

Національна академія правових наук України
Національний університет «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»

Кафедра кримінального права

Ю. В. Баулін

ВИБРАНІ ПРАЦІ

Харків
«Право»
2013

УДК 343(081.2)
ББК 67.308
Б29

Укладачі та відповідальні редактори:
Ю. А. Пономаєнко, О. В. Харитонова

Укладачі та відповідальні редактори висловлюють
щирі подяки за допомогу в підготовці видання
аспірантам *О. В. Новікову, К. А. Новіковій, Т. С. Петренко,*
студентам *А. С. Сохіяян та К. В. Пугачову*

Баулін Ю. В.

Б29 Вибрані праці / Ю. В. Баулін. – Х. : Право, 2013. – 928 с.
ISBN 978-966-458-536-8

Видання підготовлено до 60-річчя з дня народження видатного вченого-правознавця, талановитого педагога, доктора юридичних наук, професора, академіка Національної академії правових наук України Юрія Васильовича Бауліна. Вибрані праці включають роботи автора з фундаментальних і прикладних питань кримінального права: монографії, наукові статті, тези наукових доповідей і повідомлень.

Для наукових співробітників, викладачів, аспірантів, студентів вищих юридичних навчальних закладів, практичних працівників правоохоронних органів, всіх, хто цікавиться наукою кримінального права.

УДК 343(081.2)
ББК 67.308

ISBN 978-966-458-536-8

© Баулін Ю. В., 2013
© «Право», 2013

Слово про Вчителя

Виповнилося шістдесят років від дня народження видатного вченого-правознавця, талановитого педагога та організатора юридичної науки, відомого громадського і державного діяча України, заступника Голови Конституційного Суду України, дійсного члена (академіка) Національної академії правових наук України, професора кафедри кримінального права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», Заслуженого діяча науки і техніки України, лауреата Державної премії України в галузі науки і техніки, доктора юридичних наук, професора Юрія Васильовича Бауліна.

Ю. В. Баулін народився 2 вересня 1953 року в селищі Станично-Луганське Ворошиловградської області (нині – селище Станиця Луганська Луганської області) у молодій робітничій родині Василя Миколайовича і Марії Григорівни Бауліних. Його батьки були робітниками заводу ім. Жовтневої революції в м. Ворошиловграді (тепер – Луганськ), народили і виховали трьох дітей, прищепивши їм прагнення до чесно й наполегливої праці, любов і повагу до людей, прагнення нести добро і справедливість у світ. На жаль, Василя Миколайовича вже давно немає з нами і ми просимо Господа про здоров'я і многая літа Марії Григорівни.

Після закінчення 1970 року Станично-Луганської середньої школи Юрій Васильович працював на заводі колінчастих валів імені 20-річчя Жовтня Міністерства тракторного і сільськогосподарського машинобудування СРСР: спочатку учнем токаря, потім – токарем. Роботу на заводі поєднував із навчанням на заочному факультеті Харківського юридичного інституту ім. Ф. Е. Дзержинського, до якого вступив 1970 року. З 1971 по 1973 рік працював старшим інспектором з кадрів цеху № 2 свого заводу, з якого звільнився у зв'язку з переведенням на денне відділення інституту. Харківський юридичний інститут Юрій Васильович закінчив у 1975 році, отримавши диплом спеціаліста з відзнакою, і був розподілений на роботу асистентом кафедри кримінального права *alma mater*.

З 22 жовтня 1975 по 22 листопада 1976 року Ю. В. Баулін проходив строкову військову службу в Збройних силах СРСР і після демобілізації знову повернувся на роботу асистентом кафедри кримінального права Харківського юридичного інституту. З 1978 по 1981 рік Юрій Васильович навчався в аспірантурі з відривом від виробництва, за якої був достроково відратований у зв'язку з успішним захистом 16 квітня 1981 року кандидатської дисертації. З 1981 року Ю. В. Баулін – знову асистент кафедри кримінального права, з 1982 – старший викладач, з 1984 – доцент тієї ж кафедри. З 1 грудня 1988 року Юрій Васильович (одним із перших у Харківському юридичному інституті) зарахований до докторантури кафедри кримінального права і 19 грудня 1991 року захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук. 29 травня 1992 року Ю. В. Баулін був обраний на посаду професора кафедри кримінального права, на якій працює дотепер, останнім часом, з відомих причин, – за сумісництвом.

Науково-педагогічну діяльність у вишій Юрій Васильович поєднував з адміністративною і громадською роботою як у самій *alma mater*, так і поза нею. Так, у 1992/1993

навчальному році він працював заступником декана заочного факультету Академії, протягом декількох років був секретарем фахової ради з права Державної акредитаційної комісії України, у 2005–2008 роках – директором Інституту вивчення проблем злочинності Академії правових наук України. У 1993 році Юрій Васильович став одним із батьків-засновників громадської організації «Харківське юридичне товариство» і з того часу є незмінним президентом цієї організації.

Як видатний науковець і громадянин Ю. В. Баулін ніколи не був осторонь державних справ. У 1992 році він був включений до робочої групи Кабінету Міністрів України з розробки проекту нового Кримінального кодексу України. Разом з М. І. Бажановим він фактично відповідав за підготовку змісту й редагування Загальної частини проекту КК, доклавши до цієї роботи (яка, до речі, тривала дев'ять років) чимало зусиль. Ми пам'ятаємо, як Юрій Васильович ділився з нами, тодішніми студентами, своїми сумнівами щодо спірних питань проекту, як він нам пояснював, чому в ньому з'явилися чи зникли з нього ті чи інші положення, як дізнавався нашу (студентів) думку і як пропонував викласти її у вигляді проекту окремої статті. Наполеглива робота творчого наукового колективу на чолі з В. Я. Тацієм, В. В. Сташисом, М. І. Бажановим увінчалася тим, що саме проект, розроблений робочою групою Кабінету Міністрів України, був прийнятий 5 квітня 2001 р. як чинний КК України.

У 2008 році державницька діяльність нашого Вчителя вийшла на абсолютно новий, мабуть, найвищий як для юриста-науковця, рівень. Указом Президента України від 4 лютого 2008 року Ю. В. Баулін був призначений суддею Конституційного Суду України і склав присягу судді 3 червня 2008 р. 4 листопада 2011 р. на спеціальному пленарному засіданні Юрій Васильович був обраний заступником Голови Конституційного Суду України. У складі Конституційного Суду України Ю. В. Баулін бере участь у винесенні найважливіших, часто доленосних для країни рішень. З багатьох таких рішень він був суддею-доповідачем.

Батьківщина гідно оцінила заслуги Ю. В. Бауліна: Указом Президента України від 19 листопада 2003 року за значний особистий внесок у розвиток юридичної науки, підготовку висококваліфікованих юристів, багаторічну плідну наукову і педагогічну діяльність його було нагороджено орденом «За заслуги» III ступеня; Указом Президента України від 20 листопада 2006 року йому з-поміж інших співавторів була присуджена Державна премія України в галузі науки і техніки 2006 року (за підручники «Кримінальне право України: Загальна частина» і «Кримінальне право України: Особлива частина»); Указом Президента України від 23 червня 2009 року за вагомий особистий внесок у розвиток конституційних засад української державності, багаторічну сумлінну працю, високий професіоналізм у захисті конституційних прав і свобод людини і громадянина йому присвоєно почесне звання «Заслужений діяч науки і техніки України».

Ще навчаючись в Інституті, Ю. В. Баулін виявив покликання і неабиякі здібності до наукової роботи. Він активно працював у студентських наукових гуртках кафедр кримінального права (під керівництвом професора М. І. Бажанова) та криміналістики (під керівництвом професора В. О. Коновалової). У характеристиці на студента Ю. В. Бауліна, підписаній деканом факультету професором Р. С. Павловським, зазначалося, що Юрій Васильович «за час навчання зарекомендував себе ініціативним, вдумливим студентом, є відмінником навчання, плідно працює в студентських наукових гуртках», у зв'язку з чим «може бути використаний у викладацькій роботі в інституті як асистент». Так вирішилася наукова доля Юрія Васильовича: він був прийнятий на роботу на кафедру кримінального права, а його науковим керівником став доктор юридичних наук, професор Марко Ігорович Бажанов.

Утім, не можна стверджувати, що М. І. Бажанов став для Ю. В. Бауліна тільки науковим керівником, який формально мав відпрацьовувати передбачену робочими планами певну кількість годин зі своїм здобувачем. У його особі Юрій Васильович зустрів

мудрого наставника, радника й помічника не тільки в проблемах науки та викладання, а й у життєвих, часто глибоко особистих, питаннях. Марко Ігорович був справжнім Учителем Юрія Васильовича, людиною, яка вивела його в широкий світ науки, допомогла розкритися найяскравішим граням його таланту. І Юрій Васильович щедро віддачував Марку Ігоровичу своєю широкою любов'ю, глибокою вдячністю, безмежною повагою. Шанобливе, трепетне ставлення до Вчителя Юрій Васильович проніс через усе життя. І тепер, коли Марка Ігоровича вже дванадцять років немає з нами, коли вже значна частина колективу кафедри – це молоді колеги, яким не пощастило особисто знати професора Бажанова, щирі теплі спогади Юрія Васильовича про свого Вчителя передають нам атмосферу того часу, розкривають самотність таланту й широту душі Марка Ігоровича, а з іншого боку – свідчать про те, як Юрій Васильович високо цінує ту визначну роль, яку відіграв у його житті Марко Ігорович.

Уже сам вибір теми кандидатської дисертації зумовив головний напрям подальших наукових досліджень Ю. В. Бауліна. Від початку з Марком Ігоровичем обговорювалася широка тема роботи, присвяченої питанням соціальної активності приватної особи в протидії злочинності. На той час у вітчизняній літературі (передусім із загальної теорії права та державного (конституційного) права) тільки почали з'являтися перші наукові дослідження з цього питання; ідея приваблювала своєю незвіданістю, злободенністю, і, цілком очевидно, випереджала свій час. Однак подальші наукові пошуки показали, що настільки широка тема не може бути з належною повнотою досліджена в рамках кандидатської дисертації. За порадою М. І. Бажанова, тема була звужена до проблеми кримінально-правового значення реалізації громадянами свого права на затримання злочинця.

У кандидатській дисертації «Право громадян на затримання злочинця за радянським кримінальним законодавством» Ю. В. Баулін висловив ті основоположні ідеї, які згодом були розвинуті ним у рамках учення про обставини, що виключають злочинність діяння. Так, він одним із перших вивчав затримання злочинця як правомірну реалізацію приватною особою свого суб'єктивного права. Це дало йому змогу по-новому вирішити питання про підставу такого затримання, яку Ю. В. Баулін розглянув у єдності правової і фактичної складових. Від підстави затримання злочинця було чітко відмежоване діяння по його затриманню, у якому послідовно розрізнялися власне саме правомірне затримання злочинця і правомірне заподіяння йому при цьому шкоди. Уперше були введені в науковий обіг поняття меж достатньої і допустимої (необхідної) шкоди, що може бути заподіяна злочинцеві при його затриманні, визначені випадки перевищення цих меж.

Уже в 1981 році було зрозуміло, що в дослідженні Ю. В. Бауліна закладені такі ідеї, яким «тісно» у рамках кандидатської дисертації, які потребують подальшого розвитку на фундаментальному рівні. І це сталося в дисертації на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук, яку Юрій Васильович захистив 1991 року за темою «Кримінально-правові проблеми вчення про обставини, що виключають злочинність (суспільну небезпечність і протиправність) діяння». У цій роботі було сформульоване загальне поняття обставин, що виключають злочинність діяння як особливого роду правомірних і суспільно корисних (чи, принаймні, суспільно нейтральних) учинків особи та визначені їх ознаки як таких. На основі такого розуміння досліджуваних обставин була визначена їх система, визначені зв'язки цієї системи з іншими соціально-правовими системами, встановлені структурні внутрішньосистемні зв'язки її елементів, окреслено коло нормативних регуляторів цієї системи тощо.

Досліджуючи окремі елементи системи обставин, що виключають злочинність діяння, Юрій Васильович не тільки розвинув ідею виділення підстави для вчинення діяння, злочинність якого виключається, і, власне, самого такого діяння, але й увів у науковий обіг поняття складу обставини, що виключає злочинність діяння, та визна-

чив елементи цього складу; глибоко дослідив правову природу й зміст норм, що регулюють такі діяння; розробив питання механізму правового регулювання обставин, що виключають злочинність діяння; запропонував алгоритм кримінально-правової оцінки правомірності заподіяння шкоди за таких обставин та визначив види, межі та кримінально-правові наслідки експесу обставин, що виключають злочинність діяння.

Сформульовані Ю. В. Бауліним положення вчення про обставини, що виключають злочинність діяння, стали безцінним надбанням вітчизняної науки кримінального права і закономірно знайшли своє відображення у КК України 2001 р. Наскільки нам відомо, ні на пострадянському просторі, ні в країнах Східної Європи ще й досі ніхто не пішов далі в розвитку ідей, що були висловлені й захищені Ю. В. Бауліним уже понад двадцять років тому.

Наприкінці ХХ – початку ХХІ ст. професор Ю. В. Баулін присвятив свої дослідження фундаментальним проблемам кримінальної відповідальності. У той період, коли у вітчизняній науці панувала концепція її розуміння як правового обов'язку особи, яка вчинила злочин, зазнати передбачених законом обмежень прав і свобод, Юрій Васильович висунув ідею розуміння кримінальної відповідальності як реального дослідження (перетерпіння) таких правообмежень. Ця ідея дала змогу по-новому дослідити природу кримінально-правових відносин, дослідити момент початку і припинення кримінальної відповідальності, виокремити форми її реалізації тощо. Водночас такий підхід ще не давав остаточної відповіді на питання про види кримінальної відповідальності, про її місце в структурі кримінальних правовідносин, про її співвідношення з покаранням та іншими заходами кримінально-правового характеру. Це спонукало Ю. В. Бауліна до продовження і поглиблення наукового пошуку у вказаній сфері, у результаті вчений уперше в нашій літературі висловив думку про розуміння кримінальної відповідальності як передбачених кримінальним законом обмежень прав і свобод людини, що застосовуються судом до особи, яка вчинила злочин, і виконуються спеціально уповноваженими органами держави. Розвиваючи такий підхід до розуміння кримінальної відповідальності, Юрій Васильович виділив її види (потенційна – встановлена в законі, та реальна – визначена вироком суду), визначив її місце в кримінально-правових відносинах, сформулював висновки про зміст кримінальної відповідальності та форми її реалізації, що залежать від особливостей її змістовного наповнення.

Останнім часом важливе місце в наукових дослідженнях Ю. В. Бауліна посідають проблеми кримінально-правового регулювання суспільних відносин. Він послідовно відстоює ідею про те, що кримінальне право має власний предмет правового регулювання, яким є кримінально-правові суспільні відносини, що складаються між особами, які вчиняють злочини, та державою. Регулювання цих відносин здійснюється шляхом визначення кола юридичних фактів, що їх породжують (визначення діянь, що є злочинами) та змісту й обсягу повноважень держави у згаданих правовідносинах (можливість покладення на особу кримінальної відповідальності чи звільнення від неї). Тим самим Ю. В. Баулін поділяє погляди тих криміналістів, які вважають, що кримінальне право не встановлює заборон на вчинення суспільно небезпечних діянь, а лише визначає кримінально-правові наслідки порушення заборон, які встановлені іншими нормами права, а в деяких випадках і випливають з інших соціальних регуляторів. Таким чином, у розумінні Юрія Васильовича злочин є діяння, що *передбачене* кримінальним законом, і законодавець поділяє цю позицію, доречно відмовившись у ч. 1 ст. 11 КК України від визначення злочину як діяння, *забороненого* кримінальним законом.

До кола наукових інтересів професора належить і низка інших питань кримінального права, як-от: проблемні питання окремих елементів складу злочину; питання кримінальної відповідальності співучасників; проблеми звільнення від кримінальної відповідальності та покарання; проблеми кримінальної відповідальності за окремі злочини тощо. Пропоноване видання «Вибрані праці» професора Ю. В. Бауліна лише

в найбільш загальних рисах окреслює багатющий творчий доробок ювіляра. До цього видання увійшли як такі, що вже стали бібліографічною рідкістю, класичні монографії вченого, так і окремі новітні дослідження.

Окрім вагомих наукових здобутків, Юрій Васильович багато й плідно працює на ниві вищої освіти. Його лекції із Загальної частини кримінального права вирізняються глибоко науковим змістом і простою, доступною формою подачі матеріалу, гармонійним поєднанням викладення змісту кримінального законодавства й практики його застосування, умілим поєднанням позитивного подання питання та його критичної оцінки. Юрій Васильович ніколи не читав лекцій «з папірця», ніколи не вдавався до менторського, схоластичного способу спілкування зі студентами. Навпаки, він часто підкреслює, що лекція є не диктантом, а результатом творчої роботи лектора. Його лекції – це завжди живе спілкування з аудиторією, часто не з-за трибуни, а безпосередньо поміж студентства в залі, це завжди запрошення до дискусії, спонукання до критичного мислення. Він часто ставить проблемні питання студентам і щиро радіє їх правильним відповідям.

В умовах постійного дефіциту лекційних академгодин Ю. В. Баулін завжди намагався викроїти час на актуальні питання, що не передбачені навчальним планом. Ми добре пам'ятаємо, як ще в першій половині 1990-х років Юрій Васильович читав окремі лекції, присвячені основним положенням тоді ще проекту нині чинного КК України 2001 р. і проблемі скасування смертної кари. Легендарною стала його авторська лекція, присвячена системі обставин, що виключають злочинність діяння. Як і кожен співробітник кафедри, Юрій Васильович дотримується у своїх лекціях узгоджених кафедральних позицій щодо проблемних питань кримінального права. Водночас це ніколи не заважає йому запропонувати студентам альтернативний погляд на окремі питання, розпочати дискусію, перенісши її потім на засідання наукового гуртка.

Студентським науковим гуртком кафедри кримінального права Юрій Васильович керував протягом багатьох років, аж до свого переїзду на роботу до Києва. Науковий гурток професора Ю. В. Бауліна завжди вирізнявся науковою свободою, що часто навіть межувала з вільнодумством. Для членів його гуртка не було заборонених тем, не було наперед усталених непорушних положень. Юрій Васильович учив нас, що «в науці генералів немає» і що «наукові проблеми не розв'язуються голосуванням». Але разом з тим він зі студентської лави закладав у розум і душу молодих науковців найкращі традиції наукового спілкування, прищеплював повагу до попередників (особливо звертаючи увагу на «стариків»), учив коректно вести дискусію і толерантно відстоювати власні погляди. Якщо тепер багато хто закінчує Університет з десятками наукових публікацій і доповідей на наукових конференціях, то ще п'ятнадцять-двадцять років тому кожна студентська наукова публікація чи доповідь була непересічною подією. І одному Богу відомо, скільки зусиль і часу докладав Юрій Васильович для того, щоб наші перші, дуже скромні напрацювання в науці перетворювалися на публікації і виступи, за які не буде соромно ні нам, ні нашому Вчителю. Зрозуміло, що далеко не всі гуртківці залишилися в науці, більшість із них стали практичними працівниками. Але те, чому вони навчилися в студентському науковому гуртку Ю. В. Бауліна, безумовно, стало їм у пригоді й на практиці. З іншого боку, практично всі, хто під науковим керівництвом Юрія Васильовича захистив кандидатські дисертації, – це його колишні студенти-гуртківці.

У житті кожного зі своїх учнів Юрій Васильович відіграв визначну, а часто й вирішальну роль. У різні роки, за різних обставин доля подарувала нам зустріч з Учителем, і ця зустріч кардинально змінила майбутнє кожного учня професора. Як свого часу М. І. Бажанов для самого Ю. В. Бауліна, так і він для нас став не лише науковим керівником, а й мудрим наставником, незамінним помічником як у науці, так і в житті.

Про кожного свого учня Юрій Васильович піклується як про власну дитину, прагне до того, щоб кожен з нас достойно увійшов у науку кримінального права і гідно залишався в ній.

Це виявляється в усьому. Ще визначаючи своєму учневі тему кандидатської дисертації, Юрій Васильович намагається відходити від шаблонів, віднаходить малодосліджені проблеми, пропонує нестандартні підходи до їх вирішення. Не буде перебільшенням сказати, що окремі теми, за якими учні Ю. В. Бауліна виконали й захистили дисертації, були б абсолютно не дисертабельними в інших наукових керівників.

Крім власне наукового керівництва, Юрій Васильович вчить нас правилам наукової роботи й наукової етики, прищеплює високі стандарти людського спілкування. Саме він привчив кожного з нас мати власну наукову бібліотеку й регулярно поповнювати її, брати участь у наукових заходах, особливо тих, що проводяться в інших містах, і започатковувати творчі зв'язки з колегами. Участь разом з Учителем в різноманітних наукових конференціях дала нам змогу не тільки переконатися в тому, що його доповіді завжди є одними з ключових у програмі заходу, а й на власні очі побачити, яким має бути спілкування між ученими. Юрія Васильовича завжди тепло зустрічають його численні друзі у Львові й Одесі, у Москві і в Мінську, у багатьох інших містах і він незмінно є душею наукового товариства. Так само і на кафедрі Юрій Васильович завжди є об'єднуючим центром, ініціатором і натхненником багатьох подій у житті колективу: чи то банкет з приводу захисту дисертації, чи святкування певної події, чи туристичний виїзд кафедри за межі Харкова. Ми, його учні, з перших днів перебування в колективі кафедри привчені до того, що «можна за виняткових обставин пропустити засідання кафедри, але жодні обставини не можуть виправдати відсутність на кафедральному корпоративі».

За календарним численням нашому Вчителеві виповнилося шістдесят, але тут ми маємо сказати: «Всё врут календари!». Адже Юрій Васильович якнайліпше поєднує в собі досвід прожитих років з невимовною жадобою до життя, мудрість поважного вченого з юнацьким запалом у кожному науковому дослідженні, у кожній публічній доповіді, поважність і розсудливість високодостойного державного діяча з простотою й доступністю в повсякденному спілкуванні. Свій ювілей Юрій Васильович зустрічає у розквіті творчих сил, знаменуючи його видатними державними справами, вагомими творчими здобутками, у середовищі вірних і щирих друзів, шанобливого ставлення наукової спільноти, глибокої поваги і пошани своїх численних учнів.

З нагоди Вашого славетного ювілею, шановний Юрію Васильовичу, Ваші учні бажають Вам міцного здоров'я, безхмарного неба й безмежного щастя, родинного затишку й душевної гармонії, життєвого й творчого довголіття і нових творчих звершень! Ми Вас любимо, ми пишаємося високим званням Ваших учнів і докладемо усіх зусиль для того, щоб Вам за нас ніколи не було соромно.

Від імені й за дорученням Ваших учнів, Ю. А. Пономаренко

Розділ I
Монографії

ПРАВО ГРАЖДАН НА ЗАДЕРЖАНИЕ ПРЕСТУПНИКА

Право граждан на задержание преступника. – Харьков : Вища школа, 1986. – 134 с.

ВВЕДЕНИЕ

В решении исторических задач, поставленных партией на современном этапе коммунистического строительства, важную роль играют отношения в социальной сфере нашего общества. На октябрьском (1985 г.) Пленуме ЦК КПСС Генеральный секретарь ЦК КПСС М. С. Горбачев отмечал: «Социальную политику партия рассматривает как мощное средство ускорения экономического развития страны, подъема трудовой и общественно-политической активности масс, как важный фактор политической стабильности общества, формирования нового человека, утверждения социалистического образа жизни»¹. При этом решающее значение приобретает активизация человеческого фактора, воспитание у советских людей активной жизненной позиции, готовности к борьбе против чуждых нашему обществу явлений.

Как указывается в проекте новой редакции Программы КПСС, в борьбе с антиобщественными явлениями и правонарушениями необходимо сполна использовать как авторитет общественного мнения, так и силу закона. Огромное воспитательное значение имеет хороший пример в общественной и личной жизни, в исполнении гражданского долга².

Важным средством, всемерно содействующим развитию инициативы граждан во всех областях государственной и общественной жизни, в том числе в сфере борьбы с правонарушениями, является социалистическое право³. Об этом свидетельствуют положения уголовного законодательства, регулирующие право граждан на задержание преступника. Очевидно, что использование этого права требует от гражданина активной деятельности по оказанию помощи органам власти в раскрытии преступлений и изобличении виновных. Поощряемое государством и обществом участие *граждан в задержании преступников, как одно из проявлений советской уголовной политики*⁴, способствует реализации принципа неотвратимости ответственности и наказания, имеет большое воспитательное и предупредительное значение.

Действия граждан по задержанию преступника регламентировались уже в первом советском уголовном кодексе – УК РСФСР 1922 г. Так, в ст. 145 и 152 УК РСФСР и ана-

¹ Доклад Генерального секретаря ЦК КПСС М. С. Горбачева на Пленуме ЦК КПСС 15 октября 1985 года // Коммунист. – 1985. – № 15. – С. 6

² Программа Коммунистической партии Советского Союза (Новая редакция). Проект. М., 1985, с. 64

³ Сов. гос-во и право. – 1971. – № 1. – С. 23; Сов. юстиция. – 1979. – № 10. – С. 1-2 и др.

⁴ Герцензон А. А. Уголовное право и социология. М., 1970. С. 178; Загородников Н. И. Конституция СССР и дальнейшее развитие советской уголовной политики // Проблемы соц. законности. – 1980. – Вып. 6. – С. 98; Сугачев Л. Н. О необходимой обороне и превышении ее пределов. – В кн.: Проблемы социалистической законности на современном этапе развития советского, государства: Тез. докл. науч. конф. Х., 1968. – С. 185-186.

логичных статьях УК УССР 1922 г. была предусмотрена ответственность за убийство и причинение тяжких телесных повреждений преступнику, застигнутому на месте совершения преступления, с превышением необходимых для его задержания мер. Вместе с тем в Общей части УК каких-либо постановлений о задержании преступника не содержалось, что свидетельствовало о незавершенной регламентации законом этих действий. В свое время С. В. Познышев по этому поводу указывал, что «уголовный кодекс выгодно отличается от всех современных кодексов тем, что знает рассматриваемое право (право на задержание преступника. – Ю. Б.) и сближает его с правом необходимой обороны; только, к сожалению, достаточно полного постановления о нем не содержит»¹.

Последующее уголовное законодательство – Основные начала уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1924 г., УК союзных республик 1926–1935 гг. – также не содержало каких-либо постановлений, касающихся права граждан на задержание преступника, что, как отмечал И. С. Тишкевич, внесло неопределенность в этот вопрос². Однако в дальнейшем, устраняя явный пробел закона, судебная практика пошла по пути приравнивания рассматриваемых действий к необходимой обороне. Так, в постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 23 октября 1956 г. «О недостатках судебной практики по делам, связанным с применением законодательства о необходимой обороне» указывалось, что «действия, предпринятые потерпевшим или другими лицами по задержанию преступника с целью доставления его в соответствующие органы власти, как правомерные приравниваются к необходимой обороне. Уголовная ответственность за действия по задержанию преступника, повлекшие для него тяжкие последствия, может наступить лишь при условиях, указанных в п. 2 настоящего постановления, т. е. за действия, совершенные с превышением пределов необходимой обороны»³.

При обсуждении проекта Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик⁴ вносились предложения закрепить положение о том, что «правила о необходимой обороне распространяются также на случай принятия мер для задержания преступника с целью передачи его соответствующим органам власти»⁵. Но Основы не регламентируют вопрос о действиях граждан, предпринятых для задержания преступника. В ч. 3 ст. 17 проекта УК РСФСР 1960 г. и соответствующих статьях проектов УК ЭССР, УК УССР и УК УзССР предусматривалась правомерность совершения действий по задержанию преступника, которые приравнивались к необходимой обороне. Однако в окончательной редакции УК РСФСР и УК ЭССР этот вопрос не был решен, и только в ч. 3 ст. 13 УК УзССР и ч. 3 ст. 15 УК УССР предусмотрено, что «действия, совершенные потерпевшим или другими лицами непосредственно после совершения посягательства с целью задержания преступника и доставления его соответствующим органам власти, как правомерные, приравниваются к необходимой обороне, если они были необходимы для задержания и соответствовали опасности посягательства и обстановке задержания преступника».

В литературе подобное решение вопроса оценивается различно. Например, считают, что прежде чем включить норму о задержании преступника в УК УзССР и УК УССР, ее нужно предварительно предусмотреть в Основах⁶. Однако еще до принятия УК со-

¹ Познышев С. В. Учебник уголовного права. Очерк Основных начал Общей и Особенной части науки уголовного права: Общая часть. М., 1923. Т. 1. – С. 77

² Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. – С. 14

³ Сборник действующих постановлений Пленума Верховного Суда СССР. 1924–1957. М., 1958. – С. 12–13

⁴ В дальнейшем сокращенно – Основы.

⁵ Сов. юстиция. – 1958. – № 10. – С. 38

⁶ Болдырев Д. В., Иванов В. Н. Система уголовного законодательства. – В кн.: Система советского законодательства. М., 1980. – С. 261; Иванов В. Н. Уголовное законодательство Союза ССР и союзных республик: единство и особенности. М., 1973. – С. 22–23; Курляндский В. И. Уголовная ответственность и меры общественного воздействия. М., 1965. – с. 54–55; Курс советского уголовного права: Часть Общая / Отв. ред. проф. Н. А. Беляев, проф. М. Д. Шаргородский. Л., 1968. Т. 1. – С. 506.

юзных республик 1960-1961 гг. А. А. Герцензон справедливо допускал возможность развития нормы Основ о необходимой обороне, отмечая, что «целесообразно в уголовных кодексах союзных республик вопрос о необходимой обороне еще более конкретизировать в направлении обеспечения активности граждан в борьбе с преступными посягательствами»¹. Правильным поэтому является мнение, что норма Основ о необходимой обороне развита, конкретизирована в УК УзССР и УК УССР тем, что к ней приравниваются действия по задержанию преступника². Вместе с тем в Особенной части этих УК каких-либо специальных постановлений об ответственности за превышение пределов причинения вреда при задержании преступника не содержится, что ведет к различному решению этого вопроса в науке уголовного права и затруднениям на практике.

Новый шаг в регулировании права граждан на задержание преступника был сделан Указом Президиума Верховного Совета СССР от 26 июля 1966 г. «Об усилении ответственности за хулиганство» (в редакции Указа от 5 июня 1981 г.), в ст. 15 которого установлено, что «действия граждан, направленные на пресечение преступных посягательств и задержание преступника, являются в соответствии с законодательством Союза ССР и союзных республик правомерными и не влекут уголовной и иной ответственности, даже если этими действиями вынужденно был причинен вред преступнику»³. Хотя в основном эта норма носит отсылочный характер, она все же определяет некоторые признаки правомерного задержания преступника, а также условия правомерности причинения ему вреда. Вместе с тем очевидно, что, несмотря на существование ст. 15 Указа от 26 июля 1966 г.⁴, многие вопросы, связанные с правом граждан на задержание преступника, остаются нерешенными. Основы до сих пор не дополнены статьей, в которой бы достаточно полно регламентировались эти правомерные действия. Нет единого мнения о квалификации превышения пределов причинения вреда преступнику при его задержании. В УК большинства союзных республик по-прежнему отсутствует какая-либо регламентация действий граждан по задержанию преступника. УК УзССР и УК УССР хотя и характеризуют действия по задержанию преступника соответствующими признаками, все же они приравнивают эти действия к необходимой обороне. Только УК ЭССР был дополнен в 1970 г. ст. 13¹, в которой указывается, что «не является преступлением действие, подпадающее под признаки деяния, предусмотренного настоящим Кодексом, направленное на задержание преступника, даже если этим действием вынужденно был причинен вред преступнику». Таким образом, УК ЭССР рассматривает действия по задержанию преступника в качестве самостоятельного обстоятельства, исключающего общественную опасность и противоправность деяния, наряду с необходимой обороной и крайней необходимостью. В Особенной же части УК ЭССР какие-либо постановления об ответственности за превышение пределов причинения вреда при задержании преступника также отсутствуют, что свидетельствует о его несоревновательности, по крайней мере, непоследовательности.

Все эти вопросы пытался решить Пленум Верховного Суда СССР – сначала в постановлении от 4 декабря 1969 г. «О практике применения судами законодательства о необходимой обороне», а затем в постановлении от 16 августа 1984 г. «О применении судами законодательства, обеспечивающего право на необходимую оборону от общественно опасных посягательств». В п. 5 первого постановления указывалось, что «дей-

¹ Герцензон А. А. Об Основах уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик. М., 1969. – С. 36

² Бажанов М. И. Проблемы совершенствования Общей части Уголовного кодекса – В кн.: Вопросы государства и права развитого социалистического общества: Тез. докл. респ. науч. конф. X, 1975. – С. 200; Тихенко С. Н. Особенности Уголовного кодекса Украинской ССР. – В кн.: Особенности уголовных кодексов союзных республик. М., 1963, с. 132; Сов. гос-во и право. 1960. – № 2. – С. 138.

³ Ведомости Верхов. Совета СССР. – 1981. – № 23. – Ст. 782

⁴ В дальнейшем сокращенно – ст. 15 Указа.

ствия граждан по задержанию преступника, в целях пресечения его преступного посягательства или предпринятые непосредственно после посягательства для доставления преступника в соответствующие органы власти, должны рассматриваться судами как совершенные в состоянии необходимой обороны. Уголовная ответственность за причинение вреда преступнику в указанных случаях может наступить лишь при условиях, если действия, причинившие вред преступнику, не являлись необходимыми для его задержания, явно не соответствовали характеру и опасности посягательства и обстановке задержания»¹. Несколько шире сформулированы эти положения в п. 3 постановления от 16 августа 1984 г.: «Действия народных дружинников и других граждан, выполнявших общественный долг по поддержанию правопорядка и причинивших вред лицу в связи с пресечением его общественно опасного посягательства и задержанием или доставлением посягавшего непосредственно после посягательства в соответствующие органы власти, должны рассматриваться как совершенные в состоянии необходимой обороны. Уголовная ответственность за причинение вреда задержанному может наступить лишь при условии, если такие действия не являлись необходимыми для задержания, явно не соответствовали характеру и опасности посягательства. В этих случаях содеянное, в зависимости от конкретных обстоятельств, должно квалифицироваться как совершенное при превышении пределов необходимой обороны либо на общих основаниях»². Очевидно, что в приведенных постановлениях Пленума Верховного Суда СССР нет ответа на большинство ранее поставленных вопросов, и это можно объяснить тем, что, как правильно отмечает И. С. Тишкевич, «не мог Пленум подменить законодателя и дать, указания по вопросам, подлежащим законодательному регулированию»³.

В советской науке уголовного права уделялось определенное внимание исследованию проблем уголовно-правовой оценки действий граждан, предпринятых с целью задержания преступника. Они освещены в работах И. С. Тишкевича «Оборона от общественно опасного посягательства и меры по задержанию преступника» (1969), «Условия и пределы необходимой обороны» (1969), «Право граждан на задержание преступника» (1974), Г. В. Бушуева «Социальная и уголовно-правовая оценка причинения вреда преступнику при задержании» (1973) и В. П. Диденко «Задержание преступника как обстоятельство, исключающее общественную опасность и противоправность деяния по советскому уголовному праву (по материалам Украинской ССР)» (1981). Вопросы задержания преступника в той или иной мере рассматривались в монографиях С. В. Бородина, Н. Д. Дурманова, Н. И. Загородникова, В. Ф. Кириченко, Б. А. Куринова, В. Н. Козака, Н. Н. Паше-Озерского, А. А. Пионтковского, И. И. Слуцкого, Ю. М. Ткачевского, В. И. Ткаченко, Т. Г. Шавгулидзе, Е. А. Фролова, М. И. Якубовича, в курсах советского уголовного права, учебниках и учебных пособиях последних лет. Эти разработки, безусловно, представляют несомненную ценность. В них изучены многие вопросы уголовно-правового регулирования деятельности граждан по задержанию преступника, решение которых представляет собой значительный вклад в науку советского уголовного права. Заслуживают внимания также предложения по совершенствованию уголовного законодательства в этой части.

Вместе с тем многие аспекты темы остаются дискуссионными, решаются противоречиво. Испытывает затруднения и нуждается в соответствующих рекомендациях судебно-следственная практика, которая, как известно, оказывает заметное влияние на активность граждан в борьбе с преступностью.

¹ Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР. 1924-1977. М., 1978. Ч. 2. – С. 74

² Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1984. – № 5. – С. 10

³ Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. – С. 21

Особую актуальность исследование теоретических проблем права граждан на задержание преступника приобретает в свете Конституции СССР и Конституции УССР, где закреплены предписания, из которых, как представляется, вытекает необходимость дальнейшего совершенствования законодательства в этой части (ст. 39, 54, 65 Конституции СССР, ст. 37, 52, 63 Конституции УССР).

Исследование проблем правомерного задержания преступника соответствует также тем задачам, которые стоят сегодня перед советской юридической наукой. Как указывается в проекте новой редакции Программы КПСС, «предметом постоянной заботы партии было и остается укрепление правовой основы государственной и общественной жизни, неуклонное соблюдение социалистической законности и правопорядка...»¹. Одним из направлений правового регулирования борьбы с уродливыми явлениями нашей общества является совершенствование уголовного законодательства и практики его применения, в частности норм, предусматривающих право советских граждан на необходимую оборону и задержание преступника. Очевидно, что совершенствование законодательства и практики в указанной области должно быть основано прежде всего на результатах научных разработок, с помощью которых юридическая наука способна оказать наиболее действенную помощь практике². В свою очередь, в рекомендациях Всесоюзной научно-координационной конференции «Задачи дальнейшего развития юридической науки в свете Конституции СССР, конституций союзных и автономных республик (3-6 октября 1978 г.)» указывалось, что в настоящее время серьезного внимания заслуживает научное исследование путей обеспечения правомерных действий граждан³, каковыми и являются действия граждан по задержанию преступника.

С учетом изложенного в настоящей монографии на основе анализа действующего законодательства, регламентирующего право граждан на задержание преступника, практики его применения, а также изучения соответствующей литературы комплексно освещается проблема правомерного поведения граждан по задержанию преступника. Учитывая, что со стороны граждан наиболее распространено задержание лиц, совершающих кражи, грабежи, разбои, убийства, изнасилования и хулиганство⁴, автор исследовал свыше 450 дел об этих преступлениях, рассмотренных народными судами г. Харькова и области, а также прекращенных в стадии предварительного расследования. Выявленные при этом около 100 случаев задержания изучены по специальной программе, а результаты исследования приведены в данной работе. При написании монографии использованы также материалы опубликованной судебной практики. Все это позволило по-новому решить ряд вопросов и сформулировать конкретнее предложения по совершенствованию действующего права, а также практики его применения, которые соответствуют направленности советского законодательства на всемерное повышение активности и развитие инициативы граждан в борьбе с преступностью.

Автор выражает благодарность доктору юридических наук, профессору М. И. Бажанову, заслуженному работнику высшей школы Украинской ССР, профессору В. В. Сташису, преподавателям кафедры уголовного права Харьковского юридического института им. Ф. Э. Дзержинского, а также кандидату юридических наук В. В. Леоненко за ценные советы и замечания, способствовавшие подготовке книги.

¹ Программа Коммунистической партии Советского Союза (Новая редакция). Проект. М., 1985. – С. 57

² Сов. гос-во и право. – 1978. – № 9. – С. 136; Сов. гос-во и право. – 1980. – № 1. – С. 71

³ Сов. гос-во и право. – 1979. – № 8. – С. 158

⁴ *Тихшевич И. С.* Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. – С. 46

ГЛАВА I

ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА ДЕЙСТВИЙ ГРАЖДАН ПО ЗАДЕРЖАНИЮ ПРЕСТУПНИКА

1. Задержание преступника – самостоятельный вид правомерного поведения граждан

Правомерность совершения гражданами действий, направленных на задержание преступника с целью доставления его соответствующим органам власти, основана на нормах советского уголовного права. Вопрос о юридической природе этих действий является актуальным и имеет важное значение¹. Однако в законодательстве и судебной практике, а также в науке уголовного права он решается по-разному. Все авторы единодушны в том, что действия по задержанию преступника общественно полезны, поощряются социалистическим государством и обществом. Отсюда делается вывод, что такие действия исключают общественную опасность совершенного деяния², или не только общественную опасность, но и противоправность³, а также его наказуемость⁴. Иногда утверждают⁵, что задержание преступника исключает общественную опасность деяния и уголовную ответственность лица. Несмотря на разнообразие этих мнений⁶, общее, однако, проявляется в том, что отмечается непроступный характер указанных действий. Подобным образом обрисована юридическая природа задержания преступника в ст. 13¹ УК ЭССР, где прямо указывается, что такие действия преступлением не являются.

Однако понимание действий по задержанию преступника только как непроступных неполно отражает их социально-политическое содержание и юридическую форму. Утверждение, что правомерные действия по задержанию преступника исключают лишь проступность деяния, явно недостаточно. Видимо, его можно объяснить тем, что именно в уголовном законодательстве регламентирована правомерность совершения таких действий: оно, как известно, решает вопрос о границах преступного и наказуемого. Однако указанные действия не только непроступны, но и не являются ни административным, ни гражданским, ни каким-либо другим правонарушением. Именно это положение сформулировано в ст. 15 Указа, где действия граждан, направленные на задержание преступника, объявляются правомерными и не влекущими уголовной или иной ответственности, даже если этими действиями вынужденно был причинен вред преступнику. Следовательно, действия по задержанию преступника исключают признаки не только преступления, но и любого другого правонарушения.

Наиболее верным представляется определение юридической природы действий по задержанию преступника, данное в ст. 15 Указа, ч. 3 ст. 13 УК УзССР и ч. 3 ст. 15 УК

¹ Козак В. Н. О расширении уголовно-правовых гарантий участия граждан в укреплении правопорядка в свете новой Конституции СССР. – В кн.: Вопросы развития и защиты прав граждан и социалистических организаций. Калинин, 1978, с. 143.

² Слуцкий И. И. Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность. Л., 1956, с. 77.

³ Курс советского уголовного права: Часть Общая / Ред. колл.: А. А. Пионтковский, П. С. Ромашкин, В. М. Чхиквадзе. М., Т. 2. С. 343.

⁴ Куринов Б. А. Научные основы квалификации преступлений. М., 1984, с. 17-18.

⁵ Загородников Н. И. Советское уголовное право: Общая и Особенная части. М., 1975, с. 100-101.

⁶ В литературе правильно отмечается, что употребляемая одними и теми же авторами терминология в определении юридической природы обстоятельств, исключающих общественную опасность деяния, в том числе действий по задержанию преступника, не отличается последовательностью и постоянством (Курс советского уголовного права: Часть Общая / Отв. ред. проф. Н. А. Беляев, проф. М. Д. Шаргородский. Л., 1968. Т. 1. С. 461-462).

УССР, где они охарактеризованы как *правомерные*. Подобная характеристика действий по задержанию преступника в свое время была дана в постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 23 октября 1956 г., в связи с чем М. И. Якубович отмечал, что такое решение вопроса является единственно правильным¹.

В. Н. Кудрявцев пишет, что в социально-правовом смысле «правомерное поведение можно, определить как общественно необходимое, желательное или допустимое с точки зрения интересов социалистического общества поведение граждан или коллективов, состоящее в соблюдении (исполнении, осуществлении) норм советского права, гарантируемое и охраняемое государством»². Общеизвестно, что правомерные действия граждан по задержанию преступника основаны на управомочивающих нормах советского права, характерная особенность которых состоит в том, что, одобряя определенные виды поведения, они не обязывают к данному поведению и тем более не запрещают его³. «Если законом предусмотрена возможность совершения действия, гарантированная правовыми средствами, – отмечает Р. Е. Гукасян, – а ответственности нет – значит, это субъективное право, реализация возможности предоставлена усмотрению субъекта»⁴. Советское законодательство не предусматривает правовой ответственности за несовершение гражданином действий по задержанию преступника. Следовательно, природа указанных действий состоит в том, что их правомерность основывается на использовании субъективного права гражданина⁵. С социально-политической точки зрения, действия граждан по задержанию преступника могут быть охарактеризованы только как желательные для общества, т. е. общественно полезные. Поэтому заслуживает поддержки мнение о целесообразности закрепления в Основах положения не только о правомерности, но и общественной полезности действий граждан по задержанию преступника⁶. Такая формула закона правильно отражала бы социально-политическое содержание и юридическую форму рассматриваемых действий, имела бы воспитательное, стимулирующее и предупредительное значение. Принятие этого предложения, кроме того, полностью соответствует направленности советского законодательства на всемерное развитие активности граждан в борьбе с преступностью, поскольку само законодательство является существенной детерминантой такой активности⁷. Указанное предложение тем более обоснованно, что возможности уголовного права как стимулятора положительной активности граждан далеко не исчерпаны в этой части⁸.

Выяснить правовую природу задержания преступника невозможно, не ответив на вопрос, является ли это действие самостоятельным обстоятельством, исключающим общественную опасность и противоправность деяния⁹.

В законодательстве данный вопрос решается неодинаково. Так, в ч. 3 ст. 13 УК УзССР и ч. 3 ст. 15 УК УССР действия по задержанию преступника приравнены к не-

¹ Якубович М. И. Вопросы теории и практики необходимой обороны. М., 1961, с. 185.

² Кудрявцев В. Н. Правовое поведение: норма и патология. М., 1982, с. 96.

³ Кудрявцев В. Н. Правовое поведение: норма и патология. М., 1982, с. 107.

⁴ Гукасян Р. Е. Соотношение прав и обязанностей социалистических организаций и государственных органов. – В кн.: Вопросы развития и защиты прав граждан и социалистических организаций. Калинин, 1978, с. 12.

⁵ Огурцов Н. А. Правоотношения и ответственность в советском уголовном праве. Рязань, 1976, с. 136.

⁶ Халиков К. Необходимая оборона по советскому уголовному праву. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Алма-Ата, 1970, с. 14.

⁷ Сов. гос-во и право. – 1978. – № 8. – С. 88.

⁸ Дагель П. С. Теоретические вопросы совершенствования уголовного законодательства. – В кн.: Конституция СССР и дальнейшее укрепление законности и правопорядка. М., 1979, с. 60.

⁹ Поскольку в уголовном праве различные виды правомерного общественно полезного поведения традиционно объединяются в группу обстоятельств, исключающих общественную опасность и противоправность деяния, то в дальнейшем для удобства изложения действия по задержанию преступника также будут именоваться в качестве одного из этих обстоятельств.

обходимой обороне. При этом речь идет о приравнении лишь правовых последствий необходимой обороны и действий по задержанию преступника, поскольку законодатель характеризует задержание преступника самостоятельными, специфическими правовыми признаками, отличными от признаков необходимой обороны. Иными словами, по своим правовым признакам и условиям задержание преступника в УК этих союзных республик рассматривается как самостоятельный вид правомерного поведения граждан наряду с необходимой обороной и крайней необходимостью. Однако правовые последствия таких действий законодатель приравнял к правовым последствиям необходимой обороны. Это прежде всего означает, что действия по задержанию преступника, как и действия, предпринятые в состоянии необходимой обороны, не только не являются преступлением, но и не представляют иного правонарушения. Кроме того, превышение пределов причинения вреда при задержании преступника в определенных случаях влечет такую же ответственность, как и превышение пределов необходимой обороны.

В ст. 15 Указа закреплено также положение о правомерности действий граждан, направленных на пресечение преступных посягательств и задержание преступника. А. А. Герцензон писал, что эта статья не устанавливает какого-либо института уголовного права, а лишь подчеркивает значение института необходимой обороны и приравнивает к нему задержание преступника¹. По мнению М. И. Якубовича, в ст. 15 Указа задержание преступника рассматривается как самостоятельное обстоятельство, исключающее общественную опасность и противоправность деяния, а не как действие, лишь приравненное к необходимой обороне². Представляется, что первая точка зрения более предпочтительна. В ст. 15 Указа отмечается, что действия граждан, направленные на пресечение преступных посягательств и задержание преступника, признаются правомерными *в соответствии с законодательством Союза ССР и союзных республик*. Но на момент принятия этого Указа только УК УзССР и УК УССР³ в Общей части предусматривали в качестве правомерных действия по задержанию преступника, приравнивая их по правовым последствиям к необходимой обороне. Институт же необходимой обороны был известен как Основам, так и УК всех союзных республик. Следовательно, именно это законодательство Союза ССР и союзных республик и имелось в виду в ст. 15 Указа. Изложенное позволяет считать, что действия граждан по задержанию преступника были приравнены в ст. 15 Указа к необходимой обороне. Точно так же расценил положения этой статьи и Пленум Верховного Суда СССР, который в п. 5 постановления от 4 декабря 1969 г. разъяснил, что «действия граждан по задержанию преступника, в целях пресечения его преступного посягательства или предпринятые непосредственно после посягательства для доставления преступника в соответствующие органы власти, должны рассматриваться судами как совершенные в состоянии необходимой обороны»⁴. Эту позицию он еще более конкретизировал по делам, связанным с пресечением общественно опасных посягательств и задержанием правонарушителей в области охраны природы. Так, в п. 16 постановления Пленума Верховного Суда СССР от 7 июля 1983 г. «О практике применения судами законодательства об охране природы» указывается: «Судам надлежит учитывать, что действия работников природоохранительных органов, милиции, народных дружинников и граждан, выполняющих свой служебный или общественный долг по охране природы, направленные на пресечение общественно опасных посягательств, а также по задержанию правонарушителя

¹ Герцензон А. А. Уголовное право и социология. М., 1970, с. 132; Сугачев Л. Н. О необходимой обороне и превышении ее пределов. – В кн.: Проблемы социалистической законности на современном этапе развития советского государства: Тез. докл. науч. конф. Х., 1968, с. 186; Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974, с. 30.

² Якубович М. И. Необходимая оборона и задержание преступника. М., 1978, с. 45.

³ В дальнейшем, если иное не оговорено, при ссылках на статьи УК имеется в виду УК УССР.

⁴ Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР. 1924 – 1977. М., 1978. Ч. 2. с. 74.

в целях пресечения такого посягательства, являются правомерными и не влекут уголовной или иной ответственности, даже если ими вынужденно был причинен вред нарушителю, так как в соответствии с законодательством Союза ССР и союзных республик эти действия должны рассматриваться как совершенные в состоянии необходимой обороны»¹. Таким образом, Верховный Суд СССР обосновывает правомерность действий по задержанию преступника тем, что рассматривает их как совершенные в состоянии необходимой обороны. При этом, в отличие от ранее данных разъяснений, исключение уголовной и иной ответственности за такие действия основывается здесь на положениях, сформулированных в ст. 15 Указа, т. е. ссылкой на общесоюзное и республиканское законодательство. Вместе с тем в приведенном постановлении неоправданно говорится о задержании правонарушителя, а не преступника. Кроме того, необоснованно расширяется круг субъектов, рассматриваемых действий – наряду с народными дружинниками и гражданами называются работники природоохранительных органов и милиции, для которых задержание правонарушителя является служебным долгом. Данные разъяснения Пленума Верховного Суда СССР находятся в противоречии с положениями, сформулированными в ст. 15 Указа. Некоторые из этих противоречий были устранены в ныне действующем постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 16 августа 1984 г., где в п. 3 действия народных дружинников и других граждан по задержанию или доставлению посягавшего непосредственно после посягательства в соответствующие органы власти рассматриваются как совершенные в состоянии необходимой обороны. Наряду с этим в п. 4 названного постановления указывается: «Судам надлежит строго соблюдать требования закона, направленные на защиту представителей власти, работников природоохранительных органов, военизированной охраны и иных лиц в связи с исполнением ими служебных обязанностей по пресечению общественно опасных посягательств и задержанию правонарушителей. Следует иметь в виду, что вышеуказанные лица не подлежат уголовной ответственности за вред, причиненный посягавшему или задерживаемому, если они действовали в соответствии с требованиями уставов, положений и иных нормативных актов, предусматривающих основания и порядок применения силы и оружия»². Таким образом, Верховный Суд СССР в настоящее время различает юридическую природу действий по задержанию преступника (правонарушителя), предпринятых, с одной стороны, народными дружинниками и другими гражданами, выполняющими свой общественный долг, а с другой – представителями власти и иными лицами, исполняющими служебные обязанности по поддержанию правопорядка. В первом случае правомерность задержания преступника обосновывается тем, что такие действия рассматриваются как совершенные в состоянии необходимой обороны. Во второй же ситуации правомерные действия по задержанию правонарушителя рассматриваются в качестве элемента самостоятельного обстоятельства, исключающего общественную опасность и противоправность деяния, – исполнения служебного долга, условия правомерности которого сформулированы не в уголовном законе, а в специальных нормативных актах.

В правовой литературе вопрос о самостоятельности действий по задержанию преступника тоже не получил единообразного решения. Многие авторы считают, что эти действия следует приравнять по правовым последствиям к необходимой обороне³. Данная позиция соответствует действующему законодательству, а также судебной практике, однако вряд ли может быть признана безупречной. Поскольку законодатель наделяет указанные действия специфическими правовыми признаками, отличными от

¹ Сов. юстиция. – 1983. – № 17. – С. 26.

² Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1984. – № 5. – С. 10-11.

³ Кириченко В. Ф. Необходимая оборона и задержание преступника // Сов. милиция. – 1966. – № 11. – С. 37–38; Пионтковский А. А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. М., 1961, с. 492; Тишкевич И. С. Оборона от общественно опасного посягательства и меры по задержанию преступника. Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Минск, 1969, с. 35; Сов. гос-во и право. – 1958. – № 8. – С. 89.

признаков необходимой обороны, то это должно найти отражение и в обрисовке правовой природы рассматриваемых действий.

По мнению Н. И. Загородникова, задержание преступника – самостоятельное обстоятельство, исключающее общественную опасность и противоправность деяния. Однако автор характеризует его применительно к условиям необходимой обороны¹. Представляется, такой подход не учитывает того, что отдельные признаки действий по задержанию преступника хотя и совпадают с необходимой обороной, однако в совокупности они отражают качественное своеобразие задержания преступника, позволяющее выделить его в самостоятельный вид правомерного поведения граждан наряду с необходимой обороной.

Иногда считают, что действия, направленные на задержание преступника, как самостоятельное обстоятельство, исключающее общественную опасность и противоправность деяния, должны удовлетворять условиям крайней необходимости². Б. А. Куринов полагал, что задержание преступника должно рассматриваться применительно к правилам крайней необходимости не во всех случаях, а лишь когда задержание производится спустя определенное время после совершения посягательства³. Такое решение вопроса является противоречивым. С одной стороны, утверждается, что задержание преступника – самостоятельное обстоятельство, исключающее уголовную ответственность, а с другой – при определенных условиях у Б. А. Куринова и во всех случаях у И. И. Слуцкого – такие действия должны соответствовать правилам крайней необходимости. Критикуя подобные взгляды, Т. Г. Шавгулидзе верно заметил: «Выходит, что задержание преступника является разновидностью крайней необходимости и нет смысла выделять его в качестве самостоятельного вида обстоятельств, исключающих общественную опасность деяния»⁴.

Наиболее правильной представляется точка зрения, согласно которой задержание преступника является самостоятельным видом правомерного и общественно полезного поведения граждан, т. е. самостоятельным обстоятельством, исключающим общественную опасность и противоправность преступного деяния⁵.

Задержание преступника характеризуется особыми признаками (условиями) правомерности, которые должны быть отражены в специальной норме Основ, а затем и в УК союзных республик вслед за нормой о необходимой обороне⁶.

¹ Загородников Н. И. Советское уголовное право: Общая и Особенная части. М., 1975, с. 108-109.

² Слуцкий И. И. Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность. Л., 1956, с. 60-61.

³ Советское уголовное право: Общая часть. М., 1974, с. 202.

⁴ Шавгулидзе Т. Г. Необходимая оборона. Тбилиси, 1966, с. 187.

⁵ Бажанов М. И. Проблемы совершенствования Общей части Уголовного кодекса. – В кн.: Вопросы государства и права развитого социалистического общества: Тез. докл. респ. науч. конф. X., 1975, с. 200; Болдырев В. В., Иванов В. Н., Пашкевич П. Ф. Вопросы уголовного права и процесса в новом законодательстве об ответственности за хулиганство // Учен. зап. Вsesоюз. науч.-исслед. ин-та сов. законодательства. – 1968. – Вып. 12. – С. 45; Бушурев Г. В. Социальная и уголовно-правовая оценка причинения вреда преступнику при задержании. Горький, 1976, с. 10-11; Дагелъ П. С., Котов Д. П. Субъективная сторона преступления и ее установление. Воронеж, 1974, с. 60; Иванов В. Н. Уголовное законодательство Союза ССР и союзных республик: единство и особенности. М., 1973, с. 22-23; Козак В. Н. О расширении уголовно-правовых гарантий участия граждан в укреплении правопорядка в свете новой Конституции СССР. – В кн.: Вопросы развития и защиты прав граждан и социалистических организаций. Калинин, 1978, с. 244; Курляндский В. И. Уголовная ответственность и меры общественного воздействия. М., 1965, с. 54-56; Паше-Озерский Н. Н. Необходимая оборона и крайняя необходимость по советскому уголовному праву. М., 1962, с. 78; Побегайло Э. Ф. О юридической сущности действий, направленных к задержанию преступника. – В кн.: Вопросы укрепления социалистической законности и правопорядка: Тр. Воронеж. ун-та, 1970, т. 88, с. 182; Халиков К. Необходимая оборона по советскому уголовному праву. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Алма-Ата, 1970, с. 18; Шавгулидзе Т. Г. Необходимая оборона. Тбилиси, 1966, с. 138; Якубович М. И. Обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность деяния. М., 1979, с. 37 и др.

⁶ Болдырев В. В., Иванов В. Н. Система уголовного законодательства. – В кн.: Система советского законодательства. М., 1980, с. 279-280; Якубович М. И. Развитие законодательства о необходимой обороне в Указе Президиума Верховного Совета СССР от 26 июля 1966 года «Об усилении ответственности за хулиганство». – В кн.: О мерах по усилению борьбы с нарушениями общественного порядка. М., 1966, с. 41.

Программы и учебники для вузов по советскому уголовному праву последних лет также рассматривают действия по задержанию преступника в качестве самостоятельного обстоятельства, исключающего общественную опасность и противоправность деяния. Эта позиция в определенной мере подтверждается и развитием действующего законодательства. Как уже отмечалось, 29 апреля 1970 г., т. е. после принятия Указа от 26 июля 1966 г. и постановления Пленума Верховного Суда СССР от 4 декабря 1969 г., УК ЭССР был дополнен ст. 13¹ в которой действия по задержанию преступника совершенно правильно были признаны самостоятельным видом правомерных действий наряду с необходимой обороной и крайней необходимостью¹. Вместе с тем вряд ли справедливо считать, что в настоящее время задержание преступника представляет собой институт уголовного права. Известно, что определяющим признаком, выделяющим правовой институт в самостоятельное подразделение отрасли права, является наличие совокупности норм, которые обеспечивали бы относительно законченное регулирование всех существенных моментов данных общественных отношений². Но в Основах и УК большинства союзных республик вообще нет норм о праве граждан на задержание преступника, а в УК трех союзных республик регламентация этих действий не завершена. По существу в действующем праве имеются лишь отдельные нормы, которые не содержат более или менее исчерпывающей регламентации рассматриваемых действий. В связи с этим в настоящей работе обосновывается ряд предложений по совершенствованию уголовного законодательства, учет которых способствовал бы относительно завершеному регулированию комплекса общественных отношений, возникающих между гражданином и государством по поводу задержания преступника. Такое законодательное решение и означало бы образование самостоятельного института советского уголовного права – задержания преступника.

2. Задержание преступника в системе оснований, исключающих уголовную ответственность

Юридическая природа действий по задержанию преступника может быть правильно понята в том случае, если определено место этих действий в ряду юридически однородного поведения. Несмотря на то, что задержание преступника в настоящее время все чаще рассматривается как самостоятельный вид правомерного поведения граждан, его место в системе оснований, исключающих уголовную ответственность, определяется различно. Такое положение не случайно, ибо в науке советского уголовного права практически не разработана общая теория оснований, исключающих уголовную ответственность. В частности, нет единого мнения о самом понятии этих оснований, их видах, соотношении со смежными уголовно-правовыми институтами и т. д. Между тем одна из задач законодателя, и науки именно в том и состоит, чтобы четко определить, с одной стороны, пределы преступного и наказуемого, а с другой – круг общественно-значимых поступков, совершение которых во всяком случае исключало бы уголовную ответственность лица за содеянное. Этим предопределяется важное теоретическое и практическое значение оснований, исключающих уголовную ответственность.

Очевидно, что разработка вопроса об этих основаниях – предмет самостоятельного исследования. Вместе с тем, исходя из целей настоящей работы, все же представляется необходимым определить систему данных оснований, а затем – место в ней правомерных действий граждан по задержанию преступника.

¹ *Бажанов М. И.* Проблемы совершенствования Общей части Уголовного кодекса. – В кн.: Вопросы государства и права развитого социалистического общества: Тез. докл. респ. науч. конф. X., 1975, с. 200.

² *Алексеев С. С.* Структура советского права. М., 1975, с. 119-123.

Решение вопроса об основаниях, исключающих уголовную ответственность, неразрывно связано с самим основанием такой ответственности. Согласно ч. 1 ст. 3 Основ «уголовной ответственности и наказанию подлежит только лицо, виновное в совершении преступления, т. е. умышленно или по неосторожности совершившее предусмотренное уголовным законом общественно опасное деяние». Единственным материально-правовым основанием уголовной ответственности является, следовательно, совершение лицом преступления. Если в деянии лица отсутствует основание уголовной ответственности, т. е. совершение преступления, то, значит, имеют место основания, исключающие ее. Поэтому в качестве последних могут выступать такие поступки человека, которые исключают в содеянном преступление.

Этим указанные основания отличаются от оснований освобождающих лицо от уголовной ответственности. В последнем случае в содеянном всегда должны быть констатированы признаки определенного преступления, а затем, при наличии предусмотренных в законе условий, характеризующих учиненное деяние или личность, компетентные органы государства вправе или даже обязаны освободить лицо от уголовной ответственности. Такое освобождение может быть факультативным (например, в порядке ст. 51 УК) либо обязательным (например, по истечении срока давности). Видимо, этого не учитывают те юристы, которые смешивают основания обязательного освобождения лица от уголовной ответственности и основания, исключающие такую ответственность. Нельзя поэтому согласиться с тем, что правомерные действия граждан по задержанию преступника должны быть включены в одну группу с такими обстоятельствами, как добровольный отказ от доведения преступления до конца, амнистия, случаи освобождения от ответственности, специально предусмотренные в Особенной части УК¹. Очевидно, что во всех этих ситуациях лицо, совершает преступление (оконченное или неоконченное) и при определенных условиях, предусмотренных в самом законе, оно подлежит обязательному и безусловному освобождению от уголовной ответственности. Действия же граждан по задержанию преступника, соответствующие указанным в законе признакам и условиям, не только не являются преступлением, но, напротив, общественно полезны и правомерны. Вот почему задержание преступника нельзя включать в число оснований, освобождающих от уголовной ответственности, применяемых только тогда, когда совершено преступление.

Иногда к основаниям, исключающим уголовную ответственность, наряду с обстоятельствами, исключающими общественную опасность и противоправность деяния, а также малозначительностью деяния, относят физическое принуждение и непреодолимую силу², субъективный случай (казус), ошибку субъекта, исполнение обязательного приказа и неправомерное поведение потерпевшего («вину потерпевшего»)³, невменяемость или недостижение возраста уголовной ответственности⁴. Нетрудно заметить, что И. И. Слуцкий, П. С. Дагель и Я. М. Брайнин, решая этот вопрос, исходили из того, что в описанных ими ситуациях отсутствует один из элементов преступления – объективная или субъективная сторона либо субъект преступления – и, следовательно, исключается уголовная ответственность лица. Представляется, однако, что при обрисовке круга оснований, исключающих уголовную ответственность, нужно принимать во внимание прежде всего не отсутствие того или иного структурного элемента преступления, а такие сознательные и волевые поступки человека, которые по своему

¹ Брайнин Я. М. Уголовная ответственность и ее основание в советском уголовном праве. М., 1963, с. 247; Дагель П. С., Котов Д. П. Субъективная сторона преступления и ее установление. Воронеж, 1974, с. 204-205; Красиков А. Н. Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве. Саратов, 1976, с. 20-22; Слуцкий И. И. Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность. Л., 1956, с. 11-12.

² Слуцкий И. И. Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность. Л., 1956, с. 12.

³ Дагель П. С., Котов Д. П. Субъективная сторона преступления и ее установление. Воронеж, 1974, с. 206.

⁴ Брайнин Я. М. Уголовная ответственность и ее основание в советском уголовном праве. М., 1963, с. 247.

социально-политическому содержанию и юридической характеристике свидетельствовали бы об отсутствии преступления в целом.

Известно, что преступление, как и другие правонарушения, характеризуется тесной связью общественной опасности и противоправности деяния. Общественная опасность и есть социально-политическая характеристика правонарушения, а противоправность – юридическое выражение этого его свойства. «Поэтому, – как отмечается в литературе, – отношение между общественной опасностью правонарушения и его противоправностью можно охарактеризовать как соотношение между социально-политическим содержанием правонарушения и его правовой формой»¹. Так, согласно ст. 1, 3 и 7 УК преступление как основание уголовной ответственности представляет собой единство присущего ему определенного социально-политического содержания, (высокая степень общественной опасности деяния) и соответствующей такому содержанию специфической юридической формы (запрещенность деяния исключительно уголовным законом).

Вместе с тем необходимо учитывать, что единство содержания и формы «является диалектическим, внутренне противоречивым, а значит, предполагает относительную самостоятельность формы и содержания, и, следовательно, возможность и важность их относительно самостоятельного изучения»². Такая относительная самостоятельность выражается, в частности, в том, что форма может несколько отставать от развития содержания, либо одно и то же содержание может облекаться в различные формы, либо, наконец, одна и та же форма может встречаться с разным содержанием³. Именно поэтому в качестве оснований, исключающих уголовную ответственность, могут выступать такие поступки человека, которые характеризуются иным (по сравнению с преступлением) социально-политическим содержанием при той же юридической форме, либо иной юридической формой с одним и тем же содержанием. Эти поступки, наконец, могут отличаться от преступления одновременно и содержанием деяния, и юридической его формой. Отсюда следует, что основания, исключающие уголовную ответственность, могут свидетельствовать об отсутствии либо социально-политического содержания преступления (степень общественной опасности), либо его юридической формы (уголовная противоправность), либо того и другого одновременно. С этой точки зрения можно различать следующие три группы оснований, исключающих уголовную ответственность лица за содеянное.

Первая группа объединяет ситуации совершения лицом деяния с высокой степенью общественной опасности, которое, однако, по каким-либо причинам (скажем, в силу пробела в уголовном законе или отказа государства бороться с подобными деяниями мерами уголовной ответственности) не предусмотрено уголовным законом в качестве преступления. Такие деяния характеризуются необходимым с точки зрения преступления социально-политическим содержанием при одновременном отсутствии надлежащей юридической формы (уголовной противоправности). Они могут быть предусмотрены государством в качестве иного правонарушения, ибо, как известно, одной лишь высокой степени общественной опасности деяния еще недостаточно для признания его преступлением – необходимо учитывать здесь весь комплекс оснований и принципов криминализации⁴. Поскольку рассматриваемая группа: общественно опасного поведения исключает уголовно-правовой запрет, то ее целесообразно именовать *основаниями, исключающими уголовную противоправность*.

¹ Марксистско-ленинская общая теория государства и права: Социалистическое право / Н. Г. Александров, С. С. Алексеев, Е. А. Лукашева и др. М., 1973, с. 543.

² Материалистическая диалектика: Краткий очерк теории / П. Н. Федосеев, И. Т. Фролов, В. А. Лекторский и др. М., 1980, с. 67-68.

³ Философский словарь / Под ред. И. Т. Фролова. М., 1980, с. 334.

⁴ Основания уголовно-правового запрета: криминализация и декриминализация / В. Н. Кудрявцев, П. С. Дагель, Г. А. Злобин и др. М., 1982, с. 209.

Вторая группа охватывает случаи учинения лицом деяния, формально соответствующего признакам определенного уголовно-правового запрета, однако по своему содержанию либо вообще лишено общественной опасности (например, аморальный поступок), либо достигнуто лишь той ее степени, которая характерна не для преступления, а для иного правонарушения, например, административного проступка. В качестве такового уголовный закон называет малозначительное деяние (ч. 2 ст. 7 УК), которое содержит объективные и субъективные признаки определенного преступления, но в силу малозначительности не представляет необходимой степени общественной опасности. Очевидно, что в этих случаях содеянное отвечает признакам надлежащей юридической формы, но характеризуется иным (по сравнению с преступлением) социально-политическим содержанием – отсутствием или невысокой степенью общественной опасности. Данную группу можно назвать *основаниями, исключающими общественную опасность преступного деяния*.

Наконец, в третью группу оснований, исключающих уголовную ответственность, следует включать такие общественно значимые поступки, которые, внешне напоминая преступление, характеризуются положительным социально-политическим содержанием и соответствуют признакам юридической формы правомерного поведения. Это общественно полезные и правомерные поступки человека, такие, например, как необходимая оборона, крайняя необходимость, выполнение служебного долга и т. д. Очевидно, что именно к этой группе оснований, исключающих уголовную ответственность лица, и относятся действия граждан по задержанию преступника, являющиеся по своему социально-политическому содержанию общественно полезными и одновременно правомерными. При этом подобные поступки исключают социально-политическое содержание и юридическую форму не только преступления, но и всякого иного правонарушения. Следовательно, рассмотренная группа – это *основания, исключающие общественную опасность и противоправность деяния*.

Итак, основания, исключающие ответственность лица по советскому уголовному праву, образуют систему, включающую в себя три группы сознательных и волевых поступков, каждая из которых характеризуется своеобразным (отрицательным или положительным) социально-политическим содержанием и соответствующей ему юридической формой. Несмотря на внешнее сходство указанных поступков с преступлениями, уголовная ответственность здесь исключается ввиду несоответствия содеянного социально-политическому содержанию или (и) юридической форме преступления. Действия граждан, направленные на задержание преступника, находятся именно в группе общественно полезных и правомерных поступков человека, которые исключают общественную опасность и одновременно уголовную противоправность преступного деяния и тем самым уголовную ответственность лица за содеянное.

В литературе неодинаково решается вопрос о том, следует ли рассматривать действия по задержанию преступника в одной группе с основаниями, исключающими общественную опасность и противоправность деяния, указанными только в уголовном законе, либо и с теми из них, которые прямо в уголовном законе не обозначены. Так, Б. А. Куринов, Е. А. Фролов, М. И. Якубович, Ю. М. Ткачевский и Н. Т. Куц рассматривают задержание преступника как обстоятельство, исключающее общественную опасность и противоправность деяния, в одной группе с необходимой обороной и крайней необходимостью. Что касается других обстоятельств (например, исполнение обязательного приказа, выполнение профессиональных функций и т. д.), то они, по мнению этих авторов, имеют иную природу¹. Различие здесь усматривается в том, что право-

¹ Куринов Б. А. Научные основы квалификации преступлений. М., 1984, с. 17; Советское уголовное право: Общая часть. М., 1974, с. 181–182; Советское уголовное право: Общая часть. М., 1977, с. 221; Советское уголовное право: Общая часть. М., 1982, с. 207; Уголовное право УССР. Общая часть / Под ред. проф. В. В. Сташиса и доц. А. Ш. Якупова. К., 1984, с. 141; Якубович М. И. Обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность деяния. М., 1979, с. 7.

мерность действий по задержанию преступника (как и при необходимой обороне и крайней необходимости) определяется в уголовном законе, а правомерность таких обстоятельств, как выполнение профессиональных функций, исполнение служебного долга и др., – в нормах иных отраслей права.

Многие авторы, однако, считают, что обстоятельства, исключаяющие общественную опасность и противоправность деяния, среди которых находятся и действия по задержанию преступника, могут предусматриваться нормами не только уголовного, но и другого законодательства. В случае, если они указаны не в уголовном законе, а в иных нормативных актах, отнесение их к числу обстоятельств, исключающих общественную опасность и противоправность деяния определяется судебной практикой и наукой уголовного права, которые руководствуются при этом общими принципами советского уголовного права и исходят из общественно полезного характера совершаемых действий¹.

Приведенная позиция в целом представляется правильной и в ее обоснование можно указать следующее. Главным системообразующим фактором выделения правовых институтов в отдельную отрасль права служат общественные отношения, объективно требующие особой правовой регламентации. Эта группа отношений составляет ядро предмета регулирования данной отрасли права. В то же время, как отмечает С. С. Алексеев, когда и предмет правового регулирования и соответствующая ему отрасль права уже сложились, «в орбиту регулирования данной отрасли втягиваются смежные, родственные, «сопряженные» отношения, а то и нетипические отношения, для которых оказалось возможным использовать уже сложившийся отраслевой механизм»².

Известно, что основными, или «стволовыми», отношениями, которые регламентируются уголовным правом, являются отношения между государством и преступником в связи с совершенным им преступлением. Они регулируются специфическим, присущим только данной отрасли права методом: путем определения, какие общественно опасные деяния являются преступлениями, и установления наказания, подлежащего применению к лицам, их совершившим. Уголовно-правовые отношения носят властный характер. Государство в лице соответствующих органов имеет право привлечь преступника к уголовной ответственности, а преступник вправе требовать назначения ему справедливого наказания и обязан претерпеть все неблагоприятные последствия совершенного им преступления, в том числе отбыть назначенное ему обвинительным приговором наказание. Вместе с тем уголовное право регулирует и отношения, возникающие при совершении действий в состоянии необходимой обороны, крайней необходимости и при задержании преступника. Отношения по задержанию преступника, урегулированные уголовным правом, не являются, однако, отношениями властеподчинения, властеотношениями³. Это, как отмечают П. Дагель и Л. Зусь, «нетипичные», «специфические» для уголовного права отношения, которые складываются вне основного уголовного правоотношения⁴. Регулирование таких отношений вовсе необязательно только в уголовном законодательстве. В свое время Н. Д. Дурманов справедливо писал, что положение несколько не изменится, если нормы, касающиеся необходимой обороны и крайней необходимости, «включить, скажем, в число норм административного права, что, кстати, нередко наблюдается в части действий по задержанию преступника, очень близких

¹ Курс советского уголовного права: Часть Общая / Ред. кол.: А. А. Пионтковский, П. С. Ромашкин, В. М. Чиквадзе. М., Т. 2., с. 252; Советское уголовное право: Часть Общая. М., 1972, с. 208; Правоведение. – 1964. – № 4. – С. 154 и др.

² Алексеев С. С. Структура советского права. М., 1975, с.172.

³ Огурцов Н. А. Правоотношения и ответственность в советском уголовном праве. Рязань, 1976, с. 137.

⁴ Дагель П. С. Теоретические вопросы совершенствования уголовного законодательства. – В кн.: Конституция СССР и дальнейшее укрепление законности и правопорядка. М., 1979, с. 59-60; Соц. законность. – 1977. – № 3. – С. 54.

к необходимой обороне. В этом случае в системе уголовного права констатировалось бы, что действия, совершенные при названных обстоятельствах, правомерны и, следовательно, к области уголовного права не относятся»¹. Укажем, что в некоторых странах право граждан на задержание преступника регламентируется, не уголовным, а иным правом. Так, в ГДР, ПНР, ЧССР, Франции такие действия предусмотрены уголовно-процессуальным законодательством.

Что касается других обстоятельств, исключающих общественную опасность и противоправность деяния, таких, как выполнение профессиональных функций, исполнение обязательного приказа, исполнение закона, осуществление права и др., то они, как известно, не регламентируются уголовным законодательством. Отношения, возникающие при совершении подобных действий, не составляют предмета уголовного права и регулируются нормами иных отраслей права: административного, трудового, гражданского и др. А. Е. Владимиров отмечал: «Уголовному кодексу нет надобности говорить, что операция хирурга не считается незаконным ранением; нет надобности говорить, что заключение под стражу следователем, как мера пресечения способов уклонения от суда, не есть преступление, состоящее в лишении свободы и т. д.»². Это, конечно, не отрицает возможности дополнения уголовного закона новыми обстоятельствами, исключающими общественную опасность и противоправность деяния, например, нормой о правомерном производственно-хозяйственном риске³, как в УК некоторых социалистических государств. Но в таком случае очевидно, что различать вслед за указанными выше авторами природу задержания преступника и других правомерных действий лишь по тому признаку, что последние в уголовном законодательстве в настоящее время не предусмотрены, значит использовать только внешний классификационный критерий. Именно поэтому наука уголовного права и судебная практика, учитывая единую юридическую природу обстоятельств, исключающих общественную опасность и противоправность деяния, и основываясь на законодательном материале других отраслей права, определяют условия правомерности действий, прямо в уголовном законе не предусмотренных.

В свою очередь, понятия необходимой обороны, крайней необходимости и задержания преступника используются другими отраслями права. Так, в ч. 5 ст. 8 Основ законодательства Союза ССР и союзных республик об административных правонарушениях указано, что не подлежит административной ответственности лицо, действовавшее в состоянии крайней необходимости или необходимой обороны. Совершенно очевидно, что понятия крайней необходимости и необходимой обороны в ст. 18 и 19 Кодекса Украинской ССР об административных правонарушениях раскрываются на основе уголовного законодательства. Точно так же правомерное причинение вреда преступнику при задержании имеет значение для решения вопроса об исключении за такие действия не только уголовной, но и, например, имущественной ответственности.

Регламентацию права граждан на задержание преступника именно уголовным законодательством можно объяснить, видимо, неочевидностью правомерности действий по задержанию преступника; «пограничностью» такого поведения с наиболее опасным правонарушением – преступлением; направленностью действий по задержанию преступника на такие блага личности, которые при отсутствии обстоятельств, исключающих общественную опасность и противоправность деяния, поставлены под охрану именно уголовного закона; необходимостью обеспечения высокого уровня гарантий защиты прав и законных интересов граждан при оценке правомерности причиненного преступнику вреда, чему в наибольшей мере соответствует установленная процедура расследования и рассмотрения уголовных дел; влиянием судебной практики, которая

¹ Дурманов Н. Д. Понятие преступления. М.: Л., 1948, с. 205-206.

² Владимиров А. Е. Учебник русского уголовного права: Общая часть. Х., 1889, с. 63.

³ Сов. гос-во и право. – 1972. – № 4. – С. 38.

приравнивает действия по задержанию преступника к необходимой обороне, а также науки уголовного права, рассматривающей вопрос о правомерности задержания преступника в прямой связи с необходимой обороной, предусмотренной в УК; наконец, законодательной традицией. Заслуживает внимания и тот факт, что дела, связанные с решением вопроса о правомерности действий при необходимой обороне, крайней необходимости и задержании преступника, в отличие от иных обстоятельств, не предусмотренных уголовным законом, в судебной практике явление сравнительно частое¹. Иными словами, в уголовном законе предусмотрены, как метко их называет И. Андреев, «типичные ситуации», «типичные случаи, исключающие преступность деяния»², — именно необходимая оборона, крайняя необходимость и задержание преступника.

Отнесение задержания преступника к обстоятельствам, исключающим общественную опасность и противоправность деяния, как предусмотренных, так и не предусмотренных в уголовном законе, будет обоснованным лишь тогда, когда все эти обстоятельства, в том числе задержание преступника, имеют какой-то общий, определяющий их критерий. Этот критерий усматривается в том, что совершенное лицом при этих условиях деяние, внешне напоминая преступление, не только не может быть признано общественно опасным и противоправным, но, напротив, является общественно полезным и правомерным, содействует охране социалистического правопорядка или правильному осуществлению функций государственных органов, той или иной общественно полезной деятельности³. Следовательно, общественная полезность и правомерность совершенного — тот признак, который позволяет отнести то или иное деяние в рассматриваемую группу обстоятельств, исключающих его общественную опасность и противоправность.

Не вызывает каких-либо сомнений общественно полезный характер исполнения обязательного приказа, выполнения профессиональных функций и др., равно как и совершения действий в состоянии необходимой обороны или крайней необходимости. Именно среди этих обстоятельств и занимают свое место действия граждан по задержанию преступника, общественная полезность и правомерность которых полностью исключает уголовную и всякую; иную ответственность лица.

Изложенное дает возможность определить социально-юридическую природу действий граждан, направленных на задержание преступника. *Задержание преступника — это гарантированный и охраняемый государством, основанный на управомочивающих нормах советского уголовного права самостоятельный вид общественно полезного и правомерного поведения граждан, исключающий уголовную и всякую иную ответственность лица за вред, причиненный преступнику при его задержании.*

Необходимость дальнейшего совершенствования уголовно-правового регулирования действий граждан, направленных на задержание преступника, требует анализа признаков и оснований совершения этих действий, условий правомерности причинения вреда преступнику при его задержании, а также уголовно-правовых последствий несоблюдения этих условий.

¹ Советское уголовное право: Общая часть. М., 1977. — С. 203.

² Андреев И. Очерк по уголовному праву социалистических государств. М., 1978. — С. 68.

³ Курс советского уголовного права: Часть Общая / Ред. кол.: А. А. Пионтковский, П. С. Ромашкин, В. М. Чхиквадзе. М., 1970. Т. 2. — С. 342.

ГЛАВА II

ПРИЗНАКИ, ОСНОВАНИЯ И УСЛОВИЕ ПРАВОМЕРНОГО ЗАДЕРЖАНИЯ ПРЕСТУПНИКА

1. Общие замечания

Действия по задержанию преступника как самостоятельный вид правомерного поведения граждан предполагают их необходимую характеристику. Она должна исходить из существующего различия между самим актом правомерного задержания преступника и действиями заключающимися в причинении ему вреда с целью осуществления такого задержания. В литературе это различие не проводится. Так, одни юристы выделяют лишь условия правомерности действий (мер) по задержанию преступника¹, другие, напротив, только условия правомерности причинения вреда преступнику с целью его задержания². Но они анализируют по существу одни и те же условия. Иногда в общей форме различают меры по задержанию преступника и причиненный ему при этом вред. Т. Г. Шавгулидзе, анализируя правомерность задержания преступника, пишет: «Вопрос заключается в следующем: может ли нести гражданин ответственность за самый акт задержания (лишение свободы) или за причинение ему при этом определенного вреда?»³. Б. А. Куринов также выделял правомерность мер, предпринимаемых гражданами для задержания преступника, и правомерность причинения ему вреда⁴. Однако эти криминалисты, как и ряд других авторов, при дальнейшем рассмотрении задержания не проводят отмеченного ими различия между указанными актами.

Иногда считают, что задержание преступника должно в известной мере отвечать условиям и основаниям задержания подозреваемого в совершении преступления и осуществляться по правилам УПК⁵. Но, как правильно отмечал Б. А. Куринов, УПК регламентирует процессуальную деятельность лишь органов дознания и следователя по проведению такого следственного действия, как задержание подозреваемого. Право производить это следственное действие отдельным гражданам законом не предоставлено⁶. Оценка задержания, которое осуществляют граждане, а также причиненного при этом вреда преступнику при действующей системе советского права является сферой регулирования не уголовно-процессуального, а уголовного закона, который и должен определять условия правомерности (признаки) этих действий.

Таким образом, в науке советского уголовного права в настоящее время отсутствует единый подход к характеристике правомерного задержания преступника. Это привело к тому, что действия граждан по задержанию преступника характеризуются различными признаками и условиями, по-разному оценивается их уголовно-правовое

¹ Гельфанд И. А., Куц Н. Т. Необходимая оборона по советскому уголовному праву. К., 1962, с.43; Ткаченко В. И. Ответственность за превышение пределов необходимой обороны и причинение преступнику вреда при его задержании в теории и судебной практике. М., 1973, с. 40-43.

² Бушуев Г. В. Социальная и уголовно-правовая оценка причинения вреда преступнику при задержании. Горький, 1976, с. 41-92; Побегайло Э. Ф. О юридической сущности действий, направленных к задержанию преступника. – В кн.: Вопросы укрепления социалистической законности и правопорядка: Тр. Воронеж, унта, 1970, т. 88, с. 183.

³ Шавгулидзе Т. Г. Необходимая оборона. Тбилиси, 1966. – С. 135.

⁴ Куринов Б. А. Правни основания и условия за освобождение на гражданина от вреда, причинени при задържане на преступника // Социалистическо право. – 1976. – № 3. – С. 49.

⁵ Тишкевич И. С. Оборона от общественно опасного посягательства и меры по задержанию преступника. Автореф. дис. ...д-ра юрид. наук. Минск, 1969, с. 36.

⁶ Куринов Б. А. Правни основания и условия за освобождение на гражданина от вреда, причинени при задържане на преступника // Социалистическо право. – 1976. – № 3. – С. 51.

значение, неодинаково определяются уголовно-правовые последствия несоблюдения этих условий.

Известно, что задержание гражданина является одним из видов лишения его свободы. Это мнение разделяется законодателем и наукой уголовного права. В ст. 159 УК УССР 1922 г., например, предусматривалась ответственность за «насильственное незаконное лишение кого-либо свободы, совершенное путем задержания или помещения его в каком-либо месте»¹. Комментируя действующее законодательство, указывают, что «лишение свободы человека может выразиться в *задержании* (курсив мой, – Ю. Б.) потерпевшего в том месте, где он находится не желает, или водворений его в такое место, откуда выход для него не является свободным»². Задержание преступника, следовательно, является одним из видов лишения его свободы³.

Свобода личности в социалистическом обществе имеет сложную структуру, элементами которой являются социально-экономическая, духовная, политическая и личная свободы⁴. При задержании преступник лишается именно личной свободы, т. е. фактической возможности свободно располагать собой по своему усмотрению (беспрепятственно передвигаться, избирать место пребывания, располагать своим временем и т. д.). Учитывая, что под объектом человеческого поступка понимают ту или иную ценность, на которую этот поступок направлен и которой он причиняет вред или пользу⁵, следует считать, что объектом действий гражданина при задержании преступника является личная его свобода. Именно это благо и обуславливает характер и способ самого задержания, которое выражается в определенном воздействии на преступника, с тем чтобы лишить его личной свободы. В качестве способов задержания могут выступать физическое или психическое воздействие, а также обман. При этом имеется в виду лишь такое воздействие, которое причиняет вред именно и исключительно личной свободе преступника. Поэтому сюда относят различные формы удержания преступника без нанесения ему ударов и телесных повреждений: моральное воздействие словами, физическое удержание вплоть до связывания и изолирования до прибытия представителей власти и т. д.⁶

Однако практика свидетельствует, что преступники не всегда подчиняются требованиям задерживающих, пытаются скрыться, оказывают сопротивление и даже нападают на них. В таких ситуациях, чтобы успешно произвести задержание, гражданин часто вынужден применять к преступнику физическое или психическое насилие, которое по своей направленности, характеру и интенсивности существенно отличается от воздействия на преступника при осуществлении самого акта его правомерного задержания. В рассматриваемых случаях применяемое к преступнику физическое или психическое насилие направлено на другое благо, а не на личную его свободу. К такому насилию относят удар, побои, насильственные действия, причиняющие физическую боль, телесные повреждения различной тяжести, угрозу лишением жизни и само лишение жизни. Очевидно, что в указанных случаях физическое или психическое насилие, а иногда уничтожение или повреждение личного имущества, выступает как вынужденное, но необходимое средство достижения ближайшей цели задержания преступника – лишения его личной свободы. Эта цель достигается, посредством причинения вреда

¹ То, что в данном случае речь идет о незаконном лишении свободы, не меняет существа вопроса, поскольку по объективным признакам и правомерное, и незаконное лишение свободы – действия одинаковые.

² *Сташис В. В., Бажанов М. И.* Преступления против личности в УК УССР и судебной практике. Х., 1981, с. 194.

³ Советское уголовное право: Общая часть. М., 1977, с. 226-227; *Тишкевич И. С.* Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974, с. 32 и др.

⁴ *Патюлин В. А.* Государство и личность в СССР (правовые аспекты взаимоотношений). М., 1974, с. 169-171.

⁵ *Кудрявцев В. Н.* Право и поведение. М., 1978, с. 14.

⁶ Сов. юстиция. – 1967. – № 24. – С. 18.

прежде всего таким благам преступника, как его жизнь, здоровье или личное имущество¹. При этом действия по причинению указанного вреда, будучи относительно самостоятельными по отношению к акту правомерного задержания преступника, подлежат уголовно-правовому регулированию, поскольку именно уголовное право определяет и условия правомерности причинения преступнику вреда, и ответственность за вред, причиненный ему неправомерно. Так, незаконное причинение вреда жизни, здоровью или имуществу преступника расценивается законом как самостоятельное преступление. И, напротив, правомерное применение к нему насилия, т. е. применение насилия в соответствии с условиями, указанными в уголовном законе, исключает ответственность гражданина за причиненный преступнику вред.

Представляется, что изложенные соображения обосновывают целесообразность и правомерность раздельного рассмотрения и характеристики *акта правомерного задержания преступника* (ненасильственного задержания, или, если можно так выразиться, задержания преступника в «чистом виде», т. е. не сопряженного с причинением какого-либо вреда его жизни, здоровью или имуществу) и *акта правомерного причинения ему вреда как способа (средства) осуществления такого задержания*². Различие между этими актами проводит в определенной мере и сам законодатель. Так, в ст. 15 Указа отмечено, что правомерными признаются действия, направленные на *задержание* преступника, даже если этими действиям вынужденно был причинен ему *вред*. Представляется, что тем самым проводится, хотя и недостаточно четко, различие между задержанием и действиями по причинению вреда преступнику как способом его задержания.

Указанное различие правильно отражает объективные ситуации, имеющие уголовно-правовое значение, когда при задержании преступник лишается либо только личной свободы, либо, кроме того, подвергается еще и причинению определенного вреда со стороны задерживающего лица. Раздельное рассмотрение и характеристика этих актов позволяют более глубоко уяснить их содержание и правомерность осуществления. Далее, такое различие дает возможность четко определить роль и значение отдельных признаков и условий, характеризующих каждый акт, а также уголовно-правовые последствия их несоблюдения. Кроме того, это важно для правильной квалификации неправомерных действий задерживающего лица. Так, совершенно очевидно, что причинение преступнику вреда с целью его задержания должно основываться на правомерности самого акта задержания³. Поэтому, когда задержание преступника и причиненный ему при этом вред были правомерными, ответственность граждан исключается не только за лишение преступника личной свободы, но и за этот вред. И, напротив, когда и задержание преступника, и причиненный ему вред были неправомерными, т. е. если незаконное лишение свободы преступника было сопряжено с совершением другого преступления, например, причинением телесных повреждений, то все совершенное следует квалифицировать по совокупности преступлений – по ст. 123 УК и статье УК, предусматривающей ответственность за причинение телесных повреждений⁴. Однако в случае, если акт задержания преступника был правомерным, а вред причинен незаконно, то ответственность лица, осуществившего задержание, может наступать лишь

¹ Для целей настоящего исследования не имеет принципиального значения спор о том, что является объектом удара, побоев и иных насильственных действий, причинивших физическую боль, – здоровье или телесная неприкосновенность личности.

² В данном случае способ и средство осуществления задержания выступают как синонимы, ибо общепотребительное значение этих понятий одинаково. Под способом (средством) – понимаются прием, действие, метод, орудие, приспособление, применяемые для осуществления какой-либо деятельности (Ожегов С. И. Словарь русского языка: М., 1953, с. 700, 703).

³ Тишкевич И. С. Оборона от общественно опасного посягательства и меры по задержанию преступника. Автореф. дис. ...д-ра юрид. наук. Минск, 1969, с. 36.

⁴ Стаишис В. В., Бажанов М. И. Преступления против личности в УК УССР и судебной практике. Х., 1981, с. 196.

за необоснованно причиненный вред. Наконец, последовательное проведение различия между актом задержания преступника и причиненным ему вредом значительно упрощает оценку правомерности самих действий по задержанию преступника. Это вызвано тем, что довольно часто задержание преступника осуществляется в «чистом виде», т. е. без причинения какого-либо вреда его жизни, здоровью или имуществу. По данным проведенного исследования, ненасильственное задержание имело место в 76,3 % случаев. В подобных ситуациях для оценки правомерности такого задержания необходимо установить, что оно соответствовало определенным признакам и было произведено на законных основаниях. Здесь нет необходимости анализировать условия правомерности причинения преступнику вреда, поскольку таковой причинен не был.

В итоге отметим, что при характеристике действий по задержанию преступника необходимо различать производство акта его задержания и правомерность причинения ему вреда при задержании. В действующем праве (ст. 15 Указа, ч. 3 ст. 15 УК, ст. 13¹ УК ЭССР) более или менее полно указаны только условия правомерности причинения вреда преступнику и недостаточно четко определены признаки и основания самого акта его задержания. Представляется, что их также достаточно полно должен устанавливать именно уголовный закон. Этот вывод основывается на том правильном мнении, что любые действия, связанные с интенсивным вмешательством в сферу прав и свобод, провозглашенных и гарантированных Конституцией СССР, в том числе права на личную неприкосновенность и свободу, должны быть закреплены исключительно в законе¹. Такое решение вопроса соответствует и четко проявляющейся в последнее время тенденции возрастания роли и удельного веса закона в ряду других форм правообразования, что является одной из важнейших предпосылок усиления гарантий прав и законных интересов граждан². Регламентация в уголовном законе признаков и оснований задержания преступника, кроме того, явилась бы одним из препятствий к необоснованному привлечению к ответственности лиц, участвующих в задержании преступника, и в то же время определенной гарантией от возможного самосуда и расправы. Поэтому нельзя согласиться с тем, что ограничение свободы, даже если оно соединено с незначительным по своему характеру насилием при задержании преступника, вряд ли нуждается в специальной законодательной регламентации и детальном перечислении условий его правомерности. Такая необходимость будто бы имеет место лишь тогда, когда речь идет о задержании, соединенном с применением насилия более интенсивного характера, т. е. когда задержание выражается в совершении действий, подпадающих под признаки какого-либо преступления³. Но ведь само ненасильственное задержание преступника внешне подпадает под признаки незаконного лишения свободы, что уже само по себе требует законодательной регламентации правомерности такого задержания. Кроме того, рассмотренная позиция объективно ведет к ослаблению правовых гарантий неприкосновенности личности, не учитывает того, что личная свобода – конституционное право гражданина, всемерно охраняемое уголовным законом⁴. Если уголовный закон предусматривает ответственность за незаконное лишение свободы, то он должен определять, когда лишение личной свободы является правомерным, исключая ответственность лица по ст. 123 УК. Вызывает возражение и тот аргумент, что при задержании преступника ограничение свободы обычно кратковременно, а его общественно полезная цель и основания настолько очевидны, что в подобных случаях не возникает вопроса о том, правомерна или неправомерна такая деятельность⁵. Следует иметь в виду, что в социалистическом обществе важнейшим фактором обеспечения

¹ Сов. гос-во и право. – 1978. – № 12. – С. 13; Сов. гос-во и право. – 1979. – № 6 – С. 97.

² Рад. право. – 1980. – № 10. – С. 8; Сов. гос-во и право. – 1979. – № 5. – С. 18; Сов. юстиция. – 1980. – № 20. – С. 2.

³ Сов. юстиция. – 1974. – № 12. – С. 5.

⁴ Сов. гос-во и право. – 1973. – № 2. – С. 60-61.

⁵ Советское уголовное право: Общая часть. М., 1977, с. 226-227.

гарантий личной неприкосновенности выступает социалистическая законность, возведенная в ранг конституционного принципа и определяющая взаимоотношения государства и граждан, а также граждан между собой¹. Поэтому без обращения к закону невозможно установить правомерность или неправомерность произведенного задержания преступника, как, впрочем, и всякого другого поступка человека, имеющего важное общественное значение². В этой связи М. Д. Шаргородский правильно писал, что «юридическое обоснование следует искать не в полезности, а в законности»³. Таким образом, требованию усиления правовых гарантий неприкосновенности личности и укрепления законности в отношениях между гражданами наиболее соответствует необходимость регламентации в уголовном законе акта правомерного задержания: преступника и условий правомерности причинения ему вреда с целью осуществления такого задержания.

Исходя из того, что правомерность причинения вреда преступнику должна основываться на законности его задержания, анализ этих действий следует начать с выявления признаков именно акта правомерного задержания. При этом более удачна характеристика данного акта посредством указания не на условия его правомерности, а на объективные и субъективные признаки, совокупность которых свидетельствует о правомерном характере произведенного задержания преступника. Тем более, что в литературе подобным образом уже характеризуют отдельные обстоятельства, включающие общественную опасность и противоправность деяния⁴. Такой подход соответствует также закону и традиционной в юриспруденции характеристике поведения человека. Например, в ст. 13¹ УК ЭССР закреплено, что действие по задержанию преступника подпадает под признаки деяния, предусмотренного УК. Законодатель, следовательно, прямо отметил, что действия, направленные на задержание преступника, характеризуются определенными признаками. В общей теории права правомерное поведение также анализируется посредством указания на его признаки⁵.

2. Признаки правомерного задержания преступника

Действующее право, как уже отмечалось, не содержит достаточно полного определения, акта правомерного задержания преступника. Очевидно, что совокупность признаков правомерного задержания имеет важное значение для уяснения содержания этого понятия и решения вопросов о правовых последствиях задержания, не соответствующего его признакам.

Полное определение признаков правомерного задержания возможно лишь при условии, что исследование их подчинено какому-то общему, объединяющему началу. Таким началом, представляется, служит структура любого сознательного и волевого поведения человека, в том числе юридически значимого, характеризующаяся во всех случаях некоторыми общими чертами. С этой точки зрения различают четыре элемента структуры правомерного поступка: субъекта поступка, его объект, объективную и субъективную стороны, причем каждый из них характеризуется определенным признаком или их совокупностью⁶.

Представляется целесообразным начать анализ правомерных действий по задержанию преступника именно с рассмотрения признаков лица, осуществляющего задер-

¹ Патюлин В. А. Государство и личность в СССР (правовые аспекты взаимоотношений). М., 1974, с. 161.

² Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений. М., 1972, с. 229.

³ Шаргородский М. Д. Преступления против жизни и здоровья. М., 1947, с. 225.

⁴ Каченко В. И. Необходимая оборона по уголовному праву. М., 1979, с. 8-10.

⁵ Кудрявцев В. Н. Право и поведение. М., 1978, с. 26; Сов. гос-во и право. – 1980. – № 10. – С. 31.

⁶ Кудрявцев В. Н. Право и поведение. М., 1978, с. 14.

жание, ибо выяснение субъекта правомерного задержания позволит затем более правильно охарактеризовать и иные признаки данного поведения.

Признаки, характеризующие субъекта правомерного задержания преступника. В нормах уголовного законодательства, регламентирующего задержание преступника, круг субъектов этих действий определен неодинаково. Так, в ст. 15 Указа субъектами задержания названы лишь граждане. Напротив, в ч. 3 ст. 13. УК УзССР и ч. 3 ст. 15 УК речь идет о потерпевшем и других лицах. Наконец, в ст. 13¹ УК ЭССР вовсе отсутствуют какие-либо указания о субъекте рассматриваемых действий. Поэтому принципиальным здесь является определение, круга лиц, действия которых регулируются нормами уголовного права, т. е. выяснение вопроса о том, распространяются ли предусмотренные уголовным законом условия и признаки правомерного задержания преступника на любых субъектов или только на определенный их круг. Решение указанного вопроса имеет важное уголовно-правовое значение, ибо позволяет правильно уснить содержание признаков, оснований и условия правомерности задержания преступника, определить правовые последствия отказа лица от задержания, наконец, квалифицировать неправомерные действия, предпринятые для задержания преступника.

Вопрос о круге субъектов задержания преступника, регламентируемого уголовным правом, — остродискуссионный. Это обусловлено недостаточной разработкой в науке советского уголовного права общих проблем учения об обстоятельствах, исключающих общественную опасность и противоправность деяния, в частности вопросов классификации этих обстоятельств, их соотношения и конкуренции между собой, а также места среди юридически однородного поведения людей. Отсутствие единого мнения в отношении этих и других важных проблем порождает противоречия и ошибки при решении частных вопросов, в том числе о субъекте задержания преступника.

Одни криминалисты считают, что «вопрос об условиях, при которых может быть реализовано право на задержание, уголовное право решает лишь применительно к гражданам, на которых не возложена специальная обязанность бороться с правонарушениями»¹. По мнению других, субъектами уголовно-правового задержания преступника являются не только граждане, но и те должностные лица, на которых возложена правовая обязанность бороться с преступностью, в частности работники милиции². Указывают, что деятельность таких должностных лиц по задержанию преступника регулируется не только нормами уголовного права, но одновременно и специальными нормативными актами: уставами, инструкциями, приказами и т. д. При этом считают, что указанные акты лишь конкретизируют условия правомерности задержания преступника в пределах общих условий, закрепленных в уголовном законе. Иными словами, материально-правовые основания правомерности задержания преступника и причинения ему при этом вреда для всех категорий лиц отражаются только в уголовном законе. Так, Г. В. Бушуев пишет, что «условия правомерности задержания преступника должны быть едиными для всех категорий лиц. К работникам милиции могут предъявляться более строгие требования, но только в рамках общих для всех условий»³.

Такая позиция вызывает возражение. Прежде всего подобное решение вопроса в основе своей противоречиво. С одной стороны, утверждается, что условия правомер-

¹ Сов. юстиция. — 1974. — № 12. — С. 5; Соц. законность. — 1974. — № 9. — с. 63; *Озурцов Н. А.* Правоотношения и ответственность в советском уголовном праве. Рязань, 1976, с. 125-126 и др.

² *Бушуев Г. В.* Социальная и уголовно-правовая оценка причинения вреда преступнику при задержании. Горький, 1976, с. 46; *Тишкевич И. С.* Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974, с. 95-98; *Ткаченко В. И.* Ответственность за превышение пределов необходимой обороны и причинение преступнику вреда при его задержании в теории и судебной практике. М., 1973, с. 37; Уголовное право УССР. Общая часть / Под ред. проф. В. В. Сташиса и доц. А. Ш. Якупова. К., 1984, с. 154; *Якубович М. И.* Необходимая оборона и задержание преступника. М., 1978, с. 62-63 и др.

³ *Бушуев Г. В.* Социальная и уголовно-правовая оценка причинения вреда преступнику при задержании. Горький, 1976, с. 46.

ности задержания преступника для всех субъектов отражаются в уголовном законе, а с другой – действия определенной категории должностных лиц по задержанию преступника регламентируются одновременно и специальным административным законодательством. Получается, что должностные лица при совершении одних и тех же действий по задержанию преступника в одно и то же время являются субъектами административно-правовых и уголовно-правовых отношений, что вряд ли можно признать правильным.

Неубедительно и утверждение о том, что специальные нормативные акты лишь конкретизируют в отношении должностных лиц условия правомерности задержания преступника, определенные уголовным законом. Отстаивая эту точку зрения, авторы обычно ссылаются на действующее уголовное законодательство. Между тем до последней кодификации уголовного законодательства 1958-1961 гг. в общесоюзном уголовном законе и УК союзных республик вообще отсутствовали какие-либо постановления о задержании преступника. И тем не менее деятельность специально-обязанных должностных лиц по задержанию преступников всегда признавалась правомерной, ибо основывалась на нормах административного права. Это положение не изменилось и в настоящее время: деятельность должностных лиц по задержанию преступника регулируется специальным законодательством. Иная ситуация имеет место при оценке действий граждан, предпринявших меры по задержанию преступника. Отсутствие в прежнем уголовном законодательстве норм о задержании преступника со стороны отдельных граждан, ненадлежащая их регламентация в действующем уголовном законодательстве, а также затруднения судебной практики в оценке такой деятельности побудили Пленум Верховного Суда СССР сначала в постановлении от 23 октября 1956 г., затем в постановлении от 4 декабря 1969 г. и, наконец, в постановлении от 16 августа 1984 г. дать руководящие разъяснения относительно оценки действий именно граждан, предпринявших меры по задержанию преступника. Очевидно, что Верховный Суд СССР исходит здесь из того, что уголовное законодательство регламентирует лишь действия этих лиц по задержанию преступника, а подобная деятельность соответствующих должностных лиц есть предмет регулирования иного законодательства.

Кроме того, авторы критикуемой позиции упускают из виду то обстоятельство, что и в настоящее время в общесоюзном уголовном законодательстве отсутствуют нормы, в которых были бы закреплены условия правомерности задержания преступника. Статья 15 Указа предусматривает лишь отдельные такие условия, а в основном носит отсылочный характер. Из УК всех союзных республик только три регламентируют этот вопрос. Следовательно, если считать, что специальные нормативные акты конкретизируют условия правомерности задержания преступника в пределах общих условий, закрепленных в уголовном законе, то придется признать, что такая конкретизация имеет значение только для УК УССР, УК УзССР и УК ЭССР. Но это вряд ли можно признать правильным.

Приведенная точка зрения не может быть принята и потому, что ее авторы не учитывают в полной мере соотношения специального законодательства, регламентирующего деятельность должностных лиц по задержанию преступника, и уголовного закона в этой части. Например, такой основной нормативный акт, в котором регламентируется деятельность работников милиции по розыску и задержанию преступников, как Указ Президиума Верховного Совета СССР от 8 июня 1973 г. «Об основных обязанностях и правах советской милиции по охране общественного порядка и борьбе с преступностью»¹, имеет силу закона. Уже поэтому нельзя считать, что он будто бы конкретизирует условия правомерности задержания преступников, закрепленные в некоторых республиканских уголовных законах. Далее, положения этого Указа в части задержания преступника развиты и конкретизированы в положениях, а также раз-

¹ Ведомости Верхов. Совета СССР. – 1973. – № 24. – Ст. 309.

личных уставах, инструкциях и приказах министра внутренних дел СССР. Очевидно, что названные подзаконные акты распространяют свое действие – на всю территорию СССР и при этом не связывают правомерность деятельности работников милиции по задержанию преступника с наличием или отсутствием в Основах или УК той или иной союзной республики норм о задержании преступника. Поэтому не вызывает сомнения правомерность задержания преступников работниками милиции на территории тех союзных республик, в УК которых вообще отсутствуют какие-либо положения о задержании преступника. Законность таких действий основывается на нормах не уголовного, а административного права. Такой вывод тем более обоснован, если учитывать системность советского законодательства. Умолчание, например, в ст. 13¹ УК ЭССР о субъекте задержания преступника вовсе не означает, что уголовный закон регламентирует деятельность всяких лиц, в том числе специально обязанных по задержанию преступников. Напротив, административное законодательство, устанавливая условия правомерности задержания преступника, указывает на определенный круг должностных лиц как на субъектов регулируемых отношений и тем самым исключает их из круга субъектов отношений по задержанию преступника, регламентируемых уголовным правом.

Такой вывод полностью подтверждается развитием советского законодательства в этой области. Так, Указом Президиума Верховного Совета СССР от 19 июня 1984 г. «О задержании правонарушителей работниками военизированной охраны и применении ими в исключительных случаях оружия» определены специальные условия правомерности задержания правонарушителей и применения оружия при задержании преступника, которые совершенно отличны от условий, предусмотренных уголовным законодательством. Более того, в ст. 7 названного Указа прямо определен круг лиц, на которых он распространяет свое действие, – это работники военизированной и вневедомственной охраны при органах внутренних дел¹. Таким образом, устанавливая особые условия правомерности задержания и определяя круг его субъектов, специальное административное законодательство исключает этих лиц из круга тех субъектов, чьи действия по задержанию преступника регламентируются уголовным правом.

Важно учитывая здесь и функциональную особенность норм уголовного права, регламентирующих задержание преступника. Общепризнано, что эти нормы относятся к числу управомочивающих². Но поскольку «каждая правовая норма предписывает от имени государства субъектам общественной жизни строго определенное поведение (запрещающая, управомочивающая, возлагая обязанности)»³, необходимо заключить, что нормы уголовного закона о задержании преступника не могут быть одновременно управомочивающими для граждан и обязывающими для определенной категории должностных лиц. Поэтому нельзя согласиться с мнением И. С. Тишкевича, что поскольку уголовный закон не устанавливает каких-либо ограничений права на задержание преступника в зависимости от служебного положения лица, то, используя это право, «должностные лица и военнослужащие действуют не только как лица, наделенные определенными служебными полномочиями, но и как граждане, пользующиеся наравне со всеми правом на задержание преступника»⁴. Утверждение, что должностные лица пользуются правом на задержание преступника наравне со всеми гражданами, позволяет сделать вывод, что они могут, как и все граждане, отказаться от использования этого права. Однако это было бы неверно. Еще П. П. Пусторослев писал, что «если саморасправа (в том числе задержание преступника – Ю. Б.) разрешена объективным

¹ Ведомости Верхов. Совета СССР. – 1984. – № 20. – Ст. 437.

² Дурманов Н. Д. Понятие преступления. М.: А., 1948, с. 140.

³ Марксистско-ленинская общая теория государства и права: Социалистическое право / Н. Г. Александров, С. С. Алексеев, Е. А. Лукашева и др. М., 1973, с. 253.

⁴ Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974, с. 95.

правом в виде правовой обязанности, то, следовательно, объективное право требует, а не предоставляет на выбор, чтобы лицо произвело саморасправу»¹. Приведенные выше нормативные акты возлагают на должностных лиц именно юридическую обязанность по задержанию преступника² в числе других их обязанностей в сфере борьбы с преступностью. Непосредственно было бы считать, что эти другие обязанности являются правовыми, а задержание преступника юридической обязанностью и одновременно субъективным правом, как и для всех граждан. А. Медведев верно пишет, что «права и обязанности всегда остаются самими собою и не могут превращаться одно в другое»³. Именно поэтому специальный круг должностных лиц при наличии определенных оснований юридически обязан принять меры к задержанию преступника.

Эта обязанность – неотъемлемая часть компетенции соответствующих должностных лиц в сфере борьбы с преступностью. Для ее выполнения они проходят специальную подготовку и приобретают необходимые навыки для задержания. Специальные нормативные акты поэтому и устанавливают специфические условия правомерности задержания преступника, отличные от условий правомерности, распространяющихся на граждан. Следовательно, для лиц, которым задержание преступника вменено как правовая обязанность, основанием, исключающим ответственность за лишение личной свободы преступника и причинение ему при этом вреда, является исполнение служебного долга по задержанию преступника. Именно так характеризуется деятельность работников милиции по применению ими оружия при задержании преступников в п. «г» ст. 8 Указа от 8 июня 1973 г., а также, работников охраны в ст. 3 Указа от 19 июня 1984 г. Исполнение служебного долга выступает здесь в качестве самостоятельного обстоятельства, исключающего общественную опасность и противоправность деяния⁴, условия правомерности которого определяются не уголовным, а специальным административным законодательством. Такой вывод полностью соответствует положению, сформулированному в главе I настоящей работы, согласно которому в группу обстоятельств, исключающих общественную опасность и противоправность деяния входят обстоятельства, регламентируемые не только уголовным, но и другим законодательством.

Изложенное позволяет сделать следующий вывод о соотношении специального административного законодательства и уголовного права в части регламентации действий по задержанию преступника. Специальные нормативные акты административного законодательства, устанавливая специфические условия правомерности задержания преступника, регламентируют деятельность тех должностных лиц, на которых возложена юридическая (профессиональная) обязанность задерживать преступников. Уголовный же закон, закрепляя другие условия правомерности, распространяет свое действие лишь на граждан, для которых задержание преступника является субъективным правом, т. е. на частных лиц⁵. Об этом свидетельствует также анализ действующего уголовного законодательства. Отметим, что он тогда может быть плодотворным, если учитывает взаимосвязь и взаимозависимость всех признаков рассматриваемого поведения.

¹ Пусторослев П. П. Понятие о незаменимой саморасправе как учреждении уголовного права. М., 1880, с. 17-18.

² Сов. гос-во и право. – 1980. – № 6. – С. 35.

³ Соц. законность. – 1974. – № 9. – С. 62.

⁴ Шавгулидзе Т. Г. Необходимая оборона. Тбилиси, 1966, с. 140.

⁵ В науке уголовного права понятие частного лица обычно употребляется для характеристики субъекта преступления. Частными признаются те лица, которые для совершения преступления не используют свое служебное положение, т. е. не выступают при этом как лица должностные (Тацый В. Я. Ответственность за частнопредпринимательскую деятельность и коммерческое посредничество. М., 1979, с. 103-104). Подобное понимание частного лица, но только применительно к правомерной деятельности, допустимо и при характеристике субъекта правомерного задержания преступника, регламентируемого уголовным правом. Им является всякое лицо, на которое не возложена специальная правовая обязанность задерживать преступников.

В ч. 3 ст. 15 УК в качестве субъектов задержания преступника названы потерпевший и другие лица. Учитывая положения этой нормы о правомерности задержания преступника лишь непосредственно после совершения посягательства и при этом с целью доставления его соответствующим органам власти, необходимо заключить, что эти указания могли быть обращены только к частным лицам. Подобным образом расценивал данное положение закона и В. Ф. Кириченко, который писал, что уголовный закон под потерпевшими понимает лишь частных лиц, в связи с чем предлагал (по нашему мнению, необоснованно) дополнить закон указанием и на представителей власти как субъектов задержания¹. Распространение указанных условий правомерности задержания преступника на деятельность соответствующих должностных лиц могло бы безосновательно ограничить их полномочия по задержанию преступников. Очевидно, что подобное предложение не соответствует существующей регламентации деятельности этих лиц в сфере борьбы с преступностью, а также практике задержания ими преступников.

Укажем также, что закон, приравнивая по правовым последствиям действия по задержанию преступника к необходимой обороне, не мог иметь в виду различных субъектов, которые осуществляют право необходимой обороны и задержания преступника. В литературе вопрос о субъектах необходимой обороны иногда решается с противоположных позиций, но наиболее правильным представляется суждение, что «необходимая оборона специальных субъектов не имеет»² и что «законодатель всегда рассматривал необходимую оборону только как сферу деятельности граждан, частных лиц»³. Логично поэтому утверждать, что и субъектом правомерного задержания преступника, которое может быть приравнено к необходимой обороне, является лишь частное лицо.

В пользу предлагаемого решения вопроса о субъекте правомерного задержания преступника, регламентируемого уголовным законом, говорит и социальная обусловленность появления в действующем праве норм о задержании преступника. Известно, что эти нормы были установлены в связи с активным привлечением общественности и отдельных граждан к делу борьбы с преступностью, что вызвало необходимость законодательной регламентации их действий по задержанию преступников. Так, анализируя июльские (1966 г.) решения партии и правительства, направленные на широкое привлечение общественности к борьбе с хулиганством и другими преступлениями, Н. И. Загородников, в частности, отмечал, что «в них содержатся исключительной важности указания по обеспечению прав и интересов граждан, активно участвующих в охране общественного порядка... расширены права граждан при задержании преступников и необходимой обороне»⁴. Действительно, в ст. 15 Указа говорится о правомерности действий именно граждан по задержанию преступника. Очевидно, что упоминание в Указе о гражданах как субъектах задержания должно было акцентировать внимание на правомерности таких действий, со стороны частных лиц, для которых задержание является субъективным правом в отличие от специально обязанных к этому должностных лиц. Об этом свидетельствует также историческое толкование ст. 15 Указа. Данная норма была издана в соответствии с постановлением ЦК КПСС и Совета Министров СССР от 23 июля 1966 г. «О мерах по усилению борьбы с преступностью», в котором отмечалось, что в целях дальнейшего развития активности населения в охране общественного порядка вводятся правовые гарантии, обеспечивающие защиту интересов граждан, проявляющих инициативу в борьбе с правонарушениями.

¹ Сов. гос-во и право. – 1958. – № 8. – С. 91-92.

² Шавгулидзе Т. Г. Необходимая оборона. Тбилиси, 1966, с.86.

³ Соц. законность. – 1974. – № 9. – С. 63.

⁴ Загородников Н. И. О мерах по усилению борьбы с нарушениями общественного порядка и некоторые вопросы теорий и практики борьбы с преступностью. – В кн.: О мерах по усилению борьбы с нарушениями общественного порядка. М., 1967, с. 11, 16.

Установлено, что действия граждан, направленные на пресечение преступных посягательств и задержание преступника, являются в соответствии с законодательством правомерными и не влекут уголовной или иной ответственности, даже если этими действиями вынужденно был причинен вред преступнику¹. Таким образом, из постановления следует, что ст. 15 Указа регламентирует действия по задержанию преступника лишь отдельных граждан, а не соответствующих должностных лиц, для которых такие действия являются служебным долгом.

Наконец, на граждан как субъектов правомерного задержания, регламентируемого уголовным правом, указывал и Пленум Верховного Суда СССР в п. 5 постановления от 4 декабря 1969 г. Он еще более конкретизировал свою позицию по этому вопросу в п. 3, 4 постановления от 16 августа 1984 г. Так, из п. 3 прямо следует, что уголовный закон регламентирует действия по задержанию посягавшего, предпринятые лишь народными дружинниками и другими гражданами, выполняющими свой общественный долг по поддержанию правопорядка. Напротив, правомерность действий представителей власти, работников природоохранительных органов, военизированной охраны и иных лиц в связи с выполнением ими служебных обязанностей по пресечению общественно опасных посягательств и задержанию правонарушителей определяется не уголовным законом, а требованиями уставов, положениями иных нормативных актов, предусматривающих основания и порядок применения силы и оружия (п. 4). Представляется, что Верховный Суд СССР правильно устанавливает круг субъектов задержания преступника, который регламентируется уголовным законодательством².

К числу таких субъектов относятся прежде всего *отдельные граждане*, выполняющие свой общественный долг по охране общественного порядка. Ими могут быть не только потерпевшие, но и, как отмечается в ч. 3 ст. 15 УК, другие лица, например, очевидцы. Это положение закона имеет глубокий нравственный смысл. Оно соответствует социалистической морали и правосознанию советских людей, способствует развитию инициативы населения в борьбе с преступностью, делу воспитания советских граждан в духе товарищеской взаимопомощи и солидарности, непримиримости к нарушениям социалистического правопорядка. В качестве субъектов задержания могут, выступать не только граждане СССР, но и иностранные граждане, а также лица без гражданства.

Таковыми субъектами, далее, являются *представители организованной общественности* (народные дружинники, члены комсомольских оперативных отрядов и т. д.). Например, в соответствии с п. «а» ст. 21 Положения о добровольной народной дружине по охране общественного порядка в Украинской ССР народный дружинник обязан принимать активное участие в охране общественного порядка, решительно и смело предпринимать предусмотренные законодательством меры для пресечения преступных посягательств и других антиобщественных действий, в том числе, разумеется, для задержания преступников. Однако ни в самом Положении, ни в какой-либо ином нормативном акте специально не регламентируется деятельность дружинника по задержанию преступника. Напротив, в п. «б» и «д» ст. 21 Положения указано, что дружинник обязан строго соблюдать требования законодательных и иных актов при выполнении возложенных на него обязанностей. Такими актами, регулирующими деятельность народного дружинника по задержанию преступника в УССР, и являются ст. 15 Указа и ч. 3 ст. 15 УК.

Наконец, субъектами правомерного задержания преступника, регламентируемого уголовным законом, могут быть и те *представители власти и иные должностные лица, на которых не возложена специальная обязанность задерживать преступников* (на-

¹ Правда. – 1966. – 27 июля.

² Отметим, что п. 16 постановления Пленума Верховного Суда СССР от 7 июля 1983 г. «О практике применения судами законодательства об охране природы» противоречит положениям п. 3.4 постановления от 16 августа 1984 г.

пример, депутаты Советов народных депутатов, народные заседатели и т. д.). Юридическим основанием производства этими лицами рассматриваемых действий выступает субъективное право каждого гражданина на задержание преступника.

Следовательно, субъектами правомерного задержания преступника, регламентируемого уголовным правом, являются любые граждане – потерпевший, очевидец и иное лицо, представители организованной общественности и те должностные лица, на которых не возложена специальная обязанность задерживать преступников.

По данным проведенного исследования, в качестве субъектов задержания преступников в 52,7 % случаях выступали потерпевший, очевидец и иные граждане, в 40,8 % – представители организованной общественности и лишь в 6,5 % – должностные лица, на которых не была возложена правовая обязанность задерживать преступников.

Задержание преступника для указанных лиц является субъективным правом и одновременно «выполнением моральной обязанности всякого члена общества задерживать преступника, посягающего на социалистические общественные отношения»¹. Это положение в полной мере распространяется на всех субъектов задержания. М. И. Якубович правильно отмечал, что для народного дружинника задержание преступника – лишь общественный, гражданский и моральный долг². Вот почему невыполнение дружинником своей гражданской обязанности влечет за собой реакцию не государства, а общественного формирования трудящихся. В соответствии со ст. 34 названного Положения к дружиннику, который, недобросовестно относится к выполнению своих обязанностей, могут быть применены различные меры воздействия по решению общего собрания или штаба дружины. При этом об исключении дружинника из дружины уведомляется общественная организация, рекомендовавшая его.

Поэтому хотя отказ от использования права задерживать преступников – явление нежелательное для государства и общества, при определенных условиях влекущее общественное осуждение³, но оно не может считаться правонарушением, поскольку использовать или не использовать свое право – дело самого гражданина⁴. Вместе с тем незаконное лишение указанными субъектами личной свободы преступника или причинение ему при задержании несоразмерно тяжкого вреда рассматривается как преступление против личности или личной собственности.

Иное положение имеет место при оценке действия или бездействия лица, для которого задержание преступника выступает в качестве правовой обязанности. Невыполнение специально обязанными должностными лицами служебного долга по задержанию преступника рассматривается как правонарушение, влекущее дисциплинарную или уголовную ответственность. Так, в специальных нормативных актах административного законодательства указывается, что неиспользование работником милиции прав по применению оружия, в том числе при задержании преступника, влечет за собой ответственность по закону. С другой стороны, задержание преступника, произведенное с явным выходом за пределы предоставленных указанным лицам законом прав и полномочий, при наличии всех необходимых признаков образует должностное преступление – превышение власти или служебных полномочий (ст. 166 УК).

Возражая против такой квалификации действий должностных лиц, И. С. Тишкевич пишет, что это приводит к ограничению прав представителей власти по сравнению

¹ *Побегайло Э. Ф.* О юридической сущности действий, направленных к задержанию преступника. – В кн.: Вопросы укрепления социалистической законности и правопорядка: Тр. Воронеж, ун-та, 1970, т. 88, с. 182.

² *Якубович М. И.* Необходимая оборона и задержание преступника. М., 1978, с. 45.

³ *Оборотов Ю. П.* Основные вопросы теории правовой активности личности социалистического общества: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. К., 1979, с. 51-58.

⁴ *Кудрявцев В. Н.* Право и поведение. М., 1978, с. 41; Эффективность правовых норм / Кудрявцев В. Н., Никитинский В. И., Самощенко И. С., Глазырин В. В. М., 1980, с. 27-28.

с другими гражданами, исключает применение к ним общих правил ответственности за вред, причиненный при задержании преступника, влечет в отдельных случаях ответственность и за тот вред, причинение которого для гражданина ненаказуемо. Подобная квалификация является большой несправедливостью для этих лиц, которые не вправе отказаться от принятия мер к задержанию преступника¹.

Однако сама по себе неодинаковая квалификация действий, выразившихся в превышении мер по задержанию преступника, для разных категорий лиц вообще не влияет на объем их прав в части задержания преступника, поскольку пределы этих прав определяются различными нормативными актами: для граждан – уголовным законом, а для специально обязанных должностных лиц – административным законодательством. Уголовный закон, далее, не знает общих правил ответственности частных и должностных лиц за незаконный вред, причиненный преступнику при его задержании. Задержание преступника – лишь одна из правовых обязанностей соответствующих должностных лиц в области борьбы с преступностью. Они наделены специальным законодательством соответствующими полномочиями, явный выход за пределы которых, если причинен существенный вред правам или охраняемым законом интересам отдельных граждан, в том числе преступнику, дает основания рассматривать содеянное как превышение власти или служебных полномочий.

Наличие специального субъекта – должностного лица, совершающего преступные действия при исполнении обязанностей по задержанию преступника с использованием своего служебного положения и вопреки интересам службы, – обуславливает и то, что объектом таких действий выступает прежде всего правильная, отвечающая интересам коммунистического строительства и основанная на принципах социалистической законности деятельность советского государственного аппарата, а не жизнь и здоровье преступника.

И, напротив, граждане как частные лица, для которых задержание преступника является субъективным правом, превышая меры по его задержанию, посягают именно на жизнь или здоровье преступника, т. е. совершают общеуголовное преступление.

С объективной стороны действия должностных лиц по задержанию преступника только в том случае могут рассматриваться как превышение власти, если они, во-первых, были связаны с явным выходом за пределы предоставленных им специальными нормативными актами полномочий по задержанию преступника и, во-вторых, если тем самым был причинен существенный вред правам или законным интересам преступника. Эти обстоятельства не учитывают авторы, которые утверждают, что в случаях, например, причинения легких телесных повреждений при превышении пределов причинения вреда во время задержания преступника граждане не подлежат ответственности, а должностные лица должны нести ответственность как за квалифицированное превышение власти или служебных полномочий². Есть основания, однако, считать, что и должностные лица не подлежат уголовной ответственности за причинение преступнику вреда, если в конкретной обстановке задержания не только легкие телесные повреждения, но и более тяжкий вред не могут рассматриваться как существенный вред, причиненный правам и охраняемым законом интересам преступника.

Представляется также, что нет ничего несправедливого в том, что должностные лица за превышение полномочий при задержании преступника должны нести более суровую ответственность, чем отдельные граждане. Наделяя представителей власти широкими полномочиями, государство требует, чтобы их деятельность осуществлялась на основе строгого соблюдения законности, исключающей ущемление прав и законных интересов граждан. Нарушение должностными лицами закона, превышение прав

¹ Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974, с. 95-99.

² Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974, с. 95-99; Якубович М. И. Необходимая оборона и задержание преступника. М., 1978, с. 69.

и полномочий представляет значительную опасность для общества, в связи с чем законодатель устанавливает повышенную ответственность этих лиц по сравнению с отдельными гражданами. Это положение, в частности, полностью соответствует общепризнанному мнению, что в случае, например, совершения должностным лицом незаконного лишения свободы, видом которого является и незаконное задержание преступника, виновный подлежит повышенной по сравнению с частными лицами ответственности – по ст. 166 или 173 УК, а не по ст. 123 УК¹. Поэтому нелогично считать, что незаконное причинение должностными лицами при задержании преступнику более тяжкого вреда, чем незаконное лишение свободы (например, тяжких телесных повреждений или смерти), должно влечь их ответственность не за должностное, а за общеуголовное преступление. В этой связи нельзя согласиться с мнением Н. Т. Куца, который считает, что в настоящее время практика вынужденно применяет ч. 2 ст. 166 УК в отношении тех представителей власти, которые неправомерно применяют оружие при задержании преступника. Такая практика будто бы вызвана пробелом закона – отсутствием специальной статьи УК, в которой предусматривалась бы ответственность должностных лиц за применение огнестрельного оружия с превышением мер, необходимых для задержания преступника². Думается, что здесь пробела закона нет. Н. Т. Куц исходит из того, что положения уголовного закона о задержании преступника распространяются не только на частных, но и на специально обязанных должностных лиц, что, как уже показано, необоснованно. Поэтому явное превышение полномочий представителем власти, связанное с применением оружия при задержании преступника, полностью охватывается признаками ч. 2 ст. 166 УК и не требует каких-либо дополнений уголовного закона. Предложенная выше квалификация действий лиц, превысивших меры по задержанию преступника, с одной стороны, отвечает тенденции законодательства на развитие активности граждан в борьбе с преступностью, а с другой – правильно отражает повышенную общественную опасность действий должностных лиц, выразившихся в превышении власти или служебных полномочий, способствует воспитанию их в духе неуклонного соблюдения социалистической законности, уважения прав и законных интересов отдельных граждан.

Итак, субъектом правомерного задержания регламентируемого уголовным правом, является любой гражданин, на которого не возложена специальная обязанность задерживать преступников. Представляется, что прямое указание на субъекта задержания должно быть закреплено в Основах и УК союзных республик, как это предусмотрено в ст. 15 Указа, ч. 3 ст. 15 УК, ч. 3 ст. 13 УК УзССР. При этом более предпочтительно указание именно на гражданина как субъекта задержания, а не на «потерпевшего и других лиц». Термин «гражданин» лаконичен; подчеркивает, что речь идет именно о лице, на которого не возложена правовая обязанность задерживать преступника; охватывает все возможные категории этих лиц; позволяет, наконец, правильно определить субъекта ответственности за превышение пределов причинения вреда преступнику при его задержании.

Признаки, характеризующие задерживаемое лицо. Вывод о том, что субъектом задержания выступает частное лицо, позволяет более точно определить и признаки лица, которое может быть задержано этим субъектом. Таковым является *преступник, т. е. лицо, начавшее совершать или совершившее преступление*. Прямое указание на это содержится в уголовном законе. Так, ч. 3 ст. 15 УК признает правомерными действия, совершенные с целью задержания *преступника*, а соразмерным – вред, если он соответствовал опасности посягательства и обстановке задержания *преступника*. Точно так же в ст. 15 Указа и ст. 13¹ УК ЭССР закреплено положение о правомерности

¹ Советское уголовное право: Особенная часть. М., 1982, с. 179.

² Уголовное право УССР. Общая часть / Под ред. проф. В. В. Сташиса и доц. А. Ш. Якупова. К., 1984, с. 161.

действий, направленных, на задержание именно *преступника*. В связи с этим И. Погребняк правильно заметил, что в уголовном законодательстве «по-прежнему сохранено одно ограничение: граждане вправе задерживать только преступников»¹. Таковым признается не только исполнитель, но также организатор, подстрекатель, и пособник преступления. Следовательно, задержанным может быть исполнитель и всякий соучастник, начавший совершать² или уже совершивший общественно опасное деяние, содержащее в себе признаки определенного преступления.

И. С. Тишкевич расширяет круг лиц, которые могут быть задержаны. По его мнению, «для оценки действий задерживающего по правилам необходимой обороны достаточно, чтобы правонарушение, совершенное задерживаемым лицом, было преступлением, или хотя бы по объективным (внешним) признакам воспринималось как преступление»³. В связи с этим автор критикует В. Ткаченко, который считает, что задержанным может быть лишь лицо, в деянии которого есть все признаки конкретного состава преступления⁴. И. С. Тишкевич обосновывает свою позицию тем, что в момент задержания не всегда ясно, какое совершено правонарушение, действовало ли лицо виновно, было ли вменяемо и т. д. В ряде случаев для выяснения этих обстоятельств требуется длительное расследование. Поэтому нельзя требовать от задерживающего предварительного выяснения этих обстоятельств, в противном случае это затруднило бы борьбу с преступностью⁵.

Приведенные соображения представляются спорными. Прежде всего суждение И. С. Тишкевича не соответствует уголовному закону, где указано, что правомерному задержанию подлежит именно преступник, а никакое иное лицо. Другими словами, уголовный закон регламентирует действия граждан лишь по задержанию преступников, а не других правонарушителей. И. С. Тишкевич, далее, исходит из того, что такие действия являются не самостоятельным обстоятельством, исключаящим общественную опасность и противоправность деяния, а лишь приравняемыми к необходимой обороне, при осуществлении последней, как известно, допускается причинение вреда не только преступнику, но и невменяемому, малолетнему и даже невиновному лицу, объективно совершающему посягательство. Однако уголовный закон приравнивает действия по задержанию преступника к необходимой обороне лишь по правовым последствиям. Признаки же этих правомерных действий различны. Один из таких признаков, характеризующих задержание преступника в качестве самостоятельного обстоятельства, исключаящего общественную опасность и противоправность деяния, заключается в том, что задержанным гражданами может быть только преступник. Утверждение, что отказ от права задерживать иных лиц затруднил бы борьбу с преступностью, вряд ли обоснованно. Известно, что преступление есть виновное совершение предусмотренного уголовным законом общественно опасного деяния. Правильным представляется мнение П. А. Фефелова и Ю. А. Демидова, согласно которому понятие общественной опасности и должно распространяться именно на виновные действия лица. Причинение же вреда невиновно или силами природы либо невменяемым следует характеризовать понятием «опасность»⁶. Следовательно, совершение опасного деяния малолетним или

¹ Сов. юстиция. – 1967. – № 24. – С. 17; В этой связи представляется неудачным употребление в постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 16 августа 1984 г. выражения «задержание посягавшего» вместо «задержание преступника» (Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1984. – № 5. – С. 10, равно как и в п. 16 постановления от 7 июля 1983 г. «О практике применения судами законодательства об охране природы» необоснованно говорится о задержании правонарушителя, а не преступника (Сов. юстиция. – 1983. – № 17. – С. 26).

² Для целей настоящего исследования не имеет принципиального значения спор о том, каким моментом определяется начало совершения преступления. В соответствии с ч. 1 ст. 17 Основ таким моментом признается начало совершения лицом подготовительных действий

³ Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974, с. 53.

⁴ Соц. законность. – 1970. – № 8. – С. 38.

⁵ Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974, с. 52-53.

⁶ Сов. гос-во и право. – 1977. – № 5. – С. 135; 1980. – № 5. – С. 150.

невменяемым, а также невиновно не превращает содеянное в преступление, а этих лиц – в преступников. Поэтому и задержание их представляет собой не форму борьбы с преступностью, а деятельность по предупреждению или пресечению опасных действий человека. В связи с этим нельзя распространять правила уголовно-правового задержания преступника на случаи задержания указанных лиц. Вместе с тем вряд ли можно согласиться с мнением В. И. Ткаченко и К. Халикова, которые считают, что задержание невменяемых, малолетних или невиновно совершивших опасное деяние всегда преступно¹. Думается, что действия граждан по задержанию таких лиц должны оцениваться либо в соответствии с иными обстоятельствами, исключающими общественную опасность и противоправность деяния, либо по правилам фактической ошибки.

Твердое убеждение гражданина в том, что он задерживает именно преступника, а не иное лицо, должно строиться не на подозрениях и догадках, а на основе достоверных данных.

Заслуживает поддержки мнение о том, что задержанию подлежит только явный преступник², осведомленность о котором может быть основана на различных обстоятельствах: преступник застигнут на месте преступления, или на нем имеются следы преступления, либо граждане указали на него как на субъекта преступления и т. д.³. Эти обстоятельства, правильно отмечает Л. В. Франк, носят очевидный и явный характер данных, уличающих в том, что именно это лицо является преступником⁴. Явный, очевидный преступник – это лицо в отношении которого достоверно известно, что оно совершило явное, очевидное преступление, а не иное общественно опасное или лишенное этого качества деяние. Поэтому неправомерно задержание лица, в отношении которого у гражданина либо вообще отсутствовали какие-либо данные как о лице, совершившем преступление, либо имевшиеся сведения строились лишь на подозрениях и непроверенных данных.

Подобным образом расценивает такое задержание и судебная практика, о чем свидетельствует, например, постановление Пленума Верховного Суда СССР от 2 ноября 1970 г. по делу Т. Последний искал головной убор своего знакомого Б. Проходившие мимо Ш. и Ф. по просьбе Т. стали ему в этом помогать. В процессе поисков Ш. осветил фонариком лицо Б., лежавшего на земле, в связи с чем между ними возникла ссора. Желая предотвратить драку, Т. сказал Ш. и Ф., чтобы они уходили, при этом в руках он держал ружье. Придя к палаткам, где расположились туристы, Ш. сказал им, что его избili вооруженные люди, поэтому их необходимо обезоружить и побить. Они догнали Т. и Б. и стали их бить, при этом в процессе защиты от нападения туристов Т. выстрелил из ружья и убил одного из них. Оценивая действия туристов, Пленум Верховного Суда СССР отметил, что поскольку Т. в отношении Ш. и Ф. каких-либо насильственных действий не предпринимал, «после их ухода пошел вместе с Б. в другом направлении, никаких агрессивных намерений в отношении туристов не имел и не высказывал, то в данном случае у последних не было необходимости в том, чтобы задерживать и разоруживать Т., тем более, что в районе расположения лагеря туристов, кроме Т., находились другие вооруженные охотники, о чем туристам было известно.

¹ Советское уголовное право: Часть Общая. М., 1972, с. 230; Халиков. К. Необходимая оборона по советскому уголовному праву. Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Алма-Ата, 1970, с. 14.

² Побегайло Э. Ф. О юридической сущности действий, направленных к задержанию преступника. – В кн.: Вопросы укрепления социалистической законности и правопорядка: Тр. Воронеж, ун-та, 1970, т. 88, с. 183.

³ Куринов Б. А. Правни основания и условия за освобождение на гражданина от вреду, причинени при задржжане на преступника // Социалистическо право. – 1976. – № 3. – С. 54; Побегайло Э. Ф. О юридической сущности действий, направленных к задержанию преступника. – В кн.: Вопросы укрепления социалистической законности и правопорядка: Тр. Воронеж, ун-та, 1970, т. 88, с. 183.

⁴ Франк Л. В. Задержание и арест подозреваемого в советском уголовном процессе. Душанбе, 1963, с. 94.

При таких обстоятельствах действия Ш., так же как и других туристов, в отношении Т. нельзя признать правомерными»¹.

Задержание в подобных ситуациях признается незаконным и может влечь ответственность либо по ст. 123 УК, либо (в случае причинения еще и вреда задерживаемому лицу), кроме того, и за преступление против личности или личной собственности граждан.

Практика, однако, сталкивается со случаями, когда задерживающий добросовестно заблуждался относительно личности преступника, в связи с чем вопрос о его ответственности за необоснованное задержание лица и причинение ему при этом вреда решается по правилам оценки задержания мнимого преступника.

Д., обнаружив воров, которые взломали замок на дверях магазина, выстрелил вверх и приказал поднять им руки. Преступники бросились бежать туда, где случайно находился Л., не имевший никакого отношения к преступлению. Испугавшись выстрела, Л. побежал в том же направлении, что и воры. Д., приняв его за соучастника кражи, выстрелил в него с целью задержания и причинил ему телесные повреждения средней тяжести. Дело в отношении Д. было прекращено ввиду отсутствия его вины, поскольку в данном случае он не мог сознавать ошибочности предположения относительно личности задерживаемого².

Вместе с тем задержание мнимого преступника охватывает не только ситуации задержания лица, не совершившего общественно опасного деяния и ошибочно принятого за преступника. О задержании мнимого преступника должна идти речь и в случае заблуждения гражданина относительно факта совершения задерживаемым самого преступления. Это может иметь место, когда лицо: а) совершило деяние, не являющееся общественно опасным; б) совершило деяние общественно опасное, но являющееся не преступлением, а иным правонарушением, например, административным проступком; в) совершило опасное деяние, внешне предусмотренное уголовным законом, но невинно или будучи невменяемым либо малолетним. В. И. Ткаченко выделяет две группы ошибок при задержании мнимого преступника: 1) ошибку относительно юридического основания задержания лица, когда действия потерпевшего неправильно принимаются за преступление; 2) ошибку лица в свойствах личности потерпевшего, совершившего общественно опасное деяние, когда он, будучи малолетним, невменяемым или невинным, ошибочно принимается за взрослого, психически полноценного или виновного³.

Необходимо различать еще одну группу ошибок при задержании преступника. Природа их состоит в заблуждении гражданина относительно фактического основания для задержания преступника, т. е. когда производится задержание лица, совершившего преступление, но не вызывавшееся, однако, в данном случае необходимостью немедленной передачи его органам власти. Эта группа охватывает ситуации, когда преступник находится или уже находился в поле зрения органов правосудия в связи с совершенным преступлением, о чем гражданину, его задерживающему, не было известно. Таковы, например, случаи, когда органы правосудия не сочли необходимым подвергнуть преступника мерам процессуального принуждения (например, арестовать), а гражданин, задерживая преступника, считает, что он еще не был представлен органам власти в связи с совершенным преступлением. Строго говоря, указанная группа ошибок не может рассматриваться в качестве ошибок при задержании мнимого преступника, ибо здесь имеет место задержание действительного преступника. Однако в данном случае ответственность лица определяется как и при задержании мнимого преступника, в связи, с чем проанализированные группы ошибок следует считать однотипными.

¹ Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1971. – № 1. – С. 20-23.

² Сов. юстиция. – 1974. – № 3. – С. 20.

³ Сов. юстиция. – 1974. – № 3. – С. 20.

Ответственность гражданина в случаях задержания мнимого преступника, а также за причиненный ему при этом вред должна устанавливаться с учетом фактической ошибки. Такая ответственность различается в зависимости от вида ошибки: была она извинительной или неизвинительной¹.

Первая группа ошибок охватывает ситуации задержания мнимого преступника лицом, которое извинительно заблуждается в отношении юридического или фактического основания задержания лица либо его свойств или самой личности. Сущность такой ошибки состоит в том, что при сложившейся обстановке гражданин имеет достаточные основания, чтобы «ошибаться» в отношении указанных обстоятельств. Иными словами, при извинительной ошибке гражданин, не предвидел и не мог предвидеть, что задерживает или причиняет вред лицу, которое либо не является преступником, либо является им, но которого нет необходимости доставлять органам власти. Поэтому ответственность задерживающего лица за незаконное задержание, а также за причиненный вред исключается ввиду отсутствия его вины, т. е. в этом случае имеет место случай (казус). Такое решение вопроса обусловлено тем, что даже при должной внимательности и осмотрительности гражданин не смог бы разобраться в сложившейся ситуации и отличить мнимого преступника от действительного.

Пленум Верховного Суда СССР прекратил уголовное дело за отсутствием состава преступления в действиях Н., который обвинялся в неправомерном применении оружия при задержании Б., совершившего хулиганские действия в состоянии невменяемости. При этом Пленум, в частности, отметил, что объективно сложившаяся обстановка давала Н. основания полагать, что Б. является опасным преступником, бежавшим из-под стражи, для задержания которого разрешается применение оружия. То, что Б. в действительности таковым преступником не являлся, не охватывалось сознанием Н., ибо при обстоятельствах, указанных в деле, он не предвидел и не мог предвидеть этого. Поэтому причинение ранения Б. при его задержании ввиду отсутствия вины Н. не может рассматриваться как преступление². То обстоятельство, что в данном случае речь идет о действиях работника милиции, не меняет существа дела, поскольку вопрос о влиянии фактической ошибки на ответственность как гражданина, так и специально обязанного лица при задержании мнимого преступника решается одинаково.

Вместе с тем возможны ситуации, когда гражданин, добросовестно заблуждаясь относительно, например, свойств личности (вменяемости, возраста и т. д.), при задержании такого лица, причиняет вред, явно несоразмерный даже в условиях задержания действительного преступника. В таком случае действия задерживающего лица должны квалифицироваться как превышение пределов причинения вреда при задержании действительного преступника. Вызывает возражение мнение В. И. Ткаченко, согласно которому в подобных ситуациях лицо должно отвечать за обычное умышленное преступление против жизни или здоровья³. Автор не учитывает, что здесь гражданин хотя и причиняет несоразмерный вред, однако при этом добросовестно заблуждается в отношении того, что вред причиняется мнимому преступнику. Сама же ошибка относительно свойств личности такого лица, как указывалось, не может быть поставлена в вину гражданину, поскольку была извинительна. Вина задерживающего заключается лишь в том, что мнимому преступнику, причиняется вред, который явно недопустим даже

¹ В литературе различным образом оценивают деление ошибок на извинительные и неизвинительные (Кириченко В. Ф. Значение ошибки по советскому уголовному праву. М., 1952, с. 79-80; Курс советского уголовного права: Часть Общая / Отв. ред. проф. Н. А. Беляев, проф. М. Д. Шаргородский. Л., 1968. Т.1, с. 458). Подход И. С. Тишкевича к пониманию таких ошибок и оценке их влияния на ответственность лица, задерживающего мнимого преступника (Тишкевич И. С. Условия и пределы необходимой обороны. М., 1969, с. 37-46; Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974, – с. 53-57), более предпочтителен.

² Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1970. – № 6. – С. 28-39.

³ Сов. юстиция. – 1980. – № 13. – С. 12.

при задержании действительного преступника. Однако и в этом случае гражданин преследует цель, сходную с той, к которой стремится лицо, превысившее пределы причинения вреда при задержании преступника. Неубедителен аргумент В. И. Ткаченко и тем, что поскольку ст. 105 и 111 УК РСФСР (ст. 97 и 104 УК) не содержат каких-либо указаний относительно превышения мер по задержанию преступника и задержанию мнимого преступника, то ответственность гражданина в таких случаях должна определяться по общим основаниям. Представляется, что в этих статьях и не должно быть каких-либо специальных указаний о квалификации действий лиц, причинивших вред мнимому преступнику. В рассматриваемых ситуациях квалификация причиненного вреда при задержании мнимого преступника должна определяться закрепленными в законе условиями правомерности причинения вреда при задержании *действительного* преступника в сочетании с правилами оценки вреда при фактической ошибке, выработанными наукой уголовного права и судебной практикой, подобно тому, как это имеет место при оценке случаев мнимой обороны¹. При этом в соответствии с действующим правом содеянное в одних случаях должно квалифицироваться по ст. 105 или 111 УК РСФСР (ст. 97 или 104 УК), в других – на общих основаниях.

Вторая группа ошибок охватывает ситуации задержания мнимого преступника гражданином, который неизвинительно, т. е. в силу поспешной, невзвешенной оценки обстановки, невнимательности и т. д., заблуждается в отношении юридического или фактического основания задержания лица либо свойств его личности или самой личности. Сущность неизвинительной ошибки, следовательно, состоит в том, что сложившаяся обстановка не давала гражданину достаточных оснований, чтобы «ошибаться» в отношении указанных обстоятельств. При достаточном напряжении своих интеллектуальных и волевых сил, большей осмотрительности и внимательности, заботе о чужих интересах гражданин имел реальную возможность избежать этой ошибки и убедиться в отсутствии указанных обстоятельств, но, несмотря на это, он допустил такую ошибку. Очевидно, что в подобных ситуациях лицо может нести ответственность лишь за неосторожное преступление. При этом его ответственность за незаконное лишение свободы исключается, поскольку это преступление может быть совершено только умышленно². Гражданин подлежит ответственности лишь за причинение смерти, тяжких или средней тяжести телесных повреждений, ибо менее тяжкий вред, причиненный по неосторожности, не наказуем.

Таким образом, уголовно-правовая оценка задержания мнимого преступника зависит от вида ошибки гражданина. При извинительной ошибке его ответственность за незаконное лишение свободы исключается ввиду отсутствия вины. Если же в таком случае лицу был причинен вред, то ответственность за его причинение определяется в зависимости от того, соответствовал ли причиненный вред тому, который был бы допустим в условиях задержания действительного преступника. При положительном ответе ответственность гражданина исключается, при отрицательном – возможна лишь за превышение пределов причинения вреда при задержании действительного преступника. При неизвинительной ошибке ответственность гражданина за незаконное лишение свободы исключается, поскольку в его действиях отсутствует умышленная вина. В таких случаях возможна ответственность только за неосторожное причинение определенного вреда.

Итак, уголовное законодательство регламентирует деятельность граждан лишь по задержанию очевидного преступника, т. е. вменяемого и достигшего возраста уголов-

¹ Дурманов Н. Д. Обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность деяния. – Советское уголовное право. Часть Общая. М., 1961. Вып. 9, с. 30-31; Пионтковский А. А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. М., 1961, с. 435; Тишкевич И. С. Условия и пределы необходимой обороны. М., 1969, с. 44.

² Курс советского уголовного права: Часть Особенная / Ред. кол.: А. А. Пионтковский, П. С. Ромашкин, Т. А. Кригер. М., 1971. Т. 5, с. 183

ной ответственности гражданина СССР, иностранного гражданина и лица без гражданства, который в качестве исполнителя, организатора, подстрекателя или пособника начал совершать или уже совершил очевидное общественно опасное деяние, предусмотренное уголовным законом в качестве преступления. Представляется, что введение в Основы (равно как и в Общую часть УК союзных республик) нормы «Задержание преступника», а также упоминание в ее тексте об очевидном преступлении как основании задержания преступника правильно отражало бы тот факт, что уголовное законодательство регламентирует право граждан на задержание именно очевидного преступника, т. е. лица, в отношении которого гражданину известно, что именно оно заведомо совершило преступление.

Объективные признаки правомерного задержания преступника. Объективно задержание преступника выражается в лишении его личной свободы, что возможно только посредством совершения активных действий. Авторы, полагающие, что задержать преступника можно и путем бездействия¹, не учитывают, что норма о задержании преступника, будучи управомочивающей, предоставляет гражданину возможность совершать именно активные действия. Использовать же свое субъективное право на задержание преступника, т. е. на совершение положительных действий, – значит всегда действовать активно. Кроме того, в самом законе задержание определяется как действие (ст. 15 Указа, ч. 3 ст. 15 УК, ст. 13¹ УК ЭССР). Наконец, и этимологическое значение слова «задержать» означает схватить, арестовать, т. е. действовать активно². Изложенное, как представляется, исключает возможность характеризовать задержание путем указания на бездействие гражданина.

Характер, способ и пределы действий по задержанию преступника определяются объектом этих действий – личной свободой преступника. С этой точки зрения задержание преступника может выражаться в физическом или психическом воздействии на него (например, удержание преступника, его связывание, препровождение в помещение и т. д., или требование к преступнику оставаться на месте либо следовать в определенное место и т. п.). Иногда физическое и психическое воздействия сочетаются (например, удержание преступника, сопряженное с угрозой применения насилия). Возможно, наконец, воздействие путем обмана (например, обманное завлечение преступника в какое-либо помещение и запираение его там на ключ и т. д.). По данным нашего исследования, задержание преступника путем физического воздействия наблюдалось в 72 % случаев, психического – в 1,22 %, того и другого – в 26,3 %, а путем обмана – лишь в 0,4 %. Следует подчеркнуть, что понятие лишения личной свободы во всех случаях охватывает такое воздействие на преступника, которое причиняет вред исключительно этому благу. Причинение же вреда жизни, здоровью или имуществу преступника не охватывается понятием задержания, а имеет, как уже отмечалось, самостоятельное уголовно-правовое значение и должно соответствовать иным условиям правомерности.

Задержание гражданином преступника, далее, по своим объективным признакам является правомерным действием, если оно было осуществлено на короткий срок, т. е. было *кратковременным*. К такому выводу приводит и анализ действующего законодательства. Так, в п. «г» ст. 22 Положения о добровольных народных дружинах по охране общественного порядка в Украинской ССР указано, что пребывание в штабе дружины задержанного правонарушителя не может длиться более часа. Следует также обратить внимание на наименование нормативного акта, регулирующего порядок задержания лица, подозреваемого в совершении преступления, – «Положение о порядке кратковременного задержания лиц, подозреваемых в совершении преступления»³. Очевидно, что хотя речь в данном случае идет об уголовно-процессуальном задержании,

¹ Шавгулидзе Т. Г. Необходимая оборона. Тбилиси, 1966, с. 141

² Ожегов С. И. Словарь русского языка: М., 1953, с. 175

³ Ведомости Верхов. Совета СССР. – 1976. – № 29. – Ст. 426.

но указание законодателя на кратковременность задержания подозреваемого лица отражает стремление в максимальной степени оградить личную свободу граждан от возможных ошибок и злоупотреблений. Представляется, что это требование в еще большей мере должно касаться, отдельных граждан, участвующих в задержании преступника. Правомерность кратковременного задержания вытекает также из фактического его основания, которое возможно лишь в случаях, когда у гражданина имелась необходимость *немедленного*, т. е. безотлагательного, доставления преступника соответствующим органам власти. Именно кратковременность задержания в полной мере отвечает как интересам социалистического государства и общества, так и делу охраны прав и свобод граждан. Задержание преступника на длительный срок при отсутствии в этом необходимости может свидетельствовать о преступных намерениях задерживающего лица, что не исключает его ответственности по ст. 123 УК, даже если в последующем преступник и будет предан соответствующим органам власти.

Время задержания, которое было необходимо и достаточно данному гражданину для передачи преступника органам власти, должно определяться конкретными обстоятельствами дела. Но в любом случае, как правильно пишет И. С. Тишкевич, «задержав преступника, потерпевший, очевидец, или иное лицо обязаны сразу же, при первой возможности передать его органам милиции или другим органам власти»¹. Аналогично решается этот вопрос и в законодательстве некоторых зарубежных социалистических государств. В ч. 2 § 76 УПК ЧССР предусмотрено, что, задержав преступника, гражданин обязан немедленно доставить задержанного к прокурору, в органы следствия или государственной безопасности (а военнослужащего – ближайшим военным властям), или, если это невозможно, – немедленно сообщить о задержании кому-нибудь из перечисленных органов. Подобное требование содержится и в § 2 ст. 153 УПК ПНР, где указано, что «пойманного надлежит немедленно передать в руки гражданской милиции или прокурора».

Авторы, анализирующие задержание преступника, к числу его объективных признаков обычно относят время производства такого задержания. Думается, однако, что время задержания хотя и является объективной категорией, все же не может рассматриваться в качестве признака, характеризующего акт задержания. В литературе правильно отмечают, что задержание преступника непосредственно и задержание его спустя некоторое время после совершения преступления по своим объективным и субъективным признакам совпадают². Действительно, задержание во всех случаях с объективной стороны характеризуется тем, что это кратковременное лишение гражданином личной свободы очевидно преступника. Вместе с тем УК УССР и УК УзССР ставят правомерность производства акта задержания в зависимость от того, в какое время после совершения преступления оно было осуществлено. В соответствии с ч. 3 ст. 15 УК и ч. 3 ст. 13 УК УзССР правомерным признается лишь такое задержание, которое было произведено непосредственно после совершения посягательства. Иными словами, указанные УК рассматривают время производства акта задержания в качестве объективного условия его правомерности.

Итак, по своим объективным признакам задержание преступника – это произведенное на короткий срок лишение личной свободы очевидного преступника путем физического или психического воздействия на него либо путем обмана.

Думается, что в уголовном законе нет необходимости указывать на все эти признаки. Словосочетание «задержание очевидного преступника» само по себе определя-

¹ Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974, с. 85

² Бушуев Г. В. Социальная и уголовно-правовая оценка причинения вреда преступнику при задержании. Горький, 1976, с. 38; Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974, с. 61-62; Шавгулидзе Т. Г. Необходимая оборона. Тбилиси, 1966, с. 140; Якубович М. И. Необходимая оборона и задержание преступника. М., 1978, с. 51 и др.

ет, что речь идет об активных действиях, связанных с кратковременным лишением личной свободы очевидного преступника.

Субъективные признаки правомерного задержания преступника. Законодатель в числе обязательных субъективных признаков правомерного задержания преступника указывает лишь на *цель* такого задержания – *доставление преступника соответствующим органам власти*. Это имеет исключительно важное значение, ибо правомерные действия по задержанию внешне совпадают с объективной стороной незаконного лишения свободы. Однако «действия, которые привели к совершенно одинаковым последствиям, – отмечала Т. В. Церетели, могут рассматриваться как объективно опасные, или, напротив, объективно полезные в зависимости от цели, для осуществления которой они предпринимаются»¹. В рассматриваемом случае таким субъективным признаком – разграничителем общественно опасного и общественно полезного поведения и является названная, цель, на которую прямо указано в законе. Так, в ч. 3 ст. 15 УК действия по задержанию преступника признаются правомерными, если они были предприняты с целью доставления его соответствующим органам власти. Вместе с тем преступник может быть задержан и для достижения других целей – как преступных (например, для саморасправы), так и не преступных (например, для немедленного возврата имущества). Но отсутствие цели доставления преступника соответствующим органам власти исключает возможность рассматривать действия лиц, предпринятые против виновного, как задержание преступника², т. е. как самостоятельный вид правомерного поведения граждан, характеризующийся именно этой, а не иной, в том числе общественно полезной, целью.

Иногда считают, что цель задержания преступника – воспрепятствование возможному его уклонению от уголовной ответственности³, лишение его возможности совершать новые преступления в будущем⁴, пресечение преступных посягательств⁵ или, наконец, интересы правосудия, связанные с обеспечением обязанности виновного подвергнуться уголовной ответственности и наказанию⁶. Такое определение целей правомерных действий по задержанию преступника вызывает возражение. В данном случае смешиваются два вопроса: о цели создания самой нормы, регламентирующей право граждан на задержание преступника, и о непосредственной цели действий гражданина, поведение которого регулируется этой нормой. В литературе справедливо отмечается, что цели, достижение которых преследовал законодатель изданием нормативного акта, нужно отличать от целей, входящих в состав норм права. Первые находятся за пределами содержания конкретных норм права, представлены в виде, идеального положения вещей, которое реализуется изданием нормативного акта и претворением его в жизнь. Эти цели, следовательно, направляют законотворческую деятельность самого законодателя и могут использоваться для раскрытия смысла нормы права. В то же время цели, закрепленные в норме, составляют неотъемлемую часть ее содержания, воздействуют на субъектов права и служат им ориентиром⁷. Именно такая цель и обрисована в норме о задержании преступника – доставление его соответствующим органам власти (в милицию, прокуратуру, комитет государственной безопасности, а при совершении преступления военнослужащим – военным властям). Действия граждан по задержанию

¹ Церетели Т. В. Причинная связь в уголовном праве. М., 1963, – с. 196.

² Рад. право. – 1978. – № 1. – С. 64.

³ Бушуев Г. В. Социальная и уголовно-правовая оценка причинения вреда преступнику при задержании. Горький, 1976, – с. 42.

⁴ Курс советского уголовного права: Часть Общая / Отв. ред. проф. Н. А. Беляев, проф. М. Д. Шаргородский. Л., 1968. Т.1, – с. 504.

⁵ Кириченко В. Ф. Необходимая оборона и задержание преступника // Сов. милиция. – 1966. – № 11. – С. 37-38.

⁶ Советское уголовное право: Часть Общая. М., 1972, с. 230.

⁷ Кудрявцев В. Н. Право и поведение. М., 1978, с. 34; Черданцев А. Ф. Толкование советского права. М., 1979, с. 86-87.

преступника как раз и направлены на оказание посильной помощи этим органам в их деятельности по раскрытию преступлений и изобличению виновных лиц.

Вместе с тем практика борьбы с преступностью свидетельствует, что во многих случаях (особенно в сельской местности) граждане, задерживая преступников, доставляют их в исполкомы сельских и поселковых Советов народных депутатов, опорные пункты правопорядка, штабы ДНД, комсомольских оперативных отрядов и т. д., а на производстве – начальникам цехов, участков и т. п. Такие действия являются правомерными¹. Например, в п. «г» ст. 22 Положения о добровольных народных дружинах по охране общественного порядка в Украинской ССР указано, что народный дружинник имеет право доставлять задержанного нарушителя в штаб дружины или милицию. По данным нашего исследования, преступники, как правило, доставлялись в милицию и лишь в 12 % случаях – в штаб ДНД и 5,4 % случаях – должностным лицам, осуществляющим руководство определенными участками производства. Ставя цель доставить преступника в указанные общественные формирования или должностным лицам, гражданин осознает, что преступник будет передан соответствующим органам власти.

Обычно цель действий при задержании преступника не вызывает сомнений. В отдельных же случаях субъективная направленность таких действий может быть оценена лишь с учетом конкретных обстоятельств дела, взятых в совокупности (обстановка задержания, нахождение органа власти вблизи или в отдалении от места задержания, поведение гражданина, его возможности по доставлению преступника в эти органы и т. д.).

Практически цель доставления преступника соответствующим органам власти достигается в подавляющем большинстве случаев задержания. Вместе с тем правомерный характер задержания не изменится и тогда, когда преступник по каким-либо причинам не был доставлен в эти органы (например, вырвался и убежал, скрылся из помещения и т. д.). Правомерный характер рассматриваемым действиям придает само наличие у гражданина указанной цели, а не достигнутый результат этих действий. Поощряя действия, направленные на задержание преступника, законодатель исходит из того, что само стремление гражданина передать преступника соответствующим органам власти свидетельствует о высоком сознании им своего гражданского долга, признании авторитета советских государственных органов, ведущих борьбу с преступностью².

К обязательным субъективным признакам правомерных действий по задержанию преступника, как отмечалось, законодатель относит лишь цель совершения этих действий. Следовательно, мотивы действий гражданина не влияют на оценку правомерности акта задержания, т. е. задержание преступника по любым мотивам признается правомерным. Вместе с тем их установление все же имеет определенное значение. Мотивами задержания обычно являются такие побуждения, которые поощряются моралью социалистического общества, отражают жизненную позицию личности. Вместе с тем, пишет В. Н. Кудрявцев, «необходимо иметь в виду, что к правомерному поведению могут иногда побуждать и такие мотивы, которым трудно дать положительную оценку (например, эгоистические)»³. Это положение в полной мере относится и к рассматриваемому поведению граждан. Практика борьбы с преступностью свидетельствует, что отдельные граждане, задерживая преступников, руководствуются и такими мотивами, которые порицаются моралью советских людей (например, стремление похвастать силой перед знакомыми, выслужиться перед начальником и т. д.). Учитывая, что между мотивом и целью деятельности человека имеется тесная, и существенная связь⁴, правильное установление мотивов деятельности задерживающего лица в от-

¹ Гельфанд И. А., Куц Н. Т. Необходимая оборона по советскому уголовному праву. К., 1962, с. 43.

² Экимов А. И. Побудительное воздействие правовых целей // Вестн. Ленингр. ун-та. – 1969. – № 2. – С. 101.

³ Кудрявцев В. Н. Правовое поведение: норма и патология. М., 1982, с. 109.

⁴ Тарафухин С. А. Установление мотива и квалификация преступления. К., 1977, с. 11-13; Сов. гос-во и право. – 1979. – № 3. – С. 78-83.

дельных случаях имеет значение, для доказательства той цели, к которой стремился гражданин.

Таким образом, проведенный анализ позволяет назвать следующие признаки правомерного задержания преступника: 1) субъектом задержания является гражданин, на которого не возложена специальная правовая обязанность задерживать преступников; 2) задержанным может выступать только очевидный преступник; 3) объективно задержание выражается в кратковременном лишении преступника его личной свободы; 4) целью задержания преступника является доставление его соответствующим органам власти.

Понятие правомерного задержания преступника, следовательно, может быть сформулировано таким образом. Задержание преступника – это кратковременное лишение личной свободы очевидного преступника с целью доставления его гражданином соответствующим органам власти.

В литературе предложены и иные определения этого понятия. Так, В. И. Ткаченко считает, что под задержанием преступника понимаются действия потерпевшего и других лиц, хотя и подпадающие под признаки деяния, предусмотренного уголовным законом, но совершенные вынужденно, с целью доставления его в соответствующие органы власти, если при этом не были превышены пределы задержания¹. По мнению Г. В. Бушуева, уголовно-правовое задержание преступника имеет место в случае представления лица в соответствующие органы, если оно не завершается водворением в изолятор временного содержания. Оно, кроме того, заключается в правомерном причинении вреда, которое не только не влечет уголовной ответственности, но и является общественно полезной деятельностью². «Под задержанием, – пишет М. И. Якубович, – следует понимать правомерное применение принудительных мер, связанных с причинением необходимого вреда лицу, посягающему на совершение преступления или же совершившего его, которое осуществляется с целью пресечь непреодолимое иным путем его уклонение от явки в органы правосудия»³.

В приведенных определениях указываются, хотя и не полностью, признаки и условия правомерного задержания преступника. Однако их недостаток видится прежде всего в том, что в них отождествляются понятия правомерного задержания преступника и правомерного причинения ему вреда с целью задержания, которые все же необходимо различать. В этих определениях, далее, не приводятся полностью признаки акта правомерного задержания и условия правомерности причинения вреда преступнику. Неудачна также попытка Г. В. Бушуева без анализа самих признаков задержания определить его на основе отграничения от действий органов правосудия. Представляется, что наиболее верно, сформулировал понятие задержания преступника Б. А. Куринов: это лишение преступника свободы с целью пресечения преступления и доставления его органам государственной власти⁴. Но и в этом определении отсутствует указание на субъекта задержания, неполно описаны объективные признаки задержания, неточно характеризуется цель задержания преступника.

¹ Ткаченко В. И. Ответственность за превышение пределов необходимой обороны и причинение преступнику вреда при его задержании в теории и судебной практике. М., 1973, с. 37; Рад. право. – 1978. – № 1. – С. 63.

² Бушуев Г. В. Социальная и уголовно-правовая оценка причинения вреда преступнику при задержании. Горький, 1976, с. 31.

³ Якубович М. И. Обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность деяния. М., 1979, с. 37.

⁴ Куринов Б. А. Правни основания и условия за освобождение на гражданина от вреда, причинени при задържане на преступника // Социалистическо право. – 1976. – № 3. – С. 48.

3. Основания правомерного задержания преступника

Задержание преступника является обоснованным, если оно произведено на законных основаниях. При отсутствии таковых задержание признается незаконным, что может влечь ответственность по ст. 123 УК.

Действующее законодательство (ст. 15 Указа, ч. 3 ст. 15 УК, ст. 13¹ УК ЭССР) позволяет заключить, что в качестве одного из оснований задержания выступает совершение лицом преступления. Подобное мнение высказывается и в литературе. Так, Е. А. Фролов считал, что единственное фактическое основание задержания преступника – совершение кем-либо преступления¹. Представляется, однако, что совершение преступления выступает лишь необходимой предпосылкой задержания преступника, но не всегда может быть его достаточным основанием. Очевидно, что нет оснований задерживать лицо, которое совершило преступление, не представляющее большой общественной опасности, если оно добровольно отдает себя в руки правосудия. Поэтому заслуживает внимания точка зрения тех криминалистов, которые различают несколько оснований задержания преступника. Так, И. С. Тишкевич считает, что основаниями задержания преступника, совершившего посягательство, за которое возможно применение наказания в виде лишения свободы, являются обстоятельства, указанные в ст. 32 Основ уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик². По мнению Г. В. Бушуева и М. И. Якубовича, задержание преступника имеет два основания: 1) совершение лицом преступления и наличие опасности уклонения преступника от уголовной ответственности; 2) совершение лицом тяжкого преступления³. Б. А. Куринов также полагает, что основанием задержания любого или явного преступника (автор здесь непоследователен) выступает наличие опасности его уклонения от доставления в органы власти или опасности сокрытия преступника от этих органов⁴. Наконец, В. И. Ткаченко основаниями задержания преступника считает: 1) совершение задерживаемым какого-либо преступления; 2) активное уклонение преступника от доставления его соответствующим органам власти⁵.

Авторы приведенных позиций справедливо исходят из того, что для задержания преступника еще недостаточно совершения им преступления. Вместе с тем вызывает возражение мнение И. С. Тишкевича, который в качестве оснований задержания преступника указывает на обстоятельства, названные в уголовно-процессуальном законодательстве, предусматривающем задержание органами дознания лица, подозреваемого в совершении преступления. Ранее отмечалось, что задержание преступника – самостоятельный вид правомерного поведения граждан, регламентируемый уголовным правом. Поэтому характеристика его оснований путем ссылки на уголовно-процессуальные обстоятельства неоправдана. По этой же причине нельзя согласиться с Г. В. Бушуевым и М. И. Якубовичем, которые рассматривают в качестве одного из оснований задержания преступника опасность его уклонения от уголовной ответственности. Такая формулировка придает основанию задержания процессуальный оттенок, поскольку решение вопроса о привлечении или непривлечении преступника к уголовной ответственности – прерогатива соответствующих государственных органов. Вместе с тем, как уже отмечалось, задержание преступника отдельными гражданами никоим образом не предreshает

¹ Советское уголовное право: Общая часть. М., 1977. – с. 227; см. также: Сов. юстиция. – 1967. – № 24. – с. 17; Сов. юстиция. – 1982. – № 4. – С. 12.

² Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. – С. 42-48.

³ Бушуев Г. В. Социальная и уголовно-правовая оценка причинения вреда преступнику при задержании. Горький, 1976. – С. 29-32; Якубович М. И. Обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность деяния. М., 1979. – С. 43.

⁴ Куринов Б. А. Правни основания и условия за освобождение на гражданина от вреда, причинени при задръжане на преступника // Социалистическо право. – 1976. – № 3. – С. 53.

⁵ Рад. право. – 1978. – № 1. – С. 63.

каких-либо процессуальных действий соответствующих органов, в том числе таких, как привлечение виновных к уголовной ответственности. Вызывает сомнение также целесообразность выделения указанными авторами такого основания задержания, как совершение лицом тяжкого преступления. Действительно, подобное обстоятельство свидетельствует о необходимости задержания преступника, однако это не единственное основание, вызывающее такую необходимость. Поэтому выделять в качестве самостоятельного данное основание – значит необоснованно противопоставлять его другим основаниям и тем самым усложнять рассмотрение этого вопроса.

Наконец, представляется спорной и позиция В. И. Ткаченко относительно оснований задержания преступника. Определяя одно из таких оснований как активное уклонение преступника от доставления его соответствующим органам власти, автор обходит вопрос о том, на каком же основании производится само доставление преступника в эти органы, т. е. его задержание. Думается, что В. И. Ткаченко смешивает здесь основания задержания преступника и основание причинения ему вреда, каковым при определенных условиях и является активное уклонение преступника от задержания.

Основание совершения чего-либо – это «явление, выступающее как необходимое и достаточное условие, предпосылка существования какого-либо другого явления (следствия) и служащее объяснением последнего»¹. Следовательно, основания задержания должны быть такими необходимыми и достаточными условиями, наличие которых оправдывало бы и объясняло действия гражданина, направленные на лишение личной свободы очевидного преступника с целью доставления его соответствующим органам власти. Полагаем в связи с этим, что задержание преступника правомерно лишь при наличии двух условий: *совершение очевидного преступления* (правовое основание) и *необходимость немедленного доставления преступника соответствующим органам власти* (фактическое основание).

Указание на то, что совершение очевидного преступления является правовым основанием задержания исходит из того, что именно закон определяет тех лиц, которые могут быть задержаны гражданами. Таковым, как отмечалось, является очевидный, явный преступник. Но его нельзя рассматривать в полном отрыве от совершенного им посягательства, ибо преступник – это лицо, совершившее *преступление*. Следовательно, очевидный преступник – это лицо, совершившее очевидное преступление. Вывод же о том, имелась ли в каждом конкретном случае необходимость немедленного доставления его соответствующим органам власти, – это вопрос факта. В связи с этим второе основание задержания именуется *фактическим*. Необходимо, однако, со всей определенностью подчеркнуть, что задержание преступника обоснованно лишь при наличии как правового, так и фактического основания. Поэтому отсутствие того или другого, равно как и наличие одного из них при отсутствии другого, во всех случаях свидетельствует об отсутствии законных оснований для задержания лица.

Правовое основание задержания преступника. В соответствии с действующим законодательством правовым основанием задержания является совершение лицом преступления (ст. 15 Указа, ч. 3 ст. 15 УК, ст. 13¹ УК ЭССР). Юридическая природа правонарушения, выступающего правовым основанием задержания, в законе определяется посредством указания на лицо, его совершившее или совершающее, а именно на преступника. Следовательно, в качестве правового основания задержания не может выступать совершение гражданином гражданского или административного правонарушения или дисциплинарного проступка. В связи с этим Е. А. Фролов правильно замечает, что задержание гражданами лиц, совершивших иные, в частности административные, правонарушения, не может рассматриваться как обстоятельство, исключающее их уголовную ответственность, по правилам этого института².

¹ Философский словарь / Под ред. И. Т. Фролова. М., 1980, С. 298.

² Советское уголовное право: Общая часть. М., 1977. – С. 227.

Данное положение четко формулируется и в судебной практике. Принципиальное значение в этом отношении имеет постановление Пленума Верховного Суда СССР от 18 октября 1963 г. По делу Ш. Последний решил задержать Д., ловившего рыбу – запрещенными орудиями лова. Когда К. стал убегать, Ш. выстрелил вверх, а затем прицельным выстрелом убил К. Виновный был осужден за умышленное убийство без отягчающих обстоятельств. Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда СССР изменила приговор и переквалифицировала действия Ш. на убийство при превышении пределов необходимой обороны. Пленум Верховного Суда СССР, отменив это определение, указал, что Ш. правильно осужден за убийство без отягчающих обстоятельств, поскольку к необходимой обороне приравняются действия по задержанию преступника, а К. не являлся таковым, ибо лишь однажды ловил рыбу запрещенными орудиями лова. Согласно же ст. 162 УК такие действия образуют состав преступления, если виновный занимается ими в виде промысла¹.

В действующем законодательстве отсутствуют какие-либо формальные ограничения в круге преступлений, которые могут служить правовым основанием задержания преступника. Отсюда можно было бы заключить, что подобным основанием является совершение лицом (одним или в соучастии) любого оконченного или неоконченного преступления. Именно такое суждение высказывается в литературе. Например, В. И. Ткаченко пишет, что основанием задержания преступника выступает совершение задерживаемым какого-либо преступления, умышленного или неосторожного, оконченного или неоконченного². Предлагают в связи с этим указать в законе, что граждане вправе задерживать лиц, совершивших любое преступление³.

Однако отстаивается и иная точка зрения, согласно которой правовым основанием задержания преступника является совершение лицом не всякого, а только определенного преступления⁴. Думается, что это мнение правильно, и в его пользу можно привести следующие доводы. Уголовный закон предоставляет гражданам право лишь задерживать преступников, а не возлагает на них правовую обязанность поступать таким образом. Это право, с одной стороны, не должно быть чрезмерно ограничено, что необоснованно сдерживало бы инициативу граждан и противоречило бы тенденции развития законодательства, всемерно поощряющего их активность в борьбе с преступностью. С другой стороны, оно не может быть и безграничным, а должно иметь определенные пределы. Ограничение пределов правомерного поведения, отмечает В. Н. Кудрявцев, служит важной гарантией свободы личности, проявлением принципов демократии и законности⁵. Всякое задержание связано с причинением вреда одному из важнейших благ личности – личной свободе человека, и поэтому право граждан на задержание преступника должно быть разумно ограничено с целью недопущения случаев произвола и необоснованного ущемления прав личности. В этой связи вполне обоснованы опасения И. С. Тишкевича, что если гражданам предоставить право задерживать за любое преступление, то «вместо укрепления законности возникли бы анархия, произвол, взаимное сведение счетов под видом активного участия в борьбе с преступностью»⁶.

¹ Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1957. – № 6. – С. 34-35; Сов. юстиция. – 1967. – № 24. – С. 17-18.

² Рад. право. – 1978. – № 1. – С. 63; см. также: Сов. юстиция. – 1982. – № 4. – С. 12.

³ Яковлевич М. И. Развитие законодательства о необходимой обороне в Указе Президиума Верховного Совета СССР от 26 июля 1966 года «Об усилении ответственности за хулиганство». – В кн.: О мерах по усилению борьбы с нарушениями общественного порядка. М., 1966, с. 40.

⁴ Тишкевич И. С. Оборона от общественно опасного посягательства и меры по задержанию преступника. Автореф. дис. ...д-ра юрид. наук. Минск, 1969, с. 36.

⁵ Кудрявцев В. Н. Правовое поведение: норма и патология. М., 1982. – С. 39, 78.

⁶ Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. – С. 40-41.

Однако не следует и преувеличивать возможность злоупотребления гражданами правом на задержание преступника¹. Говоря словами С. В. Познышева, проблема в общем состоит в том, чтобы согласовать интересы гражданской свободы и уголовного правосудия². Ее и решает ограничение правового основания задержания лишь определенным кругом преступлений.

Вместе с тем предложенные в литературе критерии ограничения правового основания вызывают сомнения. Так, Ю. М. Ткачевский пишет, что в практике сложилось мнение о недопустимости по общему правилу применения насильственных действий с целью задержания лиц, виновных в совершении преступлений, не представляющих большой общественной опасности, или малозначительных преступлений³. Такая позиция прежде всего не основана на законе, в котором, как уже отмечалось, не содержится каких-либо формальных ограничений в круге преступлений, могущих выступать правовым основанием задержания преступника. Кроме того, автор исходит из классификации преступлений, данной в уголовном законе, что вряд ли известно гражданам как субъектам задержания, и поэтому делает предложенное им ограничение правового основания задержания преступника практически малоприменимым.

И. С. Тишкевич предлагает иной критерий ограничения круга преступлений как правовых оснований задержания преступника. Он считает, что в качестве такого основания может выступать совершение лицом преступления, за которое по закону предусмотрено наказание в виде лишения свободы⁴. С приведенным мнением также нельзя согласиться. Прежде всего оно, как и мнение Ю. М. Ткачевского, не основано на уголовном законе. Кроме того, если согласиться с И. С. Тишкевичем, то придется признать, что круг преступлений, совершение которых выступает правовым основанием задержания гражданами преступников, постоянно меняется, ибо законодатель периодически вносит соответствующие изменения (причем иногда существенные и многочисленные) в уголовное законодательство в части наказуемости преступлений. Очевидно, что принятие указанного предложения привело бы к ряду непреодолимых трудностей, поскольку большинство потенциальных субъектов задержания не осведомлены об этих изменениях, тем более таких, которые касаются размера санкций за отдельные преступления, не представляющие большой общественной опасности.

Ссылка же автора на уголовно-процессуальное законодательство, предусматривающее возможность задержания подозреваемого лица компетентными органами государства, при этих условиях вряд ли убедительна, ибо уголовный закон регламентирует деятельность лишь частных лиц по задержанию преступника. Определяя правовое основание задержания преступника посредством указания на обстоятельства, предусмотренные в уголовно-процессуальном законе, И. С. Тишкевич, кроме того, ограничивает его внешними, несущественными признаками. Если, например, законодатель в будущем изменит основания уголовно-процессуального задержания подозреваемого лица (а в литературе уже высказывались довольно убедительные доводы в пользу того, чтобы предусмотреть в УПК возможность задержания подозреваемого лишь за преступления, наказуемые лишением свободы на срок свыше одного года⁵), то позиция автора окажется существенно поколебленной.

¹ *Тоболкин П. С.* Пути повышения эффективности уголовного законодательства о необходимой обороне. – В кн.: Эффективность уголовного права на современном этапе. Свердловск, 1977. – С. 32; Сов. гос-во и право. – 1967. – № 9. – С. 55.

² *Познышев С. В.* Учебник уголовного права. Очерк Основных начал Общей и Особенной части науки уголовного права: Общая часть. М., 1923. Т. 1. – С. 76.

³ Советское уголовное право: Общая часть. М., 1982. – С. 225.

⁴ *Тишкевич И. С.* Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. – С. 42.

⁵ *Савицкий М. М.* Проблемы социалистического правосудия в свете новой Конституции СССР. – В кн.: Проблемы правосудия и уголовного права. М., 1978. – С. 12-13.

Мнение И. С. Тишкевича объективно не способствует также развитию инициативы граждан, поскольку выдвигаемое требование – наказуемость совершенного преступления лишением свободы – не учитывает состояния правосознания населения, что, как правильно отмечает Б. А. Куринов, «создало бы значительный психологический барьер на пути привлечения трудящихся к защите общественных интересов в борьбе с преступностью»¹.

Необходимо, наконец, принимать во внимание явную заинтересованность государства, общества и отдельных граждан в задержании лиц, совершивших преступления, хотя и ненаказуемые лишением свободы, но представляющие значительную общественную опасность. Так, в соответствии с критикуемым мнением, граждане лишены, например, права задерживать лицо, причинившее легкие телесные повреждения без кратковременного расстройства здоровья или кратковременной утраты трудоспособности, побои, истязания, либо уничтожившее личное имущество гражданина или учинившее самоуправство и т. д., поскольку эти преступления влекут за собой наказания, не связанные с лишением свободы. Тогда пришлось бы признать задержание тех, кто совершил указанные деяния, незаконным, что вряд ли может быть признано справедливым.

Практика, однако, свидетельствует, и это правильно отмечает И. С. Тишкевич, что граждане фактически задерживают ограниченный круг преступников: воров, грабителей, разбойников, убийц, насильников, хулиганов, спекулянтов и некоторых других². Иными словами, в реальной жизни правовым основанием задержания преступников отдельными гражданами выступает совершение виновными таких общественно опасных деяний, которые не вызывают у граждан каких-либо сомнений в их преступном характере, т. е. преступлений, для них бесспорных, явных, очевидных. Именно совершение *очевидных* преступлений и является правовым основанием задержания преступника. К такому заключению приводит и то, что задержанию подлежит лишь явный, очевидный преступник, т. е. лицо, в отношении которого достоверно известно, что оно заведомо совершило преступное посягательство. Косвенно вывод о правовом основании вытекает также из закона. Например, первым в числе лиц, которым предоставлено право задерживать преступников, ч. 3 ст. 15 УК называет потерпевшего, т. е. лицо, которому преступлением непосредственно³ причинен имущественный, физический или моральный вред. При этом, как следует из закона, речь идет не о всяком потерпевшем, а лишь о таком, который присутствовал в месте совершения преступления и либо сам подвергся преступному посягательству, либо его имуществу был причинен ущерб, в связи с чем совершение преступления для такого лица было очевидным. Эта мысль подтверждается словами, что правомерными признаются действия потерпевшего, если они были предприняты непосредственно, т. е. тотчас же, без промедления, после учинения преступления. Понятно, что совершение таких действий возможно лишь в случае, если для потерпевшего очевидно совершение преступного посягательства. Указанные положения в полной мере распространяются и на других лиц.

Вывод гражданина о совершении кем-либо очевидного преступления должен основываться на единстве двух условий: 1) осведомленности его о запрещенности того или иного деяния уголовным законом и 2) наличии информации о том, что такое деяние было совершено или совершается. Знание гражданином одного лишь уголовно-правового запрета еще недостаточно для задержания преступника. Только в том случае, если на основе полученной информации об этом деянии гражданин решит, что оно безусловно преступное, имеется правовое основание для задержания лица. По существу в таком случае речь идет о «квалификации» гражданином общественно опасного дея-

¹ *Оборотов Ю. П.* Основные вопросы теории правовой активности личности социалистического общества: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. К., 1979. – С. 53

² *Тишкевич И. С.* Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. – С. 46.

³ Правоведение. – 1969. – № 3. – с. 125-126; Сов. юстиция. – 1976. – № 14. – С. 8-9.

ния в широком смысле этого слова, т. е. об отнесении такого деяния к числу безусловно преступных или непроступных. Следовательно, для заключения о преступности совершенного деяния необходимо, чтобы гражданин, с одной стороны, имел более или менее четкое представление хотя бы об основных чертах (признаках) преступлений, а с другой – распознал эти признаки в фактических обстоятельствах совершенного (совершающегося) деяния. Только при наличии этих условий исключается или сводится к минимуму возможность его ошибки при юридической оценке совершенного деяния, что является одной из гарантий необоснованного причинения вреда личности.

Рассмотрим более подробно условия «квалификации» гражданином общественно опасного деяния. Первое из них характеризует его осведомленность о том или ином преступлении. Известно, что уровень осведомленности советских граждан об уголовно-правовых запретах значительно выше, чем степень знания ими норм гражданского, трудового, административного, процессуального и других отраслей права. Г. А. Злобин и Б. С. Никифоров отмечают: «Вменяемый человек, достигший возраста уголовной ответственности, сознает «незаконность» большинства преступлений: созная общественную опасность убийства или кражи, он умозаключает, что эти действия запрещены законом»¹. Это объясняется прежде всего тем, что уголовно-правовые запреты относятся к области элементарных знаний человека², предусмотрены не только нормами уголовного права, но также нормами морали и социалистического общежития³. По своему содержанию, пишет А. М. Яковлев, большинство норм уголовного права отражает основные, базисные ценности и запреты, воплощаемые в культуре, морали и иных социально-психологических категориях, усвоение которых обеспечивается в ходе социализации индивидов⁴. «Поэтому, – указывает В. Н. Кудрявцев, – незнание деталей изложения в законе признаков кражи, грабежа или разбоя вряд ли может препятствовать соблюдению гражданами этих норм; здесь главное состоит в усвоении лицом нравственных и правовых принципов неприкосновенности социалистической и личной собственности»⁵. Иными словами, для большинства уголовно-правовых запретов характерно то, что «правовые и нравственные нормы совпадают и являются очевидными»⁶. Но если знания общих правил и нравственных принципов достаточно для того, чтобы воздержаться от совершения большинства преступлений, то, видимо, этого в такой же мере достаточно, чтобы правильно оценить преступность совершения подобных деяний другими лицами. Именно такими – очевидно преступными – воспринимаются гражданами, участвующими в задержании, посягательства на основы советского строя, корыстные и насильственные преступления, посягательства на жизнь и здоровье граждан и половую свободу женщины, большинство посягательств на общественный порядок, общественную безопасность и порядок управления.

Вместе с тем знания общих правовых и нравственных принципов в иных случаях явно недостаточно, чтобы правильно оценить преступность того или иного деяния. Причина этого, как правильно отмечают Г. А. Злобин и Б. С. Никифоров, кроется в том, что «вещения и запреты уголовного права чрезвычайно разнообразны и относятся к самым различным сферам общественных отношений. Обязанность знать их не может быть возложена на граждан уже по одному тому, что ее невозможно выполнить»⁷. Со-

¹ Злобин Г. А., Никифоров Б. С. Умысел и его формы. М., 1972. – С. 195.

² Ефремова Г. К. Изучение правового сознания молодежи. – *Вопр. борьбы с преступностью.* – 1973. – Вып. 19. – С. 58, 80.

³ Алексеев С. С. Общая теория права: В 2-х т. М., 1982. – Том. 2. – С. 17; Кудрявцев В. Н. Право и поведение. М., 1978. – С. 77.

⁴ Основания уголовно-правового запрета: криминализация и декриминализация / В. Н. Кудрявцев, П. С. Дагель, Г. А. Злобин и др. М., 1982. – С. 167.

⁵ Эффективность правовых норм / Кудрявцев В. Н., Никитинский В. И., Самощенко И. С., Глазырин В. В. – М., 1980. – С. 132.

⁶ Кудрявцев В. Н. Право и поведение. М., 1978. – С. 77.

⁷ Злобин Г. А., Никифоров Б. С. Умысел и его формы. М., 1972. – С. 190-191.

циально-правовые исследования¹ выявили, что большинство граждан слабо осведомлены либо вовсе не знают о целом ряде уголовно-правовых запретов, особенно тех, усунение характера которых требует обращения к иным нормативным актам.

Вполне очевидно, что распространение права отдельных граждан на задержание лиц, совершивших указанные преступления, чревато возможностью грубого нарушения законности, причинения неправомерного вреда личности. Такое положение, однако, не означает, что граждане лишены вообще каких-либо возможностей в борьбе с этими преступлениями. В деле разоблачения преступников эффективны сообщения граждан в соответствующие органы власти, их жалобы, заявления и т. п. Таким образом, ограничение правового основания задержания преступника, требованием, что задержанию подлежит только лицо, совершившее очевидное преступление, соответствует уровню правосознания советских граждан, их нравственным принципам, учитывает особенности совершения целого ряда сложных по характеру преступлений, правильно определяет место действий по задержанию преступника в сфере борьбы с преступностью. Наконец, это в наибольшей степени отвечает идее всемерного развития активности граждан в борьбе с преступностью и одновременно укреплению законности в отношениях между ними.

Второе условие для вывода гражданина о преступном характере совершенного деяния состоит в распознавании им признаков известного преступления в фактических обстоятельствах содеянного. При этом источники получения информации об этих обстоятельствах можно подразделить на две группы: 1) личное наблюдение и восприятие гражданином совершаемого или совершенного деяния; 2) получение информации о его совершении от третьих лиц.

В первом случае обстоятельствами, по которым гражданин оценивает совершенное как очевидное преступление, в частности, являются: а) направленность действий на причинение вреда особо важным, охраняемым уголовным законом социалистическим общественным отношениям, (например, основам советского строя, внешней безопасности, личности и т. д.); б) характер действий лица; в) предмет посягательства (например, чужое имущество при похищении); г) последствия действий (смерть человека, повреждение или уничтожение имущества); д) поведение посягателя и потерпевшего в момент или после преступления; е) примененный способ посягательства (насильственный, общеопасный и т. д.); ж) обстановка, место, время совершения общественно опасного деяния и т. д. Необходимо учитывать, что правильность восприятия этих обстоятельств зависит от жизненного опыта, психического состояния гражданина, его физиологических данных и т. п.

Во втором случае гражданин лично не наблюдает совершенное деяние, а получает сообщение о нем от третьих лиц. В зависимости от степени достоверности эти сообщения можно также подразделить на две группы: 1) информация, полученная от официальных властей или их представителей (например, обращение органов милиции к населению об оказании помощи в розыске опасного преступника или сообщение работником милиции о совершенном преступлении народным дружинникам перед выходом на патрулирование и т. д.); 2) информация, полученная от частных лиц (например, от потерпевшего, очевидца и др.). В первой ситуации информация не вызывает сомнений в ее достоверности и формирует у гражданина твердое убеждение, что определенным лицом совершено преступление. Такое убеждение может отсутствовать во второй ситуации, ибо здесь в ряде случаев необходимо оценить сам источник информации о совершенном преступлении. Важно учитывать, в частности, кто предоставляет эту информацию (потерпевший, очевидец, другое лицо), возраст этого лица (малолетний или взрослый), его психическое состояние (например, информация раздраженного или испуганного потерпевшего либо спокойный рассказ очевидца), место и время предо-

¹ Правовая культура и вопросы правового воспитания. М., 1974.

ставления информации (например, на месте совершения преступления или в другом месте, непосредственно после посягательства или спустя значительный промежуток времени) и т. д. При этом необходимо иметь в виду, что полученную информацию граждан часто вынужден оценивать быстро, без промедлений, что не исключает возможной его ошибки, особенно в отношении деяний, сложных по характеру объективной и субъективной сторон. Наконец, следует учитывать и то обстоятельство, что решение вопроса о преступности или неприступности ряда сложных по характеру объективной и субъективной сторон деяний является непростым даже для юриста, поскольку обстоятельства совершенного не лежат на поверхности, а требуют всестороннего анализа, который возможен только путем кропотливой, подчас длительной процессуальной деятельности. Поэтому очевидно, что совершение некоторых сложных по своему характеру преступлений исключает возможность задержания виновных со стороны отдельных граждан.

Таким образом, и с точки зрения условия о необходимости тщательной оценки полученной информации о содеянном ограничении правового основания задержания лишь кругом очевидных преступлений в известной мере уменьшает возможность ошибки гражданина и тем самым выступает определенной гарантией от необоснованного задержания и причинения вреда личности.

Заключительный этап процесса «квалификации» гражданином общественно опасного деяния состоит в сопоставлении и обнаружении сходства, подобия или соответствия известного ему уголовно-правового запрета или веления и фактических обстоятельств совершенного деяния, о котором он имеет информацию. Вывод гражданина, что в данном случае совершено именно преступление, должен быть бесспорным, ибо иначе не исключается его ответственность за незаконное лишение свободы и причиненный при этом вред либо определение ответственности по правилам фактической ошибки.

Изложенное дает основание заключить, что *очевидное преступление – это такое известное гражданину в качестве запрещенного уголовным законом общественно опасное деяние, которое на основе достоверной информации о содеянном оценивается им как бесспорно преступное*¹. Итак, правовым основанием задержания является совершение лицом очевидного преступления. Позиция законодателя в этой части выражена, как представляется, недостаточно четко. Поэтому, в уголовном законе целесообразно указать, что задержанию подлежит только лицо, совершившее очевидное преступление. Подобное предложение, думается, обоснованно: законодатель ранее уже употреблял термин «очевидное преступление» (ст. 9 и 10 УПК УССР в прежней редакции); он ясен для граждан; в настоящее время понятие очевидного преступления используется в науке и судебно-следственной практике. И хотя везде оно имеет свои специфические черты, общее заключается в том, что очевидным признается явное, не вызывающее сомнений преступное посягательство. Так, в зависимости от степени сокрытия в криминалистике различают преступления очевидные и неочевидные². Такое же деление преступлений принято и в оперативно-розыскной и следственной практике³,

¹ При этом необходимо иметь в виду, что в подавляющем большинстве случаев задержания факт совершения преступления является очевидным не только для лиц, участвующих в задержании преступника, но и для всех остальных граждан. Не исключены, однако, ситуации, когда в силу различных обстоятельств о преступном характере совершенного (совершаемого) деяния может быть осведомлен лишь гражданин, задерживающий преступника; в то время когда остальные лица, в том числе очевидцы, могут этого не осознавать. Последнее обстоятельство не влияет на оценку правомерности производимого задержания, ибо при решении этого вопроса уголовно-правовое значение имеют осведомленность и твердая уверенность в преступном характере содеянного именно со стороны задерживающего гражданина.

² Герасимов И. Ф. Методика расследования преступлений: общие положения. – В кн.: Материалы науч.-практ. конф. (Одесса, нояб., 1976 г.). М., 1976. – С. 95.

³ Соц. законность. – 1979. – № 10. – С. 16.

а также в документах первичного учета преступлений¹. Наконец, указание в уголовном законе на очевидное преступление как на правовое основание задержания преступника, с одной стороны, в полной мере соответствовало бы развитию активности населения в борьбе с преступностью, а с другой – служило бы делу укрепления законности в отношениях между гражданами.

Фактическое основание задержания преступника. Интересы борьбы с преступностью требуют, чтобы каждое совершенное преступление было своевременно раскрыто, а лицо, его учинившее, предстало перед соответствующими органами власти. Деятельность отдельных граждан и представителей общественности по задержанию преступников как раз и способствует этим органам в своевременном раскрытии преступлений, выяснении обстоятельств совершенного и изобличении виновных. Вместе с тем оказание помощи правоохранительным органам должно быть не только оправдано ее целями, но и соизмеряться с опасностью совершенного посягательства и личностью преступника, его поведением в момент и после посягательства и т. д. Это вызвано тем, что задержание лица со стороны граждан всегда связано с определенным насилием над личностью, преступник же даже самым фактом совершения преступления не ставит себя вне закона. Следовательно, задержание его гражданином и доставление органам власти лишь тогда может быть оправдано, когда в этом есть необходимость. И хотя закон подобное требование прямо не формулирует, судебная практика исходит из этого условия при оценке правомерности задержания.

В постановлении по делу Т. Пленум Верховного Суда СССР, указывая на неправомерность действий Ш. и других по задержанию Т., отметил, в частности, что у Ш. и других туристов не было необходимости в том, чтобы задерживать Т.² И, напротив, указывая на правомерность задержания, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда СССР по делу К. отметила, в частности, что Т. совершил у клуба буйные хулиганские действия и его необходимо было задержать³. На необходимость как основание задержания указывается и в определении Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда УССР по делу Х., который, совершив хулиганство, пытался скрыться с места преступления⁴.

Представляется, что необходимость задержания преступника имеется во всех случаях, когда неприятие гражданином безотлагательных мер по лишению его личной свободы угрожает причинением существенного вреда интересам государства, общества или отдельных граждан. Этот вред может выразиться, например, в том, что несвоевременное задержание позволит преступнику довести задуманное до конца или скрыться. Оставаясь же на свободе, он вновь сможет совершать преступления либо уничтожит доказательства своего участия в посягательстве и т. д. Если же характер совершенного преступления, поведение преступника и его личность свидетельствуют об отсутствии опасности причинения указанного вреда, то немедленное лишение его личной свободы не является необходимым. Следовательно, *фактическое основание* задержания очевидного преступника имеет место там, где такое задержание *вызвано необходимостью немедленного доставления его соответствующим органам власти.*

Такая формулировка фактического основания задержания преступника прежде всего охватывает самые разнообразные ситуации, которые могут возникнуть при решении гражданином вопроса о безотлагательном лишении личной свободы очевидного преступника. Кроме того, фактическое основание тесно связано с признаками акта правомерного задержания преступника, в частности с таким его субъективным при-

¹ *Онищук З. М.* Учет преступлений в органах внутренних дел, прокуратуры и суда: Текст лекций. Х., 1976. – С. 14-17.

² Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1977. – № 1. – С. 20-23.

³ Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1957. – № 3. – С. 18-20.

⁴ Рад. право. – 1980. – № 9. – С. 83.

знаком, как наличие у гражданина цели доставления преступника соответствующим органам власти. Наконец, предложенная формулировка фактического основания соответствует и подходу самого законодателя к определению оснований правомерного причинения вреда. Такой вред лишь тогда признается правомерным, если его причинение было вызвано необходимостью, обусловленной, конечно, различными основаниями. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 15 УК причинение посягающему вреду в состоянии необходимой обороны признается правомерным, если оборона была вызвана *необходимостью немедленной защиты* от наличного общественно опасного посягательства. Точно так же причинение вреда правоохраняемым благам при отражении наличной опасности, грозящей интересам государства, общества или гражданина, признается правомерным, если при этом имела *крайняя необходимость* (ст. 16 УК). В соответствии с этим определяется и фактическое основание лишения личной свободы очевидного преступника, которое имеет место лишь при *необходимости немедленного доставления его соответствующим органам власти*. Таким образом, аналогично с необходимой обороной, и крайней необходимостью есть основания говорить о необходимом задержании преступника.

Очевидно, что задержание преступника возможно либо в момент совершения им посягательства, либо после его прекращения. При решении в таких случаях вопроса о необходимости немедленного доставления преступника соответствующим органам власти от гражданина требуется учет самых различных обстоятельств, связанных, в частности, с оценкой тяжести совершенного преступления, временем, когда застигнут преступник, его поведением после посягательства, а также характеристикой его личности.

Думается, что фактическое основание задержания имеется во всех случаях, когда преступник застигнут в момент осуществления преступного посягательства. Здесь нужно исходить из того принципиального положения, что государство и общество заинтересованы прежде всего в предупреждении общественно опасных последствий преступления¹. Прав Г. В. Бушуев, когда пишет, что «интересы борьбы с преступностью требуют *немедленного* (курсив мой. – Ю. Б.) пресечения преступления»². Безотлагательное задержание лица, совершающего очевидное преступление, выступает в таких случаях актом пресечения начатой и еще фактически (а не юридически) не оконченной преступной деятельности и поэтому безусловно необходимо. Такое решение в определенной мере подтверждается и действующим правом. Так, в п. 2 ч. 1 ст. 94 УПК УССР в качестве повода к возбуждению уголовного дела названо задержание гражданами подозреваемого на месте преступления или *с личным*³.

В большинстве случаев задержание преступника со стороны граждан производится после совершения им посягательства. При этом можно представить три ситуации: 1) задержание преступника на месте преступления; 2) задержание преступника, скрывающегося с места преступления (так называемое задержание по «горячим следам»); 3) задержание через какое-то время после совершения преступления.

Первая ситуация задержания преступника может быть обусловлена разными обстоятельствами. К ним прежде всего относятся различные внутренние побуждения

¹ Свидетельством этого может служить, например, институт: добровольного отказа от совершения преступления.

² Бушуев Г. В. Социальная и уголовно-правовая оценка причинения вреда преступнику при задержании. Горький, 1976. – С. 37.

³ Под подозреваемым здесь подразумевается преступник. Как правильно отмечают авторы комментария УПК УССР, задержание подозреваемого нельзя отождествлять со следственным действием, предусмотренным ст. 106 и 115 УПК УССР. В рассматриваемом случае задержание имеет целью доставление подозреваемого в соответствующий орган власти, который и применяет к задержанному меры процессуального принуждения. См.: Уголовно-процессуальный кодекс Украинской ССР: Научно-практический комментарий / Отв. ред. П. Г. Цупренко. К., 1984. С. 142

преступника, оставшегося на месте преступления, например раскаяние, сожаление о содеянном, готовность понести ответственность и т. д. О. А. Дубовик указывает, что 30 % убийц и 5,5 % лиц, совершивших разбойные нападения, готовы были понести грозившее им наказание и не предпринимали мер по избежанию задержания¹. Далее обстоятельство, обусловившее пребывание преступника на месте преступления, могут быть связаны с самим характером посягательства, которое предполагает обязательное нахождение виновного на месте его совершения (например, при обмане покупателей, отдельных формах самоуправства и т. д.). Наконец, преступник может остаться на месте преступления ввиду невозможности скрыться (например, в связи с закрытием дверей хранилища, где он похищал имущество). Представляется, что необходимость немедленного доставления *преступника, оставшегося на месте совершения преступления*, соответствующим органам власти имеет место в трех случаях:

1. Когда преступник обнаруживает стремление к побегу².

2. Когда опасность довершенного посягательства, личность виновного или его поведение на месте преступления свидетельствуют о явной возможности причинения таким лицом существенного вреда интересам государства, общества или отдельных граждан. К таким преступникам относятся: а) лица, совершившие особо опасные преступления (ими следует считать тяжкие и особо тяжкие преступления, перечисленные в ст. 7¹ УК); б) лица, представляющие повышенную опасность для государства и общества в силу своей прежней преступной деятельности (например, особо опасные рецидивисты). Необходимость немедленного задержания этих категорий преступников обусловлена тем, что оставлений их на свободе не гарантирует, что они не совершат другие преступления³ или не предпримут мер по сокрытию от правосудия. М. И. Якубович отмечал: опыт работы органов милиции свидетельствует, что много сил и средств приходится затрачивать на розыск именно опасных преступников – убийц, разбойников, насильников⁴; в) лица, предпринимающие меры по уничтожению доказательств совершения преступления или своего участия в нем. Такие действия преступников (например, уничтожение орудий преступления, предметов, добытых преступным путем, и т. п.) могут существенно затруднить или вообще сделать невозможным последующее раскрытие преступления и изобличение виновных. Принятие в подобных случаях мер по немедленному задержанию преступника выступает средством пресечения указанной деятельности и является безусловно необходимым. В ч. 2 ст. 76 УПК ЧССР, например, предусмотрено, что задержание преступника, застигнутого на месте преступления, правомерно, если оно вызвано необходимостью получения доказательств.

3. Когда неизвестна личность преступника и ее невозможно немедленно установить. На это обстоятельство как основание задержания преступника указывают УПК ГДР, ПНР и ЧССР. Оставление на свободе очевидного преступника, личность которого неизвестна, может привести к тому, что он скроется с места преступления, и его последующее изобличение может быть затруднительным или вообще невозможным.

Вторая ситуация связана с задержанием преступника непосредственно после совершения им посягательства. Практика свидетельствует, что 70 % убийц и 94,5 % лиц, совершивших разбойные нападения, предпринимали действия, направленные на то, чтобы избежать задержания и ответственности⁵. Точно так же воры и грабители, застигнутые на месте преступления, как правило, пытаются вырваться от задерживающих

¹ Дубовик О. А. Принятие решения в механизме преступного поведения. Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 1976. – С. 11.

² Комментарий к Уголовному кодексу РСФСР 1960 г. А., 1962. – С. 41.

³ Бородин С. В. Квалификация преступлений против жизни. М., 1977. – С. 188.

⁴ Якубович М. И. Вопросы теории и практики необходимой обороны. М., 1961. – С. 192.

⁵ Дубовик О. А. Принятие решения в механизме преступного поведения. Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 1976. – С. 11.

и скрыться¹. Как отмечают практические работники, задержание преступника по «горячим следам» способствует быстрейшему его изобличению, возмещению причиненного материального ущерба, получению от него правдивых показаний². Поэтому не случайно необходимость немедленного доставления преступника, скрывающегося с места совершения преступления, соответствующим органам власти предусмотрена в УПК ГАР и УПК ПНР и поддерживается советскими криминалистами³.

Наконец, третья ситуация задержания преступника возникает по истечении какого-то времени после совершения им посягательства. Если преступник сразу же после совершения преступления не был доставлен органам власти, то в интересах борьбы с преступностью это необходимо сделать в последующем. Сказанное обусловлено и тем, что несвоевременное задержание преступника приводит к дополнительной трате сил и средств на его розыск, не исключает возможности совершения им новых преступлений, значительно затрудняет его последующее изобличение. Косвенно необходимость задержания преступника после совершения им посягательства подтверждается и анализом уголовного закона. Так, в ч. 4 ст. 48 УК установлено, что «течение срока давности приостанавливается, если лицо, совершившее преступление, скроется от следствия и суда. В этих случаях течение давности возобновляется с момента задержания лица или явки его с повинной». Законодатель, следовательно, прямо указывает на необходимость задержания преступника спустя какое-то время после совершения посягательства.

Поэтому обнаружение очевидного преступника после учиненного им посягательства предопределяет необходимость его задержания. Вместе с тем установление того, была ли такая необходимость безотлагательной для гражданина, обнаружившего преступника спустя какое-то время после преступления, — это в целом вопрос факта, решение которого зависит от ряда обстоятельств: опасности ранее совершенного преступления, поведения преступника в момент его обнаружения, его местонахождения, намерения и возможностей скрыться и т. д. Если обстоятельства свидетельствуют, что оставление на свободе такого преступника грозит причинением вреда интересам государства, общества или отдельных граждан, то гражданин вправе задержать его, независимо от времени, прошедшего после совершенного посягательства.

Таким образом, необходимость немедленного доставления преступника соответствующим органам власти как фактическое основание его задержания имеет место тогда, когда он застигнут при совершении очевидного преступления либо, совершив его, представляет опасность для государства, общества или отдельных граждан, либо, будучи таковым, скрылся с места преступления, либо обнаружил стремление к побегу.

Отсутствие хотя бы одного из этих обстоятельств свидетельствует об отсутствии фактического основания задержания преступника. Нет необходимости, например, задерживать лицо, совершившее неосторожное преступление, если известна его личность и он не предпринимает мер по сокрытию от правосудия.

Характерный случай приводит М. И. Якубович. Рабочий К. во время обеденного перерыва, шутя, бросил гвоздь в стоявших неподалеку девушек и попал в глаз работнице Г., причинив ей тяжкое телесное повреждение, повлекшее удаление глаза. Совершившего неосторожное преступление хорошо знала как сама потерпевшая, так и многие другие очевидцы, он не пытался ни скрыться с места преступления, ни уклониться от ответственности. В этом случае никакой надобности в доставлении Д. соот-

¹ Сов. юстиция. — 1978. — № 24. — С. 8.

² Соц. законность. — 1978. — № 4. — С. 19.

³ Комментарий к Уголовному кодексу РСФСР 1960 г. А., 1962. — С. 41.

ветствующим органам власти не было¹. О содеянном достаточно лишь сообщить этим органам.

Итак, фактическое основание задержания очевидного преступника имеет место в случае необходимости немедленного доставления его соответствующим органам власти. Представляется целесообразным указать на это в уголовном законе. Понятно, что сформулированное подобным образом фактическое основание ставит определенные границы возможностям граждан по задержанию лиц, совершивших преступные посягательства. Однако ограничение этой деятельности кругом очевидных преступлений и наличием безотлагательной необходимости доставления преступников соответствующим органам власти является оправданным и справедливым, поскольку, с одной стороны, предоставляет гражданам достаточный простор для проявления разумной инициативы в борьбе с преступностью, а с другой – способно предупредить необоснованное ущемление прав личности и тем самым содействовать укреплению законности.

Завершая характеристику признаков и оснований задержания преступника, отметим, что оно признается, правомерным, если произведено при наличии правового и фактического оснований и соответствовало совокупности рассмотренных объективных и субъективных признаков. Напротив, задержание, осуществленное при отсутствии хотя бы одного из этих оснований или не соответствующее указанным признакам, является незаконным и может влечь ответственность гражданина по ст. 123 УК.

4. Условие правомерности задержания преступника

Объективным условием правомерности задержания преступника выступает одно только время его задержания. Однако вопрос об этом условии в законе решается различным образом. Так, ст. 15 Указа вообще не упоминает о времени задержания преступника. Точно так же ст. 13¹ УК ЭССР, регламентируя эти действия, не связывает их правомерность со временем производства акта задержания. Напротив, в ч. 3 ст. 15 УК и ч. 3 ст. 13 УК УзССР указано, что действия потерпевшего и других лиц по задержанию преступника признаются правомерными, если они были предприняты непосредственно после совершения посягательства.

Большинство юристов справедливо отмечают, что такое решение вопроса в УК УССР и УК УзССР не может быть признано удовлетворительным². Ссылаются здесь прежде всего на трудность определения самого времени задержания – «непосредственно после совершения посягательства»³. Обращают внимание, далее, и на необходимость задержания преступника спустя значительный промежуток времени после совершения преступления⁴. Наконец, считают, что положения ч. 3 ст. 15 УК и ч. 3 ст. 13 УК УзССР противоречат ст. 15. Указа, которая не ограничивает правомерность действий по задержанию преступника каким-либо сроком⁵.

Наиболее приемлемо решение рассматриваемого вопроса в ст. 13¹ УК ЭССР, где не указаны начальный и конечный моменты правомерного задержания преступника. Из

¹ Якубович М. И. Необходимая оборона и задержание преступника. М., 1978. – С. 54.

² Бородин С. В. Квалификация преступлений против жизни. – М. – С. 193; Бушуев Г. В. Социальная и уголовно-правовая оценка причинения вреда преступнику при задержании. Горький, 1976. – С. 38-39; Тишкевич И. С. Условия и пределы необходимой обороны. М., 1969. – С. 183; Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. – С. 60-62 и др.

³ Советское уголовное право: Общая часть. М., 1977. – С. 229; Рад. право. – 1978. – № 1. – С. 66.

⁴ Бородин С. В. Квалификация преступлений против жизни. – М., 1977. – С. 193.

⁵ Бушуев Г. В. Социальная и уголовно-правовая оценка причинения вреда преступнику при задержании. Горький, 1976. – С. 38; Тишкевич И. С. Оборона от общественно опасного посягательства и меры по задержанию преступника. Автореф. дис. ...д-ра юрид. наук. Минск, 1969. – С. 36; Якубович М. И. Обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность деяния. М., 1979. – С. 140.

этого как будто бы можно заключить, что задержание преступника будет правомерным в любое время, если для этого имелись законные основания. В литературе, однако, данный вопрос решается иначе, в первую очередь это относится к начальному моменту возникновения права на задержание преступника. Одни авторы считают, что право на задержание преступника возникает лишь непосредственно после совершения им преступного посягательства. Так, И. И. Слуцкий указывал, что отличие причинения вреда преступнику с целью его задержания от. необходимой обороны состоит в том, что в первом случае насилие применяется к лицу, уже совершившему преступление¹. Другие обоснованно связывают право на задержание с началом совершения преступником подготовительных действий, отмечая при этом, что правила задержания преступника применимы в случае, если совершается преступление, не ставящее задерживающего в состояние необходимой обороны². Например, по подсчетам Н. И. Коржанского, право на необходимую оборону возникает при учинении лишь 36 преступлений, предусмотренных УК РСФСР. В других же случаях причинение вреда преступнику, по мнению автора, должно соответствовать условиям его задержания³. Следует, однако, иметь в виду, что в отдельных случаях при оценке действий гражданина необходимо учитывать правила как необходимой обороны, так и задержания преступника. Это объясняется тесной связью названных действий при противоборстве с преступником, а также совпадением некоторых признаков необходимой обороны и задержания преступника, что вполне естественно, ибо, как правильно заметил М. С. Гринберг, «обстоятельства, исключающие уголовную ответственность, при всем своем своеобразии, социально-политической и юридической специфике отнюдь не разделяются между собой непроницаемыми гранями»⁴. Так, если преступник путем нападения на гражданина уклоняется от задержания, то очевидно, что у последнего возникает право как на необходимую оборону, так и на задержание преступника. При этом акт задержания вначале осуществляется с использованием права на необходимую оборону, а затем по правилам задержания преступника.

Итак, право на задержание преступника возникает с начала совершения им подготовительных действий, существует в момент совершения посягательства, а также непосредственно после него. Практика задержания как раз свидетельствует о том, что в большинстве своем оно имеет место именно в момент посягательства или непосредственно после него. По данным проведенного обобщения, задержание в это время было осуществлено в 89,7 % случаях. Вместе с тем известны случаи, когда граждане задерживают преступников спустя значительное время после совершения ими преступных посягательств.

12 июня 1979 г. С. ограбил и изнасиловал Б. Потерпевшая о совершенном сообщила в милицию, однако преступник не был разыскан. 1 августа того же года Б. случайно опознала С., о чем сказала своему мужу С-е, после чего они решили задержать преступника. С. этой целью Б. побегала к расположенной неподалеку железнодорожной станции, чтобы вызвать работников милиции, а С-а стал следить за С. Последний,

¹ *Слуцкий И. И.* Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность. Л., 1956. – С. 60-61; см. также: Курс советского уголовного права: Часть Общая / Отв. ред. проф. Н. А. Беляев, проф. М. Д. Шаргородский. Л., 1968. Т. 1. – С. 503-504; Советское уголовное право: Общая часть. М., 1974. – С. 202 и др.

² *Кириченко В. Ф.* Основные вопросы необходимой обороны по советскому уголовному праву. М.; Л., 1948. – С. 69; *Паше-Озерский Н. Н.* Необходимая оборона и крайняя необходимость по советскому уголовному праву. М., 1962. – С. 82-83. *Побегайло Э. Ф.* О юридической сущности действий, направленных к задержанию преступника. – В кн.: Вопросы укрепления социалистической законности и правопорядка: Тр. Воронеж, ун-та, 1970, т. 88. – С. 229; *Шавгулидзе Т. Г.* Необходимая оборона. Тбилиси, 1966. – С. 138.

³ *Коржанский Н. И.* Развитие уголовно-правовой науки об охране социалистических общественных отношений. – В кн.: XXV съезд КПСС о задачах дальнейшего укрепления социалистической законности и правопорядка. Волгоград, 1972. – С. 101.

⁴ *Гринберг М. С.* Проблема производственного риска в уголовном праве. М., 1963. – С. 125.

увидев, что его преследуют, хотел убежать, однако С-а и подоспевшая Б. схватили его за руки и, несмотря на попытки вырваться, удерживали до прибытия работников милиции¹.

Очевидно, что хотя преступник был задержан по истечении более полутора месяцев после совершения преступлений, эта и подобные ситуации свидетельствуют о наличии необходимых и достаточных оснований для его задержания спустя значительное время после учинения им посягательства, что, думается, должно быть отражено в законе. В подобных случаях возникает вопрос и о том, в течение какого времени после учинения преступления граждане имеют право задерживать преступников.

В литературе этот вопрос обычно связывают с давностными сроками привлечения к уголовной ответственности или исполнения обвинительного приговора. Считают, что задержание преступника правомерно лишь в течение существования уголовно-правовых отношений, в связи с чем истечение сроков давности привлечения к уголовной ответственности или давности исполнения обвинительного приговора определяет временной предел осуществления гражданами права на задержание преступника². Более того, по мнению И. С. Тишкевича и Г. В. Бушуева, границы права на задержание преступника определяются также наличием обстоятельств, препятствующих производству по уголовному делу: изданием акта амнистии или помилования, отсутствием жалобы потерпевшего по делам, которые возбуждаются лишь при наличии таковой, и другими обстоятельствами, указанными в ст. 5 Основ уголовно-процессуального законодательства Союза ССР и союзных республик³.

Рассматривая приведенную точку зрения, прежде всего отметим, что она не основана на законе. В уголовном законодательстве отсутствует прямое указание на то, что осуществление действий по задержанию преступника допустимо лишь в пределах давностных сроков, которые регламентируют деятельность соответствующих органов правосудия по освобождению преступника от уголовной ответственности либо от наказания. Позиция закона здесь представляется правильной, ибо вряд ли обоснованно, как это делают И. С. Тишкевич и Г. В. Бушуев, связывать время осуществления правомерных действий по задержанию преступника с существованием уголовно-правовых отношений. Правовое отношение между государством и гражданином в связи с совершением им общественно полезных действий по задержанию преступника носит совсем иной характер, чем отношение между государством и преступником по поводу совершения последним преступления⁴. Характерно, что никто из указанных авторов не предлагает уголовно-правовой оценки действиям гражданина, задержавшего преступника по истечении давностных сроков. Но тогда напрашивается вопрос: какое же уголовно-правовое значение имеет вводимое ими ограничение права граждан на задержание преступника этими сроками? Ведь очевидно, что введение любых ограничений должно быть основано на действующем праве.

Вызывает сомнение и утверждение авторов о том, что право на задержание преступника во всех случаях прекращается при наличии обстоятельств, исключающих производство по уголовному делу. Прежде всего указанные обстоятельства носят неоднородный характер. Одни из них (отсутствие события преступления, отсутствие

¹ Архив Октябрьского районного народного суда г. Харькова, 1979 г.

² Советское уголовное право: Общая часть. М., 1977. – С. 229; Советское уголовное право: Общая часть. М., 1982. – С. 226; *Тишкевич И. С.* Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. – С. 63; *Якубович М. И.* Обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность деяния. М., 1979. – С. 44-45; Рад. право. – 1980. – № 11. – С. 60.

³ *Тишкевич И. С.* Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. – С. 64-65; *Бушуев Г. В.* Социальная и уголовно-правовая оценка причинения вреда преступнику при задержании. Горький, 1976. – С. 38-39.

⁴ Уголовное право УССР. Общая часть / Под ред. проф. В. В. Сташиса и доц. А. Ш. Якупова. К., 1984. – С. 29-30.

состава преступления, недостижение возраста уголовной ответственности, смерть виновного) либо вообще не имеют никакого отношения к решению вопроса о временных рамках права на задержание преступника, либо могут влиять лишь на оценку действий гражданина по правилам задержания мнимого преступника (например, задержание лица, в действиях которого отсутствовали признаки преступления). Другие обстоятельства (издание акта амнистии или помилования, наличие вступившего в законную силу приговора суда или неотменного постановления органа дознания, следователя или прокурора о прекращении уголовного дела) могут влиять на решение вопроса о наличии или отсутствии фактического основания задержания преступника. Так, если гражданин осведомлен, что преступник уже находился в поле зрения органов правосудия в связи с совершенным преступлением либо амнистирован или помилован, то в таких ситуациях отсутствует, конечно, необходимость доставления преступника соответствующим органам власти, и поэтому его задержание незаконно. С другой стороны, незнание гражданином этих обстоятельств дает основания оценивать его действия по правилам задержания мнимого преступника. Нельзя, однако, согласиться с тем, что гражданин лишен права задерживать преступника, если, например, отсутствовала жалоба потерпевшего, без чего дело не может быть возбуждено. Не говоря уже о ряде непреодолимых препятствий для претворения в жизнь такого положения, ясно также, что задержание, например, по истечении какого-то времени преступника, совершившего изнасилование совершеннолетней женщины, является действием правомерным, хотя последняя может и не заявить о совершенном в отношении ее преступлении. Поэтому отсутствие жалобы потерпевшей не исключает очевидности преступления, совершенного виновным. Главный же недостаток приведенной позиции заключается в том, что ее авторы распространяют на действия граждан по задержанию преступника условия, которые закреплены не в уголовном, а уголовно-процессуальном законодательстве и адресованы не гражданам, а соответствующим должностным лицам органов правосудия.

Рассматриваемое мнение, наконец, объективно не способствует развитию инициативы граждан в борьбе с преступностью. Ведь далеко не каждый гражданин осведомлен о существовании, например, давностных сроков (а тем более об их продолжительности), которые, кроме того, прямо зависят от правильной квалификации содеянного. В таких случаях, как правильно пишет Ю. М. Ткачевский, «вопросы квалификации преступлений без надлежащего изучения содеянного и прежней деятельности виновного не могут быть решены с исчерпывающей ясностью»¹. Следовательно, в соответствии с анализируемой точкой зрения от гражданина требуются не только глубокие юридические знания, но и знание о прежней и последующей преступной деятельности виновного, поскольку течение давностных сроков прерывается совершением лицом нового преступления, за которое по закону может быть назначено наказание в виде лишения свободы на срок не менее двух лет. Но о таких обстоятельствах гражданину практически никогда неизвестно, как в большинстве своем и органам власти, в распоряжение которых предоставляется виновный. Неслучайно поэтому в литературе высказаны мнения, что розыск преступников следует вести по истечении сроков давности². Следовательно, определение и применение сроков давности – прерогатива специальных органов правосудия, а не граждан. Эти органы, однако, должны вначале «получить» преступника в свое распоряжение, выяснить характер совершенного им преступления и правильно квалифицировать его, проверить, не прервана ли давность совершением нового преступления, а затем уже решить вопрос о применении или неприменении к нему давностных сроков. Очевидно, что предварительное решение всех этих вопросов невозможно для частных лиц, участвующих в задержании преступников.

¹ Ткачевский Ю. М. Давность в советском уголовном праве. М., 1978. – С. 75.

² Там же. – С. 75; Сов. гос-во и право. – 1960. – № 5. – С. 56.

Наконец, необходимо отметить и то, что, преобладающее в литературе мнение о давностных сроках как временном пределе права граждан на задержание преступника не имеет существенного значения по двум причинам. Во-первых, в подавляющем большинстве случаев задержание преступника со стороны отдельных граждан и представителей обществественности осуществляется либо в момент совершения посягательства, либо непосредственно или в ближайшее время после него. Уже в силу этого на практике очень редко возникают вопросы о конечном моменте права граждан на задержание преступника. Во-вторых, обычно граждане задерживают спустя какое-то время именно лиц, совершивших тяжкие преступления, сроки давности привлечения к уголовной ответственности за которые исчисляются годами. А это и означает возможность задержания преступника в любое время после учинения им посягательства. Поэтому здесь не имеет значения ограничение права граждан на задержание преступника таким формализованным критерием, как давностные сроки. Напротив, введение такого ограничения может лишь сковать инициативу граждан в борьбе с преступностью. Изложенное, как представляется, дает основания усомниться в правильности предложения ограничить право граждан на задержание преступника давностными сроками. Думается, что при решении вопроса о правомерности задержания преступника следует исходить не из времени его производства, а из необходимости соответствия такого задержания рассмотренным выше признакам и наличия в каждом случае задержания единства двух законных оснований: совершения очевидного преступления и безотлагательной необходимости доставления преступника органам власти. Правильным поэтому является мнение С. В. Бородина, что для правомерности задержания не имеет значения время, истекшее с момента совершения виновным преступления до задержания¹. Иначе говоря, задержание преступника со стороны отдельных граждан правомерно *в любое время*, истекшее с момента совершения им посягательства.

Иногда полагают, что задержанию в любое время подлежит лишь ограниченный круг преступников, а именно: 1) лица, совершившие преступления, за которые по закону может быть назначена смертная казнь; 2) лица, приговоренные к смертной казни; 3) нацистские преступники, виновные в тяжчайших преступлениях против мира и человечества и военных преступлениях; 4) советские граждане, которые в период Великой Отечественной войны проводили активную карательную деятельность, принимали, личное участие в убийствах и истязаниях советских людей². Подобное ограничение права граждан на задержание преступника не основано на законе. Истечение какого-либо времени после совершения преступления не меняет его юридической природы как преступного посягательства (за исключением, разумеется, изменения в уголовном законе, исключающего преступность и наказуемость деяния), что всегда свидетельствует о наличии правового основания для задержания преступника. Существует в таких случаях и необходимость доставления преступника соответствующим органам власти для решения вопроса об его ответственности за ранее совершенное преступление. Иное дело, если преступник обнаружен значительное время спустя после совершения им посягательства. Следует ли безотлагательно доставить его органам правосудия? Решение этого вопроса зависит от тяжести ранее совершенного преступления, поведения преступника, места его обнаружения и ряда других конкретных обстоятельств дела. Разумеется, законным следует признать только такое задержание, которое безусловно вызывалось необходимостью немедленного доставления преступника соответствующим органам власти. Лишены серьезных оснований опасения, что предоставление, права гражданам задерживать преступников в любое время «может повлечь за собой нару-

¹ Бородин С. В. Квалификация преступлений против жизни. – М. – С. 192.

² Бушуев Г. В. Социальная и уголовно-правовая оценка причинения вреда преступнику при задержании. Горький, 1976. – С. 38-39; Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. – С. 63-64 и др.

шения социалистической законности: задержание лиц, непричастных к посягательству или причастных к нему, но после применения мер уголовного, административного или общественного воздействия»¹. Думается, что строгое соблюдение условий о необходимости в каждом случае устанавливать единство правового и фактического оснований задержания и быть твердо убежденным в том, что задержанию подвергается именно преступник, а не иное лицо, — достаточная гарантия от необоснованного ущемления прав личности. Э. Ф. Побегайло правильно замечает, что предоставление права задерживать преступника спустя значительное время после совершения преступления является обоснованным, а опасения возможных при этом злоупотреблений малоосновательны². Если же и будет задержано лицо, непричастное к преступлению, или преступник, в отношении которого отсутствовала немедленная необходимость доставления в органы власти, то ответственность за производство такого задержания, как и в других подобных случаях (например, при мнимой обороне), должна определяться в соответствии с правилами задержания мнимого преступника.

Таким образом, предоставление гражданам права задерживать преступников в любое время после совершения ими преступления (при наличии правового и фактического оснований) в наибольшей мере отвечает идее развития активности населения в борьбе с преступностью и в то же время учитывает необходимость оградить интересы личности от необоснованного причинения ей вреда. Поэтому в законе следует отказаться от такого условия правомерности задержание преступника, как совершение его лишь непосредственно после посягательства, и предоставить гражданам право задержания в любое время. Для этого в норме Основ и УК союзных республик о задержании преступника целесообразно не указывать на время его правомерного задержания, как это сделано в ст. 13¹ УК ЭССР. Это и будет означать, что задержание очевидного преступника при наличии необходимости немедленного доставления его органам власти признается правомерным как в момент осуществления преступного посягательства, так и непосредственно или спустя любое время после учинения им преступления.

¹ Гельфанд И. А., Куц Н. Т. Необходимая оборона по советскому уголовному праву. К., 1962. — С. 43; Уголовное право УССР. Общая часть / Под ред. проф. В. В. Сташиса и доц. А. Ш. Якупова. К., 1984. — С. 154.

² Побегайло Э. Ф. О юридической сущности действий, направленных к задержанию преступника. — В кн.: Вопросы укрепления социалистической законности и правопорядка: Тр. Воронеж, ун-та, 1970, т. 88. — С. 185.

ГЛАВА III

ОСНОВАНИЕ И УСЛОВИЯ ПРАВОМЕРНОСТИ ПРИЧИНЕНИЯ ВРЕДА ПРЕСТУПНИКУ ПРИ ЗАДЕРЖАНИИ

Ненасильственное задержание преступника, т. е. задержание, не сопряженное с причинением ему вреда, всегда предпочтительно. Это положение отражено в ст. 15 Указа, которая устанавливает, что действия граждан, направленные на задержание преступника, являются правомерными, *даже* если ими вынужденно был причинен вред преступнику. Иными словами, законодатель отдает предпочтение ненасильственному задержанию преступника. Такое задержание возможно: 1) когда преступник не оказывает противодействия правомерным действиям по его задержанию; 2) когда гражданин имеет возможность задержать даже противодействующего преступника без причинения ему вреда. В других случаях, чтобы успешно произвести задержание, гражданин вынужден причинить какой-то вред преступнику. Такой вред является правомерным, если он соответствовал определенным условиям.

Анализ действующего законодательства (ст. 15 Указа, ч. 3 ст. 15 УК, ст. 13¹ УК ЭССР) позволяет сделать вывод, что причинение преступнику вреда при задержании должно удовлетворять условиям, характеризующим его: а) вынужденность; б) определенную направленность; в) особую цель; г) соразмерность. Правомерным признается лишь такой вред, который соответствует совокупности всех этих условий. Соблюдение их необходимо всегда, независимо от того, когда производится задержание преступника: в момент совершения им посягательства, непосредственно после его учинения или значительное время спустя. Это объясняется тем, что время задержания выступает лишь условием правомерности самого акта задержания, а не условием правомерности причинения преступнику при этом вреда. Нельзя поэтому согласиться с мнением М. И. Якубовича о необходимости соблюдения особых условий правомерности причинения тяжкого вреда при осуществлении задержания спустя значительное время после совершения преступления¹.

В литературе порядок рассмотрения названных условий обычно не аргументируется. Е. А. Фролов, например, вначале анализирует цель и направленность причинения вреда при задержании преступника, а затем его вынужденность и соразмерность². Представляется, однако, что эти условия являются неравнозначными при оценке правомерности причиняемого преступнику вреда. Вынужденность всегда должна рассматриваться в первую очередь. Это обусловлено тем, что вынужденность – необходимая и достаточная предпосылка, вернее, основание совершения действий, которыми причиняется вред преступнику, но она не характеризует эти действия. Таковую роль выполняют направленность, цель и соразмерность причиняемого вреда при задержании. Здесь следует учитывать и то, что причинение вреда преступнику с нарушением условия о его вынужденности или, напротив, иных условий правомерности влечет для задерживающего соответственно и различные уголовно-правовые последствия.

1. Основание причинения вреда

Прямое указание на то, что *правомерным признается лишь вынужденное причинение вреда* преступнику при задержании, содержится в ст. 15 Указа и ст. 13¹ УК ЭССР. Следовательно, невынужденное причинение преступнику вреда является действием

¹ Якубович М. И. Необходимая оборона и задержание преступника. М., 1978. – С. 51; Якубович М. И. Обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность деяния. М., 1979. – С. 40-41.

² Советское уголовное право: Общая часть. М., 1977. – С. 229-232.

незаконным. Отсюда видно, что состояние вынужденности определяет само основание причинения вреда при задержании. Поэтому необходимо различать основания акта правомерного задержания преступника и основание причинения ему вреда как средства осуществления такого задержания. В литературе лишь Е. А. Фролов четко проводил это различие¹, которое основывается на том, что каждое из указанных оснований выступает необходимым и достаточным условием совершения различных по характеру и объему действий. Так, если первые основания обосновывают необходимость и правомерность лишения личной свободы преступника, то второе – причинение вреда его жизни, здоровью или имуществу для осуществления задержания. Различаются и уголовно-правовые последствия совершения действий гражданина при отсутствии указанных оснований. Так, лишение личной свободы преступника при отсутствии на то оснований может повлечь ответственность только по ст. 123 УК, причинение же вреда преступнику при отсутствии на то вынужденности – по статьям уголовного закона об ответственности за преступления против жизни, здоровья или личной собственности.

Вынужденность причинения вреда преступнику при задержании, т. е. его основание, в литературе определяется различным образом. Например, Е. А. Фролов называл два таких основания: первое и главное – сопротивление преступника при его задержании, второе – тяжесть совершенного преступления, если преступник убегает, или иным образом пытается скрыться из поля зрения окружающих. Если же преступник «не сопротивляется, или можно было легко сломить его сопротивление простым удержанием, или если он убегает, но при этом хорошо известно, где он проживает или скрывается, причинение ему в этих условиях вреда не может рассматриваться как вынужденное и, следовательно, оправданное»², По мнению М. И. Якубовича, «насилие к преступнику при его задержании применяется тогда, когда он пытается уклониться от уголовной ответственности»³.

Подобная характеристика основания причинения вреда преступнику при его задержании вряд ли может быть признана удовлетворительной. Приводимые Е. А. Фроловым примеры охватывают далеко не все возможные ситуации вынужденного причинения вреда преступнику при задержании. Кроме того, автор при характеристике вынужденности искусственно разрывает поведение преступника, а также силы и средства гражданина, участвующего в задержании. Суждение же о неправомерности причинения вреда в случае осведомленности гражданина о местонахождении преступника вообще бесосновательно ограничивает право граждан на его насильственное задержание. Недостаточно конкретным и, кроме того, стирающим различия между основаниями задержания преступника и основанием причинения ему вреда является предложение М. И. Якубовича считать оправданным причинение вреда при попытке преступника уклониться от уголовной ответственности.

Очевидно, что вынужденность причинения вреда должна не только обуславливаться поведением преступника, но и одновременно соизмеряться с силами, возможностями и средствами задерживающего его гражданина. Именно поэтому необходимо различать две группы факторов, которые в совокупности характеризуют основание причинения преступнику вреда при задержании: 1) факторы, характеризующие преступника и его поведение при задержании; 2) факторы, характеризующие гражданина, его задерживающего. Только в единстве эти факторы позволяют в каждом конкретном случае заключить, причинен ли вред преступнику вред вынужденно или нет. Одно лишь уклонение преступника от задержания, если гражданин имел явную возможность лишить его свободы без причинения вреда, или, например, отсутствие противодействия со стороны преступника задерживающему его гражданину (хотя бы и уступающему

¹ Советское уголовное право: Общая часть. М., 1977. – С. 230-231.

² Советское уголовное право: Общая часть. М., 1977. – С. 230.

³ Якубович М. И. Необходимая оборона и задержание преступника. М., 1978. – С. 59.

в силе) свидетельствует об отсутствии состояния вынужденности. И, напротив, оказание преступником упорного сопротивления лицу, лишенному возможности осуществить его задержание без причинения вреда, вынуждает последнего применить насилие.

Рассмотрим факторы, определяющие вынужденность причинения преступнику вреда при задержании.

Первая группа этих факторов характеризует не всякое поведение преступника, а лишь такое, которое свидетельствует о его стремлении уклониться от задержания, ибо «когда преступник подчиняется требованиям задерживающего лица, причинение всякого вреда бессмысленно»¹. Уклонение преступника от задержания может выражаться, например, в отказе выполнить требование гражданина о прекращении преступного посягательства или действий по уничтожению доказательств совершения преступления либо участия в нем виновного; в отказе следовать в органы власти; в побеге с места совершения преступления или по пути следования в органы власти; в оказании сопротивления; наконец, в нападении на задерживающее лицо. Каждый из этих видов поведения преступника может выступать предпосылкой причинения ему вреда, но в большинстве случаев таковой являются несколько факторов, либо следующих один за другим (например, отказ преступника следовать в органы власти и его побег с места преступления), либо выступающих одновременно (например, побег с места совершения преступления, связанный с оказанием сопротивления задерживающему гражданину). Во всех этих ситуациях преступник активно противодействует гражданину, пытающемуся его задержать. Сопротивление преступника имеет место не только тогда, когда оно уже началось, но и тогда, когда его реально можно ожидать. В последнем случае вывод, что противодействие будет осуществлено, должен основываться на всей совокупности обстоятельств, характеризующих опасность совершенного преступления, личность виновного, поведение преступника и т. п. Если наличное или реально ожидаемое противодействие преступника отсутствует, причинение ему вреда неоправданно.

А. и П., обнаружив вора Ф., стали с палками в руках его преследовать. Ф. вначале пытался оторваться от них, однако, видя, что это ему не удастся, остановился. А. и П. подбежали к Ф., и, несмотря на просьбы не бить его, нанесли несколько ударов палками по спине, причинив средней тяжести телесные повреждения². Очевидно, что в данном случае причинение преступнику вреда не было вызвано его противодействием задержанию и поэтому не является вынужденным.

Вторая группа включает факторы, свидетельствующие о невозможности конкретного гражданина задержать противодействующего преступника без применения насилия. Вывод о наличии этих факторов может быть сделан лишь путем сопоставления сил, возможностей и средств гражданина с силами и намерениями преступника, а также избранным им способом уклонения от задержания. Здесь имеют значение число лиц с обеих сторон, пол, возраст, физические силы, вооруженность преступника и гражданина и иные факторы, которые в совокупности свидетельствовали бы об отсутствии у гражданина реальной возможности задержать преступника без причинения ему вреда. Необходимо отметить, что противодействующий преступник всегда представляет потенциальную опасность для задерживающего гражданина, а иногда и для третьих лиц. В связи с этим гражданин, предпринимая меры по задержанию противодействующего преступника, в известной мере всегда рискует быть подвергнутым нападению с его стороны, как и другие лица, интересам которых, может быть причинен вред.

Далее, если учесть, что граждане, как правило, незнакомы со специальными приемами, применяемыми при задержании, то риск получить в таком случае ранение, а то и лишиться жизни у них более высок, чем у лиц, прошедших специальную подготовку.

¹ Бушуев Г. В. Социальная и уголовно-правовая оценка причинения вреда преступнику при задержании. Горький, 1976. – С. 43-44.

² Архив Октябрьского районного народного суда г. Харькова, 1979 г.

М. И. Якубович правильно замечает, что одним из признаков вынужденности причинения преступнику вреда является невозможность его задержания без серьезной опасности для задерживающего¹ или, добавим, для третьих лиц.

А. повалил на землю А-ву и, угрожая ножом, пытался снять с нее платок. Потерпевшая стала звать на помощь. Ее крик услышал военнослужащий Д., который подбежал к месту события и решил задержать преступника. Увидев солдата, потерпевшая крикнула, что у преступника в руке нож. Тогда Д. снял с себя ремень и несколько раз ударил им по спине А. Когда же тот повернулся к нему, Д. ударил ремнем по руке с ножом и выбил его у А. Препятствуя побегу А. с места преступления, Д. стал размахивать ремнем и прижал его к стене дома. С помощью подоспевшего дежурного по КПШ преступник был связан и передан работникам милиции². Очевидно, что в данном случае правомерность вынужденно нанесенных ударов преступнику при его задержании была обусловлена, кроме всего прочего, необходимостью обеспечения личной безопасности, а также безопасности потерпевшей.

Таким образом, состояние, при котором гражданин вынужден причинить вред преступнику, чтобы успешно задержать его, определяется соизмеримостью сил, возможностей и средств данного гражданина и противодействующего преступника в конкретной обстановке. Поэтому вызывает возражение распространенное в литературе мнение, согласно которому в качестве условия, характеризующего вынужденное причинение вреда преступнику, выдвигается требование, чтобы этот вред являлся крайним средством, единственным способом в обстановке, исключающей иные средства и методы задержания³. При этом большинство авторов исходит из того, что здесь вынужденное причинение вреда преступнику при задержании сходно с крайней необходимостью. Например, Е. А. Фролов писал, что «при задержании преступника (как и при крайней необходимости) причинение вреда – единственная возможность достижения цели, стоящей перед действующим лицом»⁴. Думается, что такая позиция не основана на законе и, кроме того, не учитывает особенностей факторов, обуславливающих вынужденное причинение вреда преступнику при его задержании.

Так, в соответствии со ст. 16 УК при крайней необходимости вынужденный вред признается правомерным, если при данных обстоятельствах наличная опасность, грозящая интересам государства, общества или отдельных граждан, не могла быть устранена другими средствами. Иными словами, из закона следует, что причинение вреда должно быть единственно возможным способом устранения или избежания такой опасности. Подобное условие, однако, не предусмотрено законом в отношении действий граждан по задержанию преступника⁵. Далее, в литературе вынужденное причинение вреда при характеристике правомерных действий традиционно связывается лишь с состоянием крайней необходимости. Между тем очевидно, что вынужденность характеризует и иные обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность деяния. Как правильно отметил М. С. Гринберг, крайняя необходимость, необходимая оборона, использование служебных и профессиональных функций, производственный риск всегда предполагают условия, которые либо вовсе исключают выбор, либо делают его чрезвычайно затруднительным⁶, что и определяет вынужденное

¹ Якубович М. И. Необходимая оборона и задержание преступника. М., 1978. – С. 59.

² Архив Октябрьского районного народного суда г. Харькова, 1979 г.

³ Бушуев Г. В. Социальная и уголовно-правовая оценка причинения вреда преступнику при задержании. Горький, 1976. – С. 42-27; Советское уголовное право: Общая часть. М., 1982. – С. 226; Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. – С. 70; Уголовно-процессуальный кодекс Украинской ССР: Научно-практический комментарий / Отв. ред. П. Г. Цупренко. К., 1984. – С. 42; Сов. юстиция. – 1982. – № 4. – С. 12 и др.

⁴ Советское уголовное право: Общая часть. М., 1977. – С. 233.

⁵ Куринов Б. А. Правни основания и условия за освобождение на гражданина от вреду, причинени при задръжане на преступника // Социалистическо право. – 1976. – № 3. – С. 50.

⁶ Гринберг М. С. Проблема производственного риска в уголовном праве. М., 1963. – С. 126.

причинение вреда при таких обстоятельствах. Более того, сам законодатель, характеризуя некоторые обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность деяния, указывает на вынужденность причинения вреда. УК СФРЮ, например, рассматривает необходимую оборону именно как вынужденную защиту себя или другого лица от противоправного нападения¹. Точно так же ст. 15 Указа признает правомерным именно вынужденное причинение вреда как при пресечении преступных посягательств, т. е. при необходимой обороне, так и при задержании преступника. Следовательно, не только в состоянии крайней необходимости, но и при совершении иных правомерных действий причинение вреда вызывается вынужденным состоянием. Иначе говоря, вынужденность является общим условием правомерности причинения вреда для всех обстоятельств, исключающих общественную опасность и противоправность деяния. Вместе с тем очевидно, что вынужденное причинение вреда везде обусловлено различными факторами, отражающими социально-политические особенности и юридическую специфику того или иного обстоятельства, исключающего общественную опасность и противоправность деяния. Например, специфика вынужденного причинения вреда в состоянии крайней необходимости обусловлена тем, что здесь вред является единственным средством устранения или избежания опасности, угрожающей интересам государства, общества или отдельных граждан, путем причинения вреда именно другим правоохраняемым интересам, не связанным с возникновением опасности. Подобное ограничение для крайней необходимости вполне обоснованно, однако вряд ли оправданно переносить его на деятельность гражданина, вынужденного причинить вред лицу, посягнувшему на ценности социалистического общества, с целью его задержания и доставления соответствующим органам власти.

Здесь, как и при защите от общественно опасного посягательства в состоянии необходимой обороны, имеет место иная ситуация, отличная от состояния крайней необходимости. Так, при необходимой обороне вынужденность причинения вреда посягающему определяется наличным общественно опасным посягательством, угрожающим неминуемым причинением вреда интересам государства, общества или отдельных граждан. Однако в таких случаях вынужденное причинение вреда в полном соответствии с законом правильно не ограничивают условием, чтобы этот вред был единственным средством отражения посягательства. Равным образом своеобразие вынужденного причинения вреда при задержании преступника определяется тем, что гражданин лишен возможности без применения насилия задержать противодействующего преступника. Поэтому в данной обстановке причинение вреда для конкретного гражданина выступает вынужденным средством задержания преступника и доставления его соответствующим органам власти. Думается, что нет законных оснований ограничивать подобную деятельность граждан еще и тем, чтобы причинение вреда являлось единственным средством задержания преступника.

Такое ограничение не соответствует и социально-политическому назначению права граждан на задержание преступника. Оно способно лишь сковать их инициативу в борьбе с преступностью. Например, гражданин, задерживая преступника, имел возможность обратиться к представителям власти или к иным гражданам за содействием и, таким образом, без причинения вреда задержать преступника. А он, напротив, отказался от этого и задержал преступника единолично, но причинив ему определенный вред. Исходя из критикуемой точки зрения такой вред следовало бы признать неправомерным. Думается, однако, что подобное решение вопроса не соответствовало бы закону, согласно которому для правомерности причиняемого преступнику вреда достаточно, чтобы этот вред был обусловлен вынужденным состоянием именно задерживающего лица.

¹ Соц. законность. – 1971. – № 6. – С. 81.

Наконец, следует иметь в виду, что в ст. 15 Указа положение о правомерности вынужденного причинения вреда распространяется как на случаи пресечения преступных посягательств, т. е. на необходимую оборону, так и на действия граждан по задержанию преступника. Общеизвестно, что право на необходимую оборону является самостоятельным правом гражданина. Поэтому нелогично было бы считать, что в одном и том же положении закона закреплены самостоятельность права на необходимую оборону и дополнительность права граждан на задержание преступника. Такое предположение не соответствовало бы как тенденции развития советского законодательства на всемерное повышение активности граждан в борьбе с преступностью, так и справедливо разделяемой советскими криминалистами позиции о самостоятельности права советских граждан на задержание преступника¹.

Итак, изложенное позволяет сформулировать следующее положение. Основание причинения вреда преступнику при задержании, т. е. его вынужденность, определяется такой обстановкой задержания, при которой у гражданина отсутствует реальная возможность без серьезной опасности для себя или третьих лиц осуществить ненасильственное задержание противодействующего преступника, что вызывает необходимость причинения ему определенного вреда.

С этой точки зрения в литературе правильно отмечают, что вынужденный вред – это вред, который был необходим для задержания данного преступника². Такой вывод вытекает и из сопоставления ч. 3 ст. 15 УК где указано на правомерность действий, если они были необходимы для задержания преступника, и ст. 15 Указа, в которой закреплено положение о правомерности вынужденного причинения вреда преступнику при задержании. Очевидно, что слова закона «действия, необходимые для задержания» следует понимать в общеупотребительном значении как нужду, потребность в таких действиях. В свою очередь, вынужденность при характеристике как вообще обстоятельств, исключающих общественную опасность и противоправность деяния, так и задержания преступника, имеет, по выражению М. С. Гринберга, «не только правовое, но и обычное житейское значение этого слова»³. Если учесть, что «вынужденный» означает «поставленный в необходимость, принужденный обстоятельствами», то очевидно, что вынужденное причинение вреда – это причинение вреда, вызванное необходимостью в данной обстановке, чтобы задержать преступника⁴.

В тех случаях, когда задерживающее лицо причиняет вред преступнику невынужденно, ответственность за его причинение должна определяться *на общих основаниях*, ибо здесь вред жизни, здоровью или имуществу преступника причиняется без необходимости, при отсутствии на то оснований. Однако гражданин подлежит ответственности только за этот вред, причиненный преступнику, а не за незаконное лишение его личной свободы, поскольку само задержание было осуществлено на законных основаниях и соответствовало его необходимым признакам. Если же и задержание преступника было незаконным и вред ему при этом был причинен без необходимости, то ответственность должна определяться по совокупности преступлений – за незаконное

¹ Бушуев Г. В. Социальная и уголовно-правовая оценка причинения вреда преступнику при задержании. Горький, 1976. – С. 45-46; Советское уголовное право: Общая часть. М., 1982. – С. 224; Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. – С. 85; Якубович М. И. Необходимая оборона и задержание преступника. М., 1978. – С. 63.

² Тишкевич И. С. Оборона от общественно опасного посягательства и меры по задержанию преступника. Автореф. дис. ...д-ра юрид. наук. Минск, 1969. – С. 36.

³ Гринберг М. С. Проблема производственного риска в уголовном праве. М., 1963. – С. 126.

⁴ Поэтому нельзя согласиться с Б. А. Куриновым, который отождествляет вынужденность вреда не только с необходимостью его причинения, но и с соразмерностью этого вреда (Куринов Б. А. Правни основания и условия за освобождение на гражданина от вреди, причинени при задържане на преступника // Социалистическо право. – 1976. – № 3. – С.57).

лишение свободы и соответствующее преступление против личности или личной собственности.

Иногда, ссылаясь на ст. 15 Указа, считают, что, невынужденное причинение преступнику вреда при наличии законных оснований для его задержания следует рассматривать как превышение мер, необходимых для задержания преступника, если при этом гражданин не преследовал цель саморасправы. По мнению Г. В. Бушуева, причинение преступнику тяжкого вреда при наличии возможности задержать его вообще без насилия нужно квалифицировать как превышение мер по задержанию преступника¹. Подобную позицию разделяет И. С. Тишкевич. Он безосновательно критикует квалификацию действий Б. в следующем случае.

При совершении карманной кражи К. был схвачен, но вырвался, забежал в подъезд ближайшего дома и стал подниматься по лестнице. В этот момент потерпевший Б., который с группой очевидцев преследовал вора, выстрелил и ранил К. В сложившейся обстановке причинять телесные повреждения вору не было необходимости, поскольку он оказался в таком положении, когда избежать задержания было невозможно. Б. был осужден за умышленное тяжкое телесное повреждение по ч. 1 ст. 108 УК РСФСР (ч. 1 ст. 101 УК).

«По нашему мнению, – пишет И. С. Тишкевич, – действия Б. следовало бы рассматривать как совершенные с превышением мер, необходимых для задержания преступника, т. е. квалифицировать по ст. 109 УК БССР (ст. 111 УК РСФСР). Ведь для задержания К. имелись основания и вред ему был причинен с этой целью, а не для учинения саморасправы. Но поскольку в создавшейся обстановке причинять задерживаемому тяжкое телесное повреждение не было необходимости, действия Б. представляют собой превышение мер по задержанию преступника². Представляется, что действия квалифицированы судом правильно. В данном случае действительно имели место основания для задержания К., но отсутствовало основание причинения ему вреда, поскольку преступник, хотя и уклонялся от задержания, однако, учитывая способ уклонения (бегство по лестничной клетке) а также явное преимущество задерживающих в числе и силе, он оказался в таком положении, когда его можно было задержать без причинения вреда. Следовательно, причиненный ему вред не был вынужденным. Авторы критикуемой точки зрения без достаточных оснований отождествляют понятия вынужденного и соразмерного вреда. Очевидно, что эти понятия не идентичны. Вынужденность причинения вреда характеризует такое состояние, такую обстановку задержания, когда гражданин не имеет реальной возможности задержать противодействующего преступника иначе причинив ему определенный вред. Понятие же соразмерности характеризует размер, объем, пределы вынужденно причиняемого преступнику вреда, который должен соответствовать опасности посягательства и обстановке задержания преступника. Поэтому установление того, что вред преступнику причинен невынужденно, вообще снимает вопрос о соразмерности этого вреда, ибо отсутствует само основание его причинения. Определяя в таких случаях ответственность на общих основаниях, суд может учесть мотивы деятельности гражданина в качестве смягчающего ответственность обстоятельства.

Кроме того, положения ст. 15 Указа о правомерности вынужденного причинения вреда относятся как к задержанию преступника, так и к необходимой обороне. При осуществлении же последней гражданин вынуждается к причинению определенного вреда наличным и неотвратимым посягательством. Отсутствие же такого посягательства, т. е. состояния вынужденности влечет ответственность на общих основаниях, а не за привилегированное преступление, каким является превышение пределов необходи-

¹ Бушуев Г. В. Социальная и уголовно-правовая оценка причинения вреда преступнику при задержании. Горький, 1976. – С. 58.

² Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. – С. 72-73.

мой обороны. Изложенное дает основание полагать, что и при задержании преступника причинение ему вреда невынужденно должно рассматриваться как обычное, а не привилегированное преступление. В противном случае это привело бы к необоснованному смягчению ответственности лица, причинившего преступнику вред без необходимости в этом. При нарушении условия о вынужденности причиняемого преступнику вреда лицо должно нести ответственность за причинение преступнику *любого вреда и на общих основаниях*. Если же, как поступают иные авторы, рассматривать такие действия как превышение пределов причинения вреда преступнику, то лицо должно подлежать уголовной ответственности на льготных основаниях и лишь в случае причинения преступнику тяжкого вреда. Но такое предложение является недостаточно обоснованным и не соответствует степени общественной опасности содеянного гражданином.

Итак, вынужденность выступает основанием причинения вреда при задержании преступника. Поэтому в Основах и УК союзных республик целесообразно закрепить это положение, указав, что при задержании преступника правомерным признается только вынужденное причинение ему вреда.

2. Условие правомерности причинения вреда

Состояние вынужденности обосновывает лишь необходимость причинения вреда для задержания преступника. Правомерным же такой вред признается, если его причинение соответствовало условиям, характеризующим определенную направленность, особую цель и соразмерность этого вреда.

Направленность причинения вреда. В отличие от ч. 3 ст. 15 УК (ч. 3 ст. 13 УК УзССР) в ст. 15 Указа, а также в ст. 13¹ УК ЭССР закреплено, что правомерными являются действия, направленные на задержание преступника, если этими действиями был вынужденно причинен вред именно преступнику. Таким образом, закон прямо указывает, что при задержании вред может быть причинен *только преступнику* – его жизни, здоровью или имуществу¹.

Практика, однако, свидетельствует, что в отдельных случаях граждан в целях задержания преступника вынужден причинять вред интересам (как правило, имущественным) третьих лиц, т. е. тем, что непричастен как к совершенному преступлению, так и к преступнику,

М., воспользовавшись отсутствием шофера и экспедитора автомашины, нагруженной скотом, угнал ее, намереваясь продать скот. Шофер Ш. и экспедитор А., заметив происшедшее, остановили такси и настигли преступника. Выйдя из такси, они потребовали, чтобы он остановился, однако М. проехал дальше. Когда они его вновь обогнали, Ш. поднял с дороги булыжник и бросил в кабину, намереваясь прогнуть рулевое управление. М., раненный осколком стекла, вскоре остановил машину, ибо понял, что сопротивление бесполезно. А. и Ш. связали его и доставили в милицию². В данном случае Ш., бросая булыжник в кабину машины, путем причинения вреда ее владельцу, имел цель задержать преступника, чего и достиг.

В Минске преступник, захватив такси, приказал водителю под угрозой пистолета следовать в Воронеж. Ехавший впереди таксист Куделков, получив по радиации сообщение о захвате такси, чтобы задержать преступника, сознательно создал аварийную ситуа-

¹ Советское уголовное право: Часть Общая. М., 1972. – С. 231–232; Советское уголовное право: Общая часть. М., 1974. – С. 231; *Тишкевич И. С.* Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. – С. 70; *Шавгулдзе Т. Г.* Необходимая оборона. Тбилиси, 1966. – С. 143; *Якубович М. И.* Обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность деяния. М., 1979. – С. 62.

² Советское уголовное право: Общая часть. М., 1977. – С. 231.

цію. В результате резкого торможения вооруженный преступник качнулся вперед, а водитель в это время выбил из его рук пистолет. С помощью подоспевших работников милиции преступник был задержан¹. В этом случае в результате умелых действий водителей такси аварии не произошло, но даже если бы и был причинен вред автомашине, принадлежавшим автопредприятию, это было бы оправданным. Можно представить ситуацию, когда гражданин с целью задержания скрывающегося в чужой квартире преступника повреждает двери или разбивает стекла, либо причиняет вред лицу, препятствующему проникновению в дом, где скрылся преступник, и т. д. В этих и подобных случаях вред причиняется третьим лицам.

Приведенные примеры позволяют усомниться в правильности утверждения Е. А. Фролова и Ю. М. Ткачевского, что причинение вреда иным лицам, кроме преступника при его задержании, вообще недопустимо². Действительно, одним из условий правомерности причинения вреда в рассматриваемых случаях является его направленность только на личные или имущественные интересы преступника. Но в ряде ситуаций лицо в целях задержания преступника может причинить вред и третьим лицам. Представляется, что в подобных случаях причиненный вред должен оцениваться с точки зрения крайней необходимости. По справедливому замечанию И. Погребняка, законодательство о задержании преступника не отменяет и не изменяет нормы о необходимой обороне и крайней необходимости, а предполагает их в качестве оснований правомерности таких действий граждан, как, например, причинение имущественного ущерба третьим лицам в процессе пресечения правонарушения и задержания преступника³. Прав Н. И. Загородников, когда пишет, что «если при задержании преступника вред причиняется третьим лицам, то такие действия при наличии необходимых условий могут рассматриваться как крайняя необходимость»⁴. Это значит, как отмечал в свое время С. А. Домахин, что «нарушение прав третьих лиц при задержании преступников лишь в том случае оправдано состоянием крайней необходимости, если такое нарушение явилось средством предотвратить ущерб и вред причиненный меньше вреда устраненного»⁵.

Распространяя на указанные случаи условия крайней необходимости, мы исходим из того, что сам акт задержания преступника гражданином производит на законных основаниях и в соответствии с присущими ему признаками. Поэтому своеобразие рассматриваемой ситуации заключается в том, что здесь возникает *«идеальная совокупность» правомерного акта задержания преступника и правомерного причинения вреда, соответствующего условиям крайней необходимости*⁶. Сказанное имеет следующее значение для оценки действий лица, причинившего при задержании преступника вред третьим лицам. В случае, когда задержание преступника было законным и вред соответствовал условиям крайней необходимости, ответственность гражданина полностью исключается. Если же, осуществляя законное задержание, гражданин причиняет вред, не удовлетворяющий условиям крайней необходимости, он может нести ответственность на общих основаниях и только за причиненный вред, а не за лишение личной свободы преступника, поскольку само задержание было правомерным. Однако и в этом случае цель причинения вреда – задержание преступника – может быть учтена судом

¹ Правда. – 1979. – 8 авг.

² Советское уголовное право: Общая часть. М., 1977. – С. 230; Советское уголовное право: Общая часть. М., 1982. – С. 226.

³ Сов. юстиция. – 1967. – № 24. – С. 18.

⁴ Загородников Н. И. Советское уголовное право: Общая и Особенная части. М., 1975. – С. 109.

⁵ Домахин С. А. Крайняя необходимость по советскому уголовному праву. М., 1955. – С. 30-39.

⁶ На возможность «идеальной совокупности» различных обстоятельств, исключающих общественную опасность и противоправность деяния, в частности необходимой обороны и крайней необходимости, указывалось и ранее (Кириченко В. Ф. Основные вопросы необходимой обороны по советскому уголовному праву. М.; Л., 1948. С. 45; Советское уголовное право: Общая часть. М., 1974. С. 91).

в качестве смягчающего ответственность обстоятельства. Наконец, когда и задержание преступника было неправомерным, и причиненный третьим лицам вред не соответствовал условиям крайней необходимости, гражданин подлежит ответственности за незаконное лишение свободы и на общих основаниях за причиненный при этом вред.

Итак, одно из необходимых условий правомерного причинения вреда при задержании состоит в том, что причиняемый вред должен быть направлен именно на преступника. Это обстоятельство также целесообразно отразить в нормах Основ и УК союзных республик о задержании преступника.

Цель причинения вреда. В ч. 3 ст. 15 УК указано, что действия, причинившие вред преступнику, являются правомерными, если они предприняты с целью его задержания и доставления соответствующим органам власти. Следовательно, ближайшая цель причинения вреда преступнику – его задержание. На этой точке зрения стоит и судебная практика¹, разделяется она и в литературе². Конечной же целью таких действий выступает доставление преступника соответствующим органам власти³. В подобных случаях говорят об «иерархии», или «лестнице», целей деятельности человека⁴, различая ближайшие и конечные (отдаленные) цели деятельности человека. При этом соотношения ближайших и конечных (отдаленных) целей состоит в том, что первые выступают в качестве непосредственных практических задач деятельности человека. Их осуществление является лишь необходимым средством для достижения более отдаленных (конечных) целей⁵. В случае причинения вреда преступнику, доставление его соответствующим органам власти рассматривается законом в качестве конечной цели, подчиняющей себе ряд промежуточных целей (ближайшей, например, может быть пресечение преступного посягательства, а последующей – лишение личной свободы преступника), которые выступают как определенные этапы, необходимое средство достижения конечной цели. Не исключены, однако, случаи, когда причинение преступнику вреда хотя и подчинено цели доставления его соответствующим органам власти, но одновременно сопряжено с достижением ближайшей преступной цели (например, самосуда).

Родственники убитого А. пришли к его сожительнице К. и вынудили ее сознаться в убийстве. В связи с этим К. решили доставить в милицию. По пути следования в РОВД братья Владимир и Савелий А. избили К., причинив ей тяжкие телесные повреждения. Суд обоснованно осудил их по ст. 101 УК⁶, поскольку подобные действия являются по существу не задержанием, а расправой над преступником и должны рассматриваться как обычное преступление против личности⁷. В отдельных случаях не исключается ответственность за причинение вреда в состоянии сильного душевного волнения.

Правильному разграничению правомерного причинения вреда преступнику при задержании от самочинной расправы над ним служит тщательная оценка всех обстоятельств задержания. Действительные цели причинения вреда преступнику необходимо выяснить на основе анализа обстановки задержания, характера предпринятых против преступника мер, примененных орудий причинения вреда, его тяжести, мотивов

¹ Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1971. – № 2. – С. 22.

² *Тишкевич И. С.* Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. – С. 102-103.

³ Эта цель одновременно является ближайшей для акта правомерного ненасильственного задержания преступника, что еще раз подчеркивает неразрывную связь действий граждан по задержанию преступника. Если, например, при задержании преступнику вред не был причинен, то правомерный характер совершенным действиям придает наличие у гражданина именно цели доставления преступника органам власти.

⁴ *Ткешеладзе Т. Г.* Судебная практика и уголовный закон. Тбилиси, 1975. – С. 95.

⁵ *Казакевич Т. А.* Целесообразность и цель в общественном развитии. – Вести. Ленингр. ун-та, 1963, № 23. – С. 54-59; *Казакевич Т. А.* К вопросу о классификации целей (возможность, действительность и цель). // Вестн. Ленингр. ун-та. – 1965. – № 1. – С. 145-150.

⁶ Рад. право. – 1978. – № 1. – С. 64.

⁷ *Тишкевич И. С.* Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. – С. 103-108; Сов. юстиция. – 1976. – № 15. – С. 14.

деятельности задерживающего и всех иных объективных и субъективных данных, свидетельствующих о намерениях лица.

Закон, далее, не ставит обязательного условия, чтобы цель задержания преступника (в случае причинения ему вреда) была всегда достигнута. Поэтому правомерным следует признавать и вред, который хотя и был причинен преступнику, но последнего по каким-либо причинам задержать не удалось. Поскольку, наконец, конечной целью причинения вреда преступнику выступает доставление его соответствующим органам власти, то правомерным является не только вред, причиненный для задержания, но и вред, вынужденно причиненный при доставлении преступника органам власти, на что прямо указывается в п. 3 постановления Пленума Верховного Суда СССР от 16 августа 1984 г.¹

Таким образом, причинение вреда преступнику правомерно, если оно совершено в целях его задержания для доставления в соответствующие органы власти. Указание на эту цель в действующем законодательстве следует сохранить и в будущих нормах Основ и УК союзных республик о задержании преступника.

Соразмерность причинения вреда. Вынужденное причинение преступнику вреда с целью его задержания не может быть безграничным, ибо преступник самим фактом совершения преступления и стремлением уклониться от задержания не ставит себя вне закона². Как отмечал К. Маркс, государство в правонарушителе должно видеть «...человека, живую частицу государства, в которой бьется кровь его сердца, солдата, который должен защищать родину, свидетеля, к голосу которого должен прислушиваться суд, члена общины, исполняющего общественные функции, главу семьи, существование которого священо, и, наконец, самое главное – гражданина государства. Государство не может легкомысленно отстранить одного из своих членов от всех этих функций, ибо государство отсекает от себя свои живые части всякий раз, когда оно делает из гражданина преступника»³. Поэтому очевидно, что применяемые к преступнику в каждом отдельном случае насильственные меры должны иметь известные пределы. «Превышение этих пределов меняет ситуацию ввиду возможности права на самозащиту у правонарушителя»⁴.

Известно, что в советском праве лишь ч. 3 ст. 15 УК и ч. 3 ст. 13 УК УзССР определяют пределы причинения вреда при задержании преступника, указывая, что вред, причиненный преступнику, признается правомерным, если он соответствовал опасности совершенного посягательства и обстановке задержания преступника⁵. Эти пределы устанавливают по существу объем права граждан на насильственное задержание преступника, а также имеют важное значение для оценки правомерности причиненного ему вреда. *Пределы причинения вреда*, следовательно, характеризуют такое условие его правомерности, как *соразмерность вреда*. Нарушение этой соразмерности, т. е. выход за установленные пределы, свидетельствует о неправомерности причинения вреда, что при определенных условиях влечет уголовную ответственность.

Указанному вопросу в литературе уделяется большое внимание, хотя решается он различным образом. Так, в качестве критериев оценки правомерности причиненного преступнику вреда наряду с характером и опасностью совершенного им посягательства называют степень опасности самого преступника, его поведение во время задержания,

¹ Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1984. – № 5. – С. 10-11.

² Патюлин В. А. Государство и личность в СССР (правовые аспекты взаимоотношений). М., 1974. – 166-167.

³ Маркс К., Энгельс Ф. Дебаты по поводу, закона о краже леса. – Соч. 2-е изд., т. 1. – С. 132.

⁴ Сов. юстиция. – 1979. – № 13. – С. 8.

⁵ Законодательство некоторых стран также определяет эти пределы. Например, в ст. 18а УК Замбии говорится, что используемая при задержании преступника сила должна быть необходимой и обоснованной, при этом суд принимает во внимание обстоятельства, при которых совершено преступление, и его тяжесть (Лихачев В. А. Уголовное право в независимых странах Африки. М., 1974. – С. 108-109).

обстановку задержания, соотношение сил задерживаемых и задерживающих и т. д.¹ При этом одни авторы ограничиваются указанием, что каждое из названных обстоятельств имеет определенное значение при решении вопроса о допустимых пределах причинения вреда, и не показывают «механизм» учета этих обстоятельств². Другие же несколько формально определяют эти пределы. Например, Т. Г. Шавгулидзе считает, что причинение телесного повреждения допустимо лишь при задержании преступника, совершившего тяжкое преступление (бандитизм, убийство, изнасилование)³.

Представляется, что установление пределов причиняемого преступнику вреда при задержании может быть более определенным. Это прежде всего вопрос факта, решение которого в каждом конкретном случае зависит от совокупности всех обстоятельств дела, характеризующих опасность совершенного посягательства и обстановку задержания преступника. В ч. 3 ст. 15 УК пределы причинения вреда преступнику при задержании связаны с *соответствием* этого вреда опасности совершенного им посягательства и обстановке задержания.

Слово «соответствие» в русском языке обозначает «соотношение между чем-нибудь, выражающее согласованность, равенство в каком-то отношении»⁴. Следовательно, правомерным должен признаваться причиненный преступнику вред, если он был согласован, соразмерен с опасностью посягательства и обстановкой задержания. При этом, однако, нельзя выдвигать требование о жесткой пропорциональности, тождества этого вреда указанным обстоятельствам. Необходимо учитывать, что задержание производится гражданином, не имеющим, как правило, для этого специальных навыков. Кроме того, возмущение фактом совершенного преступления, попытки преступника уклониться от задержания (часто связанные с сопротивлением) возбуждают психику задерживающего лица, выводят его из равновесия (особенно потерпевшего), что ведет к сознательному усилению интенсивности действий при задержании преступника. Вследствие этого преступнику часто причиняется вред, которого можно было бы избежать, если бы задерживающий действовал хладнокровно и расчетливо. Очевидно, что оценивать действия гражданина с таких позиций было бы несправедливо и неверно по существу, поскольку это бы неосновательно ограничивало право граждан на насильственное задержание преступника. Поэтому правомерным следует признавать и такой вред, который несколько не соответствовал опасности посягательства и обстановке задержания преступника. Необходимо лишь, чтобы это несоответствие не носило резкого, явно выраженного характера. Такое решение вопроса о допустимых пределах причинения вреда преступнику при задержании отвечает идее развития инициативы граждан в борьбе с преступностью, поддерживается в литературе⁵ и судебной практике⁶. Оно также основывается на законе. В ч. 3 ст. 15 УК, как известно, причинение вреда преступнику при задержании по правовым последствиям приравнено к не-

¹ Куринов Б. А. Правни основания и условия за освобождение на гражданина от вреди, причинени при задръжане на преступника // Социалистическо право. – 1976. – № 3. – С. 55; Советское уголовное право: Часть Общая. М., 1972. – С. 232; Советское уголовное право: Общая часть. М., 1977. – С. 230; Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. – С. 77-78; Якубович М. И. Обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность деяния. М., 1979. – С. 43; Рад. право. – 1971. – № 3. – С. 41. и др.

² Курс советского уголовного права: Часть Общая / Отв. ред. проф. Н. А. Беляев, проф. М. Д. Шаргородский. Л., 1968. Т.1. – С. 505; Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. – С. 77-85; Якубович М. И. Обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность деяния. М., 1979. – С. 43 и др.

³ Шавгулидзе Т. Г. Необходимая оборона. Тбилиси, 1966. – С. 142.

⁴ Ожегов С. И. Словарь русского языка: М., 1953. – С. 690.

⁵ Бушуев Г. В. Социальная и уголовно-правовая оценка причинения вреда преступнику при задержании. Горький, 1976. – С. 50; Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974 – С. 87.

⁶ Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1984. – № 5. – С. 10.

обходимой обороне. Поскольку одним из признаков необходимой обороны является соразмерность защиты и посягательства, где соразмерной признается защита, которая явно не превосходит посягательство¹, то можно заключить, что соразмерным при задержании преступника законодатель признает вред, который также явно не превосходит (не превышает) опасность совершенного преступником посягательства и соответствует обстановке его задержания.

Итак, решение вопроса о пределах причинения преступнику вреда зависит от соотношения причиненного вреда и опасности совершенного преступления, а также обстановки задержания преступника. Причем правомерным признается вред, если он соответствовал не каждому из указанных обстоятельств в отдельности, а тому и другому, взятым в единстве. К такому выводу приводит и грамматическое толкование закона: между понятиями «опасность посягательства», «обстановка задержания» стоит соединительный союз «и». Поэтому неточно замечание В. И. Ткаченко, что УК УССР и УК УзССР выдвигают требование, чтобы причиненный преступнику вред соответствовал лишь одному из названных обстоятельств, а именно только опасности посягательства².

Поскольку пределы причинения вреда преступнику определяются опасностью совершенного им посягательства и обстановкой его задержания, необходимо рассмотреть каждое из этих обстоятельств и выявить их значение в определении указанных пределов.

Опасность посягательства, совершенного преступником, соответствует общественной опасности преступления, определяемой прежде всего объектом посягательства, причем, «чем выше социальная ценность объекта, тем более общественно опасным признается посягательство на него»³. Объект посягательства, однако, характеризует опасность преступления неполно. Так, причинение телесных повреждений различной тяжести наносит ущерб одному и тому же объекту – здоровью человека, но общественная опасность сравниваемых преступлений неодинакова. Следовательно, опасность посягательства зависит не только от объекта посягательства, но и от того вреда, который этим посягательством причинен конкретному объекту. По обоснованному мнению Н. Ф. Кузнецовой, характер и размер преступных последствий наиболее полно характеризуют в целом общественную опасность преступления⁴. При совершении умышленного преступления важно учитывать способ и средства посягательства, которые свидетельствуют не только о его объективных признаках, но и о субъективных устремлениях преступника. Учет этих обстоятельств особенно необходим тогда, когда причиненные последствия являются лишь частью желаемого результата, либо когда вообще преступный результат не был причинен по причинам, не зависящим от воли виновного. Очевидно, что в таких ситуациях опасность посягательства определяется тем вредом, который преступник хотя и не смог нанести, но предпринял все меры для его причинения определенным благам, т. е. потенциальным, а не реально причиненным вредом. Например, преступник с целью совершения убийства наносит несколько ударов ножом, однако фактически причиняет легкое ранение. При попытке же уклониться от задержания преступнику наносятся тяжкие телесные повреждения. В такой ситуации опасность совершенного определяется тем, что преступник намеревался убить потерпевшего, и поэтому вывод о соответствии причиненного ему вреда при задержании необходимо делать, учитывая, что он совершил покушение на убийство, а не исходить лишь из фактически причиненных им повреждений. Таким образом, *опасность совершенного преступником посягательства определяется ценностью объекта посягатель-*

¹ Ткаченко В. И. Необходимая оборона по уголовному праву. М., 1979. – С. 39.

² Ткаченко В. И. Ответственность за превышение пределов необходимой обороны и причинение преступнику вреда при его задержании в теории и судебной практике. М., 1973. – С. 43.

³ Коржанский Н. И. Объект посягательства и квалификация преступления. Волгоград, 1976. – С. 26.

⁴ Кузнецова Н. Ф. Значение преступных последствий для уголовной ответственности. М., 1958. – С. 26; Кузнецова Н. Ф. Преступление и преступность. М., 1969. – С. 54; см. также: Советское уголовное право: Общая часть. М., 1974. – С. 134; Соц. законность. – 1980. – № 3. – С. 48.

ства, а также конкретным характером и размером потенциального или фактического вреда, причиненного этому объекту.

Думается, что именно опасность преступного посягательства определяет тот максимум вреда, причинение которого допустимо в целях задержания преступника. Ведь достижение даже общественно-полезной цели, каковой в данном случае является задержание преступника для доставления его органам власти, не может быть оправдано применением любых средств. Прав В. Н. Кудрявцев, когда пишет, что «природа поступка (правомерный он или противоправный) окончательно определяется большей частью при принятии решения о средствах достижения цели»¹. С этой точки зрения неоправданно причинение преступнику вреда, который явно не соответствовал опасности содеянного. Это положение полностью соответствует социалистической морали и гуманизму, а также правосознанию советского народа. Следовательно, опасность посягательства определяет *предел допустимого вреда, причиняемого преступнику при задержании*. При этом соотношение опасности посягательства и данного предела носит характер прямой зависимости: чем опаснее преступление, тем более тяжкий вред может быть причинен преступнику, и напротив, чем менее тяжкое посягательство, тем меньший вред может быть причинен при задержании. Очевидно, что пределы причинения вреда при задержании участника бандитского нападения несравненно шире, чем при задержании вора, а пределы причинения вреда при задержании грабителя уже, чем при задержании убийцы, и т. д.

Главным в определении названного предела является, конечно, объективный критерий, позволяющий установить, соответствовал ли действительно причиненный преступнику вред опасности, содеянного им. Нужно, однако, иметь в виду, что опасность совершенного преступником посягательства, а следовательно, и пределы допустимого причинения ему вреда при задержании оцениваются гражданами, имеющими индивидуальный уровень правосознания. В отдельных случаях это может привести к тому, что оценка гражданином этого обстоятельства будет отличаться от той, которую дадут ему должностные лица правоохранительных органов, решающие вопрос о правомерности причиненного преступнику вреда. Но последние не могут игнорировать субъективную оценку опасности совершенного деяния, данную задерживающим преступника лицом. При оценке тяжести посягательства, как правильно заметил Е. А. Фролов, следует учитывать не только, объективный критерий, но и представления граждан об опасности преступления (насильственные деяния, посягательства на социалистический общественный или государственный строй, на социалистическую собственность)². Кроме того, необходимо иметь в виду, что внезапность и стремительность посягательства, совершение нападения в ночное время или в отдаленном месте, душевное волнение гражданина, задерживающего преступника, отсутствие у него жизненного опыта и т. д. — эти и иные самые различные объективные и субъективные обстоятельства приводят иногда к ошибке в оценке опасности посягательства, что может повлечь причинение преступнику вреда, не соответствующего действительной опасности содеянного им. Это дает основание определять ответственность гражданина в таких случаях по правилам фактической ошибки.

Итак, вывод о том, соответствовал ли причиненный преступнику вред опасности совершенного им посягательства, можно сделать только путем сопоставления характера и размера конкретного вреда, который преступник причинил или намеревался причинить определенным ценностям социалистического общества, с тем вредом, который был причинен самому преступнику³.

¹ Кудрявцев В. Н. Правовое поведение: норма и патология. М., 1982. — С. 111.

² Советское уголовное право: Общая часть. М., 1977. — С. 230.

³ Ткаченко В. И. Ответственность за превышение пределов необходимой обороны и причинение преступнику вреда при его задержании в теории и судебной практике. М., 1973. — С. 111.

Подобным образом решается иногда вопрос о соразмерности при необходимой обороне, а именно о соотношении между вредом, причиненным, посягающему, и вредом, который он мог причинить защищаемым интересам. См.: Ткаченко В. И. Необходимая оборона по уголовному праву. М., 1979. — С. 58.

Реальный или потенциальный вред, причиненный преступником социальным ценностям, может быть физическим (например, при посягательстве на жизнь или здоровье человека), имущественным (например, при хищении, повреждении или уничтожении имущества) или каким-либо иным (например, идеологический, организационный и т. д.). Причиненный же преступнику вред всегда является физическим (иногда психическим) или имущественным (например, нанесение удара, побоев, причинение телесных повреждений, лишение жизни, причинение имущественного ущерба). В связи с этим по своему характеру вред, причиненный общественным, ценностям, с одной стороны, и преступнику – с другой, может совпадать, а может и не совпадать (например, причинение телесных повреждений преступнику, похитившему имущество). При решении вопроса о соизмеримости причиненного вреда нужно всегда устанавливать, каким критерием следует руководствоваться, что положить в основу при оценке соразмерности вреда причиненного общественным ценностям, и вреда, причиненного преступнику для его задержания.

Думается, что при однородности того и другого вреда прежде всего необходимо сравнить их, если это возможно, с помощью критериев, указанных в законе или выработанных судебной практикой и наукой уголовного права (например, по степени тяжести телесных повреждений, по стоимости похищенного, уничтоженного или поврежденного имущества и т. п.). В случае же сопоставления качественно неоднородного вреда, а также при невозможности соизмерить посредством одних и тех же критериев однородный вред (например, соотнести вред, причиненный уничтожением личного имущества преступника, с размером совершенного им хищения государственного, или общественного имущества), в основу сравнения нужно положить ценностную характеристику того и другого вреда. При этом следует исходить из относительной ценности благ, которым причинен ущерб¹. Здесь необходимо учитывать, что «наибольшей общественной опасностью обладают деяния, задевающие советский государственный и общественный строй, который является на данном этапе развития человечества ценностью, обуславливающей нормальное развитие всех ценностей социалистического общества»². Поэтому причинение при задержании тяжкого вреда преступнику, посягающему на основы государственного или общественного строя, государственной безопасности, всегда будет соответствовать опасности содеянного им. С другой стороны, как отмечает А. С. Никифоров, «сколь бы ни были различны по своему характеру и общественному значению такие объекты, как жизнь, здоровье, социалистическая или личная собственность, общественная безопасность и порядок, они не настолько отличаются друг от друга, чтобы можно было признать приоритет одних из них над другими»³. И хотя в принципе жизнь человека – большая ценность, чем его здоровье, а здоровье – большая ценность, чем имущество и т. д., указанное соотношение ценностей не является абсолютным. Советское уголовное право, всемерно охраняя жизнь, здоровье, честь, достоинство и свободу человека как абсолютную ценность, признает, по справедливому выражению Ю. А. Демидова, и относительную ценность его личности, например, в случае совершения лицом посягательства на охраняемые, уголовным законом отношения⁴.

¹ Аналогично решается вопрос о соотношении вреда, например, при крайней необходимости. В случае, когда один вред отличается от другого не количественно, а качественно, и когда каких-либо формальных показателей нет, «вопрос о соотношении того или иного вреда должен решаться в зависимости от характера и значения сопоставляемых интересов». См.: Комментарий к Уголовному кодексу РСФСР 1960 г. А., 1962. – С. 431.

² Демидов Ю. А. Социальная ценность и оценка в уголовном праве. М., 1975. – С. 86.

³ Никифоров А. С. Совокупность преступлений. М., 1965. – С. 21.

⁴ Ю. А. Демидов справедливо указывал, что категория «абсолютная ценность человека» и «относительная ценность личности» могут быть использованы для теоретического обоснования вынужденного причинения вреда при задержании преступника. См.: Сов. гос-во и право. – 1972. – № 2. – С. 109-110.

Такое «отрицание абсолютной ценности личности самой по себе, утверждение оценочного отношения к личности в зависимости от социальной функции полностью соответствует не только выраженному в уголовном законодательстве отношению законодателя к охране личности, но и материалистическому пониманию роли личности в обществе, в его истории»¹. Поэтому в иных ситуациях ценность похищенного государственного имущества может быть, например, равной или даже большей, чем вред, причиненный преступнику при его задержании. Следовательно, решение вопроса о сравнительной ценности благ общества к преступнику, которым причинен вред, в каждом отдельном случае зависит от конкретных обстоятельств дела. Здесь надо учитывать и число однородных ценностей, которым причинен вред, и причинение вреда одновременно нескольким разнородным объектам, и конкретный размер потенциального и реального вреда, причиненного сравнимым благам, и другие обстоятельства. Вполне очевидно, что соотношение причиненного преступнику вреда и опасности совершенного им посягательства далеко не всегда может быть, как иногда говорят, «расчетным», поскольку часто невозможно выразить в сопоставимых единицах этот вред и опасность посягательства. Стремление применить в таких случаях единые показатели приводит к выводам, прямо противоположным принципам советского права, чуждым морали социалистического общества. Именно поэтому соотношение причиненного преступнику вреда и вреда, причиненного преступным посягательством социальным ценностям, в конечном счете может получить лишь *качественную оценку*², критериями которой выступают интересы повышения активности и развития инициативы граждан в борьбе с преступностью, укрепление законности в отношениях между ними, социалистические и правовые принципы, моральные принципы и правосознание социалистического общества³.

То или иное решение этого вопроса с указанных позиций и определяет, соответствовал ли причиненный преступнику вред опасности совершенного им посягательства, т. е. пределу допустимого вреда, который мог быть причинен при задержании данного преступника. При этом вовсе не обязательно, чтобы причиненный преступнику вред был не больше того, который причинил преступник⁴. Иной подход не основан на законе и безосновательно ограничивает право граждан на насильственное задержание преступника. Поэтому при определении пределов допустимого вреда, причиняемого при задержании преступника, важно исходить из того, что этот вред может быть равен, а может быть *и больше* того вреда, который преступник причинил конкретному объекту посягательства⁵. Но следует иметь в виду, что, как и при необходимой обороне, указанное соответствие, по словам В. С. Трахтерова, не должно переходить в свою противоположность⁶. Это достигается отсутствием явного, резкого несоответствия между реальным и потенциальным вредом, который причинил преступник конкретно-

¹ Глистин В. К. Проблема уголовно-правовой охраны общественных отношений. А., 1979. – С. 38.

² Эффективность правовых норм / Кудрявцев В. Н., Никитинский В. И., Самощенко И. С., Глазырин В. В. М., 1980. – С. 63.

³ Подобные критерии используются при оценке института необходимой обороны. Так, М. И. Ковалев пишет, что «основной показатель правильности применения законодательства о необходимой обороне – уровень активности в мероприятиях по задержанию преступника и пресечению преступлений. Вред, который может быть причинен неверным применением законодательства о превышении пределов необходимой обороны, в этом отношении несравнимо больше, чем ущерб от неверного применения других норм уголовного права». См.: Ковалев М. И. Пути повышения эффективности криминологических исследований. – В кн.: Вопросы эффективности уголовно-правовых норм. Свердловск, 1978, вып. 66. – С. 11–12.

⁴ Советское уголовное право: Часть Общая. М., 1972. – С. 231; Советское уголовное право: Общая часть. М., 1977. – С. 231; Ткаченко В. И. Ответственность за превышение пределов необходимой обороны и причинение преступнику вреда при его задержании в теории и судебной практике. М., 1973. – С. 39.

⁵ Советское уголовное право: Общая часть. М., 1982. – С. 227.

⁶ Рад. право. – 1960. – № 1. – С. 101.

му объекту определенной ценности, и характером, а также тяжестью вреда, причиненного самому преступнику при его задержании.

Однако причинение преступнику вреда, даже соответствующего опасности содеянного им, не всегда означает правомерность этого вреда. Так, тяжкое телесное повреждение, причиненное с целью задержания участника разбойного нападения, соответствует опасности учиненного им преступления. Но если у гражданина в данном случае имелась реальная возможность задержать преступника, нанеся ему явно меньший вред, то причинение тяжкого ранения – не является, конечно, оправданным. Поэтому законодатель и определяет, что правомерным признается вред, если он соответствовал не только опасности совершенного посягательства, но и обстановке задержания преступника (ч. 3 ст. 15 УК).

В литературе понятие обстановки задержания преступника трактуется различным образом. И. С. Тишкевич и М. И. Якубович под нею понимают лишь время и место задержания наряду с такими обстоятельствами, не включающимися в обстановку задержания, как соотношение сил задерживаемых и задерживающих, поведение преступника в момент задержания и доставления его в органы власти, степень опасности преступника, степень достоверности данных о совершении задерживаемым преступления и т. д.¹ Напротив, Б. А. Куринов в понятие обстановки задержания включал и поведение преступника². Наконец, Е. А. Фролов различал обстановку и обстоятельства задержания преступника, при этом первое понятие как менее емкое он включал в последнее³.

Думается, что употребляемое законом понятие «обстановка задержания преступника» следует трактовать довольно широко. Слово «обстановка» в русском языке обозначает «положения, условия существования чего-нибудь»⁴. В рассматриваемом случае основное содержание этого понятия в его общепринятом значении сохраняется. Следовательно, обстановка задержания преступника – это разнообразные объективные условия осуществления задержания, обстоятельства, характеризующие противодействующего преступника, а также силы, возможности и средства гражданина, производящего его задержание.

Эта понятие включает такие признаки, как степень интенсивности и способ оказываемого преступником сопротивления, число задерживаемых и задерживающих, очевидную возможность задержания путем более мягких и безопасных способов и средств⁵. Кроме того, обстановку задержания характеризуют место и время задержания, пол, возраст, физические силы, вооруженность преступников и задерживающих лиц, а также иные условия задержания, исчерпывающий перечень которых дать невозможно. Поэтому установление и всесторонний учет всех условий задержания – необходимая предпосылка для объективной оценки правомерности вреда, причиненного преступнику. Следует иметь в виду, что вследствие различных обстоятельств гражданин может неправильно оценивать обстановку задержания (например, силы преступника, его возможности и намерения по уклонению от задержания и т. д.), что может повлечь причинение и более тяжкого вреда, чем это требовалось для задержания преступника. В подобных ситуациях ответственность за причиненный вред также устанавливается по правилам фактической ошибки⁶.

¹ Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. – С. 77-78; Якубович М. И. Необходимая оборона и задержание преступника. М., 1978. – С. 60-62.

² Советское уголовное право: Часть Общая. М., 1972. – С. 202.

³ Советское уголовное право: Общая часть. М., 1977. – С. 231.

⁴ Ожегов С. И. Словарь русского языка: М., 1953. – С. 390.

⁵ Гельфанд И. А., Куц Н. Т. Необходимая оборона по советскому уголовному праву. К., 1962. – С. 44; Побегайло Э. Ф. О юридической сущности действий, направленных к задержанию преступника. – В кн.: Вопросы укрепления социалистической законности и правопорядка: Тр. Воронеж, ун-та, 1970, т. 88. – С. 185.

⁶ Шавгулидзе Т. Г. Необходимая оборона. Тбилиси, 1966. – С. 153.

Определение обстановки задержания предполагает, далее, необходимость выяснить ее значение для решения вопроса о пределах причинения вреда преступнику. Это тем более важно, что иногда данное значение определяют неточно. Так, Б. А. Куринов писал, что «чем более интенсивно и упорно стремление преступника избежать задержания, тем шире права у гражданина на его задержание. И тем более интенсивные меры могут быть применены к задерживаемому»¹. Подобным образом высказывался и Е. А. Фролов: «Чем активнее сопротивление, тем опаснее оно для окружающих, чем больше оно затрудняет задержание, тем более серьезный может быть причинен преступнику вред»². Авторы приведенных суждений не пытаются показать, причинение какого вреда в рассматриваемых случаях является предельным и как этот предел установить. Представляется, что подобное решение вопроса может быть объяснено недифференцированным подходом к оценке обстановки задержания преступника. Между тем очевидно, что эта обстановка может складываться в одних случаях в пользу гражданина, осуществляющего задержание, а в других – в пользу противодействующего задержанию преступника, что различным образом влияет на определение пределов причиняемого, ему вреда. Поэтому следует различать два вида обстановки задержания – благоприятную и неблагоприятную.

Благоприятной является обстановка, когда гражданин имеет явное преимущество в силе, вооруженности, числе и т. д. над противодействующим задержанию преступником. И, напротив, *неблагоприятной* следует признать обстановку, при которой соотношение сил, возможностей и средств гражданина и противодействующего задержанию преступника более или менее равно, а также в случае превосходства преступника над задерживающим его лицом. Признание неблагоприятной обстановки задержания в случае равенства сил задерживающего лица с противодействующим преступником обусловлено, как и при необходимой обороне, тем, что здесь речь идет не о поединке, а о необходимости задержать преступника путем причинения ему вреда, т. е. о защите интересов государства, общества и прав граждан³.

Благоприятная обстановка свидетельствует, что задержание преступника возможно путем причинения ему меньшего вреда по сравнению с тем максимумом допустимого, который определяется опасностью совершенного посягательства. Поэтому неоправданным является причинение максимально допустимого вреда в случае, когда гражданин обладал явным физическим превосходством и способен был задержать преступника менее опасным способом. В подобных ситуациях причиненный преступнику вред соответствовал бы только опасности посягательства, но не благоприятной обстановке его задержания. Очевидно, что в такой обстановке максимально допустимый вред является большим, чем требуется для успешного задержания преступника. Следовательно, благоприятная обстановка задержания определяет предел *вреда, достаточного для задержания преступника*. При этом соотношение этого предела и благоприятной обстановки, задержания находится в обратной зависимости, т. е. чем более благоприятно складывается для задерживающего обстановка задержания, тем уже предел причинения им вреда преступнику, тем меньший вред является достаточным для его задержания. Если же благоприятная обстановка вообще свидетельствовала об отсутствии надобности в причинении преступнику какого-либо вреда, то ответственность за причиненный вред должна определяться на общих основаниях.

¹ Советское уголовное право: Часть Общая. М., 1972. – С. 202.

² Советское уголовное право: Часть Общая. М., 1977. – С. 231.

³ Дурманов Н. Д. Обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность деяния. – Советское уголовное право. Часть Общая. М., 1961. Вып. 9. – С. 7.

В этой связи представляет интерес следующее указание Верховного суда ПНР по делам о необходимой обороне: «Эффективность противодействия при необходимой обороне появляется тогда, когда оно включает в себя элемент преимущества над незаконными действиями, поскольку иначе, – допуская только равновесие между этими действиями, – появляется так называемая нежелательная взаимосвязь, а не эффективная оборона». См.: Соц. Законность. – 1973. – № 2. – С. 78.

Неблагоприятная обстановка задержания означает, что задерживающий гражданин находится в невыгодном положении, и это оправдывает причинение им противодействующему преступнику максимально допустимого вреда. Подобные ситуации имеют место тогда, когда у гражданина отсутствует возможность задержать преступника путем причинения меньшего вреда или менее опасным способом. Соотношение между причиняемым преступнику вредом и неблагоприятной обстановкой задержания имеет характер прямой зависимости, т. е. чем менее благоприятно складывается обстановка задержания, тем больший вред оправдан для задержания преступника. Предельным, однако, во всех случаях признается вред, соответствующий опасности совершенного преступником посягательства.

На практике возможны ситуации, когда причинение гражданином в неблагоприятной обстановке задержания даже максимально допустимого вреда все же недостаточно для задержания преступника. Например, потерпевший не в состоянии задержать двух воров, значительно превосходящих его в силе, даже причинив каждому из них серьезное ранение. Достаточным для задержания с точки зрения сил и возможностей этого гражданина является причинение им тяжких телесных повреждений или даже смерти. Но причинение ворами такого вреда хотя и соответствовало бы неблагоприятной обстановке их задержания, однако явно не отвечало бы опасности содеянного ими. Поэтому причинение тяжкого вреда было бы здесь неправомерно. Конечно, в подобных ситуациях гражданин стоит перед дилеммой: либо отказаться от задержания преступника, поскольку предусмотренные законом пределы причинения вреда недостаточны для этого, и обратиться к иным способам задержания (например, сообщить о совершенном преступлении милиции), либо превысить установленные пределы и путем неправомерного причинения вреда попытаться задержать преступника. Представляется, что только первый вариант является законным. Советское право оправдывает не любые средства, избираемые для задержания преступника, хотя бы только они и были достаточными для успешного задержания. Здесь следует иметь в виду, что насильственное задержание преступника является все же субъективным правом гражданина. Субъективное же право, как отмечает С. С. Алексеев, это «принадлежащая управомоченному в целях удовлетворения его интересов мера дозволенного поведения, обеспеченная юридическими обязанностями других лиц... Слово «мера» при определении субъективного права означает, что закрепленные за лицом юридические возможности не безграничны, они четко обозначены по содержанию, в этих границах лицо и может строить свое поведение»¹. Следовательно, использование права на насильственное задержание преступника обоснованно и правомерно лишь в точном соответствии с условиями, определяющими пределы данного права. Суть этих пределов заключается в том, что причиняемый преступнику вред должен соответствовать опасности совершенного им посягательства и обстановке задержания. Поэтому если в конкретном случае установленные законом пределы причинения вреда недостаточны для гражданина, он, чтобы не вступить в конфликт с законом, должен либо отказаться от использования этого права, либо прекратить причинение вреда, когда право на насильственное задержание преступника уже «исчерпано» им до конца, хотя задержать преступника так и не удалось. В противном случае гражданин может выйти за пределы предоставленного права, что при определенных условиях влечет его ответственность за превышение пределов причинения преступнику вреда при задержании.

Итак, следует различать два вида пределов вре причиняемого преступнику при его задержании, границы которых обуславливаются той обстановкой, в которой осуществлялось задержание. Под этим углом зрения необходимо выделять благоприятную и неблагоприятную обстановки задержания преступника. Благоприятная обстановка определяет предел достаточного вреда, сущность которого заключается в том, что

¹ Алексеев С. С. Общая теория права: В 2-х т. М., 1982. – Т. 2. – С. 114.

причиняемый противодействующему преступнику вред не должен явно превышать вред, достаточный для его задержания. Сущность же предела допустимого вреда сводится к тому, что причиняемый противодействующему преступнику вред в неблагоприятной обстановке его задержания не должен явно превышать опасность совершенного им посягательства, т. е. тот фактический или потенциальный вред, который преступник причинил или намеревался причинить конкретному объекту посягательства. Эти виды пределов вреда, причиняемого преступнику при его задержании, вполне отражают законодательную характеристику условия о его соразмерности: и в первом, и во втором случае причиняемый преступнику вред должен соответствовать как опасности совершенного им посягательства, так и обстановке его задержания.

Проведенный анализ пределов вреда, причиняемого преступнику при его задержании, позволяет ответить на дискуссионный вопрос о правомерности лишения жизни преступника при его задержании. Одни юристы считают, что такие действия всегда являются преступлением, поскольку лишение жизни преступника и цель задержания – доставление его соответствующим органам власти – исключают друг друга¹. По мнению других, преступник может быть лишен жизни при задержании, если при этом соблюдены определенные условия². Последняя точка зрения более предпочтительна. Исключение возможности лишения жизни преступника прежде всего не основано на законе, ибо в уголовном законодательстве отсутствует прямой запрет лишать жизни преступника при его задержании. Кроме того, нельзя смешивать, как это делают авторы критикуемой точки зрения, цель причинения вреда преступнику при задержании и цель самого акта задержания. Ближайшей целью причинения преступнику вреда является вовсе не доставление его органам власти, а его задержание. И. С. Тишкевич в связи с этим правильно пишет, что «... тот, кто стреляет в убегающего преступника, преследует эту цель, сознавая возможность смертельного исхода в случае попадания в задерживаемого. Но выстрел он производит не ради причинения смерти, а для того, чтобы преступник не скрылся»³. Наконец, следует учитывать, что правомерный характер причинению вреда преступнику в таких случаях придает наличие у гражданина именно цели задержать преступника, а не достигнутый результат, даже когда этой цели достичь не удалось. Имея в виду эти ситуации, В. Н. Кудрявцев указывает, что «в случае необходимой обороны или при задержании преступника причиненный преступнику вред не всегда дает возможность спасти жизнь или сохранить здоровье потерпевшего. Тем не менее и эти действия будут расцениваться по закону как правомерные. Позитивное содержание целей, преследуемых действующим субъектом, общественно полезная направленность этих действий является главным их свойством, определяющим конечную оценку»⁴.

Таким образом, при решении вопроса о правомерности лишения жизни преступника при его задержании действуют общие правила о пределах причинения преступнику вреда, который должен соответствовать опасности совершенного посягательства и одновременно обстановке задержания преступника. Очевидно, однако, что лишать жизни преступника допустимо при совершении им не всякого преступления. В связи с этим в литературе правильно указывают, что правовым основанием лишения жизни преступника может быть совершение им лишь особо тяжких преступлений⁵, к категории

¹ Советское уголовное право: Общая часть. М., 1982. – С. 227; Шавгулидзе Т. Г. Необходимая оборона. Тбилиси, 1966. – С. 143.

² Бушуев Г. В. Социальная и уголовно-правовая оценка причинения вреда преступнику при задержании. Горький, 1976. – С. 43; Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. – С. 18; Якубович М. И. Необходимая оборона и задержание преступника. М., 1978. – С. 50.

³ Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. – С. 76.

⁴ Кудрявцев В. Н. Правовое поведение: норма и патология. М., 1982. – С. 219.

⁵ Бородин С. В. Квалификация преступлений против жизни. – М. – С. 188; Слуцкий И. И. Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность. Л., 1956. – С. 44-45; Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. – С. 18.

которых нужно отнести умышленные преступления, наказуемые по закону лишением свободы на срок свыше 10 лет или смертной казнью. Поскольку же причинение смерти при задержании лица, совершившего особо тяжкое преступление, допустимо лишь в неблагоприятной обстановке задержания, то следует заключить, что лишение жизни такого преступника правомерно лишь в случаях, когда его задержание путем причинения менее тяжкого вреда невозможно. Если же смерть такому преступнику причинена при явной возможности его задержания менее опасным способом, ответственность гражданина возможна только за превышение пределов достаточного вреда, причиняемого преступнику при задержании. Нельзя согласиться с С. В. Бородиным, что в этом случае содеянное следует признавать умышленным убийством без смягчающих обстоятельств¹. Ведь в рассматриваемых ситуациях причинение смерти преступнику соразмерно опасности совершенного им посягательства, но явно не соответствует обстановке задержания, что свидетельствует о превышении пределов вреда, достаточного для задержания преступника.

Итак, условие о соразмерности характеризует пределы причиняемого преступнику вреда и состоит в том, что правомерным признается вред, если он соответствовал опасности совершенного преступником посягательства и обстановке его задержания. Учитывая важное значение этого фактора, а также правовые последствия его несоблюдения, целесообразно закрепить условие о соразмерности причиняемого преступнику вреда в нормах Основ и УК союзных республик о задержании преступника, подобно тому, как это предусмотрено в УК УССР и УК УзССР.

¹ Бородин С. В. Квалификация преступлений против жизни. – М. – С. 192.

ГЛАВА IV

ПРЕВЫШЕНИЕ ПРЕДЕЛОВ ПРИЧИНЕНИЯ ВРЕДА ПРЕСТУПНИКУ ПРИ ЗАДЕРЖАНИИ

1. Понятие и виды превышения пределов причинения вреда

Причиненный преступнику вред является общественно полезным и правомерным способом его задержания, если он не выходит за установленные законом пределы. Причинение же чрезмерного вреда – действие общественно опасное, при определенных условиях оно рассматривается как преступление, выражающееся в превышении пределов причинения вреда преступнику при задержании. Представляется, что такая терминология более правильно отражает природу исследуемых действий, чем «превышение мер, необходимых для задержания преступника», как это предлагают в литературе. Словосочетание «превышение пределов причинения вреда преступнику при задержании», может быть, несколько громоздко, однако оно созвучно с таким устоявшимся в законе, литературе и судебной практике понятием, как превышение пределов необходимой обороны. Указание, далее, на превышение пределов причинения вреда преступнику при задержании и логически более обоснованно. С одной стороны, оно вполне соответствует различию между понятиями ненасильственного задержания преступника и причинением ему вреда как способом осуществления такого задержания. Очевидно, что о превышении указанных пределов речь может идти лишь в случае причинения чрезмерного вреда преступнику при задержании, а не при характеристике ненасильственного задержания. С другой стороны, предлагаемое понятие правильно отражает и тот факт, что в рассматриваемых случаях нарушается только одно условие правомерности причиняемого преступнику вреда, а именно условие о его соразмерности, которое характеризует пределы причинения преступнику вреда. Наконец, изменение терминологии вызывается и потребностью ее уточнения при характеристике действий по задержанию преступника. Многие авторы отмечают, что задержание преступника правомерно, если оно было необходимо; причиненный преступнику вред обоснован, если он был необходим для его задержания; меры по задержанию преступника явно превышены, если причиненный вред не вызывался необходимостью. Очевидно, что такое разноплановое употребление термина «необходимость» не способствует правильному уяснению используемых понятий.

Установить, было или не было превышение пределов причинения вреда преступнику при задержании, довольно сложно. Это прежде всего вопрос факта, решение которого зависит от совокупности конкретных обстоятельств дела. Здесь имеет место аналогичная с необходимой обороной и превышением ее пределов ситуация. Именно ее имел в виду В. И. Ленин, когда писал, что, «...бывают случаи убийства, когда очень нелегко решить, было ли это вполне справедливое и даже обязательное убийство (например, необходимая оборона), или непростительная небрежность, или даже тонко проведенный коварный план»¹. Сложность заключается и в том, что в уголовном законе определены лишь пределы причинения вреда, преступнику при задержании и отсутствует понятие их превышения. Очевидно, что выяснение данного понятия имеет важное теоретическое и практическое значение. Оно обуславливает само основание ответственности гражданина за причиненный преступнику несоразмерный вред, а также позволяет отграничить правомерное причинение ему вреда при задержании от не-

¹ Ленин В. И. Детская болезнь «левизны» в коммунизме. – Полн. собр. соч., т. 41. – С. 52.

законного. То или иное решение вопроса о превышении пределов причинения вреда при задержании способно оказать серьезное влияние на инициативу и активность граждан в борьбе с преступностью.

Причинить преступнику чрезмерный вред это значит нарушить условие о соразмерности причиняемого ему вреда при задержании. Данное условие заключается в том, что этот вред не должен явно превышать опасность совершенного посягательства и явно не соответствовать обстановке задержания преступника. Следовательно, превышение пределов причинения вреда преступнику при задержании – это причинение преступнику тяжкого вреда, явно несоразмерного опасности совершенного посягательства или благоприятной обстановке его задержания. Утверждение К. Халикова и Э. Ф. Побегайло, что превышение этих пределов имеет место и в случае явного несоответствия вреда степени опасности самого преступника¹, не основано на законе. Указание на несоответствие вреда личности преступника является излишним, поскольку степень опасности преступника определяется прежде всего опасностью совершенного им посягательства, а в других случаях может быть учтена при оценке обстановки его задержания.

Указание на явное несоответствие причинения вреда преступнику опасности посягательства или обстановке задержания характеризует несоразмерный вредно его объективным признакам. Это значит, что в рассматриваемых случаях преступнику причиняется такой вред, который резко, совершенно очевидно, вне всякого сомнения не соответствует либо опасности посягательства, либо обстановке задержания преступника. Так, причинение тяжкого ранения вору, похитившему малоценное имущество, свидетельствует о явном несоответствии этого вреда опасности содеянного им. Точно так же причинение, например, участнику разбойного нападения смерти, если гражданин мог задержать его посредством причинения значительно меньшего вреда, говорит о явном несоответствии причиненного вреда обстановке задержания преступника. Указание, далее, на явное несоответствие вреда опасности посягательства или обстановке задержания одновременно характеризует и субъективное Отношение задерживающего к вреду, причиняемому им². Это отношение заключается в том, что и с точки зрения задерживающего лица причинение преступнику тяжкого вреда является для него заведомо (т. е. на момент совершения этих действий и в высшей степени достоверно³) несоразмерным. В связи с этим ошибка гражданина в оценке посягательства либо обстановки задержания, повлекшая причинение преступнику объективно чрезмерного вреда, не может влечь ответственность за превышение его пределов, поскольку в подобных ситуациях отсутствует такое субъективное отношение, при котором задерживающий причиняет преступнику заведомо несоразмерный вред. Ответственность в таких случаях может наступать лишь по правилам фактической ошибки.

Из приведенного определения превышения пределов причинения вреда преступнику при задержании следует, что оно возможно тогда, когда причиненный преступнику тяжкий вред явно не соответствовал *либо* опасности посягательства, *либо* обстановке задержания. Иными словами, превышение этих пределов имеет место: 1) когда причиненный преступнику вред явно не соответствовал опасности совершенного им

¹ Халиков К. Необходимая оборона по советскому уголовному праву. Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Алма-Ата, 1970. С. 21; Побегайло Э. Ф. О юридической сущности действий, направленных к задержанию преступника. – В кн.: Вопросы укрепления социалистической законности и правопорядка: Тр. Воронеж, ун-та, 1970, т. 88. – С. 187.

² В науке советского уголовного права общепризнано, что признак явности в составе преступления всегда имеет объективно субъективную характеристику. См.: Здравомыслов Б. С. Должностные преступления: понятие и квалификация. М., 1975. – С. 109-110; Каченко В. И. Необходимая оборона по уголовному праву. М., 1979. – С. 83-84.

³ Орлов П. И. Уголовная ответственность за оставление в опасности при автопроисшествии (вопросы квалификации). Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Х., 1980. – С. 12-13.

посягательства, но отвечал обстановке его задержания; 2) когда причиненный преступнику вред был соразмерен с опасностью совершенного им посягательства, но явно не соответствовал благоприятной обстановке его задержания. Очевидно, что в первом случае речь идет о превышении пределов допустимого вреда, а во втором – о превышении пределов достаточного вреда для задержания преступника. Такое решение вопроса является обоснованным и потому, что поскольку существуют два вида пределов причинения вреда преступнику при задержании, то, следовательно, возможно и превышение каждого из них.

Учитывая изложенное, можно дать следующие определения двух видов превышения пределов причинения вреда преступнику при задержании. *Превышение пределов допустимого вреда* – это причинение преступнику в неблагоприятной обстановке задержания тяжкого вреда, явно превышающего тот фактический или потенциальный вред, который преступник причинил или намеревался причинить конкретному объекту посягательства¹. *Превышение пределов достаточного вреда* – это причинение преступнику в благоприятной обстановке задержания тяжкого вреда, явно превышающего тот вред, который был достаточен для его задержания.

Впервые деление превышения пределов причинения вреда преступнику при задержании на два вида было предложено В. Н. Кудрявцевым, который писал, что «причиненный вред будет непропорциональным, если преступник мог быть задержан другими, более мягкими средствами, или же совершенное им преступление менее значительно, чем вред, причиненный при задержании»². В литературе это мнение справедливо разделяется большинством авторов, которые дают подобные формулировки превышения указанных пределов. Так, И. С. Тишкевич выделяет такие виды превышения мер, необходимых для задержания преступника: 1) причинение ему тяжкого вреда, явно выходящего за пределы того вреда, с помощью которого можно было осуществить задержание; 2) причинение ему при задержании тяжкого вреда, явно несопоставимого с характером и опасностью того преступления, которое послужило основанием для задержания³. В целом эти определения правильны. Вместе с тем недостаточно только общего указания, что превышение пределов причинения вреда преступнику имеет место при несоответствии этого вреда характеру и опасности посягательства. Возражение вызывает и то, что в приведенных определениях превышения этих пределов не отражена специфика явного несоответствия причиняемого преступнику вреда в одном случае – опасности совершенного посягательства при соответствии такого вреда обстановке задержания, а в другом – благоприятной обстановке задержания преступника при соразмерности вреда опасности содеянного им. Это вызвано, видимо, тем, что многие авторы, ссылаясь на п. 5 постановления Верховного Суда СССР от 4 декабря 1969 г., считают, что превышением пределов причинения вреда преступнику признается явное несоответствие этого вреда характеру и опасности совершенного преступления и обстановке задержания⁴. Но подобное определение позволяет заключить, что превышение этих пределов возможно в случае, когда причиненный преступнику вред явно не соответствовал одновременно двум обстоятельствам: опасности совершенного им посягательства и обстановке его задержания. Иногда об этом прямо пишут, указывая, что «превышение пределов допустимого вреда, причиняемого преступнику в целях его

¹ Подобным образом иногда определяют, например, превышение пределов необходимой обороны, под которым понимают случаи «явного несоответствия между вредом, причиненным посягающему действиями, направленными на защиту от общественно опасного посягательства, и вредом, которым угрожал потерпевший». *Ткаченко В. И.* Необходимая оборона по уголовному праву. – М., 1979. – 130 с.

² *Юридический словарь*: В 2-х т. М., 1956. Т. 1. – С. 654.

³ *Тишкевич И. С.* Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. – С. 88.

⁴ *Бушуев Г. В.* Социальная и уголовно-правовая оценка причинения вреда преступнику при задержании. Горький, 1976. – С. 65; *Гельфанд И. А., Куц Н. Т.* Необходимая оборона по советскому уголовному праву. К., 1962. – С. 44; *Тишкевич И. С.* Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. – С. 87 и др.

задержания, может заключаться в несоответствии этого вреда обстоятельствам задержания, тяжести совершенного задерживаемым преступления, либо тому и другому одновременно»¹. Представляется, однако, что в последнем случае ответственность за причиненный преступнику вред должна наступать на общих основаниях, поскольку причинение вреда, явно не соответствующего опасности посягательства и одновременно благоприятной обстановке задержания, означает, что этот вред причинен вынужденно. Отсутствие же этого основания обосновывает ответственность лица за причиненный вред не по правилам превышения его пределов, а за обычное умышленное преступление.

Итак, превышение пределов причинения вреда преступнику при задержании имеет место только в случае несоблюдения условия о соразмерности причиняемого ему вреда. Следовательно, ответственность за превышение указанных пределов может наступать при условии, если по делу будет установлено, что: 1) задержание преступника произведено на законных основаниях и соответствовало присущим ему объективным и субъективным признакам; 2) причиненный преступнику вред отвечал условиям правомерности о его вынужденности, направленности и цели; 3) не соблюдено, наконец, лишь условие о соразмерности причиняемого преступнику вреда. Только в таком порядке может ставиться вопрос об ответственности гражданина за несоразмерный вред, причиненный преступнику для его задержания. Ответственность же за незаконное лишение личной свободы преступника в подобных ситуациях исключается, поскольку само задержание было правомерным.

Ранее уже отмечались негативные моменты отсутствия в действующем законодательстве определения превышения пределов вреда, причиняемого преступнику при его задержании. Представляется целесообразным закрепить в законе положение о том, что превышение этих пределов возможно тогда, когда причиненный преступнику тяжкий вред явно не соответствовал опасности совершенного им посягательства или обстановке его задержания².

2. Квалификация превышения пределов причинения вреда

Вопрос о квалификации действий гражданина, причинившего преступнику вред, явно не соответствующий опасности совершенного преступления или обстановке задержания, имеет важное значение, поскольку позволяет дать правильную юридическую и политическую оценку содеянному виновным, отграничить, с одной стороны, правомерное причинение вреда от неправомерного, а с другой – обычное умышленное или неосторожное преступление от такого особого преступления, каковым является превышение пределов причинения вреда преступнику при задержании. На особый характер подобных преступлений указывал еще А. Е. Владимиров, который писал: «Нарушение условий, при которых легальные оправдания имеют значение обстоятельств, исключающих вменение, не исключает силы этих обстоятельств, а может создать только особое преступление, умышленное или неосторожное. Так, например, нарушение границ обороны не нарушает правового значения этого оправдания, а влечет за собой только признание другого преступления, состоящего в превышении пределов обороны»³.

¹ Сов. юстиция. – 1974. – № 12. – С. 6. См. также: Советское уголовное право: Общая часть. М., 1982. – С. 227-228.

² Общеизвестно, например, положительное значение закрепления в уголовном законе понятия превышения пределов необходимой обороны.

³ Владимиров А. Е. Учебник русского уголовного права: Общая часть. Х., 1889. С. 63

Привилегированный характер превышения пределов причинения вреда преступнику при задержании выражается прежде всего в том, что уголовная ответственность за вред, причиненный в результате выхода за пределы дозволенного, может наступить в случае причинения преступнику не любого, а только тяжкого вреда. Кроме того, наказуемость этого преступления характеризуется значительно сниженными санкциями по сравнению с санкциями одноименных преступлений, не связанных, однако, с задержанием преступника. Очевидно, что правильное решение вопроса о квалификации действий граждан, превысивших меры по задержанию преступника, способно оказать серьезное влияние на развитие их инициативы в борьбе с преступностью. Неправильное применение закона, привлечение к ответственности лиц, в действиях которых отсутствовало превышение указанных пределов, либо осуждение их за более тяжкие преступления, в совершении которых они невиновны, может воспрепятствовать широкому привлечению общественности к борьбе с преступностью, помешать в той или иной мере проведению в жизнь нормативных предписаний, направленных на дальнейшее развитие инициативы населения в борьбе с правонарушениями¹. Равным образом, непривлечение к ответственности лиц, виновных в необоснованном причинении преступнику вреда, способно породить произвол, сознание безнаказанности за совершение общественно опасных действий, пренебрежение к личности, закону.

Вместе с тем решение вопроса о квалификации действий, превысивших пределы причинения вреда преступнику при задержании, представляет определенные трудности. Известно, что в Особенной части УК союзных республик отсутствуют специальные нормы, в которых предусматривалась бы ответственность за вред, причиненный преступнику в результате превышения указанных пределов. В связи с этим одни авторы считают, что ответственность в таких случаях должна определяться на общих основаниях, а само превышение пределов причинения вреда должно учитываться при назначении наказания как обстоятельство, смягчающее ответственность². По мнению других, действия граждан в рассматриваемых случаях должны квалифицироваться по статьям УК, предусматривающим ответственность за превышение пределов необходимой обороны³. При этом Э. Ф. Побегайло считает, что здесь имеет место фактическое применение аналогии, и хотя подобная практика в настоящее время недопустима, она является неизбежной⁴.

Представляется, однако, что квалификация действий лиц, превысивших пределы причинения вреда преступнику при задержании, должна быть дифференцирована в зависимости от того, на территории какой союзной республики и в какое время было совершено преступление: непосредственно после осуществления преступником посягательства или какое-то, может быть, даже значительное, время спустя.

В УК УССР и УК УзССР, как известно, установлено, что причинение вреда преступнику при задержании по правовым последствиям приравнивается к необходимой обороне. Правовыми же последствиями необходимой обороны, в частности, являются: 1) отсутствие преступления, если причиненный посягающему вред соответствовал всем ее признакам; 2) ответственность по ст. 97 или 104 УК, если смерть или тяжкие телесные повреждения причинены в результате превышения пределов необходимой обороны. Думается, что, приравнивая действия по задержанию преступника к необходимой обо-

¹ Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. С. 92

² Советское уголовное право: Общая часть. М., 1982. С. 227; Ткаченко В. И. Ответственность за превышение пределов необходимой обороны и причинение преступнику вреда при его задержании в теории и судебной практике. М., 1973. С. 44; Шавгулидзе Т. Г. Необходимая оборона. Тбилиси, 1966. С. 143.

³ Гельфанд И. А., Куц Н. Т. Необходимая оборона по советскому уголовному праву. К., 1962. С. 44; Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. С. 87-91; Якубович М. И. Необходимая оборона и задержание преступника. М., 1978. С. 66.

⁴ Побегайло Э. Ф. О юридической сущности действий, направленных к задержанию преступника. – В кн.: Вопросы укрепления социалистической законности и правопорядка: Тр. Воронеж, ун-та, 1970, т. 88, с. 186.

роне, законодатель как раз стремился распространить на них эти правовые последствия, т. е. по существу он указал, что убийство преступника в результате превышения пределов причинения ему вреда при задержании и нанесение тяжких телесных повреждений при тех же обстоятельствах должны квалифицироваться по ст. 97 и 104 УК.

Следовательно, особенность решения вопроса о квалификации действий граждан, выразившихся в превышении пределов причинения вреда преступнику при задержании, по ст. 97 и 104 УК заключается в том, что уяснение действительного содержания этих норм невозможно без обращения к ст. 15 УК, т. е. к Общей, части УК. Поскольку же уголовный закон представляет собой единство Общей и Особенной частей, то неверно считать, что квалификация действий гражданина, превысившего пределы причинения вреда преступнику при его задержании, по статьям УК, предусматривающим ответственность за превышение пределов необходимой обороны, является аналогией закона. Думается, что при такой квалификации имеет место применение уголовного закона в соответствии с действительным его содержанием.

Вместе с тем ч. 3 ст. 15 УК приравнивает к необходимой обороне не любые действия по задержанию преступника, а лишь те из них, которые были предприняты непосредственно после совершения посягательства. Следовательно, превышение пределов причинения вреда преступнику спустя какое-то время после окончания им посягательства не может быть приравнено по правовым последствиям к необходимой обороне. По УК УССР и УК УзССР ответственность граждан в таких случаях должна определяться на общих основаниях. Иными словами, это значит, что в подобных ситуациях гражданин может подлежать ответственности не только за причинение преступнику смерти или тяжких телесных повреждений в результате превышения указанных пределов, но и за причинение ему умышленно или по неосторожности менее тяжкого вреда, с учетом, конечно, факта превышения этих пределов в качестве смягчающего ответственность обстоятельства. Очевидно, что такое законодательное решение рассматриваемого вопроса в УК УССР и УК УзССР не может быть признано удовлетворительным и требует дальнейшего совершенствования.

В УК других союзных республик как в Общей (за исключением УК ЭССР), так и в Особенной частях вообще отсутствуют какие-либо постановления, относящиеся к праву граждан на задержание преступника. Судебная практика этих республик при оценке таких действий вначале руководствовалась п. 5 постановления Пленума Верховного Суда СССР от 23 октября 1956 г. «О недостатках судебной практики по делам, связанным с применением законодательства о необходимой обороне»¹, затем п. 5 постановления того же Пленума от 4 декабря 1969 г. «О практике применения судами законодательства о необходимой обороне»², в настоящее время – п. 3³ постановления от 16 августа 1984 г. «О применении судами законодательства, обеспечивающего право на необходимую оборону от общественно опасных посягательств», где к состоянию необходимой обороны приравнены не всякие действия по задержанию преступника, а только те из них, которые были предприняты в момент или непосредственно после совершения посягательства. При этом в подобных ситуациях «уголовная ответственность может наступить лишь при условии, если такие действия не являлись необходимыми для задержания, явно не соответствовали характеру и опасности посягательства. В этих случаях содеянное, в зависимости от конкретных обстоятельств, должно квалифицироваться как совершенное при превышении пределов необходимой обороны либо на общих основаниях»³. Думается, это разъяснение следует понимать таким образом, что квалификация действий гражданина за неправомерно причиненный преступнику вред по статьям УК союзных республик о превышении пределов необходимой

¹ Сборник действующих постановлений Пленума Верховного Суда СССР. 1924 – 1957. М., 1958. С. 12-13

² Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР. 1924 – 1977. М., 1978. Ч. 2. С. 74

³ Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1984. – № 5. – С. 10

обороны возможна в ситуациях, когда в момент совершения преступления или непосредственно после него преступнику вынужденно причиняется вред, явно не соответствующий характеру и опасности посягательства или, добавим, обстановке задержания преступника¹. Ответственность же на общих основаниях может наступать лишь в двух случаях: 1) когда причиненный преступнику вред не являлся необходимым для его задержания, т. е. при несоблюдении гражданином условия о вынужденности причиняемого вреда, и 2) когда вынужденно причиненный преступнику вред, явно не соответствующий характеру и опасности посягательства или обстановке его задержания, имел место не непосредственно после совершения преступления, а какое-то время спустя.

Иначе этот вопрос решается по УК ЭССР². Ранее отмечалось, что в 1970 г. этот кодекс был дополнен ст. 13¹, закрепившей действия по задержанию преступника, независимо от времени их совершения, в качестве самостоятельного обстоятельства, исключающего общественную опасность и противоправность деяния, наряду с необходимой обороной и крайней необходимостью. Вместе с тем каких-либо дополнений или изменений в Особенной части этого УК, которыми предусматривалась бы ответственность лиц, превысивших пределы причинения преступнику вреда при его задержании, не последовало. Это дает основание считать, что гражданин, превысивший указанные пределы на территории ЭССР, во всех случаях подлежит ответственности на общих основаниях за причиненный преступнику чрезмерный вред как непосредственно после учинения им посягательства, так и значительное время спустя. Факт же превышения этих пределов должен быть учтен судом в качестве смягчающего ответственность обстоятельства. Таким образом, незавершенное законодательное решение вопроса о действиях, направленных на задержание преступника, привело к тому, что положение лиц, превысивших пределы причинения вреда на территории ЭССР, оказалось даже хуже по сравнению с теми, кто совершил такие же действия на территории других союзных республик.

Итак, отсутствие в Особенной части УК союзных республик специальных статей об ответственности лиц, превысивших пределы причинения преступнику вреда, приводит к тому, что для правильного решения вопроса о квалификации таких действий требуется сложное систематическое и логическое толкование закона. Совершенствование уголовного законодательства возможно путем либо дополнения, с соответствующим изменением названия статей УК, предусматривающих ответственность за превышение пределов необходимой обороны (именно такой путь и предлагает И. С. Тишкевич³), либо введения в УК специальных статей, которые устанавливали бы ответственность за причинение преступнику при его задержании несоизмеренно тяжкого вреда. Второй путь более предпочтителен. Он соответствует требованию о целесообразности изложения в одной статье закона одной правовой нормы, что имеет ряд преимуществ⁴. Поэтому следует дополнить Особенную часть УК УССР ст. 97¹ и 104¹ предусматривающими ответственность только за убийство преступника и причинение ему тяжкого телесного повреждения в результате превышения пределов причинения ему вреда при задержании. В литературе, однако, предлагают в таких случаях криминализировать причинение преступнику и средней тяжести (менее тяжких – по терми-

¹ Представляется, что Верховный Суд СССР в п. 3 постановления от 16 августа 1984 г., в отличие от ранее действовавшего постановления, необоснованно отказался от такого признака превышения пределов причинения преступнику вреда при его задержании, как явное его несоответствие обстановке задержания.

² Представляется, что п. 3 постановления Пленума Верховного Суда СССР от 16 августа 1984 г. не имеет силы на территории ЭССР, поскольку вопрос о юридической природе действий по задержанию преступника решен здесь иначе самим УК.

³ *Тишкевич И. С.* Оборона от общественно опасного посягательства и меры по задержанию преступника. Автореф. дис. ...д-ра юрид. наук. Минск, 1969. С. 39-40

⁴ *Керимов Д. А.* Кодификация и законодательная техника. М.; 1962. С. 68; *Ковалев М. И.* Пути повышения эффективности криминологических исследований. – В кн.: Вопросы эффективности уголовно-правовых норм. Свердловск, 1978, вып. 66, с. 5.

нологии УК РСФСР) телесных повреждений¹. При этом иногда считают, что поскольку право граждан на задержание преступника целесообразно предусмотреть в Основах, то общесоюзный закон должен установить и единую для всех союзных республик уголовную ответственность за превышение пределов причинения вреда преступнику при задержании, поскольку нет каких-либо существенных национальных особенностей, которые препятствовали бы этому.

Думается, что подобные предложения не могут быть приняты, во всяком случае для законодательства Украинской ССР. При решении указанных вопросов нужно учитывать распределение компетенции в области уголовного законодательства между Союзом ССР и союзными республиками, а также исходить из научно обоснованной совокупности принципов и оснований криминализации общественно опасных деяний².

В соответствии со ст. 2 Основ общесоюзные законы определяют ответственность лишь за государственные и воинские преступления, а в необходимых случаях – и за иные преступления, направленные против интересов СССР. Очевидно, что рассматриваемые действия вряд ли можно признать направленными против интересов СССР. Поэтому установление уголовной ответственности за превышение пределов причинения вреда преступнику при его задержании, в том числе причинение средней тяжести телесных повреждений, – прерогатива республиканского законодателя. Подобные нормы, как и большинство других норм Особенной части УК, являются первоустанавливающими, которые, как справедливо указывает М. И. Бажанов, отражают не только и не столько национальные особенности союзных республик, «сколько широту и многообразие их опыта, поиски оптимального решения вопросов в борьбе с преступностью. Следовательно, различия в УК союзных республик – это логичный и естественный результат их суверенной законодательной деятельности»³.

Далее, установлению в УК УССР ответственности за причинение преступнику средней тяжести телесных повреждений в результате превышения мер по его задержанию препятствует несоответствие такого решения вопроса всей совокупности принципов криминализации общественно опасных деяний. Прежде всего это противоречило бы исторической традиции нормотворческой практики в УССР – такому обстоятельству, которое, по обоснованному мнению Г. А. Злобина и С. Г. Келиной, на 9/10 определяет круг криминализованных деяний⁴. Так, ст. 145 и 152 УК УССР 1922 г. предусматривали ответственность только за убийство и причинение тяжких телесных повреждений в результате превышения необходимых для задержания преступника мер. В дальнейшем, хотя в уголовном законодательстве УССР и отсутствовали специальные нормы об ответственности за эти преступления, судебная практика в соответствии с указанными, разъяснениями Пленума Верховного Суда СССР исходила из того, что уголовной ответственности за превышение пределов причинения вреда преступнику при задержании могут подлежать только лица, причинившие такой же вред, как и при превышении пределов необходимой обороны, т. е. лишь за убийство преступника или нанесение ему тяжких телесных повреждений (ст. 141 и 149 УК УССР 1927 г.). Действующая ныне ч. 3 ст. 15 УК приравнивает по правовым последствиям причинение вреда преступнику при задержании непосредственно после совершения им посягательства к необходимой обороне. Это значит, что ответственность за превышение пределов причинения вреда преступнику может наступать лишь в случае уголовно наказуемого превышения преде-

¹ Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. С. 89; Бушуев Г. В. Социальная и уголовно-правовая оценка причинения вреда преступнику при задержании. Горький, 1976. С. 67

² Основания уголовно-правового запрета: криминализация и декриминализация / В. Н. Кудрявцев, П. С. Дагель, Г. А. Злобин и др. М., 1982. С. 189-251.

³ Бажанов М. И. Конституция СССР и вопросы совершенствования уголовного законодательства. – Проблемы соц. законности. – 1980. – № 6. – С. 104

⁴ Злобин Г. А., Келина С. Г. Некоторые теоретические вопросы криминализации общественно опасных деяний. – В кн.: Проблемы правосудия и уголовного права. М., 1978, с. 109

лов необходимой обороны, т. е. опять же за убийство преступника и причинение ему тяжкого телесного повреждения по ст. 97 и 104 УК. Очевидно, что законодатель не может пренебрегать в такой ситуации исторической преемственностью установления в УК УССР определенной ответственности за рассматриваемое преступление.

Кроме того, установление уголовной ответственности за причинение преступнику средней тяжести телесных повреждений в результате превышения пределов причинения ему вреда при задержании не соответствовало бы современному уровню правосознания граждан. Между тем очевидно, что законодатель в случае криминализации того или иного деяния не может игнорировать состояние правосознания населения. «Именно потому, — писал Г. А. Злобин, — что нормативно-правовое регулирование общественных отношений осуществляется сознательно, т. е. имеет осознанно целенаправленный характер, право никогда не может не только быть выше своей экономической основы, но и резко противоречить общественному правосознанию. Адекватность правовой нормы в качестве регулятора общественных отношений всегда включает в число своих условий и положительную общественную оценку нормы, убеждение людей в ее справедливости и полезности»¹. Это тем более необходимо в рассматриваемом случае, ибо законодатель и судебная практика УССР на протяжении всей истории своего развития не признавали преступлением причинение преступнику средней тяжести телесных повреждений в результате превышения мер по его задержанию. Такая позиция законодателя и практики правоприменительных органов в результате широко развернутой, особенно в последние годы, правовой пропаганды² известна довольно широкому кругу граждан и прежде всего той части населения, которой наиболее часто приходится задерживать преступников (народным дружинникам, членам комсомольских оперативных отрядов и т. д.). Все это, безусловно, определенным образом отразилось на представлениях людей о ценности благ преступника, которым причиняется вред при его задержании. «Представления же людей о социальных ценностях, благах, — область отношений несомненно значимая для эффективности уголовной ответственности, — претерпевают изменения относительно медленно»³. В связи с этим предлагаемое изменение законодательства в сторону усиления уголовно-правовой охраны здоровья преступника, т. е. расширение круга преступных деяний за счет указанного деликта, слабо либо вовсе не осуждаемого моралью советских людей, может привести к ситуации, когда, как писал К. Маркс, «народ видит наказание, но не видит преступления...»⁴. Думается, что в таком случае отрицательные последствия криминализации существенно превзошли бы положительные социальные результаты, установления ответственности за чрезмерный вред, выразившийся в причинении преступнику средней тяжести телесных повреждений. Кроме того, вряд ли такая законодательная новелла соответствовала бы принципу уголовно-политической адекватности криминализации, поскольку она не отвечала бы тенденции развития советского права на повышение активности и инициативы населения в борьбе с преступностью.

Криминализация исследуемых действий не соответствовала бы также такому важнейшему принципу отнесения того или иного деяния к числу преступных, как его значительная общественная опасность⁵. Представляется, что именно, такое свойство дея-

¹ Основания уголовно-правового запрета: криминализация и декриминализация / В. Н. Кудрявцев, П. С. Дагель, Г. А. Злобин и др. М., 1982. С. 212-213; см. также Яковлев А. М. Преступность и социальная психология. М., 1971. С. 216.

² Оксальтский В. В. Правовое воспитание — важный фактор формирования социально-активной личности. К., 1979. С. 58

³ Гальперин И. М. Уголовная политика и уголовное законодательство. — В кн.: Основные направления борьбы с преступностью. М., 1975, с. 55

⁴ Маркс К., Энгельс Ф. Дебаты по поводу, закона о краже леса. — Соч. 2-е изд., т. 1, с. 122

⁵ Основания уголовно-правового запрета: криминализация и декриминализация / В. Н. Кудрявцев, П. С. Дагель, Г. А. Злобин и др. М., 1982. С. 216; Сов. гос-во и право. — 1979. — № 12. — С. 72.

ния как раз и отсутствует в рассматриваемых случаях. Очевидно, что при задержании преступника гражданин вынужденно может причинить ему как правомерный вред, т. е. вред в допустимых пределах, так и неправомерный, выходящий за эти пределы.

В последнем случае, однако, неправомерно причинение не всего вреда в целом, а лишь в той его части, которая вышла за верхнюю границу предусмотренного предела. Если, например, пределы причинения вреда в конкретном случае составляют средней тяжести телесные повреждения, а в действительности при задержании гражданин причинил преступнику тяжкие телесные повреждения, то превышение установленного предела выражается не в полном объеме причиненного вреда, а лишь в той его части, которая превысила средней тяжести телесные повреждения, т. е. в разнице между тяжкими и средней тяжести телесными повреждениями. Поэтому, с учетом, конечно, и других обстоятельств, закон отнес убийство преступника и причинение ему тяжких телесных повреждений в результате превышения мер по его задержанию к числу привилегированных составов, предусмотрев за них сначала в УК 1922 г., а затем и в УК 1960 г. чрезвычайно мягкие санкции. Законодатель, следовательно, исходит из того, что причинение противодействующему задержанию преступнику средней тяжести телесных повреждений обладает настолько небольшой, степенью общественной опасности, что ее наличие не обосновывает отнесение таких деяний даже к числу привилегированных преступлений.

Отметим, что установление ответственности за причинение преступнику средней тяжести телесных повреждений в рассматриваемых случаях не соответствовало бы и такому принципу криминализации, как относительная распространенность деяния, сущность которой сводится к тому, что криминализации подлежат более или менее распространенные деяния¹. Характерные в этом отношении данные приводит В. И. Ткаченко, когда рассматривает вопрос об ответственности граждан за причинение средней тяжести телесных повреждений посягающему в результате превышения пределов необходимой обороны, т. е. за преступление, степень общественной опасности и распространенность которого соответствует исследуемому деянию. Автор пишет, что указанные случаи на практике почти не встречаются, а если и возможны, то только тогда, когда посягательство выразилось в мелком хулиганстве и в некоторых других мало-значительных деяниях, обладающих невысокой степенью общественной опасности². Подобные ситуации неизвестны и практике задержания преступников. Ранее отмечалось, что правовым основанием задержания преступников со стороны граждан выступают, как правило, насильственные или корыстные посягательства, т. е. преступления, представляющие повышенную общественную опасность. Поэтому вынужденное причинение средней тяжести телесных повреждений противодействующим задержанию лицам, совершившим подобные преступления, вряд ли может рассматриваться как явное несоответствие причиненного им вреда опасности содеянного ими или обстановке их задержания. Если же в каких-либо единичных ситуациях такие действия граждан и могут квалифицироваться как представляющие значительную общественную опасность, то и это само по себе не может обосновать необходимость их криминализации, ибо, как правильно замечают Г. А. Злобин и С. Г. Келина, «аргументированное включение (или исключение) деяния в уголовный кодекс не может опираться на какой-нибудь единственный принцип, сколь бы важным он ни представлялся»³. Необходимо каждый раз проанализировать соответствие планируемой новеллы требованиям всей системы принципов криминализации⁴.

¹ Основания уголовно-правового запрета: криминализация и декриминализация / В. Н. Кудрявцев, П. С. Дагель, Г. А. Злобин и др. М., 1982. С. 218.

² Ткаченко В. И. Необходимая оборона по уголовному праву. М., 1979. С. 67, 75

³ Злобин Г. А., Келина С. Г. Некоторые теоретические вопросы криминализации общественно опасных деяний. – В кн.: Проблемы правосудия и уголовного права. М., 1978, с. 108

⁴ Основания уголовно-правового запрета: криминализация и декриминализация / В. Н. Кудрявцев, П. С. Дагель, Г. А. Злобин и др. М., 1982. С. 210

Наконец, невозможность криминализации причинения преступнику средней тяжести телесных повреждений при превышении пределов причинения ему вреда при задержании обусловлена и тем, что она не отвечала бы принципу экономии уголовной репрессии¹. Юридическое выражение последнего заключается в том, что криминализации подлежат только такие деяния, успешная борьба с которыми не может осуществляться другими правовыми мерами². Изучение практики задержания преступников показывает, что субъектом задержания выступает обычно социально активная личность. Но именно эта категория граждан и является наиболее вероятным субъектом превышения мер по задержанию преступника. Поэтому цели общей и частной превенции в борьбе с рассматриваемыми эксцессами могут быть вполне успешно достигнуты с помощью иных, кроме уголовной ответственности, правовых и неправовых мер воздействия на указанных субъектов. И это во всех отношениях предпочтительно³.

Известно, что именно социальная необходимость является основанием криминализации любого деяния⁴. Думается, что приведенные аргументы дают возможность заключить, что криминализация в Украинской ССР причинения преступнику телесных повреждений средней тяжести в результате превышения мер по его задержанию такой необходимостью не вызывается.

Итак, в УК УССР целесообразно установить ответственность гражданина лишь за убийство преступника и причинение ему тяжких телесных повреждений в результате превышения пределов причинения ему вреда при задержании. При этом есть основания определить наказуемость указанных преступлений так же, как и наказуемость превышения пределов необходимой обороны, поскольку рассматриваемые преступления являются одинаковыми и по степени общественной опасности. Кроме того, во избежание споров о том, возможна ли уголовная ответственность за причинение преступнику иного вреда (как это имело место относительно ответственности за превышение пределов необходимой обороны)⁵, в статьях Основ и УК союзных республик, регламентирующих задержание преступника, необходимо указать, как правильно пишет И. С. Тишкевич, что за причинение преступнику несоразмерного вреда лицо подлежит ответственности лишь в случаях, специально предусмотренных уголовным законом⁶. Целесообразно также установить уголовную ответственность только за умышленное причинение преступнику такого вреда. Тем самым будет четко установлено: причинение преступнику в рассматриваемых ситуациях любого вреда, за исключением умышленного убийства, и тяжких телесных повреждений, преступлением не признается, а является правомерным, что полностью соответствовало бы тенденции развития советского законодательства, всемерно стимулирующего активность граждан в борьбе с преступностью.

¹ Ковалев М. И. Правильное построение уголовно-правовой нормы – одно из необходимых условий ее эффективности. – В кн.: Некоторые вопросы эффективности уголовного законодательства. Свердловск, 1974, с. 186; Коган В. М. Изучение эффективности уголовно-правовых норм: аспекты и уровни анализа. – В кн.: Проблемы правосудия и уголовного права. М., 1978, с. 119-130; Тарафухин С. А. Принцип экономии уголовной репрессии. – В кн.: Проблемы социалистической законности на современном этапе коммунистического строительства: Крат. тез. докл. и науч. сообщ. респ. науч. конф. Х., 1978, с. 181-182.

² Основания уголовно-правового запрета: криминализация и декриминализация / В. Н. Кудрявцев, П. С. Дагель, Г. А. Злобин и др. М., 1982. С. 241; Сов. гос-во и право. – 1979. – № 12. – С. 72.

³ Гальперин И. М. Уголовная политика и уголовное законодательство. – В кн.: Основные направления борьбы с преступностью. М., 1975. С. 60-61

⁴ Основания уголовно-правового запрета: криминализация и декриминализация / В. Н. Кудрявцев, П. С. Дагель, Г. А. Злобин и др. М., 1982. – С. 204-206, 220;

⁵ Ткаченко В. И. Необходимая оборона по уголовному праву. М., 1979. – С. 65-66

⁶ Тишкевич И. С. Условия и пределы необходимой обороны. М., 1969. – С. 38

*
* * *

В настоящей монографии изложены рекомендации по совершенствованию советского уголовного законодательства в части регламентации действий граждан, направленных на задержание преступника. В соответствии с ними целесообразно дополнить:

1) Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик – ст. 13¹ (УК УССР – ст. 15¹), изложив ее в следующей редакции:

Статья 13¹. Задержание преступника

Задержание гражданином очевидного преступника (вариант: Задержание гражданином лица, совершившего очевидное преступление...) признается общественно полезным действием, если оно вызвано необходимостью немедленного доставления его соответствующим органам власти.

Вынужденное причинение при этом вреда является правомерным, если не было допущено, превышение его пределов.

Превышение пределов причинения преступнику вреда, т. е. умышленное причинение вреда, явно не соответствующего опасности посягательства или обстановке задержания преступника, влечет ответственность лишь в случаях, специально предусмотренных законом (для УК УССР – ...предусмотренных ст. ст. 97¹ и 104¹ настоящего Кодекса).

2) УК УССР – ст. 97¹ и 104¹ следующего содержания:

**Статья 97¹. Убийство при превышении пределов причинения
преступнику вреда при его задержании**

Убийство преступника в результате превышения пределов причинения ему вреда при задержании, –

наказывается лишением свободы на срок до трех лет или исправительными работами на срок до двух лет.

**Статья 104¹. Тяжкое телесное повреждение при превышении
пределов причинения преступнику вреда при его задержании**

Тяжкое телесное повреждение, нанесенное преступнику в результате превышения пределов причинения ему вреда при задержании, –

наказывается лишением свободы на срок до одного года или исправительными работами на тот же срок.

Принятие этих предложений содействовало бы формальному обособлению указанных норм в самостоятельный комплекс уголовно-правовых предписаний и обеспечило бы относительно завершенное регулирование наиболее существенных моментов общественных отношений, складывающихся между государством и гражданином по поводу задержания преступника. Иными словами, это свидетельствовало бы об образовании такого самостоятельного института советского уголовного права, как задержание преступника. Наличие этого института существенно повысило бы уровень регулятивного воздействия уголовного права на поведение граждан, участвующих в борьбе с преступностью, позволило бы логически последовательно построить нормы о задержании преступника, придать им полный и законченный вид, что, в свою очередь, содействовало бы совершенствованию закона и созданию условий для правильного его применения.

ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ИСКЛЮЧАЮЩИЕ ПРЕСТУПНОСТЬ ДЕЯНИЯ

*Обстоятельства, исключающие преступность деяния. – Хафъков :
Основа, 1991. – 360 с.*

ПРЕДИСЛОВИЕ

В настоящее время, когда в нашей стране закладываются основы правового государства, большое значение приобретает усиление охраны прав и интересов личности, общечеловеческих ценностей, приоритет которых перед всеми иными ценностями является постулатом цивилизованной системы права. В связи с этим определенную актуальность приобретает исследование проблем коллизий между гражданином, с одной стороны, и государством и обществом, – с другой. В ст. 29 Всеобщей декларации прав человека записано: «При осуществлении своих прав и свобод каждый человек должен подвергаться только таким ограничениям, какие установлены законом исключительно с целью должного признания и уважения прав и свобод других и удовлетворения справедливых требований морали, общественного порядка и общественного благосостояния в демократическом обществе».

Одной из сфер, где возникают коллизии интересов человека, общества и государства, является сфера разграничения правомерного и преступного поведения. Граждане, а также уполномоченные государством лица нередко вынуждены совершать поступки, связанные с правомерным причинением вреда ценностям, которые охраняются уголовным законом (например, нанесение вреда посягающему при необходимой обороне, уничтожение чужого имущества в состоянии крайней необходимости, врачебное вмешательство с согласия больного, применение оружия работником милиции и т. д.). Поскольку такие поступки по внешним своим признакам совпадают с признаками преступных посягательств, вывод об их правомерности – прерогатива государства в лице специально на то уполномоченных органов и должностных лиц на основании закона и в соответствии с установленной им процедурой. Констатация того факта, что нанесенный вред соответствует требованиям закона, является основанием для признания совершенного деяния не только не общественно опасным и не уголовно противоправным, а, напротив, правомерным и, как правило, общественно полезным. Поэтому в науке уголовного права такие поступки именуется обстоятельствами, исключающими общественную опасность и противоправность, т. е. преступность деяния.

Определенная регламентация этих обстоятельств содержалась в Основах уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1958 г.¹ и УК большинства союзных республик, которые предусматривают необходимую оборону и крайнюю необходимость, а УК Украины², УК Узбекистана и УК Эстонии, кроме того, – и задержание преступника. В проекте Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных

¹ В дальнейшем – Основы 1958 г.

² В дальнейшем, если не оговорено иное, – УК.

республик¹ впервые был выделен раздел, посвященный обстоятельствам, исключаящим преступность деяния, где в окончательной редакции Основ, принятых 2 июля 1991 г. Верховным Советом СССР², закреплены необходимая оборона, задержание преступника, крайняя необходимость, оправданный профессиональный и хозяйственный риск. Известно также, что поступки, связанные с правомерным причинением вреда правоохраняемым интересам, предусматриваются и другими законодательными актами, например, Основами законодательства Союза ССР и союзных республик о здравоохранении, ИТК Украины и др. В последнее время приняты новые законы, в которых регламентируются, в частности, условия правомерности применения силы, специальных средств и оружия уполномоченными лицами государства (например, Закон Украины «О милиции», законы СССР «Об обязанностях и правах внутренних войск Министерства внутренних дел СССР при охране общественного порядка», «Об органах государственной безопасности в СССР» и др.). Вопросы применения законодательства о необходимой обороне и задержании преступника, а также о крайней необходимости и применении оружия постоянно привлекают внимание высших судебных органов союзных республик и Союза ССР³.

Исследование обстоятельств, исключаящих преступность деяния, занимает важное место в науке уголовного права. Традиционно большое внимание уделяется необходимой обороне и крайней необходимости⁴, определенную разработку получили проблемы задержания преступника⁵, согласия потерпевшего⁶, профессионального и хозяйственного риска⁷, исполнения приказа и выполнения профессиональных (служебных) функций, трансплантации органов человека и тканей человеческого тела, медицинского эксперимента и др.⁸ Некоторые криминалисты рассматривали общие проблемы обстоятельств, исключаящих преступность деяния, хотя в целом их решение не было подчинено какому-то единому подходу к этой проблеме⁹. Имеющиеся разработки, безусловно, способствуют развитию теоретической мысли в рассматриваемой области, их авторов объединяет стремление содействовать обеспечению прав и законных интересов личности, внести свой вклад в совершенствование законодательства и практики его применения. Вместе с тем становится все более очевидным, что в исследовании обстоятельств, исключаящих общественную опасность и противоправность деяния, наука подошла к определенному рубежу: накоплен достаточно обширный и разносторонний эмпирический материал, имеются определенные результаты аналитической деятельности, определились позиции по наиболее дискуссионным проблемам, новые аргументы, если и не исчерпаны, то строятся на известных исходных позициях. Все это свидетельствует о том, что дальнейшее

¹ См.: Известия. 1988. 17 дек. В дальнейшем – проект Основ.

² В дальнейшем – Основы 1991 г.

³ См., напр.: Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 16 августа 1984 г. № 14 «О применении судами законодательства, обеспечивающего право на необходимую оборону от общественно опасных посягательств» (Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1984. – № 5). В дальнейшем – постановление Пленума Верховного Суда СССР от 16 августа 1984 г.

⁴ См. работы: А. А. Андреевой, Л. В. Багрия-Шахматова, М. И. Блум, М. И. Бажанова, С. В. Бородина, В. А. Владимирова, З. А. Вышинской, И. А. Гельфанда, А. А. Герцензона, Н. Д. Дурманова, Н. И. Загородникова, В. Ф. Кириченко, В. Н. Козака, Н. Т. Куца, В. Д. Меньшагина, Г. А. Мендельсона, В. Д. Пакутина, Н. Н. Паше-Озерского, А. А. Пионтковского, Э. Ф. Побегайло, В. П. Ревина, А. И. Санталова, А. Б. Сахарова, И. И. Слуцкого, Ю. В. Солопанова, В. В. Сташиса, Ю. М. Ткачевского, В. И. Ткаченко, В. С. Трахтерова, И. С. Тишкевича, К. Халикова, Т. Г. Шавгулидзе, М. Д. Шаргородского, Е. А. Фролова, М. И. Якубовича и др.

⁵ См. работы: Ю. В. Баулина, Г. В. Бушуева, П. А. Волостного, З. А. Вышинской, В. П. Диденко, Б. А. Куринова, Э. Ф. Побегайло, В. П. Ревина, Б. В. Сидорова, И. С. Тишкевича, М. И. Якубовича и др.

⁶ См. работы: А. Н. Красикова, А. И. Санталова, И. И. Слуцкого, А. А. Пионтковского, М. Д. Шаргородского и др.

⁷ См. работы: Г. З. Анашкина, А. М. Гавяза, М. С. Гринберга, П. С. Дагеля, С. Г. Келиной, Ю. И. Ляпунова и др.

⁸ См. работы: П. П. Андрушко, В. А. Глушкова, И. И. Горелика и др.

⁹ См. работы: Я. М. Брайнина, А. А. Герцензона, Н. Д. Дурманова, А. Ф. Зелинского, И. И. Карпеца, М. И. Ковалева, В. Н. Козака, Б. А. Куринова, Н. Ф. Кузнецовой, Ю. И. Ляпунова, А. В. Наумова, Н. А. Овезова, Н. А. Огурцова, А. А. Пионтковского, А. И. Санталова, А. Б. Сахарова, И. И. Слуцкого, А. Н. Трайнина, Т. Г. Шавгулидзе, И. С. Тишкевича, Е. А. Фролова и др.

познание этих обстоятельств требует синтетического обобщения полученных результатов и построения на их основе некоторой новой концептуальной системы знаний. Создание подобной системы позволит с современных позиций оценить достигнутое, по-новому взглянуть на проблему обстоятельств, исключающих преступность деяния, определить их место среди близких им уголовно-правовых явлений, сформулировать общие для всех обстоятельств положения и на основе этого вновь обратиться к их конкретному исследованию. Такой подход к проблеме обстоятельств, исключающих преступность деяния, диктуется также необходимостью адекватного и полного отражения наукой приоритета общечеловеческих идеалов и ценностей. Отсюда важность и полезность использования нами накопленного цивилизацией опыта, в том числе в рассматриваемой области. Наконец, своевременность и необходимость указанных теоретических обобщений обуславливаются проводимыми в настоящее время работами по подготовке нового республиканского уголовного законодательства, где вопросы обстоятельств, исключающих преступность деяния, должны занять важное место.

Изложенное предопределило выбор, структуру и методы настоящего исследования. В первом разделе в главе I рассматривается общее понятие обстоятельств, исключающих преступность деяния, и делается вывод о том, что они представляют собой правомерные и общественно полезные (социально приемлемые) поступки, внешне подпадающие под признаки какого-либо преступления, совершаемые при наличии определенных оснований. Затем совокупность этих поступков подвергается системному анализу, выявляются их связи и опосредования, определяется их место в системе обстоятельств, исключающих уголовную ответственность, обосновывается их ближайший прогноз. В главе II исследуется нормативная база, отражающая в целом систему правомерных поступков; доказывается, что уголовно-правовые нормы, регулирующие указанные поступки, являясь поощрительными, находят свое место в различных отраслях законодательства и образуют своеобразный межотраслевой институт. Анализируются структура указанных норм, а также специфические черты правоотношений, возникающих при реализации их диспозиций и санкций. Завершается глава выводом, что реализация рассматриваемых норм воплощается в правомерных поступках, которые являются конечным результатом осуществленного права. Этот вывод предопределил дальнейшую логику исследования. В главе III с позиций системного подхода рассматриваются общие признаки, характерные как для оснований совершения, так и для отдельных элементов состава правомерных поступков, исключающих преступность деяния. Параллельно исследуются уголовно-правовые последствия совершения поступков, не отвечающих тем или иным признакам (условиям) правомерности. Учитывая особую значимость последствий, связанных с нарушением условия о пределах дозволенного вреда, в главе IV анализируются общие вопросы понятия, видов, квалификации и ответственности за превышение пределов вреда, причиненного при совершении поступков, исключающих преступность деяния. Второй раздел монографии посвящен наиболее дискуссионным вопросам, касающимся тех обстоятельств, которые предусмотрены действующим Уголовным кодексом Украины, а именно: необходимой обороне, задержанию преступника и крайней необходимости, причем эти вопросы решаются на основе общих положений по одной и той же системе. Наконец, в ходе всего изложения предлагаются рекомендации правотворческим и правоприменительным органам, а также обозначаются проблемы, нуждающиеся в дальнейшем исследовании. Автор отдает себе отчет в том, что многие проблемы обстоятельств, исключающих преступность деяния (философские, этические, правовые и др.), остались за рамками настоящей работы. Более того, некоторые из них являются дискуссионными и не претендуют на окончательное решение.

Автор признателен профессору М. И. Бажанову за ценные замечания и советы, высказанные при рецензировании рукописи, а также коллективу кафедры уголовного права Украинской юридической академии, ее заведующему Заслуженному работнику высшей школы Украинской ССР профессору В. В. Сташису за помощь в подготовке монографии к изданию.

Раздел первый
ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ОБСТОЯТЕЛЬСТВ,
ИСКЛЮЧАЮЩИХ ПРЕСТУПНОСТЬ (ОБЩЕСТВЕННУЮ
ОПАСНОСТЬ И ПРОТИВОПРАВНОСТЬ) ДЕЯНИЯ

Глава I
ПОНЯТИЕ И СИСТЕМА ОБСТОЯТЕЛЬСТВ,
ИСКЛЮЧАЮЩИХ ПРЕСТУПНОСТЬ (ОБЩЕСТВЕННУЮ ОПАСНОСТЬ
И ПРОТИВОПРАВНОСТЬ) ДЕЯНИЯ

§ 1. Вводные замечания

В ст. 3 УК «Основания уголовной ответственности», воспроизводящей ст. 3 Основ 1958 г., предусматривается, что «уголовной ответственности и наказанию подлежит только лицо, виновное в совершении преступления, т. е. умышленно или по неосторожности совершившее предусмотренное уголовным законом общественно опасное деяние». Эта формулировка закона, как известно, вызвала в литературе дискуссию о том, что же является основанием уголовной ответственности: совершение преступления, состав преступления, виновность лица в совершении преступления и др.¹ Большинство криминалистов считает единственным, необходимым и достаточным, основанием уголовной ответственности наличие в деянии лица состава преступления², что отражено в ст. 7 Основ 1991 г.: «Основанием уголовной ответственности является совершение деяния, содержащего все признаки состава преступления, предусмотренные уголовным законом». Отсюда следует, во-первых, что основанием уголовной ответственности выступает деяние, т. е. поступок человека; во-вторых, это деяние имеет уголовно-правовое значение, т. е. предусмотрено уголовным законом; в-третьих, оно содержит все признаки определенного состава преступления. Таким образом, основание уголовной ответственности всегда конкретно и определено: им может быть не преступление «вообще», а, напротив, лишь определенное преступное деяние (например, убийство, кража, хулиганство и т. д.), или, что одно и то же, совершение деяния, содержащего все признаки состава убийства, кражи, хулиганства и т. д. И хотя понятие «состав преступления» в литературе трактуется неоднозначно³, речь идет о так называемом юридическом составе преступления, т. е. о системе предусмотренных уголовным законом объективных и субъективных признаков, характеризующих определенное деяние в качестве преступления. Можно поэтому утверждать, что *основанием уголовной ответственности является преступное деяние.*

¹ См., напр.: Важный этап в развитии советского права // Тр. науч. сессии ВИЮН. М., 1960; *Карпушин М. П., Курляндский В. И.* Уголовная ответственность и состав преступления. М., 1974; *Санталов А. И.* Теоретические вопросы уголовной ответственности. Л., 1982 и др.

² См., напр.: Курс советского уголовного права: В 6 т. М., 1970. Т. 2. С. 87

³ См.: *Кудрявцев В. Н.* Общая теория квалификации преступлений. М., 1972. С. 72; *Черданцев А. Ф.* Логическая природа состава правонарушения // Охранительный механизм в правовой системе социализма. Красноярск, 1989. С. 32-55 и др.

Каждое преступное деяние – общественно опасно и уголовно противоправно¹. Общественная опасность как интегративное свойство деяния образуется в результате системного взаимодействия составляющих его структурных элементов – субъекта, объекта, субъективной и объективной сторон², и заключается в способности такого деяния причинить существенный вред наиболее важным ценностям общества, поставленным под охрану уголовного закона. Общественная опасность, таким образом, представляет собой объективный, субстанциональный или, как еще говорят, материальный признак деяния. Уголовная же противоправность, будучи обозначенной законодателем, является вторичным признаком такого деяния, юридическим выражением его общественной опасности. Причем в уголовном законе предусматриваются не все признаки состава общественно опасного деяния (это в принципе невозможно, да и не нужно), а лишь типичные, существенные, необходимые и достаточные для характеристики качественного своеобразия общественной опасности каждого деяния и ограничения данного состава от других составов преступлений и непреступных деяний. Следовательно, преступное деяние как основание уголовной ответственности характеризуется органическим единством его общественной опасности и уголовной противоправности: никакое деяние, каким бы общественно опасным оно ни казалось, не может считаться преступным, если оно не запрещено уголовным законом. Равным образом не может быть преступлением и деяние, которое хотя и формально содержит признаки какого-либо состава преступления, однако по существу не является общественно опасным. Это единство общественной опасности и уголовной противоправности – необходимое соотношение содержания и формы, где общественная опасность как материальный признак отражает социально-политическое содержание преступного деяния, а уголовная противоправность (формальный признак) – его юридическую форму³. Известно также, что общественной опасностью (вредностью) и противоправностью характеризуются не только преступления, но и другие виды правонарушений. И хотя до сих пор дискуссионно, обладают ли общественной опасностью гражданско-правовые деликты, административные и дисциплинарные проступки⁴, все же представляется верным мнение, что степень общественной опасности преступного деяния более высока по сравнению с иными правонарушениями, прежде всего административными проступками. Следовательно, преступное деяние как основание уголовной ответственности представляет собой органическое единство присущего ему определенному социально-политическому содержанию (повышенная степень общественной опасности) и соответствующего такому содержанию

¹ В понятие преступления многие авторы включают и такие обязательные его признаки, как виновность и наказуемость, о которых говорится в ч. 2 ст. 1 и ст. 3 УК, а также в ч. 1 ст. 8 Основ. Представляется, что виновность и наказуемость при определении преступления лишь конкретизируют общественную опасность и уголовную противоправность. Так, наказуемость является частью уголовной противоправности, под которой понимают запрещенность деяния уголовным законом под угрозой наказания (см., напр.: *Кузнецова Н. Ф.* Совершенствование норм о преступлении // Проблемы совершенствования уголовного закона. М., 1984. С. 34). Равным образом, нисколько не умаляя значение признака виновности, все же полагаем, что она находит свое место в качестве составной части прежде всего общественной опасности деяния, поскольку из всей массы общественно опасного поведения человека преступным признается лишь его виновный общественно опасный поступок. Иначе говоря, общественная опасность есть результат взаимодействия как объективных, так и субъективных признаков поступка, в том числе вины (см.: *Кривоченко А. Н.* Классификация преступлений. Х., 1984. С. 40). Вместе с тем признак виновности конкретизирует и уголовную противоправность, поскольку составной частью уголовно-правового запрета является вина.

² В связи со сказанным правильно отмечено, что состав преступления – «это прежде всего реально существующая система объективных и субъективных элементов, образующих и структурирующих общественную опасность деяния (состав общественно опасного деяния)» (*Кузнецова Н. Ф.* Состав преступления // Сов. уголовное право. Общая часть. М., 1981. С. 98).

³ См.: Курс советского уголовного права. М., 1970. Т. 2. С. 133; *Шуберт А.* Об общественной опасности деяния. М., 1960. С. 69.

⁴ См.: Уголовное право Украинской ССР на современном этапе. Часть общая. К., 1985. С. 40.

специфической юридической формы (запрещенность деяния под угрозой наказания именно уголовным законом). Указанное единство, однако, не является абсолютным, раз и навсегда данным. Напротив, оно относительно, отражает диалектику соотношения содержания и формы явления¹. Иногда его абсолютизируют, утверждая, что противоправно только то, что общественно опасно, и, напротив, только то, что общественно опасно, – противоправно². В этом случае не учитываются возможности расхождения между общественной опасностью деяния и его уголовной противоправностью в силу их относительной самостоятельности. Между тем еще А. А. Герцензон и Я. М. Брайнин указывали на уголовно-правовые последствия отмеченного расхождения³. Следует согласиться с В. М. Галкиным в том, что относительная самостоятельность общественной опасности деяния заключается в неполном совмещении ее с уголовной противоправностью: общественно опасное деяние по различным причинам может быть и не признано преступным (например, в силу неосознания законодателем общественной опасности такого деяния, упущения, неоперативности, сознательного отказа от криминализации и т. д.). В свою очередь, относительная самостоятельность уголовной противоправности состоит в том, что, как уже отмечалось, общественно опасное деяние получает свое уголовно-правовое значение не иначе, как через противоправность, устанавливаемую уголовным законом. Кроме того, в ряде случаев деяние может оказаться уголовно противоправным, не будучи общественно опасным⁴.

Изложенное позволяет заключить, что совершение поступка, не отвечающего единству содержания и формы преступления, свидетельствует о том, что данный поступок не является преступным и, значит, исключает уголовную ответственность. Отсюда следует, что поступками, исключающими уголовную ответственность, могут выступать прежде всего те, содержание которых аналогично преступлению, но их юридическая форма не соответствует форме преступления (сознательные и волевые поступки высокой степени общественной опасности, не запрещенные, однако, уголовным законом в силу, например, пробела в нем). Такие поступки именуются обстоятельствами, исключающими уголовную противоправность деяния. Далее, к числу рассматриваемых относятся и поступки, которые, например, содержат признаки какого-либо состава преступления, но не обладают соответствующим социально-политическим содержанием (например, малозначительные деяния, формально содержащие признаки какого-либо преступления; деяния; ошибочно признанные законодателем в качестве преступных, и т. д.). Указанные поступки именуются обстоятельствами, исключающими общественную опасность деяния, присущую преступлению. Наконец, нужно выделить и такие поступки, которые лишь по некоторым своим внешним признакам совпадают (подпадают) с признаками юридической формы состава преступления, но отличаются от преступного деяния как своим противоположным социально-политическим содержанием, так и иной юридической формой (например, необходимая оборона, крайняя необходимость, выполнение профессиональных обязанностей и др.)⁵. Очевидно, что подобное поведение исключает признаки не только преступного деяния, но и всякого другого правонарушения. Поэтому в науке они и получили название обстоятельств, исключающих общественную опасность и противоправность деяния. Специфика же указанных поступков в уголовном праве заключается в том, что они исключают именно признаки преступления, т. е. общественную опасность и уголовную противоправность (преступность) деяния.

¹ См.: Баулин Ю. В. Основания, исключающие преступность деяния. К., 1989. С. 6-7.

² См., напр.: Карпушин М. П., Курляндский В. И. Указ. соч. С. 155-156; Домахин С. А. Крайняя необходимость по советскому уголовному праву. М., 1956. С. 8.

³ См.: Герцензон А. А. Советское уголовное право. Общая часть. М., 1948 С. 54; Брайнин Я. М. Уголовный закон и его применение. М., 1967. С. 29-30.

⁴ См.: Галкин В. М. Проблемы полноты уголовно-правового регулирования // Проблемы совершенствования советского законодательства. М., 1987. № 37. С. 112.

⁵ См.: Баулин Ю. В. Право граждан на задержание преступника. Х., 1986. С. 22-24; его же. Основания, исключающие преступность деяния.

§ 2. Понятие обстоятельства, исключающего преступность деяния

Определение общего понятия обстоятельств, исключающих преступность деяния, имеет важное научное и практическое значение. Главная роль такого понятия – отразить то объективно реальное, что характеризует эти обстоятельства. Понятие указанных обстоятельств основывается на родовых свойствах (чертах, признаках) отдельных видов, фиксирует общее и единое в них, акцентирует внимание на том, что их объединяет, и отвлекает от того, что в них различно. Иными словами, в основе данного понятия лежат существенные, основные, определяющие свойства рассматриваемых обстоятельств. Именно в силу этого их понятие приобретает статус общего. Оно призвано отразить место обстоятельств в системе категорий (понятий) науки уголовного права. Это тем более важно, что в науке различным образом решается вопрос, к какому институту уголовного права относятся исследуемые обстоятельства; неодинаково определяются их уголовно-правовые характеристики; различным образом трактуются уголовно-правовые последствия совершения действий при наличии этих обстоятельств и т. п. Разрешению этих и других вопросов и призвано способствовать определение их общего понятия. Значение данного понятия далее определяется и задачей правильного истолкования и описания отдельных видов рассматриваемых обстоятельств. Такой подход вполне соответствует известному ленинскому высказыванию: «...кто берется за частные вопросы без предварительного решения общих, тот неминуемо будет на каждом шагу бессознательно для себя «наткаться» на эти общие вопросы»¹. Поэтому, прежде чем определить отдельные виды обстоятельств, необходимо представлять их общие, родовые свойства. Научное значение общего понятия обстоятельств, исключающих преступность деяния, имеет существенные прогностические свойства. Очевидно, что с дальнейшим поступательным развитием общества, прогрессом науки и техники будут появляться новые виды поведения, внешне подпадающего под признаки какого-либо преступления, но исключающие преступность содеянного. Уже сейчас геновая инженерия, молекулярная биология, медицина поставили на повестку дня вопросы нравственного и правового характера, в том числе правомерности некоторых видов человеческой деятельности (например, пределы вмешательства в геновую природу человека, пересадка органов человеческого тела, искусственное оплодотворение и др.). Однако в каких бы новых сферах общественной жизни ни появлялись соответствующие виды обстоятельств, исключающих преступность деяния, они тем не менее должны «вписываться» в их общее понятие.

Поэтому данное понятие призвано выступать как своеобразный масштаб, определяющий пути появления и виды новых обстоятельств. Чтобы отвечать этому требованию, оно должно отражать существенные признаки не только известных ныне обстоятельств, но и превосходить те, которые будут у вновь возникающих. Это качество, помимо всего прочего, определяет и практическое значение данного понятия, прежде всего в сфере правотворчества. Известно, что при подготовке новых Основ предлагалось закрепить в них общее понятие обстоятельств, исключающих преступность деяния и. И хотя законодатель пока не воспринял это предложение, такое понятие все же должно быть принято, с тем чтобы описание в законе отдельных видов обстоятельств, исключающих преступность деяния, учитывало признака их общего понятия. Более того, только опираясь на это понятие, можно правильно отразить в законе признаки конкретного вида обстоятельства, проявляющего себя в определенной сфере общественной жизни. Общее понятие обстоятельств, исключающих преступность деяния, немаловажно и для практики. Когда уголовный закон предусматривает ограниченный круг этих обстоятельств, а в практической деятельности приходится сталкиваться и с теми из них, которые пока еще не нашли своего прямого нормативного закрепления, для оценки последних необходим ориентир, которым и выступает общее понятие анализируемых обстоятельств.

¹ Ленин В. И. Полн. собр. соч. Т. 15. С. 368.

Имея в виду их общие признаки и преломляя их к конкретному случаю, правоприменитель будет иметь возможность принять по делу правильное решение. Наконец, разработка общего понятия рассматриваемых обстоятельств необходима и в учебных целях. Хотя программа курса уголовного права предусматривает в качестве одного из вопросов понятие и виды обстоятельств, исключающих общественную опасность и противоправность деяния¹, однако ни в учебной, ни в монографической литературе такое понятие по существу не сформулировано.

Определить понятие того или иного явления – значит раскрыть его важнейшие, решающие черты, которые в своем единстве отражали бы его качественное своеобразие и одновременно отличали его от смежных явлений². Следовательно, определить общее понятие обстоятельств, исключающих общественную опасность и противоправность деяния, – значит путем обобщения важных и существенных свойств, абстрагируясь от несущественных признаков, вычленив и описать те общие черты, которые объединяют и выделяют их в качественно своеобразную группу среди других уголовно-правовых явлений³. Наиболее правильное определение можно получить путем перехода от исследования отдельных видов обстоятельств к их общему понятию. Такой метод вытекает из того, что «...термин «понятие» есть синоним понимания сути дела, существа тех явлений, которые этим термином лишь обозначаются...»⁴. Поэтому понятия отдельных видов обстоятельств представляя собою определенные ступеньки в понимании сути всех обстоятельств, исключающих преступность деяния. Известно, что определить понятие можно различными способами. Наиболее рациональным представляется определять общее понятие рассматриваемых обстоятельств через род и видовое отличие. При этом следует иметь в виду, что признаки такого понятия являются разнопорядковыми, разноуровневыми. Это вытекает прежде всего из специфики явлений, регулируемых правом вообще и уголовным правом в частности, которая состоит в том, что все явления и понятия в праве являются не просто социальными, а социально-правовыми⁵. Из этого методологического вывода вытекает и ряд требований, предъявляемых к понятию обстоятельств, исключающих общественную опасность и противоправность (преступность) деяния. Во-первых, поскольку они суть определенные поступки людей, то вполне логично выявить именно те их специфические признаки, которые характеризуют данные поступки прежде всего с внешней стороны, позволяя тем самым выделить их из всей массы совершаемых социально-правовых поступков, не имеющих отношения к предмету исследования. Во-вторых, учитывая, что всякий человеческий поступок характеризуется социальным содержанием, возникает необходимость в установлении признаков, определяющих социально-политическое содержание обстоятельств, исключающих преступность деяния. В-третьих, принимая во внимание, что рассматриваемые поступки находятся в сфере права, обязательными признаками их общего понятия являются признаки юридической формы. В-четвертых, учитывая, что названные обстоятельства находятся в сфере уголовного права, естественно выделять признаки, характеризующие уголовно-правовые последствия их совершения. Таким образом, для того чтобы определить общее понятие обстоятельств, исключающих преступность деяния, следует выделить, назвать и описать ряд признаков, относящихся к разным сторонам и уровням этого понятия.

¹ См.: Уголовный закон: опыт теоретического моделирования. М., 1987. С. 120; Баулин Ю. В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния в проекте Основ уголовного законодательства // Тезисы докладов респ. конф. Тарту, 1989. С. 62; его же. О перспективах уголовно-правового регулирования обстоятельств, исключающих преступность деяния // Тезисы докладов респ. науч.-практ. конф. Минск, 1990. С. 175; Рад. право. – 1989. – № 3. – С. 14.

² См.: Программа курса «Уголовное право». Специальность 1801. Правоведение. М., 1990. С. 13.

³ См.: Керимов Д. А. Философские проблемы права. М., 1972. С. 64.

⁴ Ильенков Э. В. Проблема идеального // Вopr. философии. – 1973. – № 7. – С. 147.

⁵ См.: Кузнецова Н. Ф. Состав преступления: спорные вопросы // Вест. Моск. ун-та. – Сер. 11. Право. 1987. – № 14. – С. 22.

Рассмотрим эти признаки. При характеристике отдельных видов обстоятельств, исключающих преступность деяния, многие авторы испытывают затруднения в том, как их обозначить. Иногда как на отличительные признаки указывают, что они характеризуют «обстановку, при которой данное деяние совершается и которая деяние вызывает»¹. Но это, как заметил А. Б. Сахаров, не затрагивает главного общего свойства рассматриваемых обстоятельств, а именно: исключать преступность деяния². Представляется верным взгляд на обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность деяния, как на определенный акт человеческого поведения. Применительно к крайней необходимости это специально отметили А. Молодцов и В. Савельев, указав, что она представляет собой «конкретный акт человеческого поведения, т. е. действия, направленные на устранение опасности»³. Это положение может быть сформулировано более общим образом и распространено на все обстоятельства, исключающие преступность деяния. Все они представляют собой сознательные и волевые поступки человека. Так, необходимая оборона – это поведение гражданина, выразившееся в причинении посягающему вреда с целью защиты правоохраняемых интересов. Точно так же выполнение профессиональных обязанностей заключается в каком-то объективно выраженном поступке определенного лица, совершенного с какой-то общественно полезной целью. И в том, и в другом случае – это обычные поведенческие акты человека. Однако их необходимо отличать от оснований совершения рассматриваемых поступков. В самом деле, если необходимая оборона представляет собой причинение посягающему вреда, то ее основанием служит общественно опасное посягательство, вызывающее необходимость его немедленного предотвращения или пресечения. Равным образом, крайняя необходимость также выражается в причинении вреда определенным интересам, в то время как ее основанием выступает грозящая опасность правоохраняемым благам, неустраняемая в данной обстановке иными средствами, и т. д. Отмечаемое различие между поступком в основании его совершения отражает объективную реальность, когда вначале возникает некое внешнее событие, процесс, явление и т. д., которое затем вызывает необходимость совершения в ответ на это того или иного поступка, связанного с причинением вреда. Очевидно, что подобное основание должно быть достаточно весомым, способным оправдать причинение вреда наиболее важным ценностям личности и общества. Рассматриваемые основания представляют собой, как правило, исключительные по содержанию, сложные по составу и объективные по характеру факты реальной действительности, вызывающие и оправдывающие совершение правомерных поступков, связанных с причинением вреда объектам уголовно-правовой охраны. Отсутствие необходимого основания исключает возможность совершения такого поступка. Изложенное поэтому позволяет сделать вывод, что *каждое обстоятельство, исключающее преступность деяния, представляет собой единство правомерного поступка и присущего ему основания*. При таком подходе возможен единообразный взгляд на рассматриваемую проблему, облегчается выявление общих черт поступков и их оснований, появляется возможность соответствующей их систематизации и т. д.

Известно, что внешне выраженное поведение (а именно только оно и попадает в сферу права) проявляется в практических (физических) действиях людей или является словесным. Не противоречит этому и то, что в праве существует понятие бездействия. «Право, – отмечает В. Н. Кудрявцев, – не регулирует бездействия, оно предписывает или запрещает те или иные действия»⁴. Учитывая это, можно заключить, что обстоятельства, исключающие преступность деяния, представляют собой такие по-

¹ Курс советского уголовного права. В 5 т. Часть общая. Л., 1968. Т. 1. С. 460.

² См.: Уголовный закон: опыт теоретического моделирования. С. 122; Сов. юстиция. – 1983. – № 4. – С. 27.

³ Сов. юстиция. – 1983. – № 4. – С. 27.

⁴ Кудрявцев В. Н. Право и поведение. М., 1978. С. 9.

ступки человека, которые выражаются либо в активном поведении (действии), либо в пассивном (бездействии). Ныне действующее право подтверждает этот вывод. Так, ст. 15 УК обозначает необходимую оборону и задержание преступника через действие. Точно так же в ст. 16 УК, регулирующей крайнюю необходимость, речь идет о действии. Вместе с тем некоторые из обстоятельств, исключающих преступность деяния, могут выражаться и в бездействии. Например, в соответствии с ч. 1 ст. 27 проекта Основ исполнение приказа или распоряжения предусматривалось таким образом, что оно может быть выражено в форме как действия, так и бездействия. В форме бездействия может выражаться и исполнение лицом своего служебного долга и т. д. Таким образом, *первый признак общего понятия обстоятельств, исключающих преступность деяния, заключается в том, что все они представляют собой сознательные и волевые поступки в форме действия или бездействия, вызванные определенными основаниями.*

Очевидно, что в течение всей своей жизни граждане и должностные лица совершают огромное число поступков. Было бы некорректным относить их к названным обстоятельствам. Прежде всего, в этом нет никакой надобности, кроме того, такой подход был бы практически непригодным. Поэтому возникает необходимость в каком-то внешнем критерии, который мог бы отграничить круг поступков, попадающих в сферу обстоятельств, исключающих общественную опасность и противоправность (преступность) деяния. Таким критерием является внешнее сходство (совпадение) сознательного и волевого поступка человека с тем или иным преступным деянием. Именно тогда, когда совершенный поступок напоминает с внешней своей стороны то или иное преступление, возникает проблема обстоятельств, исключающих преступность деяния. Это служит также и поводом для возбуждения уголовного дела (ч. 2 ст. 94 УПК Украины) и его расследования. Например, лишение жизни нападающего при защите от посягательства на жизнь имеет много общего с умышленным убийством, а уничтожение имущества при устранении опасности в состоянии крайней необходимости сходно с преступлениями, предусмотренными ст. ст. 89 и 145 УК, и т. д. Однако правомерность указанных действий не является очевидной, и потому необходима специальная процессуальная деятельность уполномоченных на то органов государства и должностных лиц для констатации законности совершенных поступков. В. З. Лукашевич правильно пишет, что «в некоторых случаях наличие факта преступного события в момент возбуждения дела может носить вероятностный, а не достоверный характер, и без производства следственных действий установить достоверно наличие или отсутствие события преступления не представляется возможным (например, если имела место необходимая оборона и др.)»¹.

Итак, внешнее сходство (совпадение) с тем или иным составом преступления является обязательным, конститутивным признаков обстоятельств, исключающих преступность деяния. Иногда против этого возражают. Так, В. Н. Козак считал, что «говорить о внешней схожести как специфике анализируемой группы обстоятельств нет никаких оснований»². Но в таком случае не должен и не может вставать вопрос об обстоятельствах, исключающих преступность деяния. Как верно заметил И. Винер, «вопрос о наличии обстоятельств, исключающих общественную опасность деяния, возникает только в том случае, если в Основной части УК содержится соответствующий уголовно-правовой запрет»³. Так, если врач, выполняя свои профессиональные обязанности, ставит больному диагноз, не прибегая к помощи каких-либо препаратов или инструментов, то в этом случае не возникает какая-либо необходимость в оценке его поведения с точки зрения уголовного права. Иначе говоря, в подобных ситуациях

¹ Лукашевич В. З. Установление уголовной ответственности в советском уголовном процессе. Л., 1982. С. 10.

² Козак В. Н. Вопросы теории и практики крайней необходимости, Саратов, 1981. С. 54-55.

³ Современные тенденции развития социалистического уголовного права. М., 1983. С. 64.

нет надобности в использовании рассматриваемых обстоятельств, поскольку указанные действия врача даже внешне не напоминают собой какое-либо преступление. Вместе с тем положение может измениться, если, например, тот же врач произведет без согласия больного ампутацию руки или в результате хирургического вмешательства (даже с согласия больного) последний умрет. В таком случае часто необходимо расследование происшедшего, и, если в результате выяснится, что врач действовал в соответствии с установленными правилами, уголовная ответственность за причинение телесных повреждений или за лишение жизни будет исключена. Правовым основанием для этого послужит надлежащее выполнение врачом профессиональных обязанностей, исключаящее общественную опасность и противоправность (преступность) деяния. Касаясь оценки подобных ситуаций, И. Андреев писал: «...именно потому, что на практике случаи ампутации могут быть недостаточно ясными, целесообразно выяснить, почему тот или иной случай ампутации не содержит в себе состава преступления. А такому выяснению как раз и служат такие институты уголовного права, как состояние крайней необходимости и исполнение профессиональных обязанностей»¹. В. Н. Козак возражал против этого, но результаты обобщенной им практики свидетельствуют об обратном: во всех случаях крайней необходимости возбуждались уголовные дела по признакам определенного преступления, а затем прекращались за отсутствием его состава².

Отрицание признака внешнего сходства обстоятельств, исключаящих преступность деяния, с признаками того или иного преступления противоречит и действующему законодательству. Так, ст.ст. 15 и 16 УК характеризуют необходимую оборону и крайнюю необходимость, а ст. 13¹ УК Эстонии и задержание преступника как действия, подпадающие под признаки деяния, предусмотренного уголовным законом. Этот признак указывался и в проекте Основ применительно ко всем описанным в нем обстоятельствам, исключаящим преступность деяния.

Следует, однако, отметить, что в литературе подвергается сомнению сама правомерность такой формулировки в уголовном законе. З. А. Вышинская писала, что «подпадать» под признаки деяния, предусмотренного уголовным законом, может лишь действие, содержащее в себе признаки преступления³. Н. Ф. Кузнецова считает, что уголовный закон может предусматривать ответственность исключительно за преступления и поэтому он «ни формально, ни по существу не может признавать под него подпадающими или содержащими его признаки не общественно опасные деяния»⁴. Ю. И. Ляпунов также отмечает, что «приведенные законодательные определения по существу искажают соотношение юридической формы и социального содержания, которые, безусловно, должны соответствовать друг другу»⁵. Поэтому ни необходимая оборона, ни крайняя необходимость как общественно полезные действия, поощряемые нормами советского права и морали, ни формально, ни по существу не являются уголовно противоправными и, следовательно, никак не могут подпадать под признаки деяния, предусмотренного уголовным законом⁶. В связи с этим предлагалось исключить

¹ Андреев И. Рецензия на кн.: Трайнин А. Н. Общее учение о составе преступления. М., 1957 // Сов. гос-во и право. – 1959. – № 3. – С. 158. См. также: Грийберг М. С. Проблема производственного риска в уголовном праве. М., 1963. С. 32.

² Сов. юстиция. – 1983. – № 4. – С. 27.

³ См.: Вышинская З. А. Некоторые вопросы необходимой обороны по советскому уголовному законодательству // Учен. зап. ВИЮН. М., 1963. Вып. 16. С. 78-79.

⁴ Кузнецова Н. Ф. Состав преступления: спорные вопросы. С. 26.

⁵ Ляпунов Ю. И. Реформа уголовного законодательства и проблемы права // Сов. юстиция. – 1989. – № 3. – С. 31-32.

⁶ См.: Тишкевич И. С. Оборона от общественно опасного посягательства и меры по задержанию преступника: Дис. ... д-ра юрид. наук. Минск, 1969. С. 659; Кузнецова Н. Ф. Новая Конституция СССР и совершенствование уголовно-правовых средств борьбы с преступностью // Новая Конституция и актуальные вопросы борьбы с преступностью. Тбилиси. 1979. С. 22; Лившиц Ю. М. Значение общественной активности личности в предупреждении преступлений // Сов. гос-во и право. – 1978. – № 8. – С. 88.

из соответствующих статей закона указание, что совершенные, например, в состоянии необходимой обороны или крайней необходимости действия подпадают под признаки деяния, предусмотренного уголовным законом.

Приведенная выше формулировка действующего права критиковалась и по другим основаниям. Так, указывалось, что характеристика в законе защиты как действия, подпадающего под признаки деяния, предусмотренного уголовным законом, противоречит самой сущности необходимой обороны и может привести к неправильной морально-политической оценке, ослаблению воспитательной роли закона; способствует малой эффективности нормы о необходимой обороне; может создать представление об узаконенном безразличии к моральным истокам поступка и сдерживать его¹. При обсуждении проекта Основ отмечалось, что в законе необходимо подчеркнуть именно общественно полезный характер рассматриваемых обстоятельств и исключить указание, что они подпадают под признаки деяния, предусмотренного уголовным законом² (последнее предложение, как известно, было учтено в норме Основ 1991 г. о необходимой обороне).

Представляется, что критики содержащейся в УК формулировки недооценивают ее практическую значимость: проблема рассматриваемых обстоятельств возникает лишь при условии подпадения поступков под признаки какого-либо деяния, предусмотренного уголовным законом. У правоприменителя вопрос о преступности содеянного возникает именно потому, что рассматриваемые поступки совпадают с внешними признаками какого-либо состава преступления. Он оценивает происшедшее после учинения деяния, причем оценка касается видимых, внешних элементов совершенного поступка, взятых изолированно, без учета внутреннего его содержания, большей частью в статике, а не в динамике. Упрек же в том, что правомерные поступки не должны входить в предмет уголовно-правового регулирования, представляется несостоятельным. Законодатель, указывая, какие общественно опасные деяния признаются преступлениями, четко определяет и круг тех поступков, которые преступлениями не являются (ч. 2 ст. 7, ст.ст. 15, 16 УК). Трудно согласиться и с утверждением Ю. И. Ляпунова, что при необходимой обороне, крайней необходимости и других обстоятельствах, исключающих преступность деяния, искажается соотношение юридической формы и социального содержания. Как уже отмечалось, единство социально-политического содержания и юридической формы характерно лишь для преступления. Однако такое единство не абсолютно, а относительно. Поэтому в ситуациях, предусмотренных ст.ст. 15 и 16 УК, поступки, не соответствующие социально-политическому содержанию преступления, сходны с ними лишь по своим внешним, видимым признакам, т. е. признаками юридической формы того или иного преступления. Т. Г. Шавгулидзе правильно пишет, что необходимая оборона, крайняя необходимость и другие обстоятельства «не только лишены общественной опасности и противоправности, но даже формально не соответствуют составу преступления. В этих случаях имеется формальное соответствие лишь объективным признакам состава»³. Поэтому как действующие УК, так и проект Основ в целом правильно отражают один из важных признаков обстоятельств, исключающих преступность деяния. Нужно, однако, согласиться с З. А. Вышинской в том, что в законе все же следовало бы сказать не о подпадении рассматриваемых действий

¹ См.: *Тишкевич И. С.* Оборона от общественно опасного посягательства и меры по задержанию преступника: Дис. ... д-ра юрид. наук. Минск, 1969. С. 659; *Кузнецова Н. Ф.* Новая Конституция СССР и совершенствование уголовно-правовых средств борьбы с преступностью // Новая Конституция и актуальные вопросы борьбы с преступностью. Тбилиси. 1979. С. 22; *Лившиц Ю. М.* Значение общественной активности личности в предупреждении преступлений // Сов. гос-во и право. – 1978. – № 8. – С. 88.

² См.: Обсуждение проекта Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик // Сов. гос-во и право. – 1989. – № 3. – С. 146; *Тишкевич И. С.* Обсуждение проекта Основ уголовного законодательства // Вестн. Моск. ун-та. – Сер. 11. Право. – 1989. – Вып. 3. – С. 48.

³ *Шавгулидзе Т. Г.* Необходимая оборона. Тбилиси, 1966. С. 26.

под признаки деяния, предусмотренного уголовным законом, а лишь об их внешнем сходстве с таким деянием¹. Упрек же, что упомянутая выше формулировка способна повлиять на морально-политическую оценку поведения гражданина в рассматриваемых случаях, может быть в какой-то степени и оправдан. Но, отдавая предпочтение какому-либо одному *решению* вопроса, следует учитывать, что любое из них имеет свои недостатки. Указанием, что обстоятельства, исключающие преступность деяния, будучи поступками, лишь подпадают под внешние признаки деяния, предусмотренного уголовным законом, преследуются прежде всего практические цели, проводится четкая граница между преступным и не преступным деяниями, что имеет важное значение в деле охраны прав и законных интересов личности.

Изложенным, однако, не исчерпывается вопрос о подпадении данных поступков под внешние признаки преступного деяния. Необходимо определить, что понимается под таким подпадением, с какими признаками состава преступления могут быть сходны рассматриваемые обстоятельства, подпадают они под все составы преступлений или лишь под некоторые из них и др.

Очевидно, что внешнее (объективное) совпадение этих поступков с тем или иным составом преступления противоположно их внутреннему (субъективному) сходству. Иными словами, к кругу обстоятельств, исключающих преступность деяния, относятся лишь такие сознательные и волевые поступки, которые подпадают (сходны, похожи, подобны) под объективные признаки того или иного состава преступления. Следовательно, к этой группе не относятся поступки, как по объективным, так и по субъективным признакам совпадающие с тем или иным составом преступления. В таком случае содеянное является либо преступлением, либо хотя и не признается преступным (например, в силу малозначительности), но имеет иную социально-юридическую природу. И. Ребане верно отмечает, что в рассматриваемых случаях о подпадении под признаки деяния, предусмотренного уголовным законом, можно говорить, если действие или бездействие направлено против объекта уголовно-правовой охраны; это деяние совершило лицо, которое способно быть субъектом преступления; наконец, совершенное деяние соответствует признакам объективной стороны какого-либо вида или подвида преступления². Действительно, если правильно утверждение, что данные поступки подпадают под внешние признаки деяния, предусмотренного уголовным законом, то возникает вопрос: какие же признаки такого деяния являются внешними, объективными, видимыми? К числу таковых справедливо относят признаки субъекта, объекта и объективной стороны поступка³, т. е. те элементы поведения, которые являются общими как для преступления, так и для правоверного поступка.

Поскольку и преступление, и не преступное поведение, подпадающее под признаки преступления, относятся к видам правового поведения и их субъектом выступает человек, то отсюда вытекает и общее ограничение в отношении возраста и психического состояния их субъектов⁴. Такими субъектами могут быть только физические лица, вменяемые и достигшие возраста уголовной ответственности (общий возраст – 16 лет, пониженный – 14 лет). Поэтому правильно считать, что при обстоятельствах, исключающих преступность деяния, имеет место не только подпадение, но и полное совпадение (соответствие) возраста и вменяемости субъекта рассматриваемых поступков и соответствующих им преступлений. Если же тот или иной поступок имеет специального субъекта, то речь о подпадении признаков этого поступка под признаки соответствующего преступления может идти лишь тогда, когда (помимо возраста и вменяемо-

¹ См.: *Вышинская З. Д.* Указ. соч. С. 79.

² См.: *Ребане И.* Обстоятельства, исключающие общественную опасность деяния // Советское уголовное право. Общее учение о преступлении. Тарту, 1983. Ч. 3. С. 3-4 (на эст. яз.).

³ См.: *Русинов Р. К.* Сознание и правомерное поведение // Сов. гос-во и право. – 1983. – № 5. – С. 4.

⁴ См.: *Кудрявцев В. Н.* Правовое поведение: норма и патология. М., С. 70-71.

сти) совпадают и признаки специальных субъектов. В противном случае может иметь место либо иное обстоятельство, исключающее преступность деяния, либо преступное посягательство, либо поведение, не имеющее правового значения. Так, для решения вопроса об исключении уголовной ответственности за превышение власти по правилам исполнения служебного долга (например, в случае применения оружия) необходимо прежде всего констатировать, что признаки субъекта, применившего оружие, полностью соответствуют признакам субъекта преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 166 УК. В противном случае можно говорить либо об ином обстоятельстве, исключающем преступность применения оружия (например, о необходимой обороне, крайней необходимости и др.), либо о соответствующем преступлении.

Вторым элементом, по которому соизмеряется подпадение признаков рассматриваемых обстоятельств под признаки преступления, является объект уголовно-правовой охраны, под которым, как известно, понимают систему наиболее важных общественных отношений, поставленных законодателем под охрану уголовного закона от преступных посягательств¹. Очевидно, что вопрос о наличии обстоятельств, исключающих преступность деяния, возникает лишь тогда, когда причиняется вред тем благам (ценностям), которые находятся под охраной уголовного закона. Именно в связи с этим и решается вопрос о том, что имело место: преступление или соответствующий поступок, исключающий преступность деяния. Если же вред причиняется благам, не охраняемым уголовным законом, то сама постановка вопроса об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, беспредметна. Значение объекта заключается и в том, что он способен ограничивать круг обстоятельств, исключающих преступность деяния. Известно, что объект уголовно-правовой охраны определяет способ посягательства на него и тем самым ограничивает тот круг преступных посягательств, которые способны причинить ему вред². Но если ограничен круг преступных деяний на данный объект, то, следовательно, таким же образом ограничен и круг поступков, сходных с этими посягательствами. Именно этим можно объяснить, что такие обстоятельства, как, например, необходимая оборона и задержание преступника, исключают преступность лишь некоторых деяний, подпадающих под признаки главным образом преступлений против личности и собственности (лишение жизни, нанесение телесных повреждений, лишение свободы, уничтожение или повреждение имущества). Вряд ли можно представить необходимую оборону, которая была бы связана с причинением вреда политическим или трудовым правам граждан и т. д. В то же время очевидно, что пределы применения крайней необходимости шире, поскольку действия, совершенные в этом состоянии, значительно разнообразнее и потому способны причинить вред различным благам, охраняемым уголовным законом от сходных посягательств. Изложенное, таким образом, дает основание заключить, что подпадение поступков, исключающих преступность деяния, под признаки преступления имеет место лишь там, где их объекты совпадают³.

Наконец, третий элемент, признаки которого являются общими как для обстоятельств, исключающих преступность деяния, – так и для соответствующих преступлений, – это их объективная сторона. Известно, что любой поступок (преступный или правомерный) характеризуется объективными или, иначе, фактическими признаками (действие или бездействие, последствие, причинная связь), однако в зависимости от обстановки, условий места и времени совершение тех или иных действий приобретает характер общественно опасных или общественно полезных (допустимых). Важно подчеркнуть, что и в том, и в другом случае фактические, объективные признаки деяния

¹ См.: Тацкий В. Я. Объект и предмет преступления в советском уголовном праве. Х., 1988. С. 13-16.

² См.: Панов Н. И. Способ совершения преступления и уголовная ответственность. Х., 1982. С. 22

³ В рассматриваемых случаях речь идет о совпадении объектов уголовно-правовой охраны, преступления и правомерного поступка, исключающего преступность деяния.

являются одинаковыми. Именно на этом и основывается подпадение признаков объективной стороны поступков, исключающих преступность деяния, под объективную сторону того или иного состава преступления. Поскольку же описание в уголовном законе признаков объективной стороны тех или иных составов преступлений характеризуется известным своеобразием, то и внешнее сходство, рассматриваемых поступков по объективным признакам предопределяется особенностями законодательной конструкции соответствующего состава преступления. Этого не учитывает А. И. Санталов, когда пишет, что группа обстоятельств, исключающих общественную опасность и противоправность деяния, должна удовлетворять такому требованию, как причинение последствий, предусмотренных уголовным законом, в связи с чем может возникнуть вопрос о привлечении лица к уголовной ответственности¹. Между тем объективная сторона многих составов преступлений не предусматривает каких-либо последствий. Поэтому подпадение признаков рассматриваемых поступков с так называемыми формальными составами преступлений заключается в полном или частичном совпадении фактических признаков деяния с фактическими признаками действия или бездействия соответствующего состава преступления. Например, ношение оружия как принадлежности национального костюма полностью совпадает с фактическими признаками объективной стороны незаконного ношения оружия (ст. 218 УК РСФСР). Точно так же исполнение законного приказа о неказании помощи совпадает с фактическими признаками бездействия, предусмотренного ст. 112 УК. Напротив, совпадение объективной стороны поступков, исключающих преступность деяния, с признаками так называемых материальных составов преступлений выражается, прежде всего, в полном или частичном совпадении их фактических признаков действий (бездействия) и последствий. Например, смерть посягавшего, причиненная в пределах необходимой обороны, является последствием, характерным для убийства. Равным образом, нанесение телесных повреждений преступнику при его задержании совпадает с фактическими признаками объективной стороны преступлений против здоровья.

Изложенное позволяет заключить, что *подпадение обстоятельств, исключающих преступность деяния, под внешние признаки деяния, предусмотренного уголовным законом, заключается в полном совпадении признаков их субъектов и объектов, а также в полном или частичном совпадении фактических признаков их объективной стороны*. Из этого следует, что нет такого обстоятельства, исключающего преступность деяния, которое имело бы сходство по внешним своим признакам с любым составом преступления. Напротив, каждое из рассматриваемых обстоятельств имеет «свой» круг преступных деяний, под внешние признаки которых оно способно подпадать. Иными словами, любое из этих обстоятельств способно исключать преступность строго определенного круга деяний. Поэтому при решении вопроса о том, исключает ли преступность деяния тот либо иной поступок, необходимо прежде всего констатировать, что данный поступок и соответствующий состав преступления характеризуются одинаковыми признаками субъекта и объекта, а также совпадают по фактическим признакам объективной стороны. В противном случае совершенный поступок не может выступать обстоятельством, исключающим преступность этого деяния. Подобно тому, как определенным и конкретным является основание уголовной ответственности – преступное деяние, таким же определенным и конкретным признается и обстоятельство, исключающее его преступность.

Признаки рассматриваемых обстоятельств, как уже отмечалось, представляют собой поступки, связанные с дозволенным причинением вреда объектам уголовно-правовой охраны. Очевидно, что такое поведение имеет юридическое значение, и поэтому в силу объективной необходимости подлежит правовой регламентации, в чем заинтересованы как отдельные граждане, так и общество, а также государство. Из-

¹ См.: Курс советского уголовного права. Часть общая. А., 1968. Т. 1. С. 462.

вестно, что общесоюзное уголовное законодательство предусматривает четыре обстоятельства, исключающих преступность деяния: необходимую оборону и крайнюю необходимость, задержание преступника и оправданный профессиональный риск, признавая действия, совершенные в их состоянии, непроступными (ст.ст. 24-27 Основ 1991 г.). В то же время действия граждан по задержанию преступника в соответствии с ч. 3 ст. 15 УК признаются правомерными, что более четко отражает их юридическую природу. Такими же правомерными поступками являются необходимая оборона и крайняя необходимость, равно как и все другие поступки, исключающие общественную опасность и противоправность деяния. Это вытекает как из логического и систематического толкования закона, так и из того, что указанные поступки не являются общественно опасными, т. е. не обладают необходимым признаком любого правонарушения¹, и поэтому признаются правомерными.

Правомерным обычно считается поведение, соответствующее требованиям правовых норм². Верно отмечено, что этот «формальный» признак не менее важен для правомерного поведения, чем для противоправного, ибо именно он дает законные основания для охраны и защиты прав и законных интересов граждан и должностных лиц. Вместе с тем в литературе отмечается, что иногда правомерность поступка может быть прямо и не предусмотрена нормами права, но вытекать в общей форме из духа закона³. В таком случае правомерным, а следовательно, и гарантированным законом признается поведение, которое прямо не запрещено правом, не противоречит его принципам, соответствует личным и общественным интересам⁴. Подобное решение основано на известном принципе: «все, что не запрещено, разрешено», или «все, что не запрещено правом и допускается его принципами, не запрещается государственными органами в процессе правоприменительной деятельности»⁵. В отношении поступков, исключающих общественную опасность, Т. В. Церетели полагала, что основания отпадения общественной опасности указанных поступков могут быть почерпнуты не только из норм уголовного и иных отраслей права, но и корениться также в писанных и неписанных правилах, вырабатываемых отдельными отраслями науки и техники, нормах, регулирующих деятельность отдельных профессий, и т. д.⁶ Подобное мнение высказывалось и русскими криминалистами, а также поддерживается зарубежными авторами. Например, Э. Я. Немировский считал, что поскольку уголовный закон дает дополнительную защиту правоотношениям, нормируемым обычным правом, то и устранение противоправности может вытекать из последнего⁷. С точки зрения греческого криминалиста Г. А. Мангакиса, основания, исключающие противоправность, могут быть почерпнуты из всех отраслей писанного и неписанного права⁸. Наконец, японский ученый Кимура полагает, что «помимо указанных в законе существуют и другие обстоятельства, исключающие противоправность, которые находятся за «пределами законодательства»⁹. В связи с этим

¹ См.: Малейн Н. С. Правонарушение: понятие, причины, ответственность. М., 1985.

² См., напр.: Рыбушкин Н. Н. Правомерное поведение как компонент реализации права // Вопросы осуществления прав и обязанностей в развитом социалистическом обществе. Казань, 1983. С. 16-17; Нурписов Е. К. Психология правомерного поведения. Алма-Ата, с. 99; Оксамытний В. В. Правомерное поведение личности. К., с. 24.

³ См.: Правовая система социализма: В 2 т.; М., 1987. Т. 2. С. 177; Манов Г. Н. Аксиомы в советской теории права // Сов. гос-во и право. – 1986. – № 9. – С. 32.

⁴ См.: Правовая система социализма: В 2 т.; М., 1987. Т. 2. С. 177; Манов Г. Н. Аксиомы в советской теории права // Сов. гос-во и право. – 1986. – № 9. – С. 32.

⁵ См.: Матузов Н. И. О принципе «все, не запрещенное законом, – дозволено» // Сов. гос-во и право. – 1989. – № 8. – С. 3-9.

⁶ См.: Церетели Т. В. Основания уголовной ответственности и понятие преступления // Правоведение. – 1980. – № 2. – С. 63.

⁷ См.: Немировский Э. Я. Основные начала уголовного права. Одесса, 1916. С. 421.

⁸ См.: Мангакис Г. А. Греческое уголовное право. Общая часть // Современное зарубежное уголовное право. М., 1961. Т. 3. С. 397.

⁹ Цит. по: Игнатьев А. А., Кленов В. К. Учение о преступлении в теории уголовного права Японии // Сов. гос-во и право. – 1983. – № 11. – С. 100.

необходимо отметить, что в соответствии со ст. 35 УК Японии обстоятельством, исключающим уголовную ответственность, признается действие, совершенное в соответствии с законодательством либо в осуществление правомерного занятия¹.

В целом с таким подходом можно согласиться, поскольку он не приемлет понимания права только как системы норм, установленных и санкционированных государством. Очевидно, что в подобное понимание права не укладываются многие новые и, несомненно, правомерные отношения и поступки, диктуемые жизнью и активной деятельностью, направленной на качественное обновление советского общества². Правомерным поэтому должно признаваться всякое поведение, соответствующее высшим правовым началам, идеалам и принципам правового государства, в котором неотъемлемыми признаются общечеловеческие права и свободы личности, гарантируются их абсолютность и незыблемость, безусловность охраны и защиты.

Желательно, однако, чтобы поведение, внешне подпадающее под признаки преступления как имеющие важное правовое значение, с самого начала было облечено в юридическую форму субъективного права, правовой обязанности или служебного долга, в чем заинтересованы как отдельные граждане, так и общество в целом. Однако временное несоответствие между установлением объективного и появлением субъективного права, зависящее от ряда обстоятельств, не может служить основанием для отказа в признании и защите правомерного поведения. Именно поэтому квалификация указанных поступков в качестве правомерных, исключающих преступность деяния, происходит путем применения аналогии³. Правильно отмечает М. И. Бажанов, что «категорический запрет аналогии в Особенной части уголовного права, т. е. невозможность криминализации каких-либо деяний, прямо в Особенной части не предусмотренных, не исключает применения аналогии в Общей части УК»⁴. В отношении обстоятельств, исключающих преступность деяния, это может быть как аналогия закона, так и аналогия права. Например, Т. Г. Ткешелиадзе считает возможным применение по аналогии нормы о крайней необходимости к отдельным случаям производственного риска⁵. П. С. Дагель ссылается на постановление Пленума Верховного Суда СССР о необходимой обороне, где действия по задержанию преступника «как правомерные приравниваются к необходимой обороне»⁶. «Это «приравнивание», – писал он, – есть не что иное, как аналогия закона, поскольку задержание преступника и необходимая оборона – это различные обстоятельства, исключающие общественную опасность деяния; задержание преступника в качестве такого обстоятельства законом не предусматривалось; норма о необходимой обороне предусматривала лишь сходное обстоятельство»⁷.

Соглашаясь с таким подходом, следует отметить, что в рассматриваемых случаях по аналогии могут быть применены нормы, предусмотренные не только уголовным, но и другим законодательством, регулирующим правомерные поступки, внешне сходные с преступлением, поскольку все эти нормы в своем единстве образуют институт обстоятельств, исключающих преступность (общественную опасность и противоправность)

¹ См.: Уголовное право буржуазных стран: Общая часть. Сборник законодательных актов. М., 1990. С. 302.

² См.: Явич Л. А. Социализм: право и общественный прогресс. М., 1990. С. 28-29.

³ «Наличие аналогии в нашем праве лишний раз доказывает, что правомерно и подлежит защите не только то, что предусмотрено в законе, но и то, что не предусмотрено, но находится в сфере правового регулирования» (Матузов Н. И. Указ. соч. С. 9).

⁴ Бажанов М. И. Проблемы совершенствования Общей части Уголовного кодекса // Вопросы государства и права развитого социалистического общества. Х., 1975. С. 199.

⁵ См.: Ткешелиадзе Т. Г. Некоторые вопросы толкования закона // Новая Конституция и актуальные вопросы борьбы с преступностью. Тбилиси, 1979. С. 250-251.

⁶ Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР. 1924-1963. М., 1964. С. 180.

⁷ Дагель П. С. Об аналогии в советском уголовном праве // Учен. зап. Дальневост. ун-та. 1972. Вып. 61. С. 43.

деяния. Таким образом, аналогия закона в анализируемых ситуациях возможна при наличии двух условий: 1) если совершенный общественно полезный (приемлемый) поступок, внешне подпадающий под признаки какого-либо преступления, не предусмотрен действующим законодательством; 2) если в уголовном или ином законе имеется норма, регулирующая сходные правомерные деяния. Такая аналогия предусмотрена в п. 6 постановления Пленума Верховного Суда СССР от 30 марта 1990 г. «О судебной практике по делам о злоупотреблении властью или служебным положением, превышении власти или служебных полномочий, халатности и должностном подлоге», где сказано, что «в случаях, когда действия должностного лица, связанные с нарушением своих служебных полномочий, были совершены в целях предупреждения вредных последствий, более значительных, чем фактически причиненный вред, когда этого нельзя было сделать другими средствами, такие действия в соответствии с законодательством о крайней необходимости не могут быть признаны преступными»¹. Очевидно, что описанные здесь действия должностных лиц не в полной мере соответствуют признакам крайней необходимости. Так, если правовым основанием крайней необходимости является непосредственно грозящая интересам личности, общества или государства опасность, то, судя по приведенному разъяснению, основанием нарушения должностным лицом служебных полномочий не обязательно может выступать такая опасность. Кроме того, в соответствии со ст. 16 УК признаком правомерной крайней необходимости является фактическое причинение вреда, менее значительного, чем вред предотвращенный. В указанном же разъяснении речь идет о *цели* предупреждения вредных последствий, более значительных, чем фактически причиненный вред. Как представляется, Пленум Верховного Суда СССР сформулировал некоторые признаки так называемой служебной необходимости, которая не предусмотрена действующим правом, но ее признаки сходны с крайней необходимостью. Поэтому и было указано, что названные выше действия должностных лиц не могут быть признаны преступными в соответствии с законодательством о крайней необходимости, т. е. в данной ситуации рекомендовано применять аналогию закона.

Между тем возможны ситуации, когда совершенные поступки не будут иметь сходства ни с одним из известных обстоятельств, исключающих преступность деяния. В таком случае применение аналогии закона невозможно, но очевидно и другое: если совершенное деяние не является общественно опасным, оно ни при каких условиях не может быть признано преступным. В таких случаях, как писал П. С. Дагель, практика должна исходить из общих начал советского уголовного права, т. е. применять аналогию права². Добавим, что в подобных ситуациях общие принципы советского уголовного права должны конкретизироваться в принципах уголовно-правового института обстоятельств, исключающих преступность (общественную опасность и противоположность) деяния. Поэтому в конечном счете, принимая решение о неправомерности совершенного поступка, следует руководствоваться принципами этого института³. Т. В. Церетели обратила внимание на то, что, предоставляя в указанных случаях право правоприменительным органам судить об отсутствии общественной опасности деяния (и, следовательно, о его правомерности) при внешнем его сходстве с преступлением, нужно говорить не о подмене законодателя (ведь сфера уголовной ответственности по сравнению с законом не расширяется), а об исключении такой ответственности в соот-

¹ Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1990. – № 3. – С. 15.

² См.: Дагель П. С. Указ. соч. С. 46.

³ В литературе уже отмечалось, что «принципы отдельных уголовно-правовых институтов находятся в подчиненном отношении к принципам уголовного права в целом, и задача науки эту связь выявить. Не вызывает сомнения, однако, их влияние на правоустановительную и особенно на правоприменительную деятельность, а социальная ценность их вполне очевидна (Бажанов М., Стаиш В. Рецензия на кн.: Кузнецов А. В. Уголовное право и личность. М., 1977 // Сов. юстиция. – 1978. – № 6. – С. 31).

ветствии с общими принципами уголовного права¹. При этом, однако, следует сделать одну важную оговорку: признание правомерности действий в случаях, прямо не предусмотренных законом, может распространяться лишь на тех, кто не наделен государственно-властными полномочиями. В отношении же должностных лиц, облеченных такими полномочиями, указанное правило действовать не должно, поскольку закон, разрешая им определенные действия, тем самым запрещает другие, особенно если они связаны с причинением вреда наиболее важным ценностям, охраняемым уголовным законом. Здесь действует иной принцип: «не предусмотренное законом – запрещено»². Следовательно совершение уполномоченным должностным лицом действий, связанных с причинением вреда объектам уголовно-правовой охраны, только в том случае способно исключить их общественную опасность и противоправность, если они были предприняты в точном соответствии с предоставленными ему юридическими государственно-властными полномочиями.

Подводя итог рассмотрению признака правомерности поступков, исключающих преступность деяния, отметим, что такая *правомерность основывается на его соответствии нормам, предусмотренным уголовным или иными отраслями законодательства, а в отдельных случаях – общим принципам советского уголовного права, конкретизированным в принципах уголовно-правового института обстоятельств, исключающих преступность (общественную опасность и противоправность) деяния*³.

Известно, что правомерность поступка – юридическое выражение его социального содержания. Общественное же значение поступка проявляется в том, что он есть «акт взаимодействия с другими людьми и обществом»⁴. Поэтому когда решается вопрос об общественной опасности или полезности действий человека, то имеются в виду действия, в которых проявляется отношение человека к другим членам общества, общественному долгу и т. п.⁵ Именно общественной полезностью и характеризуются, по мнению криминалистов, поступки, исключающие преступность (общественную опасность и противоправность) деяния. Так, например, говорят об очевидной общественной полезности акта необходимой обороны и задержания преступника. Точно так же не вызывает сомнения полезность выполнения лицом профессиональных обязанностей и служебного долга и т. д. Вместе с тем ссылка на очевидность общественной полезности перечисленных, а также других рассматриваемых поступков не может выступать главным и убедительным аргументом. Для этого необходимо соотнести указанные поступки с самим критерием общественной полезности и на этой основе сделать соответствующие выводы.

Исходное, основное свойство полезности состоит в выделении духовных и материальных явлений и предметов, способных удовлетворять те или иные потребности человека. Эти предметы и явления могут служить для удовлетворения биологических, социальных и культурных потребностей. Причем они могут приобретать или, напротив, утрачивать полезность в различные исторические периоды, казаться полезными или бесполезными представителям различных слоев населения, этнических и культурных общностей, политических организаций, религиозных общин и т. д. Таким образом, смысл понятия «полезность» выражается в отношении социальных групп и индивидов к соответствующим потребностям, принимаемым или отвергаемым ими, а следовательно –

¹ См.: Церетели Т. В. Указ. соч. С. 83.

² См.: Манов Г. Н. Указ. соч. С. 32; Круглый стол на тему «Власть и право» // Человек и закон. – 1988. – № 10. – С. 12; Явич А. С. Указ. соч. С. 29.

³ Очевидно, что разработка принципов этого института представляет собой большую самостоятельную проблему, исследование которой выходит за рамки настоящей работы.

⁴ Кудрявцев В. Н. Право и поведение. С. 11.

⁵ См.: Карпушин М. П., Кузьяндский В. И. Указ. соч. С. 92.

но, и к оценке данных феноменов в качестве полезных или бесполезных¹. Отсюда явствует, что общественная полезность (необходимость) того или иного поступка относительна. Кроме того, оценка полезности поведения изменчива, поскольку с изменением общественных условий прежний вариант поведения может потерять свою полезность и приобрести противоположное качество – вредность для общества. Общественная полезность поведения, таким образом, обусловлена объективными социальными процессами в жизни общества. Это значит, что общественная полезность того или иного поступка должна оцениваться конкретно-исторически. Иными словами, она должна проходить контроль социального критерия², т. е. критерия социальной направленности поведения и достижения им общественных результатов, соответствующих прогрессивным общественным изменениям³. Если учесть, что высшей ценностью и критерием общественного прогресса являются человек, его благо, отношение его к миру и себе подобным⁴, то оценка общественной полезности или неполезности того или иного поступка в современных условиях определяется степенью его соответствия интересам гуманизации общества, демократии, свободы, всестороннего развития личности⁵, тем общечеловеческим нормам поведения, которые нашли свое мировое признание, в том числе социалистическим идеалам и ценностям, освобожденным от деформаций и догматизма.

Конкретизация полезности поступка выражается в его соответствии общественным интересам. Общественный интерес – это не абстрактная категория; он формируется в процессе социального общения участников общественных отношений, выступает как результат взаимодействия наиболее типичных и значимых интересов личности. О конкретном воплощении единства общественных и личных интересов свидетельствует прежде всего отношение человека к выполнению своих обязанностей. Только в этом случае возможна реализация общественных интересов, основанная на согласованных действиях всех звеньев общественной организации и сознательной дисциплины⁶. Поэтому выполнение лицом своего служебного долга или исполнение приказа, выполнение профессиональных обязанностей или исполнение закона, т. е. тех поступков, в основе которых лежит правовая обязанность, как правило, свидетельствуют об общественной полезности совершенного, ибо в основе этих поступков покоится, прежде всего, общественный интерес, сочетающий в себе и наиболее важные потребности личности. Вместе с тем, как верно отметил Л. С. Явич, общество объективно заинтересовано в том, чтобы граждане использовали и предоставленные законом права, не злоупотребляя ими во вред другим людям и обществу. Права и обязанности, официально признанные законом, в одинаковой степени выражают сочетание общественных и личных интересов⁷. С. А. Домахин применительно к крайней необходимости отмечал, что, защищая интересы отдельного лица, государство тем самым защищает и свои интересы, поэтому причинение ущерба определенным интересам государства для спасения индивидуальных интересов может расцениваться как общественно полезная деятельность⁸. Вместе с тем еще А. Н. Трайнин, подвергая это сомнению, писал: «...когда страдает невинный, нет оснований признавать, что крайняя необходимость так же, как и необходимая оборона, устраняет общественную опасность совершенных в этом со-

¹ См.: *Ракитов А. И.* Историческое познание. Системно-гносеологический подход. М., 1982. С. 7.

² См.: *Турафинов В. В.* Теория ценностей в марксизме. Л., 1968. С. 8, 9, 42 и др.

³ См.: *Социальные отклонения.* М., 1989. С. 82.

⁴ См.: *Шелике В.* Критерий социального прогресса // *Коммунист.* – 1990. – № 7. – С. 46-53.

⁵ См.: *Социальные отклонения.* С. 82.

⁶ См.: *Струков Э. В.* Сочетание интересов общества, коллектива и личности – выражение демократизации и гуманизации советской политической системы // *Сов. гос-во и право.* – 1983. – № 2. – С. 182.

⁷ См.: *Явич Л. С.* Рецензия на кн.: *Реализация прав граждан в условиях развитого социализма.* М., 1983 // *Сов. гос-во и право.* – 1985. – № 1. – С. 143.

⁸ См.: *Домахин С. А.* Указ. соч. С. 53.

стоянии действий. С другой стороны, не может вызывать сомнений, что состояние крайней необходимости исключает уголовную ответственность. Отсюда необходимо сделать вывод, что состояние крайней необходимости исключает противоправность совершенных в этом состоянии действий»¹. И, хотя он прямо не указывал, что состояние крайней необходимости предполагает совершение общественно опасных действий, тем не менее из его рассуждений, как верно заметил И. Андреев, «напрашивается вывод, что правомерное действие признается общественно опасным»². Такой вывод сформулировал В. И. Ткаченко, по мнению которого причинение в состоянии крайней необходимости физического вреда третьим лицам вряд ли может считаться полезным, поскольку действия, запрещенные законом, в том числе гражданско-правовые нарушения (к которым он относит и крайнюю необходимость), являются общественно опасными³. В последнее время высказаны и более радикальные взгляды. Так, В. Н. Козак признавал общественную полезность лишь за необходимой обороной, крайней необходимостью и задержанием преступника, т. е. за теми обстоятельствами, которые предусмотрены в уголовном законе. Что касается действий, совершенных при выполнении профессиональных обязанностей, исполнении приказа и др., то они «не лишены такого признака преступления, как общественная опасность, в них отсутствует лишь уголовная противоправность, поэтому они не могут рассматриваться в качестве обстоятельств, исключающих общественную опасность деяния»⁴. Еще дальше идет П. П. Андрушко, который считает, что при всех рассматриваемых обстоятельствах «иногда правомерные действия могут обладать свойством общественной опасности»⁵.

Таким образом, в литературе отстаивается мнение, согласно которому обстоятельства, исключающие преступность деяния, будучи правомерными поступками, в отдельных случаях являются общественно опасными по своему социально-политическому содержанию. Иными словами, в отдельных случаях (с указанной точки зрения) государство предоставляет гражданам и должностным лицам право и даже обязывает их (в случае выполнения юридических обязанностей или осуществления полномочий) совершать поступки, опасные для общества. С подобной позицией согласиться нельзя. Как уже отмечалось, обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность деяния, представляют собой различные правомерные поступки граждан и должностных лиц. В литературе долгое время существовал взгляд, что всякое правомерное поведение является общественно полезным. Подобный вывод в целом правильно отражает удельный вес и значение основной массы правомерных поступков в системе общественных отношений, поскольку такое поведение представляет собой главную форму жизнедеятельности членов общества⁶. Поэтому вполне обоснованно утверждать, что подавляющая масса правомерных поступков, исключающих общественную опасность и противоправность деяния, также характеризуется свойством общественной полезности. Этот вывод убедительно подтверждается многочисленными примерами необходимой обороны, крайней необходимости, выполнения профессиональных обязанностей и исполнения служебного долга. Вместе с тем нельзя не учитывать, что в целом позитивная оценка правомерного поведения, взятого в своем типичном проявлении, не может в полной мере распространяться на каждый случай такого поведе-

¹ *Трайнин А. Н.* Общее учение о составе преступления. М., 1957. С. 325.

² *Андреев И.* Указ. соч. С. 158.

³ См.: *Ткаченко В. И.* Теоретические основы необходимой обороны и квалификация преступлений, совершенных при превышении ее пределов: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1983. С. 23.

⁴ *Козак В. Н.* Указ. соч. С. 52.

⁵ *Андрушко П. П.* Юридическая природа и значение исполнения приказа и выполнения профессиональных функций в советском уголовном праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. К., 1987. С. 10-11.

⁶ См.: *Кудрявцев В. Н.* Право и поведение. С. 13.

ния¹. Такой вывод обусловлен тем, что в ряде случаев государство, признавая деяние правомерным, «опирается на комплексную, всестороннюю характеристику соответствующего явления; наряду с прямыми и ближайшими социальными последствиями поступка принимаются во внимание и его косвенные, побочные результаты и различные аспекты»². В силу этого в обществе на протяжении довольно длительного времени могут существовать правомерные поступки, которые, однако, не являются общественно выгодными. Борьба с такими поступками, вытеснение их из жизни путем правового запрета невозможны и нецелесообразны, поэтому государство и общество, допуская подобное поведение, вынуждены терпеть его, мириться с ним, добиваясь его вытеснения с помощью различных мер неправового воздействия³. Подобный вид правомерного поведения получил название социально допустимого или общественно приемлемого⁴. Следовательно, правомерное поведение в зависимости от социально-политического содержания закрепляемого им поступка может характеризоваться как общественно полезное, так и социально допустимое (приемлемое).

Это суждение непосредственно относится к рассматриваемым обстоятельствам, при которых в отдельных случаях поступки, исключающие преступность деяния, действительно не являются общественно полезными. Так, вряд ли полезным во всех случаях может быть признано причинение вреда здоровью или имуществу потерпевшего, даже с его согласия. Точно так же неоднозначной может быть оценка случаев применения оружия уполномоченным на то должностным лицом, равно как и лишение, например, жизни малолетнего в состоянии необходимой обороны и т. д. Вместе с тем отсутствие общественной полезности еще не дает основания для вывода, что подобные действия следует относить к числу общественно опасных. Свойство общественной опасности того или иного поступка способно проявиться лишь в условиях относительно широкого его распространения, т. е. общественная опасность может стать действительной его характеристикой лишь при такой распространенности данного деяния, при которой оно дезорганизует «урегулированность и порядок» общественной жизни⁵. Практика, однако, свидетельствует о том, что случаи совершения рассматриваемых правомерных поступков, не приносящих общественной пользы, носят разовый, единичный характер, исключающий их типичность. Поэтому есть основания считать, что подобные действия относятся к числу не общественно опасных, а общественно допустимых (приемлемых).

Очевидно, что различные виды обстоятельств, исключающих общественную опасность и противоправность деяния, обладают различной степенью общественной полезности. Этот вывод основывается на том, что «помимо общественно необходимого и общественно вредного поведения право предусматривает и такие виды поступков, которые прямо нельзя отнести к указанным категориям, хотя и молено оценить с позиций большей или меньшей их желательности или нежелательности для социалистического общества»⁶. Более того, даже в рамках одного и того же обстоятельства, исключающего преступность деяния, вполне возможны правомерные действия, характеризующиеся как высокой степенью общественной полезности, так и такие, которые лишь приемлемы, допустимы, терпимы государством и обществом в силу различных обстоятельств. Применительно к крайней необходимости это верно отметил С. А. Домахин: «Как можно и должно говорить о меньшей или большей степени общественной опасности действия, так можно и должно говорить и о меньшей или большей степени

¹ См.: Нуртеев Е. К. Указ соч. С. 100.

² Кудрявцев В. И. Правовое поведение: норма и патология. С. 95.

³ См.: Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. М., 1974. С. 64-65; Бурлай Е. В. Нормы права и правоотношения в социалистическом обществе. К., 1987. С. 15 и др.

⁴ См.: Нуртеев Е. К. Указ. соч. С. 101; Кудрявцев В. И. Правовое поведение: норма и патология. С. 95.

⁵ См.: Денисов Ю. А. Общая теория правонарушения и ответственности. Л., 1983. С. 28-29.

⁶ Кудрявцев В. И. Право и поведение. С. 40.

общественной полезности совершенного в состоянии крайней необходимости действия»¹. Следует поэтому согласиться с И. Ребане, что одни из рассматриваемых обстоятельств требуют своего стимулирования, а другие нет, хотя это различие и носит относительный характер².

Тезис о том, что рассматриваемые правомерные поступки по своему социально-политическому содержанию являются общественно полезными или социально приемлемыми (допустимыми), ставит под сомнение предложения некоторых криминалистов законодательно закрепить положение об общественной полезности обстоятельств, исключающих общественную опасность и противоправность (преступность) деяния³. Такое предложение исходит из типичного проявления необходимой обороны, крайней необходимости, задержания преступника и других обстоятельств, исключающих преступность деяния, как поступков общественно полезных и не учитывает, что в ряде случаев они могут быть лишены этого свойства, оставаясь в то же время поступками правомерными. Заслуживает внимания суждение М. И. Блум о том, что «уголовный закон должен определять только круг преступных деяний и обстоятельств, при которых запрещенные уголовным законом действия перестают быть общественно опасными и преступными. Уголовный закон не может и не должен определять общественно полезные деяния»⁴. Интересно отметить, что и Основы 1991 г., где предусматриваются четыре обстоятельства, исключающих преступность деяния, ни в одной из норм не указывают на их общественную полезность. Если же быть последовательным, то в законе следовало бы указать и на правомерность, и на общественную полезность, а равно и на социальную допустимость поступков, исключающих преступность деяния, либо лишь на их правомерность, как это и сформулировано в действующем праве применительно к задержанию преступника.

Единство материального (общественная полезность или приемлемость) и формального (правомерность) признаков поступков, подпадающих под внешние признаки какого-либо преступления, позволяет определить и уголовно-правовые последствия их совершения. Поскольку такие поступки ни по своему социально-политическому содержанию, ни по юридической форме не соответствуют признакам преступного деяния, они одновременно исключают и общественную опасность, и уголовную противоправность, т. е. преступность совершенного деяния. Это последствие закреплено как в действующих УК, так и в Основах 1991 г., где указывается на непреступность действий в состоянии необходимой обороны, крайней необходимости, при задержании преступника, профессиональном, а также хозяйственном риске.

В литературе, однако, распространено мнение, что рассматриваемые поступки исключают лишь общественную опасность деяния⁵. При этом авторы часто исходят из того, что общественная опасность является обязательным, главным материальным признаком преступления⁶ и, следовательно, отсутствие ее автоматически исключает и противоправность. В этом суждении не учитывается, что обязательным формальным

¹ Домахин С. А. Указ. соч. С. 51.

² См.: Ребане И. Указ. соч. С. 4.

³ См.: Каликов Н. Необходимая оборона по советскому уголовному праву: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Алма-Ата, 1970. С. 14. Кузнецова Н. Ф. Новая Конституция СССР и совершенствование уголовно-правовых средств борьбы с преступностью. С. 22; Баулин Ю. В. Право граждан на задержание преступника. С. 13; Тенчов Э. С. Институты уголовного права: система и взаимосвязь // Сов. гос-во и право. – 1986. – № 8. – С. 62 и др.

⁴ Блум М. И. Некоторые вопросы необходимой обороны // Учен. зап. Латв. ун-та. – 1962. – Т. 44. – Вып. 4. – С. 45. Отсюда М. И. Блум делала вывод, что законодатель полностью отразил в действующей редакции ст. 13 Основ общественную полезность деяний, совершенных в интересах самозащиты.

⁵ См. напр.: Советское уголовное право. Часть общая. М., 1974. С. 18; Леоненко В. В. Понятие и виды обстоятельств, исключающих общественную опасность деяния по советскому уголовному праву // Уголовное право Украинской ССР на современном этапе. Часть общая. К., 1985. С. 190 и др.

⁶ См.: Леоненко В. В. Указ. соч. С. 190.

признаком преступления является и его уголовная противоправность. Поэтому отсутствие преступления имеет место при отсутствии не только общественной опасности деяния, но и его уголовной противоправности. Следует иметь в виду и то, что общественную опасность деяния исключают не только общественно полезные (приемлемые) и правомерные поступки, но и деяния, имеющие иную социально-юридическую природу (например, малозначительные деяния), объединение которых с рассматриваемыми поступками вряд ли оправдано.

Иногда также считают, что рассматриваемые обстоятельства «могут исключать либо общественную опасность деяния, либо его противоправность, либо то и другое одновременно»¹. Это мнение основано на том, что в некоторых случаях указанные поступки могут быть правомерными, но общественно опасными, либо, напротив, общественно полезными, но неправомерными. Учитывая, что преступное деяние обладает повышенной степенью общественной опасности и запрещается только уголовным законом, трудно представить, чтобы разрешенный поступок характеризовался высокой степенью общественной опасности и наоборот. Нельзя, конечно, исключать, что в течение какого-то времени (в силу ошибки законодателя, изменения социально-экономических или политических условий и т. д.) могут иметь место некоторые общественно полезные поступки, запрещенные уголовным законом, или, напротив, общественно опасные деяния, не запрещенные им. Но это свидетельствует лишь об аномалии в правовом регулировании общественных отношений. Общее же правило, как отмечалось, состоит в том, что правомерными признаются только общественно полезные (социально допустимые) поступки. К их числу и относятся обстоятельства, исключающие одновременно общественную опасность и противоправность деяния и, значит, уголовную ответственность лица за такое деяние.

Как уже отмечалось, основанием уголовной ответственности является совершение преступного деяния. Вместе с тем в ряде случаев поведение человека с внешней своей стороны может быть похожим на преступление, однако не является таковым по существу. Так, непреступно общественно опасное посягательство невменяемого или малолетнего, лица, причинившего вред при казусе или под влиянием непреодолимой силы, и т. п. Равным образом исключается преступность деяния и в случае его малозначительности, не запрещенности уголовным законом и т. д. Перечень обстоятельств, влияющих на признание деяния непреступным, является многочисленным и разнородным². Однако всех их объединяет то, что они в любом случае исключают основание уголовной ответственности, т. е. преступность деяния, а следовательно, и саму возможность возложения на лицо уголовной ответственности за совершенное. В числе таких обстоятельств и находят свое место поступки, исключающие общественную опасность и противоправность (преступность) деяния. Поэтому обоснованно считать, что именно они исключают уголовную ответственность. В силу сказанного нельзя согласиться с авторами, которые относят их к основаниям освобождения от уголовной ответственности³, причем даже эти авторы допускают непоследовательность в употребляемой терминологии, не придавая этому особого значения⁴. Представляется, что разграничение понятий «исключение уголовной ответственности» и «освобождение» от нее имеет не только важное политическое и юридическое, но и нравственное значение. Ис-

¹ Курс советского уголовного права. Часть общая. А., 1968. Т. 1. С. 462. См. также: *Андрушко П. П.* Указ. соч. С. 10.

² См.: *Баулин Ю. В.* Обстоятельства и основания, исключающие уголовную ответственность // Актуальные проблемы реализации уголовной ответственности. Куйбышев, 1988. С. 32-40.

³ См. напр.: *Кириченко В. Ф.* Основные вопросы учения о необходимой обороне в советском уголовном праве. М.; А., 1948. С. 41; *Паше-Озерский Н. Н.* Необходимая оборона и крайняя необходимость по советскому уголовному праву. М., 1962. С. 173; *Проблемы теории государства и права.* М., 1987. С. 323.

⁴ См.: *Козак В. И.* Указ. соч. С. 51; *Елеонский В. А.* Поощрительные нормы уголовного права и их значение в деятельности органов внутренних дел. Хабаровск, 1984. С. 16, 27, 31-32; Бюл. Верхов. Суда РСФСР. – 1987. – № 11. – С. 15.

ключение уголовной ответственности и освобождение от таковой объединяет то, что специально уполномоченные органы государства не возлагают на данное лицо ограничения личного, имущественного и иного характера, предусмотренные уголовным законом, в том числе связанные с вынесением обвинительного приговора суда, назначением и отбыванием уголовного наказания, а также наличием судимости. Важное отличие, однако, заключается в том, что при исключении уголовной ответственности отсутствует само основание такой ответственности, т. е. преступное деяние: совершенное лишь внешне подпадает под признаки какого-либо преступления, например при необходимой обороне, крайней необходимости и во всех иных подобных случаях. Напротив, об освобождении от уголовной ответственности можно говорить тогда, когда лицо уже совершило преступное деяние, однако при наличии указанных в уголовном законе условий; характеризующих учиненное деяние или (и) личность преступника, те же специальные органы государства освобождают данное лицо от бремени претерпевания им уголовной ответственности. Такое освобождение в силу прямых указаний закона может быть факультативным (например, освобождение в порядке ст. 51 УК от уголовной ответственности с заменой ее мерами общественного воздействия) либо обязательным (например, при истечении сроков давности привлечения к уголовной ответственности в соответствии со ст. 48 УК; в случаях освобождения от уголовной ответственности, предусмотренных Особенной частью УК – ч. 2 ст. 56, ч. 3 ст. 170, ч. 2 ст. 222, ст. 229). В литературе правильно отмечается, что лишена смысла постановка вопроса об освобождении от уголовной ответственности, когда сам факт преступления отсутствует, ведь в таких случаях не от чего освобождать лицо, не совершавшее преступление¹. Поэтому общественно полезные (приемлемые) и правомерные поступки способны лишь исключать уголовную ответственность лица за содеянное.

Проведенный анализ, таким образом, позволяет назвать следующие признаки обстоятельства, исключающего преступность (общественную опасность и противоправность) деяния: 1) представляет собой сознательный и волевой поступок человека, подпадающий под внешние признаки преступлений и совершаемых при наличии к тому определенных оснований; 2) по своему социально-политическому содержанию является общественно полезным или социально приемлемым (допустимым); 3) предусмотрен нормами различных отраслей законодательства; 4) исключает общественную опасность и противоправность деяния и тем самым уголовную ответственность, т. е. является правомерным.

С учетом названных признаков понятие рассматриваемого обстоятельства может быть сформулировано следующим образом: *обстоятельство, исключающее общественную опасность и противоправность деяния, – это предусмотренный различными отраслями законодательства и внешне сходный с преступлениями общественно полезный (социально приемлемый) и правомерный поступок, совершаемый при наличии определенных оснований, исключающий общественную опасность и противоправность деяния, а тем самым и уголовную ответственность лица за причиненный вред.*

§ 3. Система обстоятельств, исключающих преступность деяния

Как уже отмечалось, обстоятельства, исключающие преступность деяния, образуют собой определенную совокупность (множество). Число таких обстоятельств в науке и законодательстве определяется различно. Так, В. Платонов выделял необходимую

¹ См.: Гальперин И. М. Взаимодействие государственных органов и общественности по борьбе с преступностью. М., 1972. С. 78; Келина С. Г. Теоретические вопросы освобождения от уголовной ответственности. М., 1974. С. 7-8.

оборону, крайнюю необходимость и исполнение обязательного приказа¹, в то время как Н. С. Таганцев называл восемь оснований, уничтожающих преступность деяния, – исполнение закона, исполнение приказа, дозволение власти, осуществление дисциплинарной власти, осуществление профессиональных обязанностей, осуществление частного права, необходимую оборону и крайнюю необходимость². Кроме того, С. В. Познышев относил к рассматриваемым поступкам задержание преступника для представления его компетентной власти³, а Э. Я. Немировский – направление деяния на собственное благо⁴. Современное законодательство, а также наука уголовного права относят к числу обстоятельств, исключающих преступность деяния, довольно значительный круг правомерных поступков. Наиболее типичные среди них – осуществление своего права, необходимая оборона, крайняя необходимость, задержание преступника, дозволенный риск, согласие потерпевшего, занятие спортом, выполнение правовых обязанностей, исполнение закона, приказа или приговора, выполнение профессиональных функций, исполнение обязанностей воинской службы, принуждение для выполнения правовой обязанности, коллизия обязанностей, исполнение служебного долга, последнее средство, правомерное применение физического насилия, специальных средств и оружия, исполнение законной функции власти, принуждение к повиновению, разрешенная самопомощь, осуществление родительской власти в отношении детей, врачебное вмешательство и др. Очевидно, что даже неполный перечень названных и других подобных поступков показывает, что они, будучи связанными с причинением, вреда благам, охраняемым уголовным законом, довольно распространены в реальной действительности, представляют собой один из ее срезов. Известно, что социальную действительность определяют индивиды, а также взаимодействия и взаимосвязи их поступков, каждый из которых совершается в рамках определенной сферы общественных отношений: для необходимой обороны характерна сфера семейно-бытовых отношений, а для исполнения служебного долга – общественно-политическая сфера и т. п. Поскольку же общественные отношения не существуют изолированно друг от друга, то очевидно, что различные виды деятельности, имеющие место в рамках общественных отношений, являются взаимосвязанными. Если же удастся выделить конкретную специфику такой взаимосвязи, это дает основания объединять названные виды деятельности в определенные социальные системы. О специфике такой взаимосвязи могут свидетельствовать, в частности, общие признаки деятельности, многие из которых применительно к поступкам, исключающим преступность деяния, были названы ранее. Поэтому правомерные и общественно полезные (социально приемлемые) поступки, внешне подпадающие под признаки какого-либо преступления, взятые в своей взаимосвязи, могут быть рассмотрены в виде определенной социально-правовой системы. Целью и назначением исследования такой системы является не только упорядоченное представление об указанных поступках, но и выявление процессов развития и функционирования их единства во внутренних и внешних его характеристиках. Это, в свою очередь, требует системных методов исследования, сущность которых заключается в отражении реально существующей системы поступков в системе знаний об этих поступках⁵. Такой подход позволяет не только систематизировать представления об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, но и в ряде случаев по-новому решить связанные с ними проблемы, увидеть целостность этих об-

¹ См.: Платонов В. И. Уголовное право. СПб, 1903. С. 76.

² См.: Таганцев И. С. Лекции по русскому уголовному праву. Часть общая. СПб, 1888. Вып. 2. С. 542.

³ См.: Познышев С. В. Основные начала науки уголовного права. Общая часть уголовного права. 2-е изд., испр. и доп. М., 1912. С. 142.

⁴ См.: Немировский Э. Я. Указ. соч. С. 424.

⁵ В литературе указанные обстоятельства неоднократно именовались системой, однако до сих пор их системное исследование так и не было предпринято.

стоятельств, определить их место и роль в более широком круге сходных социально-правовых явлений, перспективы развития и т. п.¹

Системообразующим фактором объединения правомерных поступков, исключающих преступность деяния, в единую систему является *социально-правовой результат*, который задается заранее и достигается в процессе функционирования данной системы. Этим результатом выступает совершение указанных поступков как основания исключения общественной опасности и противоправности, а тем самым и преступности деяния, и, следовательно, уголовной ответственности лица за причиненный вред. Такое суждение дает возможность относить рассматриваемую систему поступков к числу *функциональных*, которые определяются как совокупная и целенаправленная деятельность по достижению определенного результата². Особенность указанной функциональной системы состоит в том, что ее элементами выступают поступки, имеющие двойственную юридическую характеристику. С одной стороны, правомерные поступки, внешне подпадающие под признаки преступлений, являются элементами системы того вида общественных отношений, где они прежде всего проявляют себя в силу своего предметного содержания. Например, необходимая оборона, крайняя необходимость, выполнение профессиональных обязанностей или исполнение служебного долга – это элементы соответствующих систем в сфере правоохранительных, трудовых, государственно-служебных и иных отношений. С другой стороны, эти же поступки, объединенные между собой по признакам правомерности, внешнего сходства с тем или иным преступлением и др., рассматриваются в качестве элементов другой функциональной системы, а именно: системы общественно полезных (допустимых) и правомерных поступков, исключающих преступность (общественную опасность и противоправность) деяния, и в этом своем качестве они приобретают уже уголовно-правовое свойство. Будучи включенными в данную систему, указанные поступки претерпевают определенные изменения согласно природе этой системы, ибо последняя является тем «полем», в котором действуют собственные, свойственные именно этой системе, специфические закономерности, подчиняющие и определенным образом преобразующие входящие в нее элементы соответственно своей внутренней природе. Иными словами, «один и тот же феномен приобретает различное качество в разных системах и на различных этапах развития той же самой системы»³. У рассматриваемых поступков, например, актуализируются такие свойства, которые не проявляют себя в других системах. Так, на первый план выдвигаются признак внешнего сходства поступка с тем или иным преступлением, отличие его от этого посягательства, форма правомерности, функция исключения уголовной ответственности и др. Изложенное позволяет заключить, что рассматриваемые поступки принадлежат не одной, а различным видам систем, т. е. являются полисистемными, что в общем вполне соответствует представлениям о полисистемности социальной деятельности человека⁴. Такая полисистемность объясняется двойственным юридическим свойством поступков, исключающих преступность деяния: будучи общественно полезными (приемлемыми) и правомерными, они, с одной стороны, являются элементами тех систем поступков, которые соответствуют *их* предметному содержанию, а с другой – внешне подпадая под признаки того или иного преступления, эти поступки выступают элементами уголовно-правовой системы обстоятельств, исключающих преступность (общественную опасность и противоправность) деяния.

Система правомерных поступков, исключающих преступность деяния, характеризуется теми же чертами, что и любая другая система, а именно: интегративным каче-

¹ См.: О методологии системных исследований в области права // Сов. гос-во и право. – 1980. – № 12. – С. 56.

² См.: Кудрявцев В. Н. Функциональные системы в области права. Вопр. кибернетики. Вып. 40. Правовая кибернетика. М., 1977. С. 18.

³ Афанасьев В. Г. Системность и общество. М., 1980. С. 93.

⁴ См.: Гвишиани Д. М. Материалистическая диалектика – философская основа системных исследований // Системные исследования. Методологические проблемы. Ежегодник. 1979. М., 1980. С. 10.

ством, компонентним (елементним) составом, структурной организацией, коммуникативностью, развитием, управлением и др.

Важнейшая внутренняя характеристика данной системы – наличие у нее интегративного качества, т. е. такого свойства, которое во всем своем объеме не присуще отдельным образующим ее элементам, но является новым качеством всей системы, обеспечивающим ее целостность и структурную организацию¹. Как отмечалось, каждое из данных обстоятельств представляет собой правомерный поступок, совпадающий по внешним признакам с определенным кругом преступлений. Поэтому он способен исключать преступность лишь определенного, причем ограниченного круга деяний. Иными словами, каждый из рассматриваемых поступков обладает свойством исключать общественную опасность и противоправность только в рамках определенных видов общественных отношений и лишь в соответствующих пределах, определяемых внешним сходством правомерного поступка с ограниченным кругом преступных посягательств. В то же время свойством исключать общественную опасность и противоправность любого деяния обладает вся система обстоятельств, исключающих преступность деяния. Иными словами, *интегративное качество функциональной системы обстоятельств, исключающих преступность деяния, заключается в том, что эта система обладает свойством обязательного и безусловного исключения общественной опасности и противоправности всякого правомерного и общественно полезного (социально приемлемого) поступка, внешне подпадающего под признаки любого преступления, предусмотренного действующим уголовным законодательством*².

Одно из центральных мест в системном анализе обстоятельств, исключающих преступность деяния, занимает элементный аспект исследования, позволяющий определить, из каких составных частей (элементов) образована данная система. Элементарным носителем указанного выше интегративного качества функциональной системы обстоятельств, исключающих преступность деяния, является отдельный правомерный поступок, внешне подпадающий под признаки какого-либо преступления³. Конечно, сам этот поступок также представляет собой определенную систему, о чем речь пойдет ниже, поэтому нельзя сказать, что он вообще неделим. Однако он неделим в рамках названного качества системы: последующее его деление выводит нас уже в качественно иную систему. Этот вывод вполне соответствует положению, что систему как целостность нельзя дробить до бесконечности, не разрушая ее относительной обособленности и автономности⁴.

Всякий поступок, исключающий преступность деяния, характеризуется рядом общих признаков, что делает их однопорядковыми, однородными, совместимыми друг с другом. В то же время каждый из них характеризуется своими специфическими основаниями и признаками (условиями). Это, однако, не означает, что данные поступки имеют разную юридическую природу, как иногда утверждают⁵. Напротив, социально-юридическая природа рассматриваемых поступков едина. Она определяется общей их социально-правовой характеристикой, местом в системе правовых явлений, выполняемыми функциями и т. п., что, собственно, и позволяет объединять их в единую систе-

¹ См.: *Афанасьев В. Г.* Указ. соч. С. 21-30; *Керимов Д. А.* Философские основания политико-правовых исследований. М., 1986. С. 212-213.

² Приведенное определение свидетельствует о том, что если из данной системы исключить тот или иной поступок, внешне подпадающий под признаки преступления, то хотя в целом система и не распадется, однако это чревато возможными сбоями в ее работе, появлением в ней пробелов, затруднениями в оценке правомерности совершенного, возможными ошибками и др.

³ Вывод, что элементом рассматриваемой системы является определенный поступок человека, соответствует положению о том, что в рамках любой социальной системы минимальным нерасчлененным носителем социального системного качества выступает человек (см.: *Афанасьев В. Г.* Указ. соч. С. 74, 284, 290).

⁴ См.: *Керимов Д. А.* Философские основания политико-правовых исследований. С. 270-287; *Тиюнова Л. Б.* О системном подходе к праву // Сов. гос-во и право. – 1986. – № 10. – С. 49.

⁵ См., напр.: Уголовное право УССР. Общая часть. К., 1986. С. 153.

му. Различие же в совокупности оснований и признаков (условий) свидетельствует лишь об индивидуальности и неповторимости рассматриваемых поступков, своеобразии их проявления в той или иной сфере общественных отношений, т. е. об их индивидуальной предметности и относительной самостоятельности, автономности¹. Поэтому и описание отдельных видов поступков, исключающих преступность деяния, особенно не предусмотренных уголовным законом, должно производиться не в отрыве от их общей социально-юридической природы, а с учетом того, что они принадлежат определенной функциональной системе, где занимают свое самостоятельное место, что, помимо всего прочего, позволяет их определенным образом классифицировать.

Известно, что классификация любых явлений, в том числе рассматриваемых поступков, имплицитно содержит в себе системный подход², поскольку позволяет увидеть не только общие черты в различных поступках, но и оттенить различия в общем и тем самым показать их взаимосвязи и взаимозависимости, т. е. раскрыть внутреннюю организацию данной системы поступков, ее структуру. Между тем в науке уголовного права обычно приводится лишь перечень рассматриваемых обстоятельств, причем, как правило, примерный и не всегда одинаковый. Классификация же данных обстоятельств представляет собой разделение их всех на определенные группы, обладающие специфическими признаками и влекущие одно и то же правовое последствие – исключение уголовной ответственности за причиненный вред³. Критерием естественной классификации поступков, исключающих преступность деяния, может быть лишь такой объективный существенный признак, который определяет все остальные и составляет основу качественной специфики данных поступков в целом. Представляется, что таковым является признак правомерности, который в наибольшей мере раскрывает юридическую природу рассматриваемых поступков и их функциональное назначение. Вместе с тем одно правомерное поведение не может быть правомернее другого⁴. А это требует определенного раскрытия названного критерия, поскольку общее указание на правомерности поступков свидетельствует лишь об их родовой принадлежности к определенной группе поведения людей в сфере права. Между тем термин «правомерный поступок» охватывает собой различные акты реального поведения, отличающиеся друг от друга по социальному значению, правовой форме, внешнему проявлению, внутреннему содержанию и т. д.⁵ Поэтому правомерные поступки, исключающие преступность деяния, можно подразделить по различным основаниям, к числу которых относят отраслевую принадлежность правовых норм, в соответствии с которыми совершаются эти поступки; сферу общественных отношений, в которой они совершаются; их субъектов; форму реализации правовых требований; частоту совершения и др. Эти и другие критерии, предложенные в общей теории права, имеют важное значение и для классификации поступков, исключающих преступность деяния, хотя каждая из них и подчинена своим, ограниченным целям.

В зависимости от отраслевой регламентации указанные поступки могут быть подразделены на две группы: 1) обстоятельства, предусмотренные уголовным кодексом

¹ Прав Н. А. Овезов, полагая, что различие между отдельными обстоятельствами, исключающими преступность деяния, «не в правовой природе, а в самих условиях, предъявляемых для признания правомерности действий лица, совершаемых при их наличии, исходя из источников опасности и «объектов» причинения вреда» (Овёзов Н. А. К вопросу об обстоятельствах, устраняющих общественную опасность деяния в советском уголовном праве. Ашхабад, 1973. С. 73-74; см. также: *Слуцкий И. И.* Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность. Л., 1956. С. 92).

² См.: *Абрамова Т. Г.* Целостность и управление. М., 1978. С. 200.

³ О требованиях, предъявляемых к классификации правовых явлений, см.: *Кривоченко Л. Н.* Классификация преступлений. С. 11-55.

⁴ См.: *Лейст О. Э.* Методология исследования правомерных и неправомерных действий в развитом социалистическом обществе // Методологические и теоретические проблемы государства и права развитого социализма. М., 1983. С. 153.

⁵ См.: *Нуртисов Е. К.* Указ соч. С. 106-107; *Тихомиров Ю. А.* Теория закона. М., 1982. С. 150.

(необходимая оборона, крайняя необходимость и задержание преступника); 2) обстоятельства, предусмотренные иным законодательством (различные виды осуществления права, выполнения правовых обязанностей и исполнения служебного долга)¹. Подобная классификация обстоятельств, исключающих преступность деяния, признавалась русскими криминалистами. Еще А. Е. Владимиров, называя в их числе исполнение закона, осуществление права, необходимую оборону, крайнюю необходимость и согласие потерпевшего, полагал, что «уголовные кодексы не вычисляют всех легальных оправданий, т. к. они разбросаны во всем законодательстве, – уголовные кодексы указывают только на те из них, которые не могли найти места в другой части законодательства»². Э. Я. Немировский также писал, что «изъятие из противоправности может устанавливаться не только в уголовном кодексе, но и в других областях законодательства»³. В то же время Н. Д. Сергиевский справедливо отмечал, что, хотя условия правомерности рассматриваемых обстоятельств находят отражение в различных частях законодательства, однако, именно наука уголовного права должна конструировать условия правомерности нарушения отдельных благ и интересов, двигаясь путем выводов и отвлечений от положений права других областей⁴.

Мнение, что к обстоятельствам, исключающим преступность деяния, относятся поступки, предусмотренные не только уголовным законом, разделяется многими зарубежными криминалистами. Так, И. Винер отмечает, что «в уголовных кодексах можно найти небольшое число обстоятельств, исключающих общественную опасность и противоправность деяния»⁵. По Белингу, обстоятельства, исключающие противоправность деяния, должны быть определены на основе всех отраслей законодательства – гражданского, государственного, административного, уголовного и др.⁶ Г. А. Мангакис также указывает, что основания, исключающие противоправность, могут быть почерпнуты из всех отраслей писаного и неписаного права⁷.

В науке советского уголовного права вопрос о возможности отнесения к обстоятельствам, исключающим преступность деяния, тех, которые не предусмотрены уголовным законом, решается неоднозначно. Так, в первые послереволюционные годы и до принятия Основ 1958 г. практически все криминалисты были единодушны в том, что к числу рассматриваемых обстоятельств относятся не только необходимая оборона и крайняя необходимость, но и другие обстоятельства, предусмотренные гражданским, административным, государственным и иными отраслями законодательства. К таковым относили, в частности, согласие потерпевшего, исполнение закона и обязательного приказа, выполнение профессиональных функций, осуществление права. Причем какой-либо развернутой аргументации в пользу расширенного перечня указанных обстоятельств обычно не приводилось: это считалось само собой разумеющимся либо обосновывалось тем, что обстоятельства, не предусмотренные уголовным законом, известны теории уголовного права и судебной практике⁸. Одним из первых это

¹ И. Ребане также выделяет названные две группы обстоятельств, причем обстоятельства, не предусмотренные уголовным законом, он классифицирует следующим образом: а) осуществление своего права, в том числе согласие потерпевшего; б) выполнение правовой обязанности, в том числе исполнение законного приказа; в) выполнение профессиональных функций; г) производственный риск (см.: *Ребане И.* Указ соч. С. 6).

² *Владимиров А. Е.* Учебник русского уголовного права. Общая часть. Х., 1889. С. 63; см. также: *Сергиевский Н. Д.* Русское уголовное право. Пособие к лекциям. Часть общая. СПб, 1913. С. 247.

³ *Немировский Э. Я.* Указ. соч. С. 421.

⁴ См.: *Сергиевский Н. Д.* Указ соч. С. 246-247.

⁵ *Винер И.* Обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность деяния // *Современные тенденции развития социалистического уголовного права.* М., 1983. С. 63.

⁶ См.: *Лясс Н. В.* Проблемы вины, и уголовной ответственности в современных буржуазных, теориях. Л., 1977. С. 21.

⁷ См.: *Мангакис А. Г.* Греческое уголовное право. Общая часть // *Современное зарубежное уголовное право.* М., 1961. Т. 3. С. 397.

⁸ См.: напр.: *Советское уголовное право. Часть общая.* М., 1938. С. 143; *Советское уголовное право. Части общая и особенная.* М., 1940. С. 59-62; *Уголовное право: Учебник для юридических школ.* М., 1943. С. 83.

поставил под сомнение А. Н. Трайнин, который считал, что к числу названных обстоятельств следует относить только необходимую оборону и крайнюю необходимость, предусмотренные уголовным законом; включение в эту группу других обстоятельств (исполнение обязательного приказа, исполнение закона и т. п.) он считал ошибочным¹. Большинство криминалистов, однако, придерживалось взгляда о расширенном перечне обстоятельств, исключающих общественную опасность и противоправность деяния². А. А. Герцензон, например, отмечал, что ряд обстоятельств хотя и не предусмотрен уголовным законом, однако они являются таковыми в силу их общепринятости; их существование вытекает из общетеоретических положений науки уголовного права, а судебная практика исходит здесь из общих принципов советского уголовного права³. Идею о расширенном перечне обстоятельств, исключающих преступность деяния, последовательно проводил А. А. Пионтковский, который к их числу относил необходимую оборону, крайнюю необходимость, согласие потерпевшего, выполнение общественно полезных профессиональных функций, исполнение обязательного приказа, осуществление своего права, исполнение закона⁴.

Вместе с тем некоторые криминалисты последовали за А. Н. Трайниным. Так, М. И. Якубович отмечал, что советское уголовное законодательство и последние учебники по уголовному праву, вышедшие в свет после 1958 г., к рассматриваемым обстоятельствам относят лишь необходимую оборону, крайнюю необходимость и задержание преступника. Поэтому необоснованно отнесение к ним таких, как «согласие потерпевшего, осуществление лицом общественно полезных профессиональных функций, исполнение обязательного приказа, осуществление своего права и исполнение закона»⁵. Это мнение разделяют Г. А. Мендельсон⁶, В. Д. Пакутин⁷ и др. Примерно с середины 70-х годов и до настоящего времени основным доводом против объединения в одну группу необходимой обороны, крайней необходимости, задержания преступника с другими обстоятельствами служит утверждение, что первые имеют особую юридическую природу, ибо предусмотрены уголовным законодательством, а вторые – иными нормативными актами⁸. Кроме того, обстоятельства, не предусмотренные уголовным законом, писал Е. А. Фролов, «встречаются в практике редко и зачастую имеют законный характер, поэтому нет необходимости включать их в одну группу с необходимой обороной, крайней необходимостью и задержанием преступника»⁹. Наконец, по мнению В. Н. Козака, особая природа обстоятельств, не предусмотренных уголовным законом, состоит в том, что они представляют собой необходимый и естественный элемент

¹ См.: Трайнин А. Н. Учение о составе преступления. М., 1946. С. 165-168.

² См.: Чхиквадзе В. М. Советское военно-уголовное право. М., 1948. С. 200; Утевский Б. С. Уголовное право. М., 1948. С. 44-49; Меньшагин В. Д., Вышинская З. А. Советское уголовное право. М., 1950. С. 121; Шаргородский М. Д. Вопросы общей части уголовного права // Законодательство и судебная практика. Л., 1955. С. 86; Шуберт Л. Указ. соч. С. 103-129; Андреев И. Указ. соч. С. 151-152; Брайтман Я. М. Уголовная ответственность и ее основание в советском уголовном праве. М., 1963. С. 247; Гринберг М. С. Указ. соч. С. 122-130; Курс советского уголовного права. Часть общая. Л., 1968. Т. I. С. 462-465 и др.

³ См.: Герцензон А. А. Советское уголовное право. Общая часть. С. 267-276.

⁴ См.: Советское уголовное право. Общая часть. М., 1938. С. 285; М., 1948. С. 248; М., 1950. С. 185-186; М., 1952. С. 250; М., 1959. С. 185; Пионтковский А. А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. М., 1961. С. 411; его же. Курс советского уголовного права. Часть общая. М., 1970. Т. 2. С. 342.

⁵ Якубович М. И. Обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность деяния. М., 1979. С. 7; См. также: Папие-Озерский Н. Н. Обстоятельства, исключающие ответственность по советскому уголовному праву: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1954. С. 2.

⁶ См.: Советское уголовное право. Часть общая. М., 1962. С. 164.

⁷ См.: Советское уголовное право. Общая часть. М., 1964. С. 158

⁸ См.: Куринов Б. А. Научные основы классификации преступлений. М., 1984. С. 17; Советское уголовное право. Общая часть. М., 1977. – С. 204; Советское уголовное право. Общая часть. М., 1981. С. 207; Уголовное право УССР. Часть общая. К., 1984. С. 152-153; Уголовное право Украинской ССР на современном этапе. Часть общая. К., 1985. С. 193.

⁹ Советское уголовное право. Общая часть. М., 1977. С. 203.

функционирования общества, и поэтому обоснованно их рассмотрение в той системе правовых норм, которые регулируют соответствующую область общественных отношений. Объединение их в одну группу с обстоятельствами, предусмотренными уголовным законодательством, носит искусственный характер, изучение таких обстоятельств в курсе уголовного права представляет собой вторжение в совершенно постороннюю для этого права область¹. Можно, таким образом, констатировать, что наметилась определенная тенденция относить к обстоятельствам, исключающим преступность (общественную опасность и противоправность) деяния, лишь те, которые предусмотрены уголовным законом. Справедливости ради следует отметить, что большая группа криминалистов по-прежнему отстаивает положение о том, что к рассматриваемым относятся и обстоятельства, предусмотренные другими отраслями законодательства². При этом, если одни из них, как и раньше, ссылаются на общие принципы советского уголовного права³, то другие указывают, например, что поступки, исключающие преступность деяния, не предусмотренные уголовным законом, нельзя назвать противоправными, поскольку они санкционированы нормами других отраслей права и не подпадают под общее понятие общественной опасности деяния⁴, ссылаются на общее положение, что многие понятия и институты уголовного права, в том числе институт обстоятельств, исключающих преступность деяния, основываются на нормах иных отраслей права, но это не вызывает сомнения в их отраслевой принадлежности, когда речь идет об уголовной ответственности⁵.

Соглашаясь в целом, что к обстоятельствам, исключающим преступность (общественную опасность и противоправность) деяния, относятся поступки, предусмотренные не только уголовным, но и иными отраслями законодательства, отметим следующее. Прежде всего вызывает сомнение ссылка противников этой позиции на различную юридическую природу рассматриваемых обстоятельств, тем более что никто из них не указывает, что же он под нею понимает⁶. С. С. Алексеев под юридической природой явления понимает его правовую характеристику, выражающую специфику, место и функции данного явления среди других правовых реалий в соответствии с его социальной природой⁷. Иными словами, уяснение юридической природы правовых понятий предполагает определение того, к какому миру явлений они принадлежат, каковы их строение, поэлементный состав, связи и отношения, в чем заключается их роль в праве, какое их место в системе юридических категорий и понятий⁸. С этой точки зрения очевидно, что различная отраслевая регламентация не является определяющим фактором юридической природы обстоятельств, исключающих преступность деяния. Прямое указание на них в той или иной отрасли законодательства зависит от самых различных, порой даже субъективных причин: предмета данной отрасли, законотворческих традиций, практической целесообразности, удобства пользования законом, степени научной разработки вопроса, влиянием правоприменительной практики и т. п. То, что необходимая оборона, крайняя необходимость и задержание преступника предусмо-

¹ См.: Козак В. Н. Вопросы теории и практики крайней необходимости. С. 55.

² См.: Загородников Н. И. Советское уголовное право. Общая и Особенная части. М., 1975. С. 102; Советское уголовное право. Часть общая. М., 1982. С. 173; Красиков А. Н. Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве. Саратов. 1976. С. 25-26; Уголовное право БССР. Часть общая. 1978. Т. I. С. 117-118; Карпец И. И. Уголовное право и этика. М., 1985. С. 251-252 и др.

³ См.: Советское уголовное право. Часть общая. М., 1972. С. 207-208.

⁴ См.: Советское уголовное право. Часть общая. Л., 1960. С. 337.

⁵ См.: Уголовное право. Часть общая. Волгоград, 1973. С. 69.

⁶ См.: Гринберг М. С. Преступления против общественной безопасности. Свердловск, 1974. С. 139.

⁷ См.: Алексеев С. С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М., 1989. С. 227.

⁸ См.: Круглик Л. А. Правовая природа квалифицирующих обстоятельств как средства дифференциации уголовной ответственности // Уголовная ответственность: проблемы содержания, установления, реализации. Воронеж, 1989. С. 58.

трены именно уголовным законодательством, объясняется различными причинами, прежде всего давней законодательной традицией.

Известно, что уголовное, право, образно говоря, «выросло» из убийства. Исторически сложилось так, что наряду с убийством уголовный закон всегда содержал и норму о правомерном лишении жизни нападающего в состоянии необходимой обороны. Достаточно обратиться к древнему русскому праву, а также к французскому и английскому законодательству, чтобы убедиться, что норма о необходимой обороне находит свое место в Особенной части уголовного закона в разделе, предусматривающем преступления против личности¹. На определенном этапе рядом с необходимой обороной уголовный закон стал предусматривать и крайнюю необходимость, регулиющую поведение, сходное с необходимой обороной². В конце XIX – начале XX в. многие зарубежные уголовные кодексы, а также русское уголовное законодательство содержали положения о необходимой обороне и крайней необходимости уже в Общей части (например, ст. ст. 44 и 45 Уголовного Уложения 1903 г.), а наука уголовного права рассматривала задержание преступника в тесной связи с необходимой обороной. Не удивительно поэтому, что и в Руководящих началах по уголовному праву РСФСР 1919 г., УК РСФСР и УССР 1922 г., а также в последующих и современных уголовно-правовых актах необходимая оборона и крайняя необходимость находят свое последовательное закрепление в Общей части уголовного закона. Что же касается задержания преступника, то это действие определенным образом регламентировалось уже в УК РСФСР и УССР 1922 г., затем регулировалось несколькими постановлениями Пленума Верховного Суда СССР и в настоящее время закреплено в уголовных кодексах Украины, Узбекистана и Эстонии, а также в ст. 25 Основ 1991 г. и ст. 15 Указа Президиума Верховного Совета СССР от 26 июля 1966 г. «Об усилении ответственности за хулиганство» (в редакции от 5 июня 1981 г.)³. Практика свидетельствует, что действия граждан в состоянии необходимой обороны, крайней необходимости и при задержании преступника – явление достаточно частое. Поэтому в уголовном законе предусмотрены, как их метко назвал И. Андреев, «типичные ситуации», «типичные случаи, исключаяющие преступность деяния»⁴. Сказанное, однако, не означает, что необходимая оборона, крайняя необходимость и задержание преступника принципиально отличаются от сходных поступков, предусмотренных уголовным законодательством. Главным объединяющим всех их признаком является их общая юридическая природа, обуславливающая черты сходства рассматриваемых поступков, их особое место и специфические функции в системе уголовного права. Своеобразие таких поступков заключается в том, что они лишь тогда приобретают уголовно-правовое свойство, когда оказываются внешне сходными с тем или иным преступлением. В этой связи правильно отмечено, что совершение, например, при исполнении закона, приказа или обязанности хотя и правильных действий, которые в отдельных случаях внешне подпадают под признаки какого-либо преступления, как раз и служит основанием для отнесения их к числу тех, которые исключают общественную опасность деяния и тем самым уголовную ответственность⁵. И в этом смысле необходимая оборона, крайняя необходимость и задержание преступника ничем, не отличаются от поступков, предусмотренных другими отраслями законодательства, поскольку, как верно заметил И. Ребане, они лишь тогда

¹ См.: Фельдштейн Г. С. Главные течения в истории науки уголовного права в России. Ярославль, 1909; Грюнхут. Английское уголовное право // Современное зарубежное уголовное право. М., 1961. Т. 3. С. 179-352.

² См.: Рождение Французской политико-правовой системы. К 200-летию Великой Французской буржуазной революции. Л., 1990. С. 130.

³ См.: Баулин Ю. В. Право граждан на задержание преступника. С. 4-8.

⁴ Андреев И. Очерк по уголовному праву социалистических государств. М., 1978. С. 68.

⁵ См.: Брайнин Я. М. Уголовная ответственность и ее основание в советском уголовном праве. С. 254-255.

приобретают уголовно-правовое значение, когда внешне напоминают признаки того или иного преступления¹. Прав автор и в том, что сравнительно редкое совершение поступков, исключающих преступность деяния, которые предусмотрены иными отраслями законодательства, не имеет принципиального значения и не влияет на их юридическую природу². Наконец, определение правомерности действий, например, при исполнении приказа, применении оружия и в других случаях, не предусмотренных уголовным законодательством, порой встречает не меньшие затруднения, чем констатация правомерности причинения вреда в состоянии необходимой обороны, крайней необходимости или при задержании преступника.

Изложенное позволяет заключить, что к обстоятельствам, исключающим преступность деяния, относятся правомерные поступки, внешне подпадающие под признаки какого-либо преступления, предусмотренные не только уголовным, но и другими отраслями законодательства. И хотя такая классификация способна отражать сложившееся положение лишь на какой-то определенный период (поскольку каждое дополнение уголовного закона с неизбежностью потребует ее изменения), тем не менее она, во-первых, побуждает исследовать причины того, почему те или иные обстоятельства получили закрепление в уголовном законе, каковы имеющиеся здесь перспективы и т. д., и, во-вторых, ориентирует правоприменителя на то, что при оценке правомерности причинения того или иного вреда объектам уголовноправовой охраны следует руководствоваться положениями не только уголовного, но и других отраслей законодательства, предусматривающих Обстоятельства, исключающие преступность деяния.

Отметим, что одним из существенных критериев этой классификации является юридическая (правовая) форма правомерных поступков, исключающих преступность деяния. Известно, что всякое правомерное поведение в соответствии со своей юридической формой подразделяется на несколько групп, а именно: осуществление лицом своего юридического права, использование юридической свободы, защита законных интересов, исполнение юридической обязанности или юридического долга³. Эти формы поведения свойственны и поступкам, исключающим преступность (общественную опасность и противоправность) деяния. При этом преобладающее значение имеет форма осуществления лицом своего права как вида и меры дозволенного поведения (например, необходимая оборона, задержание преступника и др.). Вместе с тем в жизни иногда встречаются поступки, право на совершение которых в каком-либо законе или ином нормативном акте непосредственно не закреплено. Это, например, действия лица, завадевшего, при отсутствии на то права, обще опасными предметами для предотвращения преступления или несчастного случая; временное хранение огнестрельного оружия, найденного или полученного от другого лица для последующей передачи этого оружия органам власти; употребление родительской власти для ограничения свободы ребенка и т. п. В подобных случаях вряд ли можно говорить об осуществлении лицом какого-либо своего субъективного права, закрепленного в юридических нормах. Вместе с тем нельзя и отрицать их правомерный характер, поскольку они направлены на защиту личных и общественных интересов. Представляется, что именно в этих случаях должно действовать следующее правило: правомерным признается поведение, которое не предусмотрено непосредственно нормами права⁴. Юридической формой такого поведения может выступать, во-первых, юридическая свобода как гарантированный государством правовой простор для выбора лицом наиболее правильного варианта и меры поведения в тех сферах общественной жизни, которые регламентируются нормами

¹ См.: *Ребане И.* Указ. соч. С. 6.

² См.: Там же.

³ См.: *Рыбушкин П. П.* Правомерное поведение как компонент реализации права // Вопросы осуществления прав и обязанностей в развитом социалистическом обществе. Казань, 1983. С. 17.

⁴ См.: *Малеин Н. С.* Правонарушение: понятие, причины, ответственность. М., 1985. С. 13; *Кудрявцев В. Н.* Правовое поведение: норма и патология. С. 153.

права¹; во-вторых, законный интерес как самостоятельная юридическая форма правомерного поведения, которая обозначает дозволенность, не запрещенность поведения, соответствующего интересам общества². Использование юридической свободы и защиты законных интересов в рассматриваемых случаях объединяет с осуществлением права то, что все эти виды поведения относятся к сфере дозволенного и гарантированного государством. Следует, однако, отметить, что реализация юридической свободы и законного интереса в приведенных случаях является все же исключением из общего правила, которое, сводится к тому, что основной юридической формой вида и меры дозволенного поведения в сфере обстоятельств, исключающих преступность деяния, выступает юридическое право субъекта на совершение поступков, внешне подпадающих под признаки преступлений. Разумеется, ни сейчас, ни в будущем нельзя (да это и невозможно) пытаться закрепить в правовых нормах субъективные права на совершение всякого поступка в рассматриваемой области, ибо они настолько разнообразны и несут исключительно единичный и нетипичный характер, что нет необходимости регулировать их в каких-то специальных нормах. Критерием правомерности таких поступков выступают общие положения и принципы как всей системы советского права, так и отдельных ее отраслей, а также институтов, регламентирующих соответствующую сферу (вид) общественных отношений. Применительно к гражданам, частным лицам в таких случаях необходимо исходить из презумпции правомерности поведения, не закрепленного правом³. В то же время очевидно, что какая-то часть таких поступков в последующем все же должна быть предусмотрена нормами права, которые гарантировали бы лицу юридическое право на их совершение, особенно если эти поступки связаны с причинением вреда благам, охраняемым уголовным законом, достаточно широко распространены или имеют тенденцию к этому. Такое предложение вполне соответствует требованию, что определенная часть общественно полезного поведения должна быть предусмотрена правовыми нормами⁴. Представляется, что именно к такому поведению и относится подавляющая часть поступков, внешне подпадающих под признаки какого-либо преступления. Принятие данного предложения отвечало бы интересам как общества, так и личности, правовое положение которой должно быть надежно гарантировано законом и быть независимым от профессиональных качеств конкретного должностного лица правоохранительных органов, уполномоченного оценивать совершенный поступок с точки зрения его правомерности или преступности.

Изложенное, таким образом, позволяет заключить, что первая группа правомерных поступков, исключающих преступность деяния, с точки зрения их юридической формы может быть обозначена как *осуществление лицом своего субъективного права*⁵. К ней относятся такие виды осуществления права, как необходимая оборона, крайняя необходимость, задержание преступника, профессиональный риск, занятие спортом, применение родителями мер домашнего надзора в отношении детей, принятие дозволенных мер защиты домашнего имущества и др. Отметим, что осуществление права относится к так называемому факультативному виду правомерного поведения. Это означает, что лишь от усмотрения субъекта зависит, использовать ему или нет в соответствующей ситуации юридическое право на совершение, например, необходимой обороны, крайней необхо-

¹ См.: Фаткуллин Ф. Н. Проблемы теории государства и права. Казань, 1987. С. 282.

² См.: Матузов Н. И. Правовая система и личность. Саратов, 1987. С. 121. См. также: Мальцев Г. П. Социалистическое право и свобода личности. М., 1968; Тихомиров Ю. А. Теория закона. С. 139; Шайкенов Н. А. Правовое обеспечение интересов личности. Свердловск, 1990 и др.

³ См.: Кудрявцев В. Н., Малеев Н. С. Закон и пределы правомерного поведения // Сов. гос-во и право. – 1980. – № 10. – С. 34; Бляхман Б. Я. Объективная сторона правоактивного поведения личности // Конституционное законодательство и проблемы государственного управления. Томск, 1985. С. 41.

⁴ См.: Кудрявцев В. Н. Правовое поведение: норма и патология. С. 38-39.

⁵ Об использовании субъективного права как форме реализации уголовного закона применительно к необходимой обороне и задержанию преступника указывает и А. В. Наумов (см.: Наумов А. В. Реализация уголовного права и деятельность следователя. Волгоград, С. 7).

димости, профессионального риска и т. п. Иными словами, лицо, оказавшись в состоянии необходимой обороны или крайней необходимости, может и не воспользоваться своим правом на причинение вреда с целью защиты правоохраняемых интересов. Бездействие лица в таком случае также должно быть признано правомерным, ибо использовать или не использовать свое право – дело самого субъекта.

В завершение укажем, что в литературе осуществление права всегда рассматривалось в качестве одного из рядовых видов обстоятельств, исключающих общественную опасность и противоправность деяния. Представляется, что изложенные положения позволяют по-новому оценить роль и значение этого обстоятельства, возвести его так сказать в более высокий «ранг», признать, что *осуществление права имеет не частное, а, напротив, общее значение для большой группы обстоятельств, исключающих преступность деяния, поскольку играет роль родового понятия*. Признаки этого понятия имеют общее значение для всей группы поступков, в основе которых лежит субъективное юридическое право. Родовое понятие конкретизируется в признаках тех или иных отдельных видов осуществления права, предусмотренных различными отраслями законодательства. Вместе с тем различные виды осуществления права находятся в определенных отношениях с системой рассматриваемых обстоятельств в целом и с отдельными ее элементами (например, соотношение необходимой обороны и служебного долга, крайней необходимости и врачебного вмешательства и др.). Это дает основание рассматривать все правомерные поступки, правовой формой которых является осуществление юридического права, в качестве одной из подсистем функциональной системы обстоятельств, исключающих преступность (общественную опасность и противоправность) деяния.

Вывод о том, что осуществление права является родовым понятием для большой группы правомерных поступков, исключающих преступность деяния, имеет важное научное и практическое значение. Соответствующие исследования призваны конкретизировать общие признаки осуществления права применительно к специфике рассматриваемой группы правомерного поведения в уголовном праве, определить оптимальный объем правового регулирования отдельных его видов в различных отраслях законодательства, обосновать соответствующие рекомендации и т. д. Правоприменитель же, оценивая правомерность причинения вреда объектам уголовно-правовой охраны, должен учитывать, что, во-первых, не имеет значения, какая отрасль законодательства предоставляет лицу право на причинение указанного вреда; во-вторых, при отсутствии конкретной нормы, предусматривающей возможность совершения рассматриваемых поступков, следует руководствоваться общими признаками осуществления юридического, права, выработанным общей теорией права¹.

Вторая группа правомерных поступков, исключающих преступность деяния, с точки зрения их юридической формы являет собой *выполнение юридических обязанностей*. Известно, что сущностью всех таких обязанностей выступает государственно-правовая необходимость определенного поведения, а содержанием – конкретные должные действия, предписанные законом, т. е. вид и мера предписываемого поведения². К видам выполнения правовой обязанности относятся такие поступки, исключающие преступность деяния, как исполнение приказа или распоряжения, выполнение профессиональных, служебных, воинских и других обязанностей, коллизия юридических обязанностей и др. Следует иметь в виду, что указанные поступки обязательны, однозначны, безусловны и непререкаемы, поскольку общество и государство испытывают в них потребность и обеспечивают ее правовыми санкциями. Поэтому в отличие от осуществления права субъект правовой обязанности не вправе отказаться от причинения вреда объ-

¹ См., напр: Реализация прав граждан в условиях развитого социализма. М., 1983. С. 47.

² См.: Матузов Н. И., Семенко Б. М. Исследование проблем юридических обязанностей граждан СССР//Сов. гос-во и право. – 1980. – № 12. – С. 31; Ем В. С. К вопросу о понятии, содержании и сущности правовых обязанностей // Вестн. Моск. ун-та. – Сер. II. Право. – 1981. – Вып. I. – С. 61.

ектам уголовно-правовой охраны при наличии к тому оснований. Его бездействие представляет собой правонарушение, в том числе соответствующее преступление, влекущее юридическую ответственность. Так, врач не имеет права отказаться от производства хирургической операции, если, для этого имеются все необходимые предпосылки. Равным образом, пожарный не вправе отказаться от тушения пожара, ссылаясь на то, что это связано с необходимостью повреждения или уничтожения имущества, и т. д. Вместе с тем если установлено, что несвершение того или иного поступка, внешне подпадающего под признаки преступления, не влечет за собой санкций юридической ответственности, то следует признать, что правовой формой такого поступка является не юридическая обязанность, а субъективное право¹. В завершение отметим, что в каждый данный момент перечень рассматриваемых поступков, правовой формой которых выступает юридическая обязанность, является исчерпывающим, поскольку число и вид таких обязанностей всегда четко определены. Однако очевидно, что отдельные специфические виды выполнения обязанностей образуют определенную совокупность, которую объединяет родовое понятие «выполнение правовых обязанностей». Это совокупность подобно поступкам по осуществлению права представляет собой определенную подсистему, входящую в качестве компонента в функциональную систему обстоятельств, исключающих преступность деяния.

Наконец, третью группу правомерных поступков, исключающих преступность деяния, с точки зрения их юридической формы образуют поступки, связанные с *использованием юридических государственно-властных полномочий*. К их числу относится поведение должностных лиц – представителей власти, которое в иных случаях внешне подпадает под признаки того или иного преступления (например, правомерное применение уполномоченными лицами специальных средств, силы и оружия, исполнение следователем служебного долга при осуществлении правомерного воздействия на свидетеля или обвиняемого в целях получения необходимых сведений, проникновение государственного налогового инспектора в помещение или жилище в целях осуществления необходимого контроля за доходами и др.). Особенность этой группы поступков состоит в том, что правовой формой их совершения выступает не субъективное право и не юридическая обязанность, взятые отдельно, а юридическое государственно-властное полномочие как вид и мера служебного поведения². Его отличие от субъективного права и юридической обязанности гражданина состоит в том, что это полномочие определяется как синтез права и обязанности, т. е. как определенная правообязанность должностного лица – представителя власти перед государством и перед гражданином³. При этом в указанном полномочии существует определенное «расстояние» между правом и обязанностью. Это связано с тем, что должностное лицо выполняет возложенные на него обязанности путем использования предоставленных ему прав. Кроме того, рассматриваемое полномочие в зависимости от конкретной социально-правовой ситуации может разворачиваться одним из своих элементов – правом или обязанностью – к государству или гражданину, что, тем не менее, не означает полного разрыва между ними⁴. Поэтому законодатель при определении полномочий, учитывая ряд факторов, в одних случаях делает акцент на праве, а в других – на обязанности должностного лица⁵. Так, в ст. 7 Закона СССР от 26 марта 1990 г. «Об обязанностях и правах

¹ См.: напр.: Ткаченко Ю. Г. Методологические вопросы теории правоотношений. М., 1980. С. 152.

² См.: Петришин А. В. Статус должностного лица: природа, структура, специализация. К., 1990. С. 60.

³ См.: Там же. С. 55.

⁴ См.: Там же.

⁵ В этой связи А. В. Петришин отмечает, что «формулирование полномочий должностного лица в виде обязанностей целесообразно лишь в случаях достаточно полной формализации оснований для ее исполнения, и в виде права – когда ситуация недостаточно формализована и связана с необходимостью принимать решения, исходя из конкретных обстоятельств дела, а также когда полномочие выступает как возможность требовать определенного поведения от других лиц» (Петришин А. В. Указ. соч. С. 60).

внутренних войск МВД СССР при охране общественного порядка» предусматривается, что «в целях выполнения служебного долга по охране общественного порядка лично-му составу внутренних войск при выполнении возложенных обязанностей предоставляется право в исключительных случаях в качестве крайней меры применять оружие...»¹. Представляется, что в данном случае правильно сделан акцент на праве применения оружия, поскольку предусмотренные для этого основания не являются формализованными, а всецело зависят от оценки сложившейся обстановки. И напротив, в соответствии со ст. 175 Устава гарнизонной и караульной служб Вооруженных Сил СССР «часовой обязан применять оружие без предупреждения в случае явного нападения на него или на охраняемый им объект»². Здесь основания применения оружия определены достаточно четко, что и позволяет сделать акцент именно на обязанности часового применять оружие.

Принимая во внимание, что представители власти, уполномоченные народом, являются служащими в государстве, системе демократии и самоуправления народа, можно было бы их деятельность по использованию юридических государственно-властных полномочий именовать исполнением служебного долга, тем более что эта терминология часто употребляется в законодательных актах, регулирующих поведение представителей власти, связанное с причинением того или иного вреда. Поэтому правовой формой третьей группы поступков, исключающих преступность деяния, является *исполнение служебного долга*. Поскольку, далее, государственная власть подразделяется на законодательную, исполнительную и судебную, то и отдельные ее представители³ наделяются специализированными отраслевыми полномочиями – административными, охранительными, юрисдикционными, контрольными и др. Следовательно, и вид поступков, внешне подпадающих под признаки преступлений, зависит от вида тех полномочий, которые возложены на то или иное должностное лицо. Так, к числу поступков по использованию полномочий на применение силы, специальных средств и оружия относятся действия соответствующих работников милиции, военнослужащих, работников вневедомственной охраны и других представителей власти; осуществление различного рода процессуальных полномочий связано с задержанием и арестом гражданина, конфискацией имущества и т. п. Отметим также, что исполнение служебного долга представителем власти не зависит от его субъективного усмотрения. За неиспользование полномочий при наличии к тому надлежащих оснований или их превышение представитель власти подлежит юридической, в том числе уголовной, ответственности⁴. Иногда на это обстоятельство прямо указывается в законе. Так, в соответствии со ст. 7 Дисциплинарного устава Вооруженных Сил СССР командир (начальник), не принявший мер воздействия для восстановления порядка и дисциплины (в том числе путем использования мер принуждения, вплоть до применения оружия), несет за это ответственность.

Итак, с точки зрения юридической формы правомерные поступки, исключающие преступность деяния, подразделяются на три группы: 1) осуществление права; 2) вы-

¹ Ведомости съезда народ, депутатов СССР и Верхов. Совета СССР. 1990. № 14. Ст. 233.

² Общевоинские Уставы Вооруженных Сил СССР. М., 1979. С. 261. часть 1 ст. 20 Закона Украины «О милиции» прямо предусматривает, что «работник милиции является представителем государственного органа исполнительной власти» (Ведомости Верхов. Совета УССР. – 1991. – № 4. – Ст. 20).

³ См.: *Донцов С.* Правомерность причинения вреда в критических условиях борьбы с преступностью // Сов. юстиция. – 1990. – № 6. – С. 14–15.

⁴ Следует иметь в виду, что наряду с государственно-властными полномочиями представители власти имеют юридические права и обязанности в тех случаях, когда речь идет не о реализации непосредственного государственного воздействия на «управляемых», а о действиях, связанных с осуществлением управленческих функций. В этой связи предлагается, например, закрепить в законе о государственной службе право должностного лица на управленческий риск, право не выполнять явно незаконные, преступные приказы вышестоящих должностных лиц и др. (см.: *Воробьев В. А.* Советская государственная служба (административно-правовые аспекты). Ростов н/Д, 1986. С. 69–71).

полнение правовых обязанностей; 3) исполнение служебного долга. Являясь родовыми, обобщенными видами рассматриваемых правомерных поступков, они отражают один из важнейших срезов системы обстоятельств, исключающих преступность деяния, выступая в качестве определенных взаимодействующих между собой подсистем. Это позволяет, во-первых, обосновать необходимость законодательного закрепления осуществления права, выполнения обязанностей и исполнения служебного долга как правовых форм поступков, исключающих преступность деяния (об этом будет сказано ниже); во-вторых, правильно определить юридическую природу данных поступков, уголовно-правовые последствия отказа лица от их совершения, а также соотношение их между собой. Последнее особенно важно, поскольку иногда считают, что одна юридическая форма одного и того же поступка может превращаться в другую. Например, В. М. Чхиквадзе и В. М. Савицкий в свое время отмечали, что «право каждого гражданина на необходимую оборону превращается для военнослужащего в обязанность во всех тех случаях, когда совершается общественно опасное посягательство на установленный в армии порядок несения военной службы или на военное имущество»¹. Г. Виттенберг и П. Панченко также считают, что «превращение при определенных обстоятельствах права на необходимую оборону в юридическую обязанность не является в корне несоместимым с принципами советского уголовного права»². Наиболее общим образом эта позиция представлена В. А. Елеонским, который пишет, что правовая обязанность необходимой обороны возлагается, во-первых, на должностных лиц, призванных охранять социалистический правопорядок (работники милиции, исправительно-трудовых учреждений, вневедомственной охраны, определенные категории военнослужащих, работники служб охраны рыбы, леса, государственных заповедников и заказников, охотничьих инспекций и иных правоохранительных органов), и, во-вторых, на специально обязанных частных лиц (граждане, которым поручена охрана государственного или общественного имущества, лица, обязанные иметь заботу о людях, находящихся в опасном для жизни состоянии и лишенных возможности принять меры к самосохранению и т. п.). Для указанных категорий граждан право на необходимую оборону превращается в юридическую – обязанность, неисполнение которой дает основание для привлечения их к уголовной ответственности за попустительство преступлениям»³. Подобные взгляды высказываются и в отношении иных обстоятельств, исключающих преступность деяния. Так, С. А. Домахин полагал, что в некоторых случаях крайняя необходимость совершения определенных действий вменяется соответствующим лицам в обязанность, невыполнение которой рассматривается как преступление⁴. И. С. Тишкевич писал, что должностные лица и военнослужащие, используя право на задержание преступника, действуют не только как лица, наделенные определенными служебными полномочиями, но и как граждане, пользующиеся наравне со всеми правом на задержание преступника⁵. Говоря о работниках охраны природы, А. А. Улитин отмечал, что «защита при необходимой обороне, задержании браконьера

¹ Чхиквадзе В. М., Савицкий В. М. Советское военно-уголовное право. М., 1947. С. 86. См. также: Меньшагин В. Д. О необходимой обороне в военно-уголовном праве // Тр. ВЮА КА. – 1948. – Сб. IV. – С. 130; Кириченко В. Ф. Указ. соч. С. 6, 99. Возражая им Н. Н. Паше-Озерский правильно писал, что действия военнослужащего в указанных случаях представляют собой исполнение обязанностей военной службы (см.: Паше-Озерский Н. Н. Обстоятельства, исключающие ответственность по советскому уголовному праву. С. 11-12).

² Виттенберг Г., Панченко П. Прикосновенность, к преступлению по советскому уголовному праву. Иркутск, 1976. С. 32.

³ Елеонский В. А. Указ. соч. С. 33-34. См. также: Слуцкий И. И. Указ. соч. С. 46; Ткаченко В. И. Необходимая оборона по уголовному праву. С. 6.

⁴ См.: Домахин С. А. Указ. соч. С. 13.

⁵ См.: Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. Минск, 1974. С. 95. См. также: Побегайло Э. Ф. О юридической сущности действий, направленных к задержанию преступника // Вопр. укрепления социалистической законности и правопорядка. Воронеж, 1970. С. 192.

и крайней необходимости является не только правом, но и служебной обязанностью работников службы госохотнадзора, а для общественности – выполнением общественного долга»¹. Наконец, применительно к производственному риску М. С. Гринберг полагает, что «в случаях, когда выполнение служебных функций связано с опасностью для исполнителя, риск является не только правом, но и юридической обязанностью, невыполнение которой влечет уголовную ответственность»². Таким образом, приведенные высказывания свидетельствуют, что допускается превращение поступков по осуществлению права в поступки, основанные на юридической обязанности или служебном долге. Однако Р. Е. Гукасян относительно этих высказываний справедливо заметил: «...авторы подобных фраз полагают, что они тем самым усиливают значение того или иного предписания, в то время как они либо берут разно уровневые понятия, либо совмещают несовместимое»³. Добавим, что указанные утверждения находятся в противоречии с тем, что «права и обязанности всегда остаются самими собою и не могут превращаться друг в друга»⁴, а в своем соотношении они не только предполагают, но и исключают друг друга⁵. Если, например, признать, что необходимая оборона или крайняя необходимость являются видами осуществления права и одновременно выполнением обязанности, то это приведет к утрате этими поступками своего основного правового качества – формальной юридической определенности. Представляется, что истоки критикуемой позиции лежат в том, что все случаи правомерного причинения вреда, подпадающего под признаки преступления, большинство криминалистов пытаются «втиснуть» в рамки лишь тех обстоятельств, которые предусмотрены уголовным законом. Между тем в реальной действительности имеют место и другие поступки, характеризующиеся совокупностью своих специфических признаков, в целом отличающихся от необходимой обороны, крайней необходимости и задержания преступника. К числу таковых, как уже отмечалось, относятся выполнение профессиональных обязанностей, их коллизия, исполнение служебного долга и др. О соотношении необходимой обороны и служебного долга А. Медведев правильно заметил, что хотя в качестве составного элемента этих поступков и выступает защита правоохраняемых интересов, однако в первом случае она осуществляется гражданином на основании распоряжения или своим правом, пределы которого в уголовном законе определены применительно к частным лицам, а во втором – должностным лицом от имени государства в порядке исполнения служебного долга, признаки которого установлены специальными правилами⁶. Поэтому правомерность действий таких должностных лиц по выполнению обязанностей в части защиты личности, общества и государства, характер их ответственности в случае ее невыполнения определяется, как верно указывал Н. Д. Дурманов, «на основании законов или других нормативных актов, устанавливающих такую обязанность, а не на основании статей о необходимой обороне»⁷.

С проанализированной классификацией, тесно связана классификация по субъектам. Прежде всего следует заметить, что субъектов рассматриваемых поступков объединяют некоторые общие черты. Они, с одной стороны, вытекают из требований, относящихся к любым субъектам правомерных поступков, а с другой – предъявляемых к субъектам в сфере уголовного права. Известно, например, что субъектами право-

¹ Улитин А. А. Охота и закон. М., 1987. С. 47.

² Гринберг М. С. Указ. соч. С. 45.

³ Гукасян Р. Е. Соотношение прав и обязанностей социалистических организаций и государственных органов // Вопр. развития и защиты прав граждан и социалистических организаций. Калинин, 1978. С. 23.

⁴ Медведев А. А. Соотношение необходимой обороны и служебного долга // Соц. законность. – 1974. – № 9. – С. 62.

⁵ См.: Тарусина Н. И. Субъективное право – юридическая обязанность // Философские проблемы субъективного права. Ярославль, 1990. С. 22; Коваленко А. И. Диалектическое единство субъективных прав и юридических обязанностей // Там же. С. 11.

⁶ См.: Медведев А. А. Указ. соч. С. 62; Овезов Н. А. Указ. соч. С. 70-71.

⁷ Дурманов Н. Д. Указ. соч. С. 9.

мерных поступков могут быть как физические лица, так и организации. Очевидно, однако, что субъектами поступков, исключающих преступность деяния, являются только физические лица (один человек или группа лиц), поскольку лишь в отношении их возможно по советскому уголовному праву решение вопроса о возложении или исключении уголовной ответственности. Далее, необходимыми признаками физического лица как субъекта правового (правомерного или противоправного) поступка являются его вменяемость и достижение определенного возраста во время совершения данного поступка. Как отметил Е. К. Нурпеисов, «недееспособный ни правомерно, ни противоправно поступать не может»¹. Это положение поддерживает Н. С. Малеин, по мнению которого понятия правомерности и противоправности неприменимы в отношении невменяемых и недееспособных (душевнобольных, малолетних), которые могут «неразумно» причинить вред². Следовательно, *общими признаками субъектов правомерных поступков, исключающих преступность деяния, являются их вменяемость и достижение ко времени совершения поступков определенного возраста, обязательного для субъектов того преступления, под внешние признаки которого подпадает данный правомерный поступок*. Еще Н. Д. Дурманов в свое время отметил, что «нормы советского уголовного права, говорящие о том, что не является преступлением действие, совершенное в состоянии необходимой обороны, непосредственно относятся к лицам вменяемым, достигшим возраста, начиная с которого в силу ст. 10 Основ возможна уголовная ответственность»³. Этот вывод в полной мере распространяется и на другие поступки, исключающие преступность деяния.

Иначе решает данный вопрос Т. Г. Шавгулидзе, по мнению которого «нет оснований лишать права необходимой обороны душевнобольных и малолетних, ибо не исключена возможность, чтобы и они действовали в целях защиты конкретного правоохраняемого объекта»⁴. Представляется, однако, что душевнобольной (невменяемый) и малолетний не могут быть не только субъектами необходимой обороны, но и субъектами задержания преступника, профессионального риска, исполнения служебного долга и т. д. Это прежде всего вытекает из общетеоретических положений о субъекте правомерного поступка, в соответствии с которыми невменяемый, равно как и малолетний, не способен осознавать требования правовых норм, в том числе о необходимости соблюдения пределов причинения вреда, а также социальную значимость совершаемых действий, внешне подпадающих под признаки какого-либо преступления. Известно также, что лицо приобретает правоспособность с момента рождения, однако субъектом права оно становится лишь тогда, когда оказывается способным своими действиями создавать для себя юридические права и обязанности, т. е. с момента обладания дееспособностью, составной частью которой является деликтоспособность. Совершая действия в состоянии необходимой обороны, крайней необходимости и т. д., субъект, как отмечалось, обязан при этом не выходить за соответствующие пределы причинения вреда. Превышение этих пределов расценивается (при наличии всех необходимых условий) как преступление, ответственность за которое по общему правилу предусмотрена с 16 лет, а в исключительных случаях – с 14 лет. Иными словами, виновно нарушив обязанность соблюдать определенные пределы и совершив тем самым преступление, данное вменяемое лицо выходит за рамки требований диспозиций рассматриваемых норм и вовлекает себя в сферу действия юридической ответственности, т. е. вновь включается в правовую систему, только теперь уже как субъект преступления со всеми вытекающими отсюда последствиями⁵. Очевидно, что в таких случаях субъект

¹ Нурпеисов Е. К. Указ. соч. С. 105-106.

² См.: Малеин Н. С. Правонарушение: понятие, причины, ответственность. С. 14.

³ Дурманов Н. Д. Указ. соч. С. 9.

⁴ Шавгулидзе Т. Г. Указ. соч. С. 82. См. также: Петрухин И. А. Неприкосновенность личности и приращение в уголовном процессе. М., 1989. С. 64.

⁵ См.: Правовая система социализма. Функционирование и развитие. М., 1987. Т. 2. С. 186.

том и правомерного, и преступного поведения является одно и то же лицо. Но поскольку субъектом преступления может считаться лишь лицо вменяемое и достигшее соответствующего возраста, то, следовательно, и субъектом необходимой обороны, исполнения служебного долга и т. д. являются вменяемые лица, достигшие возраста уголовной ответственности. Нельзя, конечно, исключать, что действия, например, по защите правоохраняемых интересов при общественно опасном посягательстве, устранении опасности или задержании преступника, объективно соответствующие требованиям уголовно-правовых норм, могут совершить и лица, не достигшие указанного возраста или невменяемые. Однако в этих случаях правильнее говорить не о необходимой обороне, крайней необходимости и задержании преступника, а об объективно правомерном поступке, связанном с причинением вреда, подобно тому, как в литературе обозначают объективно противоправные¹.

Отмечая, что общими признаками субъектов правомерных поступков, исключающих преступность деяния, являются их вменяемость и достижение определенного возраста, нельзя не сказать и о различиях в признаках субъектов осуществления права, выполнения правовой обязанности и исполнения служебного долга. Очевидно, например, что субъектами выполнения профессиональных обязанностей являются лишь определенные категории лиц, например врачи, пожарные, взрывники и т. д. Ограничение круга субъектов таких поступков вызвано тем, что они помимо общих наделены дополнительными признаками, в частности правовой обязанностью совершить определенное действие или воздержаться от него. Этот признак либо прямо предусмотрен, либо непосредственно вытекает из требований уголовного закона или других нормативных актов. Поскольку юридическая обязанность всегда строго персонифицирована, она в любом случае ограничивает круг лиц, могущих выступать ее субъектами. Следовательно, если на данное лицо не возложена такая обязанность, то оно ни при каких условиях не может выступать субъектом ее выполнения, даже если его действия по внешним своим признакам и будут совпадать с аналогичными поступками надлежащих субъектов. Так, субъектом выполнения профессиональной обязанности может быть только лицо определенной профессии или специальности (например, врач-хирург), на которое возложена юридическая обязанность совершить определенные действия, связанные с причинением вреда (например, произвести при определенных условиях хирургическую операцию). Выполнение таким лицом профессиональной обязанности с соблюдением необходимых для этого правил является обстоятельством, исключающим общественную опасность и противоправность совершенного им действия, связанного, например, с утратой больным того или иного органа или прекращением его функций. Если же подобные действия в силу сложившейся обстановки вынуждено будет совершить другое лицо, профессионально не обязанное к этому, то обстоятельством, исключающим преступность такого деяния, будет не выполнение профессиональных обязанностей, а, например, крайняя необходимость.

Наконец, ограниченным является и круг субъектов третьей группы поступков, а именно тех, в основе которых лежит служебный долг. Эти субъекты также характеризуются особым правовым статусом, который заключается в том, что они наделены государственно-властными полномочиями на совершение действий, связанных с правомерным причинением вреда объектам уголовно-правовой охраны. Иными словами, указанные субъекты всегда выступают в качестве должностных лиц, под которыми в данном случае понимаются работники, состоящие на государственной службе, выполняющие функции, связанные с реализацией государственной власти и пользующиеся полномочиями совершать поступки, внешне подпадающие под признаки какого-либо деяния, предусмотренного уголовным законом. Как верно заметил Б. В. Здравон-

¹ См., напр. *Лиеншикс И. А.* О понятии объективно-противоправного деяния // XXVII съезд КПСС и развитие теории государства и права. Свердловск, 1987. С. 133-138.

мыслов¹, перечень таких лиц удачно, приведен в постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 30 марта 1990 г. «О судебной практике по делам о злоупотреблении властью или служебным положением, превышении власти или служебных полномочий, халатности и должностном подлоге», где указывается, что «к представителям власти относятся работники государственных органов и учреждений, наделенные правом в пределах своей компетенции предъявлять требования, а также принимать решения, обязательные для исполнения гражданами или предприятиями, учреждениями, организациями независимо от их ведомственной подчиненности и принадлежности (народные депутаты, председатели, их заместители и члены исполнительных комитетов Советов народных депутатов, судьи, прокуроры, следователи, арбитры, работники милиции, государственные инспекторы и контролеры, лесничие и др.)»². Следовательно, все иные лица не могут, признаваться представителями власти и, стало быть, субъектами исполнения служебного долга даже в том случае, если их действия по внешним своим признакам совпадают с действиями соответствующих должностных лиц. Если, например, в насильственном задержании преступника участвуют работник милиции и гражданин, то правомерность их действий должна оцениваться с точки зрения различных обстоятельств: для работника милиции – это исполнение служебного долга по задержанию преступника, а для гражданина – осуществление субъективного права на такое же задержание. В этой связи правильно отмечено, что, «задерживая преступника, работник милиции осуществляет функции не представителя общественности или отдельного гражданина, а исполняет, свой служебный долг. Для него состояние задержания преступника – лишь повод для осуществления такой деятельности. Поэтому причинение работником милиции правомерного вреда преступнику при исполнении служебного долга исключает уголовную ответственность по установленным для этого обстоятельства правилам, а причинение неоправданного необходимостью чрезмерного вреда должно влечь ответственность по статьям о должностных преступлениях – по ст. ст. 170, 171, 172 УК РСФСР»³.

Изложенное позволяет сделать вывод, что круг субъектов поступков, основанных на юридической обязанности и служебных полномочиях, является более узким, ограниченным по сравнению с субъектами поступков, в основе которых лежит субъективное право. Основанием такого ограничения выступает специальный правовой статус лиц по отношению к предписываемым им действиям. Это позволяет отнести данную категорию субъектов к числу специальных. Таким образом, *субъектами поступков, исключающих преступность деяния, являются две категории лиц: общие и специальные*. Первые в большей мере характерны для поступков по осуществлению права, вторые, напротив, обязательны для различных видов выполнения правовой обязанности и исполнения служебного долга⁴.

Отмеченное различие в субъектах рассматриваемых поступков имеет важное уголовно-правовое значение. Так, определение вида субъекта позволяет правильно установить то обстоятельство, которое в данном случае способно исключать преступность деяния. Это следует из того, что все элементы поступков, а также основания их совер-

¹ См.: *Здравомыслов Б.* О постановлении Пленума Верховного Суда СССР // Соц. законность. – 1990. – № 11. – С. 29.

² Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1990. – № 3. – С. 14-15.

³ См.: *Козак В. Н., Козельцев Е. А., Крестинский А. А.* Рецензия на кн.: Бушуев Г. В. Социальная и уголовно-правовая оценка причинения вреда преступнику при задержании. Горький, 1976 // Уголовно-правовые и процессуальные гарантии защиты конституционных прав граждан. Калинин, 1980. С. 144. См. также: *Соколов П., Чуналенко И.* Необходимая оборона. М., 1972. С. 78.

⁴ Из данного правила имеются, конечно, исключения, вызванные спецификой некоторых поступков, исключающих преступность деяния. Так, отмечено, что «право на риск имеет не любой гражданин, а лишь тот, кто профессионально занимается данной деятельностью и способен обеспечить соблюдение необходимых условий ее безопасности» (*Сахаров А. Б.* Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность // Сов. гос-во и право. – 1987. – № 11. – С. 117).

шения непосредственно связаны со «своим» субъектом. Поэтому не существует двух совершенно одинаковых обстоятельств, исключающих преступность деяния. Для того, чтобы квалифицировать правомерный поступок, внешне подпадающий под признаки какого-либо преступления, необходимо прежде всего определить его субъекта и соотнести его с признаками, предусмотренными законом для данного обстоятельства, исключающего преступность деяния. Это положение не в полной мере учитывается авторами, которые часто наделяют одно и то же обстоятельство различными видами субъектов. Так, уже длительное время дискутируется вопрос, общим или специальным является субъект необходимой обороны, крайней необходимости и задержания преступника. А. Б. Сахаров, например, считает, что условия необходимой обороны и превышения ее пределов едины для всех граждан, в том числе для сотрудников милиции и иных правоохранительных органов, военнослужащих, работников ВОХР и т. п., что и должно получить свое законодательное закрепление¹. Точно так же субъектом задержания, регламентируемого уголовным законом, считают не только граждан, но и тех должностных лиц, на которых возложена правовая обязанность бороться с преступностью, в частности работников милиции².

В качестве одного из аргументов ссылаются на тезис, сформулированный в 1966 г. Пленумом Верховного Суда СССР по делу работника милиции Ильяного, применившего оружие для защиты своей жизни: «Положения закона о необходимой обороне в равной мере распространяются на работников милиции, как и на всех граждан, и никаких повышенных требований к необходимой обороне работника милиции от нападения на него не устанавливается»³. Вместе с тем авторы не учитывают, что Пленум Верховного Суда СССР в настоящее время изменил свою позицию по рассматриваемому вопросу, правильно отграничив субъектов необходимой обороны и задержания преступника от субъектов исполнения служебного долга при защите правоохраняемых интересов. Так, в п. 3 постановления от 16 августа 1984 г. разъясняется, что «действия народных дружинников и других граждан, выполнявших общественный долг по поддержанию правопорядка и причинивших вред лицу в связи с пресечением его общественно опасного посягательства и задержанием или доставлением посягавшего непосредственно после посягательства в соответствующие органы власти, должны рассматриваться как совершенные в состоянии необходимой обороны»⁴. Таким образом, Пленум Верховного Суда СССР правильно исходит из того, что необходимая оборона и задержание преступника специальных субъектов не имеют; ими являются общие субъекты. Иначе решается им вопрос об оценке действий представителей власти, причиняющих вред, подобный тому, который имеет место при необходимой обороне и задержании преступника. Так, в п. 4 указанного постановления разъяснено, что «судам надлежит строго соблюдать требования закона, направленные на защиту представителей власти, работников природоохранительных органов, военизированной охраны и иных лиц в связи с исполнением ими служебных обязанностей по пресечению общественно опасных посягательств и задержанию правонарушителей. Следует иметь в виду, что вышеуказанные лица не подлежат уголовной ответственности за вред, причиненный посягавшему в соответствии с требованиями уставов, положений и иных нормативных

¹ См.: Сахаров А. Б. Указ. соч. С. 113; Загородников Н. И., Сахаров А. Б. Демократизация советского общества и проблемы науки уголовного права // Сов. гос-во и право. – 1990. – № 12. – С. 56. См. также: Побегайло Э. Ф. Тенденции современной преступности и совершенствование уголовно-правовой борьбы с нею. М., 1990. С. 44-46; Елеонский В. А. Указ. соч. С. 35-36.

² См.: Бушуев Г. В. Указ. соч. С. 46; Тишкевич И. С. Условия и пределы необходимой обороны. М., 1969. С. 95-98; Ткаченко В. И. Ответственность за превышение пределов необходимой обороны и причинение преступнику вреда при его задержании в теории и судебной практике. М., 1978. С. 37. Якубович М. И. Необходимая оборона и задержание преступника. М., 1978. С. 62-63.

³ См.: Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1966. – № 6. – С. 23.

⁴ См.: Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1984. – № 5. – С. 10.

актов, предусматривающих основания и порядок применения силы и оружия»¹. Очевидно, что Пленум Верховного Суда СССР вполне определенно не связывает подобные действия представителей власти с необходимой обороной и задержанием преступника, регламентированных уголовным законом. Напротив, речь здесь идет о субъектах исполнения служебного долга, связанного с пресечением общественно опасных посягательств и задержанием правонарушителей, регламентированного специальными нормативными актами. Эта позиция была конкретизирована в п. 4 постановления Пленума Верховного Суда СССР от 22 сентября 1989 г. «О применении судами законодательства об ответственности за посягательство на жизнь, здоровье и достоинство работников милиции, народных дружинников, а также военнослужащих в связи с выполнением ими обязанностей по охране общественного порядка», где разъясняется, что «действия работников милиции, народных дружинников и военнослужащих, выразившиеся в причинении вреда лицу, посягнувшему на их жизнь, здоровье и достоинство либо на интересы Советского государства, общественные интересы, личность и права граждан, являются правомерными и не влекут ответственности, если они отвечали требованиям уставов и других нормативных актов, предусматривающих основания применения силы, специальных средств и оружия»². Отметим, что и здесь работники милиции и военнослужащие рассматриваются не как субъекты необходимой обороны, а как субъекты исполнения служебного долга по отражению посягательства на их жизнь, здоровье и достоинство, а также на интересы личности, общества и государства³.

Завершая рассмотрение вопроса о значении правильного установления субъекта рассматриваемых правомерных поступков, отметим, что это влияет и на правильную квалификацию действий, связанных с нарушением условий (правомерности) этих поступков. Объясняется это тем, что установление субъекта правомерного поступка тем самым предопределяет и субъекта соответствующего преступления, поскольку и субъект правомерного поступка, и субъект противостоящего ему преступления является одним и тем же лицом. Именно поэтому субъект осуществления права на необходимую оборону при виновном нарушении, например, условия о соразмерности причиняемого вреда подлежит ответственности за общеуголовное преступление, а субъект исполнения служебного долга – на основании специальных норм, в частности за превышение власти или служебных полномочий, предусматривающих ответственность должностных лиц.

Проанализируем, наконец, последнюю классификацию рассматриваемых правомерных поступков. Ее критерий определяется видом и числом тех преступных посягательств, под внешние признаки которых способны подпадать данные поступки. Как уже отмечалось, каждый правомерный поступок, исключающий преступность деяния, вливается в общий поток человеческой деятельности в определенных сферах общественных отношений, охраняемых уголовным законом от сходных преступных посягательств. Известно также, что нет такого правомерного поступка, который находил бы себе место в каждом виде системы общественных отношений в силу их разновидности и специфичности. Вместе с тем нельзя отрицать, что некоторые из поступков, исключающих преступность деяния (например, необходимая оборона, крайняя необходимость, выполнение профессиональных обязанностей, исполнение служебного долга и др.), могут проявлять себя в нескольких разнородных сферах общественных отношений, охраняемых уголовным законом от сходных преступных посягательств (так, необходимая оборона выражается в причинении вреда жизни, здоровью, личной свободе, имуществу посягающего; крайняя необходимость способна проявить себя

¹ См.: Там же. С. 10-11.

² См.: Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1989. – № 6. – С. 10.

³ Прав Т. Г. Шавгулидзе, отмечая, что «причинение вреда нападающему в целях защиты объектов, охрана которых входит в служебную компетенцию субъекта, является не актом необходимой обороны, а выполнением служебного долга» (Шавгулидзе Т. Г. Указ. соч. С. 84).

в виде причинения вреда различным интересам личности общества и государства, например, в действиях, связанных с лишением жизни человека, причинением ущерба собственности, общественной безопасности, порядку управления и т. д.). Объясняется это тем, что эти и ряд других поступков способны подпадать под признаки нескольких разнородных преступлений, предусмотренных различными главами Особенной части уголовного закона, построенных, как правило, по родовому объекту. Именно поэтому указанные поступки способны исключать преступность нескольких *разнородных деяний*. Это дает основания отнести их к первому, самому высокому уровню так называемой вертикальной структуры обстоятельств, исключающих преступность деяния.

Второй, средний уровень рассматриваемой структуры составляют поступки, внешне подпадающие под признаки нескольких, но *однородных деяний*. Такие поступки находят свое место лишь в одной какой-либо однородной сфере общественных отношений, охраняемых уголовным законом, где возможно совершение сходных с правомерными поступками преступных посягательств. Например, исполнение приказа военнослужащего возможно лишь в сфере воинских отношений, а выполнение, обязанностей врача – в сфере отношений здравоохранения и т. д. К числу подобных могут быть отнесены поступки, связанные с применением оружия представителем власти, представляющие собой военную необходимость, которая в настоящее время исключает ответственность за мародерство, но, видимо, имеет и более общее значение в сфере воинских отношений. Равным образом к рассматриваемым могут быть отнесены поступки, основанные на родительской власти, служебной необходимости и др.

Наконец, к третьему уровню вертикальной структуры обстоятельств, исключающих преступность деяния, относятся поступки, внешне подпадающие под признаки какого-либо *одного преступления*. Они отражают специфические особенности данного деяния и поэтому исключают его преступность. Примерами таких поступков могут быть переход границы в целях получения политического убежища, вручение гражданином с разрешения органов власти имущества должностному лицу, вымогающему взятку, выход за пределы предоставленных полномочий должностным лицом в интересах общества или государства и т. п.

В итоге отметим, что вертикальная структура обстоятельств, исключающих преступность деяния, может быть представлена в виде трех групп правомерных поступков, а именно поступков, внешне подпадающих под признаки: 1) нескольких разнородных преступлений; 2) нескольких однородных преступных посягательств; 3) одного какого-либо преступления. Такая классификация показывает разнотипный характер структуры системы обстоятельств, исключающих преступность деяния, что в определенной мере учитывается в построении уголовного законодательства. Так, в Общей части УК закреплены необходимая оборона, крайняя необходимость и задержание преступника, т. е. те поступки, которые подпадают под внешние признаки нескольких разнородных преступлений. В Особенной же части предусматривается, например, использование права на получение политического убежища как обстоятельство, исключающее ответственность за незаконный переход границы; военная необходимость – как обстоятельство, исключающее ответственность за мародерство и некоторые другие. Представляется, однако, что отмеченные особенности поступков, исключающих преступность деяния, должны быть в большей мере учтены при дальнейшем совершенствовании уголовно-правового регулирования данных обстоятельств.

Итак, правомерные поступки, исключающие преступность деяния, в настоящем исследовании классифицированы по различным основаниям: в зависимости от отраслевой принадлежности норм – на поступки, предусмотренные уголовным законом и иными отраслями законодательства; по юридической форме – на поступки, связанные с осуществлением права, выполнением обязанности и исполнением служебного долга; по субъекту – на поступки, совершаемые общими и специальными субъектами; по объ-

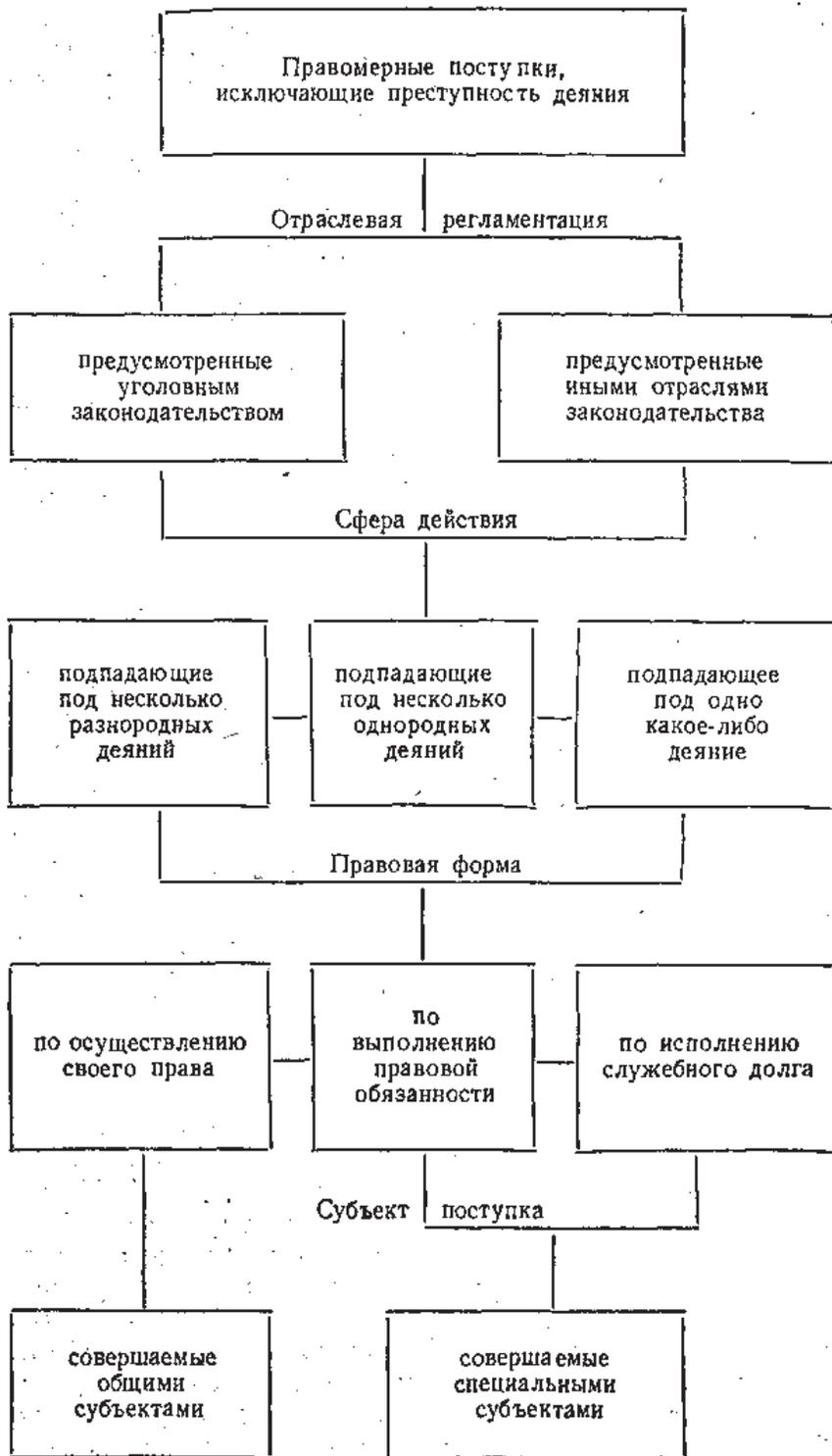
ему действия – на поступки широкой, средней и узкой сфер действия (уровня). Схематично виды правомерных поступков, исключающих преступность деяния, приведены на схеме. Каждая классификация имеет определенное уголовно-правовое значение, о чем говорилось выше. Здесь же необходимо отметить, что между названными поступками существуют определенные связи, которые собственно и интегрируют их в единую целостную систему обстоятельств, исключающих преступность деяния. К числу важнейших относятся связи координации и субординации.

Координационные связи, характеризуют взаимодействие рассматриваемых поступков одного уровня. Такими, например, являются поступки по осуществлению своего права, выполнению правовой обязанности и исполнению служебного долга. Поэтому принадлежность того или иного правомерного поступка к одной из этих групп (например, необходимой обороне как одному из видов осуществления своего права) исключает его нахождение в другой такой же группе (например, исключается отнесение необходимой обороны к виду исполнения служебного долга). В то же время возможны случаи, когда в процессе совершения правомерного поступка возникает необходимость в совершении другого поступка, причем того же или иного вида (рода), т. е. имеет место «идеальная совокупность» обстоятельств, исключающих преступность деяния. В литературе уже указывалось на возможность «идеальной совокупности» двух видов осуществления права: необходимой обороны или задержания преступника и крайней необходимости¹ (например, гражданин с целью пресечения угона самолета одновременно предпринимает меры по задержанию преступника и др.). Возможна и «идеальная совокупность» выполнения профессиональных обязанностей и осуществления права. Так, если в процессе выполнения обязанностей хирурга возникает ситуация, требующая прибегнуть к профессиональному риску, то в таком случае правомерно говорить об «идеальной совокупности» одного из видов выполнения профессиональной обязанности и осуществления права на профессиональный риск, где каждое из названных обстоятельств сохраняет свое значение². В ряде ситуаций согласие потерпевшего, рассматриваемое многими криминалистами в качестве самостоятельного вида обстоятельств, исключающих преступность деяния, выступает как элемент основания совершения, например, крайней необходимости³. Иногда могут конкурировать поступки одного и того же вида, допустим, основанные на юридической обязанности. Примером этому может служить коллизия обязанностей. Разрешению такой коллизии посвящен § 20 УК бывшей ГДР, в соответствии с которым тот, «кто при выполнении лежащей на нем обязанности принимает решение, после сознательной, ответственной оценки возникшего положения нарушить свою обязанность с тем, чтобы путем исполнения других обязанностей предотвратить причинение большего, иначе не устранимого ущерба для других лиц или общества, действует правомерно и не совершает преступного деяния».

¹ См.: Кириченко В. Ф. Указ. соч. С. 45; Советское уголовное право. Общая часть. М., 1974. С. 91; Баулин Ю. В. Право граждан на задержание преступника. С. 110-111.

² См.: Гринберг М. С. Проблема производственного риска в уголовном праве. С. 129-130.

³ См., напр.: Гаухман Л. Д. Проблемы уголовно-правовой борьбы с насильственными преступлениями в СССР. Саратов. 1981. С. 38.



Наряду с координационными в данной системе поступков существуют субординационные отношения. Они характерны для поступков различного уровня. Так, если одни из них могут рассматриваться на уровне родовых (осуществление своего права, выполнение обязанностей и исполнение служебного долга), то другие представляют собой определенные их виды (например, необходимая оборона, выполнение профессиональных обязанностей, применение оружия). И в этом случае их соотношение подчиняется требованиям соотношения рода и вида, или общего и частного. Иногда на этом основании предлагается исключить ряд обстоятельств, поскольку они являются частными случаями поступков более высокого уровня. Так, П. П. Андрушко считает, что исполнение закона, принуждение к повиновению, исполнение обязанностей воинской службы, производственный риск, принуждение к выполнению правовой обязанности являются частными случаями необходимой обороны, крайней необходимости, задержания преступника, исполнения приказа, выполнения профессиональных и служебных функций, осуществления своего права и согласия потерпевшего, и поэтому их не следует относить к обстоятельствам, исключающим преступности деяния¹. Прежде всего следует отметить, что позиция П. П. Андрушко непоследовательна, ибо, например, необходимая оборона, крайняя необходимость и задержание преступника также представляют собой частные случаи осуществления своего права, а исполнение приказа выступает видом выполнения профессиональных и служебных функций. Главное возражение, однако, состоит в том, что если стать на точку зрения этого автора, то можно было бы вообще отказаться от выделения каких-либо видов рассматриваемых обстоятельств, указав в законе общим образом на правомерность поступков, внешне подпадающих под признаки преступлений². Полагаем, что чем более широко и разветвлено будет представлена система обстоятельств, исключающих преступность деяния, тем в большей степени она способна обеспечивать права и законные интересы личности³. Кроме того, стремление к выделению различных видов этих обстоятельств отражает объективную реальность, свидетельствующую, во-первых, о видовой специфике тех или иных правомерных поступков, внешне подпадающих под признаки преступлений, и, во-вторых, о расширении сфер человеческой деятельности, связанной, в частности, и с причинением правомерного вреда объектам уголовно-правовой охраны.

Продолжая рассмотрение субординационных связей между данными поступками, отметим, что иногда возможно выделение поступков, отражающих категории не только общего и частного, но и особенного. Например, выполнение обязанностей врача-хирурга должно соответствовать требованиям, предъявляемым к поступкам, связанным с выполнением любой профессиональной деятельности⁴, которая, в свою очередь, должна соответствовать общим признакам поступков, в основе которых лежит юридическая обязанность. В этом случае соотношение между названными обстоятельствами отражает соотношение общего, особенного и единичного.

Субординационные связи необходимо учитывать как в процессе правотворчества, так и при оценке правомерности рассматриваемых поступков, особенно если совокупность их признаков прямо в законе не предусмотрена. В таком случае основанием для

¹ См.: Андрушко П. П. Указ. соч. С. 7.

² Иногда подобные предложения формулируются в науке гражданского права (см.: Гребенюк В. И. Система гражданско-правовых обязательств по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями // Актуальные вопросы правоправедения на современном этапе. Томск, 1986. С. 121).

³ Прав в связи с этим М. С. Гринберг, указывая, что хотя описание рассматриваемых поступков и осуществляется посредством оценочных терминов, однако оно характеризуется все же большей определенностью, соответствующей задачам охраны прав и интересов субъектов крайней необходимости, необходимой обороны и лица, участвующего в задержании преступника (см.: Гринберг М. С. Преступления против общественной безопасности. С. 138).

⁴ П. П. Андрушко правильно отмечает, что общие условия правомерности выполнения профессиональных функций конкретизируются к некоторым видам профессиональной деятельности (см.: Андрушко П. П. Указ. соч. С. 20).

признания правомерности совершенного является соответствие поступка признакам обстоятельства более высокого порядка. Например, оценивая правомерность использования лицом защитных средств, связанных с возможностью причинения вреда личности, необходимо соотнести его действия с общими признаками поступков по осуществлению своего права, в том числе на защиту своего имущества.

Наконец, отметим, что рассматриваемые поступки, их координационные и субординационные связи характеризуют структуру, которая, в свою очередь, определяет целостность и относительную, самостоятельность системы анализируемых обстоятельств. Кроме того, эта структура обеспечивает связь данной системы с внешней средой, в том числе ее вхождение в систему более высокого порядка, где *поступки, исключаяющие преступность деяния, выступают в качестве компонента системы обстоятельств, исключаяющих уголовную ответственность*: все эти обстоятельства объединяет то, что они одновременно предполагают и отрицают основание уголовной ответственности, каковым является, как отмечалось, совершение деяния, содержащего все признаки состава преступления, предусмотренного уголовным законом. В интересующем нас плане это деяние может быть рассмотрено с точки зрения: 1) социально-политического содержания (повышенная степень общественной опасности), 2) уголовно-правовой формы (запрещенность общественно опасного деяния в момент его совершения уголовным законом) и 3) внутренней структуры (единство и взаимосвязь субъекта, объекта, объективной и субъективной стороны состава преступления). Очевидно, что обстоятельства, исключаяющие уголовную ответственность, могут исключать любую из названных сторон преступного деяния. Поэтому они представляют собой различного рода объективные и субъективные факторы (события, поступки и др.), влияющие таким образом на социально-политическое содержание, уголовно-правовую форму и внутреннюю структуру совершенного деяния, при котором оно лишается свойства быть преступным. Следовательно, можно выделить четыре группы обстоятельств, исключаящих уголовную ответственность: 1) обстоятельства, исключаяющие общественную опасность, свойственную преступному деянию (например, малозначительные поступки); 2) обстоятельства, исключаяющие уголовную противоправность деяния (например, отсутствие уголовно-правового запрета общественно опасного деяния в момент его совершения либо необходимых условий привлечения к уголовной ответственности, например, административной преюдиции); 3) обстоятельства, исключаяющие признаки состава преступления: субъекта, объекта, объективной или субъективной стороны деяния (например, невменяемость, недостижение возраста уголовной ответственности, непреодолимая сила, отсутствие причинной связи, казус, ошибка и др.); 4) обстоятельства, исключаяющие общественную опасность и противоправность деяния, охватывающие, как отмечалось, правомерные и общественно полезные (социально приемлемые) поступки, внешне подпадающие под признаки какого-либо деяния, предусмотренного уголовным законом (необходимая оборона, осуществление своего права, исполнение служебного долга и др.). Предложенный подход к определению системы обстоятельств, исключаящих уголовную ответственность, в значительной мере разделяется и судебной практикой. Так, в п. 21 постановления Пленума Верховного Суда УССР от 29 июня 1990 г. «О выполнении судами республики законодательства и постановлений Пленума Верховного Суда СССР и Пленума Верховного Суда УССР по вопросам судебного рассмотрения уголовных дел и постановления приговора» разъяснено, что судам следует иметь в виду, что оправдательный приговор подлежит постановлению, в частности, в связи с отсутствием в деянии подсудимого состава преступления, когда установлено, что деяние, которое вменялось в вину подсудимому, им совершено, но уголовным законом не признается преступным, в частности когда оно лишь формально содержит признаки преступления, но в силу малозначительности не является общественно опасным; отсутствуют иные условия, при которых деяние признается преступным (повторность деяния, предварительное привлечение к админи-

стративной ответственности и т. д.); деяние совершено в состоянии необходимой обороны или крайней необходимости; имел место добровольный отказ от совершения преступления, а фактически совершенное не содержит состава иного преступления; подсудимый не является субъектом преступления в связи с отсутствием специальных признаков, предусмотренных для субъектов данного состава преступления; подсудимый не достиг возраста, по достижению которого он может нести уголовную ответственность¹. Очевидно, что в приведенном постановлении указываются все четыре группы обстоятельств, исключающих уголовную ответственность, а именно: обстоятельство, исключающее общественную опасность (малозначительное деяние); обстоятельства, исключающие уголовную противоправность (отсутствие уголовно-правового запрета и условий привлечения к уголовной ответственности); обстоятельства, исключающие признаки субъекта состава преступления (недостижение возраста уголовной ответственности и отсутствие признаков специального субъекта); обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность деяния (необходимая оборона и крайняя необходимость).

Эти группы обстоятельств имеют различную социальную и юридическую характеристику, но их объединяет общее свойство: они, каждый со своей стороны, исключают основание уголовной ответственности – преступное деяние. Взятые лишь в системе, они способны исключить уголовную ответственность лица за вред, причиненный благам, охраняемым уголовным законом от преступных посягательств, сходных по своим внешним признакам с поступками, образующими систему обстоятельств, исключающих уголовную ответственность. При этом если, обстоятельства, исключающие общественную опасность, уголовную противоправность и признаки состава преступления, остаются более или менее постоянными, то система правомерных поступков, внешне подпадающих под признаки преступлений, постоянно изменяется. Это вызвано причинами социального и юридического характера, прежде всего влиянием различных событий в области экономики и политики, научно-техническими достижениями и открытиями новых областей человеческой практики. Следствием всего этого является появление новых видов поведения людей, которое в ряде случаев связано с причинением вреда объектам уголовно-правовой охраны. В связи с этим и возникает проблема определения правомерности таких поступков. Об этом, в частности, свидетельствуют успехи в области медицины, молекулярной биологии, психиатрии и т. д. Вместе с тем появление указанных видов поведения в важнейших областях человеческого, общечеловеческого вызывает необходимость его правового упорядочения, в том числе посредством установления новых уголовно-правовых запретов². Так, обосновывается необходимость постановки под защиту уголовного закона интересов личности и общества при трансплантации органов и тканей, медицинском эксперименте, искусственном оплодотворении, патернализме, клонировании, вмешательстве в генную природу человека, психиатрическом влиянии на модификацию поведения, производстве ряда биотехнологий, манипулировании системами АСУ и др.³.

¹ См.: Рад. право. – 1990. – № 11. – С. 81.

² В этой связи правильно отмечается, что социально-этические проблемы науки должны всегда находиться в центре внимания не только естествоиспытателей, но и философов, юристов, политиков, всей мировой общественности (см.: Фролов И. Т., Юдин Б. Т. Этика науки: проблемы и дискуссии. М., 1986. С. 316).

³ См.: Социалистическое право и научно-техническая революция. М., 1979; Йорвич А. И. Научно-технический прогресс и новые проблемы права. М., 1981; Керимов Д. А. Философские основания политико-правовых исследований. С. 248; Картец И. И. Перестройка и законодательство // Правда. – 1987. – 9 окт.; Коробеев А. И. К вопросу о некоторых современных тенденциях советской уголовно-правовой политики // Вопр. борьбы с преступностью. – 1986. – № 44. – С. 13; Миренский Б. А. Теоретические основы совершенствования советского уголовного законодательства. Ташкент, 1983. С. 53; Коган В. М., Маргацкая Н. А. Правовая регламентация трансплантации органов и тканей в законодательстве социалистических стран Европы // Сов. здравоохранение. – 1979. – № 8. – С. 50-53; Малейна Н. С. Право на медицинский эксперимент // Сов. гос-во и право. – 1975. – № 11. – С. 37; Малейна М. Н. Правовое регулирование отношений, возникающих при искусственном зарождении детей // Правоведение. – 1983. – № 5; Современная генетика: проблемы и перспективы // Коммунист. – 1987. – № 4. – С. 120; Грань допустимого // Аргументы и факты. – 1987. – № 35 и др.

Очевидно, что установление соответствующих уголовно-правовых запретов поставит одновременно проблему отграничения преступного поведения от правомерного, которое лишь по внешним своим признакам будет иметь сходство с новыми видами преступных посягательств. Иначе говоря, развитие общественных отношений порождает, с одной стороны, новые виды правомерного поведения, внешне сходного с признаками известных уголовно-правовых запретов, а с другой – необходимость установления уголовно-правовых запретов, предусматривающих такие виды преступных посягательств, с внешними признаками которых оказываются сходными новые виды правомерного поведения. Указанное противоречие, как представляется, и лежит в основе развития системы обстоятельств, исключающих преступность (общественную опасность и противоправность) деяния.

Ближайшая перспектива этой системы видится в последовательном расширении круга рассматриваемых правомерных поступков, особенно в новых сферах общественных отношений; их усиливающимся взаимодействию с другими подобными по юридической природе поступками; обеспечением ими в своем единстве последовательного достижения цели исключения общественной опасности и противоправности деяния, подпадающего под признаки какого-либо преступления. В связи с изложенным очевидно, что система правомерных поступков, исключающих преступность деяния, нуждается в постоянном анализе, прогнозах, наконец, управлении. Для этого требуются не только юридические, но и социологические исследования. Управление этой системой достигается разнообразными средствами, среди которых важное место занимает право, поскольку рассматриваемые поступки относятся к разряду тех, которые по общему правилу могут существовать только в правовой форме.

Глава II

МЕХАНИЗМ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ, ИСКЛЮЧАЮЩИХ ПРЕСТУПНОСТЬ (ОБЩЕСТВЕННУЮ ОПАСНОСТЬ И ПРОТИВОПРАВНОСТЬ) ДЕЯНИЯ

Понятие механизма правового регулирования – одно из центральных в правовой науке. Под ним обычно понимается «взятая в единстве система правовых средств (юридических норм, правоотношений, актов и др.), при помощи которых осуществляется правовое воздействие на отношения социалистического общества»¹. Опираясь на механизм правового регулирования, юридическая наука разрабатывает стратегию совершенствования всех звеньев правовой системы, обобщает и анализирует правотворческий и правоприменительный процессы. Указанный механизм позволяет профессионально осмыслить социальную ситуацию, проникнуть в ее юридическую сущность, выяснить, кто является носителем прав и обязанностей, в чем они состоят, на какие объекты направлены, в какой момент времени и па каком основании они возникают, чем определяется момент их реализации, прекращения или изменения правоотношений, переход их в новое отношение и т. п. Очевидно, что все эти и другие вопросы имеют первостепенное значение для охраны прав и законных интересов граждан, а также законности и обоснованности принятия решений по каждому юридическому, в том числе уголовному, делу.

Следовательно, рассмотрение обстоятельств, исключающих преступность деяния, под углом зрения механизма их правового регулирования весьма существенно. Это дает возможность раскрыть определяющую роль права в регулировании правомерного поведения, внешне подпадающего под признаки преступления, поднять на новый уровень исследование малоизученных сторон данных обстоятельств, акцентировать внимание на реализации права, т. е. на деятельной, практической стороне проблемы, попытаться рассмотреть данные обстоятельства в качестве не только статической, но и динамической системы социального регулирования. Кроме того, анализ механизма правового регулирования обстоятельств, исключающих преступность деяния, позволяет оценить систему юридического стимулирования (поощрения) позитивного поведения участников правоотношений, ее влияние на развертывание инициативы и активности граждан, а также должностных лиц в различных сферах государственной и общественной жизни. Выводы, вытекающие из анализа проблем механизма правового регулирования, затрагивают само содержание юридической практики, дают представление о критериях законности принимаемых решений по делам, связанным с обстоятельствами, исключающими преступность деяния.

Этот механизм включает в себя определенные элементы, в том числе правовые нормы и их реализацию, что свидетельствует о сложном явлении, требующем для своего исследования соответствующих методов системного анализа. Значение юридических норм в данном механизме состоит в нормативном регламентировании общественных отношений. В частности, нормы, предусматривающие поступки, исключающие преступность деяния, определяют их границы, условия и формы. Поэтому эти нормы с полным основанием можно рассматривать как образцы, модели реального поведения субъектов в связи с той или иной социальной ситуацией². Они, далее, не только описывают модели поведения, но и содержат определенные веления государства, предусматривая вид и меру того или иного поведения, т. е. выполняют функцию государственной оценки предусмотренных в нормах вариантов поведения. Причем эта функция носит устано-

¹ Алексеев С. С. Проблемы теории права. Свердловск, 1972. Т. 1. С. 153.

² См.: Социальные отклонения. Введение в общую теорию. М., 1984. С. 74.

вочный характер, поскольку еще до совершения предусмотренных нормой проступков формулируется правило, в соответствии с которым данная модель поведения может быть применена в качестве оценки правомерности или преступности деяния уполномоченными на то органами¹. Анализу совокупности норм, регулирующих данные проступки, и посвящено последующее изложение.

Известно, что всякая норма имеет определенную структуру, где обычно выделяют гипотезу, диспозицию и санкцию. Реализация диспозиции и санкции происходит в рамках определенных правоотношений, вызываемых к жизни юридическими фактами, закрепленными в гипотезах. В соответствии с этим в настоящей главе вначале рассматривается структура норм, регулирующих обстоятельства, исключающие преступность деяния, а затем правоотношения, в рамках которых реализуются диспозиция и санкция данных норм. А. С. Явич, указывая на необходимость и важность исследования правоотношений, считает, что изучать их следует при исследовании любых юридических феноменов, в том числе при анализе правопорядка, процесса применения права, вопросов правонарушения и юридической ответственности². Эту же мысль подчеркивают и криминалисты в отношении отдельных видов обстоятельств. Так, М. П. Журавлев и А. В. Наумов, упрекая В. Н. Козака в том, что последний прошел мимо рассмотрения юридической природы правоотношений, связанных с причинением вреда в состоянии крайней необходимости, отмечают важность этого вопроса не только для уголовного, но и для общей теории права³. Наконец, важность исследования, этих правоотношений вытекает из самого уголовного закона, согласно которому (ст. ст. 15 и 16 УК) не признаются преступными действия, совершенные в состоянии необходимой обороны и крайней необходимости. Многие криминалисты разрабатывают условия, вызывающие данное состояние, правомерность действия в указанном состоянии и т. д. Представляется, что словосочетанием «состояние необходимой обороны и крайней необходимости» закон обозначает именно правоотношения как индивидуализированную связь между субъектами, возникающую на основе юридических фактов, предусмотренных гипотезой (общественно опасное посягательство, требующее немедленного предотвращения или пресечения; грозящая опасность, неустранимая иными средствами), и реализуемую посредством действий, предусмотренных диспозициями норм, регулирующих необходимую оборону и крайнюю необходимость.

§ 1. Нормативная основа обстоятельств, исключающих преступность деяния

Право отражает социальную действительность в соответствии со свойственными ему закономерностями, в присущих ему формах. Одной из них являются правовые нормы, выступающие как средство (способ, форма) преобразования (перевода) социального в правовое⁴. Предметом регулирования отдельных норм права являются поступки (поведение, деятельность) людей, которые в соответствии со своей спецификой вливаются в общий поток того или иного, вида, общественных отношений. Однородные группы норм упорядочивают в конечном счете вполне определенные виды общественных отношений. Поэтому в соответствии со своей предметной спецификой отдельные нормы объединяются в институты, подотрасли и отрасли права; последние же в своей совокупности образуют систему советского права.

¹ См.: Нормы советского права. Проблемы теории. Саратов, 1987. С. 214.

² См.: Явич А. С. Конкретные правоотношения – особая форма социального осуществления права // XXVI съезд КПСС и проблемы теории государства и права. М., 1982. С. 92.

³ См.: Журавлев М. П., Наумов А. В. Рецензия на кн.: Козак В. Н. Вопросы теории и практики крайней необходимости. Саратов, 1978 // Сов. гос-во и право. – 1983. – № 9. – С. 148.

⁴ См.: Жеребкин В. Е. О нормативной природе юридических понятий // Актуальные проблемы формирования правового государства. Х., 1990. С. 32-33.

Как отмечалось, правомерные поступки, исключающие преступность деяния, совершаются в различных сферах общественной жизни и поэтому регулируются нормами различных отраслей права. Так, некоторые из них (необходимая оборона, крайняя необходимость, задержание преступника) предусмотрены уголовным, другие (например, применение оружия) – административным, третьи (например, выполнение профессиональных обязанностей) – трудовым, четвертые (например, применение мер процессуального принуждения) – процессуальным законодательством и т. д. Практически в любой отрасли законодательства можно обнаружить подобные нормы. Вместе с тем, несмотря на такой «разброс» по различным отраслям законодательства, их объединяет прежде всего то, что они регулируют поступки, совершение которых связано с причинением вреда объектам уголовно-правовой охраны. Другим объединяющим признаком рассматриваемых норм является их единое функциональное назначение в уголовном праве. Так, эти нормы регулируют поведение, которое исключает общественную опасность и противоправность, а следовательно, преступность деяния и уголовную ответственность за причиненный вред. Они, далее, играют одну и ту же роль в процессе квалификации преступлений. Дело в том, что эти нормы по существу являются составными элементами гипотез тех статей Особенной части уголовного закона, применение которых возможно лишь при условии, если будет установлено отсутствие признаков поведения, соответствующего требованиям данных норм¹.

Иными словами, нормы различных отраслей законодательства, регулирующие поступки, внешне подпадающие под признаки того или иного преступления, выступают постоянной величиной при переменных составах преступлений. Прав В. М. Коган, полагая, что как «а» есть постоянный показатель при переменных «б», «с» и «р», так и положения об обстоятельствах, исключающих уголовную ответственность, есть постоянные показатели при переменных составах². Следовательно, для решения вопроса о правомерности или преступности содеянного необходимо обратиться к различным отраслям законодательства, в нормах которых отражаются поступки, внешне сходные с тем или иным преступлением. Это дает основание уподобить их *своеобразным бланкетным нормам*, которые, взятые в совокупности, выносятся вместе с нормами о необходимой обороне, крайней необходимости и задержании преступника в Общую часть уголовного права и подлежат учету всякий раз, когда решается вопрос о наличии или отсутствии в содеянном признаков определенного состава преступления. Далее, их самостоятельное уголовно-правовое значение состоит в том, что они выступают как определенные *коллизийные нормы* среди норм уголовного права, позволяя разрешать коллизии между внешне воспринимаемыми поступками как преступными и их фактическим правомерным содержанием. В этой связи лишь отчасти можно согласиться с тем, что данные нормы имеют не самостоятельное, а дублирующее значение, поскольку они, мол, только уточняют и конкретизируют правовую оценку актов поведения, характеризующихся противоречием между общественно опасной формой и общественно полезным содержанием³. Помимо указанного самостоятельного значения этих норм заключается в том, что они по существу регулируют исключительное, неординарное, в целом «ненормальное» поведение, совершаемое часто в экстремальной обстановке. Наличие таких норм отвечает известному требованию о том, чтобы в самом законодательстве (независимо от его отраслевой принадлежности) предусматривались порядок,

¹ См.: *Коняхин В. П.* Нормы общей части УК РСФСР: содержание, виды, функции: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1985. С. 14; *Кленова Т. В.* Уголовно-правовые нормы в системе уголовного законодательства // Реализация уголовной ответственности: уголовно-правовые и процессуальные проблемы. Куйбышев, 1987. С. 38.

² См.: *Коган В. М.* Логико-юридическая структура советского уголовного закона. С. 12.

³ См.: *Гринберг М. С.* Должностные преступления и крайняя необходимость // Сов. гос-во и право. – 1989. – № 5. – С. 68.

условия и границы отступления от общих предписаний¹. Наконец, нельзя не учитывать, что уголовно-правовые последствия как правомерного, так и преступного причинения вреда объектам уголовно-правовой охраны определяются только уголовным законом. Это, например, означает, что в случае применения оружия в соответствии с условиями, предусмотренными в соответствующих законодательных актах, поступок признается неправомерным и на этом основании исключается уголовная ответственность лица за причиненный вред. Напротив, несоблюдение установленных в законе условий квалифицируется как соответствующее преступление, например превышение власти или служебных полномочий.

Отметим также, что объединяющим признаком норм, регулирующих указанное поведение, является их сходное строение, при котором всегда предусматриваются основания совершения и важнейшие признаки правомерности поступков, исключающих преступность деяния. Так, в соответствии со ст. 15 Закона Украины «О милиции» «работники милиции в качестве крайней меры имеют право применять огнестрельное оружие в следующих случаях: 1) для защиты граждан от нападения, угрожающего их жизни и здоровью, а также для освобождения заложников; 2) для отражения группового или вооруженного нападения на работника милиции либо членов его семьи или другого нападения, если их жизни или здоровью угрожает опасность; 3) для отражения нападения на охраняемые объекты, конвои, жилые помещения граждан, помещения государственных и общественных предприятий, учреждений и организаций, а также освобождения их в случае захвата; 4) для задержания лица, застигнутого при совершении тяжкого преступления и пытающегося бежать; 5) для задержания лица, которое оказывает вооруженное сопротивление, пытается бежать из-под стражи, а также вооруженного лица, угрожающего применением оружия и других предметов, что представляет угрозу жизни и здоровью работника милиции; 6) для остановки транспортного средства путем его повреждения, если водитель своими действиями создает угрозу жизни или здоровью граждан либо работника милиции»². Очевидно, что основания применения оружия во многом сходны с основаниями необходимой обороны (общественно опасное посягательство, требующее немедленного предотвращения или пресечения), крайней необходимости (грозящая опасность, неустраиваемая иначе, как причинением вреда), задержания преступника (совершение преступления, вызывающего необходимость в немедленном доставлении преступника органам власти).

Изложенное, таким образом, позволяет заключить, что рассматриваемые нормы, как и поступки, ими регулируемые, находятся во взаимодействии и взаимозависимости как между собой, так и с соответствующими уголовно-правовыми предписаниями, образуя тем самым некоторую целостность. При этом очевидно, что меньшая часть этих норм закреплена в уголовном законодательстве, а большая – в иных отраслях законодательства. Однако их различная отраслевая принадлежность не исключает принципиального единства. Н. Д. Дурманов в свое время правильно писал, что положение несколько не изменится, если нормы, касающиеся необходимой обороны и крайней необходимости, «включить, скажем, в число норм административного права, что, кстати, нередко наблюдается в части действий по задержанию преступника, очень близких к необходимой обороне. В этом случае в системе уголовного права констатировалось бы, что действия, совершенные при названных обстоятельствах, правомерны и, следовательно, к области уголовного права не относятся»³. То, что большинство рассматриваемых норм находит свое постоянное закрепление не в уголовном праве, объясняется тем, что позитивная общественно значимая деятельность людей регулируется в большей

¹ См.: Бернштейн Д. И. Правовая ответственность как вид социальной ответственности и пути ее обеспечения. Ташкент, 1989. С. 65.

² См.: Ведомости Верхов. Совета УССР. – 1991. – № 4. – Ст. 20.

³ Дурманов Н. Д. Понятие преступления. М.; Л., 1948. С. 205-206.

мере не только и не столько уголовным, сколько иным законодательством. Вместе с тем своеобразие этих норм заключается в том, что они полностью не «растворяются» в той или иной отрасли права. Это объясняется их двойственным юридическим свойством: с одной стороны, регулируя поведение, принадлежащее тому или иному виду общественных отношений, они по своему предметному содержанию относятся к определенной отрасли права, с другой – эти нормы предусматривают поступки, внешне подпадающие под признаки какого-либо преступления, и поэтому относятся к уголовному праву, т. е. являются нормами уголовно-правовыми. Этот вывод следует из того, что уголовное право содержит не только предписания о преступности и наказуемости деяний, но и, в частности, нормы, отграничивающие преступное поведение от правомерного, непроступного¹. Как верно заметил А. М. Яковлев, «уголовный закон с неизбежностью дихотомичен: либо есть преступление, либо его нет»². Это обязывает законодательные органы в самом законе полно и точно определять границы между преступным и непроступным деянием, обеспечивая тем самым условия для правильного и единообразного применения уголовного закона³. Не случайно поэтому общепризнанным является Отнесение к учению о преступлении института обстоятельств, исключающих уголовную ответственность⁴. Разработка этих обстоятельств определяет, как далеко простирается так называемая дисциплинарная власть государства и где она ограничивается⁵. Поэтому *уголовно-правовыми являются всякие нормы, отграничивающие преступное поведение от непроступного, в том числе нормы, регулирующие правомерные поступки, внешне подпадающие под признаки какого-либо преступления.*

Известно, далее, что уголовно-правовые нормы сосредоточены, как правило, в уголовных законах. В последнее время, однако, получила распространение практика издания тай называемых смешанных, или комплексных, законов, т. е. таких, в которых содержатся нормы уголовного, процессуального и иных отраслей права⁶. Таковы, например, законы СССР «Об ответственности за неуважение к суду», «Об усилении ответственности за посягательства на национальное равноправие граждан, и насильственное нарушение единства территории Союза ССР»⁷, «О статусе народного депутата СССР»⁸, «О печати и других средствах массовой информации»⁹ и др. Учитывая, что в этих и других законах содержатся предписания Особенной части уголовного закона, следует согласиться с тем, что соответствующие нормы таких законов являются уголовно-правовыми¹⁰. Однако в равной степени такими же должны признаваться и те составные законы, в которых содержатся нормы Общей части, в том числе регулирующие правомерные поступки, внешне подпадающие под признаки преступления, поскольку эти нормы подлежат применению всякий раз при разграничении преступного и правомерного. Так, к числу уголовно-правовых относится норма о правомерном причинении вреда при задержании преступника, которая содержится в ст. 15 Указа

¹ В этой связи П. С. Дагель справедливо критиковал В. Н. Козака, который, исходя из узкой трактовки ст. 1 Основ, отрицал уголовно-правовой характер нормы о необходимой обороне (см.: *Дагель П. С. Об аналогии в уголовном праве.* С. 40.

² См.: *Келина С. Г., Кудрявцев В. Н.* Принципы советского уголовного права. М., 1988. С. 83; *Коробев А. И.* Советская уголовная политика. Владивосток, 1987. С. 43.

³ См.: *Стручков Н. А.* Учение о преступлении и его значение для разработки теории наказания // Уголовно-правовые исследования. Тбилиси, 1987. С. 16.

⁴ См.: *Ленклер Т.* Причины и основания установления уголовно-правового запрета // Материалы IV советско-западногерманского симпозиума по криминологии, уголовному праву и процессу. К., 1990. С. 14.

⁵ См.: *Ковалев М. И.* Советское уголовное право: Курс лекций. Уголовный закон. Свердловск, 1974. Вып. 2. С. 17.

⁶ См.: Ведомости Съезда народ. депутатов СССР и Верхов. Совета СССР. – 1989. – № 22. – Ст. 418.

⁷ См.: Там же. – 1990. – № 15. – Ст. 247.

⁸ См.: Там же. – 1990. – № 24. – Ст. 443.

⁹ См.: Там же. – 1990. – № 26. – Ст. 492.

¹⁰ См.: *Ковалев М. И.* Указ. соч. С. 18.

Президиума Верховного Совета СССР от 26 июля 1966 г. (в редакции от 5 июля 1981 г.) «Об усилении ответственности за хулиганство»¹. С этой точки зрения, от названной ничем не отличаются и нормы о применении оружия, содержащиеся в административном законодательстве, о причинении вреда при выполнении профессиональных обязанностей врача, пожарного, спасателя и др., закрепленные в трудовом законодательстве, и т. п. Это дает основание объединить их в определенную вторичную структуру, а именно: в межотраслевой институт как систему уголовно-правовых норм, предусмотренных различными отраслями законодательства, регулирующих правомерные и общественно полезные (социально приемлемые) поступки, хотя внешне и подпадающие под признаки какого-либо преступления, но исключая преступность (общественную опасность и противоправность) совершенного деяния².

Входящие в этот институт нормы имеют равноценное значение, поскольку каждая из них регламентирует определенный вид деятельности соответствующего круга лиц, связанной с правомерным причинением вреда объектам уголовно-правовой охраны. Поэтому вызывает возражение мнение о том, что нормы уголовного законодательства в данной совокупности обладают приоритетом, в связи с чем нормы других отраслей должны исходить из требований уголовного законодательства. Так, В. И. Ткаченко считал, что «регулирование юридических последствий за вред, причиненный охраняемым законом общественным отношениям, – прерогатива уголовного законодательства, в котором высшую степень занимают Основы уголовного законодательства... Стало быть, другие законы должны исходить из Основ и не противоречить им»³. И. С. Тишкевич пишет, что «правила применения оружия представителями власти и военнослужащими в отношении преступников, установленные соответствующими нормативными актами (уставами, приказами и т. п.), лишь конкретизируют пределы необходимой обороны применительно к определенным ситуациям. Они не противоречат и не могут противоречить законодательству о необходимой обороне»⁴. В. А. Елеонский, называя применение оружия работниками милиции крайней мерой, также считает, что в этом случае законодатель конкретизирует общие нормы, регламентирующие институт крайней необходимости, применительно к деятельности работников милиции⁵. Наконец, относительно задержания преступника указывают, что нормы уголовного законодательства имеют определяющее значение, поскольку предусматривают единые для всех категорий лиц материально-правовые основания задержания преступника и причинения ему при этом вреда. Специальные же нормативные акты лишь конкретизируют условия правомерности задержания преступника в пределах общих условий, закрепленных в уголовном законе. Например, Г. В. Бушуев в этой связи полагает, что «условия правомерности задержания преступника должны быть едиными для всех категорий лиц. К работникам милиции могут предъявляться более строгие требования, но только в рамках общих для всех условий»⁶.

¹ См.: Коняхин В. П. Указ. соч. С. 7.

² Такой подход не исключает, например, того, что нормы о необходимой обороне и крайней необходимости могут быть рассмотрены также в качестве и института уголовного права, и межотраслевого института права (см.: Остов Ю. К. Подведомственность юридических дел. Свердловск, 1973. С. 80; Козак В. Н. Крайняя необходимость как межотраслевой правовой институт // Вопросы взаимосвязи уголовного права и процесса. Калинин, 1988. С. 81-88). Подобные институты могут образовывать и нормы, регулирующие выполнение профессиональных обязанностей, исполнение приказа и др. Например, нормы о производственном риске предлагают закрепить в гражданском, трудовом, административном, уголовном и других отраслях права (см.: Мурашин А. Т., Колодий А. П. Развитие принципов правового регулирования в условиях формирования социалистического правового государства // Актуальные проблемы формирования правового государства. Х., 1990. С. 14).

³ Ткаченко В. И. Принуждение к повиновению и выполнению правовой обязанности // Сов. юстиция. – 1990. – № 3. – С. 28.

⁴ См.: Ведомости Съезда народ, депутатов СССР и Верхов. Совета СССР. – 1989. – № 22. – Ст. 443.

⁵ См.: Елеонский В. А. Указ. соч. С. 52.

⁶ Бушуев Г. В. Указ. соч. С. 46. См. также: Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. С. 95-98 и др.

С приведенной позицией согласиться нельзя. Прежде всего вызывает возражение то, что регулирование юридических последствий за вред, причиненный объектам уголовно-правовой охраны, – это прерогатива уголовного законодательства. Такое утверждение верно лишь применительно к определению правовых последствий преступного причинения вреда, поскольку лишь уголовный закон «определяет, какие общественно опасные деяния являются преступлениями». Однако в рассматриваемых случаях речь идет о правовых последствиях не преступного, а правомерного причинения вреда указанным объектам. Очевидно, что признание правомерности совершенного устанавливается не только и не столько уголовным, сколько иным законодательством, закрепляющим нормы, в соответствии с которыми предоставляется право, возлагается обязанность и уполномачиваются определенные лица на совершение рассматриваемых поступков. Эти нормы поэтому имеют вполне самостоятельное значение и нет оснований считать, что они каким-то образом конкретизируют положения уголовного закона о правомерности причинения вреда объектам уголовноправовой охраны. Об этом свидетельствует и развитие законодательства в данной области. Так, еще Указ Президиума Верховного Совета СССР от 8 июня 1973 г. «Об основных обязанностях и правах советской милиции по охране общественного порядка и борьбе с преступностью»¹, определяя основания и пределы применения работниками милиции силы и оружия, обоснованно не делал ссылки на нормы уголовного законодательства о необходимой обороне, крайней необходимости и задержании преступника. Равным образом, отсутствуют какие-либо ссылки на это законодательство и в ст. 39 Основ исправительно-трудового законодательства Союза ССР и союзных республик, предусматривающей основания применения мер безопасности и оружия к лицам, лишенным свободы, и в Указе Президиума Верховного Совета СССР от 19 июня 1984 г. «О задержании правонарушителей работниками военизированной охраны и применении ими в исключительных случаях оружия»², и в Законе СССР от 26 марта 1990 г. «Об обязанностях и правах внутренних войск Министерства внутренних дел СССР при охране общественного порядка»³, и в Законе Украины от 20 декабря 1990 г. «О милиции»⁴, и в Законе СССР от 6 марта 1991 г. «О советской милиции»⁵ и др. Все эти нормативные акты, имеющие силу закона, равноценны с уголовным законодательством в части определения правомерности причинения вреда и никаким образом не конкретизируют его положения. Каждый из них содержит нормы, регулирующие специальный вид правомерного причинения вреда определенными лицами, не совпадающий с необходимой обороной, крайней необходимостью и задержанием преступника. Иными словами, эти нормы, имея ограниченную сферу действия как по кругу лиц, так и по видам регулируемого поведения, являются самостоятельными и занимают свое определенное место в системе норм, исключающих преступность (общественную опасность и противоправность) деяния⁶. При этом нельзя не отметить, что одни такие нормы закреплены именно в законах, другие же – предусмотрены в иных нормативных актах (указах Президента СССР, Президиума Верховного Совета СССР, постановлениях правительства, уставах, приказах, положениях различных ведомств). Сложившееся положение можно объяснить известными причинами, но оно требует своего изменения. В будущем должны быть предприняты шаги, направленные на то, чтобы именно в законах урегулировать всяко-

¹ См.: Ведомости Верхов. Совета СССР. – 1973. – № 24. – Ст. 309.

² См.: Там же. – 1984. – № 26. – Ст. 457.

³ См.: Там же. – 1990. – № 14. – Ст. 233.

⁴ См.: Известия. – 1991. – 18 марта.

⁵ См.: Ведомости Верхов. Совета УССР. – 1991. – № 4. – Ст. 20.

⁶ В этой связи нельзя согласиться с предложением В. И. Ткаченко дополнить нормативные акты, касающиеся применения оружия, ссылкой на ст. 13 Основ (см.: Ткаченко В. И. Теоретические основы необходимой обороны и квалификация преступлений, совершенных при превышении ее пределов: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1983. С. 31).

го рода действия, связанные с интенсивным вмешательством в сферу прав и свобод человека, провозглашенных Декларацией прав и свобод человека. Такое решение вопроса вполне соответствовало бы четко проявляющейся в последнее время тенденции возрастания роли и значения закона в ряду других форм правообразования, что является одной из важнейших предпосылок укрепления гарантий прав и законных интересов граждан и должностных лиц.

При анализе норм, образующих межотраслевой институт обстоятельств, исключающих преступность деяния, следует определиться, относятся ли эти нормы к числу поощрительных. Вопрос о природе этих норм в общей теории права является дискуссионным. Однако многие юристы в последнее время выделяют поощрительные нормы в специфическую разновидность норм советского права¹, в том числе уголовного². К их числу часто относят нормы о необходимой обороне, крайней необходимости и задержании преступника. Так, В. А. Елеонский считает, что отказывать этим нормам в их поощрительном характере нет никаких теоретических и законодательных оснований³. К поощрительным относят также предлагаемые нормы о производственном риске и согласии потерпевшего⁴. По мнению Ю. В. Голика, поощрительными из числа рассматриваемых являются лишь нормы о необходимой обороне и задержании преступника, поскольку они поощряют активную жизненную позицию гражданина, вступившего в борьбу с преступностью. «В то же время крайняя необходимость, профессиональный и хозяйственный риск исполнение приказа или распоряжения являются действиями правомерными, но к делу борьбы с преступностью не относятся, поэтому и не являются уголовно-поощрительными нормами»⁵. Наконец, высказывается и крайнее суждение, согласно которому ни одна из названных норм поощрительной не является, поскольку они ничего не прибавляют к объему прав гражданина, не дают ему никаких новых благ, а лишь конкретизируют случаи освобождения от уголовной ответственности (лучше сказать – исключения уголовной ответственности. – Ю. Б.), общие принципы которой изложены в ст. 3 Основ 1958 г.⁶. Более того, по мнению И. Э. Звечаровского, основанием применения поощрительных норм в советском уголовном праве выступает добросовестное выполнение субъектом возложенных на него юридических обязанностей, а в случаях, предусмотренных ст. ст. 13 и 14 УК РСФСР (ст. ст. 15 и 16 УК Украины), имеет место реализация обязанностей морального, а не уголовно-правового характера⁷.

Различное решение вопроса о поощрительном характере норм, предусматривающих обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность деяния, определяется тем, что названные авторы неодинаково определяют природу и понятие самих поощрительных норм. Не касаясь всех сторон этой самостоятельной проблемы, отметим, что относить к числу поощрительных норм лишь те из них, которые «регламентируют пределы освобождения от уголовно-правовых последствий преступления в силу «посткриминального» поведения виновного»⁸, – значит явно обеднять их со-

¹ См.: *Баранов В. М.* Поощрительные нормы советского права. Саратов, 1978. С. 21-25; *Кудрявцев В. Н.* Право и поведение. С. 134; *Алексеев С. С.* Общая теория права. М., 1984. Т. 2. С. 80 и др.

² См.: *Галкин В. М.* Система поощрений в советском уголовном праве // Сов. гос-во и право. – 1987. – № 2. – С. 91; *Елеонский В. А.* Указ. соч.; *Сабитов Р. А.* Посткриминальное поведение (понятие, регулирование, последствия). Томск, 1985. С. 65-68; *Звечаровский И. Э.* О поощрительных нормах советского уголовного права // Вестн. Ленингр. ун-та. – 1987. – Сер. 6. – Вып. 3. – С. 88-94; *Сахаров А. Б.* Методы уголовно-правового регулирования общественных отношений // Методологические проблемы уголовно-правового регулирования общественных отношений. М., 1989. С. 30-32 и др.

³ См.: *Елеонский В. А.* Указ. соч. С. 30.

⁴ См.: Там же. С. 54.

⁵ *Голик Ю. В.* Поощрительные нормы в проекте Основ уголовного законодательства // Новый уголовный закон. Кемерово, 1989. С. 22.

⁶ См.: *Загородников Н. И., Стручков Н. А.* Направления изучения уголовного права // Сов. гос-во и право. – 1981. – № 7. – С. 53.

⁷ См.: *Звечаровский И. Э.* Указ. соч. С. 73.

⁸ *Галкин В. М.* Система поощрений... С. 95.

держание. Вывод о том, является та или иная норма поощрительной, зависит прежде всего от того, каким с точки зрения социального значения является регулируемое ею поведение. Как отмечалось, поступки, исключающие преступность деяния, по общему правилу общественно полезны, т. е. в делем заслуживают поддержки, защиты, стимулирования со стороны общества и государства. Особенно ценно такое поведение, когда в основе его побудительных мотивов лежат рассматриваемые нормы. В этом случае субъект предвидит результаты своего действия, знает позицию закона по этому вопросу. Иными словами, правовая норма, воздействуя на интересы субъекта, ставит перед ним определенные цели и тем самым способна стимулировать позитивное отношение к требованиям общества¹. Следовательно, если признать, что отличительным свойством рассматриваемых норм является поощрительный метод их социального воздействия на сознание и волю в целях одобрения и стимулирования полезного для человека, общества или государства варианта поведения², то к числу поощрительных следует отнести и нормы, стимулирующие правомерное поведение в сфере уголовного права путем исключения потенциального уголовно-правового обременения³. С этой точки зрения поощрительными должны быть признаны не только уголовно-правовые нормы о необходимой обороне, крайней необходимости и задержании преступника, но и нормы других отраслей законодательства, регулирующие правомерные поступки, внешне подпадающие под признаки того или иного преступления. Очевидно, что все эти нормы призваны воздействовать на сознание и волю субъектов таким образом, чтобы последние стремились (без боязни подвергнуться мерам уголовной ответственности) совершать поступки, связанные с причинением вреда объектам уголовно-правовой охраны, основываясь при этом на субъективном праве, юридической обязанности или служебном полномочии. Следовательно, основанием поощрения в данном случае является специфический правомерный поступок. Видом же заключенного в названных нормах поощрения выступает предусмотренное ими исключение уголовной ответственности за причиненный вред или, как выразился А. Б. Сахаров, амнистирование причиненного вреда⁴. Очевидно, что адресатом такого поощрения является лицо (общий или специальный субъект), совершившее указанный поступок. Вместе с тем именно государство обязано осуществить предусмотренное уголовным законом поощрение через соответствующие органы, что обеспечивается определенной системой правовых гарантий (право субъектов поощрения требовать исключения уголовной ответственности, отмена правоприменительных актов, ущемляющих указанное право, юридическая ответственность должностных лиц, не применивших поощрение при наличии к тому оснований, и т. д.)⁵. Отнесение норм, предусматривающих обстоятельства, исключающие преступность деяния, к числу поощрительных определенным образом влияет и на характеристику их структуры, а также на характер правоотношений, возникающих на основе этих норм, о чем речь пойдет ниже.

Отметим, что число анализируемых норм в каждый данный момент является ограниченным, конечным. Объясняется это тем, что любая система норм в силу известных свойств права более консервативна и менее подвижна по сравнению с отражаемой ею системой социальной действительности. Отмеченное противоречие является источником поиска такого построения межотраслевого института рассматриваемых норм, при котором удалось бы в наибольшей мере отразить систему поступков, исключающих преступность деяния. Однако прежде чем сформулировать здесь какие-то предложения, необходимо указанные нормы соответствующим образом классифицировать, что впол-

¹ См.: Кудрявцев В. Н. Право и поведение. С. 30.

² См.: Сахаров А. В. Методы уголовно-правового регулирования... С. 31.

³ См.: Елеонский В. А. Указ. соч. С. 15.

⁴ См.: Сахаров А. В. Методы уголовно-правового регулирования... С. 31.

⁵ См.: Елеонский В. А. Указ. соч. С. 11-13.

не возможно, поскольку известен их круг и названы общие, объединяющие их признаки. Более того, такая классификация в определенной мере уже проведена в зависимости от отраслевой принадлежности данных норм и от субъекта правотворчества. Дальнейшая их классификация должна осуществляться по сущностному основанию, которое в значительной мере обуславливает и иные критерии классификации данных норм. Эти нормы относятся к числу норм – правил поведения, т. е. к таким, которые непосредственно регулируют поведение людей, связанное с причинением вреда объектам уголовно-правовой охраны. Поэтому основным критерием их классификации является характер содержащихся в них предписаний. Кроме того, важное уголовно-правовое значение имеет классификация указанных норм и по кругу их субъектов, сфере действия и др.

Итак, в зависимости от характера содержащихся предписаний и способов их воздействия на поведение субъектов рассматриваемые нормы подразделяются на три группы. *Первую из них образуют управомочивающие (правоустанавливающие), или дозволительные, нормы*, т. е. те, которые предусматривают вид и меру возможного поведения, внешне подпадающего под признаки какого-либо преступления. К их числу традиционно относят предусмотренные уголовным законом нормы о необходимой обороне, крайней необходимости и задержании преступника¹. К дозволительным относятся и нормы других отраслей законодательства, которые предусматривают осуществление лицом своих субъективных прав на совершение поступков, внешне сходных с преступлением (например, нормы, предоставляющие возможность заниматься правомерной предпринимательской деятельностью, трансплантацией органов человеческого тела и тканей и др.). Отметим, что в советском уголовном праве всегда преобладали дозволительные нормы, регулирующие обстоятельства, исключающие преступность деяния. По существу они являются единственными и в действующем уголовном законодательстве. В литературе давно уже обоснованно ставится вопрос о дополнении уголовного закона управомочивающими нормами, которые предусматривали бы право на причинение вреда лицу с его согласия, а также на профессиональный (хозяйственный, производственный) риск. Последнее обстоятельство, как известно, закреплено в Основах 1991 г.²

Вторую группу норм в зависимости от характера содержащихся в них предписаний составляют обязывающие нормы, т. е. такие, которые предписывают вид и меру должного поведения субъекта. В действующем уголовном законодательстве эта группа норм вообще отсутствует, что вряд ли является правильным. Лишь в ст. 27 проекта Основ была предусмотрена норма, регулирующая исполнение приказа или распоряжения. В соответствии с нею «не является преступлением деяние, хотя и подпадающее под

¹ См.: *Галкин В. М.* Классификация уголовно-правовых норм // Проблемы совершенствования советского законодательства: Тр. ВНИИСЗ. – 1976. – Т. 5. С. 149.

² Нельзя согласиться с тем, что норму о профессиональном риске иногда относят к числу обязывающих (см.: *Гринберг М. С.* Указ. соч. С. 45; *Донцов С. В., Глянцев В. В.* Возмещение ущерба по советскому законодательству. М., 1990. С. 257). Подобные утверждения противоречат общетеоретическому положению, что «каждая правовая норма предписывает от имени государства субъектам общественной жизни строго определенное поведение (запрещая, управомочивая, возлагая обязанности)» (Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право. М., 1973. С. 253). Поэтому если норма Основ о профессиональном риске признается управомочивающей для одной категории субъектов, то она не может быть одновременно обязывающей для других лиц по той причине, что их поведение она не регулирует. Ведь из того факта, что многие виды деятельности связаны с риском наступления последствий, предусмотренных уголовным законом, вовсе не следует, что уголовно-правовая норма о профессиональном и хозяйственном риске имеет отношение ко всем ее видам. Напротив, содержащиеся в ней веления обращены лишь к определенным субъектам профессиональной и хозяйственной деятельности, которые при определенных условиях управомочены совершать рискованные действия, связанные с возможностью причинения последствий, предусмотренных уголовным законом. Поступки же других лиц, связанные с риском наступления подобных последствий, регулируются нормами иных отраслей законодательства, в том числе обязывающими и уполномочивающими.

признаки деяния, предусмотренного уголовным законом, но совершенное во исполнение приказа или распоряжения, если лицо не сознавало преступного характера этого приказа или распоряжения». И хотя редакция приведенной нормы является мало удачной¹, ясно, что она предусматривает юридическую обязанность лица совершить во исполнение законного приказа или распоряжения поступок, внешне подпадающий под признаки какого-либо преступления. Отметим также, что в одном из рабочих проектов УК Украины наряду с нормой об исполнении приказа предусматривалась еще одна обязывающая норма – о выполнении профессиональных и служебных функций. В целом же обязывающие нормы, регламентирующие отдельные виды обстоятельств, исключающих преступность деяния, в настоящее время предусмотрены в различных отраслях законодательства. К их числу относят те, которые регламентируют профессиональную деятельность врача, пожарного, строителя, спасателя, взрывника и др. В то же время зарубежные уголовные кодексы содержат относительно широкий круг обязывающих норм, предусматривающих обстоятельства, исключающие преступность деяния. Так, в Примерном Уголовном кодексе США имеется развернутая норма об исполнении публичной обязанности; УК Кубы – об исполнении профессиональных, должностных и служебных обязанностей; УК Республики Афганистан – об исполнении служебных обязанностей; УК бывшей ГДР – о коллизии обязанностей и т. д.

Наконец, *третьей группой норм, выделенной в соответствии с указанным выше критерием, являются уполномочивающие нормы*, также находящие свое место в различных отраслях законодательства, кроме уголовного. Выделение этой группы норм соответствует специальному виду правовых предписаний, а именно юридическим государственно-властным полномочиям представителей власти. В литературе уполномочивающие нормы иногда отождествляются с нормами управомочивающими². Представляется, что последние тождественны дозволительным (правоустанавливающим) нормам, в то время как уполномочивающие нормы имеют самостоятельное значение. От дозволительных (управомочивающих) они отличаются тем, что закрепляют не субъективные права граждан, а служебные полномочия представителей власти; от обязывающих – тем, что закрепляют государственно властное полномочие не только в качестве обязанности собственного поведения представителя власти, но и его права требовать подчинения законным требованиям от всех лиц, некоторые эти требования распространяются, а также их невмешательства в сферу должностной деятельности³. Иными словами, уполномочивающие нормы закрепляют правообязанность должностных лиц – представителей власти⁴. Таким образом, наряду с дозволительными и обязывающими следует выделять уполномочивающие нормы, предусматривающие государственно-властные полномочия представителей власти на совершение действий, внешне подпадающих под признаки преступлений при выполнении ими служебных функций в различных сферах государственной жизни. К этим нормам, относятся, например, такие, которые предусматривают полномочия должностных лиц на правомерное применение физической силы, специальных средств и оружия, контролируруемую поставку «наркотических средств и психотропных веществ, включенных в незаконный оборот» (ст. 102 Таможенного кодекса СССР) и др.

В завершение отметим, что в приведенной классификации норм по характеру содержащихся в них предписаний не названы запрещающие нормы, выделяемые в общей теории права. Объясняется это тем, что поступки, исключающие преступность деяния, не могут основываться на нормах-запретах, поскольку последние предписывают воз-

¹ Проблему исполнения приказа в уголовном праве можно рассматривать по меньшей мере с трех точек зрения: учения об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, о вине и о соучастии. Представляется, что в проекте Основ были неудачно соединены первый и второй подходы к исполнению приказа.

² См.: Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Вопросы теории права. М., 1961. С. 176.

³ См.: Петришин А. В. Статус должностного лица. С. 53.

⁴ См.: Там же. С. 55.

держание от действий, т. е. указывают, как не надо поступать. Рассматриваемые же поступки, напротив, основываются на предписаниях, которые указывают, как следует поступать в той или иной социально-правовой ситуации.

В зависимости от круга субъектов, на которых распространяются рассматриваемые нормы, они делятся на общие и специальные. *Общими* признаются нормы, действие которых рассчитано на любых субъектов уголовного права (например, нормы о необходимой обороне, задержании преступника и др.). Очевидно, что к числу общих относятся лишь нормы дозвоительные (правоустанавливающие). В таких нормах, как правило, отсутствует указание на их субъективный состав. *Специальными* же являются нормы, под действие которых подпадают только определенные лица. К таковым относятся все обязывающие и уполномочивающие нормы, в которых всегда есть указание на определенных субъектов, так, в ст. 7 Указа Президиума Верховного Совета СССР от 19 июня 1987 г. «О задержании правонарушителей работниками военизированной охраны и применении ими в исключительных случаях оружия» прямо определен круг лиц, на которых он распространяет свое действие, – это работники военизированной и вневедомственной охраны при органах внутренних дел¹. Устанавливая особые основания и признаки правомерности действий при задержании правонарушителей, нормы названного Указа исключают работников охраны из числа тех субъектов, аналогичные действия которых подпадают под ч. 3 ст. 15 УК.

Деление рассматриваемых норм на общие и специальные имеет важное уголовно-правовое значение. Оно позволяет правильно определить правомерность действий субъектов, на которых распространяет свое действие та или иная норма. При этом, если специальная норма предусматривает определенный круг субъектов, то тем самым она исключает их из-под действия других норм, которые регулируют подобные поступки, совершаемые другими лицами. Например, применение физической силы может иметь место как при исполнении служебного долга работником милиции, так и при осуществлении необходимой обороны гражданином. Однако оценка, правомерности причиненного вреда будет производиться на основании различных норм: для работника милиции – на основании Закона УССР «О милиции», а для гражданина – на основании ст. 15 УК. Указанное различие между общими и специальными нормами часто не учитывается в литературе, что порой ведет к дискуссиям, о чем уже говорилось выше². Далее, деление норм на общие и специальные дает возможность правильно квалифицировать преступление по его субъекту в случаях преступного нарушения требований данной нормы, поскольку субъектом такого преступления является то же самое лицо, что и субъект соответствующего правомерного поведения. Так, если субъектом необходимой обороны является частное лицо, достигшее 14-летнего возраста, то, следовательно, это же лицо является и субъектом превышения пределов необходимой обороны³. Равным образом, субъектом исполнения служебного долга по пресечению преступлений является, например, работник милиции. Он же будет выступать и субъектом преступления, предусмотренного ст. 166 УК, если допустит виновное превышение служебных полномочий, и т. д.

Продолжая рассмотрение вопроса о классификации данных норм, отметим, что одним из критериев такой классификации является сфера их действия, т. е. объем правомерного поведения, регулируемого ими. Этот критерий соответствует делению рассматриваемого правомерного поведения на три группы, а именно: подпадающего под признаки нескольких разнородных или однородных преступных деяний либо под признаки одного из них. В соответствии с этим и нормы, предусматривающие данные проступки, могут быть классифицированы на соответствующие три группы.

¹ См.: Ведомости Верхов. Совета СССР. – 1984. – № 26. – Ст. 457.

² См.: Баулин Ю. В. Право граждан на задержание преступника. С. 43.

³ См.: Баулин Ю. В. Суб'єкт відповідальності за перевищення меж заподіяння шкоди злочинцю при його затриманні // Рад. право. – 1980. – № 12.

Так, в первую группу норм, предусматривающих поступки, внешне подпадающие под признаки нескольких разнородных преступлений, включаются нормы о необходимой обороне, крайней необходимости, задержании преступника, исполнении приказа, выполнении различных профессиональных обязанностей, исполнении служебного долга. Эти поступки по внешним признакам могут подпадать под признаки убийства, нанесения телесных повреждений, лишения свободы, нарушения различных правил предосторожности, уничтожения или повреждения имущества, злоупотребления служебным положением и др.

Вторую группу образуют нормы, регулирующие правомерное поведение, подпадающие под признаки нескольких однородных преступных посягательств. Советское уголовное законодательство не знает таких норм, однако они известны зарубежному праву. Так, в УК Польской республики и УК бывшей ГДР в главе о хозяйственных преступлениях предусматривается хозяйственный риск, а в главе о воинских преступлениях – соответственно последнее средство и исполнение приказа начальника.

Наконец, к третьей группе относятся нормы, регулирующие правомерное поведение, внешне подпадающее под признаки одного какого-либо преступления. Такие нормы давно известны уголовному законодательству. Так, ст. 637 Уголовного уложения 1903 г., вслед за статьей 636, предусматривавшей ответственность за превышение власти, содержала следующую норму: «Не почитается превышением власти, когда служащий в каких-либо чрезвычайных обстоятельствах учинит по службе действие, не предоставленное ему законом или возложенным на него поручением, которое было необходимо в видах государственной пользы или по настоятельности дела не могло быть отложено до получения на то разрешения без видимой опасности или вреда для службы». В истории советского уголовного права также имели место случаи, когда отдельные обстоятельства, исключавшие преступность деяния, специально предусматривались применительно к какому-нибудь одному составу преступления. Так, ч. 1 ст. 143 УК УССР 1927 г. устанавливала исключение преступности при производстве аборта, «когда продолжение беременности угрожает жизни или тяжким вредом для здоровья беременной женщины, а также при наличии передаваемых в порядке наследования тяжких заболеваний родителей»¹. В ст. 75 УК об ответственности за незаконный выезд за границу, въезд в СССР или переход границы без установленного паспорта содержится норма следующего содержания: «Действие настоящей статьи не распространяется на случаи прибытия в СССР иностранных граждан без установленного паспорта или разрешения для использования права убежища, предоставленного Конституцией СССР». Очевидно, что здесь речь идет о таком виде правомерного поведения иностранного гражданина, которое внешне подпадает под признаки преступления, предусмотренного ст. 75 УК. Можно, далее, указать на ст. 255 УК, где устанавливается ответственность начальника за «не вызывавшееся боевой обстановкой оставление противнику укреплений, боевой техники и других средств ведения войны». Из текста этой статьи следует, что если боевая обстановка вы звала необходимость совершения начальником указанных действий, то они, хотя внешне и подпадают под признаки рассматриваемого преступления, должны расцениваться как правомерные, исключающие ответственность по ст. 255 УК². Равным образом, ст. 261 УК предусматривает ответственность за «разбой, противозаконное уничтожение имущества, насилие, а равно противозаконное отображение имущества под предлогом военной необходимости, совершаемые по отношению к населению в районе военных действий». Следовательно, обстоятельством, исключающим преступность внешне подобных действий, является военная необходимость, наличие которой не образует состава указанного преступления³. Отметим, что в этих

¹ См., также: *Домахин С. А.* Указ. соч. С. 7.

² См.: Закон об уголовной ответственности за воинские преступления: Комментарий. М., 1986. С. 146.

³ См.: Там же. С. 156.

случаях лишь называется обстоятельство, исключающее преступность деяния, но не раскрываются его признаки. Иногда эти признаки излагаются в иных нормативных актах, причем в несколько измененном виде по сравнению, например, с уголовным законом. Так, ч. 3 ст. 228¹ УК, предусматривая ответственность должностного лица за несообщение сведений о произведенном вследствие крайней необходимости сбросе вредных веществ во внутренних морских и территориальных водах, а также в открытом море, одновременно исключает ответственность за такой сброс, произведенный в состоянии крайней необходимости. Само же это состояние раскрывается в ст. 6 Положения о защите и сохранении морской среды в экономической зоне СССР от 15 июля 1985 г., утвержденного постановлением Совета Министров СССР № 856, где предусматривается, что состояние крайней необходимости имеет место, «когда сброс отходов и других материалов и предметов в пределах экономической зоны СССР вызывается необходимостью обеспечения безопасности жизни людей или судов и иных плавучих средств, воздушных судов, искусственных островов, установок и сооружений при исключительных обстоятельствах, вызванных непогодой или иными причинами, если при этом сброс является единственным способом предотвращения опасности и имеется уверенность в том, что ущерб, причиненный сбросом, будет меньше того, который был бы нанесен, если бы сброс не производился. Сброс отходов или других материалов и предметов должен осуществляться таким образом, чтобы был сведен к минимуму возможный ущерб жизни людей или живым ресурсам моря»¹.

Рассматриваемые нормы известны и зарубежному уголовному законодательству. Например, ст. 135 УК штата Нью-Йорк, карая за похищение человека, устанавливает, что утверждающей защитой, т. е. обстоятельством, исключающим преступность деяния, за такое деяние является то, что 1) обвиняемый был родственником похищенного лица и 2) его единственной целью было установление контроля над этим лицом. УК Греции помимо общих оснований, исключающих противоправность, знает еще и различные особенные основания такого рода. К ним относятся: медицинские и этические показания к прерыванию беременности (п.п. 4 и 5 ст. 306); согласие потерпевшего на причинение ему телесного повреждения, поскольку такое деяние не связано с нарушением добрых нравов (п. 2 ст. 308); учет обоснованных интересов при посягательстве на честь (ст. 367); наконец, учет обоснованных интересов и коллизия обязанностей при нарушении профессиональной тайны (п. 4 ст. 371)². Иногда нормы, регламентирующие отдельные виды обстоятельств, исключающих преступность деяния, помещаются в отдельных законах, предусматривающих ответственность за некоторые преступления. Так, в законе Финской республики от 17 февраля 1950 г. «О прерывании беременности» предусмотрены материальные и формальные предпосылки, при наличии которых прерывание беременности оправданно³.

Изложенное, таким образом, позволяет заключить, что нормы об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, по сфере своего действия могут быть подразделены на три группы: *нормы широкой, ограниченной и узкой сфер действия*. Такая классификация жестко связывает эти нормы с конкретными видами преступных посягательств и вне этой связи они теряют свой смысл в рассматриваемой системе. Поэтому такая классификация имеет важное научное и практическое значение для совершенствования уголовного законодательства и его применения в целях последовательной охраны прав и законных интересов личности. Прежде всего предложенная классификация дает возможность решить вопрос о месте рассматриваемых норм в системе уголовного закона. Исходное правило здесь сводится к тому, что *нормы широкой, сферы действия должны находить свое место в Общей части уголовного закона*, которая, как известно, содержит

¹ СП СССР. – 1985. – № 22. – Ст. 112.

² Современное зарубежное уголовное законодательство. М., 1961. Т. 3. С. 403.

³ См.: Там же. С. 212.

положения, «вынесенные за скобки, хотя бы они и имели узкоспециальный характер»¹; нормы ограниченной сферы действия – в той или иной главе Особенной части; нормы узкой сферы действия – в отдельных статьях Особенной части уголовного закона². Первому требованию вполне отвечают, например, нормы о необходимой обороне, крайней необходимости, задержании преступника, профессиональном риске, причинении вреда с согласия потерпевшего, исполнении приказа, выполнении профессиональных обязанностей, коллизии обязанностей, принуждении к выполнению правовой обязанности, исполнении служебного долга. Норм ограниченной сферы действия уголовное законодательство, как отмечалось, не содержит. Вместе с тем заслуживает обсуждения вопрос о придании такого статуса норме, регулирующей, например, служебную необходимость. Отметим, что в литературе вопрос о такой необходимости решается различно. Так, одни юристы отождествляли служебную и крайнюю необходимость³. Другие считают, что, хотя служебная и крайняя необходимость могут в отдельных случаях совпадать, в иных ситуациях необходимость может выступать как самостоятельное обстоятельство, исключающее преступность деяния⁴. Действительно, служебная необходимость имеет некоторые черты сходства с другими обстоятельствами, исключающими преступность деяния, что вообще-то выступает распространенным явлением среди этих обстоятельств. Однако в целом совокупность признаков поступка, совершенного в условиях служебной необходимости, и основания его совершения отражают специфику этого обстоятельства, позволяющую выделить его в самостоятельный вид осуществления права. Такая постановка вопроса особенно актуальна в современных условиях, когда последовательно утверждается принцип деятельности должностных лиц, в соответствии с которым им «разрешено только то, что предусмотрено законом». Однако возникающие ситуации всегда богаче любого закона, и поэтому в интересах службы должностному лицу должно быть предоставлено право совершать при определенных условиях действия, связанные с нарушением установленных для его должности правил во имя достижения общественно полезных целей. Правильно отмечается, что следует более действенно использовать возможности уголовного права для стимулирования правомерного поведения должностного лица⁵, в том числе путем расширения круга обстоятельств, устраняющих общественную опасность и противоправность данного вида деяний⁶. Признание служебной необходимости как одного из видов обстоятельств, исключающих преступность деяния, позволило бы отказаться от применения по аналогии нормы о крайней необходимости. Предписание о служебной необходимости целесообразно было бы поместить в Особенной части в главе о должностных преступлениях после определения общего понятия этих преступлений. Следует вообще отметить, что не только указанную норму, но и другие, подобные ей (например, о воинской необходимости), желательно включать в начало того или иного раздела (главы) уголовного закона, где определяется ответственность за одно-

¹ Современное зарубежное уголовное законодательство. М., 1961. Т. 3. С. 403.

² Еще более 100-лет назад Н. С. Таганцев отмечал, что если одни из оснований, уничтожающих преступность деяния, относятся к отдельным преступным деяниям, то они и подлежат разбору только при рассмотрении этих деяний; другие же могут встречаться при различных преступных деяниях и поэтому подлежат рассмотрению в Общей части (см.: Таганцев Н. С. Лекции по русскому уголовному праву. Часть общая. СПб, 1888. Вып. 5. С. 541-542).

³ См., напр.: Утевский Б. С. Общее учение о должностных преступлениях. М., 1947. С. 336; Слуцкий И. И. Указ. соч. С. 108-112.

⁴ См.: Домахин С. А. Указ. соч. С. 69-75; Б. В. Здравомыслов писал, что производственная или служебная необходимость исключает ответственность за должностные преступления (см.: Здравомыслов Б. В. Должностные преступления. Понятие и квалификация. М., 1975. С. 65-66).

⁵ См.: Усольцев А. Ф. Ответственность должностных лиц аппарата советского государственного управления. М., 1987. С. 16.

⁶ См.: Жалинский А. Э. Законодательство о должностных преступлениях нуждается в изменении// Сов. гос-во и право. – 1988. – № 1. – С. 99-105.

родные преступления¹. Кроме того, здесь возможны и нормы, адресованные, например, к какой-либо большой группе специальных субъектов. Так, в одном из рабочих проектов Закона об уголовной ответственности за воинские преступления предлагалось закрепить норму об исполнении приказа начальника. Общим образом можно сказать, что в *тех главах (разделах) Особенной части уголовного закона, где предусматриваются определения родовых понятий тех или иных преступлений, целесообразно формулировать и соответствующие нормы, исключаящие преступность деяний, сходных с данным родом преступлений*. В отдельных же статьях Особенной части (или в примечаниях к ним) следовало бы более четко и полно указывать специфические обстоятельства, характерные только для какого-либо одного деяния. При этом целесообразно значительно расширить число таких норм применительно, например, к нарушению правил международных полетов, лишению свободы, краже и др. Очевидно, что в этом случае некоторые статьи уголовного закона могут принять несколько необычный, объемный вид в сравнении с ныне действующим законодательством. Однако это не может считаться препятствием для предлагаемых нововведений, которые, несомненно, способны эффективно служить делу обеспечения прав и свобод личности при применении уголовного закона.

Приведенная классификация данных норм не исчерпывает, конечно, возможностей иного их подразделения. Однако всякая классификация должна соотноситься с природой классифицируемых явлений и той целью, ради которой она предпринимается. С этих позиций представляется, что подразделение рассматриваемых норм на: 1) предусмотренные уголовным законом и другими нормативными актами; 2) дозвоительные, обязывающие и уполномочивающие; 3) широкой, ограниченной и узкой сфер действия; 4) общие и специальные (см. с. 101) позволяет достаточно рельефно представить их структуру, т. е. связи и взаимодействия этих норм в межотраслевом институте обстоятельств, исключающих преступность деяния. Очевидно, что данная совокупность норм может рассматриваться как определенная нормативная система, которая, с одной стороны, в основном адекватно отражает реально существующую систему правомерных поступков, исключающих преступность деяния, а с другой – подчинена своим собственным закономерностям, обуславливающим внутренние потребности самого права, в том числе существенные связи внутри системы данных норм. Объединяющим, системообразующим фактором этих норм является их функциональное назначение в уголовном праве, а именно регулировать поступки, внешне подпадающие под признаки преступления, и служить мерилом отграничения правомерного от преступного. Как отмечалось, каждая из рассматриваемых норм регулирует лишь определенный вид правомерного поведения и тем самым предусматривает ограниченный круг, поступков, исключающих преступность деяния. Очевидно, что нет ни одной такой нормы, которая одновременно регламентировала бы все виды правомерных поступков, внешне подпадающих под признаки любого преступного посягательства, предусмотренного действующим уголовным законодательством. Иное дело совокупность этих норм взятые в своей системе, они обладают таким интегративным свойством, которое в полной мере не присуще ни одной норме, взятой в отдельности. Именно система этих норм, предусмотренных различными отраслями законодательства, регулирует практически все виды правомерных поступков, внешне подпадающих под признаки какого-либо преступного посягательства и исключающих преступность совершенного.

Отметим далее, что в уголовном праве не только анализируемые нормы предусматривают обстоятельства, исключающие преступность деяния. К таковым относятся

¹ Уже ставился вопрос о необходимости разработки применительно, например, к экологическим посягательствам таких обстоятельств, исключающих преступность деяния, как хозяйственный риск, крайняя необходимость и др., с целью четкого разграничения преступного и не преступного в данной области (см.: *Дагель П. С. Уголовная политика в сфере охраны окружающей природной среды // XXVI съезд КПСС и укрепление законности и правопорядка. М., 1986. С. 77*).



и нормы о невменяемости, не достижении лицом возраста уголовной ответственности, малозначительности деяния и др. Все эти нормы объединяет их функциональное назначение – предусматривать обстоятельства, исключающие само основание уголовной ответственности – преступное деяние – и тем самым служить масштабом для разграничения преступного и не преступного. Следовательно, можно утверждать, что *система норм, образующих межотраслевой институт обстоятельств, исключающих преступность (общественную опасность и противоправность) деяния является с рассматриваемой точки зрения компонентом (подсистемой) системы более высокого порядка, а именно системы норм, предусматривающих обстоятельства, исключающие уголовную ответственность.*

С сожалением приходится констатировать, что указанная система норм не получила своего развернутого выражения ни в действующем уголовном законодательстве, ни в опубликованных проектах: уголовный закон содержит далеко не полный набор этих норм, причем располагает их некомпактно¹. Такой подход не соответствует задачам уголовного права при создании правового государства. Существование же последнего мыслится только в служении человеку, который является главной ценностью общества, а государство – лишь необходимый атрибут, существование которого оправ-

¹ Прав Е. В. Благов, полагая, что обстоятельства исключающие уголовную ответственность, в законодательстве регулируются крайне бедно и недостаточно четко (см.: Благов Е. В. Проблемы защиты уголовным законодательством субъективных прав не совершавших преступлений лиц // Субъективное право: проблемы осуществления и защиты. Владивосток, 1989. С. 5).

дывается общими потребностями населения. Отмеченный подход законодателя к формулированию норм об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, не отвечает в полной мере назначению уголовного права как свода законов в защиту прав человека. Он, далее, должен быть соотнесен также с международно-правовыми стандартами в области прав человека, в том числе его прав в сфере уголовной юстиции. Во Всеобщей декларации прав человека 1948 г., Международном пакте о гражданских и политических правах 1966 г., Венских соглашениях государств 1989 г., Парижской Хартии для народов Европы 1991 г. и других документах мирового сообщества закреплены общие положения и принципы, носящие межгосударственный характер, отличающиеся стабильностью и всеобщностью, т. е. общечеловеческой значимостью. Эти ценности, а также вытекающие из них соответствующие международно-правовые стандарты в области права отражены в уголовном законодательстве многих зарубежных государств. Имеющиеся здесь решения в части регламентации обстоятельств, исключающих уголовную ответственность, могут стать определенными ориентирами и для советского законодателя. Так, в Общей части УК многих стран выделяются специальные разделы, посвященные указанным обстоятельствам, такие, например, как «Препятствия привлечению к уголовной ответственности» (УК Венгрии), «Исключение уголовной ответственности» (УК Польши), «Об обстоятельствах, освобождающих от уголовной ответственности» (УК Кубы), «Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность» (УК бывшей НДРГ), «Защиты» (УК штата Нью-Йорк), «Необразование состава преступления» (УК Японии), «Общие исключения» (УК Индии) и др. Наконец, в рассматриваемой области следует учитывать определенные законодательные традиции обеспечивать преемственность в уголовном праве. Так, Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. в подразделе «О причинах, по коим содеянное не должно быть вменяемо в вину» перечисляло, а затем последовательно раскрывало эти причины: 1) совершенная невинность того деяния, коего случайным и непредвидимым последствием было сделанное зло; 2) малолетство в таком возрасте, когда подсудимый не мог еще иметь понятия о свойстве деяния; 3) безумие, сумасшествие, припадки болезни, приводящие в умоисступление или совершенное беспамятыство; 4) ошибка случайная или вследствие обмана; 5) принуждение от превосходящей непреодолимой силы; 6) необходимость обороны. Уголовное уложение 1903 г. в главе 1 «О преступных деяниях и наказаниях вообще» также содержало отделение «Об условиях вменения и преступности деяний», где предусматривались нормы о невменяемости, малолетстве, ответственности несовершеннолетних, казусе, не вменении обстоятельств, усиливающих ответственность, ненаказуемости покушения на негодный или отсутствующий объект, а также об исполнении закона и приказа, необходимой обороне и крайней необходимости.

Изложенное дает основания заключить, что проблема обстоятельств, исключающих уголовную ответственность, должна найти свое более совершенное и системное выражение в республиканском уголовном законодательстве. В этой связи представляется возможным сформулировать следующие рекомендации.

Необходимо прежде всего выделить в Общей части специальный раздел «Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность», поместив его после разделов об уголовном законе и преступлении. Указанный раздел следовало бы открыть общей нормой о понятии и видах обстоятельств, исключающих уголовную ответственность, которые должны найти свое отражение в этом разделе закона. В УК штата Нью-Йорк, например, подобный раздел называется «О защитах вообще». Отдельные же виды обстоятельств должны найти свое закрепление в специальных подразделах (отделениях) названного общего раздела. Например, в том же УК штата Нью-Йорк три таких подраздела: «Защиты, связанные с отсутствием уголовной ответственности», «Защиты, связанные с оправдывающими обстоятельствами» и «Другие защиты, связанные с от-

сутствием виновности». Представляется, что в новом уголовном кодексе Украины можно было бы выделить четыре группы норм, отражающих столько же видов обстоятельств, исключающих уголовную ответственность: 1) обстоятельства, исключающие общественную опасность деяния; 2) обстоятельства, исключающие уголовную противоправность деяния; 3) обстоятельства, исключающие признаки состава преступления; 4) обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность (преступность) деяния¹. В указанных подразделах целесообразно поместить нормы, включающие *обстоятельства, которые относятся* ко всем или по меньшей мере к значительному числу деяний, предусмотренных уголовным законом. К таковым следует отнести нормы, например, о малозначительности деяния, отсутствии уголовно-правового запрета, невменяемости, малолетстве, непреодолимой силе, физическом и психическом принуждении, отсутствии причинной связи, казусе, ошибке, необходимой обороне, крайней необходимости и др.

Специфические же обстоятельства, характерные лишь для одного какого-либо деяния или относящиеся к нескольким, но однородным деяниям, должны быть отражены, как правило, в нормах Особенной части применительно к этим деяниям².

Разумеется, принятие указанных предложений повлекло бы за собой внесение соответствующих изменений в структуру Общей и Особенной частей уголовного закона, а также выработку новых подходов к формулированию ряда важных уголовно-правовых институтов. Представляется, однако, что развернутое, комплексное и системное изложение в республиканском уголовном законодательстве норм об обстоятельствах, исключающих уголовную ответственность, имело бы важное политическое, юридическое и нравственное значение. Это бы также стимулировало повышение современного уровня правосознания населения и профессиональной подготовки работников правоохранительных органов.

Детальная разработка перспектив обстоятельств, исключающих уголовную ответственность, нуждается в самостоятельном исследовании. В настоящей работе целесообразно обосновать научный прогноз относительно перспектив межотраслевого института обстоятельств, исключающих общественную опасность и противоправность деяния. Такой подход вполне соответствует одному из аспектов системного анализа, а также является составной частью научного исследования.

Динамизм общественного развития, а также достижения науки и техники вызывают к жизни новые виды человеческой деятельности, требующие своего правового опосредования. К их числу относятся использование ядерной энергетики, освоение космоса и океана, охрана окружающей среды, рациональное использование природных ресурсов, развитие автоматизированных систем управления и электронно-вычислительной техники, практическое применение новых открытий в медицине и психиатрии, молекулярной биологии и геной инженерии и т. д.³ Очевидно, что возникновение и расширение этих и других видов деятельности требует соответствующей правовой охраны и защиты. Указывают, например, на необходимость правовой регламентации трансплантации органов и тканей человеческого организма, процессов, связанных

¹ Интересно отметить, что УК бывшей НДР, который в значительной мере воспринял положения Общей части советского уголовного законодательства, необычно решал вопрос о регулировании обстоятельств, исключающих преступность деяния. Он содержал специальный раздел «Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность», в котором предусматривались четыре подраздела: «Обстоятельства, исключающие общественную опасность деяния», «Уголовная ответственность недееспособных лиц», «Обстоятельства, исключающие вину» и «Обстоятельства, исключающие объективную сторону преступления» (см.: Народная Демократическая Республика Йемен. Конституция и законодательные акты. М., 1985. С. 369-372).

² См.: Баулин Ю. В. Проблемы совершенствования уголовно-правового регулирования обстоятельств, исключающих уголовную ответственность // Актуальные проблемы правового регулирования общественных отношений в условиях перехода к рыночным отношениям, Барнаул. 1991. С. 187-189.

³ См.: Лукашева Е. А. Тенденции развития сферы и методов правового регулирования // Правовая система социализма. М., 1987. Т. 2. С. 279; Атомное право. М., 1986. С. 13 и др.

с генной инженерией, биотехнологией, созданием искусственного интеллекта и оплодотворением¹. Видимо, правовое опосредствование рассматриваемых видов поведения повлечет за собой и появление новых уголовно-правовых запретов, направленных на предупреждение возможных здесь злоупотреблений. По мнению А. И. Коробеева, «в перспективе развития науки и техники может вызвать защиту уголовным законом общественных отношений, например, в области медицины (трансплантация органов и тканей), биологии (генная инженерия), психиатрии (модификация поведения), электронно-вычислительной техники (компьютерное мошенничество), атомной энергетики (нарушение правил эксплуатации АЭС)»². Одновременно с установлением новых уголовно-правовых запретов возникнет (и уже возникает) проблема разграничения преступного и правомерного, которое лишь по внешним своим признакам сходно с тем или иным посягательством. Появится, например, необходимость отграничить правомерную трансплантацию органов от преступной, дозволенное вмешательство в психическую сферу человека от запрещенного и т. д. Ясно, что правовая регламентация рассматриваемых поступков будет закреплена прежде всего не в уголовном законе, а в иных отраслях законодательства. Вместе с тем многие исследователи предлагают и в уголовном законе расширить число норм, предусматривающих обстоятельства, исключающие преступность деяния. Это, помимо всего прочего, вызывается и потребностями практики. Так, В. М. Галкин отмечает, что «к настоящему времени накопилось немало положений уголовного закона, которые страдают неконкретизированностью, вызывающей затруднения в практике применения закона (например, положения о... мнимой обороне, значении согласия потерпевшего, риска, исполнения приказа и др.). Наука в достаточной мере подготовлена к тому, чтобы содействовать внедрению в законодательство соответствующих предписаний, устраняющих его неполноту»³. В. М. Коган считает, что в уголовном законе следует предусмотреть нормы о задержании преступника, согласии потерпевшего, осуществлении общественно полезных профессиональных функций, осуществлении своего права или выполнении обязанностей, производственном риске и исполнении приказа⁴. Предлагается также закрепить нормы о пресечении преступных посягательств⁵, научно обоснованном эксперименте⁶, принуждении к действию для выполнения правовой обязанности⁷. Эти предложения, разумеется, заслуживают внимания, вместе с тем нельзя не отметить, что сколько бы новых норм об отдельных видах обстоятельств ни нашло своего отражения в уголовном законе, они все равно не способны охватить все правомерные поступки, исключающие преступность деяния. Объясняется это прежде всего тем, что сам перечень этих поступков (в отличие от перечня норм) в каждый момент не является исчерпывающим. Кроме того, часть рассматриваемых норм по известным причинам должна найти свое место не в уголовном законе, а в других законодательных актах. Наконец, отдельные

¹ См.: *Горелик И. И.* Правовые аспекты пересадки органов и тканей. Минск, 1971; *Глушков В. А.* Ответственность за преступления в области здравоохранения. К., 1987. С. 72-88; *Ведяхин В. Я.* Правовое регулирование научно-технического прогресса: теоретико-правовой аспект. Саратов, 1990. С. 46-47.

² *Коробеев А. И.* Советская уголовно-правовая политика: тенденции и перспективы развития // Проблемы уголовной политики. Советский и зарубежный опыт. Красноярск, 1989. С. 38.

³ *Галкин В. М.* Проблемы полноты уголовно-правового регулирования. С. 122. См. также: *Барков А. В.* О неотвратимости ответственности и новое уголовное законодательство // Право и демократия. – 1989. – № 1. – С. 102-103.

⁴ См.: *Коган В. М.* Социальный механизм уголовно-правового воздействия. М., 1983, с. 71.

⁵ См.: *Болдырев Е. В., Иванов В. Н., Пашкевич П. Ф.* Вопросы уголовного права и уголовного процесса в новом законодательстве об ответственности за хулиганство // Учен. зап. ВНИИСЗ. – 1968. – № 12. – С. 45; *Погребняк И.* О праве граждан на пресечение правонарушений и задержание преступника // Сов. юстиция. – 1967. – № 24. – С. 17.

⁶ См.: *Карпец И. И.* Конституция СССР и тенденции развития уголовного права // Сов. гос-во и право. – 1977. – № 12. – С. 47; *Беляев Н. А.* Уголовно-правовая политика и пути ее реализации. Л., 1986. С. 89.

⁷ См.: *Ткаченко В. И.* Принуждение к повиновению и выполнению правовой обязанности. С. 28.

виды поступков в течение некоторого времени вообще могут быть не урегулированы конкретными правовыми нормами (о чем уже говорилось выше), и тем не менее они также требуют своей правовой защиты. Изложенное поэтому приводит к выводу, что раздел уголовного закона, посвященный обстоятельствам, исключающим общественную опасность и противоправность деяния, должен содержать прежде всего общую норму-дефиницию, которая в родовых чертах определяла бы весь круг имеющихся и могущих проявиться поступков, исключающих преступность деяния¹. Эта норма должна отразить как минимум следующие признаки этих обстоятельств: 1) каждое из них представляет собой правомерный поступок в форме действия или бездействия; 2) эти поступки подпадают под внешние признаки какого-либо деяния, предусмотренного уголовным законодательством; 3) признаки (условия) правомерности рассматриваемых поступков предусмотрены не только в уголовном, но и в ином законодательстве; 4) их юридической формой являются субъективное право, юридическая обязанность или служебный долг. С учетом этих признаков общее понятие рассматриваемых обстоятельств могло бы быть сформулировано, например, следующим образом: «Обстоятельствами, исключающими общественную опасность и противоправность (преступность) деяния, признаются правомерные поступки (действия или бездействие), хотя и подпадающие под внешние признаки какого-либо деяния, предусмотренного уголовным законом, но совершенные лицом при осуществлении своего права, выполнении правовой обязанности или исполнении служебного долга, если эти действия (бездействие) соответствовали необходимым условиям, предусмотренным законодательством»². Такая норма послужила бы универсальным критерием разграничения преступного и правомерного поведения, подпадающего под признаки какого-либо преступления. Кроме того, ее закрепление в уголовном законе соответствовало бы общей тенденции развития права на повышение значения нормативных обобщений, играющих интегрирующую и консолидирующую роль в нормативном регулировании, а также обеспечивающих высокую стабильность и гарантированность соответствующих предписаний законодательства³.

Наряду с предложенной нормой-дефиницией в Общей части уголовного закона необходимо предусмотреть и отдельные нормы, регулирующие конкретные виды осуществления права, выполнения правовой обязанности и исполнения служебного долга. Лишь в своем единстве общая и отдельные нормы способны обеспечить высокий уровень гарантий прав личности в области уголовной юстиции, стабильность, а также динамизм уголовного законодательства в данной сфере. Вместе с тем это ставит задачу определить, какие конкретно виды обстоятельств, исключающих преступность деяния, в дополнение к уже имеющимся должны быть закреплены в уголовном законе. Речь идет о разработке научно обоснованных критериев уголовно-правового регулирования

¹ См.: *Баулин Ю. В.* Обстоятельства, исключающие преступность деяния в проекте Основ уголовного законодательства. С. 58-59; *его же*: О перспективах уголовно-правового регулирования обстоятельств, исключающих преступность деяния. С. 175; см. также: Рад. право. – № 3. – С. 14.

² Отметим, что подобные нормы имеются в ряде УК зарубежных государств. Так, § 35.05 УК штата Нью-Йорк «Оправдывающее обстоятельство: общие положения» предусматривает, что «поведение, которое в противном случае составляло бы посягательство, является оправданным, а не уголовно наказуемым, если такое поведение: 1) предписано или санкционировано правом или постановлением суда, либо осуществлено публичным служащим при разумном исполнении им своих официальных полномочий, обязанностей или функций; либо 2) является необходимым как чрезвычайная мера, чтобы избежать нависшей угрозы причинения публичного или личного вреда, который близок к наступлению...» Точно так же в ст. 35 УК Японии содержится общее положение: «Действие, совершенное в соответствии с законодательством либо в осуществление правомерного занятия, ненаказуемо». УК бывшей НДР также имел общую норму: «Не является преступлением действие, хотя и содержащее признаки преступления, но совершенное в интересах использования предусмотренного законом права, выполнения возложенной законом обязанности или осуществления предоставленного законом полномочий или власти».

³ См.: *Борисов Г. А.* Правовая природа и особенности нормативных обобщений законодательства в условиях обновления правовой системы // Актуальные проблемы формирования правового государства. Х., 1990. С. 34-36.

обстоятельств, исключающих преступность деяния. Известно, например, что предложения о необходимости регулирования в уголовном законе профессионального (производственного, хозяйственного, исследовательского и др.) риска обосновывались давно, однако лишь в последнее время были воплощены в Основах 1991 г. Точно так же неоднократно поднимались вопросы о целесообразности предусмотреть в уголовном законе выполнение профессиональных функций, осуществление своего права, согласие потерпевшего и др. Очевидно, что основания для таких предложений отражают специфику того или иного обстоятельства, исключающего преступность деяния, но, видимо, можно сформулировать и какие-то общие критерии (факторы), учет которых позволял бы ставить вопрос о соответствующем дополнении уголовного закона. Вряд ли можно дать исчерпывающий перечень этих критериев, однако некоторые из них уже могут быть названы: изменения экономической или политической обстановки в стране, актуализирующие потребность общества в том или ином правомерном поведении, внешне подпадающем под признаки преступления, и его правовой защите; реальное или прогнозируемое значительное распространение подобного рода поведения, не урегулированного правом; широта сфер его проявления; исключительная важность блага, ставящегося под угрозу причинения вреда при совершении правомерных поступков; достижения научно-технического прогресса, открывающие возможности для новых видов поведения человека и связанные с этим возможности для злоупотреблений; установление новых уголовно-правовых запретов, предусматривающих преступные посягательства, внешне сходные с правомерным поведением; необходимость приведения национального законодательства в соответствии с заключенными международными договорами и др. Кроме того, следует учитывать необходимость соответствия уголовного законодательства конституции государства, законодательные традиции, правосознание населения и профессиональный уровень работников уголовной юстиции, затруднения практики при применении уголовного закона в части разграничения правомерного и преступного. В современных условиях особое значение приобретает использование законодательного опыта, зарубежных стран в рассматриваемой области. Это тем более необходимо, поскольку «наличие особенностей, отличающих советское уголовное право от уголовного права иных социальных формаций, не дает оснований говорить о принципиальном различии между ними»¹. При этом, разумеется, нужно исходить из собственных условий развития общества, жизненных реалий его конкретных этапов, а также ближайших и отдаленных перспектив.

С учетом названных критериев представляется целесообразным предусмотреть в Общей части уголовного закона следующие нормы, отражающие отдельные виды осуществления права, выполнения обязанности и исполнения служебного долга: необходимая оборона, крайняя необходимость, задержание преступника, профессиональный риск, научный эксперимент, причинение вреда с согласия «потерпевшего», исполнение приказа, выполнение профессиональных обязанностей, коллизия обязанностей, принуждение к выполнению правовой обязанности, применение физической силы, специальных средств и оружия. Поскольку этот перечень норм далеко их не исчерпывает, статью уголовного закона, в которой предлагается сформулировать норму-дефиницию, необходимо озаглавить так: «Понятие и виды обстоятельств, исключающих общественную опасность и противоправность (преступность) деяния» и в ее второй части предусмотреть названные положения, сопроводив их оговоркой, что к ним относятся также «иные правомерные поступки, соответствующие признакам, предусмотренным частью первой настоящей статьи». Такая формулировка закона позволила бы считать, что к рассматриваемым следует относить не только обстоятельства,

¹ Загородников Н. И., Сахаров А. Б. Демократизация советского общества и проблемы науки уголовного права // Сов. гос-во и право. – 1990. – № 2. – С. 51.

прямо предусмотренные в Общей части, но равно и в других нормах уголовного законодательства, а также в иных законодательных актах¹.

До недавнего времени оживленно обсуждались проблемы соотношения норм общесоюзного и республиканского уголовного законодательства, регулирующих обстоятельства, исключающие преступность деяния.

Целесообразно в связи с этим обратиться к недалекой истории этого вопроса. Известно, что Основы 1958 г. предусмотрели лишь нормы о необходимой обороне и крайней необходимости. В то же время в УК УРССР и УК УССР наряду с ними была закреплена норма о задержании преступника, приравнявшая эти действия по правовым последствиям к необходимой обороне.

По этому поводу возникла дискуссия о праве республик расширять в УК перечень норм, регулирующих обстоятельства, исключающие преступность деяния. Одни авторы считали, что, прежде чем включать норму о задержании преступника в УК УРССР и УК УССР, ее нужно было предварительно предусмотреть в Основах². Обосновывалось это тем, что союзные республики в указанном случае вышли за пределы своей компетенции, установленные общесоюзным законом³. М. И. Блум вообще отрицала право на решение этого вопроса в республиканских УК⁴.

Вместе с тем отстаивалась и другая точка зрения, в соответствии с которой норма Основ о необходимой обороне была развита, конкретизирована в УК УзССР и УК УССР тем, что к ней были приравнены действия по задержанию преступника⁵.

Следует согласиться с В. М. Галкиным, что «нельзя утверждать, будто Украина и Узбекистан вышли за пределы своей компетенции, ибо общесоюзный закон не запрещает республикам принимать те или иные решения по Общей части»⁶. Поэтому УК ЭССР в 1970 г. был дополнен ст. 13¹, в которой задержание преступника было предусмотрено в отдельной норме в качестве самостоятельного обстоятельства, исключающего преступность деяния.

Дискуссия о соотношении уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик в области установления рассматриваемых обстоятельств вновь оживилась в период подготовки новых Основ.

В проекте Основ предусматривался специальный раздел III «Об обстоятельствах, исключающих преступность деяния», в котором нашли свое развернутое отражение нормы о необходимой обороне, крайней необходимости, задержаний преступника, профессиональном и хозяйственном риске, а также об исполнении приказа или распоряжения. Первоначально такое решение вопроса не вызывало особых сомнений. Однако в ходе работ по подготовке проекта Союзного договора предложенный вариант стал подвергаться критике. Основной довод оппонентов сводился к тому, что проект

¹ В этой связи вряд ли можно согласиться с Н. А. Овезовым, который предлагал дополнить Основы статьей 14, которая бы содержала исчерпывающий перечень обстоятельств, исключающих преступность деяния (см.: *Овезов Н. А.* Указ. соч. С. 28).

² См.: *Курляндский В. И.* Уголовная ответственность и меры общественного воздействия. М., 1965. С. 54-55; *Болдырев Е. В., Иванов В. Н.* Система уголовного законодательства // Система советского законодательства. М., 1980. С. 261.

³ См.: *Иванов В. Н.* Уголовное законодательство Союза ССР и союзных республик: единство и особенности. М., 1973. С. 22-23; *Наклович М. А.* Вопросы дальнейшего совершенствования советского уголовного законодательства // Вестн. Львов, ун-та. – 1982. – № 21. – С. 79.

⁴ См.: *Блум М. И.* Некоторые вопросы соотношения общесоюзного уголовного законодательства и уголовного законодательства союзных республик // Вопросы уголовного права, уголовного процесса и криминалистики. Рига, 1988. Т. 93. С. 50.

⁵ См.: *Васикова М., Ахмедов Б., Вайсман П.* Некоторые вопросы нового уголовного кодекса Узбекской ССР // Сов. гос-во и право. – 1960. – № 2. – С. 133; *Тихенко С. И.* Особенности уголовного кодекса Украинской ССР // Особенности уголовных кодексов союзных республик. М., 1963. С. 123; *Бажанов М. И.* Проблемы совершенствования Общей части уголовного законодательства. С. 200.

⁶ *Галкин В. М.* Соотношение общесоюзного и республиканского уголовного законодательства. С. 223.

Основ по существу представляет собой Общую часть республиканского УК, в связи с чем республикам остается лишь возможность для отдельных, несущественных ее дополнений. Как отмечали Н. И. Загородников и А. Б. Сахаров, «общесоюзные Основы должны содержать нормы, устанавливающие принципиальные положения советского уголовного права, а также определяющие наиболее существенные уголовно-правовые институты и понятия»¹. С этих позиций они предложили установить в Основах общие положения об исключении преступности содеянного в случаях необходимой обороны, крайней необходимости, задержания преступника, оправданного производственного риска и иных обстоятельств, предусмотренных республиканским законодательством; в последних же, с учетом местных условий, национальных традиций и нравственных взглядов, решить вопросы о признаках и условиях правомерности конкретных видов обстоятельств, исключающих преступность деяния². Известно, что Основы 1991 г. не пошли по этому пути: в них сформулированы конкретные нормы об отдельных видах обстоятельств, исключающих преступность деяния.

Следует признать, что сам подход, заложенный в Основах 1991 г. в части регулирования обстоятельств, исключающих преступность деяния, является малопродуктивным. Формирование лишь отдельных видов этих обстоятельств (пусть даже и наиболее распространенных) вряд ли отвечает понятию Основ как акта, который призван устанавливать общие положения уголовного законодательства. Кроме того, приведенный в них перечень рассматриваемых обстоятельств (хотя и несколько расширенный в сравнении с действующим правом) не является исчерпывающим, да и не может быть таковым по изложенным выше причинам. Представляется, что Основы должны были прежде всего закрепить норму-дефиницию об общем понятии обстоятельств, исключающих преступность деяния³. Что же касается определения в них конкретных видов этих обстоятельств, то здесь было несколько вариантов. Первый вариант – вообще не указывать эти виды. Тем самым республики самостоятельно определили бы перечень и содержание конкретных видов обстоятельств в соответствии с тем общим их понятием, которое могло быть закреплено в Основах. Такое решение вопроса наиболее правильно отражало бы соотношение Основ как акта, содержащего общие положения, и республиканских УК, построенных в соответствии с этими общими положениями. Второй вариант сводился к тому, чтобы в Основах привести лишь примерный перечень рассматриваемых обстоятельств, предоставив республикам возможность самостоятельно раскрыть их содержание и, кроме того, дополнить Общую часть УК теми видами обстоятельств, которые они посчитают необходимыми. В таком случае в статье Основ «Понятие и виды обстоятельств, исключающих общественную опасность и противоправность (преступность) деяния» следовало бы предусмотреть часть вторую, в которой и сформулировать указанное предложение по образцу, приведенному выше⁴. В общесоюзном законе нашел свое воплощение, как известно, третий вариант, в соответствии с которым Основы 1991 г. определили четыре вида обстоятельств, исключающих преступность деяния. Однако в современных условиях это не исключает возможности установить в новом УК Украины собственный перечень этих обстоятельств и самостоятельно определить содержание регулирующих их норм.

Завершая рассмотрение вопроса о перспективах института обстоятельств, исключающих преступность деяния, отметим, что эти перспективы не сводятся лишь к определению новых видов обстоятельств и иному построению уголовного закона. В литературе правильно ставится вопрос о необходимости новых подходов к исследованию,

¹ Загородников Н. И., Сахаров А. Б. Указ. соч. С. 53.

² Загородников Н. И., Сахаров А. Б. Указ. соч. С. 53.

³ Целесообразно предусмотреть такую норму в УК республик.

⁴ См.: Баулин Ю. В. Соотношение Основ уголовного законодательства и Общей части УК в регулировании обстоятельств, исключающих преступность деяния // Развитие национальной государственности союзной республики на современном этапе. К., 1990. С. 266-269.

казалось бы, давно известных обстоятельств. Например, после принятия Указа Президиума Верховного Совета СССР от 26 июля 1966 г. «Об усилении ответственности за хулиганство» предлагалось «в теоретическом плане рассмотреть новые условия и пределы правомерности причинения вреда при отражении общественно опасных посягательств»¹. На новые проблемы крайней необходимости указывает И. И. Карпец². По мнению Г. Миньковского, «по-прежнему остро стоит вопрос о необходимой обороне и крайней необходимости, о регулировании пределов применения силы и оружия при задержании преступника»³. Очевидно, что требование о совершенствовании норм о названных и других видах обстоятельств, исключающих преступность деяния, вызывается прежде всего происходящими переменами в экономической, политической и духовной сферах нашей жизни⁴. Нельзя исключать также возможные здесь ошибки, вызванные неправильным определением иерархии ценностей и пределов их возможной защиты. В связи с этим в настоящей работе вносятся соответствующие предложения по совершенствованию ряда норм УК, предусматривающих обстоятельства, исключающие преступность деяния, которые призваны способствовать усилению гарантий прав личности, правомерно причинившей вред объектам уголовно-правовой охраны.

§ 2. Структура и реализация норм, предусматривающих обстоятельства, исключающие преступность деяния

Структура норм. В структуре норм – правил поведения, к которым относятся и нормы, предусматривающие обстоятельства, исключающие преступность деяния, традиционно выделяют три элемента: гипотезу, диспозицию и санкцию⁵. Гипотеза представляет собой часть правовой нормы, где содержится указание на те жизненные ситуации, при которых действует ее диспозиция. В диспозиции же описываются правила (масштабы, образцы, модели) правомерного поведения участников регулируемого отношения. Гипотеза, таким образом, «осуществляет ситуационную «привязку» модели правомерного поведения»⁶. В соответствии с изложенным гипотеза, например, нормы о необходимой обороне заключается в указании на общественно опасное посягательство, требующее немедленного предотвращения или пресечения, а диспозиция – в описании признаков правомерного причинения посягающему вреда с целью защиты интересов личности, общества или государства. Точно так же гипотезой нормы о применении оружия работником милиции следует считать, например, групповое или вооруженное нападение на работника милиции либо членов его семьи или другое нападение, угрожающее их жизни или здоровью, а диспозицией – модель применения оружия по его прямому назначению. В целом можно отметить, что гипотезы и диспо-

¹ Викторов Б., Ермаков М. Развивать инициативу и активность граждан в борьбе с правонарушениями // Соц. законность. – 1966. – № 10. – С. 30.

² См.: Карпец И. И. Современные проблемы уголовного права и криминологии. М., 1976. С. 197; *его же*: Уголовное право и этика. М., С. 128.

³ См.: Миньковский Г. Закон обязан защищать // Правда. – 1989. – 19 мая.

⁴ См.: Голык Ю. В. Нравственные основания уголовно-правовых поощрительных норм // Правовые проблемы борьбы с преступностью. Томск, 1990. С. 53.

⁵ См., напр.: Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм. М., 1960. С. 62; Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право. С. 237. Вместе с тем в литературе есть и другая позиция. Так, Е. Я. Мотовиловкер считает, что структура правовой нормы состоит из гипотезы и диспозиции (см.: Мотовиловкер Е. Я. Теория регулятивного и охранительного права. Воронеж, 1990. С. 6). Отмечают также, что в норме следует различать и такие элементы, как субъективный состав и цель (см.: Нормы советского права. С. 99-100; Алексеев С. С. Общая теория социалистического права. Свердловск, 1964. Вып. 2. С. 57).

⁶ Нуртеев Е. К. Указ. соч. С. 23.

зиции рассматриваемых норм носят, как правило, описательный характер, а диспозиции, кроме того, – и императивный. Последнее особенно важно: императивность данных диспозиций заключается в том, что моделируемое ими поведение не может быть изменено по воле субъекта, если он совершает поступок при наличии жизненных обстоятельств, указанных в гипотезе. Это положение в полной мере распространяется не только на обязывающие и уполномочивающие, но и на дозволительные нормы, представляющие субъекту свободу выбора допустимых вариантов поведения. «Но раз его действия реализуют предусмотренный в гипотезе нормы фактический состав, – отмечает Н. Неновски, – безусловно применяется ее диспозитив. Свобода выбора не отменяет категорический характер юридического должного»¹.

Иным образом решается применительно к структуре рассматриваемых норм вопрос об их санкциях. Под санкцией обычно понимается часть нормы, где содержится указание на меры государственного принуждения, применяемые специальными органами государства за нарушение требований диспозиции². Подобный взгляд на санкцию (это так называемая санкция ответственности) является несколько односторонним³. Он не учитывает, что реализация каждой нормы в качестве промежуточной цели всегда имеет благоприятные или неблагоприятные правовые последствия для тех субъектов, на которых распространяет свое действие норма⁴. Очевидно, что лишь неблагоприятные правовые последствия соответствуют приведенному выше понятию санкции; благоприятные же последствия им не охватываются. Подавляющая же часть поступков по реализации норм права влечет за собой благоприятные правовые последствия. Кроме того, решая вопрос о санкциях в структуре той или иной нормы, необходимо учитывать ее специфику. Так, норме, предусматривающей юридическую ответственность, приведенное понятие санкции соответствует в полной мере, для поощрительных же норм оно неприемлемо. Если же согласиться с тем, что санкция означает обеспеченность государственными средствами требований диспозиции нормы, то к числу таких средств относятся не только меры юридической, в том числе уголовной, ответственности (санкции ответственности), но и санкции правовосстановительные, а также поощрительные⁵. Последние имеют место там, где «меры поощрения прямо предусматриваются в правовых нормах в качестве фактического и юридического последствия правомерного поступка»⁶. В этом случае «можно констатировать использование поощрительных санкций для стимулирования этого поступка (хотя термин «санкция» применяется здесь за неимением лучшего)»⁷. Необходимо, конечно, учитывать и специфичность поощрительных санкций в различных отраслях права. В уголовном праве к ним относятся, в частности, признание совершенного деяния непроступком. Наконец, отмечается, что поощрительные санкции сопутствуют как правам, так и обязанностям; их цель – способствовать социальной и правовой активности трудящихся, используя метод поощрения, стимулирования. Учитывая изложенное, можно заключить, что *обязательным структурным элементом норм, регулирующих правомерные поступки, исключаящие преступность деяния, являются поощрительные санкции*. Они либо прямо предусматриваются в тексте нормы, либо их наличие непосредственно вытекает из соответствующих предписаний. Например, в ныне действующем уголовном законодательстве указывается, что действия, совершенные в состоянии необходимой обороны, крайней необходимости, при задержании преступника, оправданном профессиональном и хо-

¹ Неновски Н. Право и ценности. М., 1988. С. 118

² См., напр.: Теория государства и права. М., 1974. С. 464

³ См.: Фаткуллин Ф. Н. Проблемы общей теории социалистической правовой надстройки. Казань, 1980. Т. 1. С. 187.

⁴ См.: Нормы советского права. С. 106.

⁵ См.: Фаткуллин Ф. И. Указ. соч. С. 187.

⁶ Кудрявцев В. Н. Правовое поведение: норма и патология. – С. 236.

⁷ Там же.

заявленном риске «не являются преступлениями». Тем самым в соответствующих нормах говорится о поощрении – признании поступка непроступным, а стало быть, и исключении уголовной ответственности за причиненный вред, если данный поступок предпринят при наличии условий, указанных в гипотезе, и соответствует признакам, описанным в диспозициях указанных уголовно-правовых норм. Поощрительные санкции закрепляются и в других законодательных актах. Так, в соответствии с Законом Украины «О милиции» работникам милиции в целях выполнения служебных обязанностей предоставлено, в частности, право применять при наличии определенных условий меры физического воздействия, специальные средства и оружие, а также совершать иные поступки, внешне сходные с тем или иным преступным посягательством. Одновременно ч. 3 ст. 25 названного Закона предусматривает, что «работник милиции, исполняющий свои обязанности в соответствии с предоставленным законодательством полномочиями и в рамках закона, не несет ответственности за причиненный ущерб. Такой ущерб возмещается за счет государства». Поощрительная санкция здесь выражается в том, что государство заранее исключает возможность возложения юридической ответственности (в том числе уголовной) на работника милиции, если его действия соответствовали требованиям гипотезы и диспозиции норм, регулирующих поведение, связанное с причинением вреда. Наконец, отметим, что наличие поощрительной санкции – исключение уголовной ответственности – не вызывает сомнения и в других подобных нормах, даже в том случае, если в них нет на это ни прямого указания, ни общих установлений, подобных приведенному выше. Вывод о такой санкции основывается на логическом заключении, что норма либо предоставляет лицу право, либо возлагает на него обязанность, либо, наконец, уполномочивает его совершить рассматриваемые поступки. И если такие поступки соответствуют требованиям гипотезы и диспозиции, то их обязательным благоприятным правовым последствием является исключение уголовной ответственности за вред, причиненный объектам уголовно-правовой охраны.

В то же время следует иметь в виду, что лицо, нарушившее требования диспозиции, подлежит мерам государственного принуждения, предусмотренным санкцией ответственности. Иногда закон общим образом указывает на эту санкцию. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 25 Закона Украины «О милиции» работник милиции несет за свои противоправные действия или бездействие дисциплинарную или уголовную ответственность. Вывод о конкретной санкции ответственности в данном случае зависит от вида совершенного правонарушения. Относительно санкций ответственности в нормах о необходимой обороне, крайней необходимости и задержании преступника правильно указывается, что они также «могут быть выявлены посредством логической интерпретации уголовно-правового материала в целом»¹. Это означает, что введение санкции ответственности в структуру дозволительных, обязывающих и уполномочивающих норм достигается путем конструирования так называемой логико-юридической нормы². Такая норма включает в себя весь набор нормативных предписаний, закрепленных как в Общей, так и в Особенной частях уголовного закона. Например, для вывода о санкции ответственности в норме о необходимой обороне следует исходить из того, что ее диспозиция предусматривает в Общей части такое условие правомерности причинения вреда, как соблюдение пределов необходимой обороны. Особенная же часть содержит предписания о мерах наказания, подлежащего применению к лицам, совершившим умышленное убийство или причинившим тяжкое телесное повреждение при превышении пределов необходимой обороны (ст. ст. 97 и 104 УК). Эти меры уголовной от-

¹ Болдырев Е. В., Галкин В. М. Уголовно-правовые санкции // Проблемы совершенствования советского законодательства. М., 1976, Т. 6. С. 101.

² Под логико-юридической нормой понимают выявляемое логическим путем общее правило поведения, которое воплощает органические связи между нормативными предписаниями и обладает полным набором свойств, раскрывая их властную, регулятивную природу (см.: Алексеев С. С. Общая теория права. М., 1980. Т. 2. С. 43).

ветственности (разумеется, с учетом положений Общей части) и являются санкцией ответственности в структуре логико-юридической нормы о необходимой обороне. Равным образом, формулируя санкцию ответственности в норме о правомерном применении оружия работником милиции, необходимо учитывать, что Особенная часть УК в ч. 2 ст. 166 предусматривает наказание за превышение власти или служебных полномочий с применением оружия. Поэтому для указанной нормы санкцией ответственности и будут меры уголовного наказания, предусмотренные в ней. Подобная же структура может быть представлена в любой другой норме, регулирующей поступки, внешне подпадающие под признаки преступлений. Однако для этого необходимо найти в нормативном массиве уголовного права существующие элементы логико-юридической нормы, учитывая системный характер права, особенности рассматриваемых норм, правила их соотношения и конкуренции, правила законодательной техники и т. п.

Итак, *особенностью структуры норм, предусматривающих обстоятельства, исключающие преступность деяния, является наличие двух видов санкций – поощрительной и ответственности*. Поощрительная санкция представляет собой исключение уголовной ответственности лица на основе признания правомерности (неприступности) причинения им вреда объектам уголовно-правовой охраны. И напротив, санкция ответственности – это меры государственного принуждения, предусмотренные уголовным законом, за совершение лицом действий, не соответствующих требованиям диспозиции нормы, предусматривающей обстоятельство, исключающее преступность деяния.

Реализация норм. Реализация норм права, как известно, воплощается в правомерном поведении тех субъектов, на которых распространяются эти нормы¹. Поступок, реализующий, нормы права, вплетается во всякий существенно значимый общественный процесс. Поэтому реализация норм права есть воплощение единства социальной предметности и правомерности в деятельности людей². Реализация права может иметь место как непосредственно, когда субъекты сами осуществляют субъективные права, выполняют обязанности и исполняют служебный долг, так и опосредовано, когда реализация норм права связана со специальной, организующей деятельностью компетентных, прежде всего государственных, органов³. Особенность реализации норм, предусматривающих обстоятельства, исключающие преступность деяния, заключается в том, что их субъекты самостоятельно осуществляют предоставленные им права, выполняют возложенные на них обязанности и используют государственно-властные полномочия⁴. При этом перевод требований правовых норм в правомерное поведение соответствующих субъектов происходит с помощью таких правовых явлений, как юридические факты и возникновение прав и обязанностей этих субъектов, т. е. через правоотношения.

Следует иметь в виду, что, когда говорят о реализации нормы права, это вовсе не означает, что она осуществляется целиком. Напротив, диспозиция и санкция не могут реализовываться одновременно, в одном и том же правоотношении: одно исключает другое. Объясняется это хотя бы тем, что субъектом реализации диспозиции выступает лицо, предусмотренное гипотезой нормы, а субъектом реализации санкции – всегда государство в лице соответствующих органов и должностных лиц. В связи с этим обособанно выделяют два самостоятельных этапа реализации нормы, а именно: реализа-

¹ См.: *Алексеев С. С.* Механизм правового регулирования в советском социалистическом обществе. М., 1966. С. 93.

² См.: *Решетов Ю. А.* Реализация норм советского права. Системный анализ. Казань, 1989. С. 35. В этой связи автор верно отмечает, что поведенческий, деятельный срез исследования обеспечивает теории реализации норм советского права широкую социальную перспективу, ставит ее на прочную философскую основу (см.: Там же.)

³ См., напр.: *Обвинникова С. Н.* Правовая политика и проблемы реализации права // Вопросы государственного строительства и правового регулирования. Владивосток, 1990. С. 11.

⁴ Применительно к необходимой обороне и задержанию преступника на это указывал Н. А. Огурцов (см.: *Огурцов Н. А.* Правоотношения и ответственность в советском уголовном праве. Рязань, 1976. С. 142).

цию диспозиции и санкции данной нормы, причем связи между этими этапами носят субординационно-структурный характер¹. Поэтому и правоотношения, в которых реализуются требования диспозиции правовой нормы, называются диспозиционными, а в случаях реализации санкции – обеспечительными². Вместе с тем такое подразделение не исключает того, что санкции сами по себе играют роль диспозиций для органов государства³, уполномоченных применять уголовно-правовое поощрение или возлагать уголовную ответственность. В этом смысле правоотношения по применению поощрения и возложению ответственности также могут быть названы диспозиционными. Поэтому разграничение правоотношений по реализации диспозиций и санкций рассматриваемых норм может быть проведено по сущностному критерию. Правоотношения, в рамках которых субъект осуществляет свои права, выполняет обязанности или исполняет служебный долг, в конечном счете имеют своим назначением охрану (защиту) тех правоохраняемых интересов личности, общества и государства, которые выступают объектом этих правоотношений. Данное положение не вызывает сомнений для отношений необходимой обороны, крайней необходимости и задержания преступника. Однако интересам охраны благ личности, общества и государства подчинены и правоотношения, связанные, например, с выполнением профессиональных обязанностей, принуждением к выполнению правовой обязанности, применением силы и оружия уполномоченными представителями власти и т. д. В связи с этим группу правоотношений, связанных с реализацией диспозиций рассматриваемых норм, можно было бы именовать *специфическими уголовно-правовыми охранительными правоотношениями*⁴. Что касается правоотношений по реализации санкций этих норм – поощрительных и ответственности, то, будучи в целом обеспечительными, они с необходимостью подразделяются на две разновидности: *уголовно-поощрительные правоотношения и правоотношения уголовной ответственности*⁵. С указанных позиций охранительными следует признать правоотношения, в рамках которых правомерно причиняется вред в состоянии необходимой обороны, крайней необходимости, выполнения правовых обязанностей и т. д., тогда как поощрительными должны признаваться правоотношения, при реализации которых исключается уголовная ответственность за причиненный вред. Наконец, в правоотношениях уголовной ответственности меры уголовно-правового принуждения возлагаются на лиц, превысивших, например, пределы необходимой обороны, служебные полномочия и т. п.

Отметим, что отнесение правоотношений ответственности к числу уголовно-правовых не вызывает сомнения, поскольку их возникновение и осуществление связаны с реализацией санкции, предусмотренной уголовным законом. Что касается специфического охранительного и поощрительного правоотношений, то им часто отказывают в уголовно-правовом качестве. Так, иногда считают, что в случае совершения правомерных действий (например, в состоянии необходимой обороны) возникают не уголов-

¹ См.: Решетов Ю. А. Указ. соч. С. 115.

² См.: Явич А. С. Общая теория права. Л., 1976; Фаткуллин Ф. Н. Указ. соч. С. 187.

³ См.: Мотовиловкер Е. Я. Указ. соч. С. 28.

⁴ Эти правоотношения могли бы рассматриваться как определенная разновидность охранительных отношений наряду с обособленно выделяемыми в литературе основными уголовно-правовыми охранительными отношениями, связанными с осуществлением и соблюдением уголовно-правовых запретов (см.: Ковалев М. И. Советское уголовное право. Введение в уголовное право. Свердловск, 1971. Вып. 1. С. 76; Козаченко И. Я. Содержание и структура предмета уголовно-правового регулирования // Право и демократия. – 1989. – Вып. 2. – С. 117-121; Хомич В. М. Содержание уголовно-правового регулирования (теоретический аспект) // Право и демократия. – 1990. – Вып. 3. – С. 99-113 и др.

⁵ Отметим, что в литературе часто ограничиваются указанием на эти два вида правоотношений, упуская из виду названные выше специфические охранительные правоотношения (см., напр.: Астемифов З. А. Проблемы теории уголовной ответственности и наказания. Махачкала, 1987. С. 54; Голик Ю. В. Субъекты уголовного правоотношения, возникающего на основе поощрительных норм // Актуальные проблемы праведения на современном этапе. Томск, 1986. С. 197 и др.).

но-правовые отношения (в связи с отсутствием надлежащего юридического факта – совершения преступления), а так называемые общие правовые отношения. Однако такой подход необоснованно ограничивает круг уголовно-правовых отношений, о чем уже говорилось. В литературе правильно выделяют несколько видов таких отношений, среди которых называют центральные (отношения по соблюдению и осуществлению уголовно-правовых запретов), а также отношения уголовной ответственности, возникающие при нарушении этих запретов¹. Другие же правоотношения, в том числе опосредующие правомерное причинение вреда объектам уголовно-правовой охраны, хотя в конечном счете и подчинены интересам правильного развития названных стержневых уголовно-правовых отношений, но имеют самостоятельное значение, в связи с чем они называются специфическими, не типичными для уголовного права². И все же они также являются уголовно-правовыми. Вряд ли это можно отрицать применительно к правоотношениям необходимой обороны, крайней необходимости и задержания преступника, поскольку нормы, которые реализуются в рамках этих правоотношений, предусмотрены именно уголовным законом. Вместе с тем нельзя ограничивать круг уголовно-правовых отношений только названными. В этой связи вызывает возражение мнение А. Н. Тарбагаева, который, предлагая урегулировать в уголовном законе причинение вреда с согласия потерпевшего, при выполнении приказа, осуществлении профессиональных функций и производственным риске, считает, что в этом случае указанные права граждан осуществлялись бы в рамках уголовно-правовых отношений³. Представляется, что и в настоящее время эти и другие права, а также обязанности и полномочия субъектов, связанные с правомерным (непреступным) причинением вреда, осуществляются в рамках специфических охранительных уголовно-правовых отношений. Этот вывод основывается на отмеченном выше двойственном юридическом свойстве норм, регулирующих обстоятельства, исключающие преступность деяния, которые, с одной стороны, принадлежат той или иной отрасли права по своему предметному содержанию, а с другой – имеют уголовно-правовое качество, ибо регулируют поведение, внешне подпадающее под признаки какого-либо преступления. Иными словами, местонахождение этих норм в системе законодательства не влияет на определение вида правоотношений, в рамках которых они реализуются⁴. Определяющим здесь выступает *содержание диспозиции* данных норм, которая предписывает субъекту совершение поступков, связанных с правомерным причинением вреда объектам уголовно-правовой охраны, т. е. совершение действий, сходных по своим внешним признакам с соответствующим составом преступления. Таким образом, *правоотношения, возникающие в результате реализации диспозиции норм уголовного и иных отраслей законодательства, предписывающих правомерное причинение вреда объектам уголовно-правовой охраны, относятся к числу специфических охранительных уголовно-правовых отношений.*

Равным образом, к уголовно-правовым относятся и правоотношения по реализации поощрительной санкции рассматриваемых норм. Ю. В. Голик правильно пишет, что «поощрительное правоотношение в уголовном праве возникает по поводу ответственности в виде устранения обременений. Это устранение может принимать форму исключения ответственности, освобождения от ответственности, уменьшения ответственности. Все эти формы урегулированы (применительно только к поощрительным нормам)

¹ См.: Ковалев М. И. Советское уголовное право. Введение в уголовное право. С. 97-101; Хомич В. М. Указ. соч. С. 99-113.

² См.: Огурцов Н. А. Указ. соч. С. 137; Дагэль П., Зусь А. Рецензия на указ. соя. Н. А. Огурцова // Соц. законность. – 1977. – № 3. – С. 93 и др.

³ См.: Тарбагаев А. Н. Понятие и виды уголовной ответственности. Красноярск, 1986. С. 22.

⁴ Разумеется, совершение данных поступков на основе рассматриваемых норм одновременно порождает и иные виды правоотношений в зависимости от содержания поступка, юридических фактов, принадлежности норм к определенным отраслям права и т. п.

уголовным законодательством и никаким другим. На основе этих норм возникают правоотношения, которые по «происхождению» и по духу являются именно уголовно-правовыми»¹.

Рассмотрим названные выше виды уголовно-правовых отношений.

Охранительное правоотношение. Характеристике этого, а также других видов правоотношений должен предшествовать анализ юридических фактов, под которыми понимают конкретные жизненные обстоятельства, вызывающие в соответствии с нормами права возникновение, изменение или прекращение правоотношений. В понятии «юридический факт» выделяют единство материальной и идеальной сторон, т. е. явления внешнего мира и их признание, а также закрепление в гипотезах норм права как оснований правовых последствий². Значение юридических фактов в рассматриваемых случаях заключается в том, что они приводят в «рабочее состояние» диспозиции и санкции норм, регулирующие поступки, исключаяющие преступность деяния.

Итак, юридическими фактами специфического охранительного правоотношения выступают различного рода явления (факторы) объективной действительности, предусмотренные гипотезами данных уголовно-правовых норм. Так, гипотезы дозволительных норм о необходимой обороне, крайней необходимости и др. указывают, например, на такие модели юридических фактов, как общественно опасное посягательство, грозящую опасность, неустранимую иными средствами, как причинением вреда, и т. д. Гипотеза уполномочивающей нормы о правомерном применении оружия, например, военным патрулем предусматривает, что начальник патруля имеет право лично применить оружие или приказать патрульным применить оружие «при защите военнослужащих, а при необходимости и гражданских лиц от нападения, угрожающего их жизни, если иначе их защитить нельзя; для отражения нападения на патруль, когда жизнь начальника патруля или патрульных подвергается непосредственной опасности; при задержании преступника, оказывающего вооруженное сопротивление; при задержании преступника, совершающего побег из-под стражи, когда другими способами его задержать невозможно. Перед применением оружия, если позволяет обстановка, начальник патруля обязан голосом или выстрелом вверх предупредить об этом лицо, против которого применяется оружие»³.

Очевидно, что приведенные правообразующие юридические факты включают в себя различного рода факторы. Одни из них (общественно опасное посягательство, нападение и т. д.), являясь событиями или поступками, свидетельствуют об угрозе причинения существенного вреда интересам личности, общества или государства. Другие характеризуют обстановку, которая обуславливает необходимость (вынужденность) причинения вреда объектам уголовно-правовой охраны с целью устранения угрозы причинения вреда правоохраняемым интересам. Иногда рассматриваемые юридические факты включают в себя дополнительные условия, например согласие лица на причинение вреда определенным благам. Лишь в своем единстве указанные факторы и условия характеризуют различные стороны единого сложного юридического факта (фактического состава), который служит основанием возникновения специфического охранительного уголовного правоотношения. Значение рассматриваемых юридических фактов состоит прежде всего в том, что они определяют время, в течение которого надлежащий субъект имеет возможность вступить в это правоотношение. Такая возможность зависит от длительности (продолжительности) существования тех жизненных обстоятельств, которые входят в данный сложный юридический факт. Ненаступление любого из этих обстоятельств или их прекращение свидетельствует о невозможности участия

¹ Голки Ю. В. Субъекты уголовного правоотношения, возникающего на основе поощрительных норм. С. 198.

² См.: Исаков В. Б. Юридические факты в советском праве. М., 1984. С. 10-11.

³ Общевоинские Уставы Вооруженных Сил СССР. С. 234.

того или иного субъекта в данных правоотношениях. Этот вывод имеет большое практическое значение, о чем говорят, в частности, споры относительно так называемой «преждевременной или запоздалой» обороны или крайней необходимости, а также дискуссия о времени правомерного задержания преступника. Наконец, рассматриваемые юридические факты влияют и на пределы причинения вреда лицом, находящимся в данном правоотношении. Известно, что правомерным признается только, такой вред, который является необходимым и достаточным для предотвращения угрозы правоохраняемым интересам, что определяется его соразмерностью с характером этой угрозы и обстановкой по ее устранению. Например, если основанием необходимой обороны является общественно опасное посягательство, вызывающее необходимость его немедленного предотвращения или пресечения, то правомерным может быть признан вред, причиненный посягающему, если он соответствовал опасности посягательства и обстановке защиты, и т. д.

Итак, юридические факты служат основанием возникновения охранительных правоотношений, основными структурными элементами которых являются субъекты, объект и содержание. Первый элемент – *субъектный состав* этих правоотношений – определяется видом норм, на основе которых они возникают. Так, субъектом отношений, в основе которых лежит дозволительная норма, является, как правило, общий субъект права (например, при необходимой обороне, крайней необходимости и т. д.). Напротив, специальными являются субъекты правоотношений, возникающих на основе обязывающих и уполномочивающих норм. Следовательно, в зависимости от вида норм первой стороной охранительного правоотношения является один или несколько общих либо специальных субъектов, оказавшихся «в поле досягаемости» юридических фактов, породивших данные правоотношения. Второй стороной этих правоотношений выступают любые субъекты права (граждане, должностные лица, организации и т. п.), которые обязаны не препятствовать надлежащим лицам осуществлять, например, свое право на необходимую оборону, выполнять профессиональные обязанности, исполнять свой служебный долг. Таким образом, первую группу субъектов можно отнести к числу лидирующих, поскольку именно они проявляют в данном правоотношении инициативу и активность по охране правоохраняемых интересов, а вторую – к числу пассивных, ибо их обязанность состоит в воздержании от действий, которые препятствовали бы лидирующим субъектам осуществить предписанные им поступки.

Часто исходят из того, что вторым субъектом рассматриваемых правоотношений является государство в лице суда, прокурора, следователя, органа дознания¹. Представляется, что государство – обязательный субъект другого, а именно уголовно-поощрительного правоотношения и правоотношения уголовной ответственности, о чем речь пойдет ниже. Нельзя также согласиться с тем, что одним из субъектов рассматриваемого охранительного правоотношения, например правоотношения необходимой обороны, является посягающий, который будто бы «обязан претерпеть причиняемый ему вред как правовое последствие его общественно опасных действий и не вправе защищаться от конкретного нападения потерпевшего или другого лица, прибегнувшего к активной защите»². Полагаем, что посягающий при необходимой обороне, равно как и преступник при осуществлении его правомерного задержания, в том числе связанного с причинением вреда, а также имущество и другие ценности предприятий и организаций, которым причиняется вред в состоянии крайней необходимости или профессионального риска и т. д., являются не субъектами указанных правоотношений, а объектами действия лица, осуществляющего право на необходимую оборону, крайнюю

¹ См.: *Тарбагаев А. Н.* Указ. соч. С. 21.

² *Тишкевич И. С.* Условия и пределы необходимой обороны. С. 104-105. См. также: *Болдырев Е. В., Галкин В. М.* Указ. соч. С. 101.

необходимость, задержание преступника, профессиональный риск либо выполняющего профессиональные обязанности врача, пожарного, взрывника и т. д.¹

Вторым составным элементом охранительного правоотношения является его *объект*, под которым понимают различного рода материальные, духовные и личные блага, способные удовлетворять субъекта правоотношения². Объектами рассматриваемых охранительных уголовно-правовых отношений выступают разнообразные материальные и нематериальные, личные и коллективные, общественные и государственные блага (ценности), охраняемые законом и выступающие как нечто внешнее по отношению к содержанию этого правового отношения. Так, объектом в правоотношениях необходимой обороны и крайней необходимости являются правоохраняемые интересы личности, общества или государства, при задержании преступника – интересы правосудия, в случае проведения хирургической операции – интересы здоровья больного, при применении оружия представителем власти – конкретные материальные и нематериальные блага, на защиту которых были направлены его действия, и т. д. Иными словами, объектами рассматриваемых правоотношений выступают не только блага, лично принадлежащие управомоченному, обязанному или уполномоченному субъекту, но также коллективные и индивидуальные интересы других лиц, общества или государства. Уголовные охранительные правоотношения относятся, далее, к числу так называемых правоотношений пассивного типа, где главным является право на совершение активных самостоятельных действий субъекта³. Это определяет и некоторые отличительные черты их объектов. Так, ими выступают материальные, духовные и иные блага, в отношении или по поводу которых направлены действия управомоченного, обязанного или уполномоченного субъекта. Например, при необходимой обороне личного имущества таким объектом является это имущество, а при устранении опасности, грозящей жизни другого человека, объектом правоотношений крайней необходимости выступает жизнь этого человека, и т. п. Далее, рассматриваемые объекты, как правило, являются наличными, уже существующими в данный момент, причем внешне они обособлены, отграничены, существуют отдельно от самих по себе действий субъекта. Например, если представитель власти осуществляет защиту общественного порядка или устраняет опасность, грозящую имуществу граждан, либо задерживает скрывающегося преступника, то блага, по поводу которых он совершает правомерные действия (общественный порядок, личное имущество, интересы правосудия), уже существуют до и в отличие от тех действий, которые совершает уполномоченный субъект в общественных интересах. Отметим, что субъект рассматриваемых охранительных правоотношений позволяет констатировать неразрывную связь между правоохраняемыми интересами личности, семьи, коллектива, общества и государства и действиями субъектов этих отношений, т. е. данный объект имеет важное социально-политическое значение.

Наконец, третьим элементом уголовно-правового охранительного отношения является его *содержание*. Вопрос о содержании правоотношения в литературе решается различно: одни авторы относят к нему лишь права и обязанности субъектов, другие же, кроме того, и поведение этих субъектов по осуществлению прав и выполнению обязанностей⁴. Обоснованным представляется мнение о том, что в правоотношении

¹ Относительно утверждения, что посягающий обязан претерпеть причинение ему вреда в дозволенных пределах, отметим, что признаком любой юридической обязанности является санкция ответственности, которая приводится в действие уполномоченными органами государства в случае невыполнения этой обязанности. Известно, однако, что действующее право не предусматривает юридических мер государственного принуждения к лицам, которые уклонились от претерпевания вреда со стороны обороняющегося. Поэтому обязанность, на которую указывают авторы, не является юридической.

² См.: Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 2. С. 156-157.

³ См.: Там же. С. 158-160.

⁴ См.: Правовая система социализма. Функционирование и развитие. С. 121-130.

следует различать две стороны – юридическую и фактическую (материальную) или, иначе, юридическое и фактическое содержание, взятые в своем единстве. Субъективные права и корреспондирующие им обязанности определенных лиц составляют юридическое содержание соответствующего правоотношения, или (что одно и то же), правовую форму поведения участников этого правоотношения¹. В то же время внешней, материальной его стороной, или фактическим содержанием, выступает целенаправленное поведение участников правоотношения, реализующих свои права и выполняющих обязанности².

Рассмотрим вначале *юридическое содержание* уголовных охранительных правоотношений. Оно заключается в возникновении у надлежащих субъектов (при наличии, разумеется, соответствующих юридических фактов) права, обязанности или полномочий на совершение ими самостоятельных положительных действий, внешне подпадающих под признаки того или иного преступления. При этом субъекты этих отношений вправе совершать указанные действия лишь в определенных пределах³, поскольку всякое право, обязанность или полномочие представляет собой не только вид, но и меру возможного, обязанного и служебного поведения. Иначе говоря, субъективная возможность поведения субъектов здесь неразрывно связана с запретом, т. е. обязанностью не выходить за установленные пределы этой возможности (не превышать, например, пределы необходимой обороны или крайней необходимости, не выходить за пределы необходимости при выполнении профессиональных обязанностей или служебного долга и т. д.). Следовательно, лидирующие субъекты рассматриваемых правоотношений обладают не только соответствующими правами, обязанностями и полномочиями на причинение вреда; на них одновременно возлагается и обязанность не выходить за пределы дозволенного вреда.

В таком случае на другую сторону данных правоотношений возлагается прежде всего обязанность определенного пассивного поведения, а именно: обязанность бездействовать, воздерживаться от каких-либо действий, которые бы препятствовали лидирующим субъектам совершить предписываемые им действия. Иными словами, если гражданин, например, оказался в состоянии необходимой обороны или крайней необходимости, врач, спасатель или пожарный – в состоянии, требующем выполнения профессиональных обязанностей, а должностное лицо поставлено перед необходимостью выполнения служебного долга, то все остальные лица (частные и должностные), оказавшиеся в «силовом поле» данных правоотношений, обязаны не препятствовать указанным субъектам в осуществлении своего права на необходимую оборону или крайнюю необходимость, выполнении профессиональных обязанностей или служебного долга. Иногда эта обязанность прямо предусматривается в законе. Так, в соответствии со ст. 20 Закона Украины «О милиции» законные требования работника милиции обязательны для выполнения гражданами и должностными лицами. Никто иной, за исключением уполномоченных должностных лиц, в предусмотренных законом случаях не вправе вмешиваться в законную деятельность работника милиции. Вмешательство в деятельность милиции влечет ответственность по закону. В частности, Указом Президиума Верховного Совета Украины от 18 января 1991 г. «Об усилении правовой защиты работников правоохранительных органов» предусмотрена административная и уголовная ответственность за воспрепятствование исполнению служебных обязанностей работниками прокуратуры, органов внутренних дел и государственной

¹ См.: Назаров Б. Социалистическое право в системе социальных связей. М., 1976. С. 70-71.

² См.: Явич А. С. Конкретные правоотношения – особая форма осуществления права. С. 83; Дюрин И. Я. Право и управление. М., 1981. С. 101-103; Федоров В. П. Право в юридической надстройке социалистического общества. Владивосток, 1985. С. 89 и др.

³ См.: Сытник А. М. Содержание конституционного права на жилище // Актуальные вопросы укрепления правовой основы государственной и общественной жизни: К., 1980. С. 43.

безопасности¹. Кроме того, уголовный закон предусматривает ответственность и за иные формы воздействия на должностных лиц, совершенные в целях изменения характера их служебной деятельности в интересах лица, действующего неправомерно, оказания ими сопротивления либо принуждения должностных лиц к выполнению явно незаконных действий (ст. ст. 188-190 УК). Отметим также, что уголовный закон устанавливает запрет препятствовать любому лицу в предупреждении, пресечении преступления или антиобщественного поступка (ст. 190 УК) и др.

Изложенное позволяет заключить, что на пассивных субъектов рассматриваемых правоотношений лежит обязанность не препятствовать лидирующим субъектам совершать действия, связанные с причинением определенного вреда объектам уголовно-правовой охраны. В то же время эти субъекты имеют право требовать от названных лиц поведения, соответствующего предписаниям диспозиции правовой нормы, регулирующей их соответствующие действия, в частности соблюдать установленные пределы причинения вреда. Если же их действия выходят, например, за эти пределы, то у данных субъектов возникает право на необходимую оборону, крайнюю необходимость, принуждение к выполнению правовой обязанности и т. п., т. е. так называемое общее «право воспрепятствования преступлению»². В итоге отметим, что *юридическое содержание уголовно-правовых охранительных отношений заключается в возникновении на основе соответствующих юридических фактов взаимных прав и обязанностей их субъектов*. У лидирующих субъектов возникают право, обязанность и полномочия совершить определенные положительные действия, связанные с причинением вреда объектам уголовно-правовой охраны, и одновременно общая для них обязанность не выходить за установленные законом пределы причинения такого вреда. Напротив, у пассивных субъектов главной является обязанность не препятствовать совершению указанных действий, а также право требовать от противоположной стороны соответствующего правомерного поведения³.

Рассмотрим *материальное содержание* данных правоотношений. Известно, что субъективные права, юридические обязанности и служебные полномочия лежат в сфере возможного и должного. Правоотношения же существуют всегда в области сущего, ибо их непосредственное фактическое (материальное) содержание образует реальное взаимодействие, поведение лиц, использующих свои субъективные права и выполняющих возложенные на них обязанности. Таким образом, фактическое содержание этих правоохранительных отношений означает перевод их юридического содержания из стадии обладания взаимными правами, и обязанностями в стадию их реализации, т. е. в фактическое правомерное поведение субъектов⁴. Для правоотношения необходимой обороны это, например, означает причинение посягающему вреда, не выходящего за пределы такой обороны; при крайней необходимости фактическое содержание правоотношения заключается в причинении правоохраняемым интересам вреда менее значительного, чем вред предотвращенный; в ситуациях применения силы работником милиции она не должна превышать меру, необходимую для исполнения возложенных

¹ См.: Ведомости Верхов. Совета УССР. – 1991. – № 7. – Ст. 45.

² См.: Галкин В. М., Блум М. И. Уголовно-правовой запрет // Вопросы борьбы с преступностью на современном этапе. Рига, 1978. С. 12. См.: Галкин В. М., Блум М. И. Уголовно-правовой запрет // Вопросы борьбы с преступностью на современном этапе. Рига, 1978. С. 12.

³ Приведенные выше права и обязанности субъектов сходны с правами собственника владеть, пользоваться и распоряжаться своим имуществом в пределах, установленных законом, и обязанностью других лиц не препятствовать собственнику в этом.

⁴ Это не означает, конечно, что возникновение прав и обязанностей автоматически влечет за собой реальное поведение субъектов. Вполне допустимы ситуации, когда; например, при общественно опасном посягательстве лицо, у которого возникло право на необходимую оборону, отказывается от использования этого права, т. е. бездействует. Подобное возможно и при возникновении обязанности, а также полномочий действовать, но субъект отказывается от этого. Иными словами, во всех этих случаях возникает юридическое содержание правоотношения, которое, однако, не дополняется его материальной (фактической) стороной.

на него обязанностей, и должна сводить к минимуму возможности причинения ущерба здоровью правонарушителя и других граждан и т. д.¹

Таким образом, полное содержание рассматриваемых охранительных отношений состоит в единстве и соответствии юридической и фактической его сторон. Причем завершение фактической стороны, т. е. *окончание правомерного поведения, тем самым свидетельствует и о моменте окончания рассматриваемого правоотношения*. Вместе с тем завершение правомерного поступка, в свою очередь, выступает новым юридическим фактом, порождающим другое, а именно обеспечительное уголовно-поощрительное правоотношение. Объясняется это тем, что правомерное поведение по внешним своим признакам воспринимается как соответствующее преступление. Поэтому требуется деятельность соответствующих органов государства, которые должны установить неприступность поведения субъекта охранительного отношения и применить к нему уголовно-поощрительную санкцию, т. е. исключить уголовную ответственность за причиненный вред. Последнее же возможно лишь в рамках обеспечительного поощрительного правоотношения. Следовательно, совершение правомерного поступка, внешне подпадающего под признаки какого-либо преступления, представляет собой средство реализации субъективного права, юридической обязанности или властных полномочий, и одновременно выступает юридическим фактом, вызывающим к жизни новое правоотношение. Иными словами, указанный поступок создает движение, переход от одного правоотношения (специфического охранительного) к другому (поощрительному).

Уголовно-поощрительное правоотношение. По своей юридической природе это правоотношение является материально-правовым, регулятивным и диспозиционным. Материально-правовой его характер определяется тем, что своим объектом это правоотношение имеет уголовно-правовое поощрение – исключение уголовной ответственности. Регулятивным его следует считать потому, что оно связано с упорядочением деятельности гражданина и государства по применению указанного поощрения. Наконец, диспозиционность данного правоотношения видится в том, что исключение уголовной ответственности и есть диспозиционное предписание, определенного поведения.

Очевидно, что одним из субъектов поощрительного правоотношения является лицо, совершившее соответствующий поступок. Второй обязательный субъект – государство, представленное специально уполномоченными органами и должностными лицами (суд, прокурор, следователь, орган дознания). В этом правоотношении государство является лидирующим субъектом, поскольку именно на его органах лежит обязанность применить к лицу уголовно-правовое поощрение. Непосредственным *объектом* рассматриваемых правоотношений как раз и выступает это поощрение, а именно исключение уголовной ответственности. Этот объект определяет и *содержание* поощрительных правоотношений, в котором также можно выделить юридическую и фактическую стороны. Лицо, совершившее правомерный поступок, исключаяющий преступность деяния, вправе требовать от государства применения к нему заранее обещанного уголовно-правового поощрения. В свою очередь, на государстве лежит обязанность исключить уголовную ответственность в отношении лица, правомерно причинившему вред объектам уголовно-правовой охраны. Эта обязанность обеспечивается тем, что при ее невыполнении лицо имеет возможность обжаловать действия соответствующих органов и должностных лиц, требовать отмены незаконных актов об отказе в применении

¹ Иногда подобную правомерную деятельность субъектов именуют позитивной уголовной ответственностью (см.: *Тарбагаев А. Н.* Указ. соч. С. 25-26; *Номоконов В. А.* Преступное поведение: детерминизм и ответственность: Владивосток, 1989. С. 123-139). Известно, что проблема позитивной юридической ответственности вообще и уголовной в частности является дискуссионной. Представляется, что авторам приведенной позиции пока не удалось показать особую роль и уголовно-правовое значение предлагаемой ими конструкции позитивной ответственности в сравнении с такими известными категориями, как надлежащее выполнение обязанностей, осуществление права, реализация норм права и др.

поощрения, привлечения к ответственности виновных в этом должностных лиц и т. п. Фактическое содержание поощрительного правоотношения заключается в том, что уполномоченные органы государства выносят соответствующий правоприменительный акт – постановление об отказе в возбуждении уголовного дела или о его прекращении, оправдательный приговор именно по реабилитирующему основанию, которым является по действующему процессуальному законодательству отсутствие в деянии лица состава преступления¹. *Вступление в силу этих актов и свидетельствует о моменте окончания уголовно-поощрительного правоотношения*².

Очевидно, что между совершением правомерных действий, внешне подпадающих под признаки преступлений, и применением поощрения проходит какой-то промежуток времени, в течение которого названные органы и должностные лица проверяют и констатируют законность совершенных действий. Поэтому такие действия являются объектом уголовно-процессуальных, контрольных отношений, в рамках которых стороны имеют и реализуют соответствующие процессуальные полномочия, а также права и обязанности. Итогом этого является констатация, государственными органами неправомерности (правомерности) поведения лица, т. е. отсутствия уголовно-правового отношения ответственности между государством и данным лицом³, и в то же время – наличия между ними уголовно-поощрительного правоотношения. В любом случае рассматриваемое уголовно-процессуальное отношение носит вспомогательный характер, выполняет служебную роль по отношению к материально-правовому отношению⁴.

Отметим, далее, что наиболее благоприятным и желательным исходом как для субъектов охранительных и поощрительных правоотношений, так и для общества в целом является совершение правомерного поступка, заслуживающего уголовно-правового поощрения. Вместе с тем известно, что в ряде случаев, реализуя, например, право на необходимую оборону или выполняя какие-то профессиональные обязанности либо исполняя служебный долг, субъекты выходят за установленные пределы причинения вреда объектам уголовно-правовой охраны. Тем самым они нарушают обязанность соблюдать определенные границы дозволенного поведения. Поскольку же такая обязанность является связующим звеном между рассмотренными охранительными правоотношениями и правоотношениями ответственности, то она, следовательно, устанавливает уголовно-правовой запрет выходить за рамки правомерного поведения⁵. Этот запрет означает юридическую недопустимость выхода за пределы правомерного поступка путем злоупотребления правом⁶, «перевыполнения» обязан-

¹ Известно, что указанные в уголовном материальном законе основания прекращения уголовного правоотношения должны соответствовать (корреспондировать) соответствующим процессуальным основаниям прекращения уголовного дела (см.: *Киришь Б. А.* Прекращение уголовных правоотношений ответственности / Правовая реформа в советском обществе: проблемы реализации // Вестн. Львов. ун-та. – 1990. – Сер. юрид. – Вып. 28. – С. 80). В связи с этим целесообразно закрепить в уголовно-процессуальном законодательстве такое специальное основание для прекращения уголовного дела (отказа в его возбуждении), как наличие обстоятельства, исключающего общественную опасность и противоправность (преступность) деяния. Существование такого основания соответствовало бы стимулирующей (поощрительной) функций уголовного и процессуального права.

² Разумеется, наряду с уголовно-правовым лицо может быть поощрено и другим способом. Так, Пленум Верховного Суда СССР в постановлении от 16 августа 1984 г. обязал суды «в необходимых случаях доводить до сведения трудовых коллективов и общественности факты проявления гражданами высокой сознательности, мужества при пресечении правонарушений» (Бюл. Верхов. Суда СССР. 1984. № 5. С. 12). Известно также немало примеров награждения работников милиции, военнослужащих и др. государственными наградами за мужество и героизм, проявленные при выполнении своего служебного долга.

³ Правильно отмечено, что не обороняющийся применяет ст. 13 Основ, а тот государственный орган, который решает вопрос, имелась ли необходимая оборона и соответствовали ли действия обороняющегося условиям ее правомерности (см.: *Брайнин Я. М.* Уголовный закон и его применение. С. 101).

⁴ См.: *Горшенев В. М., Шахов И. Б.* Контроль как правовая форма деятельности. М., 1987. С. 117-118.

⁵ См.: *Слесарев В. А.* Юридические запреты и противоправность по советскому гражданскому праву // Вопросы теории и практики гражданско-правового регулирования, Томск, 1987. С. 115-118.

⁶ См.: Реализация прав граждан. – С. 65.

ности или превышения полномочий. Естественно поэтому, что положительная реакция общества и государства на поощряемое поведение сменяется реакцией отрицательной при выходе субъекта права за рамки установленного масштаба¹, реализация которой происходит в пределах новых самостоятельных уголовно-правовых отношений ответственности².

Уголовно-правовое отношение ответственности. В рамках этого отношения реализуется санкция ответственности. Применение такой санкции – прерогатива уголовного суда. Но это одновременно означает, что предусмотренные уголовным законом те или иные меры государственного принуждения за превышение пределов дозволенного вреда по существу являются диспозицией для такого суда³. С этой точки зрения диспозицией нормы об ответственности за убийство при превышении пределов необходимой обороны является назначение виновному лицу лишения свободы сроком до трех лет или исправительных работ без лишения свободы на срок до двух лет и т. п. Подобные указания закона (с учетом, разумеется, соответствующих положений Общей части УК) предопределяют и диктуют суду вполне определенное поведение, т. е. являются для него диспозиционными. Важной особенностью характеризуется и гипотеза рассматриваемых норм. Она предусматривает начало совершения действий по причинению вреда данным субъектом в рамках охранительных правоотношений (например, в состоянии крайней необходимости), а также описывает модель определенного преступления как необходимого условия возникновения правоотношения ответственности. Иными словами, гипотеза нормы, предусматривающей ответственность за превышение пределов дозволенного вреда, всегда закрепляет сложный юридический состав, состоящий из двух элементов: 1) нахождение лица в состоянии специфического охранительного правоотношения, вызванного определенными основаниями, и 2) совершение им преступных действий, связанных с чрезмерным причинением вреда объектам уголовно-правовой охраны. В этом плане гипотеза и диспозиция нормы, например, об ответственности за убийство при превышении пределов необходимой обороны могли бы быть сформулированы следующим образом: «если лицо, вменяемое и достигшее 14-летнего возраста, находясь в состоянии необходимой обороны, превысило ее пределы, т. е. совершило умышленное убийство посягающего, оно подлежит наказанию в виде лишения свободы на срок до трех лет или исправительных работ сроком до двух лет».

Известно, что подобные уголовные правоотношения ответственности являются *двусторонними*. Одним из их субъектов признается лицо, совершившее преступление, связанное с превышением пределов допустимого вреда, другим – государство в лице суда, а также прокурора, следователя и органа дознания (в случае прекращения данного правоотношения до стадии судебного разбирательства). Вопрос об объекте уголовного правоотношения ответственности дискуссионный. Не вдаваясь в обсуждение имеющихся здесь позиций⁴, отменим, что ответственность в уголовном праве носит

¹ См.: *Краснов М. А.* Юридическая ответственность – целостное правовое явление // Сов. гос-во и право. – 1984. – № 3. – С. 75.

² Следует иметь в виду, что уголовно-правовое отношение ответственности возникает не только в результате виновного выхода за пределы субъективного права, обязанности или полномочия, но и в ситуациях, когда лицо причиняет вред до возникновения у него права (например, в случаях так называемой преждевременной обороны) либо после истечения времени на его реализацию (например, в случаях так называемой запоздалой обороны), а также в результате совершения действий, не соответствующих объективным или субъективным признакам дозволенного причинения вреда (например, причинение вреда в условиях профессионального риска при отсутствии общественно полезной цели или в состоянии необходимой обороны, но по мотивам мести, и т. п.). Вместе с тем наибольший интерес представляют собою именно случаи выхода субъекта за пределы дозволенного вреда, ибо уголовный закон связывает с этим особые правовые последствия.

³ См.: *Мотовиловкер Е. Я.* Указ. соч. С. 23.

⁴ См.: *Прохоров В. С., Крочачев Н. А., Тарбагаев А. Н.* Механизм уголовно-правового регулирования. Красноярск, 1989. С. 114-127.

личный характер. Это подтверждает и содержание санкций ответственности, в которых всегда имеются указания на те блага преступника (личные, имущественные и др.), которые должны быть ущемлены в результате, например, лишения его свободы, назначения штрафа, конфискации личного имущества, лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью и т. д. Поэтому в случае реализации санкции ответственности действия сторон правоотношения направлены на законное и справедливое определение такого вида и меры ущемления благ преступника, которое является необходимым и достаточным для достижения целей уголовной ответственности. Следовательно, именно эти личные, имущественные и другие блага лица, превысившего пределы необходимой обороны, выполнения своих обязанностей или служебного долга, которые предусмотрены в санкции, и выступают объектом взаимодействующих субъектов уголовного правоотношения ответственности.

Содержание этого правоотношения также характеризуется единством юридической и фактической сторон. Юридическая его сторона образуется комплексом прав, обязанностей и полномочий, возникающих во время совершения преступления. Причем в первоначальной своей стадии содержание данного правоотношения часто ограничивается лишь его юридической стороной (например, в случае, когда лицо, превысившее пределы необходимой обороны, скрылось), характеризуясь предельным объемом прав и обязанностей субъектов¹. В дальнейшем происходит, как правило, взаимный обмен деятельностью субъектов, т. е. приведение фактической (материальной) стороны содержания правоотношения в соответствие с его юридической стороной. Это, в свою очередь, постоянно меняет содержание правоотношения в целом, которое, однако, в каждый данный момент является строго определенным². Правопрекращающими юридическими фактами рассматриваемых отношений могут выступать самые различные обстоятельства, например добровольный отказ от доведения преступления до конца, освобождение от уголовной ответственности или наказания, погашение или снятие судимости и др.³

Завершая анализ механизма правового регулирования обстоятельств, исключающих преступность деяния, укажем, что он имеет важное практическое и научное значение. Так, в процессе уголовного правотворчества необходимо исходить из системного представления об этих обстоятельствах, что и должно быть отражено в обновляемом уголовном законодательстве. При этом наряду с формулированием норм, регулирующих отдельные виды обстоятельств, необходимо стремиться к более широким законодательным обобщениям, обеспечивая тем самым разумный баланс между общими и конкретными нормами. При этом, конструируя нормы-правила, регулирующие конкретные виды обстоятельств, исключающих преступность деяния, следует учитывать ряд требований: 1) гипотезы таких норм должны отражать сложный характер жизненных ситуаций, которые бы оправдывали причинение вреда наиболее важным ценностям, охраняемым уголовным законом; 2) в диспозициях необходимо предусматривать достаточно полную совокупность объективных и субъективных признаков, которые позволяли бы проводить четкое отграничение правомерных поступков от сходных преступных посягательств; 3) каждая из рассматриваемых норм предполагает поощрительную санкцию – исключение уголовной ответственности, прямое указание на которую желательно либо в этой, либо в другой, чаще более общей, норме; 4) формулирование пределов причинения дозволенного вреда всегда должно соизмеряться с соответствующей санкцией ответственности, реализация которой имеет место в случае виновного выхода за пределы указанного вреда.

¹ См.: *Киришь Б. А.* Становление и изменение уголовных правоотношений // Вест. Львов, ун-та. – 1980. – Сер. юрид. – Вып. 19. – С. 65.

² См.: *Прохоров В. С., Кропачев Н. А., Тарбагаев А. Н.* Указ. соч. – С. 139-140.

³ См.: *Киришь Б. А.* Прекращение уголовных правоотношений ответственности. С. 75-76.

В процессе правоприменительной деятельности уполномоченные органы государства должны исходить из того, что правомерность причинения вреда объектам уголовно-правовой охраны не только основывается на нормах уголовного законодательства, но и имеет своим основанием соответствующие нормы других отраслей законодательства. Более того, важно иметь в виду, что в случае, когда субъектом причиняется в общественно полезных целях соразмерный вред, а соответствующая дозволительная норма-масштаб отсутствует, необходимо применять аналогию закона или даже права. Следует, далее, учитывать, что именно обязанностью государства в лице соответствующих органов является применение уголовно-правового поощрения – исключения уголовной ответственности – к лицам, правомерно причинившим вред. При этом право человека на такое поощрение государство призвано обеспечить не только системой правовых гарантий, но и соответствующими механизмами их реализации. И даже в случаях, когда лицо виновно выходит за пределы дозволенного вреда, это должно учитываться в качестве смягчающего ответственность обстоятельства, поскольку данное лицо все же имело право, было обязано или наделялось полномочиями на причинение указанного вреда, хотя и в меньшем объеме.

Наконец, проведенный анализ показывает, что нуждаются в дальнейшей разработке как давно известные, так и новые проблемы науки уголовного права. Особую актуальность приобретает исследование места и роли уголовного права в условиях формирования правового государства на основе признания и уважения общечеловеческих ценностей, а также достижений мировой Цивилизации в этой области. Настоятельной является также разработка всего комплекса вопросов о предмете и методе уголовно-правового регулирования общественных отношений, юридической природе уголовно-правовых норм и их образований, источниках этих норм и их структурных элементах, понятии и видах уголовно-правовых отношений, их реализации и т. д. Вновь привлекают к себе внимание проблема аналогии в уголовном праве и связанные с этим вопросы.

В заключение отметим, что рассмотрение механизма правового регулирования обстоятельств, исключающих преступность деяния, с необходимостью определяет логику дальнейшего исследования. Так, анализ специфического охранительного уголовного правоотношения показывает, что его содержание выражается в правомерных поступках лица, совершенных при наличии определенных юридических фактов (жизненных обстоятельств или оснований совершения данных поступков). Эти поступки и их основания характеризуются рядом общих признаков и имеют сложную структуру. Поэтому следующая глава работы посвящается исследованию общих вопросов основания совершения и состава правомерных поступков, исключающих преступность деяния. В то же время виновное нарушение условий о пределах правомерного причинения вреда при совершении указанных поступков влечет за собой возникновение уголовных правоотношений ответственности. Совершение подобных преступлений является основанием для возложения на виновное лицо мер государственного принуждения, предусмотренных уголовным законом. В связи с этим четвертая глава настоящего раздела посвящена рассмотрению вопросов о понятии и видах преступного нарушения пределов дозволенного вреда, а также ответственности за совершение таких преступных посягательств.

Глава III

СТРУКТУРА ОБСТОЯТЕЛЬСТВ, ИСКЛЮЧАЮЩИХ ПРЕСТУПНОСТЬ
(ОБЩЕСТВЕННУЮ ОПАСНОСТЬ И ПРОТИВОПРАВНОСТЬ) ДЕЯНИЯ§ 1. Основания совершения и состав правомерных поступков – структурные
элементы обстоятельств, исключающих преступность деяния (общие положения)

Обстоятельства, исключающие преступность деяния, представляют собой, как отмечалось, общественно полезные (социально приемлемые) и правомерные поступки. Совершение этих поступков вызывается различными внешними причинами или основаниями, которые хотя тесно и связаны с самими поступками, однако им не принадлежат, поскольку «первая причина всякого человеческого действия лежит вне его»¹. Как верно заметил В. Н. Козак, «вначале возникает общественно опасная ситуация и как ответная реакция на него – то, что законодатель называет необходимой обороной, крайней необходимостью и задержанием преступника»². Изложенное, таким образом, обязывает проводить четкое различие между самим поступком и основанием его совершения. Как показано выше, в качестве такого основания выступают различные факторы объективной действительности (явления, процессы, поступки, события и т. д.), которые вызывают и оправдывают совершение поступков, подпадающих под признаки деяний, предусмотренных уголовным законом. Несмотря на то, что указанные факторы свойственны отдельным видам обстоятельств, исключающих преступность деяния, они тем не менее имеют и много общего, что дает возможность это общее вынести «за скобки» и рассмотреть отдельно. Такой метод исследования целесообразен прежде всего потому, что при анализе оснований совершения конкретных видов поступков, исключающих преступность деяния, нет необходимости прибегать к повторению того общего, что присуще им всем. Более важно, однако, то, что выделение общих моментов позволяет глубже уяснить признаки и уголовно-правовое значение конкретных оснований совершения данных поступков.

В свою очередь, и анализ поступков, исключающих преступность деяния, позволяет выделить общие черты их структуры, т. е. совокупности устойчивых отношений между элементами, образующими рассматриваемые поступки³. Выделяют объективные и субъективные элементы всякого поступка, а также его объект – физические или социальные ценности, на которые направлен поступок, и субъект поступка – действующее лицо⁴. С учетом этого в литературе обосновывается такая методологическая конструкция, как состав правомерного поведения, включающая связи и взаимозависимости четырех элементов поступка⁵.

¹ Сеченов И. М. Избранные философские и психологические произведения. М., 1947. С. 174.

² Козак В. Н. Вопросы теории и практики крайней необходимости. С. 57.

³ См.: Дialectический и исторический материализм. М., 1989. С. 183.

⁴ См.: Кудрявцев В. Н. Закон. Поступок. Ответственность. М., 1986. С. 140. Отмечается, что такие же структурные элементы можно выделить и в поведении, находящемся за пределами правового регулирования, например в нравственном поведении (см.: Русинов Р. К. Сознание и правомерное поведение // Сов. гос-во и право. – 1983. – № 5. – С. 4).

⁵ См.: Бляхман Б. Я. К вопросу о составе правомерного поведения // Актуальные вопросы государства и права на современном этапе. Томск, 1984. С. 7; см. также: Жеругов Р. Т. Вопросы правомерного поведения личности // Правовое регулирование общественных отношений. М., 1977. С. 24; Горшенев В. М., Шахов И. Б. Рецензия на кн.: Оксамытный В. Правомерное поведение личности. К., 1985 // Рад. право. – 1986. – № 7. – С. 92-93; Курашвили Б. П. Очерк теории государственного управления. М., 1987. С. 34-35; Шафиоров В. М. Правовая активность советских граждан. Вопросы теории. Красноярск, 1982. С. 30.

Соглашаясь в целом с таким подходом и принимая во внимание, что поступки, включающие преступность деяния, являются собой один из видов правомерного поведения, возможно и целесообразно рассматривать их структуру с помощью такой категории, как *состав поступка, исключающего общественную опасность и противоправность (преступность) деяния*. Элементами такого состава являются субъект и объект поступка, а также его субъективная и объективная стороны. Разумеется, выделение указанных элементов носит условный характер в том смысле, что в действительности они не существуют отдельно от поступка, а образуют его как целое своим системным взаимодействием. Вместе с тем предлагаемое «расчленение» поступка имеет под собой и реальную основу, поскольку очевидно, что каждый из элементов характеризует его с особой (со «своей») стороны, а их раздельный анализ позволяет полнее раскрыть элементы структуры и их влияние на социально-политическое содержание *поступка*. Иными словами, такой подход позволяет дать всестороннюю его характеристику¹. При этом следует иметь в виду, что каждый элемент поступка представляет собой определенную систему, объединяющую вокруг себя ряд признаков. Так, любой субъект характеризуется вменяемостью и определенным возрастом; субъективная сторона включает в себя мотив и цель, а также субъективный контроль лица и т. д. Поэтому каждый из четырех элементов состава поступка, исключающего преступность деяния, объединяет группы признаков, характеризующих соответственно субъекта поступка, его объект, субъективную и объективную стороны. Следовательно, группы признаков, характеризующие соответствующий элемент, образуют подсистему поступка, а органическое единство четырех подсистем – состав поступка, исключающего общественную опасность и противоправность (преступность) деяния. В своем системном единстве они составляют такое интегративное системообразующее качество поступка, как его общественная полезность (социальная приемлемость, допустимость). Иными словами, взаимодействие отдельных частей поступка порождает его особое свойство (качество), которое не присуще ни одной из составных его частей. Объясняется это диалектикой соотношения элементов и структуры рассматриваемых поступков. Названные выше элементы (подсистемы) представляют собой важнейшую сторону его социально-политического содержания. При этом, однако, нельзя сказать, что общественная полезность или социальная приемлемость характерна для субъекта, объекта, субъективной или объективной стороны, взятых в отдельности. Лишь взаимодействие этих элементов, т. е. относительно устойчивая система их связей между собой (структура), выступает в качестве внутренней формы – поступка. Поэтому диалектическое взаимодействие и взаимосвязь элементов поступка и его структуры представляют собой конкретизацию диалектики взаимосвязи содержания и его внутренней формы².

Каждый такой поступок преследует определенные, социально одобряемые (полезные, допустимые) цели. Например, целью необходимой обороны является защита правоохраняемых интересов личности, общества и государства от общественно опасного посягательства. Точно так же целью задержания преступника признается доставка его соответствующим органам власти и т. д. Эти цели достигаются путем совершения действий, внешне подпадающих под признаки того или иного преступления, т. е. путем причинения вреда объектам уголовно-правовой охраны. Очевидно, что причинение такого вреда является средством достижения поставленных целей. Однако осуществление любой цели оправдано применением лишь соответствующих средств, допустимых с точки зрения их необходимости, моральной оправданности и достаточности³. Объясняется это тем, что цель и средства ее достижения являются категориями

¹ См.: Русинов Р. К. Указ. соч. С. 4.

² См.: Диалектический и исторический материализм. С. 182.

³ Как верно заметила Т. В. Церетели, «было бы неправильно думать, что общественно полезный характер цели может оправдать всякое действие, направленное на осуществление этой цели» (Церетели Т. В. Причинная связь в уголовном праве. Тбилиси, 1963. С. 199).

взаимосвязанными, соотносимыми. Их единство выражается в том, что определенная цель требует соответствующих средств, и в этом плане средство выступает как подчиненное цели. Вместе с тем средство обладает и относительной самостоятельностью, ибо его природа – это природа внешнего, объективного мира¹. Задача поэтому состоит в том, чтобы не нарушать меры между целью и примененным средством (ценой средства)². Это положение отражено в уголовном законе, где предусматривается, что при необходимой обороне причиняемый вред должен соответствовать характеру и опасности посягательства, при задержании преступника – опасности совершенного посягательства и обстановке задержания и т. д. Поэтому достижение поставленных целей путем причинения вреда, не превышающего известных пределов, свидетельствует об общественной полезности (допустимости) поступка, исключающего преступность деяния. Изложенное позволяет сделать вывод, что общественная полезность (социальная приемлемость) как интегративное свойство указанных поступков образуется таким системным взаимодействием составляющих их элементов, при котором поставленные субъектом социально одобряемые (допустимые) цели достигаются сообразованными с их внутренней природой действиями по причинению соответствующим объектам определенного вреда.

Каждый поступок, исключающий преступность деяния, – явление реальной действительности. Поскольку такое, поведение имеет юридическую природу, оно урегулировано правом. При этом в нормах права закрепляется не все признаки рассматриваемых *поступков*, а этим наиболее существенные, отражающие соответственно каждый из названных элементов поступка и образующие его социально-политическое содержание. Вследствие этого такие признаки приобретают юридический характер. Поэтому *состав поступка, исключающего преступность деяния, может быть определен как система юридических признаков субъекта, объекта, субъективной и объективной сторон поступка, характеризующих его в качестве общественно полезного или социально приемлемого (допустимого)*. Отсюда следует, что состав такого поступка всегда имеет место там, где совершенное деяние соответствует всем без исключения признакам, предусмотренным законом. И напротив, несоответствие деяния хотя бы одному из таких признаков свидетельствует об отсутствии данного состава поступка и наличии другого (правомерного или противоправного).

Понятие состава поступка, исключающего преступность деяния, имеет важное методологическое, познавательное и практическое значение. Прежде всего оно способствует определению наиболее существенных признаков, характеризующих рассматриваемый поступок, упорядочивает знания о конкретных видах обстоятельств, исключающих преступность деяния, придает им структурную организацию, т. е. является методологическим инструментом их познания. Кроме того, понятие состава поступка, исключающего преступность деяния, способствует логически стройному, последовательному и беспробельному их описанию в законе, ибо ориентирует законодателя на отражение в правовых нормах всех существенных признаков, характеризующих элементы состава. Наконец, состав поступка является необходимым и достаточным основанием квалификации его как исключающего преступность деяния. Он требует от соответствующего государственного органа и должностного лица установления обстоятельств дела в такой полноте, которая свидетельствовала бы о наличии всех без исключения признаков, характеризующих элементы состава того или иного поступка. Поэтому квалификация последнего как исключающего преступность деяния состоит в установлении точного соответствия совершенного деяния всем юридическим признакам состава того или иного вида поступка. Представляется, что многие спорные

¹ См.: Казакевич Т. А. Целесообразность и цель в общественном развитии // Вестн. Ленингр. ун-та. – 1963. – № 23. – С. 56.

² См.: Экимов А. И. Интерес и право в социалистическом обществе. Л., 1984. С. 112.

вопросы, касающиеся этих обстоятельств, именно потому и возникают, что часто не учитывается в полной мере весь комплекс признаков, характеризующих тот или иной состав поступка, исключающего преступность деяния. Иногда причиной этого является несовершенство законодательства, когда признаки того или иного элемента состава прямо не указываются и их приходится выводить путем логического и систематического толкования закона. Например, в нормах уголовного права, посвященных необходимой обороне, крайней необходимости и задержанию преступника, не указывается их субъект, что, как уже отмечалось, вызывает дискуссию по этому вопросу. Конечно, вряд ли с точки зрения законодательной техники возможно в каждой норме полное описание всех существенных признаков состава рассматриваемых поступков, однако стремиться к этому необходимо. Это обеспечило бы четкое определение границ правомерного поведения, ясно очертило категории лиц, на которых оно распространяется, позволило бы более определенно решать вопрос об уголовно-правовых последствиях совершения поступка, выходящего за установленные пределы, и т. д.

Приведенное понимание состава рассматриваемых поступков позволяет ответить на дискуссионный вопрос о соотношении обстоятельств, исключающих общественную опасность и противоправность (преступность) деяния, и соответствующего состава преступления. Как верно отмечал А. А. Пионтковский, юридическая природа этих обстоятельств заключается в том, что они исключают не только наказуемость деяния, но и сам состав преступления в совершенном деянии¹. В то же время иногда утверждается, что в действиях лица, совершившего, например, акт необходимой обороны, формально имеется состав преступления². Б. С. Утевский писал, что в действиях лица, находящегося в состоянии необходимой обороны или крайней необходимости, «имеется субъективная сторона определенного состава преступления, т. е. вина как элемент состава преступления»³. Подобная точка зрения, как известно, уже была подвергнута справедливой критике⁴. Очевидно, что вопрос о формальном составе преступления тесно связан с разрешением проблемы соотношения, с одной стороны, общественной опасности и уголовной противоправности деяния, а с другой – общественной полезности (социальной допустимости) и правомерности поступка. Не вдаваясь в дискуссию по этому вопросу, которая может составить предмет самостоятельного исследования, отметим, что указанное соотношение производно от соотношения структуры поступка и его юридической формы. В литературе верно отмечается, что субъект, объект, объективная и субъективная стороны ничего специфически уголовно-правового в себе не содержат, ибо образуют структуру любого человеческого поступка⁵, и что «специфика антиобщественного поведения вовсе не заключается в том, что в этом поведении участвуют (или не участвуют) какие-либо особые психические или физиологические механизмы, не характерные для общественно полезного поведения. Специфика заключается не в форме, а в содержании деятельности этих механизмов...»⁶. Поэтому, если хотя бы один элемент поступка (или его свойство) образует иное по сравнению с соответствующим элементом (свойством) преступления содержание, это непосредственно влечет за собой изменение связей и зависимостей всех элементов поступка, т. е. его структуры, а тем самым и содержания всего поступка. В связи с этим М. С. Гринберг правильно отметил: «Достаточно из состава преступления исключить один из его признаков, чтобы он утратил свое значение состава либо стал составом с иными юри-

¹ См.: Курс советского уголовного права. Часть общая. М., 1970. Т. 2. С. 345.

² См.: *Церетели Т. В., Макашвили В. Г.* Состав преступления как основание уголовной ответственности // Сов. гос-во и право. – 1954. – № 5.

³ *Утевский Б. С.* Вина в советском уголовном праве. М., 1950. С. 63.

⁴ См. напр.: *Дагэль П. С., Котов Д. П.* Субъективная сторона преступления и ее установление. Воронеж, 1974. С. 205.

⁵ См.: *Прохоров В. С.* Указ. соч. С. 21.

⁶ *Кудрявцев В. Н.* Причинность в криминологии. М., 1968. С. 88.

дическими признаками, с иным социальным содержанием»¹. Соответственно изменяется и юридическая форма этого изменившегося содержания. Поэтому состав поступка, исключающего преступность деяния, всегда отличается по своему социально-политическому содержанию (общественная полезность или приемлемость) и юридической форме (правомерность) от соответствующего состава преступления. Имеющееся здесь лишь внешнее совпадение некоторых фактических признаков субъекта, объекта и объективной стороны недостаточно для того, чтобы констатировать даже формально наличие состава преступления. Подобная ситуация, как отмечалось, имеет место, например, в малозначительных деяниях (ч. 2 ст. 7 УК). Иной взгляд на юридическую природу обстоятельств, исключающих преступность деяния, связан, как правильно отметил А. А. Пионтковский, «с пониманием состава преступления лишь как совокупности фактических объективных и субъективных признаков деяния и вынесением на этом основании общественной опасности (противоправности) деяния за пределы состава преступления»².

Составы конкретных видов обстоятельств, исключающих преступность деяния, различаются хотя бы одним признаком: не существует и не может существовать двух абсолютно одинаковых составов поступков, исключающих преступность, деяния. Вместе с тем, как пишет М. С. Гринберг, «обстоятельства, исключающие уголовную ответственность, при всем своем своеобразии социально-политической и юридической специфики отнюдь не разделяются между собой непроницаемыми границами»³. Этим объясняется то, что отдельные признаки рассматриваемых, составов совпадают между собой. Ведь даже поверхностный взгляд на элементы и признаки конкретных видов обстоятельств, исключающих преступность деяния, выделяет то общее, что свойственно им всем. Так, в любом составе необходимым элементом является субъект, который всегда характеризуется некоторыми обязательными признаками. Общие черты имеет и объективная сторона (действие или бездействие, результат, причинная связь и т. д.), а также иные элементы поступка (мотив, цель, субъективный контроль и др.) и их взаимосвязи. Это позволяет выделить отдельно все то общее, что свойственно составам конкретных видов обстоятельств, исключающих преступность деяния, и на этой базе сформулировать общее понятие состава поступка, исключающего преступность деяния. Такой подход, помимо практического удобства, имеет и важное научно-познавательное и практическое значение.

Общее понятие состава поступка, исключающего преступность деяния, является родовым понятием, которое должно разрабатываться наукой уголовного права. Оно призвано охватить собой составы конкретных обстоятельств как результат обобщения их наиболее общих и существенных моментов, отразить все основные элементы поступка в их общей обрисовке. Указанное понятие создается путем абстрагирования от конкретного содержания составов отдельных обстоятельств и выделения того общего, что лежит в основе каждого состава поступка, исключающего преступность деяния. Тем самым это понятие позволяет охватить то общее, что присуще данному классу социально-правовых явлений. Формулирование этого понятия отвечает известному ленинскому положению, что «отдельное не существует иначе как в той связи, которая ведет к общему. Общее существует лишь в отдельном, через отдельное. Всякое отдельное есть (так или иначе) общее. Всякой общее есть (частичка или сторона или сущность) отдельного. Всякое общее лишь приблизительно охватывает все отдельные предметы. Всякое, отдельное не полно входит в общее и т. д.»⁴ В общем понятии состава поступка, исключающего преступность деяния, призваны найти отражение закономерности,

¹ Гринберг М. С. Указ. соч. С. 101.

² Курс советского уголовного права. Часть общая. М., 1970. Т. 2. С. 345.

³ Гринберг М. С. Указ. соч. С. 125.

⁴ Ленин В. И. Полн. собр. соч. Т. 29. С. 318.

свойственные этому социально-правовому явлению, поскольку такое понятие создается набором не случайных признаков, а лишь тех, которые вскрывают его сущность. Данное понятие углубляет познание социально-правовой, природы обстоятельств, исключающих преступность деяния, позволяет осмыслить наиболее существенные закономерности этих явлений и их связей с другими правовыми реальностями. Разумеется, общее понятие состава поступка, исключающего преступность деяния, не может служить юридическим основанием исключения уголовной ответственности или (что одно и то же) правовым основанием квалификации поступка как неправомерного. Этой функцией обладает состав конкретного обстоятельства, исключающего преступность деяния. Вместе с тем рассматриваемое общее понятие – не пустая научная абстракция, а необходимая ступень, предпосылка глубокого познания отдельных обстоятельств, исключающих преступность деяния, теоретическая основа для раскрытия их содержания и правильного применения на практике. Отсутствие общего понятия поступка, исключающего преступность деяния, лишает науку теоретической базы при анализе отдельных составов поступков, вынуждает каждый раз различным образом подходить к их рассмотрению, ведет к противоречивым рекомендациям по одним и тем же вопросам и т. д. Общее понятие состава поступка, исключающего преступность деяния, дает возможность оценить действующее законодательство с точки зрения полноты отражения им необходимых признаков (элементов) конкретных видов обстоятельств. Оно, наконец, должно быть использовано и при формулировании предложений в этой части.

Учитывая методологическое значение указанного общего понятия, изложим вначале общие моменты, присущие составам отдельных обстоятельств, исключающих преступность деяния. Затем на этой основе рассмотрим особенности, свойственные составам обстоятельств, предусмотренных действующим УК. При этом предложенный порядок анализа должен основываться не только на фактах объективной действительности. Важнейшую информацию об элементах того или иного поступка содержат правовые нормы, выступающие юридической формой обстоятельств, исключающих преступность деяния, или, иначе, юридическим выражением социальной полезности (приемлемости) таких обстоятельств. Эта форма имеет не меньшее значение, чем содержание поступка, ибо для того, чтобы общественно полезное (приемлемое) деяние было признано правомерным, его признаки должны найти отражение в праве. Это так называемый «материальный» критерий правомерности, значение которого состоит в том, что он характеризует пределы социальной полезности или допустимости поступка¹. Кроме того, указанный критерий необходим и для правильной квалификации поступка как неправомерного, правомерного, поскольку «о правомерности или противоправности поведения личности можно судить, сравнивая его с моделью, имеющейся в соответствующей норме права»². Нельзя, конечно, исключить, что в ряде случаев закон может неверно или недостаточно точно отражать те или иные объективные свойства рассматриваемых поступков либо вообще необоснованно умалчивать о них. Такое положение может привести к неэффективности подобных норм, ослаблению правовых гарантий личности. Поэтому задача видится в том, чтобы выявить отмеченные несовершенства закона и поставить вопрос об его изменении, обновив соответствующие предложения.

Важным представляется и вопрос о последовательности анализа элементов поступка, исключающего преступность деяния. В общей теории права элементы правонарушения предлагается рассматривать в таком порядке: субъект правонарушения, само деяние с объективной и субъективной сторон и объект правонарушения³. В науке уголовного права элементы состава преступления исследуют в несколько иной последовательности: объект преступления, его объективная сторона, субъективная сторона

¹ См.: Кудрявцев В. Н. Правовое поведение: норма и патология. С. 99.

² Нурпеисов Е. К. Указ. соч. С. 99.

³ См.: Денисов Ю. А. Указ. соч. С. 82.

и субъект преступления. Изучение же элементов правомерного поведения часто начинают с характеристики его субъекта и объекта, затем рассматривают субъективные признаки и в завершении – объективную сторону поведения¹. Очевидно, что выбор последовательности анализа элементов состава поступка, исключающего преступность деяния, может быть различным в зависимости от целей такого анализа. В нашем случае такой целью является не только характеристика отдельных элементов состава поступка (что само по себе очень важно), но прежде всего выявление системных связей и зависимостей, существующих между ними. С этой точки зрения целесообразно анализировать элементы поступка в соответствии с логикой его возникновения, развития и завершения. Как отмечает В. Н. Кудрявцев, «никакой внешний акт совершения сознательного поступка не происходит спонтанно; он почти всегда подготовлен более или менее длительным периодом формирования мотивов, планирования и принятия решения о его осуществлении. Ему предшествует ряд этапов психической деятельности субъекта, которые постепенно формируют направленность поступка и его фактическое выполнение»². Не являются исключением здесь и правомерные поступки, исключающие преступность деяния, которые не только представляют собой объективно выраженные действия или бездействия, изменяющие, объект, но и охватывают предшествующие им психологические явления и процессы, которые и определяют генезис этих поступков. Поэтому предпочтительной является главным образом не статическая характеристика элементов поступка, а динамика их связи, которая (как и в преступлении) объясняет механизм его совершения³, тем более что механизмы правомерного и противоправного поступков содержат одни и те же по форме психологические элементы, но наполненные различным социальным содержанием.

Механизм сознательных человеческих поступков, к числу которых относятся и рассматриваемые, представляет собой связь и взаимодействие как внешних факторов объективной действительности, так и внутренних психологических процессов и состояний, вызывающих решимость совершить определенный поступок, направляющих и контролирующих его исполнение⁴. В качестве внешних факторов, вызывающих необходимость совершения поступков, исключающих преступность деяния, выступают их основания (различного рода явления, процессы, события, действия и т. д.). Главными же этапами генезиса всякого индивидуального поступка, в том числе вызываемого указанными основаниями, являются: а) мотивация, б) планирование и принятие решения, в) исполнение решения⁵.

Очевидно, что начальным элементом генезиса рассматриваемых поступков является прежде всего их *субъект*, поскольку именно в его сознании отражается воздействие объективных факторов, служащих основанием поступка, возникает психические процессы и состояния, связанные с постановкой цели и ее достижением. Субъект поступка, исключающего преступность деяния, помимо юридических характеризуется социальными и психологическими чертами, на основе которых и происходят восприятие объективной действительности и формирование процесса мотивации поступка, под которым понимается совокупность психологических моментов, определяющих процесс формирования и реализации мотива деятельности⁶. В качестве таких моментов прежде всего

¹ См.: Жеругов Р. Т. Указ. соч. С. 21; Шафиров В. М. Указ. соч. С. 31.

² Кудрявцев В. Н. Закон. Поступок. Ответственность. С. 160.

³ Кудрявцев В. Н. Взаимосвязь элементов преступления // Вопр. борьбы с преступностью. – 1976. – Вып. № 25. – С. 54.

⁴ См.: Дубовик О. А. Принятие решения в механизме преступного поведения и индивидуальная профилактика преступлений. М., 1977. С. 5.

⁵ См.: Кудрявцев В. Н. Право и поведение. С. 18; Горшенев В. М. Обсуждение книги о правовом воздействии на личность // Сов. гос-во и право. – 1979. – № 7. – С. 145.

⁶ См.: Рубинштейн С. А. Проблемы общей психологии. М., 1973. С. 368; Конопкин С. А. Психологические механизмы регуляции деятельности. М., 1980; Якобсон А. М. Психологические проблемы мотивации поведения человека. М., 1969. С. 19.

выступают потребности и интересы личности, а также непосредственное влияние внешней среды, жизненные планы, моральные соображения, ценностные установки и т. д.¹ Результатом воздействия этих психических явлений и процессов является формирование *мотива* как внутреннего стержня поступка, его психологической причины. Нередко, например, у лиц, оказавшихся свидетелями преступления, из соображений гражданского долга возникает стремление задержать убегающего преступника или оказать помощь потерпевшему, защитить его от общественно опасного посягательства, и т. п.

Постановка *цели* и выбор средств ее достижения, оценка возможностей удовлетворения своих потребностей и интересов, выбор *объектов*, на которые будет направлено поведение, – все это составляет следующий этап генезиса поступка². Например, оказавшись в состоянии необходимой обороны и соизмерив свои силы, возможности и средства; обороняющийся ставит перед собою цель пресечь или предотвратить общественно опасное посягательство посредством причинения посягающему вреда. Наконец, оценка и выбор варианта поведения – это само решение совершить поступок, открывающее путь к практическому его осуществлению при наличии соответствующих объективных условий. В таком поступке объединяются воедино как те элементы, которые возникли раньше (субъект, мотив, цель, объект), так и вновь появившиеся объективные и субъективные элементы. К их числу относятся действие или бездействие, результат, причинная связь между ними, субъективный контроль за совершением поступка³.

Таким образом, динамика возникновения и осуществления поступка, исключающего преступность деяния, свидетельствует об определенной последовательности в «наращивании» его элементов: основание поступка – субъект – мотив и цель – объект – объективная сторона – субъективный контроль. Разумеется, в реальной действительности могут появляться и другие элементы или, напротив, некоторые из названных либо даже отдельные этапы генезиса поступка вообще могут отсутствовать, но, по общему правилу, указанная последовательность сохраняет свою силу. Это и дает основание при анализе отдельных элементов и структуры составов конкретных обстоятельств, исключающих преступность деяния, придерживаться приведенной последовательности.

И наконец, отметим, что характеристика как общих моментов, так и особенностей, свойственных отдельным видам обстоятельств, исключающих преступность деяния, должна исходить из того, что определенные законом признаки рассматриваемого правомерного поведения есть в то же время и установление его пределов. Именно потребность гармоничного сочетания личных и общественных интересов диктует необходимость открытого, четкого и ясного фиксирования пределов (границ) прав и свобод личности, определения их содержания⁴. Предоставляя право на совершение определенных действий, закон одновременно обязывает субъекта не переходить дозволенные границы таких действий, т. е. устанавливает юридические запреты выходить за рамки обозначенного правомерного поведения. Подобные запреты призваны воспрепятствовать злоупотреблению правами, являются юридическими гарантиями, предупреждающими совершение гражданами и должностными лицами неправомερных действий, нарушающих пределы предоставленных Им прав и возложенных обязанностей⁵.

Рассматриваемые поступки, как отмечалось, совершаются в сфере наиболее важных и общезначимых общественных отношений, охраняемых уголовным законом от пре-

¹ См.: Кудрявцев В. Н. Право и поведение. С. 18-19.

² Кудрявцев В. Н. Закон. Поступок. Ответственность. С. 182-183.

³ См.: Там же. С. 188.

⁴ См.: Воеводин Л. Д. О пределах осуществления конституционных прав и свобод советских граждан // Вести. Моск. ун-та. – Сер. Право. – № 2. – С. 11; Реализация прав советских граждан. С. 62.

⁵ См.: Астрахань А. А. Юридические гарантии и пределы осуществления конституционных прав и свобод граждан // Правоведение. – 1986. – № 6. С. 55; см. также: Слесарев В. А. Понятие и значение запретов в гражданском праве // Актуальные вопросы правоведения на современном этапе. Томск, 1986. С. 96-97.

ступных посягательств. Их особенность состоит в том, что они (при наличии определенных оснований) представляют собой правомерное причинение вреда охраняемым законом ценностям (например, правомерное применение оружия часовым, работником милиции, военнослужащим войск МВД СССР, работником военизированной охраны; производство сложной хирургической операции или сложных методов диагностики; могущих повлечь причинение вреда здоровью пациента или даже смерть больного; нанесение вреда посягающему при защите интересов личности, общества или государства, причинение ущерба правоохраняемым интересам при устранении грозящей опасности и т. д.). Такое поведение является, конечно, исключительным, однако его соответствие установленным признакам и основаниям делает его разрешённым, дозволенным, правомерным. Модель такого поступка описывается в правовых нормах. Вместе с тем виновное совершение действий, не соответствующих этой модели, расценивается как правонарушение, в том числе преступление» если это связано с причинением существенного вреда охраняемым уголовным законом интересам (например, превышение пределов необходимой обороны, превышение власти или служебных полномочий, незаконное лишение свободы и т. д.). В этой связи верно отмечено, что «определение правомерности поступка есть в то же время и указание на признаки его «зеркального отражения» (со знаком минус), т. е. правонарушения»¹. Подобная зависимость существует и между общественной опасностью поступка и его общественной полезностью. Объясняется это тем, что, как правильно пишет В. В. Похмелкин, общественная опасность деяния «всегда представляет собою отклонение от должного поведения, ожидаемого от каждого, выполняющего определенную социальную роль в общественных отношениях»². Следовательно, каждому виду рассматриваемого правомерного поступка всегда противостоит соответствующее преступление как результат нарушения (несоблюдения) субъектом условий правомерности поступка, ибо «..нет *ни одного* явления, которое бы не могло при известных условиях, превратиться в свою противоположность»³. Иными словами, правомерный поступок, исключающий преступность деяния, всегда способен превратиться в соответствующее преступление. Поэтому правомерное и преступное причинение вреда объектам уголовно-правовой охраны – диалектически парные категории социально-правовой действительности. К такому же выводу приводит и анализ действующего уголовного законодательства. Так, уголовный закон содержит немало запретов, где содержится указание на противоправность (незаконность, запрещенность, самовольность и т. п.) тех или иных действий. УК содержит свыше 20 составов преступлений, где устанавливается незаконность, например, лишения свободы, производства аборта, увольнения и т. д. Около 40 статей предусматривает ответственность за нарушение различных правил, регулирующих поведение субъектов в тех или иных сферах общественных отношений. 12 составов преступлений связаны с самовольным совершением действий (например, самовольный захват земли, самоуправство, самовольная остановка поезда и т. д.). В двух случаях указывается на запрещенность деятельности. Таким образом, около 80 статей УК указывают на неправомерность деяния, ответственность за совершение которого установлена уголовным законом. Однако, как верно заметил А. Шуберт, указание на противоправность говорит лишь о том, что возможны соответствующие законные, правомерные деяния⁴. Следовательно, по меньшей мере столько же поступков тех же самых субъектов (при наличии, разумеется, других условий) признаются правомерными. Более того, этот вывод распространяется не только на составы преступлений, где специально указывается на противоправность деяния. Подобные указания могли бы иметь место и в тех статьях УК, где не содержится специ-

¹ Кудрявцев В. И. Правовое поведение: норма и патология. С. 98.

² Похмелкин А. А. Социальная справедливость и уголовная ответственность. Красноярск, 1990. С. 36.

³ Ленин В. И. Полн. собр. соч. Т. 30. С. 5.

⁴ См.: Шуберт А. Указ. соч. С. 96.

альной оговорки о противоправности¹, поскольку этот признак свойствен и всем другим преступлениям (например, убийство – это противоправное лишение жизни другого человека; равным образом, тяжкие телесные повреждения влекут ответственность лишь в случаях их незаконного нанесения и т. д.). Все это свидетельствует о том, что каждому составу преступления противостоят законные, правомерные, разрешенные поступки (один или несколько), которые лишь с внешней своей стороны сходны с данным преступлением. Такая зависимость объясняется определенным единством и различием между рассматриваемым правомерным поведением и противостоящим ему преступлением.

Единство их заключается в том, что оба поступка совершаются одним и тем же видом субъектов, которые выступают объединяющим началом этих противоположных видов человеческого поведения. Одинаков и объект воздействия этих субъектов, в качестве которого выступают одни и те же блага, на причинение вреда которым направлен поступок. Оба поступка совершаются в одной и той же сфере общественных отношений. Наконец, объединяющим фактором для них выступает и объективная сторона, выражающаяся в причинении вреда объекту поступка.

Различие же рассматриваемого правомерного поведения и преступления заключается прежде всего в их субъективной стороне: если при совершении правомерного поступка субъект осознает общественную полезность (или во всяком случае социальную допустимость) своего поведения, то в случае учинения преступного посягательства он, напротив, осознает или по крайней мере должен и мог осознавать общественную опасность своего поведения. Кроме того, противоположной является и социально-правовая оценка этих поступков: первые из них признаются общественно полезными (приемлемыми) и правомерными и в силу этого подлежат государственной защите и поддержке, вторые же являются общественно опасными и противоправными и поэтому требуют государственного осуждения и принятия мер по их вытеснению из жизни общества.

Из того факта, что правомерное причинение вреда и соответствующее ему преступление обладают рядом общих фактических, объективированных признаков (субъект, объект, объективная сторона), следует, что правомерность поступка всегда должна быть подтверждена, установлена соответствующими государственными органами или должностными лицами. Неслучайно, например, в законодательных актах, предусматривающих применение оружия работниками милиции и военнослужащими внутренних войск МВД СССР, установлено, что о каждом случае применения оружия составляется протокол и немедленно сообщается прокурору.

Итак, можно сделать вывод о существовании следующей зависимости между правомерным поведением, внешне подпадающим под признаки того или иного преступления, и соответствующим составом преступления: каждому правомерному поступку, связанному с причинением вреда объектам уголовно-правовой охраны, всегда противостоит один или несколько составов соответствующих преступлений, равно как и каждому составу преступления всегда противостоит один или несколько правомерных поступков, внешне попадающих под признаки этого преступления.

Отсюда вытекает еще одно требование, предъявляемое к анализу оснований и составов поступков, исключающих преступность деяния. Оно состоит в том, что при их характеристике анализу должны быть подвергнуты не только положительные признаки указанных поступков, но и определенные уголовно-правовые последствия, связанные с совершением поступков при отсутствии на то законных оснований, либо хотя

¹ Можно согласиться с А. Шубертом в том, что если законодатель и вводит в некоторые составы преступлений специальный признак противоправности, то это делается для того, чтобы обратить внимание правоохранительных органов на проблему противоправности и на необходимость в конкретных случаях проверять правомерность совершенного деяния, поскольку предписания, отражающие эти наиболее часто встречающиеся случаи разрешенной деятельности, имеются в различных отраслях права (см.: *Шуберт А.* Указ. соч. С. 97).

и при наличии таких оснований, но с нарушением установленных законом необходимых условий правомерности (признаков), характеризующих отдельные элементы рассматриваемых поступков. Иными словами, анализ как общих моментов оснований и составов поступков, исключающих преступность деяния, так и особенностей их отдельных видов предполагает параллельную характеристику признаков правомерного поведения и уголовно-правовых последствий их несоблюдения (нарушения). Особое место занимает здесь анализ преступления, связанного с нарушением субъектом такого условия (признака) правомерности, как пределы причинения вреда. Превышение установленных законом пределов имеет особую социальную и юридическую природу, и поэтому их характеристике уделяется специальное внимание.

§ 2. Основания совершения правомерных поступков, исключающих преступность деяния

Основаниями совершения поступков, исключающих преступность деяния, выступают такие факторы объективной действительности, которые необходимы и достаточны для оправдания совершения субъектом действий, внешне подпадающих под признаки деяния, предусмотренного уголовным законом. Необходимыми эти факторы (явления, процессы, события, поступки и т. п.) признаются потому, что без них совершение указанных действий недопустимо. Достаточность же рассматриваемых факторов предполагает, что в данный момент имеется такая их совокупность, которая объясняет и оправдывает причинение вреда объектам уголовно-правовой охраны¹. Анализ отдельных оснований поступков, исключающих преступность деяния, позволяет сделать вывод, что все они характеризуются некоторыми общими чертами (признаками), к числу которых относятся их сложность, исключительность и объективность.

Первый признак – сложность – означает, что рассматриваемые основания образуются разнообразными и неоднозначными элементами (факторами), которые лишь в своем единстве обуславливают необходимость (вынужденность) совершения поступков, исключающих преступность деяния. Иногда такая сложность прямо закрепляется в уголовном законе. Так, в соответствии со ст. 16 УК основанием крайней необходимости выступает единство таких факторов, как опасность, угрожающая правоохраняемым интересам, и обстановка, свидетельствующая о неустранимости этой опасности иными средствами, чем только совершением действий, подпадающих под признаки деяния, предусмотренного уголовным законом. В других случаях уголовный закон хотя и не отражает сложности оснований совершения некоторых рассматриваемых поступков, однако такая сложность, фактически всегда имеет место и учитывается на практике. Например, в соответствии с ч. 1 ст. 15 УК основанием необходимой обороны признается общественно опасное посягательство. Но «состояние необходимой обороны не возникает при совершении таких преступлений, которые по своему характеру не требуют для их пресечения причинения вреда посягающему»². Иными словами, одного лишь общественно опасного посягательства еще недостаточно для необходимой обороны. Составным элементом основания-такой обороны является обстановка защиты, требующая немедленного причинения посягающему вреда для предотвращения или пресечения общественно опасного посягательства. Равным образом, ч. 3 ст. 15 УК указывает лишь на преступление как на основание задержания лиц, его учинившего. Однако очевидно, что в ряде случаев этого явно недостаточно для оправдания лишения

¹ С этой точки зрения правильно указывают на *оправданный* профессиональный и хозяйственный риск.

² Коржанский Н. И. Рецензия на кн.: Козак В. Н. Право граждан на необходимую оборону. Саратов, 1972 // Сов. юстиция. – 1973. – № 7. – С. 31.

личной свободы преступника. Так, это недопустимо, если преступник добровольно сдался органам власти, при совершении некоторых неосторожных преступлений и т. п. Поэтому обосновывается вывод, что составной частью основания задержания преступника является наличие необходимости в немедленном доставлении его органам власти¹.

Разнообразные факторы включают в себя и основания совершения других поступков, исключающих преступность деяния, предусмотренных, однако, не уголовным, а другими отраслями законодательства. Так, согласно ст. 35 Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о здравоохранении основанием проведения неотложной хирургической операции признаются: опасность, угрожающая жизни больного, и обстановка, свидетельствующая о недопустимости в промедлении операции и о невозможности получения согласия соответствующих лиц на ее проведение. Точно так же ст. Дисциплинарного устава Вооруженных Сил СССР устанавливает, что командир (начальник) в исключительных случаях, не терпящих отлагательства, вправе применить оружие, когда действия неповинующегося явно направлены к измене Родине, срыву боевой задачи либо создают реальную угрозу жизни командира (начальника), других военнослужащих или гражданских лиц. Применение оружия является крайней мерой и допускается, если все другие меры, предпринятые командиром (начальником), оказались безуспешными, или по условиям обстановки принятие других мер окажется невозможным. Перед применением оружия, если позволяет обстановка, командир (начальник) обязан предупредить об этом неповинующегося. Отсюда следует, что основание правомерного применения оружия, исключающего преступность деяния командира (начальника), включает в себя: действия неповинующегося, явно направленные на причинение вреда указанным правоохраняемым интересам, и обстановку, свидетельствующую о невозможности или безуспешности иным способом пресечь действия неповинующегося и не позволяющую предупредить его о возможности применения оружия.

Анализ приведенных и других оснований совершения поступков, исключающих преступность деяния, позволяет заключить, что во всяком таком основании присутствуют некоторые элементы-факторы, которые характерны для любого из них, т. е. без этих факторов само основание вообще не может иметь места. Иными словами, такие факторы являются неотъемлемыми, обязательными составными элементами всякого основания совершения рассматриваемых поступков. К ним относятся два вида таких факторов: 1) события, явления, поступки, процессы объективной действительности, угрожающие вредом или уже причиняющие вред правоохраняемым интересам, и обстановка, свидетельствующая о необходимости (вынужденности) и оправданности совершения действий, внешне подпадающих под признаки какого-либо преступления, для устранения, предотвращения, недопущения или пресечения указанного вреда. В то же время некоторые из оснований иногда образуются и другими дополнительными факторами, которые характерны лишь для этих оснований и вовсе не обязательны для других! К числу таких необязательных (факультативных) факторов относятся, например, согласие больного на лечение, а также здорового человека на причинение вреда в связи с трансплантацией его органа, экспериментом или занятием спортом², принятие

¹ См.: Баулин Ю. В. Право граждан на задержание преступника. С. 81-87.

² В связи с изложенным представляется, что согласие потерпевшего не является самостоятельным видом обстоятельств, исключающих преступность деяния. Во-первых, такое согласие не отвечает признакам названных обстоятельств, указанным в § 2 гл. 1 настоящего раздела. Во-вторых, согласие потерпевшего лишь в некоторых случаях выступает одним из обязательных элементов основания, оправдывающего совершение другим лицом правомерного поступка, внешне подпадающего под признаки преступления. Это, разумеется, не исключает того, что указанное согласие должно отвечать определенным требованиям, справедливо называемых в литературе (см., напр.: Красиков А. И. Сущность и значение согласия потерпевшего в уголовном праве. Саратов, 1976. С. 59-61).

всех возможных мер предосторожности при профессиональном и хозяйственном риске, предупреждение о возможности применения оружия в целях исполнения служебного долга и т. п.

Сказанное, таким образом, позволяет подразделить элементы-факторы, образующие основания совершения поступков, исключающих преступность деяния, на *обязательные и необязательные (факультативные)*. Следует, однако, подчеркнуть, что подобное деление целесообразно лишь в рамках Общей части учения об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, поскольку для конкретного основания все образующие его элементы-факторы всегда обязательны.

Значение совокупности факторов, образующих основание совершения поступков, исключающих преступность деяния, заключается в том, что отсутствие любого из них исключает в целом все основание, поскольку недостаточное не есть основание. Поэтому совершение действий, внешне подпадающих под признаки каких-либо преступлений, при отсутствии хотя бы одного из факторов, составляющих основание совершения указанных действий, свидетельствует об их неправомерности¹.

Так, незаконное причинение вреда со ссылкой на необходимую оборону является незаконным при отсутствии со стороны этого лица общественно опасного посягательства, равно как и причинение вреда хотя и при наличии такого посягательства, но при отсутствии необходимости в немедленном нанесении вреда. Точно так же наличие лишь угрожающей опасности еще не оправдывает причинение вреда правоохраняемым интересам по правилам крайней необходимости, если обстановка свидетельствовала о других средствах ее устранения, и т. д.

С изложенным тесно связан вопрос о количестве (числе) рассматриваемых оснований. Иначе говоря, одно или несколько оснований имеют необходимая оборона, крайняя необходимость, задержание преступника и другие поступки, исключающие преступность деяния? Представляется, что проведенный анализ позволяет заключить, что каждый вид поступков, исключающих преступность деяния, имеет одно (хотя и сложное) основание. Вместе с тем элементы этого единого и сложного основания иногда удобно именовать раздельно, а именно правовым и фактическим основанием. К правовым основаниям относятся, например, общественно опасное посягательство при необходимой обороне, угрожающая опасность в случаях крайней необходимости, совершение преступления при задержании преступника и т. д. Такое наименование обуславливается тем, что указанные явления, события и поступки по общему правилу прямо предусмотрены и охарактеризованы в нормах права, как одни из оснований рассматриваемых обстоятельств. Напротив, к фактическим основаниям относятся, например, необходимость немедленного причинения вреда посягающему (необходимая оборона), неустранимость в данной обстановке угрожающей опасности иными средствами (крайняя необходимость), необходимость немедленного доставления преступника органами власти (задержание преступника), невозможность достижения общественно полезного результата нерискованными действиями (профессиональный и хозяйственный риск) и т. д. Вывод о том, имелась ли необходимость совершения действий, подпадающих под признаки какого-либо преступления, – это всегда вопрос факта определяемый обстановкой совершения поступка.

В связи с этим рассмотренные факторы и носят название фактических оснований. Предложенное разделение единого сложного основания на указанные составные элементы в определенной мере условно, однако оно все же отражает реальную действительность: неоднозначность элементов, образующих единое основание. Кроме того, такое разделение подчеркивает и неравноценное значение правового и фактического оснований. Правовое основание является главным, решающим, определяющим в этом единстве, ибо лишь с его наличием возникает опасность причинения вреда правоохрани-

¹ См., напр: Баулин Ю. В. Право граждан на задержание преступника. С. 86.

няемым интересам и им же вызывается реальная обстановка, свидетельствующая о наличии или отсутствии необходимости в действиях, подпадающих под признаки какого-либо преступления, т. е. в необходимости причинения вреда объектам уголовно-правовой охраны (фактическое основание). Наконец, правовое основание, как будет показано ниже, в первую очередь определяет и пределы этого вреда. Вместе с тем со всей определенностью следует подчеркнуть что необходимым и достаточным условием для совершения поступков, исключающих преступность деяния, является лишь единство правового и фактического оснований. Их отсутствие, равно как и наличие лишь одного из них, всегда свидетельствует о том, что законного основания причинения вреда объектам уголовно-правовой охраны нет, и поэтому нанесение такого вреда влечет ответственность лица по общим правилам. Иногда применительно к отдельным обстоятельствам, исключающим преступность деяния, считают, что нанесение указанного вреда при отсутствии на то основания влечет за собой ответственность как за превышение пределов причинения данного вреда. Так, по мнению Г. В. Бушуева, причинение преступнику тяжкого вреда при наличии возможности задержать его вообще без насилия нужно квалифицировать как превышение мер по задержанию преступника¹. Представляется, однако, что если вред преступнику причинен не вынужденно, то вообще снимается вопрос о соразмерности этого вреда, ибо отсутствует само основание его причинения.

Второй общий признак оснований совершения поступков, исключающих преступность деяния, – это их исключительность. Следует согласиться с В. Н. Козаком, что такая исключительность определяется тем, что определенные события или поступки выходят за пределы нормального состояния и угрожают причинением либо фактически уже причиняют вред правоохраняемым интересам². Очевидно, что прежде всего правовое основание придает рассматриваемым основаниям характер исключительности, ибо в качестве такого основания выступают явления, события, поступки и т. д., причиняющие вред или грозящие его причинением правоохраняемым интересам. Следовательно, если указанные факторы характером исключительности не обладают, то это свидетельствует об отсутствии правового, а тем самым – и всякого основания причинения вреда объектам уголовно-правовой охраны. Так, если посягательство не является общественно опасным, то оно не может выступать основанием необходимой обороны. Поэтому причинение вреда лицу, учинившему такое посягательство, неправомерно и влечет ответственность. Равным образом, если совершенное правонарушение не является преступным, то задержание гражданином такого правонарушителя не может рассматриваться по правилам ч. 3 ст. 15 УК, поскольку в соответствии с уголовным законом правовым основанием задержания лица выступает совершение им преступления. Наконец, отметим, что правовое основание, понимаемое таким образом, вызывает и исключительный характер обстановки, обуславливающий совершение рассматриваемых действий.

Третьим признаком анализируемых оснований является их объективность, о чем свидетельствует содержание составляющих их элементов-факторов. Так, фактами объективной действительности выступают, например, общественно опасное посягательство и обстановка защиты, вызывающая необходимость немедленного причинения посягающему вреда при необходимой обороне, равно как и совершение преступления, а также обстановка, требующая немедленного доставления преступника органам власти при его задержании, и т. п. Вместе с тем объективное содержание рассматриваемых факторов всегда субъективно оценивается субъектом поступка, который они обуславливают. При этом если между объективным содержанием основания и его субъективной

¹ См.: Бушуев Г. В. Указ. соч. С. 58; см. также: Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. С. 72-73.

² См.: Козак В. Н. Указ. соч. С. 57.

оценкой большого расхождения, то лицо имеет объективную возможность совершить правомерный поступок. Нельзя, однако, исключить, что субъективная оценка в ряде случаев может неправильно отражать объективную реальность, и это зависит как от сложившейся обстановки, так и от личных качеств данного лица. Тем самым открываются путь для его субъективной ошибки при оценке объективного содержания рассматриваемых оснований, вид которой имеет важное значение для уголовно-правовой оценки причиненного вреда.

Признаком, конкретизирующим объективность рассматриваемых оснований, является их наличие, т. е. существование во времени и пространстве. Причем, характерной чертой оснований совершения поступков, исключающих преступность деяния, выступает их скоротечность. Так, общественно опасное посягательство, опасность, угрожающая правоохраняемым интересам, совершение преступления и т. д. – все это, как правило, быстро протекающие во времени и ограниченные в пространстве факты объективной действительности, требующие решительных и незамедлительных ответных действий.

Наличность основания имеет важное значение для оценки правомерности поступков, вызванных данным основанием. Эти поступки могут признаваться правомерными, если они совершены в течение времени существования их оснований. Например, применительно к крайней необходимости С. А. Домахин отмечал, что опасность, которая уже миновала или уже причинила вред, не может создать состояние крайней необходимости¹. Иначе говоря, начало, продолжение и завершение поступка, исключающего преступность деяния, определяется продолжительностью существования его основания, т. е. его начальным и конечным моментами. При этом наличие основания возникает лишь тогда, когда «вызрели» и имеются оба его составных элемента: правовое и фактическое основания, взятые в своем единстве. В случае, когда есть лишь правовое основание, но еще не «созрело» либо уже исчерпало себя фактическое основание, причинение вреда объектам уголовно-правовой охраны недопустимо, поскольку в первом случае основание совершения поступка еще не возникло, а во втором – уже миновало. Так, применительно к оценке так называемой «запоздалой обороны» Пленум Верховного Суда СССР в постановлении от 16 августа 1984 г. разъяснил, что «действия обороняющегося, причинившего вред посягавшему, не могут считаться совершенными в состоянии необходимой обороны, если вред причинен после того, как посягательство было предотвращено или окончено и в применении средств защиты явно отпала необходимость. В этих случаях ответственность наступает на общих основаниях. В целях правильной юридической оценки таких действий подсудимого суды с учетом всей обстановки происшествия должны выяснить, не совершены ли эти действия в состоянии внезапно возникшего сильного душевного волнения, вызванного общественно опасным посягательством»². Представляется, что это разъяснение носит общий характер применительно к уголовно-правовой оценке «запоздалой крайней необходимости», запоздалых действий по задержанию преступника и т. д.

Иногда при характеристике оснований совершения поступков, исключающих преступность деяния, указывают на такой их общий признак, как действительность (реальность) основания. Например, применительно к необходимой обороне и крайней необходимости обращают внимание на то, что общественно опасное посягательство, а также опасность, грозящая правоохраняемым интересам, должны быть действительными, а не воображаемыми³. Однако авторы обоснованно возражают против выделения названного признака⁴. Так, В. Ф. Кириченко отмечал, что, устанавливая для нападения

¹ См.: Домахин С. А. Указ. соч. С. 33.

² См.: Вестник Верхов. Суда СССР. – 1984. – № 5. – С. 9.

³ См.: Курс советского уголовного права. Часть общая. М., 1970. Т. 2. С. 363, 385; Советское уголовное право. Часть общая. М., 1982. С. 175.

⁴ См., напр.: Слуцкий И. И. Указ. соч. С. 56; Советское уголовное право. Общая часть. М., 1981. С. 212.

как основания необходимой обороны новый признак – его действительность, «мы фактически говорим только то, что нападение должно быть нападением»¹. Выделение признака действительности основания совершения рассматриваемых поступков связывают с тем, что в реальной жизни лицо часто неправильно оценивает объективные явления и события, принимая их за основания совершения указанных поступков, хотя в действительности данные явления и события такими основаниями не являются. Однако подобные соображения могут быть положены лишь в обоснование более глубокого исследования уголовно-правовой оценки при ошибке лица в правовом основании причинения такого вреда. Следует также иметь в виду, что подобная ошибка может иметь место в отношении не только правового, но и фактического основания, а также в своевременности причинения вреда, его объекте, пределах и т. д. Правильным поэтому было бы рассматривать все эти ошибки после анализа оснований и объективных признаков этих поступков.

Завершая анализ такого признака основания, как его объективность, отметим, что это основание, в частности правовое, возникает, как правило, помимо и часто вопреки воле лица, совершающего поступок, исключающий преступность деяния. Вместе с тем в ряде случаев именно это лицо может вызвать (намеренно или по неосмотрительности) предусмотренное законом правовое и, как следствие этого, фактическое основание, а затем совершить в связи с этим поступок, связанный с причинением вреда объектам уголовно-правовой охраны. Примером преднамеренного вызова основания является провокация необходимой обороны, когда лицо «намеренно вызывает нападение, чтобы использовать его как повод для совершения противоправных действий (развязывание драки, учинение расправы, совершение акта мести и т. п.)»². Известны случаи, когда лицо преднамеренно вызывало опасность, которую затем само же и устраняло, причиняя при этом вред правоохраняемым интересам (так называемые провокация крайней необходимости). Можно представить, далее, случаи «задержания» преступника, например, при провокации дачи или получения взятки (ст. 171 УК) и т. д. В то же время возможны ситуации, когда лицо по неосмотрительности, невнимательности, недостаточной заботливости о своих и чужих интересах, вызывает то или иное событие или совершает действие (бездействие), которые выступают затем основанием совершения этим же лицом поступка, подпадающего под признаки деяния, предусмотренного уголовным законом. Например, лицо неосмотрительно создает опасность причинения вреда правоохраняемым интересам, а затем устраняет эту опасность путем нанесения ущерба этим же или другим интересам. Наконец, нельзя исключать и случаи, когда лицо может намеренно вызвать основания совершения рассматриваемых поступков, не зная и не желая совершения в будущем действий, связанных с причинением вреда.

Уголовно-правовая оценка приведенных ситуаций различна. Так, относительно провокации необходимой обороны Пленум Верховного Суда СССР в постановлении от 16 августа 1984 г. правильно разъяснил, что ответственность лица в таком случае должна определяться на общих основаниях. Представляется, что подобным же образом должна определяться и ответственность в других случаях провокации оснований совершения поступков, связанных с причинением вреда объектам уголовно-правовой охраны (провокация крайней необходимости, задержания преступника, профессионального риска, исполнения служебного долга и т. д.). Иная оценка причинения вреда должна иметь место при неосмотрительности или намеренном вызове рассматриваемых оснований, но при отсутствии цели использовать эти основания как повод для совершения преступления. Если такие неосторожные или умышленные действия образуют состав самостоятельного преступления, то лицо может подлежать ответственности за эти преступления (например, за создание опасности причинения вреда определенным

¹ Кириченко В. Ф. Указ. соч. С. 35.

² См.: Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1984. – № 5. – С. 9.

интересам). Последующие же его действия, внешне подпадающие под признаки какого-либо преступления, должны оцениваться в соответствии с признаками того или иного обстоятельства, исключающего преступность деяния. Применительно к производственному риску это положение отметил М. С. Гринберг: «Если лицо умышленно или по неосторожности вызвало угрозу ущерба, оно должно за это отвечать. Но риск, принятый для устранения угрожающей опасности, сам по себе не должен рассматриваться как преступление, так как при бездействии наступление ущерба явилось бы неизбежным и, следовательно, более опасным»¹.

Проведенный анализ позволяет сформулировать рассматриваемые основания как исключительные по своему характеру и сложные по составу факторы объективной действительности, вызывающие необходимость совершения поступков, внешне подпадающих под признаки какого-либо деяния, предусмотренного уголовным законом.

Наряду с общими признаками правовое и фактическое основания имеют и свои собственные характеристики. Рассмотрим некоторые из них.

Правовое основание представляет собой различные факторы объективной действительности, угрожающие причинением вреда или фактически его причиняющие. Иными словами, в качестве правового основания выступает определенная опасность, т. е. способность или возможность вызывать, причинять какой-нибудь вред² правоохраняемым интересам. Очевидно, что в одних случаях эта опасность может быть большей, т. е. способной причинять значительный, крупный вред, а в других, напротив, меньшей, т. е. грозящей причинить относительно незначительный вред тем или иным благам. Это дает возможность определенным образом классифицировать факторы, образующие правовое основание, на две группы: 1) создающие большую опасность причинения вреда правоохраняемым интересам; 2) грозящие относительно небольшой опасностью этим интересам. Разумеется, что отнесение той или иной опасности к указанным группам – вопрос факта, однако при этом должны быть приняты во внимание следующие два момента. Первый из них связан с тем, что всякая опасность способна причинить вред различным по своей ценности благам или интересам. С этой точки зрения заслуживает внимания подразделение ценностей на абсолютные и относительные³. Так, Ю. А. Демидов относил к абсолютным охраняемые уголовным законом ценности, причинение вреда которым всегда общественно опасно и не допускается уголовным правом. Ими он считал советский общественный и государственный строй, государственную безопасность, общественный порядок и воинскую дисциплину, а также честь и достоинство человека, половую свободу женщины. Все остальные ценности, в том числе жизнь, здоровье и имущество, – объекты относительные, ибо уголовное право допускает причинение им вреда при защите объектов абсолютной и относительной ценности⁴. Несколько иначе подходит к этому вопросу П. С. Тоболкин, по мнению которого объектами абсолютной ценности в советском уголовном праве должны быть признаны общественные отношения, посягательство на которые безотносительно к их интенсивности и каким-либо условиям дает основание признать данное деяние общественно опасным. Все другие объекты не за счет ценности какого-либо определенного блага, а исключительно за счет объема (широты) нарушаемых деянием общественных отношений, должны быть признаны относительными. Автор относит жизнь к объектам абсолютной ценности, а общественный порядок, честь и достоинство личности, ее здоровье – к объектам относительной ценности⁵. С приведенными взглядами вряд ли

¹ Гринберг М. С. Указ. соч. С. 45.

² См.: Тихий В. П. Проблемы уголовно-правовой охраны общественной безопасности (понятие и система преступлений, совершенствование законодательства): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Х., 1987. С. 8.

³ См.: Демидов Ю. А. Социальная ценность и оценка в уголовном праве. М., 1975. С. 57-62.

⁴ См.: Там же.

⁵ См.: Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1984. – № 5. – С. 9.

можно согласиться, ибо в них определение ценности ставится в прямую зависимость от позиции законодателя. Однако, как верно заметил А. В. Попиртис, не исключено, что законодатель в силу особого положения может устанавливать неверные границы между правомными и преступными, принимать нормы права, не соответствующие общественному развитию, и т. п.¹ Поэтому в основу деления ценностей на абсолютные и относительные должны быть положены непреходящие ценности самого человека, мера свободы которого предохраняет и самый смысл правового регулирования общественных отношений. С этой точки зрения абсолютными должны считаться такие блага человека, которые всем мировым обществом признаются естественными и неотъемлемыми, а именно: жизнь человека, его здоровье, личная свобода, честь и достоинство, собственность. Государство не дарует эти блага человеку, а лишь признает их всеобщность и неотчуждаемость, поскольку без них немислимы свободная личность и справедливое демократическое общество. Остальные ценности являются относительными, производными от абсолютных (например, государственный строй, общественный порядок, порядок управления, воинская дисциплина и т. п.). Из этого следует исходить, различая и опасности, угрожающие этим ценностям. Так, опасность, способная причинить вред жизни, здоровью и другим абсолютным ценностям, относится к числу значительных, больших опасностей.

Напротив, угроза причинения вреда относительным ценностям свидетельствует о сравнительно меньшей, относительно небольшой опасности. Вместе с тем такое подразделение опасностей не является абсолютным, раз и навсегда данным, поскольку очевидно, что предложенная классификация рассматриваемых опасностей зависит и от размера того вреда, который причиняет опасность указанным ценностям. Это второй момент, который следует учитывать при оценке характера опасности правоохраняемым интересам. Если, например, посягательство направлено на общественный порядок (относительная ценность), но грозит ему тяжким вредом, то, видимо, опасность такого посягательства является большой. В то же время любая опасность, способная причинить вред, например, личной свободе (абсолютная ценность), вряд ли может быть признана небольшой. Следовательно, при оценке степени опасности как правового основания поступков, исключающих преступность деяния, необходимо исходить из абсолютной или относительной ценности тех интересов, на которые она была направлена, а также из размеров вреда (тяжкий или нетяжкий), который способна была причинить такая опасность относительным ценностям. В зависимости от этого рассматриваемые опасности по своему характеру могут быть подразделены на опасности большие и небольшие (см. табл. 1).

Т а б л и ц а 1

Ценности, подверженные опасности	Размер угрожаемого вреда	Характер опасности
Абсолютные	Тяжкий	Большая
Абсолютные	Нетяжкий	Большая
Относительные	Тяжкий	Большая
Относительные	Нетяжкий	Относительно небольшая

Подразделение опасностей на большие и небольшие в определенной мере вытекает и из действующего законодательства. Например, ч. 1 и 2 ст. 15 УК характеризуют общественно опасное посягательство как правовое основание необходимой обороны такими категориями, как «характер» и «опасность». Тем самым предполагается, что

¹ Попиртис А. В. К вопросу об аксиологическом подходе к совершенствованию уголовного законодательства // Проблемы совершенствования гражданско- и уголовно-правового законодательства в свете решений XXV съезда КПСС и новой Конституции СССР. Вильнюс. 1979. С. 72.

такое посягательство может быть различным по своему характеру и степени опасности. Точно так же ст. 16 УК предусматривает, что причиненный в состоянии крайней необходимости вред должен быть менее значительным, чем вред предотвращенный. Но источником предотвращенного вреда является опасность, угрожавшая правоохраняемым интересам, которая так же может быть различной, т. е. большой или небольшой. Наконец, ч. 3 ст. 15 УК указывает, что при задержании преступника причиненный вред должен прежде всего соответствовать опасности посягательства. Очевидно, что степень опасности такого посягательства может быть различной.

Подразделение опасностей, выступающих правовым основанием рассматриваемых поступков, на большие и небольшие имеет важное значение для определения пределов причинения вреда с целью устранения (предупреждения, пресечения и т. д.) такой опасности: для устранения большой опасности допустим по общему правилу и большой вред, и, напротив, устранение небольшой опасности оправдано причинением меньшего вреда. Иными словами, между пределом причинения вреда и правовым его основанием существует прямая зависимость.

Фактическое основание определяется той обстановкой, которая складывается при возникновении указанной опасности и вызывает необходимость ее устранения (пресечения, предупреждения и т. п.). Одно из значений слова «обстановка» в русском языке – «положение, условия существования чего-нибудь»¹. Представляется, что в нашем случае содержание этого понятия в его общепринятом значении должно в целом сохраняться, отражая при этом специфику рассматриваемых явлений. Последняя заключается в том, что имеется не только источник некоторой опасности, но и конкретный субъект, ставящий своей целью устранить эту опасность. Возможности такого субъекта определяются как его личными возможностями (пол, возраст, физические силы, наличие средств устранения опасности и т. п.), так и объективными условиями места, времени, соотношения его сил и средств с характеристиками источника опасности и др. В любом случае обстановка должна вызывать необходимость в причинении вреда объектам уголовно-правовой охраны с целью устранения данной опасности. В противном случае, т. е. когда обстановка свидетельствовала о возможности предупреждения или пресечения опасности без совершения указанных действий, причинение вреда не оправдано, поскольку отсутствует его фактическое основание.

Очевидно, что в одних случаях положение лица может оказаться относительно благоприятным с точки зрения наличия у него возможностей по устранению опасности (например, находясь в состоянии необходимой обороны, лицо имеет преимущество в силе, возрасте, подготовленности и т. д.). В других же ситуациях это лицо может очутиться, напротив, в неблагоприятной обстановке, когда его возможности по устранению опасности являются проблематичными, часто недостаточными, несоизмеримыми с объективными (а иногда и субъективными) характеристиками источника опасности (например, субъект, предпринимая меры по тушению пожара, грозящему всему дому; не имеет под руками необходимых противопожарных средств). Таким образом, *обстановка, в которой совершает указанные действия лицо, может быть подразделена на два вида: относительно благоприятная и неблагоприятная.* Выделение этих видов обстановки имеет важное значение при определении пределов причинения вреда с целью устранения опасности. При относительно благоприятной обстановке этот вред, видимо, должен быть ограничен тем необходимым минимумом, который был явно достаточен данному лицу для устранения опасности. И напротив, при неблагоприятной обстановке причиненный вред может быть значительно большим, ограничен только требованием явно не превышать тот вред, который способна была причинить опасность правоохраняемым интересам о чем будет сказано ниже.

¹ Ожегов С. И. Словарь русского языка. М., 1953. С. 390.

Рассмотрение общих и специфических черт правового и фактического оснований позволяет показать их неразрывную связь с теми поступками, которые они вызывают и обуславливают. Как отмечалось, наличие указанных оснований свидетельствует о необходимости (вынужденности) причинения вреда объектам уголовно-правовой охраны. Иными словами, эти основания объясняют и оправдывают совершение поступков, внешне подпадающих под признаки какого-либо преступления. При этом в механизме объяснения таких поступков правовое и фактическое основания играют различную роль. Правовое основание свидетельствует об имеющейся угрозе правоохраняемым интересам, а фактическое основание оправдывает необходимость (вынужденность) причинения вреда при наличии первого, решающего основания. Так, при необходимой обороне причинение посягающему вреда оправдано, если обстановка свидетельствовала о необходимости немедленного предотвращения или пресечения посягательства. Точно так же при крайней необходимости причинение вреда правоохраняемым интересам вынужденным, поскольку сложившаяся обстановка свидетельствует о невозможности иным способом устранить нависшую опасность. В случаях задержания преступника вынужденное причинение ему вреда так же вызвано невозможностью в данной обстановке задержать его иным способом. Рассматриваемые основания, далее, не только объясняют и оправдывают совершение поступков, исключаящих преступность деяния, но и в значительной мере определяют характер этих поступков, ограничивая тем самым круг преступлений, под внешние признаки которых подпадают эти поступки. Например, пожар, угрожающий строению, и создавшаяся при этом обстановка определяют тот круг действий, которые объективно возможны при этом для устранения опасности в состоянии крайней необходимости (разрушение горящего или рядом стоящего строения, самовольное пользование чужими противопожарными средствами, транспортом и др.).

Наконец, указанные основания тесно связаны со всеми элементами поступка, который они вызывают и оправдывают. Эта связь прослеживается прежде всего с кругом субъектов данного поступка. Так, субъектом исполнения приказа или распоряжения может быть лишь лицо, подчиненное отдавшему приказ и поэтому обязанное исполнять его. Точно так же возникновение ситуации, оправдывающей профессиональный риск, служит основанием поступка лишь для лица, компетентного в данном виде профессиональной деятельности, и т. д. Указанные основания, далее, соответствующим образом влияют на возникновение мотивов и целей у субъекта-поступка, поскольку реакция на правовое и фактическое основания непосредственно связана с жизненными установками личности, ее душевным состоянием в момент возникновения основания для совершения поступка и т. д. Кроме того, ограниченность во времени и пространстве рассматриваемых оснований влияет на выбор субъектов объекта и средств достижения поставленных целей. Так, совершение преступления в обстановке, требующей немедленного доставления преступника органам власти, ограничивает круг объектов личной свободой преступника, лишения которой является средством достижения конечной цели – передачи преступника органам власти. Непосредственная опасность, угрожающая правоохраняемым интересам, и обстановка, исключающая возможность ее устранения без причинения вреда, также ограничивают круг объектов поступка, путем причинения вреда которым достигается цель – устранить опасность в состоянии крайней необходимости.

Важные закономерные связи существуют между основанием и объективной стороной поступка. На одну из них уже указывалось выше: время существования основания определяет и продолжительность поступка, им обусловленного. Другой закономерностью является устойчивая связь, существующая между основанием поступка и пределами причинения вреда объекту этого поступка. Эта связь подробно обосновывается при характеристике его объективной стороны: основания тесно связаны с субъективной стороной поступков. Прежде всего само основание должно осознаваться субъектом, с тем

чтобы он мог предпринять тот или иной поступок. Если же лицо совершает действия, объективно соответствующие необходимой обороне, крайней необходимости и т. д., но субъективно не осознает законных оснований совершения этих поступков, ответственность в таком случае за причиненный вред должна определяться без учета обстоятельств, исключающих преступность деяния. Например, если учиняется расправа над лицом в тот момент, когда оно посягает на жизнь другого человека, но «обороняющийся» не осознает, что объективно осуществляет защиту потерпевшего, необходимая оборона отсутствует и причинивший посягавшему вред подлежит ответственности на общих основаниях¹. Далее, лицо, совершающее рассматриваемые поступки, должно осознавать наличие обоих составных элементов основания. В случаях же, когда осознается наличие, например, только правового основания, но одновременно отсутствие фактического и, несмотря на это, все же совершается поступок, связанный с причинением вреда объектам уголовно-правовой охраны, такие действия неправомерны. Например, если лицо осознает, что тем или иным правоохраняемым интересам непосредственно угрожает опасность, которую, однако, вполне можно устранить без причинения вреда, и тем не менее оно причиняет им вред, то такой вред нельзя оправдать состоянием крайней необходимости, поскольку отсутствовало полное ее основание и это обстоятельство осознавалось субъектом. Осознание рассматриваемых оснований должно иметь место в процессе совершения поступка, при котором причиняется вред, соответствующий его правовому и фактическому основанию. Субъект поступка только в том случае не выходит за его пределы, если его объективные действия, причиняющие вред, и субъективно осознаются как соответствующие основаниям их совершения.

Рассмотренные ситуации связаны с правильным субъективным отражением фактов, выступающих основанием совершения поступка. Нередки, однако, случаи, когда субъект ошибается относительно наличия такого основания. Тогда правомерно говорить об ошибке относительно основания причинения вреда. Например, лицо в силу сложившейся обстановки может считать; что в данный момент совершается общественно опасное посягательство, требующее немедленных ответных действий, т. е. полагает, что имеется основание необходимой обороны, а в действительности такое посягательство отсутствует, и тем не менее лицо причиняет «посягающему» вред. Подобные ситуации принято называть мнимой обороной. Точно так же мнимая крайняя необходимость имеется там, где субъект, ошибочно полагая, что определенным правоохраняемым интересам угрожает опасность, не устранимая иначе, как причинением вреда, в то время как таковой опасности не существует, все же причиняет вред объектам уголовно-правовой охраны. В этих и подобных ситуациях, когда субъект ошибочно считает, что основание для причинения вреда имеется, хотя в действительности такое основание отсутствует, ответственность за причиненный вред должна определяться в зависимости от вида ошибки: была она извинительной или неизвинительной. При извинительной ошибке ответственность либо вообще исключается, либо возможна как за превышение пределов вреда, причиненного при наличии реального основания необходимой обороны, крайней необходимости и т. д. В случаях неизвинительной ошибки лицо подлежит ответственности на общих основаниях за неосторожное преступление.

§ 3. Состав правомерных поступков, исключающих преступность деяния

Субъектами поступков, исключающих преступность деяния, являются вменяемые и достигшие возраста уголовной ответственности физические лица. Они могут быть общими и специальными. Признаки субъекта, как отмечалось, влияют на определение вида рассматриваемых обстоятельств, исключающих преступность деяния, их соот-

¹ См.: *Церетели Т. В.* Причинная связь в уголовном праве. С. 197.

ношения между собой, установление уголовно-правовых последствий совершения поступков, не соответствующих признакам (условиям) правомерности. Субъект является связующим звеном между основанием и последующим совершением поступка, механизм совершения которого начинается с возникновения мотива.

Мотив поступка – это сознанное конкретное внутреннее побуждение (стремление) человека к совершению целенаправленного поступка. Безмотивных поступков не существует, есть лишь немотивированные действия¹. Поэтому *мотив – необходимый признак правомерного поступка, исключающего преступность деяния. Его можно характеризовать как осознанное побуждение, которым руководствуется субъект, совершая общественно полезное или социально приемлемое целенаправленное действие или бездействие*. Исходными побуждениями таких поступков могут быть потребности и интересы не только самого объекта, но и социальных групп, общества, государства. Это особенно характерно, когда: при необходимой обороне осуществляется защита других лиц, общественных и государственных интересов; при хозяйственном риске ставится цель достижения общественно полезных результатов; при крайней необходимости устраняется опасность, угрожающая интересам общества, других лиц или государства, и т. д. Нельзя исключать, что мотивы личного характера во многих случаях могут совпадать с общественными, причем в основе такого совпадения часто лежит единство личных и общественных интересов. Важное мотивирующее значение в рассматриваемых случаях принадлежит и таким институтам, как возложение обязанностей, установление запретов, нравственные и правовые категории долга². Это вызвано тем, что в систему потребностей и интересов субъектов в таких ситуациях включается необходимость выполнить правовую обязанность или исполнить юридический долг, что и становится решающим мотивом правомерного поведения.

В нормах уголовного права, предусматривающих обстоятельства, исключающие преступность деяния, а также в иных законодательных актах отсутствуют какие-либо указания на мотивы необходимой обороны, крайней необходимости, профессионального риска и т. п. Можно согласиться с тем, что такое отсутствие часто связано с известными гносеологическими и методологическими трудностями: наблюдаемостью мотивов, пластичностью психики и изменяемостью личности под влиянием совершенного юридически значимого действия, влиянием механизмов психологической защиты, препятствующих истинному познанию внутреннего мира субъекта, и т. д.³ Вместе с тем очевидно, что без уяснения мотивов действий нельзя дать правильную правовую оценку поступка, связанного с причинением вреда ценностям, охраняемым уголовным законом. Нельзя исходить из аргумента: если мотив деятельности не обозначен в норме права, то он безразличен для государственной квалификации юридически значимого поведения человека⁴. Если мотив не указан в норме права, то вряд ли правильно считать, что закон признает правомерность рассматриваемых поступков, совершенных по любым мотивам. Ведь формирование и развитие мотивов может быть обусловлено различными факторами: общественными требованиями морали, нравственности и права, личными потребностями и интересами данного субъекта, влиянием внешнего воздействия и др. Следовательно, мотивы поведения лица могут быть самыми различными. Правомерность же рассматриваемых поступков связывается лишь с определенными из них, а именно с теми, которые вызваны стремлением субъекта к общественно полезной цели, характерной для данного вида поступков, исключающих преступность деяния. Объясняется это тем, что мотив и цель не только взаимосвязаны, но и определяют друг друга (например, мотивы необходимой обороны должны соответствовать цели защиты

¹ См.: Баранов В. М. Истинность норм советского права. С. 120.

² См.: Кудрявцев В. Н. Правовое поведение: норма и патология. С. 106.

³ См.: Баранов В. М. Истинность норм советского права. С. 171.

⁴ См.: Баранов В. М. Истинность норм советского права. С. 174.

правоохраняемых интересов, равно как и мотивы крайней необходимости должны сообразовываться с целью устранения опасности и т. д.). Наконец, нельзя исключать, что иногда в основе рассматриваемых поступков могут лежать несколько побуждений (так называемые смешанные мотивы). В этом случае правомерным может быть признан лишь такой поступок, в котором доминировал мотив, подчинивший в конечном счете все остальные побуждения, согласующийся с общественно полезной целью данного поступка и тем самым отражающий его содержательную сторону. В противном случае, когда при конкуренции мотивов доминирующим оказался тот, который не соответствовал правовой цели поступка, последний правомерным признать нельзя.

Мотивы поступков, исключающих преступность деяния, тесно связаны со всеми другими элементами его содержания. Прежде всего они характеризуют субъекта и, следовательно, влияют на его социально-психологическую и правовую оценку. Мотив, далее, определяет постановку этим субъектом цели, которая, будучи правовой характеризует общественно полезную направленность поступка. Через постановку цели мотив влияет и на объем причиняемого субъектом вреда объекту и тем самым связан с пределами этого вреда. Наконец, мотив имеет значение и при оценке вида и меры ответственности за превышение пределов дозволенного вреда. Изложенное позволяет заключить, что установление мотивов поступков, исключающих преступность деяния, является обязательным по каждому делу.

В литературе дискутируется вопрос о моральной одобряемости рассматриваемых мотивов. Одни авторы считают, что, например, мотивами действий лица в состоянии необходимой обороны могут быть лишь те, которые одобряются общественной моралью. По мнению же других, необходимая оборона может быть вызвана и мотивами, не одобряемыми моралью. Б. С. Волков отмечает, что мотив не может быть порицаем, если только не порицаемо действие, им обусловленное. Поэтому общественная полезность мотивов необходимой обороны не исключается и тогда, когда обороняющийся прибегает к ней из чувства тщеславия или стремления получить вознаграждение, ибо в данном случае эти побуждения служат удовлетворению общественных интересов¹. При решении вопроса о моральной одобряемости мотивов поступков, исключающих преступность деяния, необходимо учитывать как неоднозначность оценки социально-политического содержания этих поступков, так и отсутствие строгого соответствия между характером мотива и правомерностью поступка. Ведь на этапе планирования и принятия решения может быть деформирована социально полезная мотивация или, напротив, блокирована и компенсирована социально вредная². Как отмечалось, в большинстве своем рассматриваемые поступки являются общественно полезными, поэтому при отсутствии деформации их мотивы вряд ли могут быть порицаемы. В отдельных же случаях обстоятельства, исключающие преступность деяния, по своему социально-политическому содержанию могут быть не общественно полезными, а социально допустимыми, приемлемыми. В таких ситуациях мотивы могут быть как одобряемыми, так и порицаемыми, при условии, что в последнем случае они в конечном счете все же соответствуют общественно полезным целям рассматриваемых правомерных поступков.

Цель поступка. Мотив определяет направленность поведения не сам по себе, а лишь в соотношении с целью поступка. Мотив и цель – тесно связанные, взаимообусловленные, определяющие друг друга, коррелятивные явления³. Цель рассматриваемых поступков – это тот мысленный результат, который стремится достичь лицо, совершая данный поступок. Такой вывод следует из природы цели, в соответствии с которой субъективно поставленная цель предполагает достижение конкретного объективного

¹ Волков Б. С. Мотивы преступлений. С. 147

² См.: Кудрявцев В. Н. Правовое поведение: норма и патология. С. 109.

³ См.: Волков Б. С. Мотивы преступлений. С. 7

результата¹. Очевидно, что цель возникает раньше, чем может быть получен этот результат, причем интервал между этими двумя моментами может быть весьма различным².

Формирование конкретной цели связано не только с мотивом – она избирается в результате взаимодействия по меньшей мере трех факторов: мотива, жизненной установки личности и образа конкретной ситуации³. Применительно к поступкам, исключающим преступность деяния, это означает, что в постановке их целей важную роль наряду с установкой субъекта и мотивом играет основание поступка как внешняя его причина. Зависимость цели поступка от его причины (основания) состоит в том, что эта цель априорно содержит в себе причину (основание) и одновременно ее снятие (отрицание). Следует согласиться с тем, что «анализ цели любой правовой деятельности с необходимостью предполагает вычленение двух ее сторон, взаимоисключающих и одновременно предполагающих друг друга. При этом одна из сторон (причина – объективное) имеет доминирующее значение и обуславливает другую (свое отрицание – нечто субъективное)»⁴. Применительно к необходимой обороне это, например, означает, что если ее основанием является общественно опасное посягательство, вызывающее необходимость в немедленном причинении посягающему вреда, то ее целью выступает субъективное отрицание указанного основания – причины, т. е. предотвращение или пресечение этого посягательства. Равным образом, если основанием крайней необходимости является грозящая опасность, неустранимая иначе, как причинением вреда, то целью крайней необходимости выступает устранение этой опасности, т. е. субъективное отрицание объективной причины, и т. п.

Обращение к нормам, регламентирующим обстоятельства, исключающие преступность деяния, показывает, что иногда они четко закрепляют цель поступка. Так, в ч. 3 ст. 15 УК, предусматривающей правомерность задержания, указывается на цель таких действий – доставление преступника соответствующим органам власти. В ст. 27 Основ 1991 г., например, закрепляется, что профессиональный и хозяйственный риск признается непроступным действием, если он предпринят для достижения общественно полезной цели. В других же нормах Основ вывод о цели либо подразумевается, либо выражен в смежных или близких понятиях. Так, в литературе отмечается, что в норме УК о необходимой обороне слова «при защите интересов Советского государства, общественных и личных интересов» следует понимать как соотносимые «с целью защиты»⁵. Точно так же в норме закона о крайней необходимости словосочетание «для устранения опасности» можно понимать как соотносимое «с целью устранения опасности». Таким образом, *общественно полезная цель является обязательным признаком рассматриваемых поступков*. Совершение же действий для достижения противоправной, общественно вредной цели свидетельствует о преступном характере данного поведения, поскольку «лицо, избравшее противоправную цель, уже более или менее определенно становится па преступный путь, т. к. цель обуславливает всю линию его поведения»⁶. Важно также, что правомерный характер совершаемому поступку придает наличие общественно полезной цели, достигаемой допустимыми (правовыми) средствами. Здесь, как и в других случаях, действует известный принцип, что цель, какой бы общественно значимой она ни была, не может оправдать любые средства ее

¹ См.: Гаврилов О. А. Проблемы исследования эффективности действия правовой системы // Правовая система социализма. М., 1987. Т. 2. С. 239.

² См.: Анохин П. К. Принципиальные вопросы общей теории функциональных систем // Принципы системной организации функций. М., 1973 С. 32.

³ См.: Кудрявцев В. Н. Причинность в криминологии. С. 137.

⁴ Мизулина Е. Б., Мизулин М. Ю. Диалектика цели в праве // Философские проблемы субъективного права. Ярославль, 1990. С. 21.

⁵ См.: Шавгулидзе Т. Г. Указ. соч. С. 88.

⁶ Кудрявцев В. Н. Причинность в криминологии. С. 137.

достижения. Именно поэтому причинение вреда объекту поступка должно быть соизмеримо с целью этого поступка.

Следует иметь в виду, что указание на общественно полезную цель рассматриваемых поступков как на обязательный их признак вовсе не означает, что эта цель во всех случаях должна быть достигнута. Для оценки поступка в качестве правомерного достаточно того, что общественно полезная цель имелась у лица и им были предприняты допустимые средства ее достижения. Иными словами, недостижение цели в таких случаях не меняет правомерного характера совершенного поступка. Так, фактическое причинение вреда объектам уголовно-правовой охраны в условиях оправданного риска даже при недостижении поставленной общественно полезной цели исключает преступность содеянного. Точно так же закон не ставит обязательного условия, чтобы цель задержания преступника (в случае причинения ему вреда) фактически была достигнута. Поэтому правомерным следует признать соразмерный вред, который был причинен преступнику, но последнего по каким-то причинам задержать не удалось. Равным образом правомерной должна признаваться и необходимая оборона в случаях, когда путем причинения посягающему соразмерного вреда не удалось предупредить или пресечь общественно опасное посягательство. Имея в виду подобные ситуации, В. Н. Кудрявцев отмечает, что в случае необходимой обороны или при задержании преступника причиненный преступнику вред не всегда дает возможность спасти жизнь или сохранить здоровье потерпевшего. Тем не менее и эти действия будут расцениваться по закону как правомерные. Позитивное содержание целей, преследуемых действующим субъектом, общественно полезная направленность этих действий является главным их свойством, определяющим конечную оценку»¹.

Нечеткое указание в законе на цель крайней необходимости вызвало дискуссию о правомерности так называемой неудавшейся крайней необходимости. Так, С. А. Домахин считал, что в случаях, когда «большой вред, который лицо стремилось предотвратить путем причинения меньшего вреда, не предотвращен или предотвращен только частично, уголовная ответственность не исключается, поскольку отсутствует необходимое условие крайней необходимости: предотвращенный вред должен быть больше вреда причиненного»². Напротив, по мнению Н. Д. Дурманова, «из смысла ст. 14 Основ можно заключить, что закон не устанавливает для состояния крайней необходимости обязательного достижения цели устранения угрожающей опасности, а считает достаточным, если совершенные действия были добросовестно направлены к этой цели»³. А. Б. Сахаров предлагает в самом законе предусмотреть, что «состояние крайней необходимости не исключается, если действия, предпринятые с целью предотвращения вреда правоохраняемым интересам, не увенчались успехом и вред наступил, несмотря на усилия лица, добросовестно рассчитывавшего его предотвратить»⁴. Представляется, что такое дополнение закона было бы излишним, если бы в нем была четко сформулирована цель крайней необходимости – устранение опасности, грозящей правоохраняемым интересам. В *таком* случае правомерным признавался бы и вред, причиненный в пределах этой цели, которую, однако, достичь и не удалось.

Известно, что в зависимости от степени вызревания, готовности средств достижения различают цели ближайшие (опирающиеся на уже сложившиеся возможности) и отдаленные (последующие, промежуточные, перспективные, конечные), связанные с возникающими возможностями. При этом ближайшие цели выступают как непосредственные практические задачи⁵. Их осуществление является средством достижения

¹ Кудрявцев В. Н. Правовое поведение: норма и патология. С. 219.

² Домахин С. А. Указ. соч. С. 59. См. также: Гринберг М. С. Указ. соч. С. 54-55.

³ Дурманов Н. Д. Указ. соч. С. 39.

⁴ Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования. С. 130.

⁵ См.: Казакевич Т. А. Указ. соч. С. 148-150.

более отдаленных целей. Если цели, находятся в определенной взаимозависимости, то можно говорить об «иерархии целей», или «лестнице» целей¹. Представляется, что такая иерархия целей характерна и для поступков, исключающих преступность деяния. В качестве конечной здесь выступает общая цель, например, защитить правоохраняемые интересы при необходимой обороне и крайней необходимости, а также задержании преступника, достичь намеченного общественно полезного результата при риске и т. д. Однако достижение этих общих целей предполагает причинение вреда объектам уголовно-правовой охраны, поскольку такой вред является неизбежным средством достижения указанных общих целей. Поэтому причинение вреда тем или иным объектам – ближайшая цель рассматриваемых действий. В этой связи вряд ли можно согласиться с Н. Д. Дурмановым, что «причинение определенного вреда при совершении действий в состоянии крайней необходимости является не целью лица, а неизбежным моментом предотвращения более значительного вреда»². Но ведь неизбежный момент причинения менее значительного вреда и есть та непосредственная ближайшая цель, путем достижения которой лицо стремится устранить грозящую опасность.

Таким образом, рассматриваемые действия, исключающие преступность деяния, преследуют по меньшей мере два вида целей, одна из которых – ближайшая – заключается в стремлении причинить определенный вред объектам уголовно-правовой охраны. Эта цель, однако, всегда подчинена другой – промежуточной или конечной – и не может выходить за ее пределы, т. е. должна соответствовать этой цели, «вписываться» в нее. Например, если ближайшей целью необходимой обороны является причинение посягающему вреда, то она должна соответствовать промежуточной – предотвратить или пресечь посягательство, а тем самым и конечной – защитить правоохраняемые интересы.

Цель как обязательный элемент поступков, исключающих преступность деяния, тесно связана с другими элементами данных поступков и их основаниями. Так, сама постановка цели определяется, как отмечалось, мотивами, личностными установками субъекта, а также основаниями совершения поступка. Рассматриваемая цель непосредственно связана с оценкой возможностей средств ее достижения, объекта, на который будет направлено деяние, а также места и времени его совершения. Следовательно, цель определяет и объективную сторону рассматриваемых поступков, а тем самым его природу, поскольку их правомерность зависит не только от цели, но и от средств ее достижения. Специфика рассматриваемых поступков заключается в том, что их общественно полезная цель достигается посредством причинения лишь определенного вреда объектам уголовно-правовой охраны. При этом в одних случаях (крайняя необходимость, профессиональный риск, исполнение служебного долга) такое средство является единственно возможным, а в других (при необходимой обороне) субъект выбирает его по своему усмотрению. Однако во всех ситуациях обязательно требование, чтобы причиненный вред не выходил за пределы, поставленной цели. Б. С. Волков правильно пишет, что «для признания правомерности необходимой обороны требуется, чтобы действия обороняющегося были подчинены цели защиты и отражения общественно опасного посягательства и чтобы они не выходили за пределы этой цели, т. е. не выражали явного несоответствия защиты характеру и опасности посягательства»³. Именно цель предотвращения или пресечения посягательства играет решающую роль в определении границ допустимой защиты. Этот вывод имеет общее значение для обстоятельств, исключающих преступность деяния.

Объект поступка. Под объектом понимается та социальная ценность (благо), против которой он направлен и которой причиняет пользу или вред⁴. Эта ценность суще-

¹ См.: Ткешелидзе Т. Г. Судебная практика и уголовный закон. Тбилиси, 1975. С. 95

² Дурманов Н. Д. Указ. соч. С. 39.

³ Волков Б. С. Указ. соч. С. 92.

⁴ См.: Кудрявцев В. Н. Право и поведение. С. 14.

ствуует в определенной природной и социальной среде и, будучи включенной в деятельность человека, выступает в качестве ее предмета¹. Применительно к обстоятельствам, исключающим преступность деяния, впервые объект необходимой обороны выделил В. Ф. Кириченко, относивший к нему личность посягающего и его интересы². Вслед за ним на объект действий в состоянии крайней необходимости указывал и С. А. Домахин³. Следует, однако, отметить, что большинство криминалистов все же связывают понятие объекта необходимой обороны, крайней необходимости и других рассматриваемых обстоятельств с теми благами (ценностями), которые лицо вправе защищать⁴. Но в такой трактовке не проводится различие между объектом охранительного правоотношения необходимой обороны, крайней необходимости и т. д. и объектом самого поступка, каковым являются необходимая оборона и любое другое обстоятельство, исключающее преступность деяния. С этой точки зрения В. Ф. Кириченко правильно различал объект посягательства при необходимой обороне и объект самой необходимой обороны, равно как и С. А. Домахин выделял объекты, которым угрожает опасность, и объекты действий лица в состоянии крайней необходимости⁵. Такой подход, помимо всего прочего, соответствует и отмеченному различию между поступком, исключающим преступность деяния, и его правовым основанием, где каждое из этих явлений имеет свой, присущий ему объект.

Таким образом, *объектом поступка, исключающего преступность деяния, признается та ценность (благо), которой субъект причиняет определенный вред для достижения поставленной общественно полезной цели*. Этот объект тесно связан с другими элементами рассматриваемых поступков. Так, он противостоит субъекту, который причиняет объекту вред. Известно, далее, что объект определяется на стадии планирования и принятия решения совершить поступок, поэтому он возникает вместе с постановкой цели, а также оценкой возможностей и средств по ее достижению путем причинения вреда данному объекту. Очевидна также связь объекта с объективной стороной поступка, которая выражается в совершении действия, направленного на причинение вреда этому объекту. Наконец, связь объекта с субъективным контролем заключается в том, что субъект в течение всего времени совершения поступка должен правильно осознавать тот объект, на который направлено его действие.

Специфика объектов поступков, исключающих преступность деяния, состоит в том, что они всегда входят в число объектов уголовно-правовой охраны от сходных посягательств. Вопрос о правомерности рассматриваемых поступков потому и возникает, что их объектом выступают именно те ценности, которые поставлены под охрану уголовного закона (например, жизнь, здоровье, личная свобода, имущество человека, общественный порядок, нормальная деятельность предприятий, учреждений и организаций и т. д.). Следовательно, если вред причиняется благам, не охраняемым уголовным законом, то и не возникает проблемы обстоятельств, исключающих преступность деяния. В то же время круг объектов каждого вида этих обстоятельств является строго определенным и неодинаковым для каждого из них. Это зависит от сферы распространения того или иного вида обстоятельств на определенный круг деяний. Например, для действий в состоянии необходимой обороны характерны такие объекты, как жизнь, здоровье, личная свобода, телесная неприкосновенность и имущество посягающего. Для крайней же необходимости этот круг более широк: наряду с перечисленными объектами крайней необходимости могут выступать неприкосновенность государственной границы, государственная тайна, имущество государственных, кооперативных и других

¹ См.: Кураигвили Б. П. Очерки теории государственного управления. С. 34-35.

² См.: Кириченко В. Ф. Указ. соч. С. 26.

³ См.: Домахин С. А. Указ. соч. С. 29.

⁴ См. напр.: Шавгулдзе Т. Г. Указ. соч. С. 98, 141.

⁵ См.: Кудрявцев В. Н. Право и поведение. С. 14.

общественных организаций и др. Иными словами, число объектов того или иного вида поступков, исключающих преступность деяния, зависит от круга тех видов преступлений, под внешние признаки которых способен подпадать данный вид поступков. Следовательно, каждый вид рассматриваемых поступков характеризуется не только определенностью субъекта, но и соответствующим кругом объектов. Поэтому причинение вреда объекту, не характерному для данного вида поступков, свидетельствует либо о другом обстоятельстве, исключающем преступность деяния, либо о совершении преступления. Известно, например, что объектом необходимой обороны является личность посягающего и его интересы. Если же для пресечения или предотвращения общественно опасного посягательства вред причиняется не посягающему, а другим физическим или юридическим лицам, то оценка правомерности вреда производится либо по правилам крайней необходимости (при наличии всех ее признаков и основания), либо расценивается как соответствующее преступление.

Вместе с тем нельзя исключать, что в силу сложившейся обстановки лицо может ошибочно направить свои действия на объект, не присущий данному поступку (так называемая ошибка в объекте). В таком случае вопрос об оценке причиненного вреда должен решаться по правилам фактической ошибки применительно к тому или иному виду обстоятельств, исключающих преступность деяния. Если, например, гражданин при задержании преступника причиняет вред не самому посягавшему, а лицу, ошибочно принятому за преступника (так называемое причинение вреда мнимому преступнику), то оценка причиненного вреда зависит от вида допущенной ошибки: была она извинительной или неизвинительной. При извинительной ошибке ответственность вовсе исключается либо возможна за превышение пределов вреда, допустимого при задержании действительного преступника. В случае же неизвинительной ошибки наступает ответственность за неосторожное преступление на общих основаниях¹.

Объективная сторона поступков, исключающих преступность деяния, представляет собой процесс правомерного причинения вреда объекту этих поступков, рассматриваемый с внешней своей стороны. Этот процесс начинается с осуществления действия или бездействия и завершается наступлением определенного правомерного результата. Очевидно, что каждый такой поступок происходит в определенной обстановке, часто включает в себя использование субъектом различных природных сил и механизмов, предметов и средств. В любом случае, подобно объективной стороне преступления, можно выделить три главных составных элемента, из которых складывается объективная сторона правомерного поступка: 1) действие или бездействие (деяние) субъекта, входящее в объективную сторону своей физической, внешней стороной, выполненное определенным способом (с избирательным использованием средств) и в определенных объективно предметных условиях обстановки; 2) изменения в объекте поступка, вызванные данным действием (бездействием), т. е. его результат; 3) причинная связь между совершенным действием и наступившим результатом.

1. Рассматриваемое деяние с объективной стороны выражается прежде всего в действии или бездействии. Отсюда следует, что первым признаком деяния является его активность или пассивность. Известно, что большинство поступков, исключающих преступность деяния, совершается путем активного поведения, т. е. действия. Во всяком случае это обязательный признак поступков по осуществлению субъективного права (необходимая оборона, крайняя необходимость, задержание преступника и др.). Вместе с тем иногда считают, что эти поступки могут быть совершены и путем бездействия. Так, по мнению Т. Г. Шавгулидзе, осуществление необходимой обороны и задержания преступника возможны как действием, так и бездействием². Многие авторы исходят из того, что крайняя необходимость с внешней своей стороны также может выражаться в пассивном, поведении. Н. Н. Паше-Озерский считал, что бездействие имеет место,

¹ См.: Ткешелидзе Т. Г. Судебная практика и уголовный закон. Тбилиси, 1975. С. 95.

² См.: Шавгулидзе Т. Г. Указ. соч. С. 98, 141.

например, тогда, когда «акт крайней необходимости выражается в невыполнении какой-то правовой обязанности в целях осуществления другой правовой обязанности или в невыполнении какой-либо правовой обязанности для спасения какого-либо блага и т. д.»¹ В подобных суждениях не учитывается, что законодательные нормы о необходимой обороне, крайней необходимости и задержавши преступника являются управомочивающими: они представляют гражданину возможность совершать лишь активные положительные действия. Кроме того, в действующем уголовном законодательстве эти поступки с внешней стороны характеризуются только через действие (ч. 3 ст. 15 УК Украины, ч. 3. ст. 13 УК Узбекистана, ст. 13¹ УК Эстонии, ст. ст. 24-27 Основ 1991 г.). Этимологически слова «оборона», «защита», «задержание», «устранение» означают действие лишь активным образом. Поэтому поступки, основанные на субъективном праве, исключают бездействие субъекта. Это же можно отнести и к большинству поступков по выполнению правовой обязанности и исполнению служебного долга (например, производство врачом операции, тушение пожара пожарником, применение оружия работником милиции и т. д.). Однако, исключить, что подобного рода поступки могут выражаться и в виде бездействия, нельзя. Ведь социально и юридически значимое бездействие представляет собой разновидность вмешательства человека в систему общественных отношений, где оно может сыграть как полезную, так и вредную роль, «изменяя, усиливая или прерывая объективные взаимосвязи между естественными или общественными событиями или явлениями»². Так, в ст. 27 проекта Основ прямо указывалось, что не является преступлением деяние, совершенное во исполнение приказа или распоряжения. Очевидно, что понятие «деяние» охватывает здесь как действие, так и бездействие лица, исполняющего законный приказ или распоряжение.

Второй признак рассматриваемого деяния – его совпадение по фактическим признакам с описанием какого-либо преступления в законе. Применительно к необходимой обороне это, например, означает совпадение признаков действия обороняющегося с фактическими признаками действия при убийстве, нанесении телесных повреждений, уничтожении или повреждении имущества и т. п. Точно так же бездействие при исполнении законного приказа должно совпадать по фактическим своим признакам с бездействием, например, при оставлении в опасности, неоказании помощи, недонесении о преступлении и т. д. Следовательно, если совершенное действие или бездействие не совпадает с фактическими признаками преступления, то и не возникает самой проблемы обстоятельств, исключающих преступность деяния.

Всякое действие или бездействие протекает в определенной обстановке, часто с использованием средств своего осуществления. Эта обстановка как совокупность объективных условий осуществления действия (бездействия) включает в себя, помимо всего прочего, место и время совершения действия (бездействия). В своем единстве они выступают в роли объективно-предметных условий, в которых происходит правомерное действие или бездействие. Способ же и средства принадлежат самому деянию, при этом способ имманентен всякому действию или бездействию, а средства используются субъектом деяния избирательно. Способ осуществления правомерного действия или бездействия имеет много общего со способом преступного деяния: основные его признаки являются общими как для правомерного, так и для преступного посягательства, поскольку всякое сознательное и волевое деяние предполагает соответствующий способ его осуществления. С учетом признаков способа совершения преступления, основательно исследованного в работах Н. И. Панова³, *способ совершения действия (без-*

¹ Паше-Озерский Н. Н. Указ. соч. С. 162.

² Кудрявцев В. Н., Маленин Н. С. Правовое поведение, его субъекты и пределы // Правоведение. – 1980. – № 3. – С. 32.

³ См.: Панов Н. И. Уголовно-правовое значение способа совершения преступления. Х., 1984; *его же*: Способ совершения преступления и уголовная ответственность. Х., 1982 и др.

действия) в составе поступка, исключаящего преступность деяния, может быть определен как определенный порядок, метод, последовательность движений и приемов, применяемых субъектом при совершении правомерного действия или бездействия с избирательным использованием при этом различных средств для достижения поставленной общественно полезной цели. Способ реально воплощается только в своем действии или бездействии и в то же время существенно влияет на него, определяя во многом его характер, т. е. его внешние объективные свойства, качественное своеобразие, позволяющие отличать одно действие от другого. Поэтому действие, совершенное, например, в состоянии необходимой обороны, отличается от действия при выполнении профессиональных обязанностей. Равным образом действия даже одного вида поступков, исключаящих преступность деяния, часто отличаются друг от друга благодаря способу их осуществления, особенно если это связано с использованием различных средств.

К объективно-предметным условиям, в которых развивается и осуществляется правомерное действие (бездействие), относятся место, время, обстановка. Место определяется тем пространством, в котором осуществляется данное действие или бездействие. Оно в совокупности с другими объективными условиями влияет на характер обстановки, а тем самым и на решение вопроса о необходимости совершения рассматриваемого действия или бездействия. Время – это тот временной отрезок, в течение которого производится правомерное действие или бездействие. Этот промежуток имеет важное уголовно-правовое значение, которое заключается в том, что для признания данного действия (бездействия) правомерным необходимо чтобы оно осуществлялось лишь в определенное время, а именно в течение периода возникновения и существования основания того поступка, структурным элементом которого является данное действие или бездействие. Поэтому его совершение до момента возникновения указанного основания либо после того, как основание уже «исчерпало себя», неправомерно. Именно в связи с этим возникли известные проблемы определения уголовно-правовых последствий так называемых преждевременных необходимой обороны и крайней необходимости, запоздалого задержания преступника и т. п.

Обстановка совершения действия (бездействия) представляет собой совокупность разнообразных объективных условий его осуществления. Указание на обстановку имеется в ряде норм, регулирующих обстоятельства, исключаящие преступность деяния. Так, об обстановке задержания преступника говорится в ч. 3 ст. 15 УК Обстановка применения оружия играет важную роль и при оценке действий, командира (начальника) в соответствии со ст. 7 Дисциплинарного устава Вооруженных Сил СССР. В ст. 16 УК предусматривается не преступность действий в состоянии крайней необходимости, если грозящая опасность при данных обстоятельствах не могла быть устранена другими средствами. Представляется, что «данные обстоятельства» означают не что иное, как данную обстановку. Очевидно, что обстановка – необходимое объективное условие каждого действия (бездействия) в составе поступка, исключаящего преступность деяния. Такая обстановка имеет двойное уголовно-правовое значение. Она определяет фактическое основание совершения рассматриваемого действия или бездействия, поскольку свидетельствует о необходимости причинения вреда объектам уголовно-правовой охраны. Кроме того, обстановка влияет и на пределы указанного вреда, поскольку последний должен соответствовать не только правовому его основанию, но и обстановке, в которой причиняется вред.

Рассматриваемое действие (бездействие) непосредственно связано со всеми элементами поступка, исключаящего преступность деяния, и в первую очередь с его субъектом, поскольку различные качества действия или бездействия проявляются в своеобразном для данного лица образе действия. Кроме того, ценностные установки, характер миропонимания, социально-психологические качества и т. п. всегда отражают индивидуальность совершаемого субъектом действия или бездействия. Например, два

различных субъекта, находясь в одном и том же состоянии необходимой обороны, всегда совершают неодинаковые действия, обусловленные, помимо всего прочего, особенностями их личности. Кроме того, на индивидуальность совершаемого деяния влияет и правовое положение субъекта. Это особенно характерно при совершении действия (бездействия), основанного на юридической обязанности или служебных полномочиях (например, применение оружия, выполнение профессиональных функций и др.). Далее, рассматриваемое действие (бездействие) неразрывно связано и с объектом поступка, поскольку особенность последнего определяет и диктует форму и содержание осуществления данного деяния. Совершая правомерное действие или бездействие, субъект вынужден подчинять его особенностям того объекта, на который оно направлено. Так если объектом акта необходимой обороны являются различные блага посягающего, то, следовательно, оборона может выражаться в совершении лишь такого действия, которое способно причинить им вред и предотвратить или пресечь посягательство (например, нанесение телесных повреждений, лишение жизни). Все другие действия, не способные причинить указанный вред объекту, не могут характеризовать необходимую оборону (например, бегство, парирование ударов, отталкивание посягающего и т. п.). Поэтому содержание рассматриваемых деяний различается в зависимости от того, насколько различны объекты этих действий. Иногда от свойств этих объектов зависит и интенсивность деяния. Например, при обороне от посягательства на жизнь со стороны малолетнего или престарелого лица достаточно причинения нетяжкого вреда. И напротив, защита от такого же посягательства со стороны молодого и физически здорового человека либо нескольких лиц требует совершения более интенсивных действий, определяемых способом, средствами и продолжительностью их осуществления.

Правомерное действие (бездействие) всегда направлено на достижение поставленной общественно полезной цели (предотвратить или пресечь общественно опасное посягательство, устранить опасность, задержать преступника, излечить больного или облегчить его состояние, восстановить воинскую дисциплину и т. д.). Поэтому направленность рассматриваемых действий определяется и их целью, которая как закон определяет способ и характер действия субъекта¹. Например, целью насильственных действий гражданина, преследующего преступника, является его задержание, с тем чтобы передать его органам власти. Именно этой цели подчинены действия, связанные с причинением преступнику телесных повреждений, нанесением побоев и т. п. В случае же, если подобные действия преследуют иную цель (например, расправу над преступником), они признаются неправомерными. Учитывая, наконец, что мотив и цель – явления взаимозависимые, обусловленные друг другом, можно установить закономерную связь рассматриваемых действий (бездействия) с их мотивом: в конечном счете они избираются с учетом не только цели, но и мотива данного поступка.

С учетом изложенного действие (бездействие) как элемент объективной стороны поступков, исключающих преступность деяния, может быть определено как активное или пассивное поведение лица, совершаемое определенным способом с избирательным использованием средств и направленное на причинение вреда объекту поступка, с тем чтобы достичь поставленной общественно полезной цели.

2. Второй элемент объективной стороны поступков, исключающих преступность деяния, – тот результат, который причиняется рассмотренным действием (бездействием). Этот результат всегда отражает изменения в объекте данного поступка, вызванные совершением действия или бездействия. Поэтому его признаки непосредственно зависят от существенных свойств объекта поступка и правомерного действия (бездействия) и могут быть раскрыты лишь в связи с последними. Указанное действие по отношению к объекту поступка выступает в качестве причиняющего фактора, т. е. оно

¹ См.: Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 23. С. 189.

нарушает, изменяет, ущемляет или разрушает этот объект, иными словами, причиняет ему вред. Поэтому результат действия всегда выражается в причинении вреда объекту поступка.

В зависимости от того, является ли этот объект материальным или нематериальным благом, можно различать два вида вреда, причиняемого данному объекту: материальный и нематериальный. В свою очередь, материальный вред имеет подвиды: личный или физический (смерть человека, телесные повреждения различной степени тяжести, физическая боль и т. д.), имущественный (уничтожение или повреждение имущества), экологический и др. Особенность такого вреда состоит во внешней выраженности, обозначенности, позволяющей судить не только о его характере, но и о размере (что имеет важное значение для определения пределов этого вреда). Нематериальный вред также подразделяется на определенные подвиды: моральный, социальный, политический, организационный и др. Очевидно, что в основе такого вреда нежит объект, не связанный с материальными благами. Особенность этого вида вреда видится в том, что он не выражен во внешнем мире осязаемо, и поэтому невозможно измерить его с помощью формально определенных критериев. Здесь, очевидно, применимы только качественные оценки данного вреда.

Отметим, что для основной массы поступков, исключающих преступность деяния, наиболее характерно причинение именно материального вреда (например, причинение личного и имущественного вреда посягающему в состоянии необходимой обороны и при задержании преступника; нанесение имущественного ущерба – при хозяйственном риске и т. д.). Вполне возможен и вред нематериальный (например, переход государственной границы в состоянии крайней необходимости, разглашение служебной тайны в отдельных ситуациях исполнения служебного долга и т. п.).

Причиняемый вред должен соответствовать его пределам, установленным законом. Каждый правомерный поступок, исключающий преступность деяния, всегда ограничен определенными пределами, в том числе в части допустимого вреда. Так, согласно закону необходимая оборона является правомерной, если не были превышены ее пределы; крайняя необходимость признается действием непроступным, если причиненный вред менее значителен, чем вред предотвращенный; задержание преступника считается правомерным, если причиненный ему вред соответствовал опасности посягательства и обстановке задержания преступника, и т. д. Таким образом, вред признается правомерным, если он не превысил известных пределов. Очевидно, что каждый поступок характеризуется своими особенностями, при определении пределов причиненного вреда. Однако имеются и некоторые общие моменты, очерчивающие эти пределы.

Прежде всего отметим, что в литературе различно, особенно в отношении пределов необходимой обороны, решается вопрос о том, каким принципом следует руководствоваться при определении пределов дозволенного вреда: необходимости или соразмерности. В соответствии с принципом необходимости правомерным признается вред, который в сложившейся обстановке был необходим конкретному субъекту для достижения общественно полезной цели поступка. Этот принцип закреплен в УК некоторых зарубежных стран. Так, согласно ч. 2 § 32 УК ФРГ необходимая оборона есть защита, которая требуется для того, чтобы отразить наличное противоправное посягательство на себя или кого-либо другого. В ст. 36 УК Японии ненаказуемым признается действие, которое неминуемо необходимо для того, чтобы защитить себя или другого от посягательства. В § 6 УК Финляндии значителен, что не подлежит наказанию лицо, которое совершило действие, необходимое для отражения нападения. Принцип же соразмерности предполагает, что причиняемый вред должен соответствовать определенным факторам, связанным с совершением поступка, причиняющего вред. Этот принцип характерен для нашего права. Так, ч. 2 ст. 15 УК предусматривает соразмерность защиты посягательству при необходимой обороне; грозящей опасности причиненному

вреда при крайней необходимости; опасности посягательства и обстановке – вреду, нанесенному преступнику при его задержании. В зарубежном законодательстве принцип соразмерности положен в основу института крайней необходимости. Так, по § 33 УК ФРГ совершенное при крайней необходимости деяние не является противоправным, если оно является соразмерным средством устранения грозящей опасности. Комментируя ст. 34 УК Швейцарии, Г. Ф. Пфеннингер отмечает, что «на крайнюю необходимость также распространяется принцип соразмерности, т. е. совершение действия в состоянии крайней необходимости в ущерб чужому правовому благу разрешается только тогда, когда чужому благу был бы причинен меньший вред, чем тот, который грозит правовому благу, подвергающемуся опасности»¹.

Оценивая указанные подходы, отметим, что при определении пределов правомерного вреда всякий раз имеет место коллизия интересов. С одной стороны, общество заинтересовано в незыблемости и гарантированной защите наиболее важных ценностей, охраняемых уголовным законом (жизнь человека, его здоровье, имущество, общественный порядок, безопасность и т. д.). С другой же – несомненно, что имеется общий интерес в обеспечении, например, прав человека, подвергнувшегося общественно опасному посягательству, когда государство неспособно обеспечить его личную неприкосновенность; устранении грозящей опасности, хотя это и связано с принесением в жертву менее ценного блага; облегчении состояния больного в результате различных форм врачебного вмешательства; обеспечении прогресса науки и техники, хотя бы это и было связано с созданием некоторой опасности охраняемым ценностям; неприкосновенности общих интересов, защищаемых представителем власти с помощью силы или оружия, и т. д. Коллизия этих и других подобных интересов всегда ставит общество перед выбором: какому интересу отдать предпочтение; допустимо ли причинение вреда при защите того или иного интереса, а если допустимо, то в каких пределах; какие критерии следует положить в основу оценки этого вреда и т. п. И. Берлин правильно пишет, что в подобных случаях мы должны прибегнуть к «бухгалтерии», согласно которой в каждой конкретной ситуации нельзя уделить равное внимание всем ценностям и принципам. «В целом лучшее, что можно сделать, – это соблюдать некий, пусть хрупкий баланс, который предотвратит возникновение отчаянных ситуаций и ужасных альтернатив. Таков непреложный закон всякого нормального общества, такова цель, к которой мы можем стремиться, несмотря на ограниченность наших познаний и на неадекватность наших представлений о людях и обществах... Без этого невозможны ни нормальное общество, ни морально приемлемые поступки»². В рассматриваемых случаях это означает, что необходимо стремиться к установлению некоторой социальной справедливой соразмерности при коллизии интересов. В основу такой соразмерности должны быть положены культурные навыки современного правового строя и общепризнанная человеческая мораль. С этой точки зрения вряд ли приемлемо принятие без всяких ограничений принципа необходимости в определении пределов причинения вреда, ибо по существу в таком случае отсутствуют какие-либо объективные критерии такого вреда. Даже там, где он провозглашен, этот принцип подвергается соответствующей корректировке. Финский криминалист Б. Хонкасало, комментируя положения УК Финляндии о пределах необходимой обороны, отмечает, что, хотя буквальный текст закона и говорит о принципе необходимости для защиты правового блага, не следует из этого делать никаких крайних выводов: применение максимального насилия для защиты совсем незначительного интереса вне всякого сомнения надо рассматривать как превышение пределов необходимой обороны³. Относительно УК Греции, где за-

¹ Пфеннингер Г. Ф. Швейцарское уголовное право // Современное зарубежное уголовное право. М., 1959. Т. 2. С. 337.

² Берлин И. Опасность иллюзий // Лит. газ. – 1990. – 28 февр.

³ Хонкасало Б. Финское уголовное право // Современное зарубежное уголовное право. М., 1959. Т. 2. С. 85.

щитой считается: причинение вреда, необходимого для отвращения нападения, А. Мангакис пишет, что необходимость защитного действия должна быть установлена путем оценки конкретной обстановки, и поэтому следует требовать, чтобы существовала известная пропорциональность между защитой и нападением¹. Ф. Новаковский указывает, что хотя УК Австрии и предусматривает право на причинение вреда благам нападающего, поскольку это необходимо для отвращения нападения, оправдано только применение самого мягкого средства, обеспечивающего успех и не подвергающего опасности каких-либо признанных правом интересов. О тенденции к ограничению принципа необходимости в определении пределов причинения вреда при обстоятельствах, исключающих преступность деяния, свидетельствуют и ведущиеся за рубежом законопроектные работы. Так, проект УК Канады, например, исключает ответственность собственника движимого имущества, если он причиняет вред лицу, незаконно посягающему на это имущество, кроме случаев причинения потерпевшему смерти или тяжких телесных повреждений. Не подлежит ответственности и собственник недвижимого имущества за применение разумной силы, необходимой для воспрепятствования посягательству на его имущество, если при этом не создается угроза смерти или тяжкого телесного повреждения другим лицам.² Очевидно, что в этих случаях пределы причинения вреда ставятся в определенную зависимость от опасности, угрожающей имуществу собственника. Комментаторы реформы уголовного законодательства Франции отмечают, что существенно расширяются понятие пределов необходимой обороны, «особенно в случаях явных и агрессивных нападений с целью завладения имуществом. Однако вводится и категория соразмерности средств обороны и характера нападения»³.

Таким образом, можно заключить, что в современном зарубежном законодательстве преобладает стремление установить пределы причинения вреда в соответствии с принципом соразмерности. При этом в определенных границах допускается и принцип необходимости. Особенно это характерно для уголовного права США. В ст. 33 УК штата Нью-Йорк различаются два вида пределов причинения вреда: причинение физической силы и смертельной физической силы, т. е. такой силы, которая при обстоятельствах, когда она применяется, способна тотчас причинить смерть или другой тяжкий телесный вред. В рамках каждого из этих пределов лицо вправе, причинить вред, который оно считает разумно необходимым для достижения общественно полезной цели. В п. 2 § 35.20 указано, что лицо, владеющее помещением и любой недвижимостью или осуществляющее контроль за нею, а также лицо, имеющее соответствующее разрешение или привилегию находиться внутри нее или на ней, может применить физическую силу к другому лицу, если оно разумно полагает, что это необходимо для предотвращения или пресечения того, что, как оно разумно полагает, представляет собой совершение или покушение на совершение таким лицом уголовно наказуемого нарушения владения помещением или любой недвижимостью. Оно может применить физическую силу любой степени, кроме смертельной физической силы, которая, как оно разумно полагает, необходима для данной цели, и оно может применять смертельную физическую силу для предотвращения или пресечения совершения или попытки совершения поджога или в ходе совершения или при попытке совершения берглэри.

Изложенное позволяет сделать вывод, что пределы причинения вреда при совершении поступков, исключающих преступность деяния, должны соотноситься с двумя факторами: 1) с характером и степенью опасности, угрожаемой правоохраняемым интересам; 2) с той обстановкой, в которой оказалось лицо, поставившее своей целью устранить (предотвратить, отвратить и т. п.) указанную опасность. Очевидно, что взятые в своем единстве оба

¹ Мангакис Г. Греческое уголовное право. С. 402.

² См.: Ковалев М. И., Козаченко И. Я. О реформе уголовного законодательства Канады // Сов. гос-во и право. – 1990. – № 5. – С. 139.

³ Боботов С. В., Сухов А. С. Реформа уголовного права во Франции // Сов. гос-во и право. – 1990. – № 8. – С. 124.

фактора представляют собой не что иное, как основание причинения рассматриваемого вреда. Поэтому *зависимость между пределами причинения вреда и его основанием заключается в том, что причиняемый объекту вред должен соответствовать его основанию*. Объясняется это тем, что наличие основания по существу вынуждает лицо причинять вред или (что одно и то же) вызывает необходимость совершить действия, связанные с причинением вреда. Но такие действия лишь в том случае будут морально оправданными и разрешенными правом, если вызванный ими вред будет соразмерным с той причиной, которая вынудила его нанести, т. е. с основанием причинения вреда.

Обязательные составляющие элементы причинения вреда – правовое и фактическое основания. Следовательно, причиняемый вред, должен соизмеряться одновременно как с одним, так и другим элементами, взятыми в единстве. В действующем законодательстве этот вывод прямо подтвержден при обрисовке пределов причинения вреда при задержании. По ч. 3 ст. 15 УК (ч. 3 ст. 13 УК Узбекистана) причиненный преступнику вред признается правомерным, если он соответствовал опасности посягательства (правовое основание) и обстановке задержания преступника (фактическое основание). Однако указанное соответствие является общим правилом, свойственным всем обстоятельствам, исключающим преступность деяния. Об этом свидетельствовали и некоторые предполагавшиеся новеллы в законодательстве. Так, по существу о соответствии вреда как правовому, так и фактическому основанию необходимой обороны шла речь в ч. 3 ст. 23 проекта Основ, где предусматривалось, что «превышением пределов необходимой обороны признается явное несоответствие защиты характеру и опасности посягательства, в результате чего посягающему причиняется вред, не вызываемый необходимостью предотвращения или пресечения посягательства». Указание на вред, не соответствующий характеру и опасности посягательства, означает его несоответствие правовому основанию необходимой обороны, а несоответствие того же вреда необходимости предотвращения или пресечения посягательства – ее фактическому основанию, т. е. обстановке защиты. Следует согласиться с А. Б. Сахаровым в том, что «это дополнение усиливает отграничение правомерной необходимой обороны от превышения ее пределов, поскольку помимо чисто оценочных критериев (несоответствие средств и методов защиты характеру и опасности посягательства), вводится и конкретный фактический критерий – причинение посягающему вреда, не вызываемого необходимостью отражения или пресечения посягательства»¹. Представляется, что и при крайней необходимости пределы причинения вреда также должны определяться его соответствием характеру угрожавшей опасности и обстановке по ее устранению и т. п. Можно поэтому сделать вывод, что *пределом дозволенного вреда при совершении поступков, исключающих преступность деяния, признается причинение субъектом объекту вреда, соответствующего характеру и степени опасности, угрожавшей правоохраняемым интересам, и обстановке, в которой предупреждалась, пресекалась, устранялась эта опасность*.

Отметим, что поскольку в едином основании правовое играет решающую роль, это определенным образом влияет и на пределы причиняемого вреда объекту поступка. Существующая здесь зависимость состоит в том, что этот вред должен соответствовать, быть соизмерным и явно не превосходить в первую очередь правовое основание. Поскольку же это основание представляет собой опасность, грозящую правоохраняемым интересам сам, то и вред, причиняемый с целью ее предотвращения (пресечения, устранения и т. д.), не может быть явно более значительным, чем эта опасность. Иными словами, правовое основание определяет *предел максимально допустимого вреда*, т. е. тот предел, который ни при каких условиях не может быть превышен без риска выйти за рамки правомерности поступка. В свою очередь, опасность, грозящая правоохраняемым интересам, может быть большой или относительно небольшой. Соответственно и максимальные пределы причинения вреда должны соизмеряться с видом той опасности, которая грозит правоохраняемым интересам. Это означает, что при устранении (пре-

¹ Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования. С. 124.

сечении, предотвращении) большой опасности соразмерным должен признаваться крупный, существенный, большой вред, причиняемый объекту поступка. И напротив, при относительно небольшой опасности допустимым является вред недостаточно существенный, не являющийся значительным. Например, вред, причиненный в состоянии необходимой обороны при защите от посягательства, не представляющего большой общественной опасности, не должен явно превосходить характер и опасность этого, посягательства; при задержании преступника, совершившего тяжкое преступление, максимально допустимый вред может быть значительным, большим, в том числе лишение жизни преступника, и т. д.

В то же время указанная зависимость причиняемого вреда от его правового основания не является абсолютной. Напротив, она относительна, ибо определяется и той обстановкой, в которой оказалось лицо в момент совершения действия, причиняющего вред. Это означает, что вред, соответствующий правовому основанию, правомерен лишь при условии, что он был причинен в определенной обстановке. Такая обстановка может быть двух видов: относительно благоприятной и неблагоприятной для лица, совершающего правомерное действие (бездействие). Именно при неблагоприятной обстановке оправдано и допустимо причинение максимального вреда, соответствующего правовому его основанию. Объясняется это тем, что субъект в таком случае находится в невыгодном, проигрышном положении и поэтому оправданным является причинение им крайнего, максимально возможного вреда. Например, при защите от посягательства на жизнь лицо, уступающее нападающему в силе, вправе лишить последнего жизни. Такой вред соответствовал бы как правовому (посягательство на жизнь), та и фактическому (неблагоприятная обстановка защиты) основаниям, взятым в единстве. Следовательно, *предел максимально допустимого вреда может быть определен как причинение субъектом в неблагоприятной обстановке вреда, соответствующего характеру и степени опасности, угрожавшей правоохраняемым интересам.*

Вместе с тем в ряде случаев лицо может оказаться в обстановке, когда оно имеет явное преимущество, занимает выгодное положение или, например, располагает вполне достаточными предметами и средствами, позволяющими ему реально достичь поставленной общественно полезной цели, хотя и с помощью вреда, но такого, который не достигал бы своих крайних, максимальных размеров. При этом, разумеется, лицо должно осознавать, что находится в момент совершения действия (бездействия) в такой относительно благоприятной для себя обстановке. Очевидно, что причинение в этом случае вреда, соответствующего лишь правовому его основанию, т. е. максимально допустимого, явилось бы излишним, ненужным, более чем достаточным. Если, например, при задержании убийцы гражданин имеет явную возможность осуществить задержание, причинив ему нетяжкий вред, то именно такой вред и является разумно достаточным, оправданным, предельным. И напротив, причинение тяжкого вреда (лишение жизни или тяжких телесных повреждений) в такой обстановке, хотя и было бы соизмеримо с опасностью совершенного посягательства (например, умышленным убийством), но одновременно явно не соответствовало бы относительно благоприятной обстановке задержания преступника (фактическому основанию). Иными словами, причинение максимально допустимого вреда было бы явно более чем достаточным для достижения цели задержания преступника. Поэтому нанесение в относительно благоприятной обстановке возможно максимального вреда неоправдано, нарушает разумную достаточность при достижении общественно полезной цели. Такой вывод тем более обоснован, что средством достижения этой цели в данном случае является причинение вреда наиболее важным ценностям, которые при иных условиях охраняются именно уголовным законом от сходных посягательств.

Таким образом, относительно благоприятная обстановка обосновывает пределы разумной достаточности или, иначе, *пределы, достаточного вреда.* Поэтому этот предел можно определить как *причинение субъектом в относительно благоприятной*

обстановке вреда, достаточного для достижения предусмотренной законом общественно полезной цели. Очевидно, что и этот предел одновременно соответствует как правовому основанию причинения вреда (достаточный вред всегда находится в рамках максимально допустимого), так и фактическому (относительно благоприятной обстановке), взятыми в единстве.

Вывод о соблюдении пределов достаточного вреда подтверждается международно-правовыми актами и национальным законодательством. В соответствии со ст. 3 Кодекса поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка, принятого 17 декабря 1979 г. Генеральной Ассамблеей ООН, указанные лица «могут применять силу только в случае крайней необходимости и в той мере, в какой это требуется для выполнения их обязанностей». В комментарии к этой статье сказано, что должностными лицами не может применяться сила, превышающая необходимые пределы для достижения законных целей. Эти положения использованы в советском и зарубежном законодательстве. Статья 6 Закона СССР «Об обязанностях и правах внутренних войск Министерства внутренних дел СССР по охране общественного порядка», предусматривая право на применение специальных средств, предписывает, что «вид специального средства и интенсивность его применения определяются с учетом складывающейся обстановки, характера правонарушения и личности правонарушителя. При их применении должна сводиться к минимуму возможность причинения ущерба здоровью правонарушителей». В ст. 12 Закона Украины «О милиции» также говорится, что «в случае невозможности избежать применения силы она не должна превышать меру, необходимую для исполнения возложенных на милицию обязанностей, и должна сводиться к минимуму возможности причинения ущерба здоровью правонарушителей и других граждан». Подобные положения закреплены и в ст. 4 «Постановления о применении народной полиции оружия и. предупредительных средств», утвержденного Государственным Советом КНР 5 июля 1980 г.: «В случае открытия огня по преступным элементам необходимо сделать устное предупреждение и предупредительные выстрелы и, как только преступные элементы проявят страх и покорность, немедленно прекратить огонь». В случае же применения полицейских дубинок для пресечения преступных действий народная полиция должна ограничиться приведением противной стороны в повиновение. Как только преступление противной стороны будет пресечено, следует немедленно прекратить применение дубинок (ст. 6).

В приведенных и других актах отчетливо просматривается стремление ограничить причинение вреда лишь тем минимумом, который действительно необходим и достаточен для достижения предусмотренных в законе общественно полезных целей. Причинение же вреда, выходящего за этот минимум, противоправно. Зависимость пределов причинения вреда от его правового и фактического оснований показана в табл. 2.

Т а б л и ц а 2

Вид правового основания	Вид фактического основания	Вид предела причинения вреда
Большая опасность	Относительно благоприятная обстановка	Предел достаточного вреда
Большая опасность	Неблагоприятная обстановка	Предел допустимого вреда
Небольшая опасность	Относительно благоприятная обстановка	Предел достаточного вреда
Небольшая опасность	Неблагоприятная обстановка	Предел допустимого вреда

Наконец, причиняемый вред должен соизмеряться с целью поступка. Как уже отмечалось, такой вред, не являясь самоцелью, выступает средством достижения поставленной общественно полезной цели (например, пресечь или предотвратить общественно опасное посягательство и тем самым защитить правоохраняемые интересы в состоянии необходимой обороны, устранить опасность, грозящую правоохраняемым интересам, при крайней необходимости, задержать преступника для доставления его органам власти и т. д.). Известно, что указанным общественно полезным целям поступка, исключающего *преступность* деяния, должны соответствовать и правовые средства их достижения. С этой точки зрения причиняемый вред лишь в том случае может считаться допустимым средством, если он соответствует как его основаниям, так и указанным целям поступка. Объясняется это той зависимостью, которая существует между основанием поступка, его целью и пределами причинения вреда объекту. Цель поступка представляет собой субъективное отрицание (снятие) объективной причины совершаемого поступка, т. е. его основания. Поскольку же вред должен соответствовать своему основанию, то он же должен соизмеряться и с целью поступка, которая одновременно включает в себя это же основание. Так, если основанием необходимой обороны является общественно опасное посягательство, вызывающее необходимость немедленного причинения посягающему вреда, а целью – его субъективное отрицание, т. е. предотвращение или пресечение этого посягательства, то причиняемый вред не должен выходить за рамки (пределы) этой цели. В противном случае, т. е. при причинении вреда, явно не вызывавшегося необходимостью предотвращения или пресечения посягательства, имеет место превышение пределов необходимой обороны. Точно так же, если основанием причинения вреда лицу, совершившему преступление, является его противодействие задержанию, а целью – устранение такого противодействия, чтобы лишить его личной свободы, то причиненный вред должен соотноситься именно с этой, ближайшей целью поступка. Если же причинен вред, явно выходящий за пределы этой цели, имеет место превышение пределов дозволенного вреда, причиняемого при задержании преступника.

Завершая рассмотрение вопроса о признаках результата как второго элемента объективной стороны поступка, исключающего преступность деяния, отметим, что этот результат может быть определен как материальный или нематериальный вред, причиненный объекту действием или бездействием субъекта и соответствующий его правому и фактическому основаниям, а также общественно полезной цели поступка.

3. Третьим элементом объективной стороны рассматриваемых поступков является причинная связь между указанным действием (бездействием) и вредом, нанесенным объекту поступка. Представляется, что основные положения о необходимой причинной связи, разработанные в праве применительно к правонарушениям и основанные на требованиях материалистической диалектики, могут быть распространены и на причинную связь в поступках, исключающих преступность деяния, с соответствующей корректировкой употребляемых понятий¹.

Субъективный контроль. Объективный процесс совершения действия (бездействия) и причинения вреда объекту поступка так или иначе регулируется психической деятельностью субъекта. Для поступков, исключающих преступность деяния, характерна сознательная волевая регуляция, сопровождающая все этапы внешнего поведения, вплоть до наступления результата. Известно, что применительно к правонарушениям категориями, отражающими психическую деятельность субъекта, является умысел и неосторожность. Иногда считают, что эти же понятия характеризуют и субъективную сторону поступков, исключающих преступность деяния. Так, Б. С. Утевский писал, что

¹ См., напр.: Мотовиловкер Е. Я., Благов Е. В. О причинной связи в уголовном праве (как гарантии законности принятия решения) // Актуальные проблемы правовой защиты личности в уголовном судопроизводстве. Ярославль, 1990. С. 43-48.

лицо в состоянии необходимой обороны и крайней необходимости «предвидит результаты своих действий и желает их наступления, т. е. действует с умыслом»¹. Подобное мнение высказывает и Р. А. Сабитов, который, анализируя посткриминальный поступок, считает, что «если лицо сознает общественно полезный характер выполняемых действий и желает, чтобы они привели к общественно полезным результатам, имеет место умысел»². Такая позиция вызывает возражение, поскольку без достаточных оснований приравнивает вину в форме умысла к психическим процессам, регулирующим общественно полезное поведение. Т. М. Сергеева правильно пишет, что в случае исполнения, например, законного приказа лицо осуществляет, конечно, какую-то психическую деятельность, но «это не есть умысел в уголовно-правовом смысле, не есть вина человека, т. к. поведение данного человека не только не заслуживает уголовно-правового упрека, но, наоборот, используется и приветствуется советским социалистическим государством. Поэтому для умысла как категории уголовно-правовой в данном случае нет содержания»³. Таким образом, психическую деятельность субъекта, осуществляющего правомерный и общественно полезный (приемлемый) поступок, желательно характеризовать иными категориями, чем умысел и неосторожность. Можно согласиться с Р. К. Русиновым в том, что в настоящее время назрела необходимость в создании правовой категории, которая в обобщенном виде отражала бы разные формы и характер психического отношения лица к своему правомерному поведению и его последствиям, подобно вине, характеризующей субъективную сторону противоправного поведения⁴. Здесь можно использовать понятие так называемого «субъективного (внутреннего) контроля»⁵. Такой контроль характеризуется осознанием субъектом совершаемого им действия (бездействия), предвидением и желанием наступления конкретного результата⁶, т. е. интеллектуальным и волевым моментами, которые применительно к необходимой обороне специально выделял Н. Н. Паше-Озерский⁷.

Субъективный контроль в указанном понимании присущ подавляющей массе поступков, исключающих преступность деяния, ибо на эти поступки как на один из видов правомерного поведения распространяется общий вывод, что они совершаются на основе сознательной оценки субъектом окружающей среды и принятия сознательного волевого решения⁸. Это характерно, например, для профессионального и хозяйственного риска, выполнения профессиональных обязанностей и т. д.

Вместе с тем в любом таком сознательном и волевым поведении есть элементы бессознательного или неосознаваемого (например, автоматические телодвижения при выполнении профессиональных обязанностей либо при самообороне и т. д.). Следует согласиться с А. Ф. Зелинским в том, что хотя сознание и доминирует в человеческой психике, однако доминирование – это лишь относительное его преобладание при одновременном функционировании бессознательного. Это означает, что иногда бессознательное может выступать на первый план и в решающей степени определять выбор поступка⁹.

Не исключено, например, совершение импульсивных поступков при необходимой обороне, крайней необходимости, задержании преступника, исполнении приказа и т. д.

¹ Утевский Б. С. Вина в советском уголовном праве. С. 63.

² См.: Сабитов Р. А. Уголовно-правовое регулирование посткриминального поведения: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. А., 1988. С. 27.

³ Сергеева Т. А. Вопросы виновности и вины в практике Верховного Суда СССР по уголовным делам. М.; Л., 1950. С. 107.

⁴ См.: Русинов Р. К. Указ. соч. С. 9.

⁵ См.: Кудрявцев В. Н. Закон. Поступок. Ответственность. С. 161

⁶ См.: Там же. С. 94

⁷ См.: Паше-Озерский Н. Н. Указ. соч. С. 57.

⁸ См.: Кудрявцев В. Н., Малеев Н. С. Указ. соч. С. 33.

⁹ См.: Зелинский А. Ф. Осознаваемое и неосознаваемое в преступном поведении. Х., 1986. С. 20-21.

Кроме того, часть рассматриваемых поступков может быть совершена с преобладанием в психическом механизме привычек, навыков, правовой установки, интуиции и др.¹

При этом, однако, следует иметь в виду, что оценка указанных поступков в качестве правомерных имеет юридическую силу независимо от степени осознаваемости: необходимо лишь, чтобы были соблюдены объективные рамки поведения, соответствующие требованиям закона².

Для поступков, исключающих преступность деяния, все же характерно преобладание сознательного выбора волевого решения. В то же время определение содержания интеллектуального и волевого моментов субъективного контроля этих поступков представляет определенные трудности, поскольку внутренняя сторона правомерного поведения – наиболее сложный и в определенной степени противоречивый фактор в структуре правомерного поведения человека³. Интеллектуальный момент субъективного контроля характеризует те психические процессы, которые происходят в сознании субъекта при совершении им тех или иных действий (бездействия), причиняющих вред объекту поступка. В связи с этим выделяют такие составные элементы сознания, как мотивация поступка, характер и степень осознания субъектом совершаемых им действий, причиняемых последствий и их юридической значимости, а также аксиологическую и эмоциональную часть сознания. Представляется, что в основном указанные элементы характерны и для интеллектуального момента субъективного контроля в поступках, исключающих преступность деяния. При этом следует учесть, что поскольку мотивация поступков в их генезисе возникает до начала совершения действия (бездействия), она и была рассмотрена нами выше.

Интеллектуальный момент субъективного контроля характеризует прежде всего осознание субъектом фактических, объективных признаков совершаемого действия (бездействия) и причиняемого им результата. Иными словами, совершая то или иное действие, субъект сознает, что он фактически делает (например, наносит посягающему удар при необходимой обороне, разрушает строение в состоянии крайней необходимости, причиняет вред преступнику при его задержании и т. д.). Отсутствие такого сознания в силу, например, невменяемости или ошибки исключает правомерный характер совершаемого действия или бездействия.

Субъект правомерного поступка предвидит, далее, что в результате совершаемого им деяния будет причинен вред тому или иному объекту. Иными словами, сознанием субъекта должны охватываться фактические свойства и объекта, и вреда, причиняемого этому объекту, и развитие в общих, родовых чертах причинной связи между совершаемым деянием и его результатом. Кроме того, если специальным субъектом совершается действие или бездействие, то признаки такого субъекта, т. е. его особое правовое положение, также охватываются сознанием действующего лица. Работник милиции, применяющий оружие для защиты правоохраняемых интересов при исполнении служебного долга, осознает, что действует не как частное лицо, а как представитель власти. В противном случае совершенное им должно оцениваться в соответствии с требованиями, предъявляемыми к другим обстоятельствам, исключающим преступность деяния (например, по правилам необходимой обороны, крайней необходимости и т. д.).

Интеллектуальный момент субъективного контроля характеризуется осознанием не только фактических признаков совершаемого действия (бездействия), но и их социальной значимости, т. е. общественной полезности или социальной приемлемости. Это важно в связи с тем, что в рассматриваемых ситуациях объективно вред причиняется именно тем ценностям, которые охраняются уголовным законом от преступных посягательств. В последнем же случае обязательным признаком, например, умышленной формы вины является осознание лицом общественной опасности совершаемого им

¹ См.: *Зелинский А. Ф.* Осознаваемое и неосознаваемое в преступном поведении. Х., 1986. С. 32-38.

² См.: *Кудрявцев В. Н., Малеев Н. С.* Указ. соч. С. 34.

³ См.: *Русинов Р. К.* Указ. соч. С. 9.

деяния и причиняемого вреда. Иногда считают, что в отличие от противоправного поведения субъект правомерного поступка может и не осознавать социальной значимости своих действий. Более правильно, однако, другое мнение: если лицо не осознает общественного значения совершаемого поступка, то его действия юридически ничтожны¹. Таким образом, для поступков, исключающих преступность деяния, необходимым требованием является понимание субъектом как фактического содержания, так и социального значения предпринимаемых действий (бездействия) и их последствий. Это означает понимание им того, что совершаемое деяние и причиняемый вред положительно оцениваются обществом и правом. В большинстве своем личная оценка действующего субъекта и общественная оценка совершаемого совпадают. В основе такого совпадения лежит гармоничное сочетание личных и общественных интересов. Однако объективная социальная полезность (приемлемость) совершенного поступка сохраняется и в том случае, когда оценка его субъектом и обществом будет прямо противоположной. Осознание социальной значимости совершаемого действия (бездействия) и причиняемого вреда в рассматриваемых случаях происходит прежде всего посредством осознания той общественно полезной цели, которая достигается путем причинения вреда. Нередко, однако, общественная значимость действия (бездействия) и его результата осознается субъектом как допустимое, разрешенное средство достижения общественно полезной цели. Иными словами, осознание общественной полезности или социальной приемлемости причиняемого вреда возможно и посредством осознания юридической значимости совершаемого поступка. И хотя эта связь неоднозначна, сложна и противоречива, для многих поступков, исключающих преступность деяния, характерны сознание субъектом именно правомерного значения совершаемых им действий, предвидение и желание наступления их благоприятных юридических последствий. Это особенно свойственно поступкам, основанным на выполнении правовой обязанности и служебных полномочий (например, исполнение законного приказа, выполнение профессиональных функций и др.). Нельзя, однако, исключать, что в ряде случаев необходимой обороны, крайней необходимости, – профессионального риска и т. д. субъект может и не осознавать юридическую значимость своего поведения. Как верно заметил А. Ф. Зелинский, немногие знают норму о пределах необходимой обороны, но это не мешает большинству в случае нужды активно и не превышая пределов необходимости защищать себя и других от преступных посягательств. Более того, иногда в рассматриваемых случаях лицо может считать свои действия неразрешенными, наказуемыми (например, лишение жизни малолетних или невменяемого в состоянии необходимой обороны без превышения ее пределов). Однако во всех указанных случаях психическое отношение к правовым последствиям своего поступка не исключает его правомерного характера, поскольку в данной сфере господствует принцип: незнание человеком закона не препятствует признанию его поведения правомерным².

Наконец, важное значение имеет и эмоциональная часть интеллектуального момента субъективного контроля. Правильно отмечено, что эмоции органически включены в структуру сознания и человек не может руководствоваться в сфере правового регулирования только рациональным мышлением. Практика изучения правомерного поведения показывает, что трудно что-либо понять в его природе, если полностью отвлечься от эмоциональной сферы³. Осознанность, целенаправленность и эмоциональность – это различные, но вместе с тем необходимые стороны единого психического процесса⁴. Особенно возрастает роль эмоциональных компонентов, если психические

¹ См.: *Стиридонов А. И.* Социология уголовного права. Л., 1986. С. 93.

² См.: *Русинов Р. К.* Указ. соч. С. 9.

³ См.: *Русинов Р. К.* Указ. соч. С. 10.

⁴ См.: *Сидоров Б. В.* Аффект. Его уголовно-правовое и криминологическое значение (социально-психологическое и правовое исследование). Казань, 1978. С. 22.

процессы протекают в экстремальных ситуациях: в этих случаях они часто становятся важными стимулами волевого поведения. Это особенно характерно для необходимой обороны, крайней необходимости, профессионального риска, правомерного применения оружия, исполнения приказа и др., поскольку субъект часто оказывается неподготовленным к возникшей опасности, испуган, взволнован и т. д. Это может привести к сужению объема восприятия окружающей действительности, снижению степени осознания человеком, своих потребностей и интересов и, как следствие, к ошибкам в оценке ситуации, направленности действий на ненадлежащий объект, повышению интенсивности действия, причинению большего вреда, чем это было необходимо и достаточно в данной обстановке для достижения общественно полезной цели, и т. д. Поэтому учет эмоционального компонента сознания имеет важное уголовно-правовое значение при оценке поступков, исключающих преступность деяния. Так, применительно к необходимой обороне Пленум Верховного Суда СССР в постановлении от 16 августа 1984 г. разъяснил: «Судам следует иметь в виду, что в состоянии душевного волнения, вызванного посягательством, обороняющийся не всегда может точно взвесить характер опасности и избрать соразмерные средства защиты»¹. Представляется, что это разъяснение может иметь общий характер при определении пределов дозволенного вреда при обстоятельствах, исключающих преступность деяния. Игнорирование же эмоциональных моментов в этом случае может привести к объективному вменению.

Итак, интеллектуальный момент субъективного контроля включает в себя психическое отношение действующего субъекта к фактическим и социальным признакам совершаемого действия (бездействия) и причиняемого им результата (вреда).

Волевой момент такого контроля заключается в желании субъекта причинить определенный вред тому или иному объекту поступка, поскольку такой вред выступает необходимым средством достижения поставленной общественно полезной цели.

Разумеется, каждому из поступков, исключающих преступность деяния, присуще свое специфическое содержание субъективного контроля, отражающее разнообразие объективных признаков такого поступка. Однако в целом отмеченные черты интеллектуального и волевого моментов этого контроля являются, как правило, общими для этих поступков.

Приведенная характеристика субъективного контроля позволяет показать и его связи с другими элементами поступка, исключающего преступность деяния. Прежде всего данный контроль осуществляет субъект такого поступка, поэтому различные характеристики этого субъекта, его эмоциональное состояние и др. всегда отражаются на полноте и степени осознания совершаемых им действий и причиняемого вреда. Далее, цель поступка соотносится с субъективным контролем таким образом, что во время совершения действия (бездействия) субъект всегда осознает цель, к которой стремится, а причиняемый им вред осознается и желается как необходимое средство достижения поставленной цели. В момент совершения действия (бездействия) субъектом осознается и тот объект, которому причиняется вред. Наконец, соотношение субъективного контроля и объективной стороны заключается в том, что такой контроль осуществляется на всех этапах совершения действия (бездействия) и причинения вреда. Отметим также тесную и существенную связь субъективного контроля и оснований совершения рассматриваемых поступков. Осознание субъектом наличия правового и фактического оснований влияет на мотивацию поступка и решимость субъекта совершить то или иное действие (бездействие), причиняющее вред, и в зависимости от оценки этих оснований субъект определяет и пределы причиняемого объекту вреда.

Приведенная характеристика содержания интеллектуального и волевого моментов субъективного контроля и их связей с другими элементами поступка, а также с их основаниями, основывается на том, что в сознании субъекта правильно отражаются

¹ См.: Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1984. – № 5. – С. 11.

сложившаяся обстановка и объективные признаки совершаемого поступка. Вместе с тем объективное содержание и субъективное значение ситуации могут сильно расходиться. Если учесть, что человек при этом поступает в соответствии со своими представлениями о ситуации, то нельзя исключить, что в ряде случаев это может привести к ошибкам субъекта. Такие ошибки имеют важное уголовно-правовое значение, поскольку в следствии их лицо может, например, причинить вред при отсутствии на то какого-либо основания, либо ненадлежащему объекту, либо не соответствующий установленным пределам и т. п. Из наиболее типичных здесь можно выделить следующие ошибки: 1) ошибка в наличии или в оценке характера правового и фактического оснований причинения вреда (например, лицо ошибочно считает, что имеет место общественно опасное посягательство, а в действительности же оно отсутствует; либо защищающийся полагает, что посягательство представляет большую общественную опасность, а в действительности посягательство не является таковым); 2) ошибка в своевременности предпринятого действия (бездействия), причиняющего вред (например, в силу сложившейся обстановки лицо не осознает, что опасность миновала, и продолжает причинять вред, считая, что пребывает в состоянии крайней необходимости); 3) ошибка в объекте причинения вреда (например, субъект может неправильно определить посягающего при необходимой обороне и ошибочно причинить вред лицу, не причастному к посягательству).

Юридическая природа указанных ошибок состоит в том, что лицо, заблуждаясь относительно существенных объективных признаков обстановки или собственного поведения, совершает действия, исходя из правил (признаков) того или иного обстоятельства, исключающего преступность деяния (например, необходимой обороны, крайней необходимости, задержания преступника, исполнения приказа и др.). Поэтому решение вопроса об уголовно-правовых последствиях действий, связанных с причинением вреда, должно основываться на двух условиях, взятых в единстве: 1) учете правил того обстоятельства, исключающего преступность деяния, в соответствии с которым субъект действовал ошибочно; 2) использовании правил о фактической ошибке. При этом ответственность лица в указанных случаях должна определяться в зависимости от вида допущенной ошибки: была она извинительной или неизвинительной¹.

Извинительной признается такая ошибка субъекта, при которой он добросовестно (т. е. извинительно) заблуждается относительно названных обстоятельств (наличия или характера правового и фактического оснований причинения вреда, его надлежащего объекта, своевременности предпринятого действия и т. д.). Сущность такой ошибки состоит в том, что в сложившейся обстановке в силу различных объективных и (или) субъективных причин лицо имеет достаточные основания, чтобы «ошибаться» относительно этих обстоятельств. Иными словами, при извинительной ошибке субъект не осознает и не может сознавать ошибочности своего предположения о наличии основания причинения вреда, своевременности предпринимаемых действий, правомерности причинения вреда и т. д. Именно в силу такого добросовестного заблуждения он уверен, что действует правильно, законно, в соответствии с признаками необходимой обороны, крайней необходимости, исполнения служебного долга или какого-либо другого поступка, исключающего преступность деяния. Объективно же вред причиняется неправомерно, т. е. либо при отсутствии на то основания, либо несвоевременно, либо с превышением установленных пределов, либо ненадлежащему объекту и т. д. Поскольку, однако, в рассматриваемых случаях вина лица в возникновении ошибки отсутствует (казус), то его ответственность за причиненный вред, по общему правилу, исключает

¹ В литературе различным способом оценивается деление ошибок на извинительные и неизвинительные. Такое деление вполне приемлемо, поскольку каждая из таких ошибок подчеркивает различные юридические полюсы социально значимой деятельности (см.: Якушин В. А. Ошибка и ее уголовно-правовое значение. Казань, 1988. С. 50).

ется. Лишь при ошибке относительно пределов причинения вреда вопрос об ответственности за чрезмерный вред должен решаться в зависимости от того, правомерным ли был бы признан вред при отсутствии ошибки, т. е. в условиях соответствующего реального обстоятельства, исключающего преступность деяния. При положительном ответе ответственность лица за причиненный вред исключается, при отрицательном – возможна как за превышение пределов вреда, дозволенного при данном обстоятельстве, исключающим преступность деяния. Однако для решения указанного вопроса лицо, оценивающее правомерность вреда, должно абстрагироваться от того, что в данном случае была ошибка, т. е. оно должно предположить, что имело место реальное обстоятельство, исключающее преступность деяния, и в зависимости от этого решать, превышены или не превышены пределы дозволенного вреда. Такой метод, предложенный И. С. Тишкевичем применительно к оценке вреда, причиненного в состоянии так называемой мнимой обороны¹, приемлем и для других обстоятельств, исключающих преступность деяния².

Неизвинительной признается такая ошибка лица, при которой оно в силу невнимательности, поспешности, неосмотрительности, недостаточной заботливости о чужих интересах и т. п. (т. е. не извинительно) заблуждается относительно того, имело ли место основание причинения вреда, своевременно ли предприняты действия по причинению этого вреда и т. д. Сущность неизвинительной ошибки, следовательно, состоит в том, что объективные и субъективные (личностные) причины в данный момент не давали субъекту поступка достаточных оснований для того, чтобы «ошибаться» относительно указанных обстоятельств. При необходимой напряженности своих интеллектуальных и волевых сил, большей осмотрительности, внимательности он имел реальную возможность избежать этой ошибки и убедиться в том, что, например, основания для причинения вреда отсутствуют либо причинять такой вред преждевременно или уже поздно и т. д. Но, несмотря на это, лицо допустило такую ошибку. Очевидно, что в таком случае у него отсутствует вина в форме умысла, и поэтому оно может нести ответственность лишь за неосторожное преступление. При этом такая ответственность может наступать лишь за причинение смерти, тяжких и средней тяжести телесных повреждений, поскольку менее тяжкий вред, причиненный по неосторожности, ненаказуем.

¹ См.: Тишкевич И. С. Условия и пределы необходимой обороны. С. 43-44.

² См.: Баулин Ю. В. Право граждан на задержание преступника. С. 57-60.

Глава IV

УГОЛОВНО-ПРАВОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ ПРЕВЫШЕНИЯ ПРЕДЕЛОВ ВРЕДА ПРИ ОБСТОЯТЕЛЬСТВАХ, ИСКЛЮЧАЮЩИХ ПРЕСТУПНОСТЬ (ОБЩЕСТВЕННУЮ ОПАСНОСТЬ И ПРОТИВОПРАВНОСТЬ) ДЕЯНИЯ

§ 1. Понятие и виды превышения пределов причинения вреда

Причинение вреда при совершении поступков, исключающих преступность деяния, – правомерное средство достижения общественно полезной цели, если такой вред не выходит за предусмотренные законом пределы. Установление этих пределов требует учета совокупности некоторых требований (правил). К их числу относится требование (правило), обосновывающее необходимость (вынужденность) причинения вреда, его максимальную допустимость, разумную достаточность и соответствие общественно полезной цели поступка.

Правило о *необходимости (вынужденности)* причинения вреда заключается в признании его оправданности, если он соответствующим образом обоснован. Таким обоснованием выступает единство правового и фактического оснований поступка. Отсутствие такого единства свидетельствует о неправомерности причинения вреда, влекущего ответственность на общих основаниях.

Требование *максимальной допустимости* вреда состоит в том, что такой вред в любом случае должен соизмеряться с его правовым основанием и явно не превосходить его. Причинение же вреда, несоизмеренного с его правовым основанием, расценивается при определенных условиях как превышение пределов допустимого вреда.

Правило *разумной достаточности* вреда основывается на том, что оправданным должен признаваться вред (не превышающий максимально допустимый), который в сложившейся обстановке являлся разумно достаточным данному лицу для достижения общественно полезной цели поступка. Так, если неблагоприятная обстановка свидетельствует, что достаточен лишь максимально допустимый вред, то он и должен признаваться правомерным средством достижения цели. Однако, когда достаточным оказывается вред, хотя и вынужденно причиненный, но явно превышающий размер максимально допустимого, имеет место (при наличии всех условий) превышение пределов допустимого вреда (например, когда при обороне от посягательства, не представляющего большой общественной опасности, посягающему причиняется смерть или тяжкие телесные повреждения). Если же относительно благоприятная обстановка свидетельствует (и это осознается действующим субъектом), что для достижения общественно полезной цели достаточно причинить вред, явно менее значительный, чем максимально допустимый, то правомерным должен признаваться лишь этот достаточный вред. В противном случае, когда лицо заведомо причиняет вред, явно больший, чем это было достаточно в данной относительно благоприятной обстановке, имеет место превышение пределов достаточного вреда.

Правило о *соответствии вреда общественно полезной цели* сводится к тому, что причиняемый вред не должен выходить за пределы ближайшей правовой цели поступка. Правовым средством в рассматриваемых случаях признается вред, не превышающий максимально допустимый и достаточный для достижения общественно полезной цели, указанной в законе. Поэтому если в основе причинения вреда лежат не соображения достижения этой цели, а главным образом стремление причинить как можно больший вред, то такой вред признается неправомерным, влекущим ответственность на общих основаниях (например, учинение самосуда над задерживаемым преступником).

Таким образом, пределы вынужденно причиняемого вреда при обстоятельствах, исключающих преступность деяния, определяются его соответствием правовому и фактическому основаниям, а также общественно полезной цели поступка. Это позволяет выделить два вида пределов вреда, причиняемого правомерным действием объекту поступка: предел максимально допустимого и предел достаточного вреда. Предел максимально допустимого вреда определяется прежде всего видом правового основания и неблагоприятной обстановкой его причинения. Сущность этого предела заключается в том, что причиненный субъектом в неблагоприятной обстановке вред объекту поступка для достижения общественно полезной цели не должен явно превосходить его правовое основание. Соотношение между пределом максимально допустимого вреда и его правовым, а также фактическим основанием носит характер определенной зависимости. Это означает, что чем менее благоприятно складывается обстановка и чем более значительным является правовое основание поступка, тем шире пределы причинения вреда для достижения общественно полезной цели. Например, чем более опасным является посягательство при необходимой обороне и чем менее благоприятно складывается обстановка защиты для обороняющегося, тем более оправданным является причинение тяжкого вреда посягающему.

Предел достаточного вреда определяется в первую очередь фактическим основанием, т. е. относительно благоприятной обстановкой его причинения, однако соотносится и с правовым основанием поступка. Сущность такого предела состоит в том, что причиняемый объекту вред хотя и должен соответствовать правовому его основанию, но не может явно превосходить тот вред, который был явно достаточен данному субъекту в складывающейся для него обстановке для достижения общественно полезной цели. При этом соотношение между пределом достаточного вреда и фактическим основанием его причинения носит характер обратной зависимости. Иными словами, чем более благоприятно складывается для данного субъекта обстановка причинения вреда, тем уже пределы вреда, достаточного для достижения общественно полезной цели. Например, если гражданин, задерживая лицо, совершившее тяжкое преступление, явно превосходит его в силе, вооруженности и т. д., то достаточным для осуществления задержания является причинение нетяжкого вреда. Если же в какой-то момент благоприятная обстановка будет свидетельствовать об отсутствии надобности в причинении какого-либо вреда для достижения общественно полезной цели, то это будет означать отсутствие его фактического основания вообще. Поэтому причинение вреда объекту в таком случае необоснованно и может влечь ответственность на общих основаниях.

Превышение рассмотренных пределов при определенных условиях квалифицируется как преступление, юридическая природа которого состоит в нарушении субъектом правового запрета выходить за названные пределы. Применительно к поступкам, основанным на субъективном праве, такое нарушение может рассматриваться как один из видов злоупотребления правом; к поступкам по выполнению правовой обязанности – в ее «перевыполнении»; наконец, в отношении исполнения служебного долга – как превышение властных полномочий. Важно учитывать, что превышение пределов дозволенного вреда может быть констатировано лишь при наличии основания его причинения, которое вызывает, например, состояние необходимой обороны, крайней необходимости, профессионального риска и т. п. Иногда считают, что «действия, совершенные в условиях превышения пределов необходимой обороны, вообще не являются действиями, совершенными в состоянии необходимой обороны». Здесь, однако, не учитывается, что превышение пределов необходимой обороны вовсе не отменяет самого состояния такой обороны, поскольку превысить пределы дозволенного вреда можно лишь имея вообще право на причинение хоть какого-либо вреда. Возникновение же такого права как раз и обуславливается состоянием необходимой обороны. И уже от самого субъекта зависит, причинять ли вред, находясь в таком состоянии. В случае,

когда лицо решило использовать свое право на причинение вреда, но при этом вышло за пределы этого права, совершенное, (при наличии всех необходимых признаков) свидетельствует о превышении пределов дозволенного вреда.

По мнению отдельных криминалистов, в некоторые обстоятельства, исключающие преступность деяния, не включается понятие превышения пределов дозволенного вреда. Например, Н. Д. Дурманов писал, что «крайняя необходимость представляет собою в известной мере исключительное состояние, когда приходится нарушать чьи-либо права, так как для устранения опасности нет других путей и средств. Поэтому, в частности, не может быть превышения пределов крайней необходимости». Н. Н. Паше-Озерский писал, что отсутствие в законе понятия превышения пределов крайней необходимости выражает одно из отличий этого института от необходимой обороны¹. Отметим прежде всего, что отсутствие в законе какого-либо понятия еще не свидетельствует об отсутствии в реальной деятельности того или иного явления, в том числе превышения пределов причинения вреда в состоянии крайней необходимости, которое пока не закреплено в законе. Однако главное возражение состоит в том, что авторы критикуемой позиции придают одинаковое уголовно-правовое значение всем условиям (признакам) крайней необходимости, хотя в действительности дело обстоит иначе. Так, И. И. Слуцкий, называя два условия крайней необходимости (причиненный вред должен быть менее значительным, чем предотвращенный, и служить единственным средством устранения опасности), заключал: «Нарушение хотя бы одного из этих условий исключает само понятие крайней необходимости. Поэтому ни в теории, ни в законодательстве, ни в судебной практике не существует понятия превышения пределов крайней необходимости»². Но состояние крайней необходимости вызывается наличием ее правового и фактического оснований. Сказанное означает, что возникновение этого состояния связывается с наличием грозящей опасности, не устранимой в данной обстановке иначе, как совершением действий, подпадающих под признаки какого-либо деяния, предусмотренного уголовным законом. Сама же крайняя необходимость заключается в совершении поступка, одним из признаков которого является причинение вреда, соразмерного грозящей опасности: причиненный вред должен быть менее значительным, чем тот, которым грозила опасность. Следовательно, не все условия и признаки крайней необходимости (как и других обстоятельств, исключающих преступность деяния) равноценны: одни из них определяют возникновение самого состояния крайней необходимости (это ее основания), а другие, в том числе соразмерность причиняемого вреда, характеризуют сами действия, совершенные в таком состоянии, и причиненный ими вред. Превышение пределов дозволенного вреда как раз и является следствием несоблюдения указанной соразмерности. В литературе поэтому справедливо отмечается, что законодательное решение вопроса о превышении пределов крайней необходимости ориентировало бы практику на правильное установление состояния крайней необходимости и выходящих за ее пределы, но в силу социально оправданных мотивов их совершения представляющих меньшую общественную опасность³.

Вывод о превышении пределов дозволенного вреда при совершении поступков, исключающих преступность деяния, тесно связан с решением общего вопроса о том, несоблюдение какого условия (признака) поступка свидетельствует о таком превышении. Так, А. А. Герцензон, определяя условия необходимой обороны, писал, что «при отсутствии хотя бы одного из условий, относящихся к нападению или защите, имеется превышение пределов необходимой обороны»⁴. Эта позиция вызвала, как известно,

¹ См.: Паше-Озерский Н. Н. Указ. соч. С. 176-177.

² Слуцкий И. И. Указ. соч. С. 91.

³ См.: Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования. С. 13. Герцензон А. А. Уголовное право. Общая часть. С. 270.

⁴ См.: Козак В. И. Право граждан на необходимую оборону. Саратов, 1972. С. 117; Ткаченко В. И. Необходимая оборона по уголовному праву. С. 58.

справедливу критику и не нашла поддержки ни в науке уголовного права, ни на практике. Многие криминалисты исходят из того, что превышение пределов необходимой обороны имеет место лишь при несоблюдении одного ее условия, а именно: соразмерности защиты и посягательства. Судебная практика долгое время была непоследовательной, однако в последние годы и в ней намечается тенденция признавать эксцессы обороны только при нарушении условия о соразмерности вреда, тогда как несвоевременная оборона влечет ответственность на общих основаниях. Вместе с тем иногда считают, что превышение пределов необходимой обороны может наступать и при несвоевременности защиты¹. Неодинаковые взгляды высказываются и в отношении превышения пределов крайней необходимости, которое, по мнению А. С. Коваленко, возможно «при нарушении условий соразмерности вреда причиненного и предотвращенного и своевременности действий»². В. Н. Козак считал, что «превышение пределов крайней необходимости имеет место лишь при соблюдении всех условий правомерности крайней необходимости, кроме неустрашимости грозящей опасности другими средствами и причинения менее значительного вреда, чем предотвращенный»³. Разброс мнений существует и в определении превышения пределов дозволенного вреда при задержании преступника. Одни авторы полагают, что такое превышение может иметь место лишь при несоблюдении условия о соразмерности причиняемого вреда опасности посягательства или обстановке задержания преступника⁴. Другие же и при нарушении условия о необходимости (вынужденности) такого вреда. Например, Г. В. Бушуев считает, что превышение рассматриваемых пределов будет в случае причинения преступнику тяжкого вреда при наличии возможности задержать его вообще без применения насилия⁵. Таким образом, рассматриваемый вопрос одинаково решают только в одном случае: превышение пределов дозволенного вреда всегда имеет место при несоблюдении условия о соразмерности такого вреда. Оценка нарушения других условий различна: нарушение указанных пределов признается либо при несоблюдении любых условий (признаков) правомерности, либо лишь условия о своевременности совершения действий, причиняющих вред, либо самой необходимости (вынужденности) причинения такого вреда.

Рассматривая данный вопрос, отметим, что в принципе любой правомерный поступок имеет объективные и субъективные границы (пределы). Вместе с тем определение границ поступков, исключающих преступность деяния, а следовательно, и превышение этих границ тесно связаны с важными уголовно-правовыми последствиями, в том числе с квалификацией превышения пределов дозволенного вреда и установления ответственности за него. На это в свое время справедливо обратил внимание русский криминалист Л. Е. Владимиров, который писал: «Нарушение условий, при которых легальные оправдания имеют значение обстоятельств, исключающих вменение, не исключает силы этих обстоятельств, а может создать только особое преступление, умышленное или неосторожное. Так, например, нарушение границ обороны не нарушает правового значения этого оправдания, а влечет за собой только признание другого преступления; состоящего в превышении пределов обороны»⁶. В ряде случаев превышение пределов дозволенного вреда предусмотрено специальными статьями УК (например, в ст. ст. 97 и 104 установлена ответственность за убийство и тяжкое телесное повреждение при превышении

¹ См., напр.: *Тишкевич И. С.* Условия и пределы необходимой обороны. С. 73-103; *Герцензон А. А.* Указ. соч. С. 269.

² *Коваленко А. С.* Квалификация преступлений, совершаемых при превышении границ крайней необходимости // Проблемы борьбы с преступностью. Омск, 1976. С. 24.

³ *Козак В. Н.* Вопросы теории и практики крайней необходимости. С. 111. См. также рецензии на его работу: *Сов. гос-во и право.* – 1983. – № 9. – С. 149; *Сов. юстиция.* – 1983. – № 4. – С. 28.

⁴ *Баулин Ю. В.* Право граждан на задержание преступника. – С. 131.

⁵ *Бушуев Г. В.* Указ. соч. С. 58.

⁶ *Владимиров Л. Е.* Учебник русского уголовного права. Общая часть. X., 1889. С. 63.

пределов необходимой обороны), санкции которых значительно смягчены. Но даже в тех случаях, когда закон не предусматривает специальных норм о превышении пределов дозволенного вреда (т. е. такое превышение подлежит квалификации на общих основаниях), наказание за подобные преступления определяется с учетом того, что превышение указанных пределов является обстоятельством, смягчающим ответственность. Это прямо следует из п. 3 ст. 43 проекта Основ, где обстоятельством, смягчающим ответственность, считалось совершение преступления при нарушении условий правомерности необходимой обороны, крайней необходимости, задержания лица, совершившего преступления, профессионального или хозяйственного риска. Однако не всякое нарушение пределов поступка, исключающего преступность деяния, влечет за собой указанные и другие уголовно-правовые последствия. Как отмечалось, можно выделять различные объективные и субъективные пределы этого поступка, а следовательно, и виды их превышения. Так, правомерно говорить о временных рамках совершения действия (бездействия), причиняющего вред. Поскольку такие рамки имеют начало и конец, то причинение вреда до или после этих временных границ можно рассматривать как причинение вреда за установленными пределами. При этом следует учесть, что границы причинения вреда во времени определяются наличием его правового и фактического оснований. Поэтому выход за пределы этих границ свидетельствует лишь о том, что вред причинен при отсутствии соответствующего на то основания. Примером такого выхода за пределы может служить так называемая «преждевременная» либо «запоздалая» необходимая оборона или крайняя необходимость. В первом случае вред причиняется, когда еще не возникло его основание, а во втором – после того, как основание уже перестало существовать и в причинении вреда явно миновала надобность. Как указывалось, и в том, и в другом случаях ответственность за причиненный вред должна определяться на общих основаниях. В этом и состоит отличие нарушения условия о своевременности причинения вреда от несоблюдения требования о его соразмерности, когда вред причиняется объекту поступка своевременно, при наличии на то основания, но с превышением установленных пределов.

Превышение пределов дозволенного вреда отсутствует и при несоблюдении условия о необходимости (вынужденности) его причинения. Необходимость такого вреда обуславливается фактическим основанием. Если же существует лишь правовое основание (например, грозящая опасность при крайней необходимости), но обстановка не вызывает необходимости причинения вреда (например, имелась возможность устранить грозящую опасность, не прибегая к совершению действий, подпадающих под признаки какого-либо преступления), то в таком случае причиненный вред является неоправданным и поэтому сама постановка вопроса о допустимых пределах такого вреда или их превышении бессмысленна. В таких ситуациях ответственность за причиненный вред должна определяться на общих основаниях как за умышленное преступление. Подобным образом решается вопрос и в случае причинения вреда преступнику при отсутствии в этом необходимости¹.

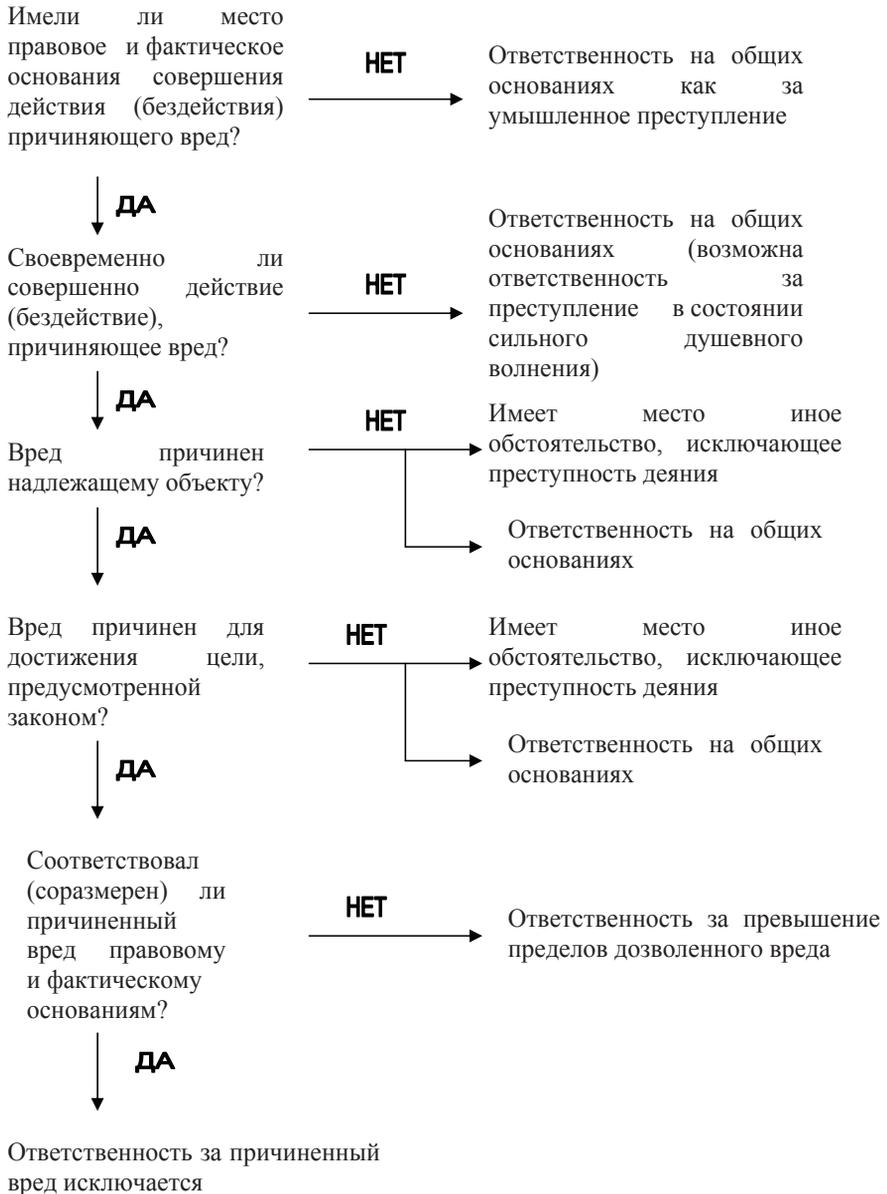
Изложенное приводит к выводу, что превышение пределов вреда имеет место лишь при несоблюдении условия о соразмерности этого вреда.

Таким образом, *превышением пределов дозволенного вреда следует признать заведомое причинение субъектом вреда, не соответствующего либо характеру и степени опасности, угрожающей правоохраняемым интересам (правовое основание), либо обстановке, в которой пресекалась, предотвращалась, устранялась эта опасность (фактическое основание)*. Известно, что превышение пределов дозволенного вреда при необходимой обороне обоснованно именуется эксцессом такой обороны. Представляется, что есть все основания ввести в научный оборот понятие, например, эксцесса крайней необходимости, профессионального риска, задержания преступника и т. п., поскольку превышение пределов дозволенного вреда характерно для всех обстоятельств, исключающих преступность деяния.

¹ См.: Баулин Ю. В. Право граждан на задержание преступника. С. 106.

Итак, для констатации превышения пределов дозволенного вреда предварительно следует установить, что: 1) имелось правовое и фактическое основания для совершения действия (бездействия), связанного с причинением вреда объекту поступка; 2) это действие (бездействие) было предпринято своевременно и для достижения предусмотренной законом общественно полезной цели; 3) вред был причинен надлежащему объекту; 4) причиненный вред не соответствовал лишь требованию о его соразмерности.

Подобная постановка вопроса позволяет предложить определенный алгоритм решения задачи о превышении пределов дозволенного вреда. Этот алгоритм включает в себя следующие этапы:



Несмотря на то что превышение пределов дозволенного вреда имеет место лишь при нарушении одного условия его правомерности, это не исключает возможности различать виды такого превышения. Правомерным может признаваться только такой вред, который одновременно соответствует как правовому, так и фактическому его основанию. Отсюда следует, что превышение пределов дозволенного вреда может иметь место в следующих случаях: 1) когда причиненный вред соразмерен с правовым его основанием, но не соответствует фактическому; 2) когда этот вред хотя и соответствует фактическому основанию, но не соразмерен с правовым. Иногда считают, что превышение пределов дозволенного вреда возможно и в случае несоответствия этого вреда одновременно как правовому, так и фактическому его основанию. Так, применительно к задержанию указывают, что превышением пределов причинения вреда преступнику признается явное несоответствие этого вреда характеру и опасности совершенного преступления и обстановке задержания¹. Представляется, однако, что в случае, когда причиненный вред одновременно не соответствовал как правовому, так и фактическому его основанию, то это означает, что вред вообще был причинен при отсутствии для этого основания, т. е. без необходимости. В этом случае ответственность за причиненный вред должна устанавливаться как за обычное умышленное преступление.

Правовое основание определяет пределы допустимого, а фактическое – пределы достаточного вреда. Отсюда следует, что несоответствие вреда его правовому основанию представляет собой превышение пределов допустимого вреда, а несоответствие вреда фактическому основанию – превышение пределов достаточного вреда. С учетом этого превышение пределов допустимого вреда можно определить как заведомое причинение субъектом в неблагоприятной обстановке вреда, не соответствующего характеру и опасности, угрожавшей правоохраняемым интересам. В то же время превышение пределов достаточного вреда – это заведомое причинение субъектом в относительно благоприятной обстановке вреда, более чем достаточного для достижения общественно полезной цели, предусмотренной законом.

Таким образом, несоблюдение требования о соразмерности причиняемого вреда позволяет выделять два вида превышения пределов этого вреда. Иногда вывод об этих видах можно сделать, толкуя текст уголовного закона. Так, в соответствии с ч. 3 ст. 15 УК причиненный преступнику вред при его задержании должен соответствовать как опасности посягательства, так и обстановке задержания. Если же этот вред не соответствовал одному из этих факторов, то имеет место превышение пределов причинения вреда при задержании преступника: при несообразности этого вреда опасности посягательства – превышение пределов допустимого вреда, а при несоответствии обстановке задержания – превышение пределов достаточного вреда². В то же время закон чаще формулирует лишь один вид превышения пределов рассматриваемого вреда. Так, по ч. 2 ст. 15 УК превышением пределов необходимой обороны признается явное несоответствие защиты характеру и опасности посягательства, т. е. явное несоответствие защиты ее правовому основанию. Вместе с тем в литературе обоснованно указывают и на другой вид превышения пределов необходимой обороны – превышение пределов достаточного вреда. По существу об этом виде превышения пределов необходимой обороны пишут И. А. Гельфанд и Н. Т. Куц: «Если в конкретной обстановке при конкретных обстоятельствах обороняющийся может защититься от посягательства более мягкими средствами, то применение крайних, не вызывающихся обстановкой, характером и опасностью посягательства средств должно рассматриваться как превышение пределов необходимой обороны»³. Очевидно, что в данном случае речь идет прежде

¹ См.; напр.: Гельфанд И. А., Куц Н. Т. Указ. соч. С. 44; Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. С. 87 и др.

² См.: Баулин Ю. В. Право граждан на задержание преступника. С. 13-14.

³ См.: Баулин Ю. В. Право граждан на задержание преступника. С. 133

всего о явном несоответствии причиненного тяжкого вреда обстановке защиты. В известной мере превышение пределов достаточного вреда признается и Пленумом Верховного Суда СССР, который в постановлении от 16 августа 1984 г. разъяснил: «Действия обороняющегося нельзя рассматривать как совершенные с превышением пределов необходимой обороны и в том случае, когда причиненный им вред оказался большим, чем вред предотвращенный и тот, который был достаточен для предотвращения нападения, если при этом не было допущено явного несоответствия защиты характеру и опасности посягательства»¹. Отсюда следует, что причинение вреда большего, чем это было достаточно для предотвращения нападения, является превышением пределов необходимой обороны, если при этом было допущено явное несоответствие защиты характеру и опасности посягательства.

Эти два вида превышения пределов причинения вреда возможны и при совершении других поступков, исключающих преступность деяния. Например, причинение в состоянии крайней необходимости вреда, не соответствующего грозящей опасности, образует превышение пределов допустимого вреда, а причинение вреда, не соответствующего относительно благоприятной обстановке, в которой устранялась эта опасность, свидетельствует о превышении пределов достаточного вреда, и т. д.

Выделение двух видов превышения пределов дозволенного вреда при совершении поступков, исключающих преступность деяния, имеет важное уголовно-правовое значение. Прежде всего такое подразделение отражает объективные ситуации, когда в реальной действительности причиняется чрезмерный вред, не соответствующий в одних случаях его правовому основанию, а в других – фактическому. Отсюда следует, что общее понятие эксцесса вреда и его отдельные виды подчиняются соотношению рода и вида. Иными словами, нельзя превысить пределы дозволенного вреда вообще: возможен либо эксцесс допустимого, либо эксцесс достаточного вреда. И это необходимо учитывать правоприменительным органам каждый раз, квалифицируя действия субъекта как превышение пределов дозволенного вреда. Выделение, наконец, указанных двух видов эксцесса вреда отражает различную степень их общественной опасности, что имеет важное значение для решения вопроса об ответственности лиц, превысивших эти пределы.

При анализе понятия превышения пределов дозволенного вреда следует обращать внимание на то, что закон применительно к превышению пределов необходимой обороны и мер по задержанию преступника, а также превышению власти или служебных полномочий указывает на «явность». Так, при необходимой обороне – это явное несоответствие защиты характеру и опасности посягательства; при задержании преступника – явное несоответствие причиненного вреда опасности посягательства или обстановке задержания; при превышении власти или служебных полномочий – явный выход за пределы этих полномочий. Законодатель правильно акцентирует здесь внимание на том, что превышение пределов дозволенного вреда возможно только в тех случаях, когда имела место несоразмерность, носящая явный, очевидный, бесспорный характер.

Известно, что признак «явности» в составе преступления характеризуется с объективной и субъективной сторон. Применительно к превышению пределов дозволенного вреда с объективной стороны явность означает резкую, очевидную несоразмерность причиненного вреда его правовому или фактическому основанию. В то же время и с субъективной стороны явность требует, чтобы лицо, причиняющее объективно несоразмерный вред, осознавало эту несоразмерность. В противном случае, когда имеет место лишь объективная несоразмерность причиняемого вреда, но субъективно лицо не осознавало ее (например, в силу душевного волнения, испуга, страха и др.), превышение пределов дозволенного вреда отсутствует. Указанный подход к определению превышения пределов вреда представляется обоснованным. Он отражает тот факт,

¹ Гельфанд И. А., Куц Н. Т. Указ. соч. С. 37.

что преступным признается лишь действительно повышено опасное поведение лица, и предусматривая признак «явности», не только ориентирует на объективное установление указанной несоразмерности, но и требует соответствующего субъективного отношения лица к причиняемому им чрезмерному вреду. Это важно подчеркнуть, поскольку до недавнего времени в практике нередко встречались случаи, когда превышение рассматриваемых пределов определялось лишь на основе объективных признаков указанного превышения без учета субъективной стороны, что приводило к объективному вменению. Отмеченный подход к определению превышения пределов дозволенного вреда должен быть распространен и на все виды поступков, исключающих преступность деяния. И даже в тех случаях, когда закон специально не предусматривает ответственности за это превышение, следует по общему правилу исходить из того, что оно возможно лишь в случае явного несоответствия причиненного вреда его правовому или фактическому основанию.

§ 2. Квалификация превышения пределов причинения вреда

Уголовный закон в ряде случаев специально предусматривает ответственность за превышение пределов рассматриваемого вреда. Так, по ст. 97 и 104 УК квалифицируются убийство и нанесение тяжких телесных повреждений при превышении пределов необходимой обороны. По этим же статьям следует квалифицировать и превышение пределов причинения вреда преступнику при его задержании, поскольку в соответствии с ч. 3 ст. 15 УК действия по задержанию преступника приравниваются по своим уголовно-правовым последствиям к необходимой обороне¹. В случае превышения полномочий при исполнении служебного долга действия виновных подлежат квалификации по ст. 166 УК, предусматривающей ответственность за превышение власти или служебных полномочий. Наконец, в ряде ситуаций возможна квалификация действий лица, выполнявшего профессиональные обязанности, за превышение пределов дозволенного вреда по статьям, устанавливающим ответственность за ненадлежащее выполнение профессиональных обязанностей. Таким образом, специальная ответственность за превышение пределов дозволенного вреда предусмотрена лишь в некоторых случаях. В остальных ситуациях причинение чрезмерного вреда при совершении поступков, исключающих преступность деяния, должно квалифицироваться по статьям УК на общих основаниях. Следует, однако, согласиться с В. Н. Козаком, который правильно заметил, что «ставить знак равенства между обычными умышленными или неосторожными преступлениями и теми, которые являются результатом превышения пределов крайней необходимости, теоретически ошибочно»². Представляется, что подобный вывод имеет общий характер относительно превышения пределов дозволенного вреда при совершении любых поступков, исключающих преступность деяния. Главный отличительный признак этих преступлений состоит в том, что лицо, его совершившее, имея право или (и) обязанность причинить вред тем или иным ценностям, охраняемым уголовным законом, выходит за установленные пределы причинения этого вреда. И хотя квалификация причинения такого вреда в большинстве своем не отличается от квалификации соответствующих преступлений, очевидно, что степень общественной опасности причинения чрезмерного вреда меньше, чем у обычного преступления. Например, несравнимы по степени общественной опасности два вида уничтожения имущества, если в первом из них это был акт мести, а во втором – превышение пределов крайней необходимости. Верно отмечено, что такие преступления связаны с достижением обще-

¹ См.: Баулин Ю. В. Право граждан на задержание преступника. С. 13-14.

² Козак В. Н. Вопросы теории и практики крайней необходимости. С. 116.

ственно полезной цели и граничат с правомерным причинением вреда¹. Поэтому они носят неординарный характер, что и должно быть учтено при избрании меры ответственности за допущенное превышение.

Юридическая природа превышения пределов дозволенного вреда заключается в нарушении определенным субъектом осуществления права, выполнения правовой обязанности или исполнения служебного долга меры того поведения, на которое он имел субъективное право, либо юридическую обязанность, либо служебное полномочие. Иными словами, речь идет о том же субъекте правомерного поведения, который при превышении пределов дозволенного вреда автоматически «превращается» уже в субъекта соответствующего преступления. Следовательно, и субъект правомерного поступка, и субъект превышения пределов причинения вреда при совершении такого поступка – одно и то же лицо. Точно так же общим для правомерного поступка и соответствующего преступления является и объект, поскольку вред и в том, и в другом случае причиняется одному и тому же благу (ценности). Отличие же правомерного поступка от противостоящего ему преступления, связанного с превышением пределов дозволенного вреда, заключается лишь в признаках деяния, взятого в единстве его объективной и субъективной сторон. Поэтому превышение пределов дозволенного вреда не может быть квалифицировано по такой статье УК, где, например, субъект не совпадает по своим признакам с субъектом того поступка, при совершении которого был причинен чрезмерный вред.

Многие авторы, однако, считают, что, например, по ст. ст. 97 и 104 УК должны квалифицироваться действия не только частных, но и должностных лиц, допустивших превышение пределов дозволенного вреда при исполнении служебного долга². С такой рекомендацией согласиться нельзя, поскольку субъектом необходимой обороны являются только частные лица. Следовательно, по ст. ст. 97 и 104 УК должны квалифицироваться действия только частных лиц, превысивших пределы необходимой обороны. В пользу этого говорит и объект этих общеуголовных преступлений, а именно: жизнь и здоровье человека. В то же время субъектом исполнения служебного долга при защите правоохраняемых интересов являются соответствующие должностные лица. В случае превышения ими своих служебных, полномочий страдает прежде всего нормальная деятельность государственного аппарата, при осуществлении которой причинение вреда посягающему допускается только в пределах предоставленных полномочий. Поэтому и ответственность должностных лиц за превышение власти или служебных полномочий должна определяться по ст. 166 УК.

И еще одно общее замечание о квалификации превышения пределов вреда, причиненного при совершении поступков, исключающих преступность деяния. Выше отмечалось, что причинение чрезмерного вреда – ближайшая цель или средство достижения промежуточной либо конечной общественно полезной цели поступка. Опасность подобных действий заключается в том, что лицо избирает неправое средство достижения указанной цели. При этом такое средство (причинение чрезмерного вреда) является желаемым для действующего субъекта. Следовательно, неосторожность в причинении этого вреда исключается, поскольку при любом виде неосторожной вины причинение чрезмерного вреда не может выступать ближайшей целью действий данного субъекта. Известно, что при преступном легкомыслии лицо хотя и предвидит абстрактную возможность причинения вреда, но рассчитывает на его предотвращение, а при преступной небрежности лицо вообще не предвидит даже абстрактной возможности наступления общественно опасных последствий своего действия или бездействия, хотя должно было и могло их предвидеть. Отсюда следует, что квалификация превышения пределов дозволенного вреда при совершении поступков, исключающих пре-

¹ Козак В. Н. Вопросы теории и практики крайней необходимости. С. 116.

² См., напр.: Комментарий в УК Белорусской ССР. Минск, 1965. С. 232

ступность деяния, возможна лишь по тем статьям УК, которые предусматривают ответственность за умышленные преступления. Правильным поэтому является разъяснение Пленума Верховного Суда СССР в постановлении от 16 августа 1984 г., что по смыслу закона превышение пределов необходимой обороны является только умышленным преступлением¹. Нужно лишь отметить, что это свойственно всем преступлениям, связанным с превышением пределов вреда, причиненного при совершении поступков, исключающих преступность деяния.

§ 3. Ответственность за превышение пределов причинения вреда

Превышение пределов рассматриваемого вреда при определенных условиях, названных выше, является деянием преступным. Всякое же преступление не может оставаться безнаказанным. Типичным правовым последствием преступления является уголовное наказание. Вместе с тем уголовный закон предусматривает и иные (альтернативные) меры воздействия, которые могут быть применены к лицам, совершившим преступления. К их числу, в частности, относятся: освобождение от уголовной ответственности с заменой ее мерами административного взыскания или общественного воздействия (ст. 51 УК), освобождение от уголовной ответственности и наказания в соответствии со ст. 50 УК, условное осуждение (ст. 45 УК), отсрочка исполнения приговора (ст. 46¹ УК), условное осуждение к лишению свободы с обязательным привлечением осужденного к труду (ст. 25¹ УК).

Обычно, рассматривая вопрос об ответственности за то или иное преступление, криминалисты, а также судебная практика исходят из того, какое наказание, подлежащее применению к лицам, совершившим данное преступление, является необходимым и достаточным для достижения целей исправления виновного и предупреждения преступлений. Представляется, что такой подход оправдан в большинстве своем при определении ответственности лиц, виновных в совершении тяжких и особо тяжких преступлений. В отношении же других преступников более правильно иное: в первую очередь должен быть обсужден вопрос о возможности применения иных (альтернативных) мер воздействия к лицам, совершившим нетяжкие преступления, а тем более преступления, не представляющие большой общественной опасности. Уголовное наказание должно назначаться лишь в крайнем случае, как последнее средство, когда применение иных мер воздействия к лицам, совершившим указанные преступления, не представляется возможным для достижения целей исправления виновного и предупреждения новых преступлений. Именно такой подход и должен быть применен к лицам, совершившим преступления, связанные с превышением пределов дозволенного вреда при учинении поступков, исключающих преступность деяния. К такому выводу приводят следующие соображения.

Во-первых, необходимо учесть, что главной отличительной чертой этих преступлений является то, что лицо, причинившее чрезмерный вред, все же имело право либо было обязано или уполномочено на причинение вреда, хотя и в меньшем размере. Иными словами, рассматриваемые преступления лежат на грани преступного и правомерного, что не может быть не учтено при оценке характера и степени общественной опасности этих преступлений, а также при выборе мер ответственности.

Во-вторых, указанные преступления в большинстве своем относятся к числу не представляющих большой общественной опасности или, во всяком случае, к нетяжким преступлениям. Об этом часто свидетельствует санкция статьи, предусматривающая ответственность за такое преступление. Но даже в тех случаях, когда в законе не уста-

¹ См.: Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1984. – № 5. – С. 9.

новлена специальная ответственность за превышение пределов дозволенного вреда и действия виновного квалифицируются на общих основаниях, при оценке характера и степени общественной опасности таких преступлений нельзя формально исходить только из санкции. Ведь устанавливая ту или иную санкцию, законодатель стремится предусмотреть наиболее типичные проявления данного вида преступления наиболее типичными субъектами, и это не исключает того, что отдельные преступные посягательства могут и не соответствовать типичным признакам преступления, предусмотренного в той или иной статье УК. Например, ст. 166 УК, говоря о превышении власти или служебных полномочий, устанавливает за основной состав преступления санкцию до трех лет лишения свободы или исправительные работы на срок до двух лет, а за квалифицированный состав – лишение свободы от двух до восьми лет. Одной из форм такого превышения является совершение должностным лицом действий, хотя и входящих в его компетенцию, но при отсутствии указанных в законе или ином нормативном акте условий¹. В частности, данным составом преступления охватываются действия должностного лица, которое, будучи уполномоченным на причинение вреда, причиняет его как при отсутствии на то основания (наиболее типичный случай), так и при наличии такого основания, однако с превышением дозволенных пределов. Очевидно, что степень общественной опасности этих преступлений различна, причем во втором случае она резко расходится с той типичной степенью общественной опасности, которую имел в виду законодатель, облагая столь суровым наказанием данное преступление.

В-третьих, в пользу альтернативных мер воздействия к лицам, совершившим названные преступления, говорит, как правило, положительная характеристика виновного. Очевидно, что при осуществлении своего права на необходимую оборону, крайнюю необходимость, задержание преступника или профессиональный риск лицо занимает активную гражданскую позицию, хотя могло и не воспользоваться своим правом на совершение указанных действий. Равным образом, причиняя вред, например, при выполнении профессиональных обязанностей или исполнении своего служебного долга, лицо демонстрирует свою приверженность порученной работе или службе, совершает действия прежде всего в чужих интересах. Иными словами, во всех этих ситуациях субъект проявляет социально-правовую активность и поэтому вправе рассчитывать на снисхождение общества в случае выхода им за пределы дозволенного вреда. Нужно также учитывать, что обычно это лица, имеющие правильное представление о справедливом, хотя и с неразвитым чувством законности, отсутствием навыков правомерного поведения в нестандартных, сложных ситуациях. Следует согласиться с Н. С. Лейкиной в том, что в подобных преступлениях (например, при превышении пределов необходимой обороны) не выражается ориентация лица на совершение антиобщественных действий. «Они лишь свидетельствуют об отсутствии у виновного достаточных сил для того, чтобы законными действиями противостоять неблагоприятно сложившейся ситуации»². Поэтому в большинстве своем лица, превысившие пределы дозволенного вреда, могут быть отнесены к так называемым случайным преступникам, которые для достижения общественно полезных целей избирают неправильные средства³. Такие лица поэтому часто не нуждаются в исправлении с помощью уголовного наказания.

В-четвертых, рассматриваемые преступления совершаются по вынужденным мотивам⁴. Причем это характерно для различных видов осуществления права, выполнения правовой обязанности, а также исполнения служебного долга. Иными словами, совершение преступлений происходит при ограниченности выбора у лица, причиняющего

¹ См.: *Галахова А. В.* Превышение власти или служебных полномочий. Вопросы уголовно-правовой квалификации. М., 1978. С. 31.

² *Лейкина Н. С.* Личность преступника и уголовная ответственность. Л., 1968. С. 18-19.

³ См.: *Голуб Ю. В.* Случайный преступник. Томск, 1984. С. 133.

⁴ См.: *Тарарухин С. А.* Установление мотива и квалификация преступления. К., 1977. С. 95-109.

чрезмерный вред, в силу сложившейся обстановки. Это обстоятельство существенно влияет на степень вины лица, совершившего такое преступление, а следовательно, и на степень его ответственности. Как отмечают В. Н. Кудрявцев и С. Г. Келина, «степень ответственности при прочих одинаковых обстоятельствах находится в обратной зависимости от степени влияния непосредственных внешних условий: чем меньше человек был связан непосредственной конкретной обстановкой, в которой он действовал, тем менее вынужденным с этой точки зрения был его поступок, тем выше степень его вины и ответственности»¹. Очевидно, что степень вины лиц, совершивших рассматриваемые преступления и, следовательно, степень их ответственности является значительно меньшей, чем у лиц, причинивших такой же вред, но не под влиянием сложившейся обстановки. В этой связи уместным представляется предложение П. С. Дагеля, «что если степень вины лица, совершившего общественно опасное деяние, незначительна, то лицо может быть освобождено от уголовной ответственности (например, при превышении пределов необходимой обороны, в состоянии физиологического аффекта, при наличии неправомерного поведения потерпевшего и т. п.)»². Это предложение может быть распространено и на другие виды преступлений, связанных с превышением пределов вреда, причиненного при совершении поступков, исключающих преступность деяния. Ведь часто источником рассматриваемого преступления служит неправомерное поведение потерпевшего, связанное с созданием криминогенной ситуации. В соответствии же с законом (п. п. 4 и 5 ст. 40 УК) криминогенные ситуации и поводы к совершению преступления квалифицируются как смягчающие уголовную ответственность обстоятельства.

В-пятых, определяя ответственность за рассматриваемые преступления, наряду с общественно полезной целью и в основном положительными мотивами необходимо учитывать душевное состояние лица, превысившего пределы дозволенного вреда. В отношении превышения пределов необходимой обороны еще С. В. Познышев отмечал, что «когда обороняющийся, под влиянием страха и охватившего его волнения, преувеличил опасность и повел слишком энергичную защиту, в этом случае обороняющийся не проявляет никакого опасного и враждебного правопорядку настроения и, поэтому, не должен подлежать наказанию. Такое превышение обороны называют, хотя вряд ли удачно, неосторожным. И в некоторых западных кодексах ненаказуемость его прямо оговаривается»³. Ныне действующее уголовное законодательство зарубежных государств в таких ситуациях предусматривает либо исключение уголовной ответственности, либо чрезвычайное смягчение наказания за превышение пределов необходимой обороны, а также крайней необходимости. Так, по УК Республики Болгарии не наказывается деяние, совершенное при превышении пределов необходимой обороны, если лицо действовало в состоянии испуга или волнения. УК бывшей ГДР также предусматривал, что при превышении пределов необходимой обороны, если обороняющийся оказался в состоянии обоснованного сильного возбуждения и по этой причине вышел за пределы необходимой обороны, меры уголовной ответственности не применяются. Равным образом УК ряда стран рассматривают причинение вреда с превышением пределов крайней необходимости как обстоятельство, смягчающее ответственность, и предоставляют право суду в этих случаях либо смягчать наказание, либо полностью освобождать от него.

В нашем праве отсутствуют специальные установления по этому вопросу. Однако они обосновывались советскими криминалистами. Так, В. Ф. Кириченко писал: «Если лицо превышает пределы необходимой обороны вследствие испуга или страха, вызванного неожиданностью нападения и т. п., то превышение пределов необходимой обороны вообще может быть оставлено без внимания. Указание в самом законе на освобождение

¹ Келина С. Г., Кудрявцев В. Н. Принципы советского уголовного права. М., 1988. С. 143.

² Дагель П. С. Совершенствование законодательного определения принципа вины в советском уголовном праве // Проблемы советской уголовной политики. Владивосток, 1985. С. 22-23.

³ Познышев С. В. Учебник уголовного права. Общая часть. М., 1923. С. 163.

от наказания в этих случаях следует признать безусловно целесообразным»¹. Судебная практика исходит из того, что «в состоянии сильного душевного волнения, вызванного посягательством, обороняющийся не всегда может точно взвесить характер опасности и избрать соразмерные средства защиты»². Вместе с тем душевное волнение вполне возможно и в состоянии крайней необходимости, при задержании преступника, исполнении приказа и других поступках, исключающих преступность деяния. Поэтому этот фактор должен быть учтен не только при решении вопроса об ответственности за превышение пределов необходимой обороны, но и в других указанных выше случаях.

И, наконец, закон относит убийство при превышении пределов необходимой обороны и нанесение тяжких телесных повреждений к привилегированным составам. Иными словами, нарушение требования о соразмерности защиты и посягательства уже учтено законом в качестве обязательного признака составов преступлений, предусмотренных ст. 97 и 104 УК. Согласно п. 3 ст. 43 проекта Основ обстоятельством, смягчающим ответственность, признавалось совершение преступления при нарушении условий правомерности необходимой обороны, крайней необходимости, задержания лица, совершившего преступление, профессионального или хозяйственного риска.

Изложенное дает основание ориентировать практику при рассмотрении названных дел на избрание в первую очередь альтернативных мер воздействия к лицам, превысившим пределы дозволенного вреда. Следует применять освобождение таких лиц от уголовной ответственности с заменой ее мерами общественного воздействия или административного взыскания. Особенно это уместно в случаях превышения пределов максимально допустимого вреда, поскольку такой вред часто причиняется в такой неблагоприятной обстановке, когда у лица отсутствовали другие возможности для достижения общественно полезной цели. Далее, лица, виновные в превышении пределов дозволенного вреда, часто раскаиваются в содеянном, стремятся заглянуть свою вину и т. п. Поэтому если в целях предупреждения новых преступлений будет признано необходимым назначить им уголовное наказание, то безупречное поведение и честное отношение к труду после совершения преступления дают основание для обсуждения вопроса о возможности освобождения их от наказания по приговору суда в соответствии с ч. 2 ст. 50 УК.

Многие криминалисты указывают на необходимость широкого применения условного осуждения к лицам, превысившим пределы дозволенного вреда. Так, В. А. Ломако обоснованно считает, что при назначении наказания за превышение пределов необходимой обороны «суд должен рассмотреть вопрос о возможности применения условного осуждения, ибо само превышение пределов необходимой обороны логически предполагает наличие состояния необходимой обороны, т. е. правомерных и общественно полезных действий лица, предпринятых им в защиту охраняемых законом интересов от общественно опасного посягательства»³. Равным образом наличие права либо обязанности или полномочия, реализация которых привела к причинению чрезмерного вреда, является настолько существенным обстоятельством, что способно обосновать наряду с положительной характеристикой личности виновного применение уголовного осуждения с передачей лица для исправления общественной организации или трудовому коллективу.

В том случае, когда суд избирает за рассматриваемые преступления наказание в виде лишения свободы на срок до трех лет, у него имеется также возможность применить отсрочку исполнения приговора. При этом, как отметил Ю. А. Кондратьев, при оценке характера и степени общественной опасности совершенного преступления необходимо учитывать как общие, типичные свойства, присущие деяниям подобного рода так и спец-

¹ Кириченко В. Ф. Указ. соч. С. 31. См. также: *Вышинская З. А.* К вопросу о необходимой обороне и задержании лица, совершившего общественно опасное посягательство // Вопросы совершенствования уголовного законодательства и практики его применения. М., 1981. С. 53-54; *Галкин В. М.* Уголовное законодательство СССР и других социалистических стран об основаниях уголовной ответственности // Тр. ВНИИСЗ «Проблемы совершенствования советского законодательства». – 1986. – № 32-33. – С. 154.

² См.: Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1984. – № 5. – С. 9.

³ Ломако В. А. Применение условного осуждения. Х., 1976. С. 36-37.

ифические признаки конкретного преступления, его индивидуальные свойства, повышающие или уменьшающие общественную опасность, т. е. по существу отражающие степень общественной опасности совершенного преступления¹. Именно таким специфическим признаком, существенно снижающим степень общественной опасности, и обладают рассматриваемые преступления. Кроме того, личность виновных в таких преступлениях существенно отличается от личности субъектов, совершивших преступления, не связанные с превышением пределов дозволенного вреда, и это дает основания считать, что исправление указанных лиц в большинстве своем возможно без изоляции от общества.

Некоторые криминалисты отмечают целесообразность применения к лицам, виновным в превышении пределов вреда, условного осуждения к лишению свободы с обязательным привлечением к труду. Так, И. С. Ретюнских пишет, что совершение преступления при защите от общественно опасного посягательства, *хотя* и с превышением пределов необходимой обороны, существенно снижает общественную опасность совершенного преступления и личности виновного и тем самым дает возможность суду назначить условное осуждение в порядке ст. 25¹ УК за умышленное убийство и нанесение тяжких телесных повреждений при превышении пределов необходимой обороны². Однако подобные обстоятельства, смягчающие ответственность, характерны и для превышения пределов крайней необходимости, когда лицо вынужденно причиняет вред с целью устранения опасности, угрожающей правоохраняемым интересам личности, общества или государства, и для превышения мер по задержанию преступника, и для других видов превышения пределов дозволенного вреда. Поэтому и в отношении этих лиц возможно применение ст. 25¹ УК. При этом наиболее целесообразным представляется применение данного вида условного осуждения прежде всего к лицам, превысившим пределы достаточного вреда. Такие лица осознанно, без необходимости причиняют крайний вред охраняемым законом интересам и поэтому в ряде случаев именно для них обоснованно применение ст. 25¹ УК.

Сказанное не исключает, конечно, возможности и необходимости назначения за такие преступления реального уголовного наказания. Однако следует иметь в виду, что наказание в виде лишения свободы может быть назначено лишь при условии, что его цели не могут быть достигнуты иным, более мягким наказанием (ч. 2 ст. 41 Основ 1991 г.). Это означает, что при альтернативной санкции следует обсудить вопрос о возможности избрания наказания, не связанного с лишением свободы. В случае, если закон не предусматривает альтернативы лишению свободы, не следует исключать возможности перехода к более мягкому виду наказания в порядке ст. 44 УК.

Наконец, если суд придет к выводу, что лицу все же должно быть назначено наказание в виде лишения свободы, он должен мотивировать свое решение. Это требование прямо сформулировано Пленумом Верховного Суда СССР в постановлении от 16 августа 1984 г. по делам о необходимой обороне. При наличии относительно определенной санкции с указанием ее нижнего предела суд имеет возможность назначить лишение свободы, близкое к минимуму санкции, либо вообще ниже низшего предела в порядке ст. 44 УК.

Как отмечалось, преступления, связанные с превышением пределов вреда, причиненного при совершении поступков, исключаящих преступность деяния, относятся к числу умышленных, но не являющихся тяжкими. В соответствии со ст. 25 УК местом отбывания лишения свободы лицами, осужденными за данные преступления, являются, по общему правилу, ИТК общего режима. Вместе с тем в соответствии с ч. 7 ст. 25 УК суд вправе с приведением мотивов принятого решения назначить им и менее суровый вид ИТК, а именно исправительно-трудовую колонию – поселение для лиц, совершивших умышленные преступления³.

¹ См.: Кондратьев Ю. А. Отсрочка исполнения приговора по советскому уголовному праву: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Х., 1984. С. 7-8.

² См.: Ретюнских И. С. Условное осуждение к лишению свободы с обязательным привлечением осужденного к труду. Воронеж, 1977. С. 45-46.

³ См.: Багрий-Шахматов А. В. Система уголовных наказаний и исправительно-трудовое право. М., 1969. С. 58; *его же*: Уголовная ответственность и наказание. Минск, 1976. С. 299-300.

Раздел второй
ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ИСКЛЮЧАЮЩИЕ ПРЕСТУПНОСТЬ
(ОБЩЕСТВЕННУЮ ОПАСНОСТЬ И ПРОТИВОПРАВНОСТЬ)
ДЕЯНИЯ, ПРЕДУСМОТРЕННЫЕ УК УКРАИНЫ
(ОСНОВНЫЕ ВОПРОСЫ)

Действующий УК предусматривает три обстоятельства, исключающих преступность деяния: необходимую оборону, задержание преступника и крайнюю необходимость. Каждое из них основательно исследовано в науке уголовного права. Руководящие разъяснения приняты Верховными Судами Украины и СССР по вопросам, связанным с судебным рассмотрением дел о необходимой обороне а также задержании преступника, регулярно публикуются решения по конкретным уголовным делам. Поэтому в предлагаемом разделе не ставится цель осветить все проблемы, связанные с применением УК, тем более что большинство из них как имеющие общее значение уже рассмотрены выше. Здесь важно показать на конкретном материале, как «работают» эти общие положения. Поэтому в дальнейшем основное внимание уделяется наиболее важным вопросам необходимой обороны, задержания преступника и крайней необходимости, различным образом решаемым в науке уголовного права и вызывающим затруднения на практике. Прежде всего рассматриваются основания совершения указанных правомерных поступков, затем – признаки их состава и в завершении – вопросы ответственности за превышение пределов вреда, причиненного при названных обстоятельствах.

Глава V
НЕОБХОДИМАЯ ОБОРОНА

В ст. 15 УК указывается: «Не является преступлением действие, хотя и подпадающее под признаки деяния, предусмотренного уголовным законом, но совершенное в состоянии необходимой обороны, то есть при защите интересов Советского государства, общественных интересов, личности и прав обороняющегося или другого лица от общественно опасного посягательства путем причинения посягающему вреда, если при этом не было допущено превышения пределов необходимой обороны. Превышением пределов необходимой обороны признается явное несоответствие защиты характеру и опасности посягательства». Основы 1991 г. в ст. 24 предусматривают, что «каждый гражданин имеет право на самозащиту. Это право принадлежит лицу независимо от возможности избежать посягательства или обратиться за помощью к другим лицам или органам власти. Не является преступлением действие, совершенное в состоянии необходимой обороны, то есть при защите личности и прав обороняющегося или другого лица, интересов общества или государства от общественно опасного посягательства путем причинения посягающему вреда, если при этом не было допущено превышения пределов необходимой обороны. Превышением пределов необходимой обороны признается явное несоответствие защиты характеру и опасности посягательства». Что касается эксцесса обороны, то по ст. 97 УК убийство, совершенное при превышении пределов необходимой обороны, наказывается лишением свободы на срок до трех лет

или исправительными работами на срок до двух лет, а причинение тяжких телесных повреждений при превышении пределов необходимой обороны по ст. 104 УК влечет лишение свободы на срок до одного года или исправительные работы на тот же срок.

§ 1. Основания необходимой обороны

В соответствии с ч. 1 ст. 15 УК необходимая оборона возможна лишь от общественно опасного посягательства, которое выступает одним из оснований такой обороны. Если учесть, что эти основания представляют собой необходимые и достаточные условия, наличие которых оправдывает действия по причинению посягающему вреда, то необходимая оборона возможна при 1) совершении общественно опасного посягательства (правовое основание); 2) необходимости в немедленном причинении посягающему вреда для предотвращения или пресечения общественно опасного посягательства (фактическое основание).

На практике иногда ошибочно исходят из того, что для возникновения права на необходимую оборону помимо названных требуется еще одно условие, а именно отсутствие у лица, подвергшегося посягательству, возможности спастись бегством, обратиться за помощью к гражданам, представителям власти или избрать какие-либо иные способы, не носящие характера активного противодействия посягающему. Очевидно, что это по существу ограничивает самостоятельность права граждан на необходимую оборону¹.

Так, народный суд, осудив О. за убийство при превышении пределов необходимой обороны в обстановке, когда последний защищался перочинным ножом от нападения пьяных Б. и Т., указал, что недалеко от места происшествия находилась будка дежурного железнодорожного переезда и населенный пункт, куда осужденный имел возможность обратиться за помощью. Отменяя приговор и прекращая дело, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда СССР правильно отметила, что приведенная выше ссылка народного суда по существу означает, что О. должен был бежать от нападающих, а не обороняться, что свидетельствует о неправильном понимании народным судом содержания ст. 15 УК².

В этой связи Пленум Верховного Суда СССР в п. 3 постановления от 16 августа 1984 г. разъяснил, что «в соответствии с законом граждане имеют право на применение активных мер при защите от общественно опасного посягательства путем причинения посягающему вреда независимо от наличия у них возможности спастись бегством или использовать иные способы избежать нападения»³. Эти положения закреплены и в новом законодательстве. В ч. 1 ст. 24 Основ 1991 г. указано, что лицо имеет право на необходимую оборону независимо от возможности избежать посягательства или обратиться за помощью к другим лицам или органам власти.

Следовательно, необходимая оборона возможна только при наличии правового и фактического оснований. Их отсутствие, а равно наличие лишь одного из них всегда свидетельствует, что законных оснований для необходимой обороны нет, поскольку не возникает само состояние такой обороны.

¹ Такое ограничение содержалось, например, в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г., в ст. 107 которого право на необходимую оборону признавалось лишь «при невозможности прибегнуть к помощи местного или ближайшего начальства». Кроме того, здесь же предписывалось, что «обороняющийся обязан обо всех обстоятельствах и последствиях своей обороны немедленно объявить соседним жителям, а при первой возможности и ближайшему начальству» (Российское законодательство X-XX веков. Законодательные акты первой половины XIX века. М., 1988. Т. 6. С. 195).

² См.: Рад. право. – 1970. – № 12. – С. 93-94.

³ См.: Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1984. – № 5. – С. 10

Правовое основание необходимой обороны – это общественно опасное посягательство. Поэтому совершение деяния, которое не является общественно опасным, ни при каких условиях не может быть основанием такой обороны. Справедливо отмечено, что необходимая оборона невозможна от действий, которые вообще лишены свойства общественной опасности, а также от правомерных поступков, совершаемых в состоянии необходимой обороны, крайней необходимости, при задержании преступника, выполнении служебного или воинского долга, а также при других обстоятельствах, исключающих преступность деяния¹. Совершение же действий с нарушением условий правомерности свидетельствует об их общественно опасном характере и против них необходимая оборона возможна (например, против превышения пределов такой обороны).

Очевидно, далее, что в законе речь идет о посягательстве человека, на что прямо указывается в ч. 1 ст. 15 УК: необходимая оборона осуществляется путем причинения вреда посягающему лицу. «Посягнуть» означает попытку что-либо сделать², поэтому посягательство и состоит в попытке причинить вред правоохраняемым интересам. Только в таком случае обороняющийся имеет объективную возможность предотвратить или пресечь посягательство. Наконец, такое посягательство должно быть общественно опасным, что характеризует его социальную направленность. Им признается всякое посягательство, угрожающее причинением вреда личности, коллективному, общественным или государственным интересам, независимо от вины посягающего, а также от его социальных и нравственных качеств³. Отсюда следует, что общественно опасным посягательством должно быть признано не только преступление, но и всякое иное правонарушение, а также посягательство невменяемого, лица, не достигшего возраста уголовной ответственности, действующего в состоянии фактической ошибки, и т. п. Нельзя согласиться с тем, что необходимая оборона возможна лишь от преступного посягательства, хотя именно последнее является типичным основанием такой обороны. Однако это не исключает принципиальной допустимости необходимой обороны и от других видов общественно опасного поведения.

Пленум Верховного Суда СССР в постановлении от 16 августа 1984 г. разъяснил, что «под общественно опасным посягательством, защита от которого допустима в пределах ст. 13 Основ уголовного законодательства, следует понимать деяние, предусмотренное Особенной частью уголовного закона, независимо от того, привлечено ли лицо, его совершившее, к уголовной ответственности или освобождено от нее в связи с невменяемостью, недостижением возраста привлечения к уголовной ответственности или по другим основаниям»⁴. Таким образом, Пленум признает, что основанием необходимой обороны может выступать либо преступление, либо такое общественно опасное посягательство, которое хотя и не является преступным, однако по объективным своим признакам соответствует общественной опасности, характерной для преступления.

Отметим, что в отдельных случаях практика признает необходимую оборону и при отражении административных правонарушений, а также малозначительных деяний⁵. Это хотя и соответствует закону, однако не предрешает причинение вреда посягающему в каждом случае совершения правонарушения, ибо для этого требуется и фактическое основание, т. е. необходимость в немедленном причинении посягающему вреда для предотвращения или пресечения посягательства.

Известно, что общественно опасное посягательство как поведенческий акт человека с точки зрения его структурных элементов представляет собой единство взаимо-

¹ См.: Шавгулидзе Т. Г. Указ. соч. С. 54.

² См.: Ожегов С. И. Словарь русского языка. М., 1984. С. 493.

³ См.: Прохоров В. С. Преступление и ответственность. С. 23.

⁴ См.: Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1984. – № 5. – С. 10.

⁵ См.: Каченко В. И. Необходимая оборона по уголовному праву. С. 25-29.

действующих субъекта, объекта, объективной и субъективной сторон. Системное взаимодействие этих элементов образует поступок человека и характеризует его социальное содержание. Своеобразие любого из названных элементов определенным образом влияет и на содержание деяния в целом. Так, преступное посягательство отличается по своему социальному содержанию от посягательства невменяемого или малолетнего, однако нельзя отрицать, что как в первом, так и во втором случае названные посягательства опасны для общества, ибо направлены на причинение вреда тем или иным интересам. Это и дает возможность объединять подобные посягательства в единое правовое основание необходимой обороны, а также выделять в их структуре общие для них элементы, а именно: субъекта и объекта, а также объективную и субъективную стороны общественно опасного посягательства.

Субъектом такого посягательства могут являться лица, достигшие или не достигшие возраста уголовной ответственности, вменяемые или невменяемые, частные или должностные, действующие в одиночку или группой. В литературе неоднозначно решается вопрос о допустимости необходимой обороны против общественно опасных посягательств невменяемых и лиц, не достигших возраста уголовной ответственности, т. е. малолетних¹. Понятно стремление в таких ситуациях ограничить правовое основание необходимой обороны, исходя из соображений морального и гуманного характера. Вместе с тем предлагаемые ограничительные условия не основаны на законе. Известно, что спор по данному вопросу ведется давно и тем не менее даже в проекте Основ его составители не сочли возможным установить какие-либо ограничения для обороны от общественно опасных посягательств со стороны невменяемых и малолетних. Точно так же Пленум Верховного Суда СССР в названном ранее постановлении специально разъяснил, что необходимая оборона возможна от посягательств указанных лиц, но не ограничил это право какими-либо дополнительными условиями. Такая позиция полностью соответствует и действующему праву, из которого следует, что правовым основанием необходимой обороны является любое общественно опасное посягательство, в том числе посягательство невменяемого и малолетнего. Равным образом в законе отсутствуют какие-либо ограничения и при необходимой обороне от общественно опасных посягательств должностных лиц. И это правильно, хотя, разумеется, вовсе не означает, что против каждого общественно опасного посягательства должностного лица возможна необходимая оборона, поскольку и здесь, как и для частных лиц, необходимо наличие не только правового, но и фактического основания такой обороны.

В соответствии с ч. 1 ст. 15 УК *объектом* общественно опасного посягательства являются интересы обороняющегося или другого лица, а также интересы общества и государства. В литературе обычно эти объекты рассматриваются при характеристике оборонительных действий. Однако В. Н. Козак правильно пишет, что посягательство немыслимо без объекта, на который оно направлено, поэтому указанные интересы являются признаком не обороны, а именно посягательства². Важным отличительным признаком рассматриваемых интересов является их охраняемость законом, т. е. законность интересов³. Иными словами, объектом посягательства могут выступать лишь правоохраняемые интересы. Именно попытка причинить вред таким интересам и расценивается как общественно опасное посягательство. Поэтому если имело место посягательство на неохраняемые законом интересы, то оно не является общественно опасным, что свидетельствует об отсутствии правового основания необходимой обороны.

¹ См.: Ахметшин Х. М. Обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность деяния. М., 1958. С. 9; Трахтеров В. С. Про необхідну оборону // Рад. право. – 1960. – № 1. – С. 99; Тишкевич И. С. Условия и пределы необходимой обороны. С. 23-24 и др.

² См.: Козак В. Я. Право граждан на необходимую оборону. С. 56; Ткаченко В. И. Необходимая оборона по уголовному праву. С. 9.

³ См. Козак В. Я. Право граждан на необходимую оборону. С. 37.

Правоохраняемыми интересами личности обороняющегося и других лиц являются жизнь, здоровье, личная и половая свобода, честь и достоинство, имущество, а также иные права и свободы человека. К общественным интересам относятся интересы общественной безопасности и общественного порядка, спокойствия граждан и сохранности общественного имущества и т. п. Различными могут быть и охраняемые законом интересы государства: внешняя безопасность и обороноспособность страны, сохранность государственной либо военной тайны, неприкосновенность государственных границ и др. Очевидно, что круг правоохраняемых интересов, могущих выступать объектом общественно опасного посягательства, практически не ограничен. Хотя необходимая оборона чаще всего трактуется, особенно в популярной литературе, как самооборона, «принципиально важно обратить внимание массового читателя на то, что необходимая оборона поощряется уголовным законом и при защите интересов государства, общества и других лиц от преступных посягательств»¹.

Давно ведется спор о допустимости необходимой обороны на честь и достоинство личности. Причем если одни специалисты не видят оснований для отказа в этом², то другие считают, что практически оборона указанных благ вряд ли возможна³. Иногда признают, что необходимая оборона правомерна лишь в случае, когда оскорбление наносится действием или имеет место попытка выставить написанные или напечатанные клеветнические сведения о потерпевшем⁴, а также при повторяющихся оскорблениях⁵. Очевидно, что посягательство па честь и достоинство является общественно опасным независимо от его способа, поэтому эти объекты не исключены законодателем, а также Пленумом Верховного Суда СССР в упомянутом разъяснении из числа объектов общественно опасного посягательства как правового основания необходимой обороны. Споры же о том, в каких случаях возможна необходимая оборона чести и достоинства личности, касаются по существу не правового, а фактического основания такой обороны. Вопрос в том, в каких случаях имеется необходимость в немедленном причинении вреда посягающему с целью пресечения или предотвращения посягательства на честь и достоинство, о чем речь пойдет ниже.

Закон не определяет *объективные признаки* общественно опасного посягательства как правового основания необходимой обороны. Многие авторы поэтому считают, что оно должно выражаться в нападении. Так, М. И. Блум указывала, что посягательство на объекты, на которые нельзя напасть, не создает права на необходимую оборону⁶. Вместе с тем само понятие нападения формулируется различным образом⁷. Однако нет нужды определять это понятие хотя бы потому, что закон не ограничивает правовое основание необходимой обороны только нападением. Отсюда следует, что с объективной стороны общественно опасное посягательство может выражаться не только в нападении, но и в иных действиях, не носящих характера нападения (например, покушение на кражу, нарушение общественного порядка, не связанное с посягательством на человека, и т. п.).

Дискуссионным является и вопрос о том, возможна ли необходимая оборона от общественно опасного посягательства, выраженного в бездействии. Положительно отвечал на него И. И. Слуцкий, указывая, что «преступное посягательство как источник

¹ Миньковский Г., Мирзаянов К. Проблемы охраны правопорядка и борьбы с правонарушениями; Ташкент, 1984. С. 133.

² См.: Кириченко В. Ф. Указ. соч. С. 20.

³ См.: Слуцкий И. И. Указ. соч. С. 66.

⁴ См.: Курс советского уголовного права. Часть общая. М., 1970. Т. 2. С. 368.

⁵ См.: Козак В. Н. Право граждан на необходимую оборону. С. 46.

⁶ См.: Блум М. И. Некоторые вопросы необходимой обороны. С. 46.

⁷ См.: Вышинская З. А. Некоторые вопросы необходимой обороны по советскому уголовному законодательству. С. 85; Кириченко В. Ф. Указ. соч. С. 19; Тишкевич И. С. Условия и пределы необходимой обороны. С. 15.

опасности при необходимой обороне может выразиться не только в действии, но и бездействии»¹. В. И. Ткаченко же выделяет оборону от бездействия в самостоятельное обстоятельство, исключающее преступность деяния, – принуждение к действию для выполнения правовой обязанности². Правы те авторы, которые отрицают возможность необходимой обороны от бездействия. Ведь сущность обороны заключается в причинении вреда именно посягающему, с тем чтобы таким образом предотвратить или пресечь начавшееся посягательство. Нанесение посягающему вреда выступает здесь как средство предотвращения или пресечения его посягательства. Причинение же вреда бездействующему, т. е. лицу, не являющемуся источником опасности, объективно не может выступать в таком качестве (например, нанесение вреда начальнику в момент, когда его подчиненный осуществляет общественно опасное посягательство на правоохраняемые интересы, не способно предотвратить или пресечь это посягательство). В то же время, нельзя исключать ситуации, когда бездействующему субъекту причиняется вред для того, чтобы понудить его лично отвратить опасность. Однако такие действия не соответствуют признакам необходимой обороны и, как верно заметил И. С. Тишкевич, охватываются правилами иных обстоятельств, исключающих общественную опасность и противоправность деяния³.

Общественно опасное посягательство может быть осуществлено лицом как непосредственно (например, попытка задушить жертву, украсть имущество и т. п.), так и с использованием различных орудий, механизмов, животных и т. д. Очевидно, что их использование при прочих равных условиях свидетельствует о повышенной опасности посягательства. Общественно опасное действие всегда совершается в определенном месте и в течение какого-то промежутка времени, во всяком случае до того момента, пока представляет собой незавершенную попытку причинить вред определенным правоохраняемым интересам. До тех пор, пока эта попытка осуществляется, существует и правовое основание необходимой обороны. Если же эта попытка прекращена или добровольно оставлена посягающим, либо он ее успешно завершил, причинив вред объекту посягательства, то очевидно, что это посягательство завершено и, стало быть, отпало правовое основание необходимой обороны. В то же время одни лишь мысли и настроения субъекта совершить посягательство, его высказывания, пусть и агрессивные, и даже угрозы, не подкрепленные определенными конкретными действиями, еще не свидетельствуют о начале осуществления общественно опасного посягательства. Необходимая же оборона возможна лишь от такого посягательства, которое уже началось или еще существует либо осуществляется. Оборона поэтому и признается необходимой, что допускается лишь в течение существования общественно опасного посягательства. Если же оно еще не началось либо прекращено или завершено, то причинение вреда лицу, которое еще не посягало на правоохраняемые интересы, либо бывшему посягателю не может рассматриваться по правилам необходимой обороны.

Многие криминалисты справедливо связывают время осуществления посягательства с таким его признаком, как наличность⁴. Высказывается и суждение, что наличность является неотъемлемым свойством любого общественно опасного деяния и поэтому не требует здесь специального рассмотрения. Более того, по мнению В. И. Ткаченко, целесообразно связывать время осуществления посягательства с таким признаком обороны, как ее своевременность, сущность которой состоит в том, что «необходимая оборона допускается лишь в пределах того времени, которое занимает общественно опасное действие со стороны посягающего, т. е. своевременно»⁵. Очевидно, что при-

¹ Слуцкий И. И. Указ. соч. С. 12.

² См.: Ткаченко В. И. Необходимая оборона по уголовному праву. С. 11.

³ См.: Тишкевич И. С. Условия и пределы необходимой обороны. С. 20.

⁴ См.: Герцензон А. А. Указ. соч. С. 269; Кириченко В. Ф. Указ. соч. С. 29; Паше-Озерский Н. Н. Указ. соч. С. 46 и др.

⁵ Ткаченко В. И. Необходимая оборона по уголовному праву. С. 10.

веденные позиции правильно отражают объективное положение вещей: время характеризует и общественно опасное посягательство, и защиту от него. Иными словами, время осуществления посягательства и время обороны от такого посягательства являются общим объективным условием как основания необходимой обороны, так и самой обороны, ибо необходимая оборона – это противопосыгательство защищающегося в течение времени, пока осуществляется общественно опасное посягательство.

С *субъективной стороны* такое посягательство в большинстве своем характеризуется умышленной виной. Это прежде всего посягательство на жизнь и здоровье потерпевшего, собственность, общественный порядок и др. Однако вряд ли можно исключать необходимую оборону и от неосторожных посягательств, хотя этот вопрос в литературе решается различным образом¹. Заслуживает внимания позиция В. И. Ткаченко, который пишет, что «необходимая оборона возможна не от неосторожных преступлений, а против общественно опасных действий, которые в случае беспрепятственного развития и наступления указанных в законе последствий образовали бы объективную сторону состава преступления»². Уже указывалось, что необходимая оборона возможна лишь от посягательств, которые выражаются в форме действия. Поэтому если совершается действие, грозящее немедленным причинением неосторожного вреда правоохраняемым интересам, то такое посягательство может выступать как правовое основание необходимой обороны. Представим ситуацию, когда строители, не убедившись в отсутствии людей на стройплощадке, намереваются сбросить железную балку с крыши дома на землю, где неожиданно появились дети. Увидев это, очевидец в последний момент сбивает строителей с ног, имея целью предотвратить их грубую неосторожность, и причиняет при этом им телесные повреждения различной тяжести. В такой ситуации именно неосторожное посягательство выступает основанием необходимой обороны. Вместе с тем отметим, что виновность вообще не является обязательным признаком общественно опасного посягательства как основания необходимой обороны, поскольку в качестве такового, помимо преступления, может выступать и посягательство невменяемого, при котором о вине говорить не приходится, и общественно опасное действие лица, причиняющего вред в состоянии извинительной ошибки, и т. п.

Рассмотренные признаки позволяют заключить, что правовым основанием необходимой обороны является общественно опасное действие человека, направленное на причинение вреда правоохраняемым интересам личности или правам обороняющегося либо другого лица, общественным интересам или интересам государства.

В ч. 2 ст. 15 УК это основание снабжено такими признаками, как «характер» и «опасность» посягательства. Представляется, что характер посягательства зависит от его направленности на абсолютное или относительное благо (ценность), охраняемое уголовным законом. С этой точки зрения различными по характеру являются посягательства на жизнь потерпевшего и внешнюю безопасность страны, личную свободу человека и общественный порядок и т. д. Именно абсолютная или относительная ценность объекта (правоохраняемого интереса) определяет и характер посягательства на него. Вместе с тем даже одинаковые по своему характеру посягательства могут различаться своей опасностью. Если в одном случае посягающий пытается нанести побои, а в другом – тяжкий вред здоровью потерпевшего, то хотя по своему характеру такие посягательства и являются одинаковыми, однако второе, конечно, более опасно. Поэтому рассматриваемые посягательства по степени своей общественной опасности могут быть подразделены на два вида: представляющие и не представляющие большую

¹ См.: Паше-Озерский Н. Н. Указ. соч. С. 38; Тишкевич И. С. Условия и пределы необходимой обороны. С. 12; Багрий-Шахматов Л. В. Необходимая оборона // Уголовное право Украинской ССР на современном этапе. К., 1987. Т. 1. С. 199.

² Ткаченко В. И. Необходимая оборона по уголовному праву. С. 22.

общественную опасность. К *посягательствам, представляющим большую общественную опасность*, относятся такие, которые посягают на абсолютные ценности, а также на относительные ценности, подвергшиеся угрозе причинения тяжкого вреда. Если в отношении посягательств, например, на жизнь и здоровье это положение мало у кого вызывает сомнения, то мнения, касающиеся оценки посягательств на честь и достоинство, личную свободу и тем более собственность граждан, часто не соответствуют реальному значению указанных благ в жизни человека и общества. Однако с постепенным пониманием того, что эти блага относятся к числу абсолютных ценностей, начинается и переосмысление оценки посягательств на них. Так, в последнее время общественное мнение ориентируется на то, что, например, посягательства на имущество граждан представляют собой достаточно большую общественную опасность и требуют адекватного реагирования при его защите, в частности путем действий в состоянии необходимой обороны.

Например, на практике имел место случай, когда утром в дом директора одного из совхозов З. проникли трое неизвестных и, угрожая ножом, связали его, жену и сына, после чего собрали наиболее ценные вещи и стали грузить их в автомашину. З. сумел освободиться от веревок, схватил охотничье ружье и произвел из него выстрелы, убив одного грабителя. Двое других скрылись, но вскоре были задержаны¹. Представляется, что дело З. должно быть прекращено ввиду наличия необходимой обороны. Подобным образом должен решаться вопрос и в следующем случае. Трое вымогателей пришли ночью к дому одного из работников хлебозавода, стали требовать деньги, ломиться в дом, разбили окна, подожгли дверь. В ответ на это хозяин выстрелил из ружья, в результате чего лишил жизни двоих нападающих, а третьего тяжело ранил². Правильной является практика, когда посягательства на собственность расцениваются в качестве тяжких преступлений, при защите от которых допускается применение самых крайних мер. Так, правомерными были признаны действия А. в следующей ситуации. Четверо незнакомых вывели А. из вагона в тамбур движущегося поезда и под угрозой ножа стали его обыскивать. А., защищая себя и свою собственность, вытолкнул двоих нападавших из тамбура вагона, вследствие чего они погибли, третий выпрыгнул сам на ходу поезда, получив тяжкие телесные повреждения, а четвертый убежал, но вскоре был задержан. Точно так же обоснованным было признано применение оружия при таких обстоятельствах. Б., инвалид войны, купил автомашину «Волга» и поставил ее под окном дома. Однажды машину похитили, но вскоре она была возвращена владельцу. В одну из ночей Б., стороживший машину, увидел, как трое неизвестных в масках пытаются открыть дверцу. Б. крикнул им, чтобы они отошли от машины, в ответ на что один из воров выстрелил из пистолета в сторону Б. Тогда последний выстрелами из охотничьего ружья лишил жизни одного преступника, другого ранил, а третий был задержан.

Эти и другие примеры приводят к выводу, что практика обнаруживает явную тенденцию расценивать посягательства на собственность, и это правильно, как представляющие не меньшую общественную опасность, чем посягательства на жизнь или здоровье человека.

С другой стороны, посягательства на относительные ценности, не связанные с угрозой причинения им тяжкого вреда, не представляют большой общественной опасности. К ним относятся, например, посягательства на общественный порядок, не связанные с нападением на личность или уничтожением (повреждением) имущества; на общественную безопасность, когда не ставится в непосредственную угрозу жизнь, здоровье или имущество, и т. п.

¹ См.: Известия. – 1991. – 1 янв.

² См.: Комс. правда. – 1991. – 4 янв.

В итоге отметим, что полная характеристика правового основания необходимой обороны определяется единством характера и опасности посягательства. Разделение посягательств на представляющие и не представляющие большую общественную опасность имеет важное значение для решения вопроса о пределах необходимой обороны. Вместе с тем следует учитывать, что совершение общественно опасного посягательства на объекты абсолютной или относительной ценности оправдывает причинение вреда посягающему лишь при наличии фактического основания необходимой обороны.

Фактическое основание необходимой обороны – это вызванная сложившейся обстановкой защиты необходимость в немедленном причинении посягающему вреда с целью предотвращения или пресечения общественно опасного посягательства. Уже отмечалось, что такое посягательство не всегда является достаточным основанием причинения посягающему вреда. Это объясняется тем, что необходимая оборона – лишь субъективное право гражданина, причем такое, которое связано с возможностью причинения вреда личности посягающего, его правам и интересам. Последний же хотя и осуществил посягательство на охраняемые законом интересы, тем не менее не поставил себя вне закона. Поэтому, для того чтобы причинить вред такому посягателю, необходимы серьезные основания, оправдывающие действия обороняющегося. Разумеется, общество заинтересовано в том, чтобы посягательство было предотвращено или, по крайней мере, пресечено, если оно уже началось. Однако для достижения этой цели у государства и гражданина имеются различные способы. Если гражданин решил добиться этого путем причинения посягающему вреда, то это его право должно быть ограничено определенными рамками, которые не стесняли бы без достаточных причин инициативу граждан в борьбе с антиобщественными явлениями и вместе с тем вводили бы такие действия в разумные пределы, одновременно гарантируя права и свободы других членов общества, в том числе посягателя. Представляется, что именно таким разумным ограничением права граждан на необходимую оборону и является ее второе основание, а именно наличие у обороняющегося в момент общественно опасного посягательства *необходимости в немедленном причинении посягающему вреда*. Это основание вытекает прежде всего из самого названия обороны как необходимой, т. е. такой, при которой причинение вреда правомерно лишь тогда, когда в этом есть особая надобность. Более того, вывод о фактическом основании следует и из ч. 3 ст. 23 проекта Основ, где правильно предусматривалось, что превышением пределов необходимой обороны признается явное несоответствие защиты характеру и опасности посягательства, в результате чего посягающему причиняется *вред, не вызываемый необходимостью предотвращения или пресечения посягательства*. И хотя такая необходимость связывается здесь с пределами необходимой обороны и их превышением, она относится и к самому основанию необходимой обороны, ибо рамки такой обороны непосредственно связаны и определены, как отмечалось, именно ее основаниями. Подобное понимание фактического основания необходимой обороны, например, отражено в УК Кубы, где в ч. 2 ст. 21-1 прямо говорится: «Находится в состоянии необходимой обороны тот, кто отражает или пресекает незаконное, неминуемое, наличное и неспровоцированное нападение, если, кроме того, имеются следующие условия: а) объективная необходимость обороны...» Такие же нормы сформулированы и в УК ряда других стран. Так, в УК СФРЮ говорится о защите, безусловно необходимой для предотвращения нападения, а в УК Венгрии – о действии, необходимом для предотвращения нападения.

В советской литературе необходимость немедленного причинения посягающему вреда хотя прямо и не называется как одно из оснований необходимой обороны, но по существу признается таковым. При решении вопроса о начальном моменте общественно опасного посягательства, пишет Т. Г. Шавгулидзе, надо исходить из реальной опасности, которую создало посягательство, и необходимости немедленного принятия мер

для его отражения¹. И хотя нельзя согласиться с тем, что необходимость немедленно-го принятия мер по отражению общественно опасного посягательства является критерием его начального момента (этот момент существует объективно, независимо от наличия такой необходимости), однако правильно, что состояние необходимой обороны связывается не только с совершением посягательства, но и с необходимостью его немедленного отражения. О выделении фактического основания необходимой обороны свидетельствует и стремление ограничить ее либо нападением (о чем уже говорилось), либо такими посягательствами, которые грозят причинением непосредственного, неминуемого и неотвратимого вреда. Так, Н. И. Коржанский отмечает, что состояние необходимой обороны порождается только такими преступными посягательствами, которые характеризуются нападением и угрожают причинением существенного, тяжкого вреда охраняемому законом благу. Во всех иных случаях нет необходимости в обороне путем немедленного причинения вреда жизни или здоровью лица, совершившего общественно опасное посягательство². По мнению В. И. Ткаченко, выводы которого базируются на материалах судебной практики, необходимая оборона «допускается только против таких посягательств, которые, если их не пресечь, способны немедленно причинить вред жизни, здоровью, собственности, общественной безопасности, общественному порядку (покушение на кражу, разбой, хулиганство, бандитизм и др.). Посягательства, которые такой способностью не обладают (обман покупателей, спекуляция) и могут быть надежно остановлены другим путем, не служат основанием необходимой обороны»³.

Изложенное позволяет считать, что ныне действующему законодательству, а также науке уголовного права и судебной практике известно не только правовое, но и фактическое основание необходимой обороны, а именно *необходимость немедленного причинения посягающему вреда, которая имеет место там и тогда, где и когда непринятие немедленных мер по предотвращению или пресечению посягательства грозит причинением явного и невосполнимого вреда правоохраняемым интересам*. Эта формулировка охватывает самые различные ситуации, связанные с оценкой обстановки защиты, когда причинение посягающему вреда является оправданным и правомерным. Понимаемое таким образом фактическое основание тесно связано прежде всего с возникновением самого состояния необходимой обороны. Предоставляя гражданам право на необходимую оборону, законодатель имеет в виду лишь такие ситуации защиты от общественно опасных посягательств, при которых гражданин вынужден немедленно, тотчас, безотлагательно причинить вред посягателю, чтобы успешно предотвратить или пресечь начавшееся посягательство и тем самым защитить правоохраняемые интересы от грозящего им вреда. Если же такой безотлагательной необходимости не было или она уже миновала, то, следовательно, состояние необходимой обороны еще не возникло либо, возникнув, уже прекратилось. И в первом, и во втором случае отсутствие фактического основания свидетельствует об отсутствии у гражданина права на необходимую оборону. Фактическое основание, далее, прямо корреспондирует, ряду признаков и условий необходимой обороны. Так, указание на необходимость немедленного причинения посягающему вреда соответствует требованию своевременности необходимой обороны, которая, как известно, допустима только в пределах осуществления общественно опасного посягательства. Фактическое основание непосредственно соотносится также с промежуточной целью необходимой обороны – предотвращением или пресечением посягательства, поскольку необходимость причинения вреда посягающему должна определяться именно этой целью. Наконец, эта не-

¹ См.: Шавгулидзе Т. Г. Указ. соч. С. 77; Козак В. Н. Право граждан на необходимую оборону. С. 67.

² См.: Коржанский Н. И. Рецензия на кн.: Козак В. Н. Право граждан на необходимую оборону. Саратов, 1972 // Сов. юстиция. – 1973. – № 7. – С. 31.

³ Ткаченко В. И. Законодательство о необходимой обороне и практике его применения. С. 53.

обходимость зависит от обстановки защиты. Такая обстановка представляет собой разнообразные условия осуществления обороны, характеризующие место и время защиты, а также реальные силы, возможности и средства гражданина по отражению общественно опасного посягательства. Разумеется, дать исчерпывающий перечень признаков обстановки невозможно. Отсюда вытекает требование учета всех без исключения условий обороны, которые реально влияют на соотношение сил обороняющегося и посягающего. При оценке обстановки защиты недопустимо придавать главенствующее значение какому-либо одному условию, например вооруженности одной из сторон или числу посягающих либо обороняющихся и т. п. Придание решающего значения какому-либо одному условию без учета всех остальных может привести к необоснованному осуждению лиц, совершивших правомерные оборонительные действия.

Совокупность всех условий может свидетельствовать, что в одних случаях обстановка защиты складывается в пользу обороняющегося (такую обстановку можно назвать относительно благоприятной), а в других, напротив, – в пользу посягающего (это так называемая неблагоприятная обстановка защиты). Таким образом, *относительно благоприятной* следует признать такую обстановку защиты, при которой обороняющийся имеет явное преимущество, перед посягающим для успешного отражения или пресечения общественно опасного посягательства. И напротив, *неблагоприятной* для обороняющегося признается такая обстановка защиты, при которой его реальные возможности по отражению общественно опасного посягательства являются примерно равными или уступают возможностям посягателя. Признание неблагоприятной обстановки и в случае правомерного равенства возможностей обороняющегося и нападающего обусловлено тем, что при необходимой обороне речь идет не о поединке, а о необходимости обеспечения эффективного предотвращения или пресечения посягательства на правоохраняемые интересы личности, общества или государства¹. Очевидно, что выделение двух видов обстановки защиты различным образом влияет на пределы дозволённого вреда при необходимой обороне. Изложенное, таким образом, позволяет сказать, что обстановка защиты играет двоякую роль в объяснении необходимости обороны: с одной стороны, она обуславливает необходимость немедленного причинения посягающему вреда, а с другой – влияет на пределы этого вреда.

Из сказанного следует, что обязательными условиями возникновения права на необходимую оборону (или состояния необходимой обороны) являются правовое и фактическое основания, т. е. совершение общественно опасного посягательства на правоохраняемые интересы личности, общества или государства в обстановке, при которой у гражданина, решившего стать на защиту этих интересов, возникает необходимость в немедленном причинении посягающему определенного вреда с целью предотвращения или пресечения этого посягательства. Реализация права на необходимую оборону проявляет себя в правомерном поступке гражданина.

§ 2. Признаки необходимой обороны

Субъект необходимой обороны – это лишь частное лицо, для которого такая оборона есть не что иное, как осуществление своего субъективного права. Субъектами необходимой обороны могут выступать как сами потерпевшие, подвергшиеся посягательству, так и любые другие лица (родственники, знакомые или даже посторонние), ставшие

¹ В этой связи представляет интерес разъяснение, данное Верховным Судом Республики Польша: «... эффективность противодействия при необходимой обороне появляется тогда, когда оно включает в себя элемент преимущества над незаконными действиями, поскольку, иначе, – допуская только равновесие между этими действиями, – появляется так называемая нежелательная взаимность, а не эффективная оборона» // Соц. законность. – 1973. – № 2. – С. 78.

очевидцами посягательства. Защиту от общественно опасного посягательства может осуществлять как один, так и несколько субъектов. Нельзя исключать, что в обороне правоохраняемых интересов могут принять участие не только частные, но и специально уполномоченные лица. В этих случаях действия частных лиц должны оцениваться по правилам необходимой обороны, а специальных субъектов – в соответствии с требованиями по исполнению служебного долга. Наконец, на признание лица субъектом необходимой обороны не влияет его социальная или нравственная характеристика: это могут быть и ранее судимые, и особо опасные рецидивисты, и другие граждане.

Мотив и цель необходимой обороны. В ст. 15 УК отсутствуют какие-либо указания на мотивы действий лица в состоянии необходимой обороны. Однако установление этих мотивов является обязательным, поскольку имеет важное значение для правильной юридической оценки причиненного посягающему вреда. В литературе такие мотивы определяют различным образом. Так, к ним относят стремление избежать опасности, чувство советского патриотизма и высокой гражданственности, сознание морального долга, стремление отличиться и получить одобрение своих поступков и т. д.¹ Следует подчеркнуть, что необходимая оборона возможна лишь по таким мотивам, которые соответствуют ее цели, а именно: защите правоохраняемых интересов личности, семьи, коллектива, общества или государства, поскольку мотив и цель поведения не только взаимообусловлены, но и определяют друг друга. Поэтому мотивы, которые не «вписываются», не укладываются в названную цель, несовместимы с необходимой обороной и ни при каких условиях не могут лежать в ее основе. Это, в частности, хулиганские побуждения, ревность, месть, в том числе кровная, и т. п. Иными словами, если определяющим в поведении лица становятся не соображения защиты от общественно опасного посягательства, а стремление причинить как можно больший вред посягающему, такие действия не являются необходимой обороной. В подобных случаях они должны рассматриваться как совершенные в состоянии сильного душевного волнения или влечь ответственность на общих основаниях. Нельзя, далее, исключать, что в основе оборонительных действий могут лежать несколько побуждений, т. е. смешанные мотивы, например стремление избежать опасности и ревность, стремление отличиться и оскорбленное самолюбие и т. д. Здесь решение вопроса о пределах ответственности зависит от соотношения мотивов. Необходимая оборона может быть констатирована в случае, если основным побуждением, подчиняющим все остальные, является мотив, согласующийся с целью необходимой обороны.

В законе прямо не названа *цель* необходимой обороны, но, как отмечалось, она раскрывается в словах «при защите», т. е. в целях защиты правоохраняемых интересов. Указание на эту цель имеется, хотя и в негативной форме, и в постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 16 августа 1984 г., где говорится, что для преступлений, совершаемых в состоянии сильного душевного волнения, характерно причинение вреда потерпевшему не с целью защиты, а следовательно, не в состоянии необходимой обороны. Вместе с тем цель защиты правоохраняемых интересов – это все же не ближайшая цель необходимой обороны. Таковой является цель причинить посягающему соразмерный вред для предотвращения или пресечения общественно опасного посягательства (промежуточная цель). Не случайно по многим делам о необходимой обороне отмечается, что при такой обороне защищающийся действует с целью отразить нападение²; необходимая оборона отличается от сходных действий наличием цели отразить противоправное посягательство³ и т. д. В ст. 23 проекта Основ правомерность причинения посягающему вреда прямо связывалась с необходимостью предотвратить или пресечь общественно опасное посягательство. Следовательно, цель предотвращения или пре-

¹ Волков Б. С. Мотивы преступлений. С. 94.

² См.: Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1969. – № 1. – С. 17.

³ См.: Там же. – 1970. – № 1. – С. 26.

сечения посягательства выступает как необходимое средство (способ) защиты правоохраняемых интересов. Подобным образом цель необходимой обороны понимал Н. Д. Дурманов. Он же отмечал, что для признания правомерности такой обороны достаточно установить лишь наличие указанной цели действий обороняющегося и вовсе необязательно, чтобы причинение вреда оказалось эффективным, т. е. чтобы действительно общественно опасное посягательство было предотвращено или пресечено. «Если, несмотря на принятые обороняющимся меры и на то, что он нанес ранения посягающему, тот сумел ранить другое лицо или поджечь строение, действия обороняющегося следует считать правомерными. Существенно, что причинение вреда посягающему имело цель предотвратить или пресечь это посягательство»¹.

Таким образом, целью необходимой обороны является предотвращение или пресечение общественно опасного посягательства (промежуточная цель) для защиты правоохраняемых индивидуальных или коллективных интересов (конечная цель). Поэтому вряд ли можно согласиться с В. Ф. Кириченко в том, что «безразлично, с какой дальнейшей целью отражается нападение, но непосредственная цель обороны вполне определенная – отражение нападения»². Все же, если непосредственной целью обороны является отражение (предотвращение) или пресечение посягательства, то дальнейшей (окончательной) ее целью должна и может быть лишь цель защиты правоохраняемых интересов. В противном случае, «если причинение вреда не охватывается сознанием того, что лицо действует в целях защиты государственных, общественных интересов, интересов и прав личности, то будет иметь место неправомерное причинение вреда»³.

Объект необходимой обороны – это то благо, которому субъект причиняет вред в целях предотвращения или пресечения общественно опасного посягательства. Такое посягательство, как указывалось, – результат действий одного или нескольких лиц-посягателей. Поэтому посягающий, его личные блага и интересы выступают объектом действий субъекта при необходимой обороне. Указание на то, что объектом является посягающий, есть в самом законе. Так, в ст. 15 УК прямо говорится, что оборона происходит «путем причинения посягающему вреда», а в ст. 23 проекта Основ эксцессом обороны признавалась ситуация, когда «посягающему причиняется вред, не вызываемый необходимостью предотвращения или пресечения посягательства».

Посягающий, как и всякий человек, обладает такими благами, как жизнь, здоровье, телесная неприкосновенность, личная свобода, честь и достоинство, а также соответствующими правами и интересами, в том числе правом собственности на определенное имущество. И хотя закон признает правомерной оборону, которая выразилась в причинении вреда самому посягающему, следует согласиться с тем, что при необходимой обороне такой вред может быть причинен и его имущественным интересам либо другим его правам или законным интересам⁴. Практика необходимой обороны свидетельствует, что ее объектами выступают жизнь, здоровье, телесная неприкосновенность и личная свобода посягающего, а также его имущество. При этом характер того блага посягающего, которому правомерно причиняется вред, зависит в первую очередь от характера и степени опасности самого посягательства, а также от возможностей обороняющегося по предотвращению или пресечению посягательства. Как заметил Б. С. Никифоров, «нападающий лишает себя предусмотренных законом гарантий лишь в тех пределах, в которых он своим образом действий делает необходимым и тем самым оправданным причинение ему данного вреда. Не следует забывать, что речь идет не об

¹ Дурманов Н. Д. Обстоятельства, исключющие общественную опасность и противоправность деяния. С. 22.

² Кириченко В. Ф. Указ. соч. С. 74.

³ Козак В. Н. Право граждан на необходимую оборону. С. 16.

⁴ См.: Пионтковский А. А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. С. 437; Дурманов Н. Д. Указ. соч. С. 22.

обороне вообще, а о необходимой обороне»¹. Конечно, лишение жизни посягающего во всех случаях способно предотвратить или пресечь посягательство, однако очевидно, что такой вред далеко не всегда «укладывается» в пределы необходимой обороны. Так, если при отражении подобного посягательства обороняющемуся явно было достаточно причинить вред здоровью посягающего, а он тем не менее лишил его жизни, то эти действия представляют собой эксцесс обороны.

Следовательно, характер и степень опасности посягательства, а также реальные возможности обороняющегося по его предотвращению или пресечению и определяют то благо посягающего, причинение вреда которому является оправданным и правомерным.

Нельзя исключать, что в ряде случаев защищающийся сознательно или неосознанно может направить свои действия не на посягающего или его права и интересы, а на других лиц. Здесь можно различать следующие ситуации: 1) обороняющийся сознательно причиняет вред третьим лицам, например гражданин причиняет вред лицу, препятствующему принятию мер для пресечения посягательства, или разрушает строение, чтобы закрыть выход из помещения вору, и т. п. Здесь оценка причиненного вреда должна базироваться либо на правилах крайней необходимости, либо на основе других обстоятельств, исключающих преступность деяния; 2) обороняющийся причиняет вред лицу, ошибочно принятому за посягающего. Здесь имеет место фактическая ошибка, речь о которой пойдет ниже; 3) при обороне происходит отклонение действия, в результате чего вред причиняется посторонним лицам. В таком случае обороняющийся либо вообще не подлежит ответственности при наличии казуса, либо может отвечать за неосторожное преступление.

Объективная сторона необходимой обороны формулируется в ст. 15 УК как «действие, подпадающее под признаки деяния, предусмотренного уголовным законом, связанное с причинением посягающему вреда, если при этом не было допущено превышения пределов необходимой обороны». Поэтому с объективной своей стороны необходимая оборона характеризуется: 1) совершением действия, подпадающего под признаки какого-либо деяния, предусмотренного уголовным законом; 2) причинением посягающему вреда в определенных пределах; 3) причинной связью между действием и причиненным вредом.

Первый элемент объективной стороны – это действие, т. е. активное поведение одного или нескольких субъектов необходимой обороны. Такими действиями признаются прежде всего различные физические усилия защищающегося (например, нанесение ударов посягающему, связывание его, удержание и т. п.). Однако этим понятием охватывается также использование при обороне различных орудий, предметов, механизмов, приспособлений и т. п., причем не только тех, которые подобраны, обнаружены или захвачены на месте защиты, но и имелись при нем или специально приготовлены для обороны (например, использование имевшегося перочинного ножа, или незаконно хранимого огнестрельного или холодного оружия², равно как и заранее взятого для защиты кинжала либо ружья и т. д.). Совершенные действия, далее, должны подпадать под признаки какого-либо деяния, предусмотренного уголовным законом. Имеется в виду соответствие фактических признаков необходимой обороны и объективной стороны какого-либо преступления. Речь идет о действиях, подпадающих под признаки убийства, нанесения телесных повреждений различной тяжести, удара и побоев посягающему, совершение иных насильственных действий, причиняющих физическую боль, и т. д. Учинение же действий, которые не подпадают ни под один из со-

¹ Никифоров Б. С. Место объекта в общем определении преступления по советскому уголовному праву // Соц. законность. – 1956. – № 5. – С. 35-36.

² Об ответственности за незаконное хранение и ношение оружия в таких случаях су.: Тишкевич И. С. Условия и пределы необходимой обороны. С. 71-72; Рад. право. – 1976. – № 8. – С. 112.

ставов преступлений, не имеет уголовно-правового значения (например, уклонение от посягательства, отталкивание посягающего, парирование его ударов и т. п.). По одному из дел Пленум Верховного Суда СССР отметил: «Необходимая оборона по смыслу закона предполагает активное противодействие нападению средствами, соразмерными интенсивности последней, и не может быть сведена к простому отражению угрозы, в частности к отталкиванию нападающего»¹.

Второй элемент объективной стороны необходимой обороны заключается в причинении посягающему вреда. Понятие такого вреда непосредственно связано с объектом оборонительных действий, которыми, как отмечалось, являются личные блага, права и свободы посягающего: его жизнь, здоровье, личная свобода, имущество и т. д. Следовательно, вред, причиненный посягающему, может выражаться в лишении его жизни, нанесении ему телесных повреждений различной тяжести, а также в причинении физической боли или ограничении (лишении) его личной свободы, уничтожении или повреждении имущества и др. Если в качестве посягающего выступает группа лиц, защищающийся может причинить вред как каждому, так и некоторым или даже одному из них. При этом, как отмечено в постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 16 августа 1984 г., обороняющийся вправе применить к любому из нападающих такие меры защиты, которые определяются опасностью и характером действий всей группы².

Третий элемент объективной стороны состоит в том, что между действиями обороняющегося и причиненным им вредом посягающему должна быть непосредственная причинная связь. Это означает, что указанный вред должен быть причинен в результате усилий именно обороняющегося, а не других лиц, в том числе самого посягающего. Если последний сам себе причиняет вред в процессе нападения (например, обороняющийся удачно уклонился от удара, вследствие чего посягающий упал и причинил себе телесные повреждения), то такие действия защищающегося не охватываются понятием необходимой обороны. Далее, наличие причинной связи заключается и в том, что при нанесении вреда обороняющийся должен иметь, если можно так сказать, рецепторный, т. е. основанный на личном восприятии, контакт с посягающим. Это требование хотя прямо и не указано в законе, но вытекает из самой необходимой обороны как действия, предпринимаемого обороняющимся незамедлительно в ответ на совершающееся посягательство. С этой точки зрения неосновательно рассматривать по правилам необходимой обороны использование различных защитительных механизмов без участия конкретного лица в момент посягательства. Одно из требований необходимой обороны – обороняющийся должен лично оценивать необходимость защиты, характер и опасность посягательства и в соответствии с этим предпринимать собственные действия по предотвращению или пресечению посягательства в соответствующих пределах. Очевидно, что любые механические, электронные и другие защитные механизмы лишены этого свойства. Поэтому правомерность их использования должна оцениваться не с точки зрения необходимой обороны, а применительно к иным обстоятельствам, исключающим преступность деяния (например, осуществление служебного долга или выполнение юридической обязанности).

Таким образом, с объективной стороны необходимая оборона всегда выражается в причинении посягающему вреда. Вместе с тем этот вред не может быть беспредельным. Он ограничен соответствующими пределами.

Вопросу об этих пределах в литературе и судебной практике уделяется значительное внимание. Отмечается, что защита признается правомерной, если она явно не превосходит посягательство³ или если посягательство явно нельзя или трудно было предотвратить путем причинения меньшего вреда, чем вред фактически причиненный⁴, и т. д.

¹ См.: Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1984. – № 5. – С. 10.

² См.: Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1984. – № 5. – С. 10.

³ См.: *Ткаченко В. И.* Необходимая оборона по уголовному праву. С. 39.

⁴ См.: *Домахин С. А.* Указ. соч. С. 51.

При этом правильно указывается на необходимость учета всех конкретных обстоятельств дела. Пленум Верховного Суда СССР в постановлении от 16 августа 1984 г. разъяснил, что при решении вопроса о «наличии или отсутствии признаков превышения пределов необходимой обороны суды должны учитывать не только соответствие или несоответствие средств защиты и нападения, но и характер опасности, угрожавшей обороняющемуся, его силы и возможности по отражению посягательства, а также все иные обстоятельства, которые могли повлиять на реальное соотношение сил посягавшего и защищавшегося (количество посягавших и обороняющихся, их возраст, физическое развитие, место и время посягательства и т. д.)»¹. Вместе с тем ни в постановлениях Пленума Верховного Суда СССР, ни в научных рекомендациях до сих пор не предложен сам «механизм» учета названных и других обстоятельств дела, поэтому указанные рекомендации оказываются малоприменимыми при решении конкретных дел. В связи с этим обратим внимание на общие моменты, которые следует каждый раз иметь в виду при определении пределов необходимой обороны.

Во-первых, закон указывает лишь, что неправомерным признается вред, причиненный посягающему, если при этом не было допущено превышения пределов необходимой обороны, однако эти пределы не определяет. Вывод о них можно сделать, в частности, анализируя более развернутое понятие превышения пределов необходимой обороны, которое давалось в ст. 23 проекта Основ: «явное несоответствие защиты характеру и опасности посягательства, в результате чего посягающему причиняется вред, не вызываемый необходимостью предотвращения или пресечения посягательства». Из этого следует, что пределом необходимой обороны является причинение посягающему такого вреда, который более или менее соответствовал характеру и опасности посягательства и вызывался необходимостью предотвращения или Пресечения посягательства, определяемой складывающейся обстановкой защиты. Иными словами, *пределом необходимой обороны признается причинение посягающему вреда, соответствующего опасности посягательства и обстановке защиты.*

Во-вторых, установление пределов такой обороны – это, как известно, всегда вопрос факта, всецело зависящий от обстоятельств дела, причем всякий раз должен быть тщательно, всесторонне и объективно выяснены и оценены все конкретные обстоятельства, характеризующие посягательство и защиту от него.

В-третьих, эти обстоятельства следует рассматривать не в отрыве от других признаков необходимой обороны, а в единстве с ними. Особенно важную роль играет здесь цель такой обороны. Ведь причинение вреда посягающему является не самоцелью, а выступает в качестве средства достижения промежуточной и конечной цели необходимой обороны, каковой является предотвращение или пресечение общественно опасного посягательства для защиты правоохраняемых индивидуальных и коллективных интересов. Учет указанной цели имеет важное значение, поскольку в литературе и судебной практике при определении пределов необходимой обороны господствует оценка лишь объективных условий посягательства и защиты. В этой связи Б. С. Волков верно замечает, что «для признания правомерности необходимой обороны требуется, чтобы действия обороняющегося были подчинены цели защиты и отражения общественно опасного посягательства и чтобы они не выходили за пределы этой цели, т. е. не выражали явного несоответствия защиты характеру и опасности посягательства»².

В-четвертых, необходимо исходить из той оценки характера и опасности посягательства, а также обстановки защиты, которую дает им сам гражданин, предпринявший оборонительные действия. Задача правоохранительных органов заключается лишь в том, чтобы убедиться в правильности этой оценки. Если же гражданин при оценке

¹ См.: Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1984. – № 5. – С. 11.

² Волков Б. С. Мотивы преступлений. С. 92.

указанных обстоятельств допустил ошибку, необходимо выяснить причину и вид допущенной ошибки и определить ее влияние на его ответственность.

В-пятых, говоря о пределах необходимой обороны следует иметь в виду, что действующий УК устанавливает ответственность лишь за умышленное убийство и нанесение тяжких телесных повреждений при превышении пределов необходимой обороны. Причинение посягающему всякого иного вреда не только не наказуемо, но, напротив, является правомерным, лежит, так сказать, в рамках необходимой обороны. Это значит, что, находясь в состоянии необходимой обороны, лицо вправе причинить посягающему по неосторожности любой вред либо умышленно нанести ему средней тяжести или легкие телесные повреждения, а также удар, побои, совершить насильственные действия, причиняющие физическую боль, лишить его свободы, уничтожить или повредить имущество. Таким образом, вопрос о пределах необходимой обороны – это по существу вопрос о правомерности лишения жизни посягавшего и нанесения ему тяжких телесных повреждений. Иными словами, лишение жизни посягавшего и нанесение ему тяжких телесных повреждений признается правомерным при наличии двух требований, взятых в своем единстве: 1) соразмерности (отсутствие явного несоответствия) указанного тяжкого вреда характеру и опасности совершенного посягательства; 2) соответствия такого вреда обстановке защиты, свидетельствовавшей о необходимости его причинения. Если же лишение жизни посягающего или нанесение ему тяжких телесных повреждений соответствовало лишь одному из указанных требований, т. е. характеру и опасности посягательства или обстановке защиты, то это исключает оценку деяния защищающегося как правомерного.

Важно, далее, отметить, что решающим фактором в определении пределов необходимой обороны являются характер и опасность посягательства, поскольку в любом случае лишение жизни посягающего и нанесение ему тяжкого телесного повреждения должны быть соразмерными прежде всего с этими характеристиками посягательства. Отсюда очевидно, что *именно характер и опасность посягательства определяют пределы допустимого вреда при необходимой обороне*, причем здесь всегда существует прямая, линейная зависимость: чем опаснее посягательство, тем шире пределы допустимого вреда. Так, пределы этого вреда при обороне от кражи уже, чем при защите от разбойного нападения или, тем более, от посягательства на жизнь человека. Вместе с тем следует иметь в виду, что лишение жизни посягающего или причинение ему тяжкого вреда соизмеримо лишь с посягательствами, представляющими большую общественную опасность, т. е. с теми, которые направлены на абсолютные ценности или грозят причинением тяжкого вреда относительным ценностям. В то же время причинение указанного вреда при защите от посягательств, не представляющих большой общественной опасности, в любом случае будет свидетельствовать о явном несоответствии защиты характеру и опасности посягательства. В такой ситуации соразмерным может быть признан лишь вред, не превышающий средней тяжести телесных повреждений, или имущественный ущерб, поскольку, как уже отмечалось, причинение этого и менее тяжкого вреда всегда охватывается рамками необходимой обороны. Следовательно, решение вопроса о пределах допустимого вреда зависит от того, к какой категории относится данное посягательство: к представляющему большую общественную опасность либо не представляющему таковой.

В то же время вряд ли можно согласиться безоговорочно с тем, что «при защите от посягательств, направленных на жизнь, половую свободу, при отражении бандитского или разбойного нападения, особо злостного хулиганства и других тяжких преступлений допускается причинение любого физического вреда»¹. Как верно заметил И. С. Тишкевич, «возможны отдельные случаи, когда и при защите от тяжких преступлений нет необходимости, например, причинять смерть посягающему, а можно обой-

¹ Ткаченко В. И. Законодательство о необходимой обороне. С. 53.

тись более мягкими средствами и причинить ему телесные повреждения. Все зависит от интенсивности посягательства, обстановки, в которой приходится защищаться, и соотношения сил обороняющегося и нападающего»¹. Приведенное положение вполне отвечает требованиям, в соответствии с которыми причиненный посягающему вред должен быть соразмерен не только с характером и опасностью посягательства, но и с необходимостью его предотвращения или пресечения. А это обязывает гражданина, осуществляющего защиту, и правоохранительные органы, оценивающие его действия, учитывать в каждом случае ту реальную обстановку, которая сложилась при защите. Нельзя, например, исключать, что в одних ситуациях, несмотря на посягательство, представляющее большую общественную опасность, обороняющийся смог заранее подготовиться к его отражению, быстро сориентироваться, вооружиться, занять удобную позицию и т. п., т. е. оказаться в более выгодном положении по сравнению с посягающим, получить тем самым явное превосходство. В таком случае обороняющемуся ясно, что нет необходимости лишать жизни посягающего или причинять ему тяжкий вред и что для эффективной защиты достаточно применить более мягкие средства. В то же время вполне возможна и противоположная ситуация, когда лицо может оказаться в невыгодной для себя обстановке (например, при обороне от нескольких лиц или физически более подготовленного либо вооруженного посягателя и т. д.). В такой обстановке защиты от посягательства, представляющего большую общественную опасность, оправдано причинение посягающему тяжких телесных повреждений и даже смерти.

Следовательно, не только характер и опасность посягательства, но и обстановка защиты, относительно благоприятная или неблагоприятная, играют важную роль при оценке пределов необходимой обороны. Относительно благоприятной, как отмечалось, признается такая обстановка защиты, при которой обороняющийся имеет явное преимущество перед посягающим для успешного отражения или пресечения общественно опасного посягательства. Рассмотрим, как влияет такая обстановка на пределы необходимой обороны при защите от: 1) посягательств, представляющих большую общественную опасность; 2) посягательств, не представляющих такой опасности. При защите от посягательств первой группы (посягательства на личность, собственность, а также угрожающие тяжким вредом относительным ценностям), благоприятная обстановка субъективно осознается обороняющимся и свидетельствует о том, что для успешного предотвращения или пресечения данного посягательства нет необходимости лишать жизни или наносить тяжкий вред здоровью нападавшего. Для обеспечения эффективной обороны достаточно причинить посягающему значительно меньший вред, например нанести удар, побои, причинить легкие или, в крайнем случае, средней тяжести телесные повреждения. Таким образом, *относительно благоприятная обстановка при посягательствах, представляющих большую общественную опасность, определяет предел достаточного вреда для успешного осуществления защиты, максимум которого является нанесение средней тяжести телесных повреждений*. Этот вывод распространяется и на защиту от посягательств, не представляющих большой общественной опасности. Относительно благоприятная обстановка при защите от таких посягательств также свидетельствует о том, что реальное соотношение сил обороняющегося и посягающего складывается явно в пользу первого и поэтому правомерным должно признаваться причинение любого вреда, не выходящего за пределы средней тяжести телесных повреждений. В этом случае, как нетрудно заметить, предел допустимого и предел достаточного вреда совпадают: им являются средней тяжести телесные повреждения. Напротив, причинение более тяжкого вреда при защите от посягательств любой степени тяжести в относительно благоприятной обстановке всегда свидетельствует о его неправомерности.

¹ Тишкевич И. С. Условия и пределы необходимой обороны. С. 102.

Например, неоправданными являлись действия Е. и А., которые, защитив знакомую Л. от попытки ее изнасилования со стороны О., нанесли последнему удары, а затем, предотвращая его нападение на себя, сбили О. с ног. Имея явное над ним превосходство, Е. и А. нанесли О. удары до тех пор, пока он не умер, т. е. причинили неправомерно тяжкий вред посягающему в относительно благоприятной обстановке защиты, чем превысили пределы достаточного вреда. Неблагоприятной для обороняющегося признается такая обстановка защиты, при которой его реальные возможности по отражению общественно опасного посягательства являются примерно равными или уступают возможностям посягателя. Рассмотрим влияние такой обстановки на определение пределов необходимой обороны от двух групп общественно опасных посягательств: 1) посягательств, представляющих большую общественную опасность; 2) посягательств, не представляющих такой опасности. Уступая посягающему и обороняясь от посягательства большой степени общественной опасности, гражданин, чтобы успешно его отразить, вынужден причинить нападавшему тяжкий вред (смерть или тяжкие телесные повреждения). Причинение такого вреда оправдано, ибо он соразмерен с характером и опасностью посягательства и соответствует неблагоприятной обстановке защиты. Иными словами, в этом случае такая обстановка оправдывает причинение посягающему максимально допустимого вреда, и здесь предел допустимого и предел достаточного вреда совпадают.

Правомерными, например, являлись действия К., в квартиру которой ночью ворвался Б., изнасиловал ее, а затем уснул. Воспользовавшись этим, К. пыталась выбежать из квартиры, однако Б. проснулся и, угрожая К., стал приподниматься с постели. Защищаясь, К. схватила стоявшее у печки охотничье ружье и прикладом нанесла Б. удар в лицо. Б. упал на койку, а затем вскочил и, угрожая расправой, рванулся к К. Чтобы защитить себя от реальной опасности, угрожавшей тяжким вредом, К., находясь в неблагоприятной обстановке защиты, выстрелила в Б. и лишила его жизни¹.

Иная ситуация имеет место при защите от посягательства, не представляющих большой общественной опасности, т. е. направленных на причинение нетяжкого вреда объектам относительной ценности. Как отмечалось, пределом допустимого вреда при защите от такого рода посягательств являются средней тяжести телесные повреждения. Причинение же посягающему тяжких телесных повреждений, а тем более смерти неправомерно, выходит за пределы допустимого вреда, ибо такой вред явно не соответствует посягательству, не представляющему большой общественной опасности.

Вместе с тем возможны ситуации, когда в неблагоприятной обстановке защиты гражданину все же необходимо причинить посягающему именно тяжкий вред, чтобы успешно отразить посягательство, не представляющее, однако, большой общественной опасности (например, мелкое хулиганство, незаконный переход границы, нарушение правил дорожного движения и т. п.). Представляется, что причинение такого вреда неправомерно, поскольку этот вред явно не соответствует характеру и опасности совершенного посягательства. Поэтому намеренное лишение жизни посягающего или нанесение ему в таких случаях тяжких телесных повреждений, даже если только такой вред и был достаточным для предотвращения или пресечения посягательства, является эксцессом обороны.

Итак, пределы необходимой обороны определяются опасностью совершенного посягательства и характером сложившейся защиты при отражении такого посягательства. С этой точки зрения правомерным признается причиненный посягающему вред, соответствующий опасности посягательства и обстановке защиты. Подобное определение пределов необходимой обороны носит характер родового понятия. В рамках этого понятия следует различать два вида пределов необходимой обороны – предел допустимого и предел достаточного вреда. Выделение этих видов зависит от особен-

¹ См.: Соц. законность. – 1973. – № 9. – С. 87.

ностей как правового основания обороны (посягательства, представляющие и не представляющие большой общественной опасности), так и от ее фактического основания (относительно благоприятная или неблагоприятная обстановка защиты). Предел допустимого вреда (причинение посягающему смерти или тяжких телесных повреждений) возможен лишь при обороне от посягательств большой общественной опасности в неблагоприятной обстановке защиты. И напротив, в относительно благоприятной обстановке правомерно причинение посягающему вреда, не превышающего телесных повреждений средней тяжести, при обороне от посягательств любой степени общественной опасности (предел достаточного вреда). Очевидно, что учет этих пределов имеет важное практическое значение при оценке правомерности причинения вреда в состоянии необходимой обороны.

Субъективный контроль при необходимой обороне. Необходимая оборона как определенный поступок человека представляет собой единство объективной стороны и субъективного контроля. Иначе говоря, она признается правомерным актом не только в связи с объективно причиненным вредом посягающему, но и при адекватном психическом отношении к причинению этого вреда. Такое отношение, как верно отметил Н. Н. Паше-Озерский, характеризуется интеллектуальным и волевым моментами¹. Интеллектуальный момент психического отношения обороняющегося к совершаемым им действиям и объективным условиям защиты характеризует те процессы, которые происходят в сфере сознания (интеллекта). Для субъекта, действующего в состоянии необходимой обороны, характерны следующие признаки интеллектуального момента.

Во-первых, он сознает, что те или иные правоохраняемые интересы подверглись общественно опасному посягательству со стороны одного или нескольких лиц. Следовательно, причинение посягающему вреда в ситуациях, когда гражданин не осознает, что тем самым он предотвращает или пресекает посягательство, не может рассматриваться как акт необходимой обороны, а должно влечь за собой ответственность на общих основаниях. Во-вторых, в сознании гражданина, решившего стать на защиту правоохраняемых интересов, должна найтись отражение та обстановка, в которой он оказался на момент совершения общественно опасного посягательства и которая свидетельствовала о необходимости немедленного причинения посягающему вреда для предотвращения или пресечения данного посягательства, т. е. обороняющийся должен осознавать фактическое основание необходимой обороны. Если же он понимает, что для предотвращения или пресечения общественно опасного посягательства нет необходимости в немедленном причинении вреда (например, при обмане покупателя, вымогательстве взятки, подлоге и т. п.), но тем не менее причиняет посягающему вред, его ответственность должна определяться на общих основаниях. В-третьих, сознанием обороняющегося должно охватываться, что он совершает действие по причинению вреда в тот момент, когда посягательство грозит непосредственным причинением вреда правоохраняемым интересам или уже происходит. В случае, когда обороняющийся сознает, что посягательство еще непосредственно не предстает или уже завершено; а он тем не менее причиняет вред «посягающему» или тому, кто уже завершил данное посягательство, такие действия либо влекут ответственность на общих основаниях (с учетом возможного сильного душевного волнения), либо оцениваются по правилам задержания преступника (при наличии необходимых для этого признаков и условий).

Интеллектуальный момент психического отношения обороняющегося к совершаемому включает в себя и предвидение того, что его действиями будет причинен именно посягающему тяжкий или нетяжкий вред, соразмерный опасности посягательства и соответствующий той обстановке защиты, в которой он оказался. Если же обороняющийся с целью предотвращения или пресечения посягательства понимает, что направляет свои действия на причинение вреда не посягающему, а другому лицу, то на-

¹ См.: Паше-Озерский Я. Н. Указ. соч. С. 57.

несение такого вреда должно оцениваться либо по правилам крайней необходимости, либо влечь ответственность на общих основаниях. В тех же случаях, когда лицо предвидит, что причиняет посягающему вред, явно не соответствующий опасности посягательства, или благоприятной обстановке защиты, возможна его ответственность за эскесс обороны.

Наконец, волевой момент психического отношения обороняющегося к совершаемому должен характеризоваться желанием причинить посягающему предвидимый им тяжкий или нетяжкий вред, который выступает необходимым средством предотвращения или пресечения общественно опасного посягательства. Если же обороняющийся стремится путем причинения посягающему вреда добиться иной цели (например, причинить ему страдания), то ответственность за такой вред должна определяться на общих основаниях.

Таким образом, субъективный контроль при необходимой обороне характеризуется тем, что обороняющийся сознает: 1) характер и опасность посягательства на правоохраняемые интересы; 2) обстановку защиты, свидетельствующую о необходимости немедленного причинения посягающему вреда; 3) что совершаемые им действия предпринимаются в момент, когда посягательство непосредственно предстоит или уже началось, но еще не завершено; предвидит причинение своими действиями посягающему тяжкого или нетяжкого вреда, соответствующего характеру и опасности посягательства, а также обстановке обороны, и желает этого вреда, считая его необходимым средством для предотвращения или пресечения общественно опасного посягательства.

Нельзя вместе с тем исключать, что в ряде случаев в силу различных объективных и субъективных причин обороняющийся может неправильно оценивать те или иные объективные признаки и условия посягательства и обороны. Иными словами, защищающийся может допустить здесь фактическую ошибку, которая имеет важное значение для оценки причиненного им вреда. Наиболее значимыми являются здесь следующие ошибки: в наличии общественно опасного посягательства (ошибка в правовом основании необходимой обороны); в необходимости немедленного причинения посягающему вреда (ошибка в фактическом основании необходимой обороны); относительно своевременности обороны; в личности посягающего; в оценке характера и опасности посягательства; в оценке обстановки защиты.

Уголовно-правовое значение названных ошибок зависит от того, являются они извинительными или неизвинительными. Извинительной признается такая ошибка обороняющегося, при которой он добросовестно заблуждается относительно указанных выше, обстоятельств, т. е. в силу различных объективных или (и) субъективных причин не сознавал и не мог сознавать ошибочности своего предположения об указанных обстоятельствах. Напротив, неизвинительной является такая ошибка, при которой обороняющийся хотя и не осознавал ошибочность своего предположения об объективных признаках и условиях обороны, но по обстоятельствам дела должен был и мог это осознавать, если бы проявил больше осмотрительности, внимательности, заботливости об интересах других лиц. Влияние указанных ошибок на оценку причиненного обороняющимся вреда заключается в том, что при извинительной ошибке ответственность либо вовсе исключается, либо в ряде случаев возможна за превышение пределов необходимой обороны. При неизвинительной же ошибке обороняющийся подлежит ответственности за неосторожное причинение смерти, тяжких и средней тяжести телесных повреждений, поскольку иной вред, причиненный по неосторожности, ненаказуем¹.

Суммируя изложенное, укажем основания и признаки необходимой обороны. Ее основаниями являются: совершение общественно опасного посягательства (правовое основание) и необходимость в немедленном причинении посягающему вреда (факти-

¹ Подробно об уголовно-правовой оценке названных ошибок см.: *Тишкевич И. С.* Условия и пределы необходимой обороны. С. 37-46. *Якушин В. А.* Ошибка и ее уголовно-правовое значение. Казань, 1988.

ческое основание). Признаки необходимой обороны: субъект – гражданин (частное лицо); цель – предотвращение или пресечение общественного опасного посягательства (промежуточная) для защиты правоохраняемых интересов личности общества или государства (конечная цель); объект – посягающий, его права и интересы; объективная сторона – действия, причинно связанные с нанесением посягающему вреда, соответствующего опасности посягательства и обстановке защиты; субъективный контроль – осознание субъектом объективных признаков обороны и желание причинить посягающему вред.

Таким образом, необходимая оборона – это защита гражданином правоохраняемых интересов личности, общества или государства от общественно опасного посягательства, вызванная необходимостью его предотвращения или пресечения путем немедленного причинения посягающему вреда, соответствующего опасности посягательства и обстановке защиты.

§ 3. Превышение пределов необходимой обороны

Понятие и виды превышения пределов необходимой обороны. Известно, что определение понятия эксцесса обороны и его установление связаны со значительными трудностями. Это обусловлено тем, что констатация эксцесса обороны требует оценки всей совокупности обстоятельств по каждому делу. Закон не раскрывает это понятие достаточно конкретно, в литературе же на этот счет даются различные рекомендации. Действующее право считает превышением пределов необходимой обороны явное несоответствие защиты характеру и опасности посягательства. В какой-то мере эта формулировка помогла формированию более или менее единообразного подхода к рассматриваемому вопросу. Стремясь устранить имеющиеся здесь недостатки, Пленум Верховного Суда СССР разъяснил, что «по смыслу закона превышением пределов необходимой обороны признается лишь явное, очевидное несоответствие защиты характеру и опасности посягательства, когда посягающему без необходимости умышленно причиняется вред, указанный в ст. ст. 105 или 111 УК РСФСР и соответствующих статьях УК Других союзных республик. Причинение посягающему вреда по неосторожности не может влечь уголовной ответственности»¹. Это положение было закреплено в ч. 3 ст. 23 проекта Основ, где указывалось, что «превышением пределов необходимой обороны признается явное несоответствие защиты характеру и опасности посягательства, в результате чего посягающему причиняется вред, не вызываемый необходимостью предотвращения или пресечения посягательства. Причинение при этом вреда по неосторожности уголовной ответственности не влечет». Данные формулировки подтверждают, что эксцесс обороны может иметь место лишь там, где соблюдены все условия необходимой обороны, за исключением одного – соразмерности защиты и посягательства.

Ранее уже были определены общее понятие и виды пределов необходимой обороны, которые связываются с двумя факторами, взятыми в своем единстве: с опасностью посягательства, а равно с обстановкой защиты. Указанная соразмерность нарушается, если такое единство отсутствует. Поэтому эксцесс обороны возможен там, где причиненный посягающему тяжкий вред явно не соответствовал либо опасности посягательства, либо обстановке защиты. Нельзя согласиться с В. И. Ткаченко в том, что превышение пределов необходимой обороны возможно лишь при явном несоответствии причиненного вреда тому, который был возможен от действий потерпевшего². Здесь не учитывается, что причиненный вред, хотя и бывает часто соразмерным вреду предот-

¹ См.: Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1984. – № 5. – С. 11.

² См.: Ткаченко В. И. Законодательство о необходимой обороне. С. 28.

вращенному, но явно не соответствует относительно благоприятной обстановке защиты. Общеизвестно, далее, что «явность» характеризует причинение вреда при эксцессе обороны с объективной и субъективной сторон. С объективной стороны это означает, что причиненный посягающему тяжкий вред (смерть или тяжкие телесные повреждения) очевидно, вне всякого сомнения находится в резком несоответствии либо с опасностью посягательства, либо с обстановкой защиты. В то же время и с субъективной стороны обороняющийся осознает указанное объективное несоответствие причиняемого им вреда. Таким образом, *превышение пределов необходимой обороны – это заведомое причинение посягающему тяжкого вреда (смерти или тяжких телесных повреждений), явно несоизмерного с опасностью посягательства или явно не соответствующего обстановке защиты.* Данное определение эксцесса обороны отражает его родовое понятие. В рамках этого понятия следует различать два вида: превышение пределов допустимого и пределов достаточного вреда. Иными словами, эти виды являются не однопорядковыми с общим понятием эксцесса обороны, а соотносятся с ним как род и вид. Поэтому *превышение пределов необходимой обороны может выражаться только в одном из названных его видов.* Эти виды, в свою очередь, коррелируют соответствующим двум видам пределов необходимой обороны и противостоят им.

Напомним, что предел допустимого вреда имеет место там, где посягающему гражданином правомерно причиняется тяжкий вред при единстве двух факторов: посягательство должно представлять большую общественную опасность, а обороняющийся должен находиться в неблагоприятной обстановке защиты. Следовательно, если указанное единство отсутствует, можно говорить о превышении пределов допустимого вреда. Сущность его заключается в том, что причиненный посягающему тяжкий вред соответствует только одному фактору – неблагоприятной обстановке защиты, но одновременно явно несоизмерен с опасностью совершенного посягательства, поскольку оно не представляет собой большой общественной опасности. Иными словами, здесь имеет место ситуация, когда гражданин проигрывает посягающему в силе, средствах защиты и т. п., в то время как лицо, имеющее над ним превосходство, совершает посягательство, не связанное с причинением тяжкого вреда относительным ценностям (например, нарушает общественный порядок, оказывает неповиновение или сопротивление представителям власти, общественности, нарушает правила дорожного движения, учиняет иные правонарушения). Для того чтобы успешно предотвратить или пресечь подобное посягательство, данному гражданину необходимо нанести посягающему тяжкий вред, поскольку более мягкий вред для этой цели недостаточен. Однако причинение посягающему смерти или тяжких телесных повреждений находится в явном несоответствии с опасностью учиненного им посягательства, и это несоответствие осознается обороняющимся. Поэтому *превышением пределов допустимого вреда следует считать умышленное причинение гражданином в неблагоприятной обстановке защиты посягающему смерти или тяжких телесных повреждений при обороне от посягательства, не представляющего большой общественной опасности.*

Предел достаточного вреда характеризуется тем, что при относительно благоприятной обстановке защиты правомерным может признаваться лишь вред, который не превышает средней тяжести телесных повреждений. Поэтому сущность превышения этого предела заключается в причинении посягающему смерти или тяжких телесных повреждений без необходимости в этом, когда причиненный вред явно не соответствует сложившейся обстановке защиты. И хотя закон не называет этого вида эксцесса обороны, однако многие авторы справедливо на него указывают. Так, В. Ф. Кириченко считал, что неправомерным является вред, когда защищающийся сознавал, что для отражения посягательства на его жизнь ему достаточно нанести посягающему легкий удар или только телесное повреждение, а он убивает его¹. Н. Н. Паше-Озерский также

¹ Кириченко В. Ф. Указ. соч. С. 73.

отмечал, что эксцесс, обороны имеет место в случае неиспользования обороняющимся более мягких средств защиты, в то время как в создавшейся обстановке опасность могла быть устранена путем причинения посягателю меньшего вреда¹. Вывод о возможности превышения пределов достаточного вреда можно сделать, как отмечалось, и из анализа п. 9 постановления Пленума Верховного Суда СССР от 16 августа 1984 г., где разъясняется, что «действия обороняющегося нельзя рассматривать как совершенные с превышением пределов необходимой обороны и в том случае, когда причиненный им вред оказался большим, чем вред предотвращенный, и тот, который был достаточен для предотвращения нападения, если при этом не было допущено явного несоответствия защиты характеру и опасности посягательства»². Отсюда следует, что, если причиненный посягающему вред оказался явно большим, чем это было достаточно для предотвращения нападения, содеянное нужно рассматривать как эксцесс обороны.

Следовательно, превышение пределов достаточного вреда имеет место там, где обороняющийся умышленно убивает посягающего или наносит ему тяжкие телесные повреждения, т. е. причиняет тяжкий вред, хотя и соизмеримый с совершенным посягательством, представляющим большую общественную опасность, но явно не соответствующий относительно благоприятной обстановке защиты.

Вечером Р. и Ч. на улице слушали музыку. К ним подошли пьяные Г-й и Г-н, которые стали приставать и оскорблять их нецензурной бранью. Р. и Ч. попросили подошедших оставить их в покое. Однако Г-й из хулиганских побуждений ударил Ч. по лицу. В ответ на это Ч. ударил Г-го и тот упал. Г-н также ударил Ч. по лицу и отбежал в сторону. Когда Г-й стал подниматься с земли, Р. деревянным брусом нанес ему несколько ударов по голове. От полученных повреждений Г-й на следующий день умер. Действия Р. правильно были признаны эксцессом обороны. После того как Г-й упал, а Г-н отбежал в сторону и не проявлял агрессивности, Ч. и Р. находились в относительно благоприятной обстановке, и поэтому лишение жизни Г-го было более чем достаточным средством успешного пресечения посягательства³.

Предложенное решение вопроса о понятии и видах эксцесса обороны имеет не только теоретическое, но и важное практическое значение. Во-первых, оно может быть использовано при законопроектных работах. Ведь действующее право связывает эксцесс обороны лишь с явным несоответствием защиты характеру и опасности посягательства. Между тем правильнее было бы в новом Уголовном кодексе Украины закрепить понятие превышения пределов необходимой обороны как умышленного причинения посягающему тяжкого вреда, явно не соответствующего опасности посягательства или обстановке защиты. Во-вторых, использование выработанных понятий эксцесса обороны и его видов способно оказать существенную помощь правоприменительным органам в выполнении требования Пленума Верховного Суда СССР, в соответствии с которым, «усмотрев в действиях подсудимого признаки превышения пределов необходимой обороны, суд не может ограничиться общей формулировкой и обязан обосновать в приговоре свой вывод со ссылкой на установленные по делу обстоятельства, свидетельствующие о явном несоответствии защиты характеру и опасности посягательства»⁴. Иными словами, по делам рассматриваемой категории всякий раз требуется привести соответствующие мотивы принятого решения об эксцессе обороны, что часто суды упускают. Более того, нередко даже самые высокие судебные инстанции публикуют принятые решения без приведения убедительных аргументов в пользу эксцесса обороны. Использование же понятий превышения пределов допустимого и до-

¹ См.: Паше-Озерский Н. Н. Указ. соч. С. 92; Слущкий И. И. Указ. соч. С. 78.

² См.: Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1984. – № 5. – С. 11.

³ Сборник постановлений Президиума и определений Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РСФСР. 1964-1972. М., С. 268.

⁴ См.: Ткаченко В. И. Необходимая оборона по уголовному праву. С. 79-80.

статочного вреда может служить для этого необходимой основой, ибо они позволяют определенным образом систематизировать конкретные обстоятельства дела: одни из них отнести, например, к характеризующим посягательство и лицо, его учинившего, а другие – к обстановке защиты. Иными словами, использование предложенных понятий эксцесса обороны дает возможность сконструировать, так сказать, механизм учета конкретных обстоятельств дела при решении вопроса о превышении пределов необходимой обороны. Наконец, решение этого вопроса с помощью указанных понятий может быть определенным образом формализовано, в том числе сведено к определенному алгоритму: 1) имело ли место общественно опасное посягательство? – да; 2) свидетельствовала ли обстановка о необходимости немедленного причинения посягающему вреда? – да; 3) осуществляло ли защиту частное лицо? – да; 4) имело ли оно целью предотвратить или пресечь посягательство? – да; 5) причинен ли вред посягающему? – да; 6) причинена посягающему смерть или нанесены ему тяжкие телесные повреждения? – да; 7) заведомо ли причинен посягающему указанный тяжкий вред? – да; 8) правильно ли обороняющийся оценивал опасность посягательства (посягательство большой или небольшой общественной опасности)? – да; 9) правильно ли обороняющийся оценивал обстановку защиты (относительно благоприятная или неблагоприятная)? – да; 10) причинен ли тяжкий вред в неблагоприятной обстановке при обороне от посягательства большой общественной опасности? – да – *нет превышения пределов необходимой обороны*; 11) причинен ли тяжкий вред в неблагоприятной обстановке при защите от посягательства небольшой общественной опасности? – да – *имеет место превышение пределов допустимого вреда*; 12) причинен ли тяжкий вред в относительно благоприятной обстановке защиты? – да – *имеет место превышение пределов достаточного вреда* (см. схему).

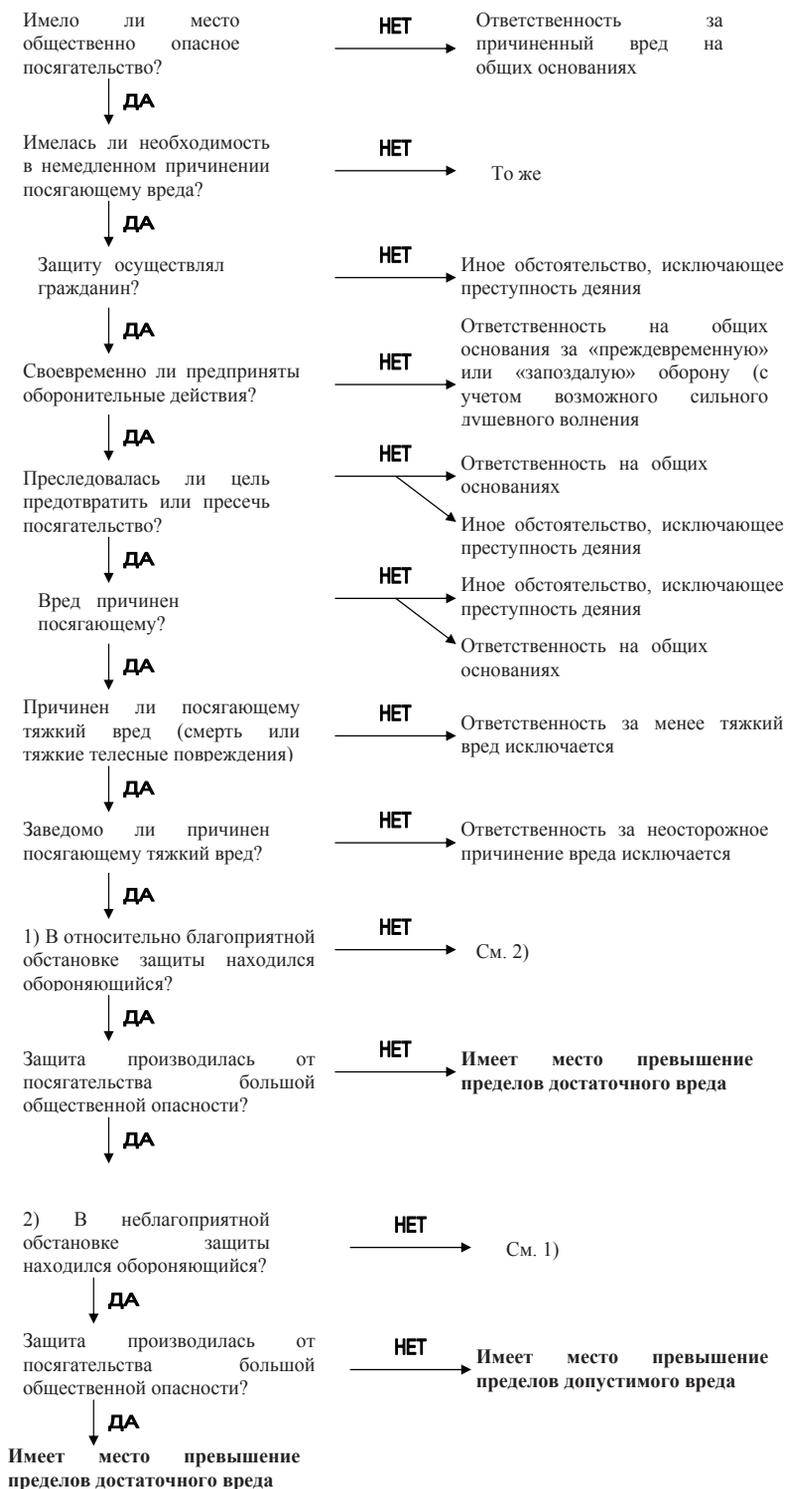
Квалификация превышения пределов необходимой обороны. Превышение пределов необходимой обороны влечет ответственность лишь в случаях, специально предусмотренных уголовным законом, т. е. по ст. ст. 97 или 104 УК – за умышленное убийство посягающего или нанесение ему тяжких телесных повреждений.

Объектом рассматриваемых преступлений является жизнь или здоровье посягающего, причем не имеет значения какая-либо характеристика потерпевшего (например, лицо, ранее судимое, женщина, заведомо для обороняющегося находящаяся в состоянии беременности, душевнобольной и т. д.). Тот факт, что вред, хотя и чрезмерный, причиняется в целях защиты от посягательства на правоохраняемые интересы, причем лицом, зачастую находящимся в возбужденном состоянии, резко снижает степень опасности указанных преступлений, и поэтому в законе предусматривается привилегированная ответственность по сравнению с аналогичными преступлениями, не связанными с эксцессом обороны (например, с простым убийством или тем более убийством лица, выполнявшего свой государственный или общественный долг, и т. д.).

Объективная сторона эксцесса обороны характеризуется такими элементами: 1) общественно опасное действие обороняющегося; 2) общественно опасные последствия в виде смерти посягающего или тяжких телесных повреждений; 3) причинная связь между действием и указанными последствиями.

Как отмечалось, необходимая оборона с объективной стороны представляет собой активное поведение. Поэтому первым элементом объективной стороны эксцесса обороны является общественно опасное действие. Обязательным условием рассматриваемого действия является обстановка его совершения, на что впервые обратил внимание В. И. Ткаченко. Вместе с тем вряд ли можно с ним согласиться в том, что обстановка исчерпывается лишь общественно опасным посягательством¹. Уже указывалось, что обстановка необходимой обороны включает в себя не только общественно опасное посягательство, но и силы, средства и возможности обороняющегося по отражению

¹ См.: Ткаченко В. И. Необходимая оборона по уголовному праву. С. 79-80



данного посягательства, а также иные объективные условия соотношения сил посягавшего и защищавшегося. При этом различаются относительная благоприятная и неблагоприятная обстановка защиты, которые существенно влияют на пределы причинения вреда, а также на их превышение.

Второй элемент объективной стороны рассматриваемых преступлений – общественно опасные последствия – смерть посягающего или тяжкие телесные повреждения (УК большинства союзных республик предусматривают и менее тяжкие телесные повреждения). Названные общественно опасные последствия предусмотрены в диспозициях ст. ст. 97 и 104 УК, поэтому оконченными эти преступления могут быть признаны лишь в случае наступления указанных последствий.

Третьим обязательным элементом объективной стороны эксцесса обороны является наличие необходимой причинной связи между общественно опасным действием обороняющегося и нанесенным ему последствием (смертью или тяжким телесным повреждением). Отсутствие такой связи исключает ответственность за рассматриваемые преступления либо может свидетельствовать об объективной стороне другого преступления.

В некоторых ситуациях объективные признаки эксцесса обороны могут полностью совпадать с объективной стороной других более опасных преступлений, например в случаях убийства двух или более посягающих, убийства одного посягающего и нанесения тяжких телесных повреждений другим, умышленного причинения тяжкого телесного повреждения, повлекшего по неосторожности смерть посягавшего, и т. д. Очевидно, что само по себе совпадение признаков объективной стороны различных составов преступлений еще не свидетельствует о тождестве этих составов, поскольку каждый из них характеризуется не одним каким-либо отдельно взятым элементом, а системным единством и целостностью только ему присущей совокупности объективных и субъективных признаков. В связи с этим верной представляется позиция Пленума Верховного Суда СССР, который в постановлениях от 27 июня 1975 г. «О судебной практике по делам об умышленном убийстве»¹ и от 16 августа 1984 г. разъяснил, что убийство, совершенное при превышении пределов необходимой обороны при таких обстоятельствах, как совершенное способом, опасным для жизни многих лиц, женщины, заведомо для виновного находящейся в состоянии беременности, двух или более лиц лицом, ранее совершившем умышленное убийство, и особо опасным рецидивистом, подлежит квалификации только по статьям УК, предусматривающим ответственность за умышленное убийство при превышении пределов необходимой обороны. Аналогично решен вопрос и об ответственности за умышленное тяжкое телесное повреждение, нанесенное при эксцессе обороны и повлекшее за собой смерть посягавшего, по отношению к которой вина оборонявшегося была неосторожной. Такие действия также подлежат квалификации только по ст. 104 УК².

Мотив и цель эксцесса обороны в рассматриваемых преступлениях не названы, однако они, как считает В. И. Ткаченко, заключены в самом понятии этих преступлений, предполагают строгое и конкретное содержание и поэтому являются необходимыми их признаками³. Если цели данных преступлений однозначно вытекают из закона, то в отношении мотива этого сказать нельзя. О мотивах высказываются самые различные точки зрения. По мнению одних авторов, мотивом действий, совершенных при эксцессе обороны, является трансформированная в побуждение потребность в устранении возникшей в результате посягательства опасности общественным отношениям (интересам, благам) при наличии сознания о вредоносном способе ее удовлетворения. Другие считают, что мотивом в рассматриваемых преступлениях выступает месть в резуль-

¹ См.: Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР. 1924–1977. М., 1978. Ч. 2. С. 191–192.

² См.: Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1984. – № 5. – С. 12.

³ См.: Ткаченко В. И. Необходимая оборона по уголовному праву. С. 101.

тате перерастания одобряемых моралью мотивов правомерной обороны в социально-негативные мотивы преступлений, связанных с эксцессом обороны¹. Третьи исходят из того, что в основе необходимой обороны и превышения ее пределов лежат мотивы вынужденного действия, направленного на защиту от общественно опасного посягательства (альтруизм, осознанное стремление выполнить свой долг перед обществом и государством, защитить какой-то важный интерес и т. п.)². Обоснованно считать, что при эксцессе обороны имеют место, как правило, смешанные мотивы, в числе которых могут быть и низменные побуждения (месть, ревность, озлобленность, ненависть и т. п.), не играющие, однако, доминанты в мотивации поведения. Основными мотивами являются такие побуждения, которые характерны и для необходимой обороны, – стремление отличиться, избежать опасности, сознание, морального долга и т. п.³. Так, при превышении пределов допустимого вреда, когда посягающему причиняется смерть или тяжкие телесные повреждения, явно не соответствующие посягательству, не представляющему большой общественной опасности, наиболее типичными мотивами обороняющегося, находящегося в неблагоприятной обстановке, являются побуждения, связанные с устранением (избеганием) нависшей опасности со стороны лица (лиц), имеющих превосходство. Иными представляются мотивы превышения пределов достаточного вреда, когда обороняющийся, имея явное преимущество над посягающим, осознавая свое превосходство и понимая, что для успешного предотвращения или пресечения посягательства достаточно причинить менее значительный вред, тем не менее умышленно убивает посягающего или наносит ему без необходимости тяжкий вред. Именно в основе таких действий лежат смешанные мотивы, где существенное место занимают озлобленность, ненависть, гнев, месть и т. п. наряду с основным мотивом – стремлением устранить опасность, нависшую над правоохраняемыми интересами. Можно предположить, что подобная мотивация в большей мере характерна для ситуаций, когда принимаются оборонительные меры при защите интересов личности (самого обороняющегося, его близких, знакомых или других лиц) и реже – при обороне интересов общества и государства.

Очевидно, что различная мотивация превышения пределов необходимой обороны должна быть учтена при определении меры ответственности за рассматриваемые преступления. Необходимо также иметь в виду, что именно для ситуаций превышения пределов достаточного вреда в ряде случаев характерна полная замена (замещение) в процессе обороны мотивов правомерной защиты на низменные побуждения (стремление расправиться с посягающим, отомстить, причинить ему как можно более тяжкий вред и т. п.). В этих последних случаях ответственность должна определяться на общих основаниях (с учетом, разумеется, возможного сильного душевного волнения).

Мотив, как указывалось, тесно связан с целью действий, в том числе преступных. В литературе и судебной практике целью действий, совершенных при эксцессе обороны, признается защита правоохраняемых интересов от причинения им вреда. В. И. Ткаченко считает, что целью действий при превышении пределов необходимой обороны являются защита общественных отношений от посягательства и пресечение его при наличии сознания того, что способ ее достижения общественно опасен. Поэтому общественно опасные последствия, возникшие вследствие превышения пределов необходимой обороны, не составляют цели действий виновного, а выступают как их побочный результат⁴. Вряд ли обоснованно в определении цели рассматриваемых преступлений вводить элемент сознания общественно опасного способа ее достижения,

¹ Джекебаев У. С., Рахимов Т. Г., Судакова Р. Н. Мотивация преступления и уголовная ответственность. Алма-Ата, 1987. С. 22-23.

² Табахуринов С. А. Установление мотива и квалификация преступления. К., 1977. С. 98.

³ См.: Волков Б. С. Мотивы преступлений. С. 92; Джекебаев У. С., Рахимов Т. Г., Судакова Р. Н. Указ. соч. С. 141.

⁴ См.: Ткаченко В. И. Необходимая оборона по уголовному праву. С. 107-108.

ведь цель есть тот мысленный результат, к достижению которого стремится лицо, движимое определенными мотивами. Следует различать ближайшие и отдаленные, а также конечные цели преступления, где ближайшая выступает как средство (способ) достижения последующей, отдаленной и конечной цели, которая, в свою очередь, может быть как преступной, так и общественно полезной¹. С этих позиций ближайшей целью преступлений, связанных с эксцессом обороны, является причинение тяжкого вреда посягающему, с тем чтобы успешно пресечь или предотвратить его общественно опасное посягательство (промежуточная цель) и тем самым защитить правоохраняемые интересы от причинения им вреда (конечная цель).

При превышении пределов допустимого вреда обороняющийся, находясь в неблагоприятной обстановке защиты и причиняя посягающему тяжкий вред, стремится к нему как к необходимому результату, посредством которого он рассчитывает достичь цели защиты правоохраняемых интересов. Равным образом, превышая пределы достаточного вреда, обороняющийся, явно превосходя по своим возможностям посягающего, тем не менее умышленно причиняет последнему тяжкий вред, который выступает ближайшей целью его действий, с тем чтобы предотвратить или пресечь посягательство и таким образом защитить правоохраняемые интересы от опасности причинения им вреда.

Вина в преступлениях, предусмотренных ст. ст. 97 и 104 УК. В законе, как известно, не указана форма вины убийства и тяжких телесных повреждений при превышении пределов необходимой обороны, что вызвало большой разброс мнений². Следует, однако, согласиться с тем, что названные преступления характеризуются лишь умышленной формой вины, о чем свидетельствует как систематическое толкование закона, так и соображения, которые были приведены нами при анализе признака «явность» несоответствия защиты характеру и опасности посягательства, а также обстановке защиты. Напомним, что Пленум Верховного Суда СССР в постановлении от 16 августа 1984 г. также разъяснил, что по смыслу закона превышением пределов необходимой обороны может быть признано лишь умышленное убийство посягавшего и умышленное нанесение ему тяжких телесных повреждений. Причинение же посягавшему вреда при отражении общественно опасного посягательства по неосторожности не может влечь уголовной ответственности. Таким, образом, неосторожное причинение тяжкого вреда посягающему (смерти или тяжких телесных повреждений) при наличии основания необходимой обороны охватывается ее пределами, хотя в ряде случаев такие действия, признаваемые правомерными, могут быть расценены лишь как социально допустимые, приемлемые, а не общественно полезные.

Среди сторонников умышленной вины при эксцессе обороны выделяются Т. Г. Шавгулидзе и В. И. Ткаченко, которые считают, что для рассматриваемых преступлений характерен не прямой, а косвенный умысел. Эти авторы исходят из того, что общественно опасные последствия являются нежелательными для обороняющегося, не составляют цели защиты правоохраняемых интересов, а поэтому лишь сознательно им допускаются³. Вряд ли можно согласиться с такой трактовкой. Причинение тяжкого вреда выступает ближайшей целью оборонительных действий, которая является средством достижения промежуточной цели – пресечь или предотвратить посягательство – и тем самым конечной цели – защитить правоохраняемые интересы. Таким образом, убийство посягающего и нанесение ему тяжкого телесного повреждения при превышении пределов необходимой обороны характеризуется прямым умыслом. Это значит, что обороняющийся, совершая те или иные действия в отношении посягающего, со-

¹ См.: Дагель П. С., Котов А. П. Указ. соч. С. 99.

² См.: Ткаченко В. И. Необходимая оборона по уголовному праву. С. 82-83.

³ См.: Шавгулидзе Т. Г. Указ. соч. С. 129; Ткаченко В. И. Необходимая оборона по уголовному праву. С. 86-87.

знает их общественно опасный характер, предвидит, что в результате этих действий посягающему будет причинен тяжкий вред, явно несоразмерный либо опасности посягательства, либо обстановке защиты, и желает этого вреда, стремясь таким образом предотвратить или пресечь общественно опасное посягательство и тем самым защитить правоохраняемые интересы.

Разумеется, приведенная характеристика вины обоснована лишь для случаев, когда обороняющийся правильно оценивает характер и опасность посягательства, а также обстановку защиты. Следует, однако, учитывать, что он часто находится в возбужденном состоянии, вызванном неожиданностью посягательства, либо испуган, раздражен, озлоблен и т. п. Все это может повлиять на правильность восприятия им происходящего и вызвать ошибку. Как указывает Пленум Верховного Суда СССР, «в состоянии сильного душевного волнения, вызванного посягательством, обороняющийся не всегда может точно взвесить характер опасности и избрать соразмерные средства защиты»¹. В этом и подобных случаях его ответственность должна определяться по правилам фактической ошибки применительно к превышению пределов необходимой обороны. При извинительной ошибке ответственность за чрезмерный вред исключается в виду отсутствия вины; в случае же неизвинительной ошибки ответственность также не наступает, но только в силу неосознания обороняющимся общественной опасности совершаемого деяния. В то же время состояние сильного душевного волнения может и не вызвать ошибки. Обобщение практики показывает, что в этих случаях довольно распространена квалификация действий по ст. ст. 95 или 105 УК. При этом суды, установив сильное душевное волнение, вызванное общественно опасным посягательством, практически не исследуют вопрос о том, были ли превышены пределы необходимой обороны в данной ситуации. Представляется, что исследование доказательств по таким делам должно иметь обратный порядок: сначала содеянное оценивается по правилам необходимой обороны или превышения ее пределов, а затем учитывается влияние сильного душевного волнения. Если таковое имело место при эксцессе обороны, действия обороняющегося подлежат квалификации по ст. ст. 97 или 104 УК, поскольку из двух привилегированных составов преимущество имеет тот, который облагается законом более мягким наказанием.

Субъект рассматриваемых преступлений – общий, т. е. лицо, вменяемое и достигшее ко времени их совершения 14-летнего возраста, независимо от его социальной, нравственной и уголовно-правовой характеристики (например, законопослушный гражданин, правонарушитель, рецидивист, особо опасный рецидивист и т. п.). Нельзя считать, что субъектами эксцесса обороны являются должностные лица или военнослужащие, выполняющие свой служебный или воинский долг². Как уже отмечалось, эти субъекты не являются участниками правоотношений необходимой обороны. Защита правоохраняемых интересов составляет их служебный долг. Поэтому к ним не применяются в данном случае те статьи УК, где устанавливается ответственность за общеуголовные преступления.

Ответственность за превышение пределов необходимой обороны. Как уже отмечалось, санкции ст. ст. 97 и 104 УК являются существенно пониженными по сравнению с аналогичными преступлениями, не связанными, однако, с превышением пределов необходимой обороны (ст. ст. 93, 94, 101 УК). Поэтому преступления, предусмотренные ст. ст. 97 и 104 УК, относят к числу привилегированных. Такое решение многие авторы связывают с отрицательной социально-политической характеристикой потерпевшего, в качестве которого, как известно, выступает лицо, совершившее общественно опасное посягательство на правоохраняемые интересы. Так, Ю. А. Демидов считал, что совет-

¹ См.: Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1984. – № 5. – С. 11.

² См.: Тишкевич И. С. Условия и пределы необходимой обороны. С. 168-173; Сташис В. В., Бажанов М. И. Преступления против личности в УК УССР и судебной практике. Х., 1987. С. 65.

ское уголовное право, всемерно охраняя жизнь, здоровье, честь, достоинство и свободу человека как абсолютную ценность, признает и относительную ценность его личности, в частности в случаях совершения лицом посягательства на правоохраняемые уголовным законом отношения¹. По мнению П. С. Тоболкина, уголовное право не может в полном объеме охранять личность потерпевшего, который сам посягает на важнейшие общественные отношения. Личность потерпевшего лишь в той мере охраняется уголовным законом, в которой она выражает социалистический тип общественных отношений². Таким образом, подобные взгляды основаны на том, что лицо, совершившее посягательство на правоохраняемые уголовным законом общественные отношения, представляет собой меньшую социальную ценность по сравнению с законопослушным, а тем более – социально активными гражданами, и поэтому убийство посягавшего или нанесение ему тяжких телесных повреждений при эксцессе обороны представляет меньшую общественную опасность, чем обычное убийство или соответствующее посягательство на здоровье человека. Более убедителен, однако, иной взгляд, согласно которому любая человеческая жизнь и здоровье (законопослушного человека или преступника, малолетнего или престарелого, невменяемого или душевно здорового и т. д.) одинаково охраняются уголовным законом, а установление привилегированной ответственности за преступления, предусмотренные ст. ст. 97 и 104 УК, объясняется особыми обстоятельствами, связанными с характеристикой субъектов этих преступлений, а также с рядом факторов, влияющих на их поведение. Лицо хотя и превышает пределы необходимой обороны, но делает это находясь в состоянии таковой обороны, т. е. имея право на причинение посягающему вреда. Далее, действия обороняющегося направлены на достижение общественно полезной цели – защитить правоохраняемые интересы личности, общества или государства. Такие действия, кроме того, часто совершаются в состоянии волнения, испуга, страха, вызванными внезапно совершаемым посягательством, неподготовленностью к защите и т. п. Наконец, личность превысившего пределы необходимой обороны характеризуется активной жизненной позицией, нетерпимостью к антиобщественным проявлениям, что дает основание снисходительнее относиться к оценке совершенного им преступления.

Действующее законодательство предоставляет в целом достаточные возможности для индивидуализации ответственности лица, допустившего эксцесс обороны. Эти деяния относятся к преступлениям, не представляющим большой общественной опасности. Кроме того, для исправления лица, совершившего рассматриваемое преступление, часто нет надобности прибегать к назначению уголовного наказания. Согласно ст. 51 УК такое лицо может быть освобождено от уголовной ответственности с заменой ее мерами административного взыскания или общественного воздействия. Как уже отмечалось, на практике широко применяются условное осуждение, отсрочка исполнения приговора и условное осуждение к лишению свободы с обязательным привлечением осужденного к труду в отношении лиц, превысивших пределы необходимой обороны. Наконец, при назначении реального наказания таким лицам суды в каждом случае должны обсуждать вопрос о возможности назначения наказания, не связанного с лишением свободы. Назначение наказания в виде лишения свободы суд обязан мотивировать в приговоре. Таким образом, избрание меры ответственности в отношении лиц, превысивших пределы необходимой обороны, должно быть особенно взвешено, поскольку известен тот большой общественный резонанс, который вызывают подобные дела, а законное и справедливое решение по таким делам способно существенным образом сказаться на инициативе и активности граждан в борьбе с преступностью и другими антиобщественными проявлениями.

¹ См.: Сов. гос-во и право. – 1972. – № 2. – С. 109-110.

² См.: Тоболкин П. С. Указ. соч. С. 112.

Глава VI

ЗАДЕРЖАНИЕ ПРЕСТУПНИКА

Часть 3 ст. 15 УК Украины (ч. 3 ст. 13 УК Узбекистана) предусматривает, что «действия, совершенные потерпевшим или другими лицами непосредственно после совершения посягательства с целью задержания преступника и доставления его соответствующим органам власти, как правомерные, приравниваются к необходимой обороне, если они были необходимы для задержания и соответствовали опасности посягательства и обстановке задержания преступника». В соответствии со ст. 15 Указа Президиума Верховного Совета СССР от 26 июля 1966 г. «Об усилении ответственности за хулиганство» (в редакции от 5 июня 1981 г.) «действия граждан, направленные на пресечение преступных посягательств и задержание преступника, являются в соответствии с законодательством Союза ССР и союзных республик правомерными и не влекут уголовной и иной ответственности, даже если этими действиями вынужденно был причинен вред преступнику». В ст. 13 УК Эстонии также указывается: «Не является преступлением действие, подпадающее под признаки деяния, предусмотренного настоящим Кодексом, направленное на задержание преступника, даже если этим действием вынуждено был причинен вред преступнику». Наконец, в Основах 1991 г. закреплено, что «не является преступлением действие, хотя и подпадающее под признаки деяния, предусмотренного уголовным законом, но направленное на задержание лица в момент или непосредственно после совершения им преступления в целях передачи задержанного органам власти, если при этом не было допущено явного несоответствия мер задержания характеру и степени общественной опасности содеянного и обстоятельствам задержания».

Анализ задержания преступника предполагает различие между поступком, заключающемся в правомерном лишении личной свободы преступника, и поступком, связанным с причинением ему вреда при задержании. Очевидно, что правомерность причинения вреда преступнику должна основываться на законности самого акта его задержания. Поэтому анализ указанных действий следует начинать с рассмотрения оснований и признаков состава поступка по задержанию преступника, а затем необходимо охарактеризовать основания и состав поступка, связанного с причинением ему при этом вреда.

§ 1. Основания и признаки задержания преступника

В соответствии с действующим законодательством **правовым основанием** задержания является совершение лицом преступления (ч. 3 ст. 15 УК). Юридическая природа этого правонарушения в законе дается путем указания на лицо, его совершившего, а именно на преступника.

Следовательно, в качестве правового основания не может считаться учинение лицом гражданского или административного правонарушения либо дисциплинарного проступка. В действующем законодательстве отсутствуют какие-либо ограничения по кругу преступлений, которые могут служить правовым основанием задержания преступника. Отсюда иногда делают вывод, что подобным основанием является совершение лицом любого преступления. Однако отстаивается и иная точка зрения, согласно которой правовым основанием задержания преступника может быть не всякое, а лишь определенное преступление¹. Такая позиция находит подтверждение и в практике

¹ См.: *Тишкевич И. С.* Оборона от общественно опасного посягательства и меры по задержанию преступника. С. 36; *Диденко В. П.* Правомерность причинения вреда преступнику при задержании. К., 1984. С. 29-31.

борьбы с преступностью, которая свидетельствует, что в реальной жизни правовым основанием задержания выступает совершение преступником таких общественно опасных деяний, которые не вызывают ни у кого каких-либо сомнений в их преступном характере, т. е. преступлений бесспорных, явных, очевидных. Представляется, что именно совершение очевидных преступлений, или, иначе, преступлений, совершаемых в условиях очевидности, выступает правовым основанием задержания преступника со стороны отдельных граждан. Косвенно такой вывод следует и из закона. Например, первым в числе лиц, которым предоставлено право задерживать преступников, ч. 3 ст. 15 УК называет потерпевшего, т. е. лицо, которому преступлением непосредственно причинен имущественный, физический или моральный вред. Как следует из закона, речь идет не о всяком потерпевшем, а лишь о таком, который присутствовал на месте совершения преступления и либо-сам подвергся преступному посягательству, либо его имуществу был причинен ущерб, в связи с чем совершение преступления для такого лица было очевидным. Эта мысль подтверждается тем, что правомерными признаются только такие действия потерпевшего, которые были предприняты непосредственно, т. е. тотчас, без промедления после учинения преступления. Понятно, что совершение таких действий возможно лишь в случае, если для потерпевшего очевидно совершение преступного посягательства.

Следовательно, правовым основанием задержания преступника является очевидное преступление, т. е. такое известное гражданину в качестве запрещенного уголовным законом общественно опасное деяние, которое на основе достоверной информации о содеянном оценивается им как бесспорно преступное. Представляется, что позиция законодателя в этой части выражена недостаточно четко. Поэтому в будущем уголовном законе целесообразно указать, что задержанию подлежит только лицо, совершившее очевидное преступление.

Известно, что общественная опасность преступного посягательства различна. Точно так же различными являются и представления граждан, задерживающих преступников, об опасности совершенных ими посягательств. Поэтому при классификации степени опасности совершенных преступлений в рассматриваемых случаях следует исходить не только из законодательных установлений, но и из правосознания граждан. Е. А. Фролов правильно полагает, что при оценке тяжести посягательств при задержании преступника *следует* учитывать не только объективные критерии, но и представления граждан об опасности преступлений (насильственные деяния, посягательства на собственность и т. д.)¹. С этой точки зрения все очевидные преступления как правовые основания задержания преступников могли бы быть подразделены на две относительно большие группы: посягательства, представляющие большую общественную опасность, и посягательства, не представляющие такой опасности. К первой группе, как и при необходимой обороне, относятся посягательства, направленные на абсолютные ценности, охраняемые уголовным законом, а также угрожающие причинением тяжкого вреда относительным ценностям. Таковыми являются посягательства на личность и собственность, а также посягательства, связанные с причинением крупного, тяжкого вреда интересам правосудия» порядку управления, общественной безопасности и др. К посягательствам, не представляющим большой общественной опасности, относятся такие, которые не угрожают причинением тяжкого вреда относительным ценностям (например, простое хулиганство, преступления, связанные с причинением нетяжкого вреда интересам народного хозяйства, народному здоровью, общественному порядку, и т. п.). Указанное подразделение имеет важное значение для определения пределов причинения вреда при задержании преступника.

Фактическое основание задержания преступника оправдывает лишение его личной свободы, когда в этом имеется безотлагательная необходимость. Представляется, что

¹ См.: Советское уголовное право. Общая часть. М., 1977. С. 230.

такая необходимость имеет место во всех случаях, когда непринятие гражданином незамедлительных мер по лишению личной свободы преступника непосредственно угрожает причинением существенного вреда интересам отдельной личности, коллектива, общества или государства. Этот вред может выразиться, например, в том, что непринятие мер по задержанию позволит преступнику довести задуманное до конца или скрыться. Оставаясь же на свободе, он может вновь совершить преступление или уничтожить доказательства своего участия в посягательстве и т. д. Если же характер совершенного преступления, а также обстановка происшествия свидетельствуют об отсутствии непосредственной опасности причинения указанного вреда, то немедленное лишение личной свободы преступника с целью передачи его органам власти не является необходимым. Таким образом, *фактическое основание задержания обосновывается необходимостью немедленного доставления (передачи) преступника соответствующим органам власти.*

Известно, что ни действующий УК, ни Основы 1991 г. подобное требование прямо не формулируют, однако судебная практика при оценке правомерности задержания преступника исходит из этого условия.

Так, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда СССР по делу К. отметила, что Т. совершил у клуба буйные хулиганские действия и его необходимо было задержать¹. Точно так же на необходимость задержания как его основание указала в своем определении и Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда УССР по делу Х., который, совершив хулиганство, пытался скрыться с места преступления².

Очевидно, что задержание преступника возможно либо в ходе совершения им посягательства, либо после его прекращения. При решении в таких случаях вопроса о фактическом основании задержания от гражданина требуется учет самых различных факторов, связанных, в частности, с оценкой тяжести совершенного преступления, времени, когда застигнут преступник, характера его поведения после посягательства и т. д. Анализ этих факторов, а также законодательство зарубежных стран позволяет заключить, что *необходимость немедленного доставления преступника органам власти как фактическое основание его задержания имеет место там, где он застигнут при совершении очевидного преступления, либо, совершив его, представляет опасность для отдельных граждан, общества или государства, либо, будучи таковым, скрылся с места преступления, либо обнаружил стремление к побегу.* Отсутствие хотя бы одного из этих условий свидетельствует об отсутствии фактического основания задержания. Нет необходимости, например, задерживать лицо, совершившее неосторожное преступление, если известна его личность и оно не предпринимает мер по сокрытию от органов правосудия.

Очевидно, что предложенные формулировки правового и фактического оснований задержания преступника ставят определенные границы по задержанию лиц, совершивших преступные посягательства. Однако ограничение этих действий кругом очевидных преступлений и наличием безотлагательной необходимости доставления преступников соответствующим органам власти является оправданным и справедливым, поскольку, с одной стороны, представляет гражданам достаточный простор для проявления разумной инициативы в борьбе с преступностью, а с другой – способно предупредить необоснованное ущемление прав человека и тем самым содействовать укреплению законности в отношениях между людьми. Закрепление в уголовном законе правового и фактического оснований задержания преступника вполне соответствует ч. 1 ст. 9 Международного пакта о гражданских и политических правах от 19 декабря 1966 г., согласно которой «никто не должен быть лишен свободы иначе, как на таких основаниях и в соответствии с такой процедурой, которые установлены законом».

¹ См.: Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1957. – № 3. – С. 18-20.

² См.: Рад. право. – 1980. – № 9. – С. 83.

В итоге отметим, что задержание преступника обоснованно, если оно произведено при наличии правового и фактического оснований, взятых в единстве. Поэтому отсутствие того и другого, равно как наличие лишь одного из них, свидетельствует об отсутствии законных оснований для задержания, что может повлечь ответственность по ст. 123 УК за незаконное лишение свободы.

Признаки состава правомерного задержания преступника. В нормах действующего уголовного законодательства *субъект* такого задержания определен неодинаково. Так, в ст. 15 Указа от 5 июня 1981 г. субъектами задержания названы граждане. Напротив, в ч. 3 ст. 15 УК и ч. 3 ст. 13 УК УССР речь идет о потерпевшем и других лицах. Наконец, в ст. 13¹ УК Эстонии отсутствуют какие-либо указания на этот счет. Ранее уже отмечалась дискуссионность вопроса о круге этих субъектов. К аргументам в пользу того, что такими субъектами выступают лица, для которых задержание не является выполнением правовой обязанности или служебного долга, укажем следующее. В ч. 3 ст. 15 УК в качестве субъекта задержания названы «потерпевший и другие лица». Учитывая требования этой нормы о правомерности задержания преступника лишь непосредственно после совершения посягательства и при этом с целью доставления его соответствующим органам власти, можно заключить, что эти предписания могли быть обращены только к частным лицам. Подобным образом расценивал данное положение и В. Ф. Кириченко, который писал, что уголовный закон под потерпевшим понимает лишь частных лиц, в связи с чем и предлагал (представляется, необоснованно) дополнить закон указанием на представителей власти как субъектов задержания¹. Следует также отметить, что проводимая в стране реформа законодательства, в частности законы СССР «Об обязанностях и правах внутренних войск МВД СССР при охране общественного порядка», «О советской милиции», «Об органах государственной безопасности в СССР» и др., еще раз подтверждают мысль, что названные и другие нормативные акты, регламентирующие применение силы, специальных средств и оружия при задержании преступника, связывают правомерность действия уполномоченных на то лиц с условиями, предусмотренными именно этими актами, а не уголовным законом². Наконец, на граждан как субъектов правомерного задержания указывает и постановление Пленума Верховного Суда СССР от 16 августа 1984 г., где в п. 3 предусматривается, что уголовный закон регламентирует действия по задержанию посягавшего, предпринятые народными дружинниками и другими гражданами, выполняющими свой общественный долг по поддержанию правопорядка³.

Таким образом, можно заключить, что субъектами правомерного задержания преступника, регламентируемого уголовным правом, являются любые частные лица – потерпевший, очевидец, или иное лицо, представитель организованной общественности и должностное лицо, для которого задержание преступника не является выполнением служебных полномочий.

Задержание преступника для указанных лиц является осуществлением субъективного права. Поэтому отказ от использования этого права не может считаться правонарушением, поскольку использовать или не использовать свое право – дело самого гражданина.

Мотив и цель задержания преступника. Правомерность задержания преступника гражданином не связывается законом с каким-либо мотивом. Однако его установление имеет важное уголовно-правовое значение, поскольку мотив определяет и цель задержания преступника. Обычно мотивами задержания являются побуждения, по-

¹ См.: Сов. гос-во и право. – 1958. – № 8. – С. 91-92.

² См.: Баулин Ю. В. Право граждан на задержание преступника. С. 41-44. Из последних нормативных актов см.: Правила применения специальных средств при охране общественного порядка в Украинской ССР // СП УССР. – 1991. – № 3. – С. 18.

³ См.: Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1984. – № 5. – С. 10.

ощряемые моралью и отражающие жизненную позицию гражданина (стремление пресечь посягательство, восстановить законность и справедливость и т. д.). Нельзя, однако, исключать, что в ряде случаев в основе задержания лица могут встретиться и мотивы эгоистического характера (стремление показать силу, заслужить похвалу и т. п.). Учтявая, что между мотивом и целью имеется тесная и существенная связь, следует заключить, что мотивами задержания преступника могут быть любые побуждения, не противоречащие цели, предусмотренной в законе.

Часть 3 ст. 15 УК действия по задержанию преступника признает правомерными, если они были предприняты с целью доставления его соответствующим органам власти (в отделение милиции, прокуратуру, суд, исполком местного Совета, военным властям и т. п.). Наличие такой цели имеет важное значение для отграничения правомерного лишения личной свободы от незаконного. Нельзя, далее, исключать, что действия по задержанию, преступника могут быть предприняты для достижения других целей, как преступных (например, для саморасправы), так и не преступных (например, для немедленного отобрания похищенного имущества). Отсутствие цели доставления преступника органам власти исключает, как правило, возможность рассматривать действия лиц как правомерные. Следует, наконец, иметь в виду, что цель доставления преступника органам власти достигается в подавляющем большинстве случаев. Вместе с тем правомерный характер задержания не изменится и тогда, когда преступник в некоторых ситуациях не будет доставлен в эти органы (например, в случае, когда он вырвался и убежал, скрылся из запертого помещения и т. д.). Правомерный характер названным действиям придает наличие у гражданина указанной цели, а не фактически достигнутый результат этих действий.

Объектом задержания выступает личная свобода преступника, т. е. его фактическая возможность располагать самим собой по собственному усмотрению (беспрепятственно передвигаться, избирать место пребывания, располагать своим временем и т. п.). Именно это благо и обуславливает характер и способ самого задержания, которое выражается в определенном физическом или психическом воздействии на преступника, с тем чтобы лишить его личной свободы. В соответствии с законом уголовное право регулирует задержание гражданами лишь преступников, а не других правонарушителей, т. е. задержание исполнителя, организатора, подстрекателя и пособника, начавших совершать или уже завершивших исполнение преступного посягательства. Твердое убеждение в том, что задерживается именно преступник, а не иное лицо, должно строиться не на подозрениях и догадках, а на основе достоверных данных. Иными словами, задержанию подлежит только явный, очевидный преступник. Поэтому неправомерно задержание лица, в отношении которого отсутствовали какие-либо данные как о лице, совершившем преступление, либо имевшиеся сведения строились лишь на подозрениях и непроверенных данных. Задержание в подобных ситуациях признается незаконным и может влечь ответственность по ст. 123 УК либо (в случае причинения вреда задерживаемому лицу) и за преступление против личности или собственности граждан. Практика, однако, сталкивается со случаями, когда задерживающий добросовестно заблуждается относительно личности преступника, в связи с чем вопрос об ответственности за необоснованное задержание должен решаться по правилам оценки задержания мнимого преступника¹.

Объективная сторона задержания преступника. Первый ее элемент выражается в действиях, связанных с лишением преступника личной свободы. Такие действия совпадают с фактическими признаками объективной стороны преступления, предусмотренного ст. 123 УК. Способ осуществления рассматриваемых правомерных действий определяется их объектом, а именно – личной свободой преступника. Поэтому в качестве такового может выступать физическое или психическое воздействие, а также обман. Так, физическое или психическое воздействие может выражаться в удержании преступника

¹ См.: Баулин Ю. В. Право граждан на задержание преступника. С. 57-60.

в каком-то месте, его связывании, препровождении в помещение, в требовании, обращении к преступнику, оставаться на месте либо следовать в определенное место и т. д. Иногда физическое и психическое воздействие сочетаются (например, удержание преступника, сопряженное с угрозой применения насилия). Примером задержания с помощью обмана служит введение преступника в заблуждение с целью завлечения его в какое-либо помещение или удержания в определенном месте до прибытия представителей власти и т. д. Отметим, что в любом случае имеется в виду такой способ воздействия на преступника, который связан исключительно с лишением его личной свободы. Причинение же вреда жизни, здоровью или имуществу преступника выходит за рамки объективной стороны задержания и имеет самостоятельное уголовно-правовое значение.

К объективным условиям, в которых осуществляется правомерное действие по задержанию преступника, относятся его место, время и обстановка.

Задержание преступника может осуществляться как в месте совершения преступления, так и в другом месте. Особенности места могут влиять на избрание гражданском способа осуществления задержания (например, нахождение преступника в помещении может позволить задержать его путем обмана и т. д.).

Задержание, далее, может признаваться правомерным действием, если оно было осуществлено на короткий срок, т. е. было кратковременным. Это вытекает из фактического его основания, которое возникает лишь в том случае, когда у гражданина имелась необходимость в немедленном, т. е. безотлагательном, доставлении преступника органам власти. Время задержания, которое было необходимо и достаточно для передачи преступника органам власти, должно определяться конкретными обстоятельствами дела. Но в любом случае, как правильно пишет И. С. Тишкевич, задержав преступника, потерпевший, очевидец или иное лицо обязаны сразу же, при первой возможности, передать его органам милиции или другим органам власти»¹. Удержание же преступника на длительный срок при отсутствии в том необходимости не исключает ответственности задерживающего лица по ст. 123 УК, даже если в последующем преступник и будет передан органам власти.

Время осуществления задержания имеет и другое значение, а именно как объективное условие его правомерности. Однако вопрос об этом условии в законе решается различным образом. Так, ст. 15 Указа от 15 июня 1981 г. вообще не упоминает о времени задержания преступника. Статья 13¹ УК Эстонии, предусматривая эти действия, не связывает их правомерность со временем самого акта задержания. Напротив, ч. 3 ст. 15 УК и ч. 3 ст. 13 УК Узбекистана предусматривают, что действия потерпевшего и других лиц по задержанию преступника признаются правомерными, если они были предприняты непосредственно после совершения посягательства, а ст. 25 Основ 1991 г. – и в момент совершения посягательства. Большинство юристов справедливо отмечают, что такое решение вопроса в УК Украины и УК Узбекистана не может быть признано удовлетворительным². Наиболее приемлемым является его решение в ст. 13¹ УК Эстонии, где не указан ни начальный, ни конечный момент правомерного задержания преступника. Иначе говоря, такое задержание со стороны отдельных граждан правомерно в любое время, истекшее с момента совершения посягательства, если для этого имеются правовое и фактическое основания, взятые в единстве. В литературе на этот счет существуют и другие мнения³. Заметим, однако, что предоставление гражданам права задерживать преступника в любое время после совершения им преступления в наибольшей мере отвечает идее развития активности населения в борьбе с преступностью и вместе с тем учитывает необходимость оградить интересы личности от необоснованного ограничения ее личной свободы. Поэтому в будущем законе следует отказаться от какого-либо указания на время правомерного задержания преступника, четко очертив при этом основа-

¹ Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. С. 85.

² См.: Бородин С. В. Квалификация преступлений против жизни. М., С. 193 и др.

³ См.: Кириченко В. Ф. Указ. соч. С. 69; Шавгулидзе Т. Г. Указ. соч. С. 138 и др.

ния такого задержания. Это и будет означать, что задержание очевидного преступника при наличии необходимости немедленного доставления его органам власти признается правомерным как в момент осуществления преступного посягательства, так и непосредственно либо спустя любое время после учинения им преступления.

Наконец, объективным условием задержания является, его обстановка, т. е. совокупность всех объективных условий, в которых производится лишение личной свободы преступника. Такая обстановка прежде всего влияет на фактическое основание задержания, т. е. обуславливает необходимость немедленного доставления его органам власти (например, совершение неизвестным лицом тяжкого преступления либо его попытка скрыться с места преступления говорит об указанной необходимости). Кроме того, обстановка задержания свидетельствует и о возможности применения к преступнику такого воздействия, которое не выходит за рамки лишения личной свободы (например, подчинение преступника требованиям задерживаемого, добровольная передача себя органам власти и т. п.).

Вторым элементом объективной стороны задержания преступника выступает результат, который достигается физическим или психическим воздействием гражданина либо обманом. Таким результатом, практически неотделимым от действия, является лишение личной свободы лица, совершившего очевидное преступление. Соответственно третьим элементом объективной стороны выступает причинная связь между указанными действиями и лишением личной свободы преступника.

Субъективный контроль при задержании преступника характеризуется осознанием гражданином фактических в социальных признаков совершаемого действия и причиняемого им результата. Иными словами, гражданин осознает, что он, не будучи к этому обязанным, применяет физическое или психическое воздействие либо обман к лицу, совершившему очевидное преступление, которое в сложившейся обстановке вызывается необходимостью немедленного доставления преступника органам власти, предвидит, что предпринимаемыми действиями он лишает преступника личной свободы, и желает этого, стремясь таким образом достичь указанной цели. Совершая названные действия, гражданин осознает их общественно полезный и правомерный характер.

Разумеется, нельзя исключать ошибку гражданина в правовом или фактическом основании задержания либо в своевременности предпринятых действий или в личности задерживаемого. Например, гражданин может считать, что лицом совершено преступление, а фактически учиненное им является административным правонарушением; что в сложившейся обстановке не было необходимости в немедленном доставлении преступника органам власти; неправильно оценивает обстановку и задерживает преступника и т. д. В этих и других случаях ответственность гражданина должна определяться на основе учета правил о фактической ошибке.

Таким образом, рассмотренные основания и признаки состава поступка, связанного с задержанием, позволяют сформулировать понятие правомерного задержания преступника как *кратковременное лишение гражданином личной свободы очевидного преступника, вызванное необходимостью немедленного доставления его соответствующим органам власти.*

§ 2. Основания и признаки правомерного причинения вреда преступнику при его задержании

Ненасильственное задержание преступника, т. е. задержание, не сопряженное с причинением вреда его жизни, здоровью, имуществу и т. д., всегда предпочтительнее насильственного. Однако преступники часто не подчиняются требованиям задерживающих, пытаются скрыться, оказывают сопротивление либо даже нападают на задер-

живаючих. В таких случаях, чтобы успешно произвести задержание, гражданин нередко вынужден причинять преступнику вред, который по своему характеру и интенсивности существенно отличается от воздействия на преступника при осуществлении самого акта его правомерного задержания. В рассматриваемых ситуациях применяемое к преступнику физическое или психическое насилие направлено на другое благо. К такому насилию относят удар, побои, насильственные действия, причиняющие физическую боль, телесные повреждения различной тяжести, угрозу и само лишение жизни преступника. Очевидно, что в указанных случаях физическое или психическое насилие, а иногда уничтожение или повреждение имущества выступают как вынужденное, но необходимое средство достижения цели – лишить преступника личной свободы, т. е. задержать его. Эта цель достигается посредством причинения вреда таким благам преступника, как его, жизнь, здоровье или личное имущество. Разумеется, нанесение данного вреда должно иметь свое основание, отличное от основания лишения свободы преступника, которое рассмотрено выше.

В качестве **правового основания** здесь выступает *уклонение лица, совершившего очевидное преступление, от законного задержания*, ибо «когда преступник подчиняется требованиям задерживающего лица, причинение всякого рода бессмысленно»¹. О стремлении преступника уклониться от задержания может свидетельствовать, например, его отказ выполнить требование задерживающего прекратить преступное посягательство или действия по уничтожению доказательств совершения преступления или участия кого-либо в нем, отказ следовать в органы власти, побег с места совершения преступления или по пути следования в органы власти, оказание сопротивления, наконец, нападение на задерживающее лицо.

Фактическое основание определяется обстановкой задержания, свидетельствующей о вынужденности (необходимости) причинения преступнику вреда для его задержания. Прямое указание на это содержится в действующем законодательстве. Следовательно, причинение преступнику вреда без необходимости, невынужденно является незаконным. Вывод о невозможности конкретного гражданина задержать противодействующего преступника без причинения ему вреда делается на основе сопоставления сил, возможностей и средств этого гражданина с силами, намерениями преступника, а также избранным им способом уклонения от задержания. Здесь имеют значение число лиц с обеих сторон, возраст, физические силы, вооруженность преступника и гражданина, а также иные факторы, которые в своей совокупности свидетельствуют об отсутствии у гражданина реальной возможности задержать преступника без причинения ему вреда. Таким образом, основание причинения вреда лицу, совершившему очевидное преступление, определяется такой обстановкой задержания, при которой у гражданина отсутствует реальная возможность без серьезной опасности для себя и для других лиц осуществить ненасильственное задержание преступника, уклоняющегося от такого задержания, что вызывает необходимость (вынуждает) причинить ему определенный вред.

Очевидно, что в одних случаях обстановка задержания может складываться в пользу гражданина, причиняющего вред, а в других, напротив, – в пользу противодействующего задержанию преступника, и это имеет важное уголовно-правовое значение при определении пределов причинения преступнику вреда. Поэтому следует различать два вида обстановки. Первый вид – это *относительно благоприятная обстановка*, когда гражданин имеет явное преимущество в силе, вооруженности, средствах задержания, числе задерживающих над противодействующим преступником и т. д. Второй вид – *неблагоприятная обстановка*, при которой соотношение сил, возможностей и средств гражданина и противодействующего ему преступника более или менее равно, а также в случае превосходства преступника над задерживающим его лицом.

¹ Бушув Г. В. Указ. соч. С. 43-44.

Таким образом, лишь единство правового и фактического оснований оправдывает причинение преступнику вреда при его задержании. Одно лишь уклонение от задержания (правовое основание) в ситуациях, когда гражданин имел явную возможность лишить преступника свободы без причинения вреда (отсутствие фактического основания), является недостаточным для применения насилия.

А. и П., обнаружив вора Ф., стали с палками в руках его преследовать. Ф. вначале пытался оторваться от них, однако, видя, что это ему не удастся, остановился. А. и П. подбежали к Ф. и, несмотря на просьбы не бить его, нанесли несколько ударов палками по спине, причинив средней тяжести телесные повреждения. Очевидно, что в данном случае причинение преступнику вреда не было вызвано его противодействием задержанию и поэтому не является вынужденным.

Точно так же отсутствие противодействия со стороны преступника задерживающему его гражданину (хотя бы и уступающему ему в силе) свидетельствует об отсутствии в целом оснований для причинения ему вреда. Если в таких случаях вред все же будет причинен, то это может влечь ответственность гражданина на общих основаниях. И напротив, оказание например, активного сопротивления лицу, лишенному возможности осуществить задержание преступника без причинения вреда, оправдывает применение к нему насилия. Очевидно, что совершение поступка, связанного с причинением преступнику вреда при его задержании, имеет свою структуру и характеризуется определенными признаками.

Признаки состава поступка, связанного с причинением преступнику вреда при его задержании. Для такого поступка *субъект* является одним и тем же, что и для акта правомерного задержания преступника. Это обуславливается неразрывной связью данного акта и причинением в случае необходимости преступнику вреда при его задержании.

Мотив и цель причинения вреда. В законе отсутствуют какие-либо указания на мотивы поступка, связанного с причинением преступнику вреда. Отсюда, однако, вовсе не следует, что нанесение такого вреда возможно по любым мотивам. Допустимы лишь такие побуждения, которые не противоречат общественно полезной цели рассматриваемого поступка. При этом необязательно, чтобы они всегда представляли собой лишь одобряемые мотивы, возможны и эгоистические побуждения. Вместе с тем правомерным должно признаваться причинение вреда, например, из мести.

В ч. 3 ст. 15 УК закреплено, что действия, причинившие вред преступнику, являются правомерными, если они предприняты, с целью его задержания и доставления соответствующим органам власти. Следовательно, промежуточная цель причинения вреда преступнику – его задержание, конечной же целью такого вреда выступает доставление преступника соответствующим органам власти. Нельзя исключать, что причинение вреда в ряде случаев может быть хотя и подчинено цели доставления преступника органам власти, однако сопряжено одновременно с достижением ближайшей преступной цели (например, учинить самосуд). В таких случаях ответственность за причиненный вред должна определяться на общих основаниях, при этом возможна ответственность за причинение вреда в состоянии сильного душевного волнения. Закон, далее, связывает правомерность причинения вреда не с фактически достигнутым результатом – задержанием преступника, а лишь с наличием у гражданина, причиняющего вред, такой цели. Поэтому правомерным следует признавать вред и в том случае, когда преступника, которому причинен вред, задержать и не удалось. Поскольку, наконец, конечной целью причинения вреда выступает доставление преступника органам власти, то правомерным является не только вред, причиненный в момент задержания, но и вред, вынужденно причиненный преступнику при его доставлении в органы власти, на что

правильно указывается в п. 3 постановления Пленума Верховного Суда СССР от 16 августа 1984 г.¹

Объект причинения вреда закреплен в ст. 15 Указа от 15 июня 1981 г. и ст. 13¹ УК Эстонии, где предусматривается, что правомерными признаются действия, направленные на задержание преступника, если этими действиями вынуждено был причинен вред именно преступнику. Таким образом, объектом причинения вреда в рассматриваемых случаях является жизнь, здоровье или (и) имущество преступника. Иногда в числе указанных объектов не называют жизнь преступника, считая, что лишение его жизни и цель задержания преступника – доставка его соответствующим органам власти – исключают друг друга². Представляется, что такое ограничение прежде всего не соответствует закону, где отсутствует прямой запрет лишать жизни преступника при его задержании. Напротив, если закон устанавливает ответственность за убийство в случае превышения пределов причинения вреда при задержании преступника, то очевидно, что лишение жизни преступника без превышения указанных пределов правомерно. Кроме того, нельзя смешивать, как это делают авторы критикуемой точки зрения, цель причинения вреда преступнику при его задержании и цель самого акта задержания. Ближайшей целью причинения вреда является вовсе не доставление преступника органам власти, а его задержание. Наконец, следует учитывать, что правомерный характер причинению вреда преступнику в таких случаях придает наличие у гражданина именно цели задержать преступника, а не фактически достигнутый результат, когда задержать преступника не удалось, например, в связи с его смертью.

Иногда в целях задержания преступника гражданин вынужден причинять вред интересам (как правило, имущественным) третьих лиц – физических или юридических, т. е. тем, кто не причастен как к совершенному преступлению, так и к преступнику. В подобных случаях причиненный вред должен оцениваться с точки зрения крайней необходимости. При этом следует исходить из того, что сам акт задержания гражданин производит на законных основаниях и в соответствии с присущими ему признаками. Иными словами, здесь имеет место «идеальная совокупность» акта правомерного задержания преступника и правомерного причинения вреда в состоянии крайней необходимости.

Объективная сторона рассматриваемого поступка характеризуется тремя обязательными элементами: совершением действия, подпадающего под признаки какого-либо преступления, в определенных объективных условиях; причинением преступнику определенного вреда; наличием причинной связи между действием и причиненным вредом.

Первый элемент – само действие по причинению преступнику вреда, совершается путем физического или психического насилия, а также нанесением имущественного ущерба преступнику. Рассматриваемые действия внешне могут подпадать под признаки объективной стороны убийства, нанесения телесных повреждений, удара, побоев, насильственных действий, причиняющих физическую боль, уничтожения или повреждения имущества. *Место* их совершения обычно представляет пространство, на котором задерживающий и преступник непосредственно входят в контакт либо находятся на каком-то расстоянии друг от друга. Оно, таким образом, в определенной мере влияет на соотношение возможностей по задержанию преступника и тем самым на пределы допустимого вреда. Исходя из того, что акт задержания преступника может быть произведен в любое время с момента начала осуществления преступления, причинение преступнику при этом вреда должно признаваться правомерным также *в любое время* при наличии к тому оснований. *Обстановка* совершения действий, связанных с причинением преступнику вреда, представляет собой разнообразные объективные

¹ См.: Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1984. – № 5. – С. 10.

² См.: Шавгулидзе Т. Г. Указ. соч. С. 143.

условия его нанесения, которые характеризуют как противодействующего задержанию преступника, так и силы, возможности и средства гражданина, причиняющего ему вред. Это понятие включает в себя такие признаки, как степень интенсивности и способ избранным преступником уклонения от задержания или противодействия таковому, пол, возраст, физическое состояние, вооруженность преступников и задерживаемых лиц, а также все иные условия причинения вреда, исчерпывающий перечень которых дать невозможно. Поэтому установление и всесторонний учет всех объективных условий акта причинения вреда – необходимая предпосылка правильной оценки его правомерности. Как отмечалось, обстановка задержания может быть относительно благоприятной и неблагоприятной, что имеет важное значение для определения пределов причинения преступнику вреда при его задержании.

Второй элемент объективной стороны – это вред, причиненный преступнику при его задержании. Вынужденное причинение такого вреда не может быть безграничным, ибо преступник даже фактом совершения преступления и стремлением уклониться от задержания не ставит себя вне закона. Поэтому применяемые к нему в каждом конкретном случае насильственные меры должны иметь известные пределы. Часть 3 ст. 15 УК Украины и ч. 3 ст. 13 УК Узбекистана определяют эти пределы, предусматривая, что вред, причиненный преступнику, признается правомерным, если он соответствовал опасности совершенного посягательства и обстановке задержания преступника. При этом, очевидно, нельзя выдвигать требования о жесткой пропорциональности, тождестве причиняемого вреда указанным обстоятельствам. Правомерным может быть признан и такой вред, который не соответствовал опасности посягательства, а также обстановке задержания преступника. Необходимо лишь, чтобы это несоответствие не носило резкого, явно выраженного характера. Такое решение вопроса о допустимых пределах причинения вреда преступнику при его задержании отвечает идее развития инициативы граждан в борьбе с преступностью, основывается на положениях ч. 3 ст. 15 УК, поддерживается в литературе и судебной практике¹. В ст. 25 Основ 1991 г. также закреплено, что правомерным является вред, если при этом не было допущено явного несоответствия характеру и опасности совершенного посягательства и обстоятельствам задержания.

Итак, решение вопроса о пределах причинения преступнику вреда зависит от соответствия этого вреда опасности совершенного им посягательства и обстановки его задержания. Посягательства по степени своей опасности, как отмечалось, подразделяются на две группы: представляющие большую общественную опасность и не представляющие такой опасности. Очевидно, что не оправдано нанесение преступнику вреда, который явно не соответствовал бы опасности содеянного им. Следовательно, *опасность посягательства определяет предел допустимого вреда, причиняемого преступнику, уклоняющемуся от задержания*. При этом соотношение опасности посягательства и этого предела носит характер прямой зависимости: при задержании лица, учинившего преступление большой общественной опасности, пределом допустимого вреда является тяжкий вред, а именно нанесение ему тяжких телесных повреждений или даже лишение жизни (например, при задержании убийцы, насильника, участника бандитского нападения, лица, совершившего крупную кражу, и т. п.). И напротив, при задержании лица, совершившего преступление небольшой степени общественной опасности, максимально допустимым является причинение нетяжкого вреда, пределом которого следует признавать нанесение средней тяжести телесных повреждений (например, при задержании хулигана, лица, оказавшего сопротивление представителю власти или общественности, охраняющему общественный порядок, и т. п.). Такой вывод следует из логического и систематического толкования ч. 3 ст. 15 УК, которая приравнивает причинение вреда при задержании преступника по своим правовым последстви-

¹ Тишкевич И. С. Право граждан на задержание преступника. С. 87; Бушуев Г. В. Указ соч. С. 50 и др.

ям к необходимой обороне. В последнем случае, как отмечалось, для лица, находящегося в состоянии необходимой обороны, правомерным всегда является причинение посягающему средней тяжести телесных повреждений, т. е. вреда, который соответствует посягательству, не представляющему большой общественной опасности. Это положение в полной мере распространяется и на пределы причинения вреда при задержании преступника. Иными словами, если лицо при наличии правового и фактического оснований задержания причиняет вред лицу, совершившему преступление, не представляющее большой общественной опасности, то пределом этого вреда являются средней тяжести телесные повреждения, поскольку только такой вред соответствует опасности содеянного.

Однако причинение преступнику вреда; даже соответствующего опасности посягательства, не всегда означает его правомерность. Так, нанесение тяжкого ранения с целью задержания убийцы соответствует, конечно, опасности учиненного им посягательства. Однако если у лица имелась реальная возможность задержать преступника с применением более мягких средств, то причинение тяжкого вреда его здоровью не является оправданным. Поэтому в законе и указано, что правомерным признается вред, если он соответствовал не только опасности посягательства, но и обстановке задержания преступника (ч. 3 ст. 15 УК). Такая обстановка, как отмечалось, может быть двух видов: относительно благоприятной и неблагоприятной для задерживающего лица. Влияние ее на пределы причинения вреда при задержании различно. Рассмотрим вначале, как влияет относительно благоприятная обстановка на определение пределов причинения вреда уклоняющемуся от задержания лицу, совершившему: 1) посягательство, представляющее большую общественную опасность, и 2) посягательство, не представляющее такой опасности. Благоприятная обстановка свидетельствует, что гражданин обладает явным, например физическим, преимуществом и осознает, что имеет реальную возможность произвести задержание без причинения преступнику тяжкого вреда. Для этого ему достаточно применить более мягкие средства и способы задержания, которые во всяком случае не должны выходить за рамки средней тяжести телесных повреждений. Причем это требование распространяется на случаи задержания лиц, совершивших преступление любой степени общественной опасности. Ведь даже при задержании лица, учинившего преступление большой общественной опасности, причинение тяжкого вреда в относительно благоприятной обстановке не вызывается необходимостью. Следовательно, *относительно благоприятная обстановка определяет предел вреда, достаточного для успешного задержания уклоняющегося от этого преступника*. Причем соотношение указанного предела и благоприятной обстановки находится в обратной зависимости: чем более благоприятно складывается для задерживающего обстановка, тем меньший вред достаточен для задержания. В любом случае верхней границей достаточного вреда является нанесение преступнику средней тяжести телесных повреждений.

Неблагоприятная обстановка означает, что гражданин находится в невыгодном положении и это оправдывает причинение им противодействующему задержанию преступнику вреда, соответствующего опасности совершенного им посягательства. При задержании лица, совершившего преступление большой степени общественной опасности, правомерно причинение ему тяжкого вреда, т. е. смерти или тяжких телесных повреждений. В этом случае такой вред соизмерим как с опасностью посягательства (большая степень общественной опасности), так и с обстановкой задержания (неблагоприятная обстановка). Иная ситуация может сложиться при задержании лица, совершившего преступление, не представляющее большой общественной опасности в неблагоприятной обстановке. В этом случае задерживающий гражданин находится в проигрышном положении: он либо уступает противодействующему преступнику в силе, средствах задержания и т. д., либо имеет шаткое с ним равновесие. Для того чтобы успешно произвести

задержание, ему необходимо причинить посягателю тяжкий вред, поскольку иначе задержать его не представляется возможным (например, для того чтобы задержать лицо, учинившее хулиганство, гражданину, уступающему хулигану в силе, необходимо нанести ему тяжкий вред). Но в таком случае тяжкий вред будет явно несоразмерен опасности учиненного преступления, хотя может соответствовать обстановке задержания данного преступника. Представляется, что, как и при необходимой обороне, гражданин, чтобы не вступить в конфликт с законом, должен либо отказаться от использования своего права на насильственное задержание преступника, либо прекратить причинение вреда, когда это право уже исчерпано им до конца.

Здесь предельным является причинение преступнику средней тяжести телесных повреждений. В противном случае, т. е. тогда, когда гражданин намеренно причинит преступнику более тяжкий вред, его действия будут расцениваться как превышение пределов допустимого вреда.

Изложенное позволяет заключить, что причинение вреда при задержании противодействующего преступника должно соответствовать одному из названных пределов. *Пределом допустимого вреда в неблагоприятной обстановке задержания признается причинение преступнику вреда, соответствующего опасности совершенного им посягательства.* Так, при задержании лица, совершившего преступление большой общественной опасности, предельным является нанесение тяжких телесных повреждений или смерти посягавшему, а при задержании лица, совершившего преступление, не представляющее большой общественной опасности, – нанесение телесных повреждений средней тяжести. *Предел достаточного вреда – это причинение преступнику в относительно благоприятной обстановке вреда, соответствующего опасности совершенного посягательства и не превышающего того, который был достаточен для успешного задержания.* Во всех случаях предельным здесь является причинение телесных повреждений средней тяжести. Указанные пределы причинения вреда вполне соответствуют законодательной характеристике условия о его соразмерности: и в первом, и во втором случае причиненный вред соответствует как опасности совершенного посягательства, так и обстановке задержания преступника.

Разумеется, предложенное решение вопроса об определении пределов допустимого и достаточного вреда в зависимости от опасности посягательства и обстановки задержания преступника страдает некоторой схематичностью. Очевидно, что в реальной действительности обстановка задержания может неоднократно меняться, неоднозначным является и психическое состояние лица, осуществляющего задержание. Это должно учитываться каждый раз при оценке правомерности причиняемого им вреда. Однако в любом случае для этого всегда необходимо иметь соответствующий ориентир, в качестве которого и предлагается зависимость между причиняемым вредом и опасностью совершенного посягательства, а также обстановкой задержания преступника.

Завершая рассмотрение объективной стороны причинения преступнику вреда, отметим, что третьим ее элементом является причинная связь между совершаемым гражданином действием и нанесенным преступнику вредом, которая обычно носит очевидный характер и не требует особого анализа.

Субъективный контроль при причинении задерживаемому преступнику вреда характеризуется интеллектуальным и волевым моментами. Так, гражданин осознает, что лицо, совершившее очевидное преступление определенной степени общественной опасности, уклоняется от законного задержания. Его сознанием, далее, охватывается, что складывающаяся обстановка вынуждает его в целях успешного задержания причинить преступнику вред. Иными словами, причиняя вред, гражданин осознает его правовое и фактическое основания. Кроме того, он понимает фактические и социальные признаки совершаемого им действия (нанесение ударов, причинение имущественного ущерба и т. д.), предвидит, что в результате этого преступнику будет причинен тяжкий

или нетяжкий вред и желает этого вреда, рассматривая его как необходимое средство достижения промежуточной цели – задержать преступника для последующего доставления его соответствующим органам власти (конечная цель).

Разумеется, изложенные моменты субъективного контроля имеют значение лишь при правильной оценке гражданином фактических обстоятельств дела. Нельзя, однако, исключать здесь и возможные ошибки. К их числу относятся: 1) ошибка в правовом основании причинения вреда, когда гражданин считает, что преступник уклоняется от законного задержания, а в действительности этого нет; 2) ошибка в фактическом основании, когда задерживающий исходит из того, что преступнику необходимо причинить вред, тогда как такая необходимость отсутствует; 3) ошибка в объекте причинения вреда: гражданин считает, что причиняет вред преступнику, а фактически он причинен другому лицу; 4) ошибка в оценке опасности посягательства, когда задерживающий считает, что причиняет вред лицу, совершившему посягательство большой общественной опасности, а в действительности посягательство не представляет такой опасности, и наоборот; 5) ошибка в оценке характера обстановки, при которой гражданин считает, что находится в неблагоприятной обстановке, а в действительности обстановка для него сложилась благоприятно, и наоборот. Во всех этих случаях имеет место та или иная разновидность фактической ошибки, влияние которой на ответственность за причиненный вред аналогична ее влиянию при необходимой обороне.

Изложенное позволяет назвать следующие основания и признаки правомерного причинения вреда преступнику при его задержании. Правовое основание – уклонение преступника от законного задержания; фактическое основание – вынужденность причинения вреда; субъект – гражданин; цель – задержание преступника для доставления органам власти; объект – жизнь, здоровье, имущество преступника; объективная сторона – совершение действия, причинно связанного с вредом, соответствующим опасности посягательства и обстановке задержания; субъективный контроль – осознание оснований и объективных признаков причинения вреда, предвидение и желание этого вреда. Поэтому *правомерное нанесение преступнику вреда при его задержании – это вынужденное причинение преступнику, уклоняющемуся от законного задержания, вреда, соответствующего опасности совершенного посягательства и обстановке задержания, с целью доставления его гражданином органам власти.*

§ 3. Превышение пределов причинения вреду преступнику при его задержании

Понятие и виды превышения пределов причинения вреда.

Решение вопроса о превышении этих пределов осложняется тем, что в отличие от необходимой обороны уголовный закон определяет лишь пределы причинения преступнику вреда при его задержании, но в нем отсутствует понятие их превышения. Отметим, что превысить эти пределы – значит причинить преступнику чрезмерный вред, *т. е. нарушить условие о его соразмерности. Данное условие заключается в том, что вред не должен явно превышать опасность совершенного посягательства и явно не соответствовать обстановке задержания преступника. Поэтому превышение пределов причинения вреда преступнику при его задержании – это умышленное нанесение ему тяжкого вреда (смерти или тяжких телесных повреждений), явно не соразмерного опасности учиненного посягательства или обстановке задержания.*

Это несоответствие прежде всего характеризует чрезмерный (несоразмерный) вред по его объективным признакам. В рассматриваемых случаях преступнику причиняется смерть или наносятся тяжкие телесные повреждения, иными словами, вред, который

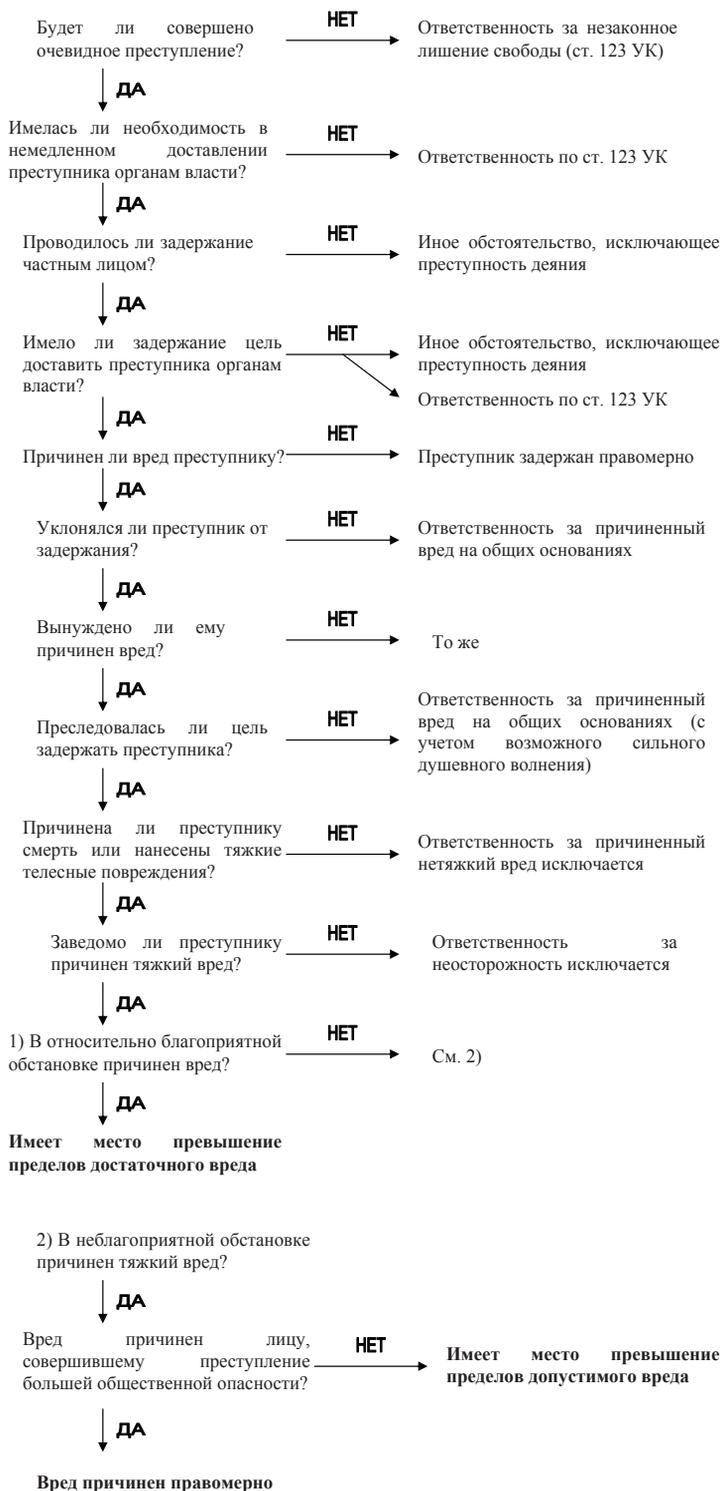
резко, без сомнения не соответствует либо посягательству, не представляющему большой общественной опасности, либо относительно благоприятной обстановке задержания преступника. Так, причинение тяжкого вреда уклоняющемуся от задержания хулигану, нарушившему общественный порядок, свидетельствует о явном несоответствии этого вреда опасности содеянного им. Точно так же, причинение, например, убийце смерти, если гражданин имел осознаваемую им реальную возможность задержать его более мягкими способами, говорит о явном несоответствии причиненного вреда относительно благоприятной обстановке задержания. Указание, далее, на явное несоответствие рассматриваемого вреда характеризует и субъективное отношение задерживающего к причиняемому им вреду. Это отношение заключается в том, что и с точки зрения гражданина причинение преступнику тяжкого вреда является заведомо несоизмеримым. Иначе говоря, превышение пределов причинения вреда характеризуется умышленной виной. Это важно подчеркнуть, поскольку на практике большое внимание обычно уделяется, как и при оценке эксцесса обороны, объективным признакам несоизмеримости без учета субъективного отношения к такой несоизмеримости. Между тем в силу волнения, страха, испуга, неожиданности и т. п. гражданин может ошибаться в оценке опасности посягательства или характере обстановки задержания, что, естественно, влечет причинение преступнику объективно чрезмерного вреда. Однако субъективное отношение к такому вреду характеризуется отсутствием умысла. Ответственность в таких случаях может наступать по правилам фактической ошибки.

Таким образом, превышение пределов причинения вреда при задержании преступника может иметь место в двух случаях: 1) когда причиненный преступнику вред явно не соответствует опасности совершенного им посягательства; 2) когда причиненный тяжкий вред хотя и соизмерим с опасностью посягательства, но явно не соответствует относительно благоприятной обстановке задержания преступника. В первом случае речь идет о превышении пределов допустимого вреда, а во втором – о превышении пределов достаточного вреда для задержания преступника. Учитывая приведенные определения названных пределов, можно следующим образом определить виды их превышения. *Превышение пределов допустимого вреда – это умышленное причинение в неблагоприятной обстановке смерти или тяжких телесных повреждений лицу, совершившему преступление, не представляющее большой общественной опасности, и уклоняющемуся от законного его задержания. Превышение пределов достаточного вреда – это умышленное причинение уклоняющемуся от задержания преступнику в относительно благоприятной обстановке тяжкого вреда (т. е. смерти или тяжких телесных повреждений), явно превышающего вред, достаточный для успешного его задержания.* Очевидно, что соотношение общего понятия превышения пределов причинения преступнику вреда при задержании с двумя его видами (превышением пределов допустимого и пределов достаточного вреда) проявляет себя как соотношение рода и его видов. Подобное соотношение понятий характерно для многих положений уголовного права. Так, умысел в законе определяется не вообще, а посредством характеристики его отдельных видов (прямого и косвенного). Точно так же, когда говорят о неосторожной форме вины, то имеют в виду либо преступное легкомыслие, либо преступную небрежность и т. п. Нечто подобное имеет место и в рассматриваемых случаях. Не существует превышения пределов причинения преступнику вреда вообще – такое превышение выражается либо в превышении пределов допустимого либо достаточного вреда. Отсюда, помимо всего прочего, вытекает и важное требование к правоприменительной деятельности: для констатации превышения пределов причинения вреда преступнику при его задержании необходимо мотивированно, со ссылкой на конкретные обстоятельства дела установить, какой именно вид превышения этих пределов имел место в данном случае.

Решению этой задачи может способствовать разработанный нами алгоритм: 1) было ли совершено очевидное преступное посягательство? – да; 2) имелась ли необходимость в немедленном доставлении преступника органам власти? – да; 3) задержание осуществляло частное лицо? – да; 4) имело ли задержание целью доставление преступника органам власти? – да; 5) уклонялся ли преступник от задержания? – да; 6) причинен ли преступнику вред – да; 7) вынужденно ли ему был причинен вред? – да; 8) имело ли целью причинение вреда задержать преступника? – да; 9) заведомо ли причинена преступнику смерть или нанесены ему тяжкие телесные повреждения? – да; 10) причинен ли тяжкий вред в неблагоприятной обстановке задержания? – да; 11) вред причинен лицу, совершившему преступление большой общественной опасности? – да – *нет превышения пределов причинения вреда преступнику при его задержании*; 12) вред причинен лицу, совершившему преступление небольшой общественной опасности? – да – *имеет место превышение пределов допустимого вреда при задержании преступников*; 13) вред причинен в относительно благоприятной обстановке задержания? – да – *имеет место превышение пределов достаточного вреда*. Именно в таком порядке и может ставиться вопрос об ответственности гражданина за несоразмерный вред, причиненный преступнику при его задержании (см. ниже).

Квалификация превышения пределов причинения вреда имеет важное значение, поскольку позволяет дать правильную юридическую оценку содеянного и отграничить правомерное причинение вреда от преступного, обычное умышленное или неосторожное преступление – от привилегированного, каковым и является превышение пределов причинения вреда преступнику при его задержании. Привилегированный характер этого преступления выражается прежде всего в том, что уголовная ответственность за вред, причиненный в результате выхода за пределы дозволенного, может наступить в случае причинения преступнику не всякого, а только тяжкого вреда. Кроме того, наказуемость этого преступления характеризуется значительно сниженными санкциями по сравнению с санкциями одноименных преступлений, не связанных, однако, с задержанием преступника. Вместе с тем решение вопроса о квалификации действий, превысивших пределы причинения вреда преступнику при задержании, представляет определенные трудности, поскольку в Особенной части УК отсутствуют специальные нормы, в которых предусматривалась бы ответственность за вред, причиненный преступнику в результате превышения указанных пределов. Известно, однако, что причинение вреда преступнику при его задержании УК приравнивает по своим правовым последствиям к необходимой обороне. Таковыми, в частности, являются: 1) отсутствие преступления, если причиненный посягающему вред соответствовал основаниям и признакам необходимой обороны; 2) наступление ответственности по ст. 97 или ст. 104, если смерть или тяжкие телесные повреждения причинены в результате превышения пределов необходимой обороны. Следовательно, эти же правовые последствия распространяются и на действия по задержанию преступника, в частности убийство преступника в результате превышения пределов причинения ему вреда при задержании или нанесение тяжких телесных повреждений при тех же условиях должны квалифицироваться по ст. ст. 97 и 104 УК – иными словами, особенность решения вопроса о квалификации действий граждан, выразившихся в превышении пределов причинения вреда преступнику при его задержании, заключается в том, что уяснение действительного содержания ст. ст. 97 и 104 УК возможно лишь на основе анализа ст. 15 УК, что, впрочем, естественно, поскольку уголовный закон представляет собой единство Общей и Особенной частей.

Следует, однако, иметь в виду, что ч. 3 ст. 15 УК приравнивает по правовым последствиям не любые действия по задержанию преступника, а лишь те из них, которые были предприняты непосредственно после посягательства. Поэтому превышение пределов причинения вреда преступнику спустя какое-то время после окончания им посягательства не может быть квалифицировано по ст. ст. 97 и 104 УК. В таких случаях ответственность граждан должна определяться на общих основаниях. Это означает,



что в подобных ситуациях гражданин может подлежать ответственности не только за умышленное причинение смерти или тяжких телесных повреждений в результате превышения указанных пределов, но и за нанесение ему умышленно или по неосторожности менее тяжкого вреда.

Вывод о такой квалификации следует и из п. 3 постановления Пленума Верховного Суда СССР от 16 августа 1984 г., где разъясняется: «Действия народных дружинников и других граждан, выполняющих общественный долг по поддержанию правопорядка и причинивших вред лицу в связи с пресечением его общественно опасного посягательства и задержанием или доставлением посягавшего непосредственно после посягательства в соответствующие органы власти, должны рассматриваться как совершенные в состоянии необходимой обороны. Уголовная ответственность за причинение вреда задержанному может наступить лишь при условии, если такие действия не являлись необходимыми для задержания, явно не соответствовали характеру и опасности посягательства. В этих случаях содеянное, в зависимости от конкретных обстоятельств дела, должно квалифицироваться как совершенное при превышении пределов необходимой обороны либо на общих основаниях»¹. Таким образом, и Пленум Верховного Суда СССР приравнивает действия по задержанию преступника к состоянию необходимой обороны лишь тогда, когда они совершены непосредственно после учинения посягательства. Следовательно, квалификация причинения чрезмерного вреда при задержании по правилам превышения пределов необходимой обороны возможна лишь в случае, если такие действия совершены в указанное время, т. е. непосредственно после совершения преступления. Кроме того, такая квалификация может иметь место лишь тогда, когда превышение пределов вреда при задержании преступника связано с причинением вреда, явно не соответствующего характеру и опасности посягательства или, добавим, обстановке задержания преступника. В других случаях ответственность за причиненный преступнику вред при его задержании должна определяться на общих основаниях, а именно: 1) когда причиненный преступнику вред не являлся необходимым для его задержания, т. е. при несоблюдении гражданином условия о вынужденности причиняемого вреда; 2) когда вынужденно причиненный преступнику вред, явно не соответствующий опасности посягательства или обстановке задержания, имел место не непосредственно после совершения преступления, а какое-то время спустя.

Такое решение вопроса о квалификации превышения пределов причинения вреда при задержании преступника не может быть признано удовлетворительным. Оно требует сложного систематического и логического толкования. Поэтому, оправданны многочисленные предложения по совершенствованию уголовного закона в этой части. Предпочтительно, как и при эксцессе обороны, введение в УК специальных статей, которые бы предусматривали наказуемость умышленного убийства преступника и нанесения ему тяжких телесных повреждений в результате превышения пределов причинения вреда при задержании, независимо от времени причинения указанного вреда².

Особенности ответственности за превышение пределов причинения преступнику вреда при его задержании определяются различной квалификацией этих действий. Если они квалифицируются по ст. ст. 97 или 104 УК, то варианты ответственности аналогичны тем, которые были рассмотрены применительно к превышению пределов необходимой обороны. При квалификации лее превышения названных пределов по статьям УК, предусматривающих не привилегированные, а обычные преступления, ответственность гражданина должна определяться с учетом того, что указанное превышение пределов причинения вреда всегда является обстоятельством, смягчающим ответственность. Поэтому с учетом конкретных обстоятельств дела и личности здесь могут быть различные решения: освобождение от уголовной ответственности или наказания, условное осуждение, назначение наказания, не связанного с лишением свободы, и т. д.

¹ См.: Бюл. Верхов. Суда СССР. – 1984. – № 5. – С. 10.

² См.: Баулин Ю. В. Право граждан на задержание преступника. С. 146-148.

Глава VII

КРАЙНЯЯ НЕОБХОДИМОСТЬ

Статья 16 УК устанавливает: «Не является преступлением действие, хотя и подпадающее под признаки деяния, предусмотренного уголовным законом, но совершенное в состоянии крайней необходимости, то есть для устранения опасности, угрожающей интересам Советского государства, общественным интересам, личности или правам данного лица или других граждан, если эта опасность при данных обстоятельствах не могла быть устранена другими средствами и если причиненный вред является менее значительным, чем предотвращенный вред». Статья 26 Основ 1991 г. в целом повторяет эти положения.

§ 1. Основания крайней необходимости

Анализируя действующее законодательство, многие специалисты приходят к выводу, что основанием крайней необходимости является наличная опасность, угрожающая правоохраняемым интересам. Так, по мнению С. А. Домахина, «состояние крайней необходимости возникает тогда, когда определенным, охраняемым правом интересам угрожает опасность нарушения»¹. Представляется, что это состояние, равно как и состояние необходимой обороны, вызывается двумя основаниями, взятыми в единстве: 1) опасностью, угрожающей правоохраняемым личным или коллективным интересам (правовое основание); 2) неустранимостью этой опасности иными средствами, кроме совершения действия, подпадающего под признаки деяния, предусмотренного уголовным законом (фактическое основание). Следовательно, возникновение одной лишь опасности еще недостаточно для оправдания причинения вреда ссылкой на крайнюю необходимость. Такая необходимость потому и признается крайней, что вызывается обстановкой, при которой лицо вынуждено прибегнуть к причинению вреда как к последнему, крайнему средству устранения грозящей опасности, поскольку другие средства отсутствуют или недостаточны.

Правовое основание крайней необходимости – это опасность, угрожающая личности или правам данного лица либо другим гражданам, общественным интересам или интересам государства. Закон не конкретизирует понятие этой опасности, поэтому есть основания вкладывать в него общеупотребительный смысл. «Под опасностью понимают способность или возможность вызывать, причинять какой-нибудь вред»². Очевидно, что опасность сама по себе не существует, она всегда имеет свой источник, в качестве которого могут выступать предметы, явления, процессы, деятельность и др. Так, к числу предметов относятся оружие, боевые припасы, взрывчатые, радиоактивные, легковоспламеняющиеся, едкие вещества и иные предметы, которым присуща внутренняя объективная способность поражать человека, причинять ему смерть или телесные повреждения, разрушать, повреждать или уничтожать имущество и другие ценности³. Явления как источники охватывают собой стихийные силы природы (наводнения, обвалы, оползни, ливни и т. п.), нападения животных и др. Опасность причинения вреда может порождаться различными процессами: технологическими, производственными, патологическими (например, тяжкое ранение потерпевшего), физиологическими, происходящими в организме человека (голод, холод) и др. Источником опасности является и деятельность (преступная или непроступная) человека. Так, преступное посягательство часто выра-

¹ Домахин С. А. Указ. соч. С. 21.

² Тихий В. П. Указ. соч. С. 8.

³ Тихий В. П. Указ. соч. С. 8.

жается в психическом (реже физическом) принуждении совершить уголовно противоправное деяние под угрозой убийства, нанесения вреда здоровью и т. п.

После употребления спиртного неоднократно судимый К. предложил Ш., инвалиду II группы, пойти к С. якобы для того, чтобы купить у нее вина, имея в действительности намерение совершить преступление. Когда С. отказала им в продаже вина, К. достал нож и замахнулся на нее. Ш., увидев это, испугался и выбежал из дома. В его отсутствие К. убил С., после чего под угрозой ножа заставил Ш. возвратиться в дом, найти деньги потерпевшей и вытереть следы, оставленные на месте преступления.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда СССР указала, что действия Ш., выразившиеся в краже денег и сокрытии следов убийства, не являются преступными, ибо совершены в состоянии крайней необходимости Ш. для устранения опасности, угрожавшей его жизни, вынужден был согласиться с преступными требованиями К. Эта опасность в тот момент не могла быть устранена другими средствами, так как Ш. уступал К. в силе и последний, кроме того, был вооружен. Выполнив требования К., Ш. своими действиями нанес обществу менее существенный вред, чем действия, которые наступили бы в случае реализации угрозы¹.

Состояние крайней необходимости может вызвать и физическое принуждение при условии, что потерпевший не лишается полностью возможности по своей воле совершить действие или воздержаться от него. В противном случае, когда принуждаемый является только орудием в руках принуждающего и полностью лишен возможности избирательного поведения, ответственность такого лица исключается из-за отсутствия признака неотвратимости уголовно-правового действия или бездействия. Наконец, источником опасности при крайней необходимости может быть и какое-то иное, кроме преступления, правонарушение (например, нарушение водителем правил дорожного движения, создавшее аварийную ситуацию), а также невиновные действия человека (например, в состоянии невменяемости, фактической ошибки и др.).

Опасность как правовое основание крайней необходимости должна угрожать определенным интересам (ценностям), которые выступают здесь в качестве объектов этой опасности. Закон по существу не ограничивает круг названных интересов, они тождественны интересам, при необходимой обороне. К их числу относятся прежде всего интересы конкретного лица, а также других граждан, подвергшихся опасности (например, их жизнь, здоровье, телесная неприкосновенность, честь, достоинство, личная свобода, половая свобода женщины, имущественные, жилищные, политические и иные законные права и интересы личности). Правоохраняемыми общественными интересами, которым грозит опасность, могут быть нормальная деятельность предприятий, учреждений и организаций, безопасность движения на железнодорожном, водном, воздушном, городском и ином транспорте, общественная безопасность, общественный порядок и др. Наконец, объектом опасности могут выступать интересы государства: внешняя безопасность, обороноспособность, порядок управления, интересы правосудия, сохранность военной тайны, государственного имущества и др.

Опасность, далее, характеризуется тем, что она должна быть существующей, т. е. наличной. Если опасность еще не возникла и угроза правоохраняемым интересам отсутствует либо, напротив, уже реализовалась в причиненном вреде, то она перестает быть правовым основанием крайней необходимости. Начальный момент возникновения опасности связывается не только с тем, что угроза причинения вреда реально стала воплощаться (например, пожар уже вспыхнул, наводнение затопливает селение, самолет терпит аварию и т. д.), но и с тем, что возникла сама угроза причинения вреда (например, существует угроза затопления, пожара, аварии, смерти и т. п.). Следует признать, что такая угроза должна быть непосредственной. В зависимости от источника

¹ Сборник постановлений Пленума и определений коллегии Верховного Суда СССР по уголовным делам. 1971-1979. М., 1981. С. 110-114.

опасности непосредственность угрозы может характеризоваться в одних случаях как возможность причинения вреда тотчас же, тут же, немедленно, а в других – спустя какое-то время. Правовое основание имеет место в течение всего времени существования опасности (например, грозящий обвалом дом создает постоянную опасность для жизни находящихся в нем людей; систематические издевательства и надругательства над человеком создают постоянную угрозу его жизни, здоровью, чести или достоинству и т. п.). Вместе с тем прекращение угрозы причинения вреда свидетельствует об отсутствии правового основания крайней необходимости (например, пожар уничтожил имущество или погашен, паводок спал, оползень прекратился, авария предотвращена и т. п.). Таким образом, правовое основание существует с момента возникновения, в течение всего времени реализации опасности и до момента прекращения ее угрозы. Иногда субъект может ошибочно считать, что опасность существует, а в действительности она отсутствует. В таких случаях его действия должны оцениваться по правилам мнимой крайней необходимости.

Закон не характеризует грозящую опасность какими-либо признаками, за исключением того, что она должна угрожать определенным объектам – правоохраняемым интересам личности, общества или государства. Очевидно, что эти интересы могут иметь различную степень ценности: одни из них относятся к абсолютным (прежде всего интересы личности), а другие – к относительным ценностям. Следовательно, различными являются и опасности, угрожающие данным интересам. С этой точки зрения они могут быть подразделены на два вида: большие и относительно небольшие опасности. *Большой признается опасность, угрожающая причинением вреда абсолютным ценностям (жизни, здоровью человека, его свободе, чести и достоинству, собственности, другим законным правам и интересам личности), а также опасность, грозящая тяжким вредом объектам относительной ценности.* К числу последних относится, например, опасность, угрожающая крупной аварией на транспорте, широким распространением инфекционных заболеваний и т. п. *Относительно небольшой следует признать опасность, угрожающую причинением нетяжкого вреда порядку управления, общественному порядку, интересам правосудия, общественной безопасности и т. п.* Такая классификация опасностей имеет значение для определения пределов причинения вреда в состоянии, крайней необходимости, поскольку при прочих равных условиях эти пределы более широки при устранении больших опасностей и, напротив, сужаются при ликвидации опасностей относительно небольших.

Фактическое основание крайней необходимости – это отсутствие у конкретного лица возможности устранить грозящую опасность в сложившейся обстановке иными средствами, чем совершением действия, подпадающего под признаки какого-либо деяния, предусмотренного уголовным законом. Иногда считают, что приведенное положение является характеристикой, опасности как правового основания крайней необходимости или действия по устранению опасности¹. Прав, однако, Н. Н. Паше-Озерский, отмечая, что вопрос о неустранимости опасности другими средствами должен рассматриваться применительно к конкретной обстановке². Следовательно, обстановка определяет не правовое, а фактическое основание крайней необходимости. Она должна свидетельствовать о том, что лицо вынуждено причинить вред правоохраняемым интересам, поскольку иные средства устранения опасности отсутствуют или являются недостаточными. Таковую обстановку определяют различные факторы: характер источника опасности, время вероятного причинения вреда, характеристика конкретного лица, его реальные возможности по устранению возникшей опасности и т. п. В одном случае у лица может оказаться несколько возможных вариантов поведения в целях

¹ См.: Советское уголовное право. Общая часть. М., 1981. С. 221.

² См.: Паше-Озерский Н. Н. Указ. соч. С. 156.

устранения опасности, например уклонение от нее бегством, принятие заблаговременно предусмотренных мер, обращение за помощью к другим лицам или органам власти, причинение вреда собственным интересам, наконец, нанесение ущерба правоохраняемым интересам государства, общества или иных лиц. Состояние крайней необходимости оправдывает лишь такая обстановка, при которой все иные средства, не связанные с причинением вреда, внешне подпадающего под признаки преступления, отсутствуют либо их использование недостаточно для успешного устранения грозящей опасности. Поэтому если обстановка свидетельствовала о том, что у лица есть несколько способов устранения опасности, в том числе не связанных с совершением действий, подпадающих под признаки преступлений, то это означает, что данное лицо не находилось в состоянии крайней необходимости, а значит, и причиненный вред нельзя признать правомерным. Разумеется, это правило распространяется только на случаи, когда лицо осознавало наличие у него нескольких вариантов устранения опасности, в том числе не связанных с причинением вреда. Если же в этом допущена ошибка, то совершенное оценивается по правилам мнимой крайней необходимости.

Следовательно, *фактическое основание крайней необходимости имеет место там, где обстановка свидетельствует о невозможности устранить грозящую опасность иначе, как причинением вреда объектам уголовно-правовой охраны*. Вместе с тем сама эта обстановка может быть неоднозначной. Так, она может предоставлять лицу несколько вариантов устранения опасности, но каждый из них связан с необходимостью совершения действий, внешне подпадающих под признаки того или, иного преступления. В этой связи правильно отмечено, что «крайняя необходимость будет и тогда, когда лицо может устранить опасность другими средствами, но также подпадающими под признаки какого-либо деяния, предусмотренного уголовным законом»¹. Иными словами, в таких случаях *обстановка устранения опасности* для данного лица является вариантом и с этой точки зрения *относительно благоприятной*.

Маршрутное такси с одиннадцатью пассажирами направлялось в аэропорт. Неожиданно из-за поворота показался движущийся навстречу грузовик, у которого отказали тормоза. Обстановка сложилась так, что если свернуть налево, то грузовик ударит в бок такси и наверняка погибнут люди, если направо – возможно столкновение со встречным потоком машин, сзади – идет рейсовый автобус с детьми. Водитель М. резко затормозил, поставил такси под колеса МАЗа, крикнул пассажирам: «Быстрее выходите» и в последний момент сам выскочил из машины. В результате происшествия была повреждена передняя часть машины, но все пассажиры и водитель остались живы. Было установлено, что опытный водитель из нескольких вариантов принял наиболее правильное решение, предотвратив гибель пассажиров².

Однако обстановка может сложиться и так, что в распоряжении конкретного лица для устранения грозящей опасности может оказаться один какой-либо вариант причинения вреда. Такую обстановку можно назвать *инвариантной* (одновариантной), или, иначе, *неблагоприятной для устранения опасности*.

Два монтера проводили работы вблизи высоковольтной линии электропередачи. Один из них стоял на высокой лестнице, а другой подавал снизу материалы и инструмент. В процессе работы монтер, стоявший на лестнице, по небрежности зацепился за провода линии электропередачи, что создало непосредственную опасность для его жизни спасая товарища, другой монтер выбил из-под ног потерпевшего лестницу, в результате чего последний упал на бетонный пол, получив тяжкое ранение. Следствием установлено, что у спасавшего был единственный выход в создавшейся обстановке и он им воспользовался.

¹ Дурманов Н. Д. Указ. соч. С. 38.

² Правда. – 1985. – 17 нояб.

Изложенное позволяет заключить, что следует различать два вида обстановки по устранению грозящей опасности: относительно благоприятную (вариантную) и неблагоприятную (инвариантную, одновариантную). Каждая из них вместе с правовым основанием определяет не только состояние крайней необходимости, но и пределы причинения вреда в этом состоянии вреда.

§ 2. Признаки крайней необходимости

Субъект крайней необходимости. В ст. 16 УК отсутствуют какие-либо указания относительно субъекта рассматриваемых действий. Поэтому им является общий субъект права, т. е. лицо вменяемое и достигшее по общему правилу 16, а в отдельных случаях – 14 лет. Положения ст. 16 УК не распространяются на лиц, которые в силу своей юридической обязанности или служебного долга должны бороться с угрожающей опасностью. Так, Н. Д. Дурманов правильно писал, что «лица, на которых лежит в силу закона, служебного долга или условий работы обязанность бороться с угрожающей опасностью или вообще в определенных случаях подвергаться опасности или охранять те или иные законные интересы от этой опасности, не могут ссылаться на состояние крайней необходимости при уклонении от своих обязанностей»¹. Специальные оговорки на этот счет содержатся в УК ряда зарубежных стран. Так, по п. 4 § 30 УК Венгрии не считается находящимся в состоянии крайней необходимости лицо, которое в силу своей профессии обязано бороться с опасностью. Точно так же согласно ч. 4 ст. 10 УК СФРЮ состояние крайней необходимости не признается, если лицо обязано было подвергнуться опасности. Такая обязанность может возникать из закона, трудовых и профессиональных отношений или договора. Часть 2 ст. 37 УК Японии указывает, что положения о крайней необходимости не применяются к лицу, на котором лежит специальный долг в силу вида его занятий. К таким лицам относятся полицейские, врачи, моряки и др. Представляется, что подобные предписания следовало бы закрепить и в советском уголовном законодательстве.

Таким образом, субъектом крайней необходимости является общий субъект, т. е. лицо, на которое не возложена специальная юридическая обязанность или служебный долг бороться с опасностью, угрожающей интересам личности, коллектива, общества или государства. Большею частью это лицо, чьим интересам угрожает опасность, но им может оказаться также очевидец, случайно появившийся в месте проявления опасности. Субъектом крайней необходимости может быть как одно лицо, так и группа лиц.

Мотив действий при крайней необходимости в законе не определен, однако его установление имеет важное значение, поскольку позволяет оценить в совокупности с другими обстоятельствами правомерность поступка в целом. Кроме того, установление действительных мотивов поведения важно для определения целей поступка, которые являются обязательным признаком крайней необходимости.

Мотив действий субъекта во многом определяется характером грозящей опасности и обстановкой по ее устранению. Так, опасность, угрожающая жизни потерпевшего в аварии, может вызвать у очевидца чувство сострадания, в результате чего он завладевает чужим автомобилем в целях доставления раненого к врачу. В случае пожара, грозящего уничтожить дом, мотивом действий лица, повреждающего другое имущество с целью локализации пожара, может быть стремление оказать помощь, желание отличиться, заслужить похвалу или вознаграждение и др. Известно, что в психологии к мотивам в широком смысле относят потребности и инстинкты, влечения и эмоции,

¹ Дурманов Н. Д. Указ. соч. С. 34.

установки и идеалы и т. п.¹ Поэтому мотивами крайней необходимости могут быть жалость, сострадание, боязнь, страх, альтруизм, сознание гражданского и общественного долга и др.

В законе четко не определена и цель рассматриваемых действий, однако, как отмечалось, выражение «для устранения опасности» означает «с целью устранения грозящей опасности». Такая цель есть не что иное, как мысленное представление действующего лица о том, каким образом опасность будет отвращена: уничтожением или повреждением источника опасности либо приостановкой его действия; снижением интенсивности опасности до определенного уровня или ее локализацией; перемещением людей или материальных ценностей в безопасное место с помощью взятого чужого транспорта; доставлением больного на таком транспорте к врачу под угрозой применения насилия к владельцам автомашины; уклонением от прямого столкновения с источником опасности путем нарушения правил предосторожности и т. д. В каждом случае указанная цель действий конкретизируется в зависимости от характера опасности, а также обстановки по ее устранению. Решение тем или иным способом устранить опасность определяет и объект действий субъекта, и средство достижения поставленной цели. Этим средством и одновременно ближайшей целью действий субъекта в соответствии с законом является причинение тому или иному объекту вреда менее значительного, чем вред предотвращенный. Поэтому, если лицо, стремясь устранить грозящую опасность, прибегает к недозволенному средству, оно поступает неправомерно. Такая ситуация имеет место там, где лицо в качестве ближайшей цели стремится причинить вред более значительный или равнозначный вреду предотвращенному.

Следует иметь в виду, что, если причинение вреда менее значительного, чем вред предотвращенный, не достигло своей цели, т. е. устранить грозящую опасность не удалось, содеянное не теряет своей правомерности. Как уже отмечалось, по смыслу закона для крайней необходимости вовсе необязательно достижение указанной цели, а достаточно, если правомерные действия были направлены к ней². Представляется, однако, что в самом законе следует четко указать на цель крайней необходимости.

Объектом действий субъекта при крайней необходимости являются те правоохраняемые интересы государства, общества или личности, которым причиняется вред в целях устранения грозящей опасности. Так, при повреждении или уничтожении чужого имущества объектом действия выступает собственность; при нанесении телесных повреждений или лишении свободы – соответственно здоровье и личная свобода гражданина и т. д. В науке распространено мнение, что вред при крайней необходимости может быть причинен лишь интересам «третьих лиц», т. е. организациям, учреждениям, отдельным гражданам, которые не вызывали опасность и обычно не связаны с созданием этой опасности³. Типичным примером является дело, когда водитель колхоза, оставив на дороге бидоны с молоком, отвозит пострадавших от аварии лиц в больницу, а в это время молоко похищается неизвестными. Ущерб в таком случае причиняется колхозу, который никаким образом не причастен к возникновению самой опасности. Представляется, что подобное понимание объекта действий при крайней необходимости отражает наиболее распространенные случаи, так сказать, «перенесения» или «перевода» вреда с одного интереса на другой, но все же не охватывает всех возможных ситуаций. Так, нередко субъект вынужден причинить вред самому источнику опасности, чтобы ликвидировать его, локализовать, снизить интенсивность воздействия и т. п. (например, прохожий, увидев движущийся с горы неуправляемый автомобиль, направляет его в кювет, предупреждая тем самым наезд на людей). Кроме того, в качестве объекта действий часто выступают интересы тех же учреждений, предприятий и орга-

¹ *Якобсон И. М.* Указ. соч. С. 12.

² *Дурманов Н. Д.* Указ. соч. С. 39.

³ *Герцензон А. А.* Указ. соч. С. 271; *Домахин С. А.* Указ. соч. С. 14.

низаций, а также отдельных лиц, которым угрожает опасность. Так, приведенный пример с монтерами свидетельствует о том, что вред был вынужденно причинен интересам того же лица, которому угрожала опасность смерти. Поэтому вряд ли точно именовать объект действий при крайней необходимости интересами «третьих» лиц.

По мнению С. А. Домакина, в некоторых случаях действие в состоянии крайней необходимости может быть направлено и против нападающего, когда им заведомо является лицо невменяемое, малолетнее или действующее в состоянии фактической ошибки¹. Необходимо иметь в виду, что закон формально не запрещает причинять вред лицу как источнику опасности. Поэтому из буквального текста ст. 16 УК можно сделать вывод, что действие, подпадающее под признаки деяния, предусмотренного уголовным законом, может иметь своим объектом и интересы человека, совершающего общественно опасное посягательство. Однако при решении данного вопроса нельзя игнорировать и систематическое толкование закона. Так, ст. 15 УК прямо предусматривает, что причинение вреда интересам посягающего является обязательным признаком именно необходимости обороны. Следовательно, к крайней необходимости относятся все остальные случаи устранения опасности, исходящей от человека, но не связанные с причинением вреда посягающему. Поэтому если опасность причинения вреда правоохраняемым интересам порождается действием заведомо невменяемого, малолетнего и др., то гражданин вправе устранить эту опасность путем причинения вреда самому посягателю (по правилам необходимой обороны) либо (при отсутствии других средств) другим правоохраняемым интересам (по правилам крайней необходимости).

Иногда из числа возможных объектов крайней необходимости исключают жизнь человека, в то время как закон не предусматривает на этот счет каких-либо ограничений. Так, в соответствии со ст. 16 УК лицо вправе совершать в состоянии необходимой обороны любые действия, подпадающие под признаки какого-либо преступления, в том числе убийства, лишь бы при этом не были превышены пределы крайней необходимости. Поэтому с этой точки зрения нет оснований исключать жизнь другого человека из числа объектов крайней необходимости. Другое дело, что здесь возникает вопрос о принципиальной допустимости лишения жизни человека в состоянии крайней необходимости. Но это уже вопрос о пределах причинения вреда, о чем речь будет идти ниже.

Завершая рассмотрение объекта при крайней необходимости, отметим, что его уголовно-правовое значение состоит в том, что он очерчивает пределы крайней необходимости, требует оценки сравнительной ценности объекта действия лица, устраняющего опасность, и объекта, которому угрожала опасность. Кроме того, характер объекта влияет на квалификацию действий лица, превысившего пределы крайней необходимости.

Объективная сторона крайней необходимости характеризуется следующими элементами: 1) совершением действия, подпадающего под признаки какого-либо деяния, предусмотренного уголовным законом; 2) определенным вредом, причиненным объектам уголовно-правовой охраны; 3) причинной связью между действием и указанным вредом.

Первый элемент – действие, т. е. активное поведение субъекта, прямо указан в законе. Оно может выражаться, например, в причинении вреда жизни или здоровью человека, лишении его свободы, различных самоуправных действиях, связанных с изъятием имущества, его повреждением или уничтожением, похищением оружия или наркотических средств, угоне транспорта, укрывательстве преступлений, разглашении государственной, военной или служебной тайны, нарушении различных правил предосторожности, неисполнении приказа начальника и т. п. Подобные действия по своим внешним признакам способны подпадать под различные виды сходных преступных посягательств. В отличие от других видов обстоятельств, исключающих преступность

¹ Домакин С. А. Указ. соч. С. 42.

деяния, крайняя необходимость в этом смысле имеет, пожалуй, наиболее широкое сходство с соответствующими преступлениями.

Очевидно, что цели устранения грозящей опасности можно достичь не всяким действием, а лишь определенным, соотносимым с характером этой опасности, обстановкой, а также целью действия. Эта цель, как отмечалось, определяет и необходимые средства ее достижения. Так, невозможно устранить вред от надвигающегося наводнения путем изъятия без разрешения оружия или подлога документов и т. п. Для устранения подобной опасности могут быть предприняты, например, действия по изъятию, уничтожению или повреждению чужого имущества.

Объективными условиями, в которых осуществляется рассматриваемое действие, являются место, время и обстановка. Место нахождения субъекта в момент грозящей опасности может повлиять на выбор действий по ее устранению и тем самым на пределы причинения вреда. Совершение действия оправдано, если оно осуществлено в определенный промежуток времени, т. е. своевременно. Эта своевременность тесно связана с основаниями крайней необходимости. Иными словами, указанное действие должно быть совершено в течение времени осуществления правового или фактического оснований, т. е. при наличии состояния крайней необходимости. Если же такое состояние еще не возникло либо, напротив, уже миновало, то совершение действия, внешне подпадающего под признаки преступления (так называемая «преждевременная» и «запоздалая» крайняя необходимость), неоправданно и может влечь ответственность на общих основаниях. Такое действие, наконец, всегда производится в определенной обстановке, которая может быть относительно благоприятной и неблагоприятной для устранения опасности, что имеет важное значение для определения пределов причинения дозволенного вреда.

Второй элемент объективной стороны крайней необходимости – причиненный вред. Характер и размер этого вреда определяются прежде всего объектом действий, каковым, как отмечалось, являются самые различные интересы (блага), охраняемые уголовным законом от сходных преступных посягательств (например, жизнь, здоровье, свобода, имущество, безопасность движения транспорта, интересы правосудия, порядок управления и др.). Поэтому и вред, причиненный этим объектам, может выражаться, например, в смерти человека, телесных повреждениях, имущественном ущербе и т. д.

В соответствии со ст. 16 УК этот вред ограничен определенными пределами, а именно: вред, причиненный объекту, должен быть менее значительным по сравнению с тем, которым грозила опасность, т. е. по сравнению с вредом предотвращенным. Иными словами, закон связывает правомерность причинения вреда лишь с соразмерностью этого вреда грозящей опасности; фактически причиненный вред должен быть менее значительным, чем потенциальный вред, заключенный в грозящей опасности.

Подобным образом вопрос о пределах крайней необходимости решается и в УК других стран. Так, в соответствии со ст. 13 УК Болгарии причиненный деянием вред должен быть менее значительным, чем предотвращенный. По УК Венгрии вред, вызванный деянием, совершенным в состоянии крайней необходимости, должен быть меньше вреда, который лицо старалось предотвратить (§ 30). УК Греции предъявляет требование, чтобы вред, причиняемый другому, по-своему характеру и значению был значительно, меньше, чем грозящий вред (§ 25). Согласно § 10 УК Финляндии действие правомерно при условии, что причиненный им вред существенно меньше предотвращенного вреда. Наконец, ст. 3.02 Примерного УК США предусматривает, что «поведение, которое по предположению деятеля является необходимым для того, чтобы избежать причинения вреда или зла ему самому или другому лицу, может быть признано правомерным при условии, что вред, или зло, причинением которого имеется в виду избежать посредством такого поведения, больше, чем вред или зло, предупредить которое имеет в виду закон, определяющий вменяемое в вину посягательство...»

Таким образом, советское уголовное законодательство, как и законодательство многих зарубежных стран, определяя пределы, причинения вреда в состоянии крайней необходимости, базируется на объективном критерии перевешивающего значения менее значимого вреда. Отметим, что ст. 16 УК говорит не о меньшем вреде, а о вреде менее значительном, чем предотвращенный. Это означает, что причиненный вред не обязательно должен быть по своему масштабу меньшим в сравнении с вредом предотвращенным. Он может быть и равным и даже большим – важно, чтобы по своей общественной значимости причиненный вред был менее значительным, чем предотвращенный. Кроме того, закон не ограничивает, насколько менее значительным должен быть причиненный вред. Поэтому правомерным должен признаваться и такой вред, который не только явно менее значителен по сравнению с предотвращенным, но и который приближается по своей значимости к вреду предотвращенному, однако равнозначности здесь не должно быть. Исходя из действующего права, правильно поэтому утверждать, что неправомерным является лишение жизни одного человека для устранения опасности, угрожающей жизни другого.

Определение меньшей значимости причиненного вреда предполагает его сравнение с вредом угрожающим. И в этом – первая трудность такого сравнения, поскольку грозящая опасность характеризуется потенциальным вредом, а действия субъекта – вредом реальным, фактически причиненным. Следовательно, действующий субъект, а затем и правоохранительные органы, оценивающие его, действия, должны составить обоснованный прогноз относительно вреда, который мог быть причинен опасностью в случае ее успешной реализации, и в соответствии с этим определить размер дозволенного вреда, причиняемого для устранения этой опасности. Вторая трудность связана с тем, что нередко указанные виды вреда направлены на объекты различной общественной значимости, и это способно затруднить оценку их соизмеримости.

Однако нельзя не заметить, что два вида сравниваемого вреда объединяют и некоторые общие моменты. Так, источником предотвращенного вреда является грозящая опасность, которая может быть большой и относительно небольшой. Это подразделение зависит, как отмечалось, от того, каким вредом угрожает опасность абсолютным или относительным ценностям. Напомним, что большой признается опасность, угрожающая любым вредом абсолютным ценностям и угрожающая тяжким вредом ценностям относительным. Напротив, небольшой является опасность, угрожающая не тяжким вредом относительным ценностям. Представляется, что подобной градации может быть подвергнут и вред, причиненный в состоянии крайней необходимости. Источником этого вреда являются действия, которые по внешним своим признакам (субъект, объект и объективная сторона) совпадают с признаками соответствующего преступления. По существу эти действия представляют собой своеобразное «посягательство», связанное с причинением различного вреда правоохраняемым интересам (ценностям) с целью устранения грозящей опасности. Здесь аналогично тому, как при необходимой обороне и задержании преступника мы делим общественно опасное посягательство на два вида, вред также может быть подразделен на представляющий большую и относительно небольшую общественную значимость. Вред большой общественной значимости – это любой вред, причиненный абсолютным ценностям, а также тяжкий вред, нанесенный ценностям относительным. Небольшой же общественной значимостью характеризуется не тяжкий вред, причиненный правоохраняемым интересам относительной ценности.

Пределы крайней необходимости в любом случае соблюдаются тогда, когда при устранении опасности, угрожающей абсолютным ценностям, и при устранении тяжкого вреда, грозящего относительным ценностям, субъект причиняет не тяжкий вред объектам относительной ценности. И в той, и в другой ситуации вред причиненный менее значителен, чем предотвращенный.

Особую сложность вызывают здесь следующие случаи: 1) когда опасность угрожала абсолютным ценностям и вред причинен таким же ценностям (например, при устранении опасности, угрожающей жизни, здоровью, свободе, имуществу и т. п. вред причиняется этим и подобным благам); 2) когда опасность угрожала тяжким вредом объектам относительной ценности, а для ее устранения вред правоохраняемым интересам абсолютной ценности (например, при устранении серьезной угрозы общественной безопасности вред причиняется жизни, здоровью, имуществу гражданина). В этих случаях решение вопроса о значимости вреда причиненного в сравнении с вредом предотвращенным в большей мере зависит от конкретных обстоятельств дела: индивидуальных особенностей объектов, которым грозила опасность и причинен вред, реального размера угрожаемого и причиненного вреда и т. п. Еще Н. С. Таганцев заметил, что в подобных ситуациях «нужно отказаться от всякой априорной квалификации прав и решать вопрос об их сравнительной важности сообразно с индивидуальными особенностями каждого случая, т. е. признать ссылку на необходимость, заслуживающую уважения, как скоро в данном случае защищаемое благо представлялось для защищавшегося несомненно выше нарушенного»¹.

Таким образом, пределом крайней необходимости по действующему праву является причинение субъектом для устранения большой опасности нетяжкого вреда правоохраняемым интересам относительной ценности или сравнительного меньшего вреда объектам абсолютной ценности.

Вместе с тем имеются и иные законодательные решения вопроса о пределах крайней необходимости. Так, по ст. 23 УК Польши не является преступным причинение вреда в состоянии крайней необходимости, если грозящей опасности нельзя было избежать иначе, чем принеся в жертву иное правоохраняемое благо, которое не представляет явно большей ценности, чем благо спасаемое. Следовательно, не исключается правомерность причинения вреда в двух случаях: 1) когда вред причиненный и вред предотвращенный равноценны; 2) когда вред причиненный более значителен, чем вред предотвращенный, но разницу между ними нельзя считать «явно большой». Поэтому в польском праве признаются крайней необходимостью случаи, когда кто-либо спасает собственную жизнь ценою жизни другого человека². Подобный вывод следует из ст. 45 УК Румынии, в соответствии с которой неправомерно действует лишь тот, кто отдает себе отчет, что причинит последствия, явно более тяжкие, чем те, которые могли бы быть вызваны, если бы опасность не была устранена. Иными словами, пределом крайней необходимости признается вред более тяжкий, чем предотвращенный, при условии, что эта несоразмерность не носит явно выраженного характера. Поэтому комментаторы УК Румынии считают, что в принципе не имеет значения юридическая квалификация деяния (умышленное убийство, телесное повреждение, завладение вещами другого лица, уничтожение имущества и т. д.), лишь бы имелись все признаки состояния крайней необходимости, предусмотренные законом³. Таким образом, УК Польши и УК Румынии в отличие от советского законодательства расширяют пределы крайней необходимости, допуская причинение вреда равнозначного и более значительного по сравнению с вредом предотвращенным, не разрешая только их явной несоразмерности.

Несколько иначе решается этот вопрос в УК бывшей ГДР, где в § 18 закреплено, что «лицо, причинившее вред, не подлежит уголовной ответственности, если его действия по своей форме и масштабам были соразмерны грозившей опасности». Иными словами, здесь также пределы крайней необходимости допускают лишь равнозначность

¹ Таганцев Н. С. Указ. соч. С. 615.

² См.: Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность по законодательству зарубежных социалистических стран. М., 1986. С. 31.

³ См.: Там же. С. 41.

вреда причиненного и вреда предотвращенного. Однако закон делает из этого правила исключение относительно двух объектов причинения вреда – жизни и здоровья человека. Посягательство на эти объекты при крайней необходимости, как правило, влечет за собой уголовную ответственность, хотя и в смягченном варианте¹. Подобное исключение отсутствует в УК Японии, где ст. 37 предусматривает, что действие в состоянии крайней необходимости ненаказуемо, если возникший в результате этого ущерб не превышает степень отвращаемого вреда. Таким образом, и здесь закон допускает равнозначность вреда причиненного и вреда предотвращенного.

Иногда пределы крайней необходимости формулируются в зависимости не только от грозящей опасности, но и иных обстоятельств дела. Так, УК Кот-д'Ивуара 1982 г. предусматривает исключение уголовной ответственности за деяние, совершенное с целью защиты от серьезной угрозы для жизни, телесной неприкосновенности, свободы и достоинства, если опасность не могла быть устранена другими способами и использованные средства соответствовали имеющимся условиям². Очевидно, что здесь критерием правомерности причиненного вреда выступает не только опасность, но и имевшиеся возможности по ее устранению.

Наконец, обращает на себя внимание дифференцированный подход русского уголовного законодательства к определению пределов крайней необходимости в зависимости от ценности благ, подвергнутых опасности. Так, в соответствии с п. 1 ст. 46 Уголовного уложения 1903 г. не почиталось преступным деяние, учиненное для спасения собственной жизни или жизни другого лица от опасности, которая произошла вследствие угрозы, незаконного принуждения или иной причины и которая, была неотвратима в то самое время другим средством. Очевидно, что пределы причинения вреда при устранении опасности, угрожавшей жизни, здесь не ограничены какими-либо требованиями. Отсюда можно сделать вывод, что закон допускал непреступность спасений собственной, жизни за счет жизни другого лица. В то же время по ч. 2 ст. 46 Уложения не почиталось также преступным деяние, «учиненное для спасения здоровья, свободы, целомудрия или иного личного или имущественного блага своего или другого лица от опасности, которая произошла вследствие угрозы, незаконного принуждения или иной причины, и которая была неотвратима в то самое время другим средством, если учинивший деяние имел достаточное основание считать причиненный вред мало-важным сравнительно с охраняемым благом». В этом случае закон связывал пределы крайней необходимости с критерием перевешивающего значения меньшего зла. Поэтому устранение опасности, угрожавшей, например, здоровью, путем лишения жизни другого человека было недопустимо.

Таким образом, как прошлые, так и нынешние законодательные системы различно обозначают пределы крайней необходимости. Представляется, что критерий перевешивающего значения менее значительного вреда, принятый в советском законодательстве, может быть оставлен и в будущем, но при условии, что он будет дополнен другим требованием, а именно соответствием причиненного вреда обстановке, сложившейся в момент устранения опасности. Вряд ли справедливо устранение грозящей опасности во всех без исключения случаях ограничивать лишь вредом менее значительным по сравнению с вредом предотвращенным. Формулировка действующего права не учитывает, во-первых, что опасности, угрожающие правоохраняемым интересам, могут быть различными (большими и относительно небольшими), и, во-вторых, что обстановка, в которой оказывается субъект, может складываться для него неодинаково (относительно благоприятно или неблагоприятно). Желательно поэтому закрепить в законе предписание, что вред, причиненный в состоянии крайней необходимости, должен

¹ См.: Там же. С. 21.

² См.: Лихачев В. А. Уголовное право в освободившихся странах (сравнительное исследование). М., 1988. С. 67-68.

соответствовать характеру угрожавшей опасности и обстановке, в которой она устранялась. Иными словами, пределы крайней необходимости следует связать с двумя указанными факторами, взятыми в единстве. В таком случае именно характер опасности будет определять предел допустимого вреда: чем большая грозит опасность, тем более значительный вред может быть причинен для ее устранения. Предельным, однако, должен являться вред, соразмерный с этой опасностью, т. е. вред причиненный должен определенным образом соизмеряться с вредом предотвращенным. Но такое соответствие допустимо только в определенной обстановке, когда у субъекта отсутствовала возможность устранить опасность менее значительным вредом. Иными словами, причинение вреда, соответствующего грозящей опасности, должно быть оправдано неблагоприятной обстановкой ее устранения. Если же субъект мог устранить опасность посредством причинения менее значительного вреда, то он обязан использовать такую возможность. Объясняется это тем, что крайняя необходимость – исключительное состояние, при котором лицу для устранения грозящей опасности дается право причинить вред интересам, которые охраняются именно уголовным законом от сходных преступных посягательств. Поэтому если субъект имеет несколько вариантов причинения вреда (и осознает их), то справедливо потребовать от него причинения именно наименьшего вреда при условии, что он вполне достаточен для достижения поставленной цели. В таком случае неоправданно было бы признавать правомерным причиненный вред, который был более чем достаточным для устранения опасности, хотя бы он и соответствовал ей.

Таким образом, как и при необходимой обороне и задержании преступника, можно различать два вида пределов крайней необходимости – *предел допустимого вреда*, определяемый характером грозящей опасности и неблагоприятной обстановкой по ее устранению, и *предел достаточного вреда*, определяемый относительно благоприятной обстановкой, в которой устранялась грозящая опасность.

Предел допустимого вреда – это вред, соответствующий предотвращенному, причиненный в неблагоприятной обстановке с целью устранения опасности, угрожающей правоохраняемым интересам личности, государства, общества. Такое понимание данного предела ставит вопрос о возможности лишения жизни человека в состоянии крайней необходимости. Прежде всего отметим, что такие последствия все же исключительные, поскольку крайняя необходимость проявляет себя значительно чаще в других ситуациях, когда причиняется вред другим объектам. Известно также, что доктрина советского уголовного права не признает правомерным спасение, собственной жизни за счет жизни другого человека. Вместе с тем ею, а также судебной практикой не отрицается принципиальная возможность лишения жизни человека в состоянии крайней необходимости при спасении, например, жизни нескольких лиц¹. Так, непреступным признается поведение лиц, сидящих в перегруженной шлюпке, когда они отталкивают тонущих, чтобы не допустить гибели находящихся в шлюпке². Распространенными являются дела, когда суды признают правомерными действия водителей транспортных средств, которые, нарушая правила безопасности движения, заведомо причиняют вред жизни и здоровью нескольких лиц ради спасения большого числа пассажиров³. Таким образом, даже действующее право не исключает правомерности лишения жизни человека. Недопустимым признается лишь спасение жизни одного за счет жизни другого, исходя из равнозначности вреда причиненного и вреда предотвращенного⁴. Но подобный подход к данной проблеме не учитывает прежде всего слож-

¹ См.: Паше-Озерский Н. Н. Указ. соч. С. 160; Советское уголовное право. Общая часть. М., 1981. С. 221 и др.

² См., напр.: Паше-Озерский Н. Н. Указ. соч. С. 167.

³ См.: Судеб. практика Верхов. Суда СССР. 1955. № 4. С. 4; Бюл. Верхов. Суда СССР. 1976. № 1. С. 3; Советское уголовное право. Общая часть. М., 1981. С. 222 и др.

⁴ См.: Советское уголовное право. Общая часть. М., 1977. С. 221 и др.

ностей исключительных ситуаций, в которых может оказаться конкретный человек, а самое главное – отрицает его естественное стремление к самосохранению, а также сохранению жизни своих детей, близких, родственников. Поэтому предложенное выше понятие предела допустимого вреда, соответствующего характеру грозящей опасности и неблагоприятной обстановке по ее устранению, позволяет разрешить возможные здесь коллизии. Правомерными, например, должны признаваться действия альпиниста, обрубившего веревку, к которой был привязан его товарищ, сорвавшийся с горы и тянувший его за собой в бездну¹. В этом случае причиненный вред (смерть человека) вполне отвечает характеру опасности (угроза смерти двух лиц) и неблагоприятной обстановке по ее устранению (невозможность альпиниста удержать товарища на веревке). Оценка правомерности вреда не изменилась бы и в случае, если бы сам альпинист не имел возможности в указанной обстановке перерезать веревку и это сделал, например, оказавшийся на другом склоне горы охотник, который выстрелом перебил веревку и тем самым спас от неминуемой гибели хотя бы одного из терпящих бедствие. Нельзя также исключать ситуации правомерного лишения жизни другого человека родителями ребенка в целях спасения от угрожавшей ему смерти.

Разумеется, в этих и подобных случаях необходим тщательный анализ всех обстоятельств происшедшего. И, возможно, что в иных случаях ответственность будет исключена ввиду отсутствия вины (и здесь крайняя необходимость будет выступать как обстоятельство, исключающее вину, как это предусмотрено, например, в § 35 УК ФРГ), а в других – по правилам крайней необходимости, исключающей общественную опасность и противоправность (преступность) деяния. В последнем случае содеянное, конечно, будет расцениваться не как общественно полезное, а как социально приемлемое, допустимое, и в любом случае непроступное, правомерное деяние.

Предел достаточного вреда – это вред менее значительный, чем предотвращенный, причиненный в относительно благоприятной обстановке и достаточный субъекту для устранения грозящей опасности. Выделение этого предела вполне отвечает представлению о том, что из нескольких вариантов причинения вреда лицо обязано избрать тот, который связан с причинением наименее значительного вреда. С этой точки зрения верным представляется положение, сформулированное в свое время В. Ф. Кириченко, что «из имеющихся вариантов лицо должно избрать тот, который ведет к причинению наименьшего вреда. Поэтому правомерность причинения вреда определяется не только тем, что оно является единственно возможным средством отражения опасности, но также и тем, что причиненный вред является наименьшим»². И хотя это мнение впоследствии было подвергнуто критике, основывающейся на действующем праве³, автор все же правильно ставил вопрос о необходимости ограничения права гражданина на устранение грозящей опасности в относительно благоприятной обстановке лишь минимумом достаточного вреда.

Завершая анализ второго элемента объективной стороны крайней необходимости, напомним, что он представляет собою действие, связанное с причинением объекту вреда, соответствующего характеру грозящей опасности и обстановке по ее устранению.

Третий элемент – это причинная связь между указанным действием и наступившим вредом, которая не требует специального анализа.

Субъективный контроль при крайней необходимости характеризуется интеллектуальным и волевым моментами, когда, субъект адекватно отражает в своем сознании объективные процессы, связанные с совершением действий и их основаниями, предвидит результаты своего поведения и желает их наступления.

¹ См.: Шаргородский М. Д. Преступления против жизни. М., 1948. С. 243.

² См.: Кириченко В. Ф. Значение ошибки по советскому уголовному праву. М. 1952. С. 87.

³ См.: Домахин С. А. Указ. соч. С. 48; Слущкий И. И. Указ. соч. С. 104; Курс советского уголовного права. Часть общая. М., 1970. Т. 2. С. 386 и др.

Нельзя не учитывать также эмоциональное состояние данного лица, его психофизиологические возможности по воспрепятствованию опасности и оценке обстановки ее устранения. Нередко поэтому здесь допускаются фактические ошибки. Наиболее значимыми среди них являются ошибки: 1) в наличии или оценке характера опасности; 2) в наличии обстановки, оправдывающей причинение вреда, и оценке ее вида; 3) в объекте действий и его общественной значимости (ценности); 4) в своевременности совершения действий; 5) в размере значимости причиненного вреда. Ответственность за вред, причиненный в результате указанных ошибок, зависит от их вида: были они извинительными или неизвинительными, и определяется по правилам, аналогичным тем, о которых говорилось применительно к необходимой обороне и задержанию преступника.

В итоге можно назвать следующие основания совершения и признаки крайней необходимости: правовое основание – опасность, угрожающая правоохраняемым интересам данного лица, общественным интересам или интересам государства; фактическое основание – обстановка, исключающая иные средства устранения опасности, кроме действий, внешне подпадающих под признаки деяния, предусмотренного уголовным законом; субъект – гражданин; цель – причинение вреда для устранения опасности; объект – блага, охраняемые уголовным законом; объективная сторона – действие, причинно связанное с вредом, соответствующим характеру опасности и обстановке по ее устранению; субъективный контроль – осознание оснований и объективных признаков поступка, в том числе причиняемого вреда. С учетом этого *крайняя необходимость – это вынужденное совершение гражданином действий, заведомо связанных с причинением вреда объектам уголовно-правовой охраны, с целью устранения опасности, угрожающей правоохраняемым индивидуальным или коллективным интересам, если эта опасность в данной обстановке не могла быть устранена другими средствами и если причиненный вред соответствовал характеру опасности и обстановке ее устранения.*

§ 3. Превышение пределов крайней необходимости

Понятие и виды превышения пределов крайней необходимости (эксцесса крайней необходимости) в действующем законодательстве не обозначены. Возможность такого эксцесса, однако, предусматривают УК некоторых стран (например, Польши, Румынии, Югославии, Японии и др.). Так, по ст. 37 УК Японии правомерно причинение ущерба, не превышающего степень предотвращенного вреда, а если этот предел был превышен, то в зависимости от обстоятельств дела наказание может быть смягчено или данное лицо может быть освобождено от наказания. В советской науке также предлагалось закрепить в законе ответственность за превышение пределов крайней необходимости¹. Вопрос же о его понятии решается различным образом. Можно согласиться с Т. Г. Шавгулидзе в том, что превышение пределов крайней необходимости возможно лишь при повреждении «интереса равного или большего, чем спасенный интерес»². Иными словами, эксцесс крайней необходимости следует констатировать при нанесении вреда равноценного или более значительного по сравнению с вредом, который предотвращен.

В. Н. Козак не соглашался с таким подходом и считал, что эксцесс крайней необходимости имеет место не только при нарушении соотношения вреда причиненного и вреда предотвращенного, но и при возможности устранить грозящую опасность

¹ См.: Козак В. Н. Вопросы теории и практики крайней необходимости. С. 114; Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования. С. 130; Музеник А. К. К проекту Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик // Новый уголовный закон. Кемерово, 1989. С. 4.

² Шавгулидзе Т. Г. Указ. соч. С. 147.

иными средствами¹. Именно исходя из такого суждения он подверг сомнению решение о прекращении следующего дела.

Груженная кирпичем автомашина «Колхида» под управлением водителя И. въехала на узкий мост, несмотря на то что правом преимущественного его проезда пользовался двигавшийся ей навстречу автобус «Икарус», который вел шофер Л. Во избежание лобового удара Л. направил автобус с моста в реку, в результате чего 13 пассажиров из 32 получили телесные повреждения, а имущественный ущерб составил более 2100 руб. В. Н. Козак считал, что водитель «Икаруса» превысил пределы крайней необходимости, так как имел реальную возможность избежать опасности причинения вреда правоохраняемым интересам путем либо разъезда транспортных средств, либо резкой остановки автобуса². Но при таких условиях следует признать, что водитель вообще не был в состоянии крайней необходимости, поскольку опасность, угрожающую жизни и здоровью пассажиров, можно было устранить вообще без причинения вреда. Поэтому Л. должен подлежать ответственности за умышленное нанесение телесных повреждений на общих основаниях.

Таким образом, устранимость опасности иными средствами нельзя признать видом эксцесса крайней необходимости. Следовательно, по действующему законодательству эксцесс крайней необходимости можно определить как заведомое причинение равноценного или более значительного вреда правоохраняемым интересам по сравнению с вредом, предотвращенным при устранении угрожающей опасности. В рамках этого целесообразно различать два вида эксцесса крайней необходимости: 1) причинение вреда, равноценного вреду предотвращенному; 2) причинение вреда более значительного, чем предотвращенный вред.

Вместе с тем указанный подход действующего законодательства к превышению пределов крайней необходимости не в полной мере отвечает жизненным реалиям. Он не учитывает состояние лица, оказавшегося в экстремальной ситуации, когда порой весьма трудно ориентироваться, правильно оценить характер угрожающей опасности, сложившуюся обстановку, наличие возможных средств устранения опасности и т. п. Тем более, что лицо, оказавшись в состоянии крайней необходимости, нередко возбуждено, испугано, неподготовлено к ситуации, требующей быстрого принятия решения. Наличие в законе жесткого требования, в соответствии с которым необходимо правильно соизмерить важность причиняемого вреда с вредом предотвращаемым и при этом не допустить нанесения не только более значительного, но и равнозначного вреда, ограничивает возможности граждан по устранению грозящей опасности. В этой связи заслуживают внимания предписания УК тех стран, которые связывают эксцесс крайней необходимости с явным несоответствием вреда причиненного вреду предотвращенному (например, УК Польши, Румынии). Тем самым существенно расширяются права гражданина на крайнюю необходимость. Следует, однако, пойти еще дальше. Если пределы крайней необходимости определяются не только соответствием вреда грозящей опасности, но и обстановке, в которой устранялась эта опасность, то эксцесс крайней необходимости следует признать имеющим место при *явном* несоответствии причиненного вреда характеру грозящей опасности или *обстановке*, в которой устранялась эта опасность. Отсюда *превышением пределов допустимого вреда* должно считаться заведомое нанесение вреда, явно не соответствующего характеру угрожавшей опасности, причем учиненное в неблагоприятной обстановке по ее устранению. Например, если опасность угрожала причинением значительного имущественного ущерба, а для ее устранения причинен вред здоровью человека, то имеет место превышение указанных пределов. Точно так же превышение пределов допустимого вреда имеется

¹ См.: Козак В. Н. Вопросы теории и практики крайней необходимости. С. 111-113; см. также: Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования. С. 130-132.

² См.: Козак В. Н. Вопросы теории и практики крайней необходимости. С. 117.

тогда, когда, например, при устранении опасности, угрожающей жизни человека, причиняется смерть нескольким лицам и т. д.

Превышение же пределов достаточного вреда – это заведомое нанесение субъектом в относительно благо приятной обстановке вреда, хотя и соответствующего характеру угрожавшей опасности, но более чем достаточного для того, чтобы ее устранить. Например, если в данной обстановке для устранения опасности, угрожавшей имуществу гражданина, достаточно было причинить существенный вред, а лицо без особой необходимости причиняет более тяжкий вред, то такие действия не могут быть признаны правомерными.

В итоге отметим, что превышение пределов крайней необходимости может выражаться только в одном из указанных видов, почему желательно их закрепление в уголовном законе.

Квалификация эксцесса крайней необходимости. Уголовное законодательство, как известно, не знает специальной ответственности за действия граждан, связанные с превышением пределов причинения вреда в состоянии крайней необходимости. Отсюда следует, что такие действия должны быть квалифицированы на общих основаниях. Несмотря на то, что данные преступления могут выражаться в различных формах, способны причинять неоднозначный вред и проявляться в тех или иных сферах общественных отношений, их элементы, тем не менее характеризуются некоторыми общими признаками. Так, объектом этих преступлений выступают определенные ценности, охраняемые уголовным законом: жизнь, здоровье, свобода человека, собственность, безопасность движения, порядок управления и т. п. По действующему праву с объективной стороны эти преступления могут быть совершены лишь путем действия, причинно связанного с нанесением вреда, менее значительного, чем вред предотвращенный. В соответствии же с предложенным подходом к эксцессу крайней необходимости его объективная сторона представляет собой действие, причинно связанное с вредом, явно не соответствующим характеру угрожавшей опасности или относительно благоприятной обстановки, в которой устранялась эта опасность.

Вопрос о субъективной стороне эксцесса крайней необходимости в литературе решается различным образом¹. Содержание вины при эксцессе крайней необходимости проявляется в сознании лицом того, что им вынужденно причиняется вред, равнозначный или более значительный по сравнению с вредом предотвращенным. Такой вред выступает для данного субъекта как необходимое средство устранения грозящей опасности. С точки зрения же действующего права это средство признается чрезмерным, недопустимым, запрещенным, т. е. общественно опасным. Таким образом, предвидение и желание наступления чрезмерного вреда как раз и свидетельствуют об осознании лицом общественно опасного характера совершаемого действия. Следовательно, речь может идти только о вине в виде прямого умысла. Косвенный же умысел при эксцессе крайней необходимости исключается, ибо субъект не может не желать причиняемого им вреда, поскольку он является ближайшей целью его действий.

Наконец, субъектом преступлений при эксцессе крайней необходимости следует считать лицо, для которого устранение грозящей опасности не является выполнением юридической обязанности или исполнением служебного долга. Возраст этого субъекта зависит от вида совершенного преступления, т. е. 16 или 14 лет. Таким образом, содеянное при эксцессе крайней необходимости может быть квалифицировано по ст. 94 УК (умышленное убийство), ст. 149 УК. (умышленное повреждение или уничтожение имущества граждан), ст. 186 УК (укрывательство преступлений) и др.

Иногда считают, что в УК следует включить статьи, аналогичные ст. ст. 97 и 104 УК, в которых определялись бы уголовно-правовые запреты, связанные с эксцессом край-

¹ См.: Шавгулидзе Т. Г. Указ. соч. С. 147; Обезов Н. А. Указ. соч. С. 101; Козак В. Н. Вопросы теории и практики крайней необходимости. С. 115-117.

ней необходимости. Такие предложения не учитывают, однако, что эксцесс крайней необходимости может проявляться практически во всех сферах общественных отношений, выступающих объектами уголовно-правовой охраны. Поэтому попытка реализовать указанное предложение потребовала бы установления специальной ответственности применительно ко многим преступлениям, предусмотренных УК, что вряд ли целесообразно. Предпочтительнее иное решение: полнее определить в Общей части УК понятие и виды эксцесса крайней необходимости, предусмотрев особенности ответственности за него.

Ответственность за эксцесс крайней необходимости требует учета того, что совершенное преступление является, по верному замечанию В. Н. Козака, своеобразным «полупреступлением»¹, граничащим, с одной стороны, с правомерным причинением вреда, а с другой – с соответствующим умышленным преступлением. Однако и умышленный эксцесс крайней необходимости не может быть поставлен в один ряд с одноименными посягательствами (например, убийство при спасении человеческой жизни имеет существенные отличия от убийства из ревности; умышленное уничтожение имущества граждан в целях устранения грозящей опасности несравнимо по своей общественной опасности с подобным преступлением, совершенным из мести, и т. п.). На определение ответственности за эксцесс крайней необходимости влияют и степень вины лица, и внешние причины его противоправного поведения. Так, степень осознания лицом общественной опасности причиняемого им объективно чрезмерного вреда может существенно варьироваться. Мотивы данных преступлений носят, как указывалось, вынужденный характер. Конечная их цель общественно полезна – устранение опасности, угрожающей правоохраняемым интересам. Нельзя также оставить без учета эмоциональное состояние лица, превысившего пределы крайней необходимости: часто оно характеризуется повышенной нервной напряженностью, стрессом, сильным душевным волнением, испугом, растерянностью, отчаянием и т. п. В этой связи целесообразно воспринять те положения зарубежного законодательства, где для таких случаев предусматривается, либо чрезвычайное смягчение наказания, либо вообще освобождение от него.

Определяя ответственность за эксцесс крайней необходимости, следует иметь в виду, что главной внешней причиной совершения действия, связанного с причинением чрезмерного вреда, является совокупность неординарных факторов: опасности, непосредственно угрожающей правоохраняемым интересам, и обстановки, исключающей возможность устранить ее иначе, как причинением вреда. Более того, выбор средств для устранения опасности у данного лица весьма ограничен. И чем более вынужденным является его поступок, тем меньше степень его вины, поэтому справедливо смягчение ответственности по сравнению с аналогичными умышленными преступлениями. Таким образом, эксцесс крайней необходимости во всех случаях должен рассматриваться как привилегированное преступление.

¹ См.: Козак В. Н. Вопросы теории и практики крайней необходимости. С. 116.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Изложенное позволяет подвести некоторые итоги.

Во-первых, нельзя не заметить, что учение об обстоятельствах, исключающих преступность (общественную опасность и противоправность) деяния, является лишь частью большой и важной проблемы обстоятельств, исключающих уголовную ответственность, которая, в свою очередь, нуждается в глубоком и всестороннем исследовании. Более того, созрели необходимые предпосылки для интенсивной разработки обстоятельств, исключающих другие виды юридической ответственности: административной, дисциплинарной и гражданско-правовой. Все эти обстоятельства – обязательный элемент любой высокоразвитой отрасли права, ибо их наличие – необходимое условие обеспечения прав и законных интересов личности в сфере юридической ответственности. Понятно, что разработка названных обстоятельств – прежде всего задача соответствующих отраслевых юридических наук. Вместе с *тем*, несмотря на имеющиеся видовые отличия, указанные обстоятельства характеризуются рядом общих признаков, исследование которых относится уже к предмету общей теории права. Поэтому понятие обстоятельств, исключающих юридическую ответственность, имеет общеправовой статус, в связи с чем оно должно занять свое достойное место в едином строю основных общетеоретических понятий.

Во-вторых, логика проведенного исследования приводит к выводу, что в рамках учения об обстоятельствах, исключающих преступность деяния (равно как и в пределах учения обо всех обстоятельствах, исключающих юридическую ответственность), целесообразно выделять Общую и Особенную части. Общей части принадлежат проблемы, в той или иной мере свойственные всем отдельным видам этих обстоятельств (например, их понятие, система, вопросы правового регулирования, в том числе его эффективность, основания совершения и состав правомерных поступков, исключающих преступность деяния, их соотношение с соответствующими преступлениями и др.). В Особенной части должны рассматриваться вопросы, отражающие специфику каждого вида этих обстоятельств.

В-третьих, очевидна необходимость дальнейшего совершенствования уголовно-правового регулирования обстоятельств, исключающих преступность деяния. В настоящей работе высказан ряд рекомендаций, которые могли бы быть учтены в законопроектных работах по подготовке республиканского уголовного законодательства. Основные из этих рекомендаций сводятся к следующему.

1. В УК Украины желательно предусмотреть специальный *раздел* «Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность», где бы один из его подразделов именовался так: «Обстоятельства, исключающие преступность (общественную опасность и противоправность) деяния».

2. Целесообразно ввести норму общего характера «Понятие и виды обстоятельств, исключающих преступность (общественную опасность и противоправность) деяния», которую можно было бы изложить следующим образом: «(1) Обстоятельствами, исключающими преступность (общественную опасность и противоправность) деяния, признаются правомерные поступки (действия или бездействия), хотя и подпадающие под внешние признаки какого-либо деяния, предусмотренного уголовным законом, но совершенные лицом при осуществлении своего права, выполнении правовой обязанности или исполнении служебного долга, если эти поступки соответствовали условиям, предусмотренным законодательством. (2) К обстоятельствам, исключающим преступность (общественную опасность и противоправность) деяния, относятся необходимая оборона, задержание преступника, крайняя необходимость, оправданный профессиональный и хозяйственный риск, выполнение профессиональных обязанностей, исполнение законного приказа или распоряжения, коллизия обязанностей, правомерное

применение представителем власти силы, специальных средств и оружия, а также иные правомерные действия (бездействие), соответствующие признакам, предусмотренным в части первой настоящей статьи».

3. Статью о необходимой обороне можно было бы изложить так: «(1) Каждый гражданин имеет право на необходимую оборону, независимо от возможности избежать посягательства или обратиться за помощью к другим лицам или органам власти. (2) Необходимой обороной признаются правомерные действия, совершенные с целью защиты интересов личности или прав обороняющегося или другого лица, интересов общества или государства от общественно опасного посягательства путем причинения посягающему вреда, если такие действия вызывались необходимостью немедленного предотвращения или пресечения посягательства и если при этом не были превышены пределы необходимой обороны. (3) Превышение пределов необходимой обороны, то есть умышленное причинение посягающему вреда, явно не соответствующего опасности посягательства или обстановке защиты, влечет ответственность лишь в случаях, специально предусмотренных уголовным законом. (4) Лицо освобождается от уголовной ответственности, если пределы необходимой обороны были превышены вследствие испуга или сильного душевного волнения, вызванного общественно опасным посягательством».

4. Норму о задержании преступника можно было бы изложить в следующей редакции: «(1) Правомерными являются действия гражданина, совершенные с целью задержания очевидного преступника, если такие действия вызывались необходимостью немедленного доставления преступника в органы власти и если при этом не были превышены пределы вреда, вынужденно причиненного задерживаемому. (2) Превышение пределов этого вреда, то есть умышленное причинение преступнику вреда, явно не соответствующего опасности совершенного посягательства или обстановке задержания, влечет ответственность лишь в случаях, специально предусмотренных уголовным законом».

5. Статья уголовного закона о крайней необходимости могла бы выглядеть следующим образом: «(1) Правомерными являются действия, причинившие вред правоохраняемым интересам, но совершенные в состоянии крайней необходимости, то есть с целью устранения опасности, непосредственно угрожавшей интересам личности или правам данного лица либо других граждан, интересам общества или государства, если эта опасность в данной обстановке не могла быть устранена другими средствами и если при этом не были превышены пределы крайней необходимости. (2) Превышением пределов крайней необходимости признается умышленное причинение вреда, явно не соответствующего характеру угрожавшей опасности или обстановке, в которой устранялась эта опасность. (3) Лицо может быть освобождено судом от наказания, если будет установлено, что пределы крайней необходимости были превышены вследствие испуга или сильного душевного волнения, вызванного угрожавшей опасностью. (4) Положения настоящей статьи не распространяются на лиц, для которых устранение опасности является выполнением юридических обязанностей или исполнением служебного долга».

ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Звільнення від кримінальної відповідальності. – К. : Атіка, 2004. – 296 с.

ПЕРЕДМОВА

Кримінально-правові засоби протидії злочинності, які застосовуються суспільством щодо осіб, які вчинили злочини, полягають, перш за все, у визначених кримінальним законом заходах державного реагування на вчинений злочин. Основним і провідним серед таких засобів є покладення на особу, що вчинила злочин, кримінальної відповідальності. Власне, призначенням саме Кримінального кодексу є визначення діянь, що є злочинами, а також покарань, які застосовуються до осіб, що їх вчинили (ч. 2 ст. 1 КК України).

Однак соціальний досвід свідчить, що нерідко можуть виникати такі умови, за яких для реалізації завдань, що стоять перед суспільством у справі протидії злочинності, не вимагається, щоб особа зазнала заходів кримінальної відповідальності (в тому числі і покарання).

Розвиток сучасної кримінально-правової думки, практика кримінального законотворення та застосування кримінального закону переконують: наявною є двоєдина тенденція в справі протидії злочинності. Перша з них продовжує класичну залежність між злочином і покаранням. Це стосується, перш за все, вчинення особливо тяжких та тяжких злочинів. Навряд чи людство здатне сьогодні запровадити іншу реакцію на вчинення таких злочинів, як застосування до винних кримінального покарання. Терористичні акти, що лунають останнім часом, та реагування людства на них є ще одним підтвердженням цього.

Друга ж тенденція полягає у певному відході від позицій класичної школи щодо жорсткого зв'язку злочину та його правового наслідку – покарання. У випадках вчинення злочинів середньої тяжкості та нетяжких злочинів суспільство нерідко заінтересоване врегулювати конфлікт, що виник, іншим шляхом, ніж застосуванням покарання. При цьому, звичайно, повинні бути дотримані законні права та інтереси потерпілої особи, суспільства та злочинця.

Ще на початку минулого століття професор А. А. Жижиленко говорив в одній зі своїх промов: «Кримінальний кодекс повинен виразно вказувати, що боротьба зі злочинністю не зводиться лише до застосування покарань і що *поряд* з покаранням або замість нього доречно й застосування інших заходів»¹. І якщо в часи А. А. Жижиленка інші заходи ще не набули значного поширення у сфері протидії злочинності, то результатом подальшої еволюції стало те, що наприкінці ХХ – на початку ХХІ ст. однією

¹ Див.: Жижиленко А. А. Задачи текущего момента в области русского уголовного законодательства // Отчет о состоянии и деятельности Императорского Петроградского университета за 1915 год. – Пг., 1916. – С. 317.

з форм протидії злочинності стало застосування не тільки тих заходів, що замінюють або доповнюють покарання, а й таких, що вони взагалі виключають кримінальне переслідування як таке, звільняють від кримінальної відповідальності.

Дана тенденція, спрямована на пошук інших способів вирішення кримінально-правових конфліктів (не пов'язаних з кримінальним переслідуванням і відповідальністю), виявилась такою глобальною, поширеною в світовому і європейському масштабах, що одержала відображення в документах міжнародно-правового характеру. Так, Комітет міністрів держав – членів Ради Європи в своїх офіційних рекомендаціях схвалив ідею позасудового урегулювання суперечок, що виникають у зв'язку з вчиненням злочинних діянь¹.

Крім того, тема «альтернативних заходів» обговорювалася в Гельсінкі в межах підготовчого семінару до VII Конгресу ООН з попередження злочинності та поведіння із злочинцями. Висновки учасників обговорення такі: «діяльність системи агентів кримінального правосуддя має обмежені можливості, в ряді випадків надлишкове (надмірне) вторгнення цієї системи, як і надлишки криміналізації, тягне несприятливі для суспільства наслідки, діяльність системи кримінальної юстиції потребує надто великих матеріальних та кадрових ресурсів, тому доцільно використовувати її в тих випадках, коли можна обійтися застосуванням інших заходів»².

Вочевидь: для запровадження альтернативних заходів реагування на злочин необхідне відповідне законодавче рішення.

Законодавство Англії, наприклад, передбачає декілька інститутів, спрямованих на втілення принципу доцільності судового переслідування³, зокрема попередження та медіацію, центральна ідея якої полягає в тому, що конфліктуючі сторони – порушник закону і потерпілий, з дозволу уповноважених державних органів, намагаються вирішити свій конфлікт поза рамками кримінальної юстиції за допомогою третіх осіб, «угоди про визнання» – визнання обвинуваченим своєї вини і, як наслідок, спрощене провадження у справі та можливість певних пільг при призначенні покарання⁴.

Властиве сучасному праву Франції, і дуже поширене в Бельгії та Нідерландах, явище «транзакції» – угоди між обвинуваченим і обвинувачем, що погашає публічний позов (наприклад, шляхом сплати певного штрафу на користь держави).

Французькому кримінальному праву властиве й явище медіації, а також діє інститут «умовної відмови у порушенні кримінальної справи» (*classement sans suite sous condition*)⁵, зміст якого полягає у відмові компетентних органів держави застосовувати кримінальне переслідування особи, яка погодилася виконати певні обов'язки: загладити вину, компенсувати збитки, публічно попросити вибачення тощо.

Названі інститути (угоди про визнання, попередження, відмова від кримінального переслідування, медіація, транзакція) тією чи іншою мірою та в дещо видозмінених формах притаманні й іншим країнам з розвинутою демократією – зокрема, Німеччині, Італії, Іспанії, країнам Скандинавії та ін. Така тенденція, як справедливо зазначає Л. В. Головка, є свідченням втілення у сучасному кримінальному та кримінально-процесуальному законодавстві принципів доцільності кримінального переслідування та економії кримінальної репресії. Ці альтернативи кримінальному переслідуванню

¹ Див.: Рекомендації № R. (87) // Російська юстиція. – 1987. – № 8. – С. 3.

² Цит. за.: Курс Російського уголовного права. Общая часть / Под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова. – М.: СПАРК, 2001. – С. 633-634.

³ Див.: Головка Л. В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. – СПб.: Юридический Центр Пресс, 2002. – С. 58-59.

⁴ Слід зазначити, що не всі криміналісти відносять «угоди про визнання» до альтернативних заходів реагування на злочин. Див., наприклад: Курс Російського уголовного права. Общая часть / Под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова... – С. 639-640.

⁵ Там само. – С. 105.

об'єднує свого роду «реститутивний елемент», тобто намагання нейтралізувати негативні наслідки злочину поза кримінальним переслідуванням, на досудових стадіях.

Однією з таких альтернатив є звільнення особи, яка вчинила злочин, від кримінальної відповідальності за цей злочин. Саме тому КК 2001 року передбачає випадки, коли за певних умов держава в особі відповідного суду відмовляється від реалізації свого виключного права подальшого провадження кримінального переслідування осіб, що вчинили відповідні злочини, і звільняє їх від кримінальної відповідальності, а тому, закономірно, - і від покарання.

Індивідуальний підхід до застосування відповідних норм про звільнення від кримінальної відповідальності і покарання не лише не перешкоджає охороні правопорядку від злочинних посягань, а, навпаки, сприяє успішному здійсненню протидії злочинності, і, як багато хто вважає, здатний досягти цілей покарання без його реального застосування¹.

Як справедливо вказує Л. В. Головка, «концепція, яка розвивається в рамках матеріально-правового інституту звільнення від кримінальної відповідальності, необхідна з точки зору кримінальної політики, й її існування неминуче для будь-якого розвинутого сучасного правопорядку»². А тому та обставина, що в Україні, як і в багатьох країнах світу, здійснюється відхід від класичного реагування держави на злочин, центральними елементами якого є кримінальне переслідування і покарання, свідчить про своєчасність і необхідність розвитку й інших форм реагування держави на злочин, яке полягає у звільненні особи від кримінальної відповідальності. За будь-якого іншого підходу, на думку Л. В. Головка, ми б просто відстали в своєму кримінально-правовому розвитку на ціле століття³.

Відповідні тенденції не могли не торкнутися і законодавства інших країн, зокрема пострадянських. Так, однією з найпоширеніших у законодавстві країн СНД підстав звільнення від кримінальної відповідальності є надання винною особою допомоги у розкритті злочинної діяльності організованих груп, злочинних організацій тощо (ст. 208-1 КПК Латвії, ст. 15-1 КК Литви, ст. 65 КК Казахстану тощо).

Більшості країн СНД властива наявність також законодавчо закріплених загальних підстав звільнення від кримінальної відповідальності, подібних до вітчизняних (що не є дивним, враховуючи їх спільну історію виникнення і вдосконалення). Зокрема, такими підставами є: звільнення від кримінальної відповідальності неповнолітніх із застосуванням примусових заходів виправного характеру, дійове каяття, примирення із потерпілим, зміна обставинки, закінчення строку давності, амністія, помилування (ст. 82-96 КК Білорусі, ст. 53-56 КК Молдови, ст. 68-71 КК Грузії, ст. 72-75, 81-82 КК Азербайджанської Республіки, ст. 64-68 КК Республіки Узбекистан, ст. 65-67, 74-75 КК Киргизької Республіки, ст. 65-69, 76 КК Республіки Казахстан, ст. 72-75, 89 КК Республіки Таджикистан, ст. 56-58 Кримінально Закону Латвії тощо). При цьому, наприклад, КК Білорусі та КК Молдови містять деякі підстави звільнення від кримінальної відповідальності, невідомі чинному КК України: притягнення особи до адміністративної відповідальності та умовне звільнення (п.б та ф ст. 53 КК Республіки Молдова, ст. 86 КК Республіки Білорусь (звільнення з притягненням до адміністративної відповідальності)). Інакше вирішується питання про види звільнення від кримінальної відповідальності за КК Естонської Республіки. Так, звільнення від відповідальності згадується лише у випадку давності притягнення до відповідальності (ст. 53), інші ж види звільнення, за КК Естонії, є звільненням від покарання.

¹ Див.: Курс уголовного права. Общая часть. Т. 2 Учение о наказании / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. – М.: Зерцало, 1999. – С. 156-157.

² Головка Л. В. Освобождение от уголовной ответственности и освобождение от уголовного преследования: соотношение понятий // Государство и право. – 2000. – № 6. – С. 41-51.

³ Там само.

Інколи вважають, що звільнення від кримінальної відповідальності за своєю суттю і масштабами поширення є не винятком, а загальним правилом, закономірним наслідком вчинення злочину¹. Така позиція викликає чимало зауважень у науковій літературі².

Н. Ф. Кузнецова, наприклад, прямо зауважує, що звільнення від кримінальної відповідальності певною мірою суперечить принципу її невідворотності, але, зважаючи на те, що КК РФ 1996 року вперше в ряду своїх завдань ставить не тільки охорону особи, суспільства та держави від злочинних посягань, а й попередження злочинів (ст. 2 КК РФ, ч. 1 ст. 1 КК України), профілактична функція кримінального закону реалізується, в тому числі, завдяки дії інституту звільнення від кримінальної відповідальності³. А. Л. Кругликов та А. В. Васильєвський також вважають, що звільнення від кримінальної відповідальності є винятком із загального правила про те, що кожний злочин тягне покарання⁴. С. Г. Келіна водночас підкреслює, що звільнення від кримінальної відповідальності – це неординарний правовий наслідок вчинення злочину. Воно не повинно застосовуватися надто широко. Якщо виникає загальна тенденція щодо застосування звільнення особи від кримінальної відповідальності з будь-якої категорії справ, то це свідчить про можливість декриміналізації⁵. На мою думку, однак, позиція КК щодо можливості або обов'язковості звільнення особи від кримінальної відповідальності в сучасний період спрямована не на категорії справ, а зорієнтована на певні категорії злочинів і, як правило, на позитивну посткримінальну поведінку осіб, які вчиняють такі злочини.

Тому, виходячи із зазначеної вище другої світової тенденції щодо реагування суспільства на злочинність, можна прогнозувати, що в певних випадках, передбачених законом, звільнення особи від кримінальної відповідальності – як альтернативний кримінальному переслідуванню захід, буде набувати поширення на певну категорію злочинців.

Слід погодитися з тим, що звільнення від кримінальної відповідальності певної категорії злочинців є «проявом загальної тенденції розвитку кримінального законодавства у напрямі пом'якшення відповідальності за злочини невеликої та середньої тяжкості, вчинені вперше, законодавчим втіленням державного гуманізму, наданням державою людині, яка оступилася, можливості виправитися».⁶

Згідно зі статистичними даними, у 2002 р. на розгляд до судів загальної юрисдикції України надійшло 120 315 постанов про звільнення осіб від кримінальної відповідальності, з них розглянуто 115 848 постанов, задоволено – 111 749. У тому числі про звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності (щодо невістановлених осіб, які вчинили злочини; ч. 3 ст. 11¹ КПК) розглянуто 97 328 постанов, з яких задоволено 94 835.

¹ Див.: Коробов В. П. Об институте освобождения от уголовной ответственности // Проблемы правовой защищенности личности в уголовном судопроизводстве. – Ярославль, 1991. – С. 35.

² Див.: Кругликов А. Л., Васильевский А. В. Дифференциация ответственности в уголовном праве. – СПб., 2003. – С. 150.

³ Див.: Курс уголовного права. Общая часть. Т. 2 Учение о наказании / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. – М.: Зерцало, 1999. – С. 146.

⁴ Див.: Кругликов А. Л., Васильевский А. В. Дифференциация ответственности в уголовном праве. – СПб., 2003. – С. 150.

⁵ Див.: Курс Российского уголовного права. Общая часть / Под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова. – М.: СПАРК, 2001. – С. 640-641.

⁶ Тут і далі використовуються відомості, що містяться в узагальненні судової практики «Про практику застосування судами законодавства, що регулює закриття кримінальних справ», що опрацьовано суддею Верховного Суду України С. М. Міщенком, заступником начальника управління узагальнення судової практики та аналітичної роботи з питань застосування законодавства Верховного Суду України Л. В. Гавриловою та головним консультантом управління В. М. Ткаченком // Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 2. – С. 27-32.

Кількість осіб, щодо яких суд виніс постанови про звільнення від кримінальної відповідальності за nereабілітуючих підстав, становила 17 312, відмовлено у звільненні щодо 1090 осіб.

У 2002 р. за справами, які надійшли з обвинувальним висновком, суди загальної юрисдикції усього закрили справи стосовно 14 337 осіб, у тому числі: у зв'язку з дійовим каяттям (ст. 7² КПК) – 1462; примиренням обвинуваченого з потерпілим (ст. 8 КПК) – 1239; зміною обстановки (ст. 7 КПК) – 2468; передачею на поруки (ст. 10 КПК) – 1232; внаслідок акту амністії (п. 4 ч. 1 ст. 6 КПК) – 1221 тощо¹.

Новий КК України 2001 року передбачає звільнення від кримінальної відповідальності як у Загальній, так і в Особливій частинах. З'явилися нові види такого звільнення (наприклад, у зв'язку з дійовим каяттям, примиренням винного з потерпілим тощо). Чотирнадцять норм Особливої частини передбачають звільнення особи від кримінальної відповідальності. Більш удосконаленим змістом відзначаються давно відомі положення КК, наприклад, про добровільну відмову особи від доведення злочину до кінця.

Подальшого розвитку набули наукові пошуки щодо інституту звільнення від кримінальної відповідальності.

Та й більш ніж трирічна практика застосування положень нового КК потребує свого осмислення оскільки, як свідчать автори наведеного вище узагальнення практики застосування судами законодавства про звільнення від кримінальної відповідальності в новому КК, а також КПК, істотно змінено підстави звільнення особи від кримінальної відповідальності та порядок закриття справ. У зв'язку з цим у практиці судів виникають численні складні питання, які вони вирішують по-різному².

Таке положення, в свою чергу, потребує наукового обґрунтування відповідних рекомендацій та пропозицій.

У роботі послідовно досліджуються три блоки проблем. Перший блок стосується загальних питань звільнення особи від кримінальної відповідальності. При цьому в розділі I обґрунтовується також загальний підхід до характеристики окремих видів звільнення особи від кримінальної відповідальності.

Другий блок проблем пов'язаний із розглядом випадків звільнення особи від кримінальної відповідальності, що передбачені Загальною частиною КК. При цьому автор свідомо насамперед розглядає добровільну відмову як підставу такого звільнення (хоча розуміє, що такий підхід поділяється далеко не всіма).

У розділі III послідовно аналізується 14 видів звільнення осіб від кримінальної відповідальності, що передбачені Особливою частиною КК.

У такому вигляді інститут звільнення особи від кримінальної відповідальності в українській кримінально-правовій науці на базі нового КК 2001 року досліджується вперше. Автор при цьому вважав за необхідне використовувати з ключових проблем літературу, здебільшого останнього часу (підручники та коментарі, а також деякі монографії, що вийшли в Україні). Посилання на праці російських вчених-криміналістів обумовлено подібними проблемами, які виникають в українській та російській кримінально-правовій науці щодо інституту звільнення особи від кримінальної відповідальності. Нарешті, автор спирався на досвід, набутий в якості члена робочої групи Кабінету Міністрів України з підготовки та доопрацювання КК України 2001 року.

¹ Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 2. – С. 27-28.

² Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 2. – С. 37.

РОЗДІЛ I

ПОНЯТТЯ, ВИДИ ТА ПОРЯДОК ЗВІЛЬНЕННЯ ОСОБИ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

1.1. Поняття та види кримінальної відповідальності за КК України

Дослідження проблем кримінальної відповідальності та звільнення від неї – як заходів реагування держави на вчинені злочини – передбачає, перш за все, з'ясування питань: що ж являють собою ці два заходи, який зміст вкладається в їх поняття. До того ж, для вирішення питання, що означає звільнення від кримінальної відповідальності, треба спочатку з'ясувати, що є сама кримінальна відповідальність, про який вид такої відповідальності йде мова в КК та в цьому дослідженні, які часові межі цієї відповідальності, до якого моменту особа може бути звільнена від кримінальної відповідальності тощо.

Як відомо, поняття «кримінальна відповідальність» є одним з основоположних як у науці кримінального права, так і в кримінальному законі; категорія «кримінальна відповідальність» є однією із центральних в чинному КК поряд з категоріями «злочин» та «покарання». Чинний КК України нерідко звертається до поняття «кримінальна відповідальність» (наприклад, ст. 2 називається «Підстава кримінальної відповідальності»; назва розділу II «Закон про кримінальну відповідальність»; розділ IX має назву «Звільнення від кримінальної відповідальності» тощо). При цьому КК ніде не розкриває поняття кримінальної відповідальності, хоча зазначає її відмінність від покарання (наприклад, розділи X, XI і XII, відповідно, називаються: «Покарання та його види», «Призначення покарання», «Звільнення від покарання та його відбування»). Не вироблено досі визначення загальноприйнятого поняття кримінальної відповідальності і в науці кримінального права.

Для того, щоб сформулювати авторське бачення кримінальної відповідальності, можна йти двома шляхами:

1. проаналізувати погляди вчених і висловити свою позицію щодо поняття кримінальної відповідальності або
2. піддати аналізу чинний КК в тих частинах, де вживається термін «кримінальна відповідальність» та суміжні поняття, і на цій підставі зробити висновок, що ж розуміє під кримінальною відповідальністю КК України.

Перший шлях неодноразово був використаний в науці кримінального права і, зрештою, кожен вчений або формулював своє бачення кримінальної відповідальності, або приєднувався (з наведенням додаткових аргументів) до відомого підходу, або, нарешті, уточнював ту чи іншу позицію. При цьому аргументація завжди базувалась, в тому числі, і на відповідних приписах КК.

1.1.1. Доктринальне визначення кримінальної відповідальності

Основні визначення кримінальної відповідальності є достатньо відомими і їх можна, певним чином, об'єднати у такі групи:

Перша група включає концепції: «відповідальність – санкція», прибічники яких твердять, що кримінальна відповідальність – це «реальне застосування кримінально-правової норми»¹, «застосування і реалізація санкції»².

¹ Див.: *Загородников Н. И.* О пределах уголовной ответственности // Советское государство и право. – 1967. – № 7. – С.39.

² Див.: *Лейст О. Э.* Санкции в советском праве. – М., 1962. – С. 85-88.

Друга, чи не найпоширеніша, група концепцій – це концепції «відповідальність – обов’язок», прибічники яких розглядають кримінальну відповідальність як певний обов’язок особи, котра вчинила злочин, перед державою.

Відповідно до цієї позиції, кримінальна відповідальність являє собою, зокрема, *врегульований нормами права обов’язок особи, що вчинила злочин, підлягати певним заходам негативного впливу, перетерплювати передбачені законом обмеження*. Такої думки дотримувався, наприклад, Я. М. Брайнін, який зазначав: «Кримінальна відповідальність... являє собою заснований на нормах права обов’язок особи, яка вчинила злочин, підлягати дії кримінального закону за наявності в діях винного передбаченого цим законом складу злочину»¹. Позиція щодо того, що кримінальна відповідальність являє собою обов’язок особи, яка вчинила злочин, «підлягати мірам кримінально-правового впливу», «перетерплювати позбавлення особистого чи майнового характеру, покарання» тощо, певним чином відображена і в роботах Н. С. Лейкіної, М. П. Карпушина та В. І. Курляндського, ін.²

Прихильниками цієї позиції є і багато сучасних українських дослідників. Зокрема, П. С. Матишевський зазначає, що «кримінальна відповідальність – це правовий обов’язок особи, яка вчинила злочин, зазнавати заходів державного впливу (підкоритися) та бути покараною»³. В. І. Осадчий визначає кримінальну відповідальність як «обов’язок особи, покладений на неї кримінальним законом, не вчиняти злочинів»⁴. Т. А. Гончар зауважує, що кримінальна відповідальність – це обов’язок особи, яка вчинила злочин, перетерпіти певні позбавлення особистого чи майнового характеру за вчинення злочину»⁵. А. А. Пінаєв також відзначає, що «кримінальна відповідальність – це обов’язок особи, яка вчинила злочин, відповідати перед державою і перетерпіти певні позбавлення особистого чи майнового характеру, пов’язані із призначенням йому покарання»⁶.

Приєднується до цієї позиції і І. М. Даньшин, який визначає кримінальну відповідальність як правовий інститут, основним змістом якого є примусове покладення на особу обов’язку перетерпіти державний осуд ним вчиненого та публічне засудження його особи, а також понести у разі призначення передбаченого законом покарання, що полягає у позбавленнях особистого чи майнового характеру⁷.

Третя група – це концепції «відповідальність – правовідносини», прихильники яких змістом кримінальної відповідальності вважають врегульовані нормами кримінального права суспільні відносини (кримінальні правовідносини). Такий підхід до визначення суті кримінальної відповідальності полягає в тому, що вона визначається через *правовий статус, правове становище особи, яка вчинила злочин; вона ідентифікується з кримінальним правовідношенням чи визначається через сукупність реалізації*

¹ Брайнін Я. М. Уголовная ответственность и ее основания в советском уголовном праве. – М., 1963. – С. 25.

² Лейкіна Н. С. Личность преступника и уголовная ответственность. – Л., 1968. – С. 25, 28-30; Карпушин М. П., Курляндский В. И. Уголовная ответственность и состав преступления. – М., 1974. – С. 21; Пионтковский А. А. О понятии уголовной ответственности // Сов.государство и право. – 1967. – № 12. – С. 40; Курс советского уголовного права. – Т. 1. – Л., 1968. – С. 222; Явич А. С. Общая теория права. – Л., 1976. – С. 233; Лесниевски-Костарева Т. А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. – М.: НОРМА, 1998. – С. 33; Чистяков А. А. Механизм формирования основания уголовной ответственности. – Рязань: Рязанский институт права и экономики, 2000. – С. 29 та ін.

³ Матишевський П. С. Кримінальне право України. Загальна частина. Підручник. – К.: А.С.К. – 2001. – С. 86.

⁴ Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник / Під ред. Кондратьєва Я. Ю. – К.: Правові джерела, 2002. – С. 72.

⁵ Уголовное право Украины. Общая и Особенная части: Учебник для вузов / Под ред. Е. А. Стрельцова. – Х.: Одиссей, 2002. – С. 42.

⁶ Пінаєв А. А. Курс лекцій по Общей части уголовного права Украины. – Х.: Харьков Юридический, 2002. – С. 59.

⁷ Див.: Уголовное право Украинской ССР на современном этапе. Часть Общая – К.: Наукова думка, 1985. – С. 47.

кримінально-правових, процесуальних і виконавчих правовідносин. Зокрема, В. Г. Смирнов (а також А. В. Багрій-Шахматов, П. С. Дагель, А. І. Санталов, Н. А. Стручков та інші)¹ ототожнює кримінальну відповідальність і кримінальне правовідношення. Подібну думку з приводу сутності кримінальної відповідальності висловлювала і С. Г. Келіна, зазначаючи, що кримінальна відповідальність є частиною кримінально-правових відносин, виникає разом з правовідношенням, є елементом його змісту і *втілюється у тому, що особа, яка вчинила злочин, фактично зазнає певних позбавлень, при тому, що ці позбавлення застосовуються органами держави і від імені держави в рамках кримінально-правового відношення*².

Прихильниками цієї позиції, що визначали кримінальну відповідальність: як саму «міру державного примусу, що застосовується до особи, яка вчинила злочин»; як «реальне перетерплювання нею певних позбавлень», «примусове здійснення таких обмежень», були також О. В. Наумов, М. А. Огурцов, С. Н. Братусь, Ю. А. Денисов та ін.³

Нарешті, четверта група – це концепції «відповідальність – засудження», зміст яких вперше сформулював К. Ф. Тихонов. На його думку, сутність кримінальної відповідальності, її основна, визначальна риса полягає у тому, що держава засуджує (здійснює осуд) особу, яка вчинила злочин⁴. Кримінальну відповідальність як *засудження особи в обвинувальному вирокі від імені держави за вчинений злочин (з призначенням покарання чи без нього)* визначали також А. І. Бойцов, А. Н. Тарбагаєв, В. С. Прохоров, І. С. Ной⁵, та інші. В. М. Хомич, зокрема, також поділяв цей підхід до визначення поняття кримінальної відповідальності. На його думку, кримінальна відповідальність є стан засудження особи у зв'язку із вчиненням злочину, що обумовлює необхідність і, головне, правову можливість примусового впливу на засудженого з метою його ресоціалізації⁶. Цю позицію втілено і в КК Республіки Білорусь – єдиному з КК пострадянських республік, що містить визначення кримінальної відповідальності. Так, ч. 1 ст. 44 КК Республіки Білорусь передбачає, що «кримінальна відповідальність виражається в засудженні від імені Республіки Білорусь за вироком суду особи, яка вчинила злочин, і застосуванні на підставі засудження покарання чи інших заходів кримінальної відповідальності відповідно до цього Кодексу»⁷.

Останнім часом у літературі висловлюються та обґрунтовуються й інші визначення поняття кримінальної відповідальності. Наприклад, Є. Я. Мотовиловкер пропонує розглядати кримінальну відповідальність як правовий стан караності, котрий виникає в момент вчинення злочину⁸. Крім того, сучасні дослідження цієї проблеми пропонують

¹ Смирнов В. Г. Функции советского уголовного права. – Л., 1965. – С. 157-159; Багрий-Шахматов А. В. Уголовная ответственность и наказание. – Минск, 1976. – С. 27; Дагель П. С. О принципе индивидуализации уголовной ответственности // Вестник ЛГУ. – 1974. – № 11. – С. 121; Санталов А. И. Теоретические вопросы уголовной ответственности. – Л., 1982. – С. 12; Стручков Н. А. Уголовная ответственность и ее реализация в борьбе с преступностью. – Саратов, 1978. – С. 48 тощо.

² Див.: Келіна С. Г. Теоретические вопросы освобождения от уголовной ответственности. – М., 1974. – С. 25-28.

³ Див.: Наумов А. В. Применение уголовно-правовых норм. – Волгоград, 1973. – С. 57; Огурцов Н. А. Правоотношение и ответственность в советском уголовном праве. – Рязань, 1976. – С. 153-180; Курс советского уголовного права. – Т. 3. – М., 1970. – С. 7, 12; Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. – М., 1976. – С. 103; Денисов Ю. А. Общая теория правонарушения и ответственности. – Л., 1983. – С. 139-140.

⁴ Див.: Тихонов К. Ф. Субъективная сторона преступления. – Саратов, 1967. – С. 39.

⁵ Див.: Бойцов А. И. Понятие уголовной ответственности // Вестник ЛГУ. – 1981. – № 17. – С. 122; Тарбагаєв А. Н. Понятие и цели уголовной ответственности. – Красноярск, 1986. – С. 71; Прохоров В. С., Кропачев Н. М., Тарбагаєв А. Н. Механизм уголовно-правового регулирования. – Красноярск, 1989. – С. 168; Ной И. С. Сущность и функции уголовного наказания в советском государстве. – Саратов, 1973. – С. 39.

⁶ Хомич В. М. Теоретические проблемы уголовной ответственности (Концепция и правовая модель института уголовной ответственности) / Автореф. дисс. ... д. ю. н. – Минск, 1997. – С. 18. – 34 с.

⁷ Уголовный кодекс Республики Беларусь. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – С. 116.

⁸ Мотовиловкер Е. Я. Норма, отношение и ответственность в уголовном праве // В сб.: Уголовная ответственность: проблемы содержания, установления, реализации. – Воронеж, 1989. – С. 45.

більш узагальнені визначення кримінальної відповідальності, такі, що інтегрують декілька підходів до визначення кримінальної відповідальності. Так, Ю. М. Ткачевський визначає кримінальну відповідальність як «правовий наслідок, результат застосування норм кримінального права до особи, котра вчинила злочин, що втілюється в осуді від імені держави винної особи за вчинення злочину. За своїм характером кримінальна відповідальність становить державний примус, поєднаний із визнанням поведінки винної особи неправомірною»¹. Певним чином свою позицію уточнила і С. Г. Келіна, підкресливши: кримінальна відповідальність – це реакція держави на вчинення злочину, що виражається в осуді злочинної поведінки особи державою, та примусове обмеження прав винної особи, засудженої в межах кримінального правовідношення².

Підсумовуючи наведені вище визначення кримінальної відповідальності, зазначимо: визначення кримінальної відповідальності лише як санкції, як реальне здійснення державного примусу видається надто вузьким, таким, що зводить відповідальність до однієї із форм її реалізації. Таке ж зауваження можна віднести і до визначення кримінальної відповідальності як осуду особи з боку держави. Не можна погодитись і з думкою представників позиції ототожнення кримінальної відповідальності та кримінально-правових відносин, змістом якого є обов'язок особи зазнати заходів кримінально-правового впливу, оскільки ці поняття характеризують різні за змістом явища.

Отже, наведені визначення переважно підкреслюють основні риси кримінальної відповідальності. Найбільш правильним, з нашої точки зору, є таке визначення, яке б поєднувало певною мірою всі вищезазнані концепції, містило б усі характерні ознаки кримінальної відповідальності, що так чи інакше *впливають із закону*.

1. 1. 2. Визначення кримінальної відповідальності на підставі чинного КК України

Видається, що найбільш продуктивним може бути аналіз КК України саме з точки зору того, який зміст в різних положеннях вкладає КК в поняття «кримінальна відповідальність» та які види такої відповідальності він передбачає. Це тим більш є доцільним, оскільки дане дослідження присвячено все-таки проблемам звільнення від кримінальної відповідальності за КК України.

Отже, як зазначалося, КК хоча і не визначає поняття кримінальної відповідальності, проте словосполучення це вживається майже в усіх розділах Загальної частини.

Видається, що *сутністю кримінальної відповідальності є обмеження прав і свобод злочинця*. Таке розуміння сутності зазначеної категорії випливає з її природи як категорії кримінального права – однієї з галузей публічного права.

Відомо, що публічно-правові відносини (в тому числі в охоронюваній частині правопорядку) є владновідносинами, тобто відносинами влади та підкорення, методом регулювання яких є імперативний метод, а єдиним центром такого регулювання є держава³.

Саме в межах таких правовідносин встановлюється і реалізується кримінальна відповідальність за злочин. Оскільки метою такої відповідальності є кара, а також виправлення злочинця і попередження злочинів, то кримінальна відповідальність не може бути нічим іншим, як обмеженням прав і свобод злочинця.

Водночас таке обмеження життєво важливих благ людини на підставі принципів правової держави можливе з урахуванням поділу державної влади на законодавчу,

¹ Курс уголовного права Общая часть. Т. 1 / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. ... – 191.

² Курс Российского уголовного права. Общая часть / Под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова. ... – С. 479.

³ Див., напр.: Харитоновна О. Поняття і ознаки публічних правовідносин // Вісник Академії правових наук України. – 2002. – № 1 (28). – С. 36-46.

судову та виконавчу (ст. 6 Конституції України). Іншими словами, вид і міра обмежень прав і свобод людини, винної у злочині, мають бути визначені законодавцем (законодавчий аспект кримінальної відповідальності), призначені судом (судовий аспект) і здійснені спеціальними органами виконавчої влади (виконавчий аспект).

Кожен з цих видів діяльності має свій зміст і правову форму, які, однак, все ж таки відображають єдину для них сутність кримінальної відповідальності, а саме: обмеження прав і свобод злочинця.

Зміст зазначеної діяльності може бути представлений як взаємодія його складових елементів, до яких належать її суб'єкти, об'єкти та сама діяльність цих суб'єктів.

З точки зору законодавчого аспекту кримінальної відповідальності, суб'єктом встановлення кримінальної відповідальності виступає, як відомо, лише Парламент – Верховна Рада України.

Відповідно до п. 22 ст. 92 Конституції України, виключно законами України *визначаються діяння, які є злочинами, та відповідальність за них*. Таким законом в Україні є Кримінальний кодекс. Згідно зі ст. 3 КК, законодавство України про кримінальну відповідальність становить лише Кримінальний кодекс. Закони України про кримінальну відповідальність, прийняті після набрання чинності КК, включаються до нього. Предметом же Кримінального кодексу є визначення того, «які суспільно небезпечні діяння є злочинами та які покарання застосовуються до осіб, що їх вчинили» (ч. 2 ст. 1).

Об'єктом такої, законодавчо визначеної, кримінальної відповідальності є права і свободи тих осіб, які потенційно визначені в КК як можливі злочинці. Висновок про це можна зробити на підставі аналізу низки норм КК. По-перше, він визначає, які суспільно небезпечні діяння є злочинами. Згідно з ч. 1 ст. 11, злочиним є передбачене КК суспільно небезпечне винне діяння, вчинене суб'єктом злочину. В свою чергу, суб'єктом злочину визнається фізична, осудна особа, яка досягла віку, з якого, відповідно до цього Кодексу, може наставати її кримінальна відповідальність (ч. 1 ст. 18). Таким чином, обов'язковим елементом будь-якого виду злочину, визначеного парламентом, є вказівка на певне коло фізичних осіб, спроможних бути суб'єктом такого виду злочину. Саме обмеження прав і свобод цих осіб і є об'єктом законодавчо визначеної кримінальної відповідальності.

По-друге, КК також визначає, які покарання застосовуються до осіб, що вчинили злочини. Таке визначення має місце на двох етапах. На першому етапі КК визначає види покарань, які може застосовувати суд. Стаття 51 КК передбачає 12 видів таких покарань. Згідно з ч. 1 ст. 50, покарання полягає в передбаченому законом (перш за все, КК) обмеженні прав і свобод засудженого. Але ще до того, як з'явиться фігура засудженого, КК встановлює вичерпний перелік покарань, характеризує кожне з них (які саме і наскільки можуть бути обмежені саме права і свободи майбутніх засуджених). На другому ж етапі законодавець передбачає певні види покарань у санкціях відповідних статей Особливої частини КК.

З наведеного можна зробити висновок, що законодавець ототожнює кримінальну відповідальність і санкцію кримінально-правової норми.

Поняття такої норми впливає із публічно-правового характеру кримінального права як галузі публічного права. Особливість кримінального права як охоронюваної підсистеми права впливає і на характеристику кримінально-правової норми. Якщо нормою права є правило правомірної поведінки певних суб'єктів права, то, зрозуміло, у кримінальному праві мова може йти лише про правомірну поведінку суду щодо покладання кримінальної відповідальності на особу, яка вчинила злочин. Суд підкоряється режиму публічного права, відповідно до якого йому дозволено робити лише те, що передбачено КК, інше – заборонено.

Звідси випливає, що кожна кримінально-правова норма складається з двох елементів: гіпотези та диспозиції, яку іноді називають санкцією. Гіпотеза передбачає

юридичний факт, що породжує кримінально-правові відносини, а саме: ознаки злочину як підстави кримінальної відповідальності. У свою чергу, диспозиція приписує владні повноваження суду щодо обмеження прав і свобод особи, яка вчинила злочин, тобто щодо покладання на винного кримінальної відповідальності чи звільнення від неї або її пом'якшення. Звичайно, в такому розумінні ознаки і гіпотези, і санкції, знаходять своє закріплення не тільки в статтях Особливої частини КК, а й у відповідних статтях Загальної частини.

Слід погодитися з висновками Г. П. Новоселова, що гіпотезою кримінально-правової норми, яка описана законодавцем в окремих статтях Особливої і цілій групі статей Загальної частини Кримінального кодексу, є вся сукупність умов та підстав застосування кримінально-правової норми, що втілюється у «першій частині формули «якщо... то...»¹. Другу ж частину кримінально-правової норми не слід отождоювати лише із санкцією статті Особливої частини, адже «не тільки логічно, але й фактично, зміст санкції окремої кримінально-правової норми характеризується сукупністю положень, викладених у санкції статті Особливої частини і у відповідних інститутах Загальної частини»².

Таким чином, санкція кримінально-правової норми включає в себе не тільки відповідну частину статті Особливої частини КК (санкцію статті), а й весь комплекс нормативних приписів щодо покарання, передбачених в Загальній частині КК. Тобто, правовою формою законодавчо визначеної кримінальної відповідальності є санкція кримінально-правової норми, де гіпотезою виступають ознаки певного виду злочину.

Саме про таку відповідальність (санкцію) мова йде, наприклад, у п. 1 ч. 1 ст. 65 КК, яка передбачає, що «суд признає покарання: 1) у межах, установлених у санкції статті Особливої частини цього кодексу, що передбачає відповідальність за вчинений злочин», ст. 16 КК передбачає, що «кримінальна відповідальність за готування до злочину і замах на злочин настає за статтею 14 або 15 і за тією статтею Особливої частини цього Кодексу, яка передбачає відповідальність за закінчений злочин». По суті про кримінальну відповідальність – санкцію мова йде і в назві та змісті розділу II Загальної частини КК «Закон про кримінальну відповідальність». Вочевидь, тут йдеться саме про встановлення законом кримінальної відповідальності у разі вчинення особою злочину. Відповідно до ч. 3 ст. 3 КК, «злочинність діяння, а також його *караніст*ь та інші кримінально-правові наслідки *визначаються* тільки цим Кодексом»; а в ст. 5 КК мова йде саме про закон, який пом'якшує або посилює кримінальну відповідальність (курсив наш. – Ю. Б.) тощо.

Таким чином, кримінальна відповідальність як санкція кримінально-правової норми характеризується сукупністю положень КК, що викладені не тільки в санкції відповідної статті Особливої частини, а й у відповідних розділах Загальної частини КК (розділ X «Покарання та його види», розділ XI «Призначення покарання», розділ XII «Звільнення від покарання та його відбування», розділ XIII «Судимість»), Вочевидь, що санкція, яка тут розуміється, означає передбаченість КК видів обмеження прав і свобод особи, яким вона може бути піддана у майбутньому у разі вчинення нею злочину. Як і будь-яка інша санкція, кримінальна відповідальність в такому розумінні є по суті загрозою, яка може бути реалізована в майбутньому.

Так, якщо закон встановлює або посилює караність діяння, то йдеться про встановлення або посилення обмежень прав і свобод особи, яким вона в майбутньому може бути піддана у зв'язку із вчиненням злочину. Нарешті, в розділі IX Загальної частини КК «Звільнення від кримінальної відповідальності», а також у відповідних статтях Особливої частини КК, які передбачають спеціальні види звільнення від такої

¹ Г. П. Новоселов. Учение об объекте преступления. Методологические аспекты. – М.: НОРМА, 2001. – С. 180.

² Там само. – С. 185.

відповідальності, мова також йде про звільнення особи, яка вчинила злочин, від потенційних обмежень прав і свобод злочинця.

Таким чином, *кримінальну відповідальність як санкцію кримінально-правової норми можна визначити як передбачене Кримінальним кодексом обмеження прав і свобод особи, якому вона може бути піддана у майбутньому у разі вчинення нею злочину.*

Для конкретної особи така відповідальність індивідуалізується судом (судовий аспект кримінальної відповідальності). Згідно зі ст. 62 Конституції України, особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним висновком суду. Таким чином, суб'єктом індивідуально визначеної кримінальної відповідальності є тільки суд. Об'єктом такої індивідуалізації є конкретні права і свободи особи, яка визнана судом винною у вчиненні певного злочину, що і є підставою покладання на злочинця кримінальної відповідальності.

Необхідною умовою індивідуалізації судом кримінальної відповідальності є юридична кваліфікація вчиненого даною особою. Від цього залежить, які права і свободи злочинця і наскільки може обмежити суд, оскільки санкція кримінально-правової норми є типізованою і залежить від того виду злочину, в учиненні якого визнано винною дану особу.

Діяльність суду щодо індивідуалізації кримінальної відповідальності регламентується положеннями КК про поняття і мету покарання (ст. 50), загальні засади і порядок (правила) призначення покарання (статті 65-72, 103 КК). Вочевидь, що індивідуалізована судом кримінальна відповідальність ототожнюється в основному з поняттям покарання, визначеним у ч. 1 ст. 50 КК як захід примусу, що застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною в учиненні злочину, і полягає в передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого.

Юридичною формою індивідуалізації кримінальної відповідальності є обвинувальний вирок суду.

Відповідно до чинного КК, можна визначити *три види індивідуалізації кримінальної відповідальності.*

Перший вид – це обмеження особи, винної в учиненні злочину, у праві на «добре ім'я», тобто обмеження її гідності. Згідно з ч. 4 ст. 74 КК, особа, яка вчинила злочин невеликої або середньої тяжкості, може бути за вироком суду звільнена від покарання, якщо буде визнано, що з урахуванням бездоганної поведінки і сумлінного ставлення до праці цю особу на час розгляду справи в суді не можна вважати суспільно небезпечною. Відповідно до ч. 5 ст. 74 КК, особа також може бути за вироком суду звільнена від покарання на підставах, передбачених ст. 49 цього Кодексу (закінчення строків давності). В зазначених випадках суд виносить обвинувальний вирок, в якому зазначає дану особу винною у вчиненні певного злочину, але не призначає їй покарання за умов, передбачених в ч. 4 чи ч. 5 ст. 74 КК.

Другий вид індивідуалізації судом кримінальної відповідальності – це винесення обвинувального вироку з призначенням особі певного виду і міри покарання, від відбування якого вона звільняється (умовно чи безумовно). Наприклад, згідно з ч. 1 та ч. 2 ст. 75 КК, якщо суд при призначенні покарання у виді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, а також позбавлення волі строком не більше п'яти років, враховуючи тяжкість злочину, особу винного та інші обставини справи, дійде висновку про можливість виправлення засудженого без відбування покарання, він може прийняти рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням. У цьому разі суд ухвалює звільнити засудженого від відбування призначеного покарання, якщо він протягом визначеного судом іспитового строку не вчинить нового злочину і виконає покладені на нього обов'язки. Очевидно, що у зазначеному випадку йдеться про умовне звільнення від відбування призначеного покарання.

Відповідно до ч. 3 ст. 84, військовослужбовці, засуджені до службового обмеження, арешту або тримання в дисциплінарному батальйоні, в разі визнання їх непридатними до військової служби за станом здоров'я, звільняються від покарання. У такому разі звільнення від відбування призначеного покарання є безумовним.

Третій (і найбільш типовий) вид індивідуалізації судом кримінальної відповідальності – це винесення обвинувального вироку з призначенням даній особі певного виду і міри покарання, поєднане з необхідністю його відбування.

Нарешті, *виконавчий аспект кримінальної відповідальності* має дві сторони: з одного боку, це діяльність спеціальних органів виконавчої влади (суб'єкт діяльності) по виконанню обвинувального вироку суду, тобто діяльність, пов'язана з реальним обмеженням визначених судом прав і свобод засудженої особи. З іншого боку, – це перетерплювання цією особою обмеження її тих прав і свобод (об'єкт діяльності), які індивідуалізовані судом. Іноді цей процес правильно називають «виконання-відбування покарання»¹.

У процесі виконання-відбування покарання існують законодавчо встановлені підстави для пом'якшення кримінальної відповідальності (наприклад, умовно-дострокове звільнення від подальшого відбування покарання, заміна покарання більш м'яким, амністія, помилування тощо).

Отже, викладене дає підстави зробити такі висновки.

Сутність кримінальної відповідальності як категорії публічного права є обмеження прав і свобод злочинця. Така відповідальність існує в трьох аспектах: законодавчому, судовому та виконавчому. Зміст кримінальної відповідальності становить взаємодія трьох її складових елементів – суб'єктів, об'єктів та діяння. Правовою формою законодавчо визначеної кримінальної відповідальності є санкція кримінально-правової норми, передбаченої КК; індивідуально визначеної судом – обвинувальний вирок суду і реально здійснюваної – діяльність органів виконавчої влади, спеціально уповноважених на виконання обвинувального вироку суду.

Таким чином, кримінальна відповідальність – це передбачені КК вид та міра обмеження прав і свобод злочинця, що індивідуалізується судом та здійснюється спеціальними органами держави.

1.1.3. Види кримінальної відповідальності

Найбільш поширеним в літературі є поділ кримінальної відповідальності на два види: позитивну (перспективну, проспективну) та негативну (ретроспективну).

Питання про позитивний аспект кримінальної відповідальності було порушено та широко дискутувалося ще в 60-ті роки ХХ ст.² Суть його полягала у відокремленні в явищі кримінальної відповідальності двох аспектів – 1) обов'язку не вчинювати діянь, визнаних законом злочинами та 2) обов'язку перетерпіти заходи кримінально-правового впливу внаслідок вчинення злочину. Перший з названих аспектів (чи видів кримінальної відповідальності) називають позитивною кримінальною відповідальністю, а другий – негативною, в традиційному розумінні кримінальною відповідальністю³. Позиція прихильників виділення позитивного аспекту (позитивного виду) кримінальної відповідальності раніше частіше була піддана критиці в науковій літературі. Основними

¹ Див.: Степанюк А. Х. Актуальні проблеми виконання покарань (сутність та принципи кримінально-виконавчої діяльності: теоретико-правове дослідження // Автореф. дис.... д. ю. н. – Х., 2002. – С. 16.

² Смирнов В. Г. Уголовная ответственность и уголовное наказание // Правоведение. – 1963. – № 4. – С. 79-80; Астемифов З. А. Понятие юридической ответственности // Сов. государство и право. – 1979. – № 6. – С. 59-67; Прохоров В. С. Преступление и ответственность. – С. 123; Лесниевски-Костарева Т. А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. – М., 2000. – С. 44-45.

³ Див.: Лесниевски-Костарева Т. А. Цит. праця. – С. 44-45.

аргументами, що заперечували таке виділення, були твердження про те, що якщо за-
конослухняний громадянин несе кримінальну відповідальність, то це є «нонсенс» чи
«абсурд»¹. Однак все більше сучасних авторів, формулюючи визначення кримінальної
відповідальності, так чи інакше враховують її позитивний аспект. Зокрема,
В. В. Похмелкін вважає, що сутність кримінальної відповідальності полягає в тому, що
«вона виступає об'єктивно обумовленою і встановленою кримінальним законодавством
мірою мінімально необхідної соціально-рольової поведінки і тим самим вимогою не
вчиняти найбільш небезпечні відхилення від конкретної соціальної ролі»².

Такий підхід, як і в філософії, при аналізі соціальної відповідальності виходить
з того, що вона має два діалектичних взаємопов'язаних аспекти – позитивний
(відповідальність за майбутнє) і ретроспективний (відповідальність за минуле). Так,
Х. Гроссман вказує, що «позитивний і негативний аспекти відповідальності необхідно
завжди розглядати в їх взаємозв'язку і взаємообумовленості. Зведення поняття
відповідальності до однієї з цих сторін означає звуження обсягу її змісту і неминуче
приводить до помилок»³.

Застосовуючи такий підхід, О. І. Санталов, наприклад, зауважує: кримінальна
відповідальність – це складні суспільні відносини, перший (позитивний) аспект яких не-
розривно пов'язаний з другим (ретроспективним). Відповідальність у позитивному значенні
виключає відповідальність у ретроспективному і, навпаки, позитивна безвідповідальність
дає підставу для ретроспективної відповідальності. Тому дати однозначне визначення двом
видам (аспектам) терміна «відповідальність» він не вважає за можливе. На його думку,
відповідальність в одному аспекті виключає відповідальність в іншому⁴.

У подальшому окремі криміналісти дійшли висновку, що «позитивна» і «негативна»
кримінальна відповідальність не лише не виключають, а, навпаки, зумовлюють і перед-
бачають одна одну. Так, М. М. Кропачев та В. С. Прохоров зазначають, що позитивна
і негативна кримінальна відповідальність є самостійними ланками цілісного механізму
кримінально-правового регулювання, які не підміняють і не заперечують одна одну.
«Кримінальна відповідальність, - пишуть вони, - є виконанням належного. Кримінальна
відповідальність єдина і лише в рамках єдиного цілого можна виділяти діалектично
протилежні сторони: першу – виконання нормативних вимог, що диктують належну,
таку, ще відповідає вимогам суспільства, поведінку, і другу – виконання належного,
також продиктованого кримінально-правовою нормою, але вже в результаті держав-
ного припису як реакції на правопорушення»⁵.

Попри відносне поширення у кримінально-правовій літературі такого розуміння
кримінальної відповідальності, погодитися з ним навряд чи можна. Очевидно, що перший
(позитивний) аспект кримінальної відповідальності – це не що інше, як морально-етичне
розуміння соціальної відповідальності (зокрема – кримінальної)⁶. На нашу думку, юри-
дична, у тому числі кримінально-правова, наука не повинна оперувати поняттями моралі,
оскільки мораль і право, хоч і мають тенденцію до перехрещення за обсягом, все ж за-

¹ Див.: *Сабанин С. Н.* Справедливость освобождения от уголовного наказания. – Екатеринбург, 1993. – С. 32; *Фарукшин М. Х.* Вопросы общей теории юридической ответственности // Правоведение. – 1969. – № 4. – С. 31.

² *Похмелкин В. В.* Социальная справедливость и уголовная ответственность. – Красноярск, 1990. – С. 38-45.

³ *Гроссман Х.* Свобода и ответственность // Философские проблемы общественного развития. – М., 1974. – С. 129-130.

⁴ Див.: *Санталов А. И.* Теоретические вопросы уголовной ответственности. – А., 1982. – С. 56.

⁵ *Кропачев Н. М., Прохоров В. С.* Механизм уголовно-правового регулирования: уголовная ответственность. – СПб.: Санкт-Петербургский гос. ун-т, 2000. – С. 17.

⁶ Зокрема, *Е. В. Благов* зазначає, що позитивну кримінальну відповідальність «необхідно визначати як передбачений кримінальним законом моральний обов'язок одних і юридичний обов'язок інших осіб до суспільно корисної поведінки» (*Благов Е. В.* Ответственность в уголовном праве // Проблемы права на защиту и юридической ответственности: Тез. сообщ. межвуз. конф. молод. учен.-юристов. – Воронеж, 1987. – С. 57).

лишаються явищами різноплановими. Це дві окремі, автономні одна від одної системи нормативного регулювання суспільних процесів, кожна з яких містить власні правила та власні положення про відповідальність за їх порушення. І як не збігаються регулятивні приписи моралі і права (законне може бути аморальним, а морально виправдане – незаконним), так само не збігаються юридична та моральна відповідальність.

Водночас запропонована концепцією позитивної та негативної відповідальності необхідність поділу останньої видається більш виправданою, ніж результати поділу. Справді, кримінальна відповідальність для певної особи мислима як об'єктивно існуюче явище (негативна відповідальність) і як явище, що може стати об'єктивно існуючим у майбутньому. Реально існуюча кримінальна відповідальність, у вузькому спеціально-правовому значенні, трактується як відповідальність ретроспективна, тобто як відповідна реакція держави на вчинене в минулому порушення (злочин). З цієї точки зору юридичну відповідальність можна визначити як вимушене зазнавання особою, що вчинила злочин, державного осуду, а також передбачених КК обмежень особистого, майнового або іншого характеру, що визначаються обвинувальним вироком суду і покладаються на винного спеціальними органами держави¹.

Вочевидь, що в такому разі в КК мова йде про фактичне обмеження прав і свобод злочинця за вирок суду. КК вживає такі поняття, як вирок суду (ч. 1 ст. 50 КК), призначення покарання (розділ XI Загальної частини) та відбування покарання (розділ XII «Звільнення від покарання та його відбування»), але все ж таки закон розглядає кримінальну відповідальність як дійсність, а не як санкцію, передбачену в КК. Про це свідчить, зокрема, і п. 11 розділу II Прикінцевих та Перехідних положень КК, в якому передбачено, що «правила, встановлені Кримінальним кодексом України 1960 року щодо давності, умовно-дострокового звільнення від відбування покарання, заміни невідбутої частини покарання більш м'яким, погашення і зняття судимості, поширюються на осіб, які вчинили злочини до набрання чинності цим Кодексом, за винятком випадків, коли цим Кодексом пом'якшується кримінальна відповідальність зазначених осіб». Іншими словами, КК виходить з того, що особи, які відбувають покарання, і навіть особи, які після відбування покарання перебувають у статусі осіб, які мають судимість, перетерплюють реальну кримінальну відповідальність.

Реально існуюча кримінальна відповідальність етимологічно визначається як така, що існує в об'єктивній дійсності, дійсна².

Таке розуміння кримінальної відповідальності підтверджує і рішення Конституційного Суду України у справі про депутатську недоторканність. Суд у цьому рішенні визнав, що «кримінальна відповідальність передбачає офіційну оцінку відповідними державними органами поведінки особи як злочинної... Це форма реалізації державою правоохоронних норм, яка в кінцевому підсумку, як правило, полягає в застосуванні до особи, що вчинила злочин, конкретних кримінально-правових заходів примусового характеру через обвинувальний вирок суду»³. У такому розумінні кримінальна відповідальність завжди розглядається як реальність, як об'єкт сфери дійсного, вона звернена до певної особи, визнаної винною у вчиненні злочину і щодо якої спеціальні органи виконавчої влади здійснюють обмеження її прав і свобод на підставі обвинувального вироку суду.

Проте, очевидно, кримінальна відповідальність, як і будь-який інший непостійний факт реальної дійсності, здатна і до потенційного існування. Потенційний – етимологічно

¹ Див.: Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник для вищ. закладів освіти / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін. / За ред. М. І. Бажанова, В. Я. Тація, В. В. Сташиса. – К. – Х.: Юрінком-Інтер; Право, 2001. – С. 27.

² Новий глумачний словник української мови. – Т. 3. – К.: АКОНІТ, 2000. – С. 882.

³ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положень частини третьої статті 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканність): Рішення Конституційного Суду України від 27 жовтня 1999 року // Вісник Конституційного Суду України. – 1999. – № 5. – С. 7-13.

означає: той, який існує в потенції і може виявитися або бути використаний за певних умов, прихований; який при першій можливості стане ким-небудь¹.

Висновок про існування такої потенційної та реальної відповідальності можна зробити із аналізу чинного КК.

Так, потенційною є кримінальна відповідальність – санкція кримінально-правової норми, про яку мова йшла вище. Дійсно, потенційна кримінальна відповідальність – це загроза, яка існує в санкції кримінально-правової норми і яка може бути реалізована в майбутньому до конкретної особи, яка вчинить злочин. Потенційна кримінальна відповідальність звернена до невизначеного кола осіб і загрожує кожному, хто вчинить діяння, яке визнається злочином. З позицій цього підходу, майбутня, потенційна кримінальна відповідальність розуміється як передбачені кримінальним законом обмеження прав і свобод, яким може підлягати особа за вчинення злочину у майбутньому.

Реальною ж кримінальна відповідальність стає для цієї особи з моменту набрання законної сили вироком суду, яким вона визнана злочинцем, і їй, як правило, призначено певне покарання, відбування якого пов'язане з низкою додаткових обмежень прав і свобод засудженої особи.

Таким чином, визначення кримінальної відповідальності на підставі дослідження чинного КК, як передбаченого КК України обмеження прав і свобод особи, винної у вчиненні злочину, яке індивідуалізується судом і застосовується спеціальними органами держави, поєднує в собі два види кримінальної відповідальності – потенційну і реальну.

1.1.4. Кримінальна відповідальність і кримінально-правові відносини

Правовідносини, як відомо, є одним із складових елементів механізму правового регулювання. Проблема правовідносин у кримінальному праві завжди була у полі зору вітчизняних криміналістів, хоча багато її аспектів так і залишаються спірними. Зокрема, не досягнуто єдності у розумінні самого поняття «кримінально-правові відносини», їх змісту, видів, моменту виникнення і припинення тощо. Втім, визначеність у цих проблемах має важливе значення для застосування кримінального закону як у разі притягнення особи до кримінальної відповідальності (тим більше, що деякі криміналісти отожднюють кримінальну відповідальність і кримінальні правовідносини), так і у разі звільнення особи від такої відповідальності.

У загальній теорії права правові відносини визначаються більшою частиною авторів як урегульовані нормою права реальні конкретні суспільні відносини в єдності їх форми і змісту², як такі відносини, учасники яких взаємно наділені правами і обов'язками³. Л. С. Явич визначає правовідносини як «різновид суспільних відносин, які за своєю формою виступають як індивідуально визначений зв'язок уповноважених і зобов'язаних осіб, які реалізують свої суб'єктивні права і виконують покладені на них юридичні обов'язки»⁴.

У цілому, ґрунтуючись на такому підході, визначають кримінальні правовідносини і криміналісти. Так, на думку О. І. Санталова, кримінально-правові відносини – це урегульовані нормами кримінального права відносини між державою і особою, яка вчинила суспільно небезпечне діяння⁵.

Подібно визначає кримінальні правовідносини Н. А. Огурцов, який вважає, що їх суть зводиться до відносин держави з особою, яка вчинила злочин (злочинцем)⁶.

¹ Новий глумачний словник української мови. – Т. 3. ... – С. 631.

² Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. – М., 1974. – С. 7.

³ Матузов Н. И. Общие правоотношения и их специфика // Правоведение. – 1976. – № 3. – С. 30.

⁴ Явич Л. С. Общая теория права. – Л.: Изд-во АГУ, 1976. – С. 54.

⁵ Санталов А. И. Цит. праця. – С. 51.

⁶ Огурцов Н. А. Правоотношения и ответственность в советском уголовном праве: Учебное пособие. – Рязань, 1976. – С. 27.

Отже, не вдаючись до більш поглибленого аналізу поглядів на поняття кримінальних правовідносин, можна констатувати, що в цілому на сьогодні у кримінально-правовій літературі склалося розуміння їх як врегульованих нормами кримінального права відносин між державою та особою, що вчинила злочин. Принципово з таким підходом, мабуть, можна погодитися, оскільки він, як було зазначено, ґрунтується на загально-теоретичному вченні про сутність правовідносин¹.

Проте, досі залишається дискусійним питання про момент виникнення кримінально-правових відносин, так само, як і про моменти виникнення та припинення кримінальної відповідальності. Безумовно, вирішення даного питання прямо залежить від погляду авторів на зміст та види кримінальної відповідальності. Внаслідок цього автори, які вважають кримінальну відповідальність обов'язком винного перетерплювати певний негативний вплив з боку держави, в основному пов'язують момент її виникнення з *моментом вчинення злочинного діяння*².

Прихильники визначення кримінальної відповідальності як реального, фактичного перетерплювання особою покладених на неї позбавлень, як правило, момент виникнення кримінальної відповідальності пов'язують із *винесенням судом обвинувального вироку*³ або з *моментом початку відбування покарання за обвинувальним вирок*ом суду. С. Н. Братусь, зокрема, зазначає, що «потрібно розрізняти момент виникнення кримінально-правових відносин і момент виникнення кримінальної відповідальності. Перше, як справедливо вважає більшість криміналістів, виникає... з моменту вчинення злочину. Друга (відповідальність) починається з моменту відбування покарання за обвинувальним вироком суду»⁴.

Початковий момент виникнення кримінальної відповідальності із винесенням обвинувального вироку судом або із *набранням цим вирок*ом законної сили пов'язують, зокрема, і прихильники третьої позиції – визначення суті кримінальної відповідальності через сукупність кримінально-правових, процесуальних та виконавчих правовідносин. Так, М. І. Загородников вважає, що «кримінальна відповідальність починається там і тоді, де і коли на підставі закону конкретно визначені права і обов'язки учасників кримінальних правовідносин... Притягнення до кримінальної відповідальності чи початковий момент виникнення чи несення цієї відповідальності визначається моментом винесення обвинувального вироку суду»⁵. Ю. М. Ткачевський уточнює: кримінальна відповідальність починається не з моменту винесення обвинувального вироку, а з *набрання ним законної сили*⁶.

Іншої думки дотримувалися, зокрема, Я. М. Брайнін, Н. А. Стручков, М. П. Карпушин, В. І. Курляндський та інші, які відзначали, що моментом виникнення та початку несення кримінальної відповідальності є *момент притягнення особи в якості обвинуваченого*⁷.

¹ Автор свідомо не розглядає позицію щодо виділення, крім зазначених, т. зв. відносин, пов'язаних з утриманням особи від вчинення злочину, та регулятивних відносин, які складаються з приводу правомірної поведінки особи, оскільки це явно виходить за межі дослідження.

² Див.: Пионтковский А. А. Правоотношение в уголовном праве // Правоведение. – 1962. – № 2. – С. 89; Кривобочко Л. Н. Освобождение от уголовной ответственности с применением мер общественного или административного воздействия. Учебное пособие – Х., 1981. – С. 7; Дубинин Т. Т. О моменте возникновения уголовной ответственности // В сб.: Основания и порядок реализации уголовной ответственности. – Куйбышев, 1989. – С. 38 тощо.

³ Див.: Келина С. Г. Цит. праця. – С. 28.

⁴ Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. – М., 1976. – С. 113 та ін.

⁵ Загородников Н. И. О пределах уголовной ответственности // Советское государство и право. – 1967. – С. 7.

⁶ Див.: Советское уголовное право. Общая часть / Под ред. Г. А. Кригера, Б. А. Куринова, Ю. М. Ткачевского. – М., 1981. – С. 31-36. Такої ж думки дотримується і Салтанов А. И. (Цит. праця. – С. 14, 62); а також інші.

⁷ Див.: Брайнин Я. М. Уголовная ответственность и ее основания в советском уголовном праве. – М., 1963. – С. 27-28; Стручков Н. А. Уголовная ответственность и ее реализация в борьбе с преступностью. – Саратов, 1978. – С. 49; Карпушин М. П., Курляндский В. И. Уголовная ответственность и состав преступления. – М., 1974. – С. 30 та ін.

Не менш важливим є і визначення моменту припинення кримінальної відповідальності. Найбільш поширеними в літературі щодо цього є такі позиції: кримінальна відповідальність припиняється 1) відбуттям покарання¹; 2) погашенням чи зняттям судимості² та 3) відбуттям покарання або погашенням чи зняттям судимості³.

Однак деякі автори більш широко розглядають межі кримінальної відповідальності. Зокрема, В. С. Єгоров виділяє чотири різних варіанти моменту припинення кримінальної відповідальності, яке може бути «пов'язане із чотирма різними за змістом юридичними обставинами»⁴ і називає серед таких обставин: 1) звільнення особи від кримінальної відповідальності, 2) неможливість її застосування (коли винна особа померла або захворіла на психічне захворювання, яке виключає осудність), 3) декриміналізацію вчиненого особою злочинного діяння та, нарешті, 4) повне відбуття особою всіх передбачених законом мір негативного впливу, що входять у зміст кримінальної відповідальності.

Щодо початку та припинення кримінального правовідношення у вітчизняній науковій літературі також існує декілька відповідних позицій. Так, одні автори вважають, що кримінально-правове відношення виникає з моменту з'явлення такого юридичного факту, як вчинення злочину⁵. На думку А. Л. Рівліна, кримінальні правовідносини «виникають тоді, коли починається застосування норм кримінального права»⁶. Поділяючи цю думку, О. І. Санталов уточнює, що «кримінально-правове відношення виникає з того моменту, коли починається застосування норми кримінального права, тобто з моменту порушення кримінальної справи»⁷. Однак слід зазначити, що кримінальна справа може бути порушена і за відсутності складу злочину або події злочину. Справедливо вказує Т. Т. Дубінін, що таке «застосування норми кримінального права» будь-якого зв'язку з кримінальними правовідносинами не має і моментом його виникнення бути не може⁸.

Встановлення моменту виникнення кримінального правовідношення має, на наш погляд, пряму залежність від визначення того, що є юридичним фактом, який його породжує. Адже відомо, що підставою для виникнення будь-якого, у тому числі й кримінального, правовідношення є юридичний факт⁹. Отже, момент, з якого та чи інша дія або подія набуває ознак юридичного факту, описаного у кримінальному законі, можна констатувати як появу кримінального правовідношення.

Більшість криміналістів юридичним фактом, який породжує кримінально-правове відношення, визначає вчинення особою злочину. Водночас висловлені й інші міркування щодо сутності юридичного факту, який породжує такі правовідношення. Так, Я. М. Брайнін вважає, що юридичним фактом, який породжує кримінальне

¹ Див.: *Ребане И. А.* Проблемы совершенствования уголовного законодательства // Правоведение. – 1987. – № 5. – С. 54, тощо.

² Курс советского уголовного права. – Т. 1. – Л., 1968. – С. 238; *Багрий-Шахматов А. В.* Социально-правовые проблемы уголовного ответственности и форм ее реализации. – О., 1998. – С. 80.

³ Див.: *Коробов В. П.* Пределы уголовной ответственности // В сб.: Основания и порядок реализации уголовной ответственности. – Куйбышев, 1989. – С. 27 тощо.

⁴ *Егоров В. С.* Теоретические вопросы освобождения от уголовной ответственности. – М., 2002. – С. 28-29.

⁵ Див.: *Пионтковский А. А.* Правоотношение в уголовном праве // Правоведение. – 1962. – № 2. – С. 87-89.

⁶ *Ривлин А. Л.* Об уголовно-правовых и уголовно-процессуальных отношениях // Правоведение. – 1959. – № 2. – С. 111.

⁷ *Санталов А. И.* Уголовно-правовые отношения и уголовная ответственность // Правоведение. – 1974. – № 5. – Вып. 1. – С. 125.

⁸ *Дубинин Т. Т.* О моменте возникновения уголовной ответственности // Основания и порядок реализации уголовной ответственности: Межвузовский сборник научных статей / Отв. ред. С. А. Шейфер. – Куйбышев. – 1989. – С. 32.

⁹ Див.: *Наумов А. В.* Применение уголовно-правовых норм (По материалам следственной и прокурорско-следственной практики). – Волгоград, 1973. – С. 9.

правовідношення, є акт притягнення особи як обвинуваченого¹. М. І. Загородніков та В. Г. Смирнов під юридичним фактом розуміли набуття законної сили обвинувальним вироком суду². Відомо, однак, що встановлення, наприклад, органом дізнання, слідчим або судом ознак злочину ще не вирішує остаточно питання про реальне вчинення злочину. Тому існування юридичного факту взагалі неправильно зводити до встановлення ознак злочину, наприклад, слідчим. Відомо, що на практиці помилки є хоча і небажаними, але можливими в стадіях і судового розгляду, і винесення вироку.

Помилково винесений обвинувальний вирок «встановлює» вчинення злочину, але не може «скасувати» реально вчиненого злочину або, навпаки, зробити його реальністю. Реальність, а точніше сказати, матеріальність вчинення злочину не пов'язана з фактом виявлення його ознак органами попереднього розслідування або винесення судом обвинуваченого вироку. Якщо злочин вчинено, але органи дізнання або попереднього слідства не виявили його, кримінально-правові відносини все ж таки виникають і існують, оскільки вчинення злочину і є об'єктивною реальністю, яка повинна бути пізнана і встановлена слідством і судом, – тобто той юридичний факт, який з цього моменту породжує обов'язок конкретної особи відповісти за вчинений злочин перед державою³.

М. С. Строгович справедливо зазначав, що «вирок суду не робить людину злочинцем, а визначає злочинцем того, хто вже є злочинцем, хто став ним у момент вчинення злочину (якщо, звичайно, обвинувальний вирок винесений правильно)»⁴.

Авторська позиція щодо визначення співвідношення кримінальної відповідальності та правовідносин перебуває в залежності від визначених вище трьох аспектів та видів кримінальної відповідальності.

Так, діяльність парламенту щодо встановлення потенційної кримінальної відповідальності здійснюється в рамках конституційних правовідносин. Саме стосовно такої діяльності вживають поняття криміналізації (передбаченості ознак діяння як злочину), пеналізації (встановлення кримінальної відповідальності – покарання), а також диференціації такої відповідальності. Суб'єктом криміналізації, пеналізації і диференціації кримінальної відповідальності є саме Верховна Рада України. Вона встановлює і диференціює вид та міру обмежень прав і свобод людини, яка в майбутньому може бути визнана судом винною в учиненні конкретного злочину. Вочевидь, що початковим моментом зазначеної відповідальності є день набрання чинності законом про кримінальну відповідальність, а кінцевим моментом – день втрати ним такої чинності (за винятком зворотної дії закону в часі – ст. 5 КК).

При цьому кримінально-правовим наслідком набрання чинності законом про кримінальну відповідальність не є встановлення кримінально-правових відносин, як іноді вважають, між державою та певним колом осіб, серед яких тільки і можуть бути «рекрутовані» конкретні особи в майбутньому як суб'єкти злочину. Звідси невчинення зазначеними особами злочинів, передбачених у гіпотезі кримінально-правової норми, не свідчить і про те, що вони зазнають позитивну кримінальну відповідальність, як іноді вважають. Кримінальна відповідальність як атрибут публічного права може бути, як зазначалося, лише негативною.

Далі, кримінальна відповідальність, індивідуалізована судом, здійснюється в межах кримінально-правових відносин. Ці відносини виникають з моменту вчинення особою злочину. На цьому етапі виконавча влада здійснює кримінальне переслідування цієї особи в рамках кримінально-процесуальних відносин. Суд в обвинувальному вирокі констатує, що дана особа дійсно вчинила певний злочин, і індивідуалізує їй кримінальну

¹ Див.: *Брайтин Я. М.* Уголовный закон и его применение. – М., 1967. – № 12. – С. 41.

² Див.: *Загородніков Н. И.* О пределах уголовной ответственности // Советское государство и право. – 1967. – № 7. – С. 44-45; *Смирнов В. Г.* Функции советского уголовного права. – А., 1965. – С. 153-159.

³ Див.: *Наутов А. В.* Применение уголовно-правовых норм (По материалам следственной и прокурорско-следственной практики). – Волгоград, 1973. – С. 9-10.

⁴ *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса. – М., 1968. – Т. 1. – С. 89.

відповідальність у порядку, визначеному вище. Така індивідуалізація здійснюється в рамках кримінального правовідношення в порядку, встановленому нормами кримінально-процесуального права. Індивідуалізація визнається завершеною з дня набрання законної сили обвинувальним вироком суду. У визначеному вигляді вона існує до дня звернення цього вироку до виконання.

Нарешті, кримінальна відповідальність, що являє собою відбування-виконання обвинувального вироку суду, є реальна кримінальна відповідальність.

Початковим моментом реальної кримінальної відповідальності слід вважати день звернення обвинувального вироку суду до виконання, а кінцевим моментом – за загальним правилом, останній день відбування особою призначеного покарання.

Під час відбування покарання особа продовжує перебувати в кримінально-правових відносинах з державою. Обмеження її прав та свобод здійснюється в порядку, встановленому Кримінально-виконавчим кодексом. У тих випадках, коли після відбування покарання особа якийсь час перебуває в статусі такої, що має судимість (ст. 89 КК), є підстави вважати, що вона продовжує перебувати в кримінально-правових відносинах з державою і тому тимчасово перетерплює кримінальну відповідальність, пов'язану з обмеженням її права на «добре ім'я», встановлену обвинувальним вироком суду (ч. 1 ст. 88). Адаже така особа ще деякий час після відбуття покарання вважається такою, що є засудженою за вчинений злочин, злочинцем, і це має певні юридичні наслідки у випадках, передбачених законами України (ч. 2 ст. 88). Але й у цьому випадку закон передбачає можливість дострокового припинення такої відповідальності на підставі дострокового зняття судимості (ст. 91 КК).

Якщо ж у майбутньому закон відмовиться від інституту судимості (що часто пропонується), то реальна кримінальна відповідальність матиме закінчення в останній день відбування засудженим покарання.

Таким чином, співвідношення кримінальної відповідальності і правовідносин, в межах яких вона реалізується, залежить від виду такої відповідальності – потенційної та реальної. Потенційна кримінальна відповідальність реалізується в межах конституційних правовідносин, а реальна – в межах кримінально-правових. При цьому моменти виникнення реальної кримінальної відповідальності і кримінальних правовідносин не збігаються. Правовідносини виникають з моменту набрання законної сили обвинувальним вироком суду. При цьому, однак, моменти їх закінчення збігаються: якщо закінчуються кримінальні правовідносини, то закінчується і кримінальна відповідальність (наприклад, у разі смерті засудженого, при погашенні судимості тощо). Але кримінальне правовідношення, в тому числі і те, що існує до набрання чинності обвинувальним вироком суду, здатне до своєї зміни, що має значення для вирішення питання про природу звільнення особи від кримінальної відповідальності.

1.2. Поняття звільнення від кримінальної відповідальності

1.2.1. Доктринальне визначення сутності звільнення особи від кримінальної відповідальності

У вітчизняній кримінально-правовій літературі висловлюються різноманітні думки з приводу розуміння правової природи та сутності звільнення від кримінальної відповідальності.

Дослідники правової природи звільнення від кримінальної відповідальності відносять його до форм реалізації кримінальної відповідальності¹, вважають звільнення

¹ Див.: Песлякас В. Ч. Уголовная ответственность и освобождение от нее. Учебное пособие. – Минск, 1988. – С. 20-21; Курс Российского уголовного права. Общая часть / Под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова. ... С. 637.

від кримінальної відповідальності диференціюючим відповідальність інститутом кримінального права¹; радикальним засобом диференціації кримінальної відповідальності², юридичним фактом, що припиняє кримінальне правовідношення, який звільняє особу від несприятливих правових наслідків³ тощо.

Оцінюючи ці підходи, не можна не замітити, що висновок про те, що звільнення від кримінальної відповідальності є однією з форм її реалізації, є по суті суперечливим. Якщо особа звільняється від кримінальної відповідальності (а таке звільнення можливе лише до набрання законної сили обвинувальним вироком суду) і реальна кримінальна відповідальність починається (реалізується) саме з цього моменту, то незрозуміло, як звільнення від такої відповідальності можна віднести до форм її реалізації. У такому разі треба або вважати таку реалізацію з більш раннього періоду (наприклад, як інколи вважають, з дня вчинення злочину, порушення кримінальної справи чи притягнення до кримінальної відповідальності), або визнати, що звільнення особи від кримінальної відповідальності ще не є ні формою, ні стадією реалізації кримінальної відповідальності.

Навряд чи можна погодитися і з тим, що звільнення від кримінальної відповідальності є інститутом (засобом) диференціації кримінальної відповідальності. Перш за все, суб'єктом такої диференціації виступає законодавець. Саме він в нормах, що закріплені в КК, диференціює ще задалегідь, до вчинення злочину, потенційну кримінальну відповідальність щодо різних категорій злочинів і злочинців. Звільнення ж від кримінальної відповідальності – це прерогатива суду, який не тільки не застосовує той масштаб диференціації потенційної кримінальної відповідальності, який заклав законодавець, а, навпаки, взагалі відмовляється від покладення на цю особу тих обмежень її прав і свобод, які передбачив законодавець за вчинення нею злочин.

Таким чином, суд не диференціює кримінальну відповідальність щодо даної особи, а на підставі закону індивідуалізує підхід до визначення долі особи, яка вчинила злочин, а саме: звільняє її від кримінальної відповідальності.

Останнім часом висловлена така точка зору, що норми КК, які передбачають звільнення від кримінальної відповідальності, слід віднести до «компромісних»⁴. Така точка зору отримала підтримку і серед інших вчених⁵. З іншого боку, широко застосовується до цих явищ і поняття «альтернатив кримінальному переслідуванню». Розгорнутий аналіз поняття «альтернатив кримінальному переслідуванню» з позиції зарубіжних та вітчизняних кримінально-правових традицій було здійснено Л. В. Головком, який зокрема, в першу чергу до альтернативних механізмів вирішення кримінально-правових конфліктів відніс звільнення від кримінальної відповідальності⁶.

Нарешті, таке звільнення, як зазначалося, називають правоприйняючим юридичним фактом⁷. З таким підходом можна погодитися, але він стосується розгляду правовідносин, що виникають у випадках звільнення особи від кримінальної відповідальності, про які йтиме мова у наступному підрозділі.

¹ Див.: *Лешневски-Костарева Т. А.* Цит. праця. – С. 179.

² *Кругликов А. А., Васильевский А. В.* Дифференциация ответственности в уголовном праве. – СПб., 2003. – С. 150.

³ *Иванов В. Ю.* Освобождение от уголовной ответственности по нормам Особенной части уголовного закона и его применение органами внутренних дел: Автореф. дис. ... к. ю. н. – М., 1992. – С. 12.

⁴ Див.: *Аликперов Х. Д.* Преступность и компромисс. – Баку: Элм, 1992. – 196 с.

⁵ Див.: *Келина С. Г.* Освобождение от уголовной ответственности как правовое последствие совершения преступления. – М., 1994. – С. 68; *Усатий Г. О.* Кримінально-правовий компроміс. – К.: Атіка, 2001. – С. 33.

⁶ *Головко Л. В.* Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. ... – С. 251-253.

⁷ *Хабаров А. В.* Юридические факты в уголовном праве // Ученые записки: Сборник научных трудов Института государства и права. Выпуск 6. – Тюмень: Изд-во Тюменского гос. ун-та, 2003. – С. 63.

1.2.2. Кримінальне правовідношення щодо звільнення особи від кримінальної відповідальності

Обов'язок особи, що вчинила злочин, піддатися кримінальній відповідальності реалізується в рамках кримінально-правових відносин. Держава, як один із суб'єктів цих відносин, вправі не тільки покласти на цю особу кримінальну відповідальність, але й може відмовитися від цього свого повноваження за наявності підстав, передбачених КК. Відповідно до ч. 1 ст. 44, «особа, яка вчинила злочин, звільняється від кримінальної відповідальності у випадках, передбачених цим Кодексом, а також на підставі закону України про амністію чи акта помилування». Таким чином, повноваження держави обмежені КК, що містить вичерпний перелік підстав звільнення від такої відповідальності.

Звільнити – етимологічно означає як звільнити від чогось, що вже є (від займаної посади, небажаної сторонньої присутності, тощо), так і позбавити чого-небудь, дати можливість не робити чого-небудь у майбутньому¹.

Класифікація видів кримінальної відповідальності, що наведена вище, приводить до одного з питань цієї теми – від якого виду кримінальної відповідальності звільняється особа – від реальної чи потенційної?

Відповідь на питання, яке нас цікавить, можна одержати лише за детального дослідження кримінально-правових відносин та їх динаміки. Тому звернемо увагу, зокрема, на повноваження держави щодо звільнення від кримінальної відповідальності як складову цих кримінально-правових відносин, акцентуючи на тому, від якого виду відповідальності відбувається таке звільнення.

Отже, для виникнення кримінально-правових відносин необхідним є вчинення злочину. Саме з моменту вчинення злочинного діяння виникає й обов'язок особи, яка його вчинила, зазнавати тих несприятливих наслідків, які закон пов'язує із злочином, і повноваження держави притягнути злочинця до виконання цього обов'язку. Таким чином, є наявними як суб'єкти правовідносин, так і кореспондуючі одне одному їх юридичні обов'язки і суб'єктивні права, тобто наявне кримінально-правове відношення.

З моменту вчинення особою злочину між нею та державою складається правовідношення, об'єктом якого є права і свободи злочинця, кримінальна відповідальність.

Кримінальні правовідносини, за загальним правилом, існують протягом досудового слідства, судового розгляду справи, всього часу відбування засудженим покарання та ще якийсь час після його відбуття – до моменту погашення або зняття судимості. Проте кримінально-правові відносини (зауважимо, саме правовідносини, а не кримінальна відповідальність) можуть бути припинені і на більш ранньому етапі. Підстави такого припинення можуть бути різними – смерть особи, звільнення особи від кримінальної відповідальності, видання акта амністії та помилування тощо.

Таке кримінальне правовідношення, в якому держава має лише повноваження притягнути особу до кримінальної відповідальності за вчинений злочин є **правовідношенням кримінальної відповідальності**. Оскільки жодного іншого повноваження, крім повноваження покласти на особу кримінальну відповідальність, держава в такому правовідношенні не має, то воно (це правовідношення) існує до того часу, коли таке повноваження держави не буде нею реалізоване повністю або не буде припинено без реалізації.

З метою реалізації названого повноваження органи державної влади спершу притягують особу до кримінальної відповідальності, а потім покладають на неї таку відповідальність. Притягнення особи до кримінальної відповідальності є стадією кримінального переслідування і починається, як вказав в одному із своїх рішень Конституційний Суд України, з моменту пред'явлення особі обвинувачення у вчиненні

¹ Див.: Ожегов С. И. Словарь русского языка. – М.: Русский язык, 1991. – С. 459.

злочину¹. Сама ж реальна кримінальна відповідальність настає, як вже зазначалося, з моменту набрання законної сили обвинувальним вироком суду².

Таким чином, якщо держава реалізує своє повноваження щодо покладення на особу кримінальної відповідальності, то кримінальне правовідношення між ними існує як протягом всього строку притягнення до кримінальної відповідальності та її зазначання, так і ще протягом певного строку після закінчення відбування покарання, тобто протягом строку, коли ця особа вважається судимою за вчинення злочину. Саме впродовж цього часу у держави існує і реалізується повноваження щодо покладення кримінальної відповідальності на особу, яка вчинила злочин.

Однак за певних умов зміст кримінально-правового відношення може бути змінений. Зокрема, це стосується зміни повноваження держави у правовідношенні при звільненні особи від кримінальної відповідальності.

Як відомо, зміна кримінально-правового відношення, як і його поява чи зупинення, відбувається у зв'язку з наявністю юридичного факту. Отже, для того, щоб кримінально-правове відношення, в якому держава має повноваження покласти на особу кримінальну відповідальність, було змінено, впродовж часу його існування має з'явитися інший юридичний факт, відмінний від того, який породив це правовідношення.

Таким юридичним фактом, здатним змінити існуюче кримінально-правове відношення, закон визнає, наприклад, позитивну посткримінальну поведінку особи, яка є суб'єктом даного правовідношення (дійове каяття, примирення з потерпілим тощо). Позитивна посткримінальна поведінка особи не припиняє існуючого кримінально-правового відношення, а лише змінює його. Точніше, змінюється лише зміст цього правовідношення: повноваження держави покласти на особу кримінальну відповідальність частіше замінюється повноваженням звільнити її від такої відповідальності.

Отже, з моменту виникнення правозмінюючого юридичного факту існуюче між особою та державою кримінальне правовідношення не припиняється, а змінюється, трансформується. Якщо до цього воно існувало як право-, відношення кримінальної відповідальності, то віднині воно існує як кримінальне правовідношення звільнення від кримінальної відповідальності.

Вочевидь, що звільнення від кримінальної відповідальності не може мати місце раніше, ніж мав місце правозмінюючий юридичний факт. Звідси, звільнення від кримінальної відповідальності можливе лише після набуття таким фактом всіх ознак, передбачених законом (наприклад, сплив строку давності, завершена поведінка, яка свідчить про наявність всіх елементів дійового каяття тощо). По суті, це проблема наявності та ознак правозмінюючого юридичного факту.

Враховуючи, що звільнення від кримінальної відповідальності може бути здійснено на підставі як одномоментного (остаточного, безумовного), так і триваючого (умовного) юридичного факту – підстави, тривалість процесу звільнення від відповідальності також може бути різною. Наприклад, безумовне звільнення на підставі Закону України «Про амністію» відбувається одномоментно в судовому засіданні – його початковий та кінцевий моменти збігаються. У разі умовного звільнення, наприклад, на підставі ст. 47 КК – у разі передачі особи на поруки, початковим моментом звільнення буде набрання законної сили відповідною ухвалою чи постановою суду про закриття справи, а кінцевим моментом – сплив передбаченого законом строку (один рік), якщо особа виправдала довіру колективу, не ухилялася від заходів виховного характеру, не порушувала громадського порядку тощо, тобто виконала певні покладені на неї обов'язки.

¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положень частини третьої статті 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканність): Рішення Конституційного Суду України від 27 жовтня 1999 року // Вісник Конституційного Суду України. – 1999. – № 5. – С. 7-13.

² Там само.

Виходячи з викладеного, звільнення від кримінальної відповідальності постає як засіб кримінально-правового реагування держави на вчинений злочин, що не пов'язаний з реалізацією потенційної кримінальної відповідальності. Звільнення від кримінальної відповідальності, так само, як і сама кримінальна відповідальність, є за своєю природою ретроспективним явищем. Воно хоч і реалізується на майбутнє, але звернене в минуле – є реагуванням держави на поведінку особи в минулому: після вчинення злочину і до набуття законної сили обвинувальним вироком суду. Логічним є звідси висновок, що при звільненні від кримінальної відповідальності важливою є відмова держави від реалізації своїх повноважень щодо обмеження передбачених КК прав і свобод злочинця. Оформлення ж такої відмови документально покладається кримінальним законом на суд, який тільки й може звільнити особу від кримінальної відповідальності.

1.2.3. Звільнення від кримінальної відповідальності – прерогатива суду

Звільнення від кримінальної відповідальності, таким чином, є актом суду, яким встановлюється відмова держави від реалізації свого повноваження щодо застосування до особи кримінальної відповідальності. Сутність цього акта і полягає саме в тому, що суд не застосовує щодо особи, яка вчинила злочин, визначені кримінальним законом обтяження особистого, майнового чи іншого характеру, якщо до того є встановлені законом підстави.

При цьому для того, щоб застосування звільнення особи від кримінальної відповідальності було законним, необхідно обов'язкове встановлення того, що ця особа вчинила саме злочин. Але злочин – це завжди винна поведінка особи. В зв'язку з цим справедливо, що «звільнення від кримінальної відповідальності, з якої б підстави і ким би воно не проводилося, – вказували, наприклад, М. П. Карпушин і В. І. Курляндський, – означає визнання особи винною»¹.

Такий підхід досить широко був підданий критиці вітчизняними криміналістами у радянські роки. Вони звертали увагу на те, що звільнення від кримінальної відповідальності може здійснюватися як органами кримінального переслідування (за тодішнім законодавством переважно саме так і було), так і судом.

Однак відповідно до ст. 160 Конституції СРСР, лише суд міг визнати особу винною у вчиненні злочину. Виходячи з цього, противники наведеного твердження заявляли, що визнання особи винною у вчиненні злочину при звільненні її від кримінальної відповідальності органами попереднього слідства є неконституційним. З огляду на це, одні криміналісти пропонували передати повноваження на звільнення особи виключно суду², інші – пропонували відмовитися від визнання особи винною у вчиненні злочину при звільненні її від кримінальної відповідальності³, треті – намагаються узгодити обидва підходи, стверджуючи, що суд може звільнити особу від кримінального покарання, визнавши її винною у вчиненні злочину, а органи попереднього слідства можуть з тих же підстав відмовитися від кримінального переслідування такої особи, не вирішуючи наперед питання про її винуватість у вчиненні злочину⁴.

¹ Див.: *Карпушин М. П., Курляндский В. И.* Уголовная ответственность и состав преступления. – М., 1974. – С. 216.

² Див.: *Петрухин И. А.* Социальная природа правосудия и его цели // Теоретические вопросы эффективности правосудия. – М., 1979. – С. 26-32; *Грошевой Ю. М.* Сущность судебных решений в советском уголовном процессе. – Х., 1979. – С. 83.

³ Див.: *Ной И. С.* Новое в трактовке основных уголовно-правовых понятий // Советское государство и право. – 1982. – № 7. – С. 92.

⁴ Див.: *Головки А. В.* Освобождение от уголовной ответственности и освобождение от уголовного преследования: соотношение понятий... – С. 50-51.

Нарешті, ще одна група криміналістів вважала за необхідне збереження інституту звільнення від кримінальної відповідальності і органами попереднього слідства, і судами, при визнанні особи винуватою у вчиненні злочину¹.

До тих пір, поки особа не визнана такою, що вчинила злочин, ні покласти на неї кримінальну відповідальність, ні звільнити її від такої неможливо. У цьому зв'язку правильною є думка тих криміналістів, які вважають, що питання про можливість звільнення конкретної особи від кримінальної відповідальності за вчинене настає тільки тоді, коли ця особа скоїла діяння, яке визнано злочином².

Інакше кажучи, питання про звільнення особи від кримінальної відповідальності виникає тільки в тих випадках, коли були всі підстави для покладення на неї такої.

Саме у зв'язку з викладеним постає певна проблема процесуального оформлення звільнення від кримінальної відповідальності. Як відомо, відповідно до ч. 1 ст. 62 Конституції України, особа може бути визнана такою, що вчинила злочин, лише обвинувальним вироком суду. Водночас постановлена обвинувального вироку суду вже свідчить про державний осуд особи, що вчинила злочин, а, отже, як зазначено вище, про покладення на неї кримінальної відповідальності. Останнє ж унеможлиблює звільнення від такої відповідальності³.

Величезну увагу дослідженню цього питання приділив А. В. Головко, який суть даної проблеми визначив таким чином: інститут звільнення від кримінальної відповідальності є «необхідним з точки зору кримінальної політики, його існування неминуче для будь-якого розвинутого сучасного правопорядку... – однак, зазначає він, – прийняте нині тлумачення матеріально-правового інституту звільнення від кримінальної відповідальності, процесуальною формою якого є інститут закриття провадження у кримінальній справі з nereабілітуючих підстав, перебуває у прямій і достатньо очевидній суперечності з таким фундаментальним конституційним принципом, як презумпція невинуватості»⁴. Таку суперечність він вбачає в тому, що при звільненні від кримінальної відповідальності факт вчинення злочину може констатуватися не тільки вироком суду, що вступив в законну силу, але і документами органів дізнання, слідчим, прокурором тощо, що суперечить проголошеному в Конституції та основоположному принципу презумпції невинуватості.

Вочевидь, що звільнення від кримінальної відповідальності не є *реабілітацією особи*, і це було підкреслено в постанові Конституційного Суду РФ від 28.10.1996 р., яка, на погляд С. Г. Келіної, поклала край багаторічній дискусії на тему: суперечить чи не суперечить інститут звільнення від кримінальної відповідальності презумпції невинуватості⁵. У постанові зазначається, що звільнення особи від кримінальної відповідальності є таке, що базується на матеріалах розслідування, констатації того, що особа вчинила діяння, яке містить ознаки злочину, і тому рішення про закриття справи не тягне за собою реабілітації особи (визнання її невинуватою), тобто питання про її винуватість залишається відкритим⁶.

¹ Див.: Лобанова А. В. О сущности освобождения от уголовной ответственности и правовом положении освобожденного от нее // Проблемы охраны прав и законных интересов личности в социалистическом уголовном праве и процессе: Сб. научных трудов. – Ярославль: Ярославский государственный университет, 1985. – С. 81-83.

² Див.: Келіна С. Г. Цит. праця. – С. 7.

³ Див. також: Скибицкий В. В. Освобождение от уголовной ответственности и отбывания наказания. – К.: Наукова думка, 1987. – С. 20.

⁴ Головко А. В. Освобождение от уголовной ответственности и освобождение от уголовного преследования: соотношение понятий // Государство и право. – 2000. – № 6. – С. 41-42.

⁵ Див.: Курс Российского уголовного права. Общая часть / Под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова. – М.: СПАРК, 2001. – С. 637.

⁶ Постановление Конституционного Суда РФ по делу о проверке конституционности ст. 6 УПК РСФСР в связи с жалобой защитника О. В. Сушкова от 28.10.1996 г. // ВСК РФ. – 1996. – № 5.

Вирішення цієї проблеми, на думку А. В. Головка, можливе шляхом перегляду сутності та меж реалізації права держави на звільнення особи від кримінальної відповідальності. Спираючись на аналіз властивих сучасному зарубіжному законодавству «альтернативних заходів боротьби зі злочинністю»¹, автор пропонує закріпити в законі порядок зі звільненням від покарання лише звільнення особи від кримінального переслідування. По-перше, саме звільнити, а не «відмовитись», адже звільнити можна і від тих дій, вчинення яких входить в обов'язок інших осіб, тоді як відмовитися можна лише від власних повноважень. По-друге, звільнити саме від кримінального переслідування, а не від кримінальної відповідальності, маючи на увазі осуд і покарання, оскільки кримінальна відповідальність і кримінальне покарання співвідносяться як мета і засіб.

Така позиція видається досить цікавою, а пропозиції – справедливими та такими, що потребують подальшого обговорення. Однак, з позицій чинного КК, здійснення будь-яких докорінних змін правової регламентації інституту звільнення від кримінальної відповідальності видається недоцільним, а згадані проблеми частіше вирішуються в рамках кримінального процесу шляхом застосування спеціальних засобів – наприклад, відмови від порушення кримінальної справи взагалі (за наявності певних підстав і умов), чи наявності згоди особи, що вчинила злочин на закриття провадження у кримінальній справі щодо неї з нереабілітуючих підстав тощо.

Але і з точки зору чинної Конституції України та КПК часткове вирішення зазначеного питання можливе. Так, буквально тлумачення ч. 1 ст. 62 Конституції України свідчить, про те, що визнана такою, яка вчинила злочин, і піддана кримінальній відповідальності особа може бути лише судом і лише за обвинувальним вироком. Іншими словами, Конституція вирішує лише одне, хоча і дуже принципове, питання, а саме: лише обвинувальним вироком суду особа може бути визнана винуватою у вчиненні злочину.

Це, однак, не виключає того, що визнаною такою, що вчинила злочин, і звільненою від кримінальної відповідальності особа може також судом, але в іншому процесуальному порядку. Звільнення від кримінальної відповідальності особи, яка вчинила злочин, оформлюється винесенням судом ухвали або постанови про закриття кримінальної справи. Відповідно до ст. 282 КПК України, така ухвала може бути винесена до видавлення суду до нарадчої кімнати для постанови обвинувального вироку.

Таким чином, з точки зору кримінального процесу звільнення від кримінальної відповідальності – це звільнення від винесення відносно особи обвинувального вироку². При цьому слід підкреслити, що повноваження саме суду на звільнення особи від кримінальної відповідальності поширюється не тільки на випадки, передбачені в Загальній частині (як це нерідко вважають), а і на випадки, передбачені Особливою частиною. Це пояснюється тим, що, згідно з ч. 2 ст. 44 «звільнення від кримінальної відповідальності у випадках, передбачених цим Кодексом, здійснюється виключно судом».

Часові межі звільнення від кримінальної відповідальності визначаються, виходячи з наведених вище висновків про часові межі кримінальної відповідальності та кримінально-правових відносин. У процесуальному праві звільнення від кримінальної відповідальності вважається наявним до моменту набрання законної сили постанови суду про закриття кримінальної справи. Отже, як тільки набере законної сили обвинувальний вирок суду, можна констатувати, що держава застосувала щодо особи, яка вчинила злочин, перший з двох кримінально-правових засобів протидії такому злочи-

¹ Головка А. В. Цит. стаття. – С. 46.

² Див.: Лукашов А. И. Уголовное право Республики Беларусь. Состояние и перспективы развития. – Минск, 2002. – С. 29-30; Ткачевский Ю. М. Система освобождения от уголовной ответственности и наказания // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право, 1988. – № 5. – С. 22-30; Зельдов С. И. Некоторые актуальные проблемы совершенствования уголовно-правового реагирования на преступления. – С. 13-22.

ну – кримінальну відповідальність. І цей висновок зумовлює інший – з цього ж моменту застосування до такої особи іншого кримінально-правового засобу протидії злочинності – звільнення від кримінальної відповідальності – стає об'єктивно неможливим. Виходячи з того, що винесений судом першої інстанції вирок вже не може бути змінений цим же судом, то, очевидно, можна зробити висновок, що звільнення особи від кримінальної відповідальності може бути здійснено судом першої інстанції ще до самого постановлення обвинувального вироку. Суд же другої інстанції може застосувати цей засіб кримінально-правового реагування за вчинений злочин у період, коли вирок був постановлений, але ще не набрав законної сили.

1.2.4. Визначення звільнення особи від кримінальної відповідальності

Висновок, що при звільненні від кримінальної відповідальності особа звільняється від винесення обвинувального вироку, пояснює і визначення такого звільнення, які наводяться в літературі.

Так, С. Г. Келіна вважає звільнення особи від кримінальної відповідальності звільненням її від винесення негативної оцінки її поведінки у формі обвинувального вироку¹. В. Ч. Песлякас під звільненням від кримінальної відповідальності розуміє звільнення від наслідків, що становлять зміст такої відповідальності, тобто від осуду, кримінального покарання і наявності судимості². На думку В. С. Єгорова, звільнення від кримінальної відповідальності – це незастосування у відношенні особи, винної у вчиненні суспільно небезпечного діяння, негативних правових наслідків, передбачених законом за його вчинення, в силу відпадання чи суттєвого зниження суспільної небезпечності злочинного діяння чи особи, яка його вчинила³. На думку Н. Ф. Кузнецової, звільнення від кримінальної відповідальності являє собою звільнення особи, що вчинила злочин, але після цього втратила свою суспільну небезпечність в силу низки обставин, вказаних у кримінальному законі, від застосування до винного з боку держави заходів кримінально-правового характеру⁴. За П. С. Матишевським, звільнення від кримінальної відповідальності – це наявність законних підстав та певних умов, які обумовлюють звільнення особи, яка вчинила злочин, від її обов'язку піддатися судовому осуду і перетерпіти покарання⁵. С. С. Яценко вважає, що звільнення від кримінальної відповідальності – це здійснювана відповідно до кримінального, кримінально-процесуального закону відмова держави в особі відповідного суду від застосування заходів кримінально-правового характеру щодо осіб, які вчинили злочин⁶. Подібним чином визначає звільнення від кримінальної відповідальності і О. О. Дудоров, зазначаючи, що під звільненням від кримінальної відповідальності розуміється відмова держави в особі компетентних органів від притягнення особи, яка вчинила злочин, до кримінальної відповідальності⁷.

¹ Келіна С. Г. Теоретические вопросы освобождения от уголовной ответственности... – С. 31; Курс Российского уголовного права. Общая часть / Под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова. – М.: СПАРК, 2001. – С. 631.

² Песлякас В. Ч. Уголовная ответственность и освобождение от нее. Учебное пособие. – Минск, 1988. – С. 19.

³ Егоров В. С. Теоретические вопросы освобождения от уголовной ответственности. – М., 2002. – С. 50.

⁴ Див.: Курс уголовного права. Общая часть. Т. 2 / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой ... – С. 191.

⁵ Див.: П. С. Матишевський. Кримінальне право України. Загальна частина. Підручник – К.: А.С.К. – 2001. – С. 219-220.

⁶ Див.: Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / За ред. проф. С. С. Яценка. – К.: А.С.К., 2003. – С. 99.

⁷ Кримінальне право України. Загальна частина. Підручник / За ред. проф. Я. Ю. Кондратьєва. – К.: Правові джерела, 2002. – С. 254-255.

Як бачимо, наведені визначення звільнення від кримінальної відповідальності, в основному, відображають розуміння авторами сутності та визначення поняття кримінальної відповідальності.

Виходячи із авторського бачення видів кримінальної відповідальності (потенційної і реальної), можемо констатувати, що вочевидь, особа звільняється саме від реалізації потенційної відповідальності, адже звільнення від відповідальності відбувається до початкового моменту реальної кримінальної відповідальності, яка починається, як зазначалося, з моменту набрання чинності обвинувальним вироком суду. Немає вироку – немає реальної кримінальної відповідальності, а отже, особу звільняють від потенційної кримінальної відповідальності. Така відповідальність вже в потенції закріплена в санкції кримінально-правової норми, однак ця потенція не переходить в дійсність, оскільки суд не виносить вирок, а припиняє провадження у справі.

Тому системне і логічне тлумачення закону дає підставу вважати, що КК *під звільненням від кримінальної відповідальності розуміє звільнення лише від майбутньої, потенційної відповідальності*. Звільнення від реальної кримінальної відповідальності з урахуванням названих вище трьох видів її індивідуалізації становить, за КК, по суті звільнення від призначення покарання або звільнення від відбування призначеного покарання, або звільнення від подальшого відбування покарання чи дострокове зняття судимості.

Таким чином, звільнення від кримінальної відповідальності – це передбачена законом відмова держави від застосування до особи, яка вчинила злочин, обмежень її певних прав і свобод, визначених КК України.

1.3. Відмежування «звільнення особи від кримінальної відповідальності» від «виключення такої відповідальності» та «звільнення від покарання»

1.3.1. Відмежування «звільнення особи від кримінальної відповідальності» від «звільнення від покарання»

Слід зазначити, що раніше більшість авторів не проводила різниці між цими поняттями, певним чином вважаючи «звільнення від кримінальної відповідальності» та «звільнення від покарання» єдиним цілим. В. Г. Беляєв, зокрема, зауважував, що покарання є «єдиною матеріально правовою реалізацією відповідальності», а тому «звільнення від покарання» фактично дорівнює «звільненню від відповідальності»¹. Не розмежували звільнення від кримінальної відповідальності від звільнення від покарання і ряд інших вчених-криміналістів². Слід відмітити, що і сучасні КК країн далекого зарубіжжя також нерідко інститути звільнення від кримінальної відповідальності та від покарання розглядають як єдине ціле³. Однак поширення думки щодо диференціації позитивної та негативної кримінальної відповідальності стали причиною того, що звільнення від кримінальної відповідальності та звільнення від кримінального покарання почали розглядати як два окремих самостійних кримінально-правових явища⁴.

¹ Беляєв В. Г. Личность преступника в советском уголовном праве / Автореф. дис. ... к. ю. н. – Ростов-на-Дону, 1964. – С. 14.

² Зокрема: Виттенберг Г. Б. Вопросы освобождения от уголовной ответственности и наказания с применением мер общественного воздействия. – С. 15; Давыдов Я. М. Обвинительный приговор без назначения наказания // Правоведение. – 1971. – № 1. – С. 82, ін.

³ Див.: Новиков В. А. Освобождение от уголовной ответственности / Автореф. дис. ... к. ю. н. – Краснодар, 2003. – С. 21.

⁴ Келина С. Г. Цит. праця. – С. 76; Кригер Г. А., Кригер Г. Л. Об индивидуализации ответственности и наказания в советском уголовном законодательстве // Вестник МГУ. – 1972. – № 4. – С. 41-42; Егоров В. С. Теоретические вопросы освобождения от уголовной ответственности. – М., 2002. – С. 65; Лесниевски-Костарева Т. А. Цит. праця. – С. 214, ін.

Чітко розмежовує ці поняття і чинний КК України.

По-перше, розділ XII Загальної частини КК називається «Звільнення від покарання та його відбування» на відміну від розділу IX «Звільнення від кримінальної відповідальності». По-друге, розділ IX розміщено перед розділом X «Покарання та його види» не випадково. Якщо звільнення від кримінальної відповідальності означає відмову держави від застосування потенційної кримінальної відповідальності, то логічно, що цей IX розділ Загальної частини вміщено перед розділом, який присвячений покаранню. Як це впливає із вищенаведеного, покарання, яке призначається за вироком суду, свідчить про настання реальної кримінальної відповідальності. Це пояснюється ще і там, що кримінальна відповідальність, як уже зазначалося, індивідуалізується в трьох видах, а саме: 1) не пов'язаного з призначенням винному покарання; 2) пов'язаного з призначенням покарання, але без його реального відбування; нарешті, 3) пов'язаного з відбуванням призначеного покарання. Тому розділ XII «Звільнення від покарання та його відбування» і вміщений після розділів КК, присвячених покаранню та його призначенню, тобто реальній кримінальній відповідальності.

Таким чином, можна зробити висновок, що *звільнення від покарання – це відмова держави у випадках, передбачених законом, від реальної кримінальної відповідальності, тобто від призначення особі, винній у вчиненні злочину, покарання або від його відбування чи подальшого відбування*. Це означає, що розмежування між звільненням від кримінальної відповідальності та від покарання полягає у тому, що у першому випадку держава відмовляється в межах повноважень, встановлених законом, від реалізації потенційної відповідальності, а у другому випадку – від реальної кримінальної відповідальності.

Звільнення від потенційної кримінальної відповідальності може мати місце після вчинення злочину в період, коли для цього виникли й існують передбачені КК підстави, проте в будь-якому випадку до закінчення строку, протягом якого на особі лежить обов'язок відповідати за вчинене перед державою. Це, за загальним правилом, день спливу строку давності (ст. 49). При цьому, однак, особа може бути звільнена від кримінальної відповідальності до того моменту, поки вона їй не піддалася, тобто до набуття законної сили обвинувальним вироком суду. Відповідно до зазначеного вище рішення Конституційного Суду України від 27 жовтня 1999 р. в справі про депутатську недоторканність, саме з дня набуття законної сили обвинувальним вироком суду і починається реальна кримінальна відповідальність. Після цього мова може йти лише про звільнення від покарання. Отже, день набуття законної сили обвинувальним вироком є межею, що розділяє звільнення від кримінальної відповідальності і звільнення від покарання.

1.3.2. Відмежування «звільнення особи від кримінальної відповідальності» від виключення такої відповідальності

Звільнення від кримінальної відповідальності необхідно відмежовувати і від виключення такої відповідальності, яке має місце у випадках, коли в діях особи відсутній склад злочину, тобто підстава кримінальної відповідальності і, отже, особу нема від чого звільняти.

Розмежування виключення відповідальності від звільнення особи від відповідальності визнається і в сучасній загальній теорії права. Зокрема, зазначається, що «в першому випадку маємо справу з правопорушеннями, за які відповідальність не настає в силу певних юридичних умов чи фізичного стану особи, то у другому – відповідальність уже має місце і мова йде виключно про правові підстави можливого звільнення від неї» та зауважується, що звільнення від відповідальності має свої специфічні підстави, відмінні від підстав виключення відповідальності¹.

¹ Сенякин И. Н. Теория государства и права. Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. – М.: Юрист, 2003. – С. 603.

Виключення кримінальної відповідальності, за чинним КК, має місце, наприклад, при малозначності діяння (ч. 2 ст. 11), вчиненні особою суспільно небезпечного діяння, передбаченого КК, в стані неосудності (ч. 2 ст. 19), за наявності обставин, що виключають злочинність діяння (Розділ VIII Загальної частини КК), а також у випадках, передбачених ч. 4 ст. 331 (прибуття в Україну іноземців чи осіб без громадянства для використання права притулку, а також з метою набуття статусу біженця тощо), ч. 2 ст. 385 (відмова особи давати показання щодо себе, а також членів сім'ї та близьких родичів), ч. 2 ст. 396 (заздалегідь не обіцяне приховування злочину членом сім'ї чи близьким родичем особи, яка вчинила злочин) тощо. У зазначених випадках така особа, як передбачає КК, не підлягає кримінальній відповідальності за скоєне (див. ч. 2 ст. 19, ч. 2 ст. 385, ч. 2 ст. 396), або вчинене нею не тягне за собою кримінальної відповідальності.

Узагальнення практики застосування законодавства про звільнення від кримінальної відповідальності свідчить про те, що іноді слідчі в резолютивних частинах постанов вказують взаємовиключні підстави для звільнення осіб від кримінальної відповідальності.

Так, у постанові про закриття справи, направленої до Іршавського районного суду Закарпатської області, за фактом крадіжки майна з кіоску Довженківського лісокомбінату, слідчий зазначив, що справа підлягає закриттю з двох підстав: у зв'язку із закінченням строків давності та за відсутністю складу злочину.

1.4. Види звільнення від кримінальної відповідальності

1.4.1. Імперативне (обов'язкове) та дискреційне (необов'язкове) звільнення особи від кримінальної відповідальності

Залежно від того, правом чи обов'язком суду є звільнення особи від кримінальної відповідальності, виділяють два види такого звільнення: **імперативне** (обов'язкове) і **дискреційне** (факультативне, необов'язкове). Факультативними є звільнення, передбачені ст. 47 (передача на поруки), ст. 48 (зміна обстановки) та ч. 1 ст. 97 (звільнення від кримінальної відповідальності неповнолітніх із застосуванням примусових заходів виховного характеру). Це означає, що за наявності підстав, передбачених зазначеними статтями, суд вправі, але не зобов'язаний звільнити особу від кримінальної відповідальності. В усіх інших випадках вимога закону про звільнення від кримінальної відповідальності є імперативною, тобто зобов'язуючою суд звільнити особу від кримінальної відповідальності (наприклад, при дійовому каятті або примиренні з потерпілим, а також після закінчення строків давності і у спеціальних видах звільнення, передбачених в Особливій частині КК).

Слід погодитися, що термін «факультативне звільнення», який широко використовується у науковій літературі, доцільно замінити терміном «дискреційне звільнення»¹. Зокрема, відомо, що етимологічно «факультативний» – це той, чия наявність необов'язкова, чого може не бути². Тому, коли говорять про ту чи іншу підставу звільнення від кримінальної відповідальності, що вона факультативна, то етимологічно це означає, що вона може бути, а може й не бути. Але так само може бути наявною, а може бути й відсутньою і так звана «обов'язкова» підстава звільнення від кримінальної відповідальності. Різниця ж між ними, як зазначалося, в іншому: одні з них імперативно встановлюють обов'язок суду звільнити особу від кримінальної відповідальності, інші ж – відносять питання про таке звільнення – на судовий розгляд, дискрецію (від латинського *discretio* – на власний розсуд).

¹ Див. також: Головка А. В. Альтернативи уголовному преследованию в современном праве... – С. 257-288.

² Див.: Толковый словарь русского языка / Под ред. Б. М. Волина и Д. Н. Ушакова. – М.: Гос. изд-во иностр. и нац. словарей, 1940. – Т. IV.

1.4.2. Безумовне та умовне звільнення особи від кримінальної відповідальності

Звільнення особи від кримінальної відповідальності може бути **безумовним** та **умовним**. Безумовне звільнення означає, що особа звільняється від кримінальної відповідальності остаточно, безповоротно. Таке звільнення не ставиться в залежність від подальшої поведінки особи після ухвалення рішення про її звільнення. Якщо, наприклад, особа, яка була звільнена судом від кримінальної відповідальності на підставі ст. 45 (дійове каяття), після цього вчинить новий злочин, ця обставина не може вплинути на раніше прийняте рішення (законне і обґрунтоване) про звільнення її від відповідальності. З цього погляду всі види звільнення від кримінальної відповідальності є безумовними, крім двох, а саме: звільнення від кримінальної відповідальності з передачею особи на поруки колективу підприємства, установи або організації (ст. 47) і звільнення від кримінальної відповідальності неповнолітніх із застосуванням примусових заходів виховного характеру (ч. 1 ст. 97).

У першому випадку особа звільняється від кримінальної відповідальності під умовою, що протягом року виправдає довіру колективу, не ухилятиметься від заходів виховного характеру та не порушуватиме громадського порядку, У противному разі вона притягується до кримінальної відповідальності за раніше вчинений нею злочин.

У другому випадку такою умовою є неухилення особи від застосування до неї примусових заходів виховного характеру. У разі ухилення неповнолітнього, що вчинив злочин, від застосування до нього примусових заходів виховного характеру, ці заходи скасовуються і він притягується до кримінальної відповідальності (ч. 3 ст. 97).

1.4.3. Загальні та спеціальні види звільнення осіб від кримінальної відповідальності

КК передбачає випадки звільнення від кримінальної відповідальності як у Загальній, так і в Особливій частинах. У Загальній частині КК передбачено 9 таких випадків: 1) добровільна відмова при незакінченому злочині (ст. 17); 2) добровільна відмова співучасників (ст. 31); 3) дійове каяття (ст. 45); 4) примирення з потерпілим (ст. 46); 5) щире розкаяння особи у вчиненні злочину і наявність клопотання колективу про передачу її на поруки (ст. 47); 6) зміна обстановки (ст. 48); 7) сплив строків давності (ст. 49); 8) звільнення від кримінальної відповідальності неповнолітньої особи із застосуванням примусових заходів виховного характеру (ч. 1 ст. 97); 9) звільнення від кримінальної відповідальності неповнолітньої особи у зв'язку із закінченням строків давності (ч. 2 ст. 106). По суті, це є загальні види звільнення від кримінальної відповідальності, оскільки вони мають загальне значення для зазначених вище певних видів злочинів та злочинців.

В Особливій частині КК передбачено 14 підстав спеціальних видів звільнення особи від кримінальної відповідальності: 1) добровільна заява громадянином України про свій зв'язок з іноземною державою, іноземною організацією або їх представниками (ч. 2 ст. 111); 2) добровільна заява іноземцем або особою без громадянства про вчинене шпигунство (ч. 2 ст. 114); 3) виплата керівником підприємства, установи або організації заробітної плати, стипендії, пенсії чи іншої встановленої законом виплати громадянам до притягнення його до кримінальної відповідальності (ч. 3 ст. 175); 4) сплата особою податків, зборів (обов'язкових платежів), а також відшкодування шкоди, завданої державі їх несвоєчасною сплатою, до притягнення її до кримінальної відповідальності (ч. 4 ст. 212); 5) добровільна заява про створення злочинної організації або участь у ній (ч. 2 ст. 255); 6) добровільне повідомлення про терористичну групу чи терористичну організацію (ч. 5 ст. 258); 7) добровільне повідомлення про незаконне воєнізоване чи

збройне формування (ч. 6 ст. 260); 8) добровільна здача зброї, бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв (ч. 3 ст. 263); 9) добровільна заява про незаконне заволодіння транспортним засобом (ч. 4 ст. 289); 10) добровільна здача наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ч. 4 ст. 307); 11) добровільне лікування від наркоманії, (ч. 4 ст. 309); 12) добровільна здача прекурсорів (ч. 4 ст. 311); 13) добровільна заява про давання хабара або вимагання хабара (ч. 3 ст. 369); 14) звільнення особи від кримінальної відповідальності за військовий злочин із застосуванням до неї заходів, передбачених дисциплінарним статутом Збройних Сил України (ч. 4 ст. 401).

Слід зазначити, що тенденція до збільшення кількості спеціальних видів звільнення особи від кримінальної відповідальності отримала суперечливу оцінку. Одні дослідники пропонують йти цим шляхом, поступово замінюючи суто теоретичні конструкції Загальної частини про звільнення від кримінальної відповідальності на чіткі і змістовні положення Особливої частини, оскільки це може значно полегшити «реалізацію норм закону у точній відповідності з їх соціальним і юридичним значенням»¹. Інші, навпаки, виступають за уніфікацію даних видів звільнення іншим шляхом – за допомогою узгальнення спеціальних підстав і закріплення їх у Загальній частині КК².

1.4.4. Інші види звільнення особи від кримінальної відповідальності

Стаття 44 КК відносить до видів звільнення особи від кримінальної відповідальності звільнення від такої відповідальності на підставі Закону України про амністію та акта про помилування. Особливість звільнення особи від кримінальної відповідальності на підставі Закону України про амністію чи на підставі акту про помилування полягає в тому, що ці види звільнення від відповідальності певним чином регламентуються як Конституцією України, так і положеннями Загальної частини КК (ч. 1 ст. 44 та статті 86-87), а також і іншими спеціальними нормативними актами, зокрема Законом України «Про застосування амністії в Україні» від 1 жовтня 1996 р. з наступними змінами, який містить загальні положення щодо проголошення будь-якої амністії в Україні, Положенням «Про порядок застосування помилування», затвердженого Указом Президента України від 12 квітня 2000 р. № 2 588/2000, тощо.

Інколи до видів звільнення від кримінальної відповідальності, передбачених Загальною частиною КК, відносять зворотну дію закону про кримінальну відповідальність, що скасовує злочинність діяння (ч. 1 ст. 5) та дію закону про кримінальну відповідальність відносно дипломатичних представників іноземних держав та інших громадян, що не є підсудними у кримінальних справах судам України у разі вчинення ними злочину на її території (ч. 4 ст. 6)³.

Що стосується кримінально-правових наслідків зворотної дії в часі закону, який декриміналізує діяння, то навряд чи можна в такому разі говорити про звільнення особи від потенційної кримінальної відповідальності, яку таким законом скасовано. Саме закон припиняє кримінальне правовідношення, що виникло між особою, яка вчинила діяння, яке раніше визнавалося зло чином, та державою. При звільненні ж від кримінальної відповідальності зазначене правовідношення припиняється судом. Тому можна погодитись, що кримінально-правовим наслідком зворотної дії в часі

¹ Уголовное право. Особенная часть: Учебник для вузов / Под ред. И. Я. Козаченко, З. А. Незнамовой, Т. П. Новоселова. – М., 1997. – С. 5.

² Див.: Сверхков В. В. Основания освобождения от уголовной ответственности и (или) наказания. Автореф. дис. ... к. ю. н. – Нижний Новгород, 1997. – С. 15-16.

³ Див.: Пинаев А. А. Курс лекций по Общей части уголовного права. Книга первая. «О преступлениях». Харьков – юридический. Х., 2001. – С. 272.

декриміналізуючого закону є не звільнення особи від кримінальної відповідальності, а таке ще не досліджене явище, як погашення такої відповідальності¹.

У разі вчинення злочину на території України дипломатичним представником іноземної держави або іншим громадянином, що не є підсудним у кримінальних справах суду України, питання про їх кримінальну відповідальність вирішується дипломатичним шляхом. На цих осіб кримінальна юрисдикція судів України поширюється лише у випадках чітко вираженої згоди на це акредитуючої держави чи міжнародної організації (див. ст. 13 Положення від 10 червня 1993 р. про дипломатичні представництва та консульські установи іноземних держав в Україні)². Якщо такої згоди немає, то відповідний представник підлягає висланню із країни. Це, по суті, означає звільнення цієї особи від кримінальної відповідальності за вчинений злочин на підставі дипломатичного імунітету від кримінальної юрисдикції держави перебування. Таке звільнення від кримінальної відповідальності зазначених осіб є виключним; воно засновується не на положеннях КК (ч. 2 ст. 44), а на інших нормативно-правових актах, що впливають із міжнародних зобов'язань України. Звільнення цих осіб від кримінальної відповідальності не тягне за собою тих кримінально-правових наслідків, які притаманні іншим випадкам такого звільнення (див. нижче). (Оскільки дана праця присвячена дослідженню звільнення від кримінальної відповідальності за КК України, то із зазначених причин випадки, передбачені ч. 4 ст. 6 КК, в ній не розглядаються).

На думку Н. Ф. Кузнецової, можна говорити і про такий специфічний вид звільнення від кримінальної відповідальності, який передбачено ст. 81 КК РФ (ч. 3 ст. 19 КК України). У першій частині цієї статті мова йде про звільнення від покарання тих осіб, які після вчинення злочину захворіли на психічну хворобу, що позбавляє їх можливості усвідомлювати фактичний характер та суспільну небезпечність своїх дій (бездіяльності) або керувати ними (позбавляє її можливості усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними – ч. 3 ст. 19 КК України). Однак в даному випадку ми повинні говорити не про звільнення від покарання, а про звільнення від кримінальної відповідальності, оскільки особа, що захворіла до розгляду справи в суді або в період такого розгляду, не може бути засуджена³.

Дійсно, відповідно до ч. 3 ст. 19 КК України, до такої особи за рішенням суду можуть застосовуватися примусові заходи медичного характеру, а після одужання така особа може підлягати покаранню. Згідно з ч. 4 ст. 95: «У разі припинення застосування примусових заходів медичного характеру через видужання особи, які вчинили злочини у стані осудності, але захворіли на психічну хворобу до постановлення вироку, підлягають покаранню на загальних засадах, а особи, які захворіли на психічну хворобу під час відбування покарання, можуть підлягати подальшому відбуванню покарання».

Таким чином, на першому етапі кримінального переслідування особи, яка вчинила злочин, а потім захворіла на психічну хворобу, таке переслідування тимчасово припиняється і суд призначає примусові заходи медичного характеру. Можна, дійсно, казати про тимчасове звільнення особи від кримінальної відповідальності на період до видужання цієї особи. Але якщо така особа одужала, то вона підлягає покаранню, як і будь-який інший злочинець. Якщо ж вона не одужає протягом строків давності, то підлягає звільненню від кримінальної відповідальності на загальних підставах (ст. 49).

¹ Див.: Пономаренко Ю. А. Зворотна дія кримінального закону у часі: Автореф. дис. ... к. ю. н. Х., 2002. – С. 14.

² Див.: Голос України. – 1993. – 26 червня.

³ Див.: Курс уголовного права. Общая часть. Т. 1 / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой... – С. 152, сноска 1.

1.5. Передумова та підстави звільнення від кримінальної відповідальності

1.5.1. Доктринальне визначення підстав та умов звільнення осіб від кримінальної відповідальності

Як уже зазначалося, звільнення від кримінальної відповідальності у випадках, передбачених КК, здійснюється виключно судом. Таке звільнення можливе за наявності відповідної передумови та підстави, що притаманні кожному виду звільнення від кримінальної відповідальності.

Слід зазначити, що питання про підстави звільнення від кримінальної відповідальності є дискусійним у науці. Найбільш поширеним є погляд, що підставами звільнення від кримінальної відповідальності є: невеликий ступінь суспільної небезпечності вчиненого злочину та відсутність чи невеликий ступінь суспільної небезпечності особи винного¹. Це обґрунтовує відсутність необхідності в застосуванні до особи, яка вчинила злочин, примусового виправлення шляхом застосування покарання². На думку Н. Ф. Кузнецової, «згідно з чинним КК РФ загальною підставою звільнення від кримінальної відповідальності для всіх видів є втрата особою, яка вчинила злочин, її попередньої суспільної небезпечності. У зв'язку з чим відпадає необхідність у застосуванні до неї заходів кримінальної відповідальності»³.

Подібним чином, зокрема, визначав підстави звільнення від кримінальної відповідальності і Г. Б. Віттенберг, вважаючи, що ними є: можливість виправлення особи без застосування заходів кримінального покарання, невелика суспільна небезпечність злочину та невелика суспільна небезпечність винної особи⁴. В. С. Єгоров під підставами звільнення від кримінальної відповідальності розуміє «передбачені законом фактичні обставини, наявність яких робить недоцільним застосування до особи, яка вчинила злочин, негативних кримінально-правових наслідків». Безпосередньо такими ж підставами автор вважає відпадиння чи суттєве зниження суспільної небезпечності злочину або особи, яка його вчинила⁵.

Однак деякі автори, розглядаючи питання про підстави звільнення від кримінальної відповідальності, не погоджуються з наведеними вище визначеннями. Зокрема, суттєві заперечення викликає в літературі така підстава, як «відпадиння чи зниження суспільної небезпечності особи, яка вчинила злочин». В цьому аспекті автори справедливо ставили питання: наскільки доцільно та правомірно оцінювати суспільну небезпечність злочинця, чи можна її визначити, відділивши її від суспільної небезпечності вчиненого тощо. Такі заперечення є наслідком поширеної в 50-70-ті роки ХХ ст. дискусії відносно оцінки суспільної небезпечності винного. Так, деякі автори стверджували, що самостійна оцінка суспільної небезпечності винного у відриві від суспільної небезпечності вчиненого діяння є неправомірною та бере свої витоки у «буржуазній» теорії «небезпечного стану» тощо⁶.

Деякі заперечення останнім часом викликає в літературі і формулювання такої підстави звільнення від кримінальної відповідальності, як «відпадиння суспільної

¹ Див.: *Келина С. Г.* Цит. праця. – С. 19, 49; *Российское уголовное право. Общая часть: Учебник / Под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова.* – М., 1997. – С. 344-345; *Лесниевски-Костарева Т. А.* Цит. праця. – С. 185, тощо.

² Див.: *Курс Российского уголовного права. Общая часть / Под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова...* – С. 636.

³ *Курс уголовного права. Общая часть. Т. 2. Учение о наказании / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой...* – С. 154-155.

⁴ Див.: *Виттенберг Г. Б.* Вопросы освобождения от уголовной ответственности и наказания с применением мер общественного воздействия... – С. 166.

⁵ *Егоров В. С.* Цит. праця. – С. 86-87.

⁶ Див., напр.: *Карпец И. И.* Проблема преступности. – С. 100; *Манаев Ю.* Уголовно-правовое содержание обстоятельств, характеризующих личность виновного // *Советская юстиция.* – 1968. – № 4. – С. 12, та ін.

небезпечності діяння». Слід, зокрема, погодитись з Е. Т. Борисовим, який вважає, що «відпадіня» суспільної небезпечності вчиненого не відповідає природі звільнення від кримінальної відповідальності, адже, оскільки діяння втратило суспільну небезпечність – найважливішу, визначальну ознаку злочину, воно перестало бути діянням, що містить всі ознаки злочину (тобто відпадіня суспільної небезпечності діяння означає зникнення підстав кримінальної відповідальності, а отже, питання про звільнення від відповідальності не повинно обговорюватись)¹.

Видається, що немає потреби визначати загальні юридичні підстави існування інституту звільнення особи від кримінальної відповідальності в сучасному праві, оскільки, наприклад, наведені вище ознаки мають фактично умовний характер і практично не вирішують ніяких прагматичних завдань (тим більше, що можуть зазнавати певних винятків, про що зазначають і самі автори). Наявність альтернативного заходу, що розглядається, в КК, можна пояснити більш прагматичними аргументами, які були викладені в передмові до цього дослідження. Крім того, звернення до кожного виду звільнення особи від кримінальної відповідальності свідчить про наявність певної самостійності в підставах його застосування, які в чомусь інколи збігаються, а в цілому зберігають оригінальний характер.

Не менш дискусійним у вітчизняній кримінально-правовій літературі є питання про визначення поняття умов звільнення від кримінальної відповідальності та їх співвідношення з поняттям підстав звільнення від відповідальності. На необхідність окремого розгляду цих понять звертала увагу С. Г. Келіна. При цьому вона зазначала, що підстави являють собою фактичні обставини, або сукупність обставин, які відповідають трьом ознакам: 1) є найбільш суттєвими і необхідними для застосування норми про звільнення і характеризують вчинений злочин або особу злочинця; 2) характеризують злочин і злочинця на момент вчинення цього діяння або оцінки його органами правосуддя; 3) між «підставою» та нормою про звільнення існує нерозривний зв'язок, тобто за наявності підстави завжди може бути застосоване звільнення особи від кримінальної відповідальності. Умовами ж є обставини, вимоги, що звернені до майбутньої поведінки особи після її звільнення від кримінальної відповідальності².

Дослідження розмежування цих понять, в основному, здійснювалося під час аналізу окремих видів звільнення від кримінальної відповідальності. Наприклад, Х. Д. Алікперов таким чином визначав підстави та умови звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям: підставами його є а) вчинення злочину вперше, б) злочин належить до категорії невеликої тяжкості, а умовами: а) добровільна явка з повинною особи, що вчинила злочин, б) сприяння розкриттю злочину та в) відшкодування шкоди чи загладування іншим чином шкоди, заподіяної вчиненим злочином³.

1.5.2. Визначення передумови та підстави звільнення осіб від кримінальної відповідальності

Видається, що при дослідженні звільнення від кримінальної відповідальності слід виділяти передумови та підстави такого звільнення. Саме передумови, а не умови (оскільки умова – це певні вимоги, з яких слід виходити, вимога, пред'явлена однією з сторін⁴, а передумова – це щось, що передує розглядуваному явищу, без наявності чого розглядуване явище не існуватиме тощо), та підстави (як причини, достатні при-

¹ Борисов Э. Т. Основания, предпосылки и условия освобождения от уголовной ответственности // В сб.: Утверждение социальной справедливости: криминологический и уголовно-правовой аспекты. – Иваново, 1989. – С. 100-101.

² Келіна С. Г. Цит. праця. – С. 48.

³ Див.: Алікперов Х. Д. Освобождение от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием // Законность. – 1999. – № 5. – С. 17.

⁴ Ожегов С. И. Цит. праця. – С. 771.

води, що оправдовують щось¹). Можна вважати, що новий КК України містить достатньо вказівок стосовно визначення передумов та підстав звільнення від кримінальної відповідальності.

Зокрема, передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності є вчинення нею певного злочину, бо, як уже зазначалося, звільнити від відповідальності можна лише у разі, якщо є підстава для такої відповідальності. Так, відповідно до статей 45 та 46, передумовою звільнення від кримінальної відповідальності є вчинення особою злочину невеликої тяжкості, а відповідно до статей 47 та 48 – злочину невеликої або середньої тяжкості тощо. Отже, мова йде про вчинення злочину певної тяжкості, яка визначається відповідно до ст. 12 КК. Проте, на практиці траплялися випадки, коли органи досудового слідства притягували осіб до кримінальної відповідальності, а потім направляли справи до суду з постановами про їх закриття. Місцеві суди погоджуються з незаконними постановами і закривають справи щодо таких осіб.

Так, Берегівський районний суд Закарпатської області розглянув справу за обвинуваченням Р. у незаконному користуванні газом і виніс постанову про звільнення її від кримінальної відповідальності у зв'язку зі зміною обстановки (ст. 48 КК) У постанові суд зазначив, що Р. не причетна до цього злочину, оскільки майнову шкоду газовому господарству заподіяв її чоловік.

Втім, слід мати на увазі, що хоча передумова звільнення від кримінальної відповідальності, наприклад, у статтях 45 та 46 формально є однаковою, але фактично дія цих статей поширюється не на всіх суб'єктів зазначених злочинів. В Особливій же частині КК така передумова сформульована однозначно. Так, згідно з ч. 3 ст. 263, передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності за незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами або вибуховими речовинами є вчинення нею одного із злочинів, передбачених ч. 1 або ч. 2 ст. 263, а відповідно до ч. 3 ст. 369 – такою передумовою є давання особою хабара, тобто вчинення злочину, передбаченого ч. 1 або ч. 2 ст. 369, тощо.

Передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності є вчинення нею не тільки закінченого, але й незакінченого злочину, а так само вчинення такого злочину одноособово чи у співучасті.

Підставою звільнення особи від кримінальної відповідальності КК визнає або певну її посткримінальну поведінку, яка заохочується державою, (наприклад, добровільна відмова від доведення злочину до кінця, діяльне або щире каяття, примирення з потерпілим, повідомлення про певний злочин тощо), або настання певної події (наприклад, зміна обстановки, сплив строку давності тощо), з якою КК пов'язує звільнення особи від кримінальної відповідальності.

Узагальнення судової практики показало, що загальними недоліками у роботі більшості суддів є те, що в постановах про закриття справ не розкривається сутність обвинувачення, не вказуються підстави для звільнення осіб від кримінальної відповідальності тощо. Мотивувальні частини таких постанов інколи складаються з 2-3 речень. Взагалі судами допускається спрощений підхід при розгляді кримінальних справ, пов'язаний із їх закриттям з nereабілітуючих підстав. Інколи судді у задалегідь заготовлені бланки постанов вносять лише прізвища обвинувачених та загальні відомості щодо пред'явленого обвинувачення. У резолютивній частині часто не буває посилання на закон, згідно з яким особу звільнено від відповідальності або закрито справу. Деякі судді, одноособово розглядаючи справи, всупереч вимогам ч. 1 ст. 248 та ч. 1 ст. 282 КПК, виносять ухвали замість постанов про закриття справи.

Виходячи з положень КК, а також з наведеної вище класифікації видів звільнення від кримінальної відповідальності, можна зауважити, що підстави такого звільнення також поділяються на певні види. Зокрема, в літературі називають загальні та спеціальні

¹ Ожегов С. И. Цит. праця. – С. 422.

підстави, основні та субсидіарні, дискреційні та імперативні, суб'єктивні та об'єктивні, умовні та безумовні підстави звільнення від кримінальної відповідальності¹. З такою класифікацією в цілому слід погодитись, оскільки самі види підстав покладені в основу класифікації видів звільнення особи від кримінальної відповідальності, що були розглянуті вище.

Так, загальними підставами звільнення від кримінальної відповідальності можна назвати ті, що передбачені Загальною частиною КК, оскільки вони можуть бути застосовані до осіб, що вчинили різні види злочинів. Відповідно, спеціальними підставами звільнення від кримінальної відповідальності можна визнати ті, що закріплені в Особливій частині КК стосовно конкретних складів злочинів. Ці підстави можуть бути застосовані лише до осіб, які вчинили певні, визначені законом злочини.

А. В. Головка, зокрема, пропонує ще одну підкласифікацію загальних підстав звільнення від кримінальної відповідальності – залежно від можливості застосування до будь-якої особи чи лише до особи, наділеної певними ознаками, – на загальні основні та загальні субсидіарні підстави. З цієї точки зору, наприклад, звільнення від кримінальної відповідальності із застосуванням примусових заходів виправного характеру (ст. 97 КК України) є єдиною загальною субсидіарною підставою (оскільки хоч і передбачена Загальною частиною КК, але може бути застосована лише до неповнолітніх осіб).

До дискреційних підстав звільнення від кримінальної відповідальності належать ті, за якими звільнення від кримінальної відповідальності є правом, а не обов'язком суду. Відповідно, імперативними є ті, які встановлюють обов'язок суду звільнити ту чи іншу особу від кримінальної відповідальності.

Критерієм поділу підстав звільнення від кримінальної відповідальності на умовні та безумовні визнають покладення або непокладення на особу, яка звільняється від відповідальності, певних обов'язків після того, як буде прийняте відповідне рішення про її звільнення. Тобто, безумовними підставами є ті, що означають остаточність такого рішення, а умовними ті, що ставлять остаточність (і можливість зміни) цього рішення під умову виконання певних покладених на особу обов'язків. За чинним КК України, можливість покладення на особу таких обов'язків передбачена лише в разі передачі її на поруки (ст. 47 КК) та при звільненні неповнолітнього від кримінальної відповідальності із застосуванням примусових заходів виправного характеру (ст. 97 КК).

Розмежування об'єктивних та суб'єктивних підстав звільнення від кримінальної відповідальності ґрунтується на розмежуванні юридичних фактів, тобто фактичних обставин, які зумовлюють таке звільнення. Очевидно, що першу групу становлять ті підстави, які є подіями, тобто явищами, що не залежать від волі особи². Відповідно, другу групу становлять ті підстави звільнення від кримінальної відповідальності, які є діями, тобто свідомими вчинками людини, в яких проявляється її волевиявлення³.

Отже, до об'єктивних підстав, за чинним КК України, слід віднести зміну обстановки (ст. 48 КК), закінчення строків давності (ст. 49 КК), вимагання хабара (ч. 3 ст. 369 КК), амністію та помилування. До суб'єктивних же підстав, залежних від позитивної постримінальної поведінки особи, слід віднести: дійове каяття (ст. 45 КК), примирення винного з потерпілим (ст. 46 КК), передачу на поруки (ст. 47 КК) та ін. Деякі автори пропонують класифікувати окремо ще й суб'єктивні підстави звільнення від кримінальної відповідальності, зокрема, залежно від того, чи передбачається конкретною суб'єктивною підставою передача, задача предмета злочину⁴.

¹ Див.: Головка А. В. Альтернативи уголовному преследованию в современном праве... – С. 257-288.

² Див.: Проблемы общей теории государства и права: Учебник для вузов / Н. В. Варламова, В. В. Лазарев, В. В. Лапаева и др. / Под ред. В. С. Нерсисянца. – М.: Норма-Инфра-М, 1999. – С. 379.

³ Там само.

⁴ Див.: Рябчук В. Н. Освобождение от уголовной ответственности в связи с социально одобряемым поведением правонарушителя // Правоведение. – 1989. – № 1. – С. 35-36.

1.6. Кримінально-правові наслідки звільнення особи від кримінальної відповідальності

Набрання законної сили постановою (ухвалою) суду про звільнення особи від кримінальної відповідальності є актом, що свідчить про припинення кримінально-правового відношення між особою, що вчинила злочин, і державою. Це означає також, що з цього моменту дана особа вже не несе обов'язку відповідати перед державою за вчинене, не може нести тягаря кримінальної відповідальності. Оскільки звільнення від кримінальної відповідальності може мати місце лише до набрання законної сили обвинувальним вироком суду, то особа, яка звільнена від такої відповідальності, природно, вважається такою, що не має судимості (див. ст. 88).

Вчинене раніше особою злочинне діяння визнається юридично незначимим, віддається забуттю. Так, вчинений раніше злочин не може враховуватися при визначенні повторності злочинів. Відповідно до ч. 4 ст. 32, «повторність відсутня, якщо за раніше вчинений злочин особу було звільнено від кримінальної відповідальності за підставами, встановленими законом...». Так само, вчинений раніше злочин не враховується при визначенні сукупності злочинів. Згідно з ч. 1 ст. 33 при визначенні сукупності «не враховуються злочини, за які особу було звільнено від кримінальної відповідальності за підставами, встановленими законом».

У зв'язку з цим, при призначенні покарання особі, яка після звільнення від кримінальної відповідальності вчинила новий злочин, раніше вчинений злочин не може визнаватися як обставина, що обтяжує покарання.

Водночас, звільнення від кримінальної відповідальності не свідчить про виправдання особи, оскільки кримінальна справа припиняється з nereабілітуючих для особи підстав, тобто не за відсутності події злочину і не відсутності в діянні особи складу злочину. З цього приводу С. І. Зельдов, наприклад, звертає увагу на те, що звільнення від кримінальної відповідальності «погашає» кримінально-правове значення факту вчинення злочину, зберігаючи його кримінологічне значення і цивільно-правові наслідки делікту¹. Дійсно, звільнення особи від кримінальної відповідальності за вчинений злочин не виключає можливості притягнення її, наприклад, до цивільно-правової відповідальності за заподіяну майнову шкоду або дисциплінарної відповідальності згідно із законом.

Як свідчить узагальнення судової практики, місцеві суди в основному дотримуються вимог ст. 28 КПК та п. 7 постанови Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1989 р. № 3 «Про практику застосування судами України законодавства про відшкодування матеріальної шкоди, заподіяної злочином, і стягнення безпідставно нажитого майна», де роз'яснено, що в разі закриття кримінальної справи цивільний позов не розглядається, а вимоги потерпілих можуть бути вирішені в порядку цивільного судочинства.

Однак деякі міські суди безпідставно приймають рішення про вирішення цивільного позову в кримінальній справі, закритій у зв'язку, наприклад, зі зміною обстановки.

Деякі місцеві суди під час розгляду справ цієї категорії не роз'яснювали, як то вимагається у п. 7 зазначеної постанови Пленуму Верховного Суду України, порядок вирішення заявлених цивільних позовів потерпілих. Так, Комінтернівський районний суд м. Харкова в постанові у справі стосовно Д. не роз'яснив такий порядок, зазначивши: «цивільний позов М. про відшкодування моральної і матеріальної шкоди припинити».

У разі застосування звільнення від кримінальної відповідальності з винного знімається обов'язок перетерплювання негативних кримінально-правових наслідків. Однак суспільно небезпечне діяння, ним вчинене, залишається злочинним. У зв'язку з цим більшість авторів вважає: якщо, наприклад, злочин було вчинено у співучасті

¹ Див.: Зельдов С. И. Освобождение от наказания и его отбывания. – М., 1982. – С. 102.

і одного з співучасників звільнено від кримінальної відповідальності, вказаний злочин все одно вважається вчиненим у співучасті¹.

У літературі висловлюються твердження – і вони заслуговують на обговорення – про недоцільність безумовного припинення всіх кримінально-правових наслідків в результаті звільнення від кримінальної відповідальності. Деякі автори вважають, що, оскільки інститут звільнення від кримінальної відповідальності порушує принцип невідворотності відповідальності за вчинене, було б доцільним, щоб «норми Загальної частини КК, що допускають компроміс з винним в обмін на його явку з повинною, примирення з потерпілим, усунення шкідливих наслідків вчиненого, передбачали б умовність звільнення винного від кримінальної відповідальності з тим, щоб він після звільнення від кримінальної відповідальності два-три роки відчував над собою незримий меч кримінального закону»².

1.7. Порядок звільнення від кримінальної відповідальності

Відповідно до ч. 2 ст. 44, «звільнення від кримінальної відповідальності у випадках, передбачених цим Кодексом, здійснюється виключно судом. Порядок звільнення від кримінальної відповідальності встановлюється законом».

Майже всі дослідники зазначають, що реалізація звільнення від кримінальної відповідальності є також процесом динамічним, поступовим, що має свої етапи чи стадії³.

Незважаючи на те, що це питання досліджувалось і у вітчизняній кримінально-правовій літературі, все ж більшу увагу йому приділили представники кримінально-процесуальної науки. Слід взагалі зауважити: як би не хотілося зберегти «чистоту дослідження» кримінально-правового інституту звільнення від кримінальної відповідальності, все ж цей інститут є міжгалузевим і обійти елементи кримінально-процесуального його регулювання неможливо.

Згідно з частинами 2-4 ст. 7¹ КПК, до направлення кримінальної справи до суду особі повинно бути роз'яснено сутність обвинувачення, підставу звільнення від кримінальної відповідальності та повідомлено про право заперечувати проти закриття справи з цієї підстави.

Відповідно до ст. 7¹ КПК прокурор або слідчий зобов'язаний перед направленням справи до суду для вирішення питання про її закриття пред'явити обвинувачення особі, яка підозрюється у вчиненні злочину. Незважаючи на це, деякі органи досудового слідства ведуть дискусію із судами загальної юрисдикції про доцільність виконання зазначеної вимоги закону, а деякі слідчі органів внутрішніх справ взагалі не пред'являють обвинувачення особам, які підозрюються у вчиненні злочинів. Нерідко слідчі також не виконують положень закону (ч. 2 ст. 7¹ КПК) щодо роз'яснення сутності обвинувачення особі, яка вчинила злочин, перед направленням справи до суду, підставу звільнення від кримінальної відповідальності і право заперечувати проти закриття справи з цієї підстави.⁴

Направлення кримінальної справи до суду з підстав, зазначених у цій статті, не допускається, якщо обвинувачений чи підсудний проти цього заперечує. У такому випадку провадження у справі триває у звичайному порядку.

¹ Келина С. Г. Цит. праця. – С. 14.

² Аликперов Х. Д. Освобождение от уголовной ответственности. – Москва-Воронеж, 2001. – С. 18. Див. також: Житний О. О. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям. – Х.: Вид-во НУВС, 2004. – С. 66-67.

³ Келина С. Г. Цит. праця. – С. 31-35; Песляк В. Ч. Уголовная ответственность и освобождение от нее. Учебное пособие... – С. 20-21 та ін.

⁴ Див.: Про практику застосування судами законодавства, що регулює закриття кримінальних справ. – С. 28.

Відповідно до статей 7-11¹ КПК, прокурор або слідчий за наявності для того підстав зобов'язаний скласти мотивовану постанову про закриття кримінальної справи. А відповідно до ст. 130 КПК, у постанові має бути обґрунтування щодо прийнятого рішення. Це є однією з гарантій забезпечення прав і законних інтересів учасників процесу. У постановах зазначаються анкетні дані, сутність пред'явленого обвинувачення, докази вини, підстави і мотиви звільнення особи від кримінальної відповідальності. Судді визнають доцільною практику тих слідчих та прокурорів, які виносять мотивовані постанови про направлення справи до суду на зразок обвинувального висновку¹.

Прокурор або слідчий у разі винесення постанови про направлення справи до суду у випадках, передбачених у ч. 1 ст. 7¹ КПК, повинні ознайомити обвинуваченого, його захисника, потерпілого або його представника із цією постановою, а також, за їх вимогою, - з усіма матеріалами справи та роз'яснити їх права, передбачені КПК.

Проте, не всі слідчі органів міліції ознайомлюють потерпілих із постановами про закриття справ, що є порушенням положень ч. 4 ст. 7¹ КПК. Невиконання передбачених у цій статті процесуальних дій є підставою для повернення справи прокурору для усунення виявлених порушень у порядку ст. 249¹ КПК. Однак деякі місцеві суди цих вимог закону не дотримуються².

Виявивши значні порушення вимог статей 228-232 КПК, місцеві суди не завжди використовують надане їм право повертати кримінальні справи прокуророві для усунення допущених порушень закону в порядку ст. 249¹ КПК. За повідомленнями апеляційних судів, у 2002 р. суди загальної юрисдикції України повернули для усунення порушень 675 таких справ.

В основному справи повертались органам досудового слідства через такі недоліки: неповне викладення у постановах фактичних обставин справи; відсутність посилань на норми матеріального та процесуального закону; неозначення потерпілих або їх представників із постановою слідчого про направлення справи до суду; нероз'яснення прав потерпілим, що передбачено ст. 49 КПК; відсутність візи прокурора на постанові щодо згоди на направлення справи до суду для вирішення питання про звільнення обвинуваченого від кримінальної відповідальності; відсутність даних про завдані збитки та їх відшкодування тощо. Крім того, в деяких кримінальних справах були дані про осіб, які вчинили злочини, однак органи досудового слідства не вживали дійових заходів для їх розшуку, а направляли до суду постанови про закриття цих справ у зв'язку із закінченням строків давності³.

Згідно зі ст. 248 КПК, за наявності визначених у законі обставин (ст. 6, ч. 1 ст. 7, ст. 7¹, 7², 8, 9, 10, 11¹ КПК) суддя своєю мотивованою постановою закриває справу, скасовує запобіжні заходи, заходи забезпечення цивільного позову і конфіскації майна, а також вирішує питання про речові докази, зокрема про гроші, цінності та інші речі, нажиті злочинним шляхом. Копія постанови протягом трьох діб після її винесення надсилається сторонам.

Такі кримінальні справи можуть бути закриті судом як при попередньому розгляді, так і після розгляду справи в судовому засіданні.

Згідно зі ст. 241 КПК, справа має бути призначена до попереднього розгляду в строк, протягом якого можна з'ясувати всі визначені законом питання, але цей строк не повинен перевищувати 30 діб з дня надходження справи до суду.

Якщо під час судового розгляду справи будуть установлені вищезазначені підстави для її закриття, суд, відповідно до ч. 1 ст. 282 КПК, вислухавши думку учасників судо-

¹ Див.: Про практику застосування судами законодавства, що регулює закриття кримінальних справ. – С. 28.

² Там само.

³ Див.: Там само. – С. 32.

вого розгляду і висновок прокурора, своєю мотивованою ухвалою, а суддя – постановою закриває справу.

Однак деякі місцеві суди, порушуючи кримінально-процесуальний закон, розглядали справи без участі прокурора та сторін, не оголошували склад суду, не роз'яснювали процесуальні права учасникам процесу та не надсилали сторонам у справі копії постанов слідчих органів про направлення справи до суду для вирішення питання про звільнення особи від кримінальної відповідальності. Через зазначені порушення постанови про закриття справ скасовувалися, а справи направлялися до місцевих судів на новий судовий розгляд¹.

У разі, коли справа надійшла до суду з обвинувальним висновком, вона має бути розглянута у судовому засіданні у загальному порядку, із проведенням судового слідства. Повинні бути з'ясовані всі визначені законом питання; зокрема, необхідно роз'яснити обвинуваченому підставу звільнення його від кримінальної відповідальності і право заперечувати проти закриття справи з цієї підстави (ч. 2 ст. 7 КПК); з'ясувати, чи відшкодовано завдану злочином шкоду; заслухати думку учасників процесу з цього приводу тощо. Тільки після цього, в разі наявності законних підстав та за відсутності заперечень з боку зазначених осіб, справу може бути судом закрито, а особу – звільнено від кримінальної відповідальності.

Суди не завжди виконують у повному обсязі вимоги ст. 282 КПК, зокрема, не вислуховують думку учасників судового розгляду і не роз'яснюють наслідки закриття справи, через що їхні постанови про закриття справ скасовували апеляційні суди. Так, справа за обвинуваченням Д. розглядалася Ратнівським районним судом Волинської області за відсутності обвинуваченого. Причини його неявки в суд не з'ясовувалися, даних про його згоду на закриття справи немає. Крім того, у постанові не зазначено, в чому саме полягала зміна обстановки і внаслідок чого вчинене Д. діяння втратило суспільну небезпечність.

Ухвалою судової колегії у кримінальних справах Апеляційного суду Чернівецької області скасовано постанову Новоселицького районного суду про закриття справи у зв'язку із закінченням строків давності, яку було порушено за фактом заподіяння К. легких тілесних ушкоджень. Підставами для скасування зазначеної постанови стало те, що суд не повідомив про час слухання справи учасникам процесу, не заслухав у судовому засіданні думки прокурора, потерпілого та не дослідив у повному обсязі обставин події.

При вирішенні питання про закриття справи суд, відповідно до ч. 3 ст. 7¹ КПК, зобов'язаний з'ясувати у підсудного, чи згоден він із цим, інакше таке рішення підлягає скасуванню. Ухвалою судової колегії у кримінальних справах Апеляційного суду про закриття справи щодо К., обвинуваченого за ч. 1 ст. 145 КК, у зв'язку з тим, що суд не з'ясував у підсудного його думку про закриття справи стосовно нього внаслідок акту амністії. Такі порушення закону допустили районні суди м. Павлограда цієї ж області та Горохівський районний суд Волинської області, у котрих справи розглядалися без участі обвинувачених та прокурора.

Деякі суди виносили незаконні постанови, не враховуючи заперечень обвинувачених проти закриття справ. За апеляцією сторін такі судові рішення скасовувалися.

Наприклад, ухвалою судової колегії у кримінальних справах Апеляційного суду Волинської області скасовано постанову Іваничівського районного суду про закриття справи за обвинуваченням К. Підставою для скасування постанови стало те, що підсудний протягом усього слідства вину свою не визнавав, згоди на закриття справи за ст. 7 КПК не давав, у судовому засіданні докази не досліджувалися.

¹ Див.: Про практику застосування судами законодавства, що регулює закриття кримінальних справ. – С. 28.

При вирішенні питання про закриття справи суд, відповідно до ст. 12 КПК, зобов'язаний з цього приводу з'ясувати думку потерпілого. Однак деякі місцеві суди цю вимогу закону не завжди виконують.

Закриваючи справи відповідно до ч. 2 ст. 248 КПК, суд повинен надсилати копії постанови про закриття справи прокурору та сторонам у справі. Проте деякі місцеві суди не дотримуються цих положень закону, надсилаючи копії постанов про закриття справ лише прокурору, а це є перешкодою для оскарження постанов в апеляційному порядку.

Згідно зі ст. 12 КПК, потерпілий має право оскаржити рішення суду про закриття справи в апеляційному порядку. Однак деякі суди цієї вимоги закону не виконували, а навпаки, вказували у постанові про закриття справи, що вона оскарженню не підлягає, чим порушували права потерпілих.

Деякі місцеві суди не зазначали строків оскарження і не направляли потерпілим копії постанов про закриття справ.

Незважаючи на те, що ч. 3 ст. 248 та ч. 4 ст. 282 КПК для справ цієї категорії встановлений семидобовий строк подачі апеляції, деякі місцеві суди в резолютивній частині постанов про закриття справ неправильно посилалися на ч. 3 ст. 349 КПК, в якій передбачено подачу апеляції протягом 15 діб.

1.8. Зворотна дія в часі положень КК України 2001 року про звільнення від кримінальної відповідальності

Відповідно до ч. 1 ст. 5, «закон про кримінальну відповідальність, який скасовує злочинність діяння або пом'якшує кримінальну відповідальність, має зворотну дію у часі...». Таким чином, ч. 1 ст. 5 передбачає два види законів, які мають зворотну дію у часі, а саме: 1) декриміналізуючий закон та 2) закон, що пом'якшує кримінальну відповідальність. Вочевидь, що закон про звільнення від кримінальної відповідальності не підпадає ні під один із вищезазначених законів. Водночас виникає запитання, чи мають зворотну дію положення КК України 2001 року про звільнення від кримінальної відповідальності, які були відсутні в КК України 1960 року? Наприклад, КК 2001 року передбачає такі нові види імперативного звільнення від кримінальної відповідальності, як звільнення у зв'язку із дійовим каяттям (ст. 45), примиренням винного з потерпілим (ст. 46), у багатьох випадках, передбачених Особливою частиною КК. Крім того, навіть ті види звільнення від кримінальної відповідальності, які мали місце в КК 1960, зазнали суттєвих змін та доповнень у КК 2001 року.

Видається, що вирішення питання про зворотну дію у часі норм про звільнення від кримінальної відповідальності повинно ґрунтуватися на положеннях Конституції України. Відповідно до ч. 1 ст. 3 КК України ґрунтується на Конституції України та загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права. Однак, якщо виявиться, що КК не відповідає положенням Конституції України, остання підлягає безпосередньому застосуванню, оскільки, відповідно до ст. 8 Конституції України, її норми є нормами прямої дії. Наприклад, вже тепер вказується на те, що ст. 5 КК в частині визначення законів, що скасовують кримінальну відповідальність, не повною мірою відповідає ч. 1 ст. 58 Конституції України. Зазначена стаття Конституції України передбачає, що зворотну дію в часі мають закони, які пом'якшують або скасовують відповідальність особи. Проте ч. 1 ст. 5 КК виходить з того, що зворотну дію в часі має, зокрема, закон про кримінальну відповідальність, який лише скасовує злочинність діяння. Вочевидь, скасування злочинності діяння (ч. 1 ст. 5 КК) і скасування юридичної відповідальності (ч. 1 ст. 58 Конституції України) – юридично не тотожні поняття.

Скасування кримінальної відповідальності має місце не тільки при скасуванні підстави для такої відповідальності (злочинності діяння), але й, наприклад, за наявності

передумови та підстави для імперативного звільнення особи, яка вчинила злочин, від кримінальної відповідальності. Це обумовлено тим, що при звільненні від кримінальної відповідальності, як зазначалося, припиняються кримінальні правовідносини між державою та особою, яка вчинила злочин, і тому кримінальна відповідальність особи скасовується. Таким чином, якщо відповідний злочин (передумова) був вчинений під час дії КК 1960 року, а підстави для звільнення від кримінальної відповідальності, передбачені КК 2001 року, виникли як до, так і після 1 вересня 2001 року, то КК України 2001 року в цій частині має зворотну дію у часі на підставі ч. 1 ст. 58 Конституції України.

Так само ст. 45 є новою в КК 2001 року порівняно з КК України 1960 року, її положення мають зворотну дію в часі. Це означає, що якщо особа вчинила злочин невеликої тяжкості до 1 вересня 2001 року, а дії, що свідчать про її дійове каяття, мали місце після зазначеної дати, то особа повинна бути звільнена від кримінальної відповідальності на підставі ст. 45. При цьому при вирішенні питання про віднесення злочинів, передбачених КК України 1960 року, які були вчинені до 1 вересня 2001 року, до злочинів невеликої тяжкості, слід керуватися ч. 2 ст. 12 КК 2001 року (п. 18 розділу II Прикінцевих та перехідних положень КК 2001 року).

Так само, зворотну дію в часі має і норма, що передбачена ст. 46 (звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим).

Водночас, при вирішенні питання щодо зворотної дії норм КК 2001 року про звільнення від кримінальної відповідальності увагу треба звертати як на передумову (категорія злочину), так і на підставу такого звільнення. Так, відповідно до ст. 48 КК 2001 року скорочено перелік злочинів, що можуть виступати передумовою звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із зміною обстановки, а саме: такою передумовою є вчинення лише злочинів невеликої та середньої тяжкості. У зв'язку з цим, ця стаття КК не має зворотної дії у часі. Це знайшло відображення у п. 16 розділу II Прикінцевих та перехідних положень КК 2001 року, де зазначається: «У разі звільнення від кримінальної відповідальності та покарання осіб, які вчинили злочин до набрання чинності цим Кодексом, внаслідок зміни обстановки і втрати суспільної небезпечності діянням або особою, яка його вчинила, слід керуватися частиною першою або частиною другою статті 50 Кримінального кодексу України 1960 року».

Так само, не має зворотної дії у часі і норма, що передбачена у ст. 47 КК 2001 року (звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки). Це пояснюється тим, що передумови такого звільнення (вчинення вперше злочину невеликої або середньої тяжкості, тобто як умисного і необережного злочину) є більш несприятливими для особи порівняно з КК 1960 року, який такою передумовою передбачав вчинення особою вперше умисного злочину, що не становить великої суспільної небезпеки.

Подібним чином мають вирішуватися питання про зворотну дію в часі положень КК і щодо спеціальних видів звільнення від кримінальної відповідальності, передбачених в Особливій частині КК.

Розділ II

ЗАГАЛЬНІ ВИДИ ЗВІЛЬНЕННЯ ОСОБИ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

2.1. Звільнення від кримінальної відповідальності при добровільній відмові особи від доведення злочину до кінця

Стаття 17. Добровільна відмова при незакінченому злочині

1. Добровільною відмовою є остаточне припинення особою за своєю волею готування до злочину або замаху на злочин, якщо при цьому вона усвідомлювала можливість доведення злочину до кінця.

2. Особа, яка добровільно відмовилася від доведення злочину до кінця, підлягає кримінальній відповідальності лише в тому разі, якщо фактично вчинене нею діяння містить склад іншого злочину.

2.1.1. Дискусія щодо кримінально-правових наслідків добровільної відмови особи від доведення злочину до кінця

У ст. 17 прямо визначається лише один кримінально-правовий наслідок добровільної відмови, а саме: якщо в фактичних діях особи до її добровільної відмови міститься склад іншого (закінченого) злочину, вона підлягає кримінальній відповідальності за вчинення цього злочину.

Відносно ж того, які кримінально-правові наслідки настають для особи у частині вже вчинених нею діянь до добровільної відмови, КК ніяких вказівок не містить. Таким же чином це питання вирішувалося і в КК 1960, ст. 18 якого передбачало, що особа, яка добровільно відмовилася від доведення злочину до кінця, підлягає кримінальній відповідальності лише в тому разі, коли фактично вчинене нею діяння містить склад іншого злочину.

У зв'язку з цим, як при КК 1960 року, так і при чинному КК висловлювалися різні судження: одні науковці вважають, що добровільна відмова виключає кримінальну відповідальність за дії, вчинені до добровільної відмови¹, інші – що така відмова служить підставою звільнення від відповідальності², треті – що при добровільній відмові особа не підлягає кримінальній відповідальності³. Інколи кримінально-правові наслідки добровільної відмови визначали суперечливо: спочатку вказували, що така відмова виключає кримінальну відповідальність, а потім – що особа при добровільній відмові звільняється від кримінальної відповідальності, тому що її діяння не вважається зло-

¹ Див., наприклад: *Кафаулов В. Ф.* Стадии совершения преступления. Учебное пособие. – М., 1982. – С. 43; *Дядько Д. Е.* Добровольный отказ от совершения преступления по советскому уголовному праву / Автореф. дис. ... к. ю. н. – Х., 1974. – С. 7; Кримінальне право України. Загальна частина / За ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тацій. – Київ. – Харків: Юрінком Інтер – Право, 2001. – С. 187; *Матишевський П. С.* Кримінальне право України: Загальна частина: підручник. – К.: А.С.К., 2001. – С. 162; Кримінальне право і законодавство України. Частина Загальна. Курс лекцій / За ред. М. Й. Коржанського. – К.: Атіка, 2001. – С. 287-288; Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / Під заг. ред. *Потембенька М. О., Гончаренка В. Г.* – К.: «Форум», 2001. У 2-х ч. Частина 1. – С. 168; Уголовный кодекс Украины. Комментарий / Под ред. Ю. А. Кармазина и Е. А. Стрельцова. – Х.: ООО «Одиссей», 2001. – С. 49.

² Див.: *Панько К. А.* Добровольный отказ от преступления по советскому уголовному праву (Лекция). – Воронеж, 1972. – С. 42; Курс российского уголовного права. Общая часть / Под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова... – С. 334, 335.

³ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К.: Каннон, 2001. – С. 63.

чином¹, або в діях, що вчинені до моменту добровільної відмови, відсутній склад злочину².

Твердження про те, що особа у випадку добровільної відмови не підлягає кримінальній відповідальності, певною мірою знаходить своє відображення і в ч. 1 ст. 31, де передбачено, що у разі добровільної відмови від вчинення злочину виконавець (співвиконавець) *не підлягає* кримінальній відповідальності за наявності умов, передбачених ст. 17.

Водночас, необхідно зауважити, що формула «особа не підлягає кримінальній відповідальності» охоплює собою, щонайменше, дві категорії осіб, а саме: 1) осіб, які взагалі не вчиняли злочину, наприклад, внаслідок неосудності. Так, ч. 2 ст. 19 КК передбачає, що не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка на час вчинення суспільно небезпечного діяння, передбаченого цим Кодексом, перебувала в стані неосудності. Очевидно, що в такому випадку неосудність виключає злочинність діяння, а, відповідно, і кримінальну відповідальність особи; 2) осіб, які вчинили злочин, однак підлягають імперативному звільненню від кримінальної відповідальності. Наприклад, при закінченні строку давності особа не підлягає кримінальній відповідальності, оскільки вона підлягає імперативному і безумовному звільненню від кримінальної відповідальності.

Тому формулювання кримінально-правових наслідків добровільної відмови як таких, що особа не підлягає відповідальності, не прояснює ситуації. Відповідно, не можна погодитись із позицією Г. В. Бушуєва та І. Г. Бушуєва, що, наприклад, використання поняття «особа не підлягає кримінальній відповідальності» є більш доцільним і має використовуватися для «всіх випадків добровільної і остаточної відмови від продовження триваючих злочинів з формальним складом»³. Необхідно чітко визначити, чи виключається кримінальна відповідальність особи при добровільній відмові за діяння, вчинені до моменту такої відмови, чи особа все ж таки підлягає звільненню від кримінальної відповідальності за ці дії. Вище вже йшлося про важливе значення розмежування таких наслідків.

Розглянемо спершу аргументацію тих дослідників, які відстоюють тут виключення кримінальної відповідальності як правовий наслідок таких дій особи (зокрема, такої думки дотримувалися М. Д. Дурманов⁴, В. Д. Меньшагін та З. А. Вишинська⁵, О. О. Герцензон⁶, І. С. Тишкевич⁷ та ін. Дотримуються такої думки і деякі сучасні автори: В. П. Тихий⁸, А. П. Козлов⁹ та ін.). Основним аргументом цієї позиції є «втрата особою ознаки суспільної небезпечності з моменту добровільної відмови», а отже, і все вчинене нею діяння нібито також втрачає ознаку суспільної небезпечності, і правовим наслідком тут має бути *виключення кримінальної відповідальності*.

¹ Див.: Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник / Александров Ю. В., Антипов В. І., Володько М. В. та ін. / Відп. ред. Кондратьев Я. Ю.; наук. ред. Кліщенко В. А. та Мельник М. І. – К.: Правові джерела, 2002. – С. 169, 172.

² Див.: Бажанов М. И. Уголовное право Украины. Общая часть. – Днепропетровск: Пороги, 1992. – С. 79-80.

³ Див.: Бушуев Г. В., Бушуев К. Г. Добровольный отказ от совершения преступления на стадии его юридического окончания // Учебные записки: Сборник научных трудов Института государства и права. Вып. 6. – Тюмень: Изд-во Тюменского гос. ун-та, 2003. – С. 68.

⁴ Див.: Дурманов Н. Д. Стадии совершения преступления по советскому уголовному праву. – М., 1955. – С. 204-205.

⁵ Див.: Советское уголовное право. Часть Общая. – М., 1952. – С. 295.

⁶ Герцензон А. А. Уголовное право. Часть общая. – М., 1948. – С. 358.

⁷ Див.: Тишкевич И. С. Приготовление и покушение по советскому уголовному праву. – М., 1958. – С. 217.

⁸ Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник / Під ред. Бажанова М. І., Сташиса В. В., Тація В. Я. – Київ – Харків: Юрінком Інтер – Право, 2001. – С. 187.

⁹ Див.: Козлов А. П. Учение о стадиях преступления. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 340-343.

Вочевидь, однак, що вчинене особою до добровільної відмови об'єктивно являє собою такі ж самі дії, як і вчинене особою, якщо б її діяльність на цьому етапі було припинено, наприклад, правоохоронними органами. Тобто, наявним є той же суб'єкт, те ж діяння, такий же намір на вчинення злочинних дій (тобто, наявним є склад готування до, наприклад, крадіжки). І саме цей момент – добровільна відмова, на думку криміналістів, категорично змінює, повертає ситуацію: «Добровільна відмова виражається у свідомому акті припинення злочинної діяльності. Відповідно, він виражає відпадиння умислу на вчинення злочину. Водночас, акт припинення дій по вчиненню злочину означає, що розвиток причинового зв'язку в напрямку досягнення цього результату припиняється. Відповідно, в діях особи, що добровільно відмовилася від вчинення злочину, відсутня основна матеріальна ознака злочину – суспільна небезпечність діяння і особи. За відсутності цієї основної ознаки діяння не може бути злочинним і караним»¹. Але ж ці аргументи можна так само застосувати і до ситуації, коли злочинна діяльність переривається не з волі особи: і умисел на подальше вчинення злочину у особи відпадає (внаслідок неможливості його реалізації), і розвиток причинного зв'язку припиняється так само, як і при добровільній відмові, тощо.

Роботи авторів, котрі в якості основного аргументу щодо виключення кримінальної відповідальності називали відпадиння суспільної небезпечності особи, в науковій літературі викликали критику. Це не є дивним, адже ознака суспільної небезпечності особи взагалі тривалий час у науковій літературі радянського періоду визнавалася залишком «буржуазних теорій» і т. ін. Однак дослідники проблеми добровільної відмови виділяли ознаку «відпадиння суспільної небезпечності особи винного» у якості однієї із основних при характеристикі добровільної відмови як підстави виключення кримінальної відповідальності². Отже, визначали, що внаслідок добровільної відмови саме особа злочинця перестає бути суспільно небезпечною, і ця обставина впливає на те, щоб не притягувати її до кримінальної відповідальності. Але вважати, що відпадиння кримінальної суспільної небезпечності особи злочинця має так звану зворотну дію, тобто поширюється на всі його дії до вчинення добровільної відмови, на нашу думку, не можна. Вчинене особою діяння за своїми об'єктивними ознаками нічим не відрізняється від такого ж діяння, але перерваного поза волею особи і визнаного КК кримінально значимою стадією – незакінченим злочином (готуванням чи замахом). Під час вчинення діяння особа мала і в першому, і в другому випадках намір на продовження злочинної діяльності, а отже, в момент вчинення діяння вона була суспільно небезпечною. Те, що потім вона вчинила свідомий добровільний акт припинення злочинної діяльності, якщо і може означати відпадиння її суспільної небезпечності, але лише на майбутнє і може впливати на недоцільність притягнення її до відповідальності та призначення покарання, оскільки вона вже нібито зробила перші кроки до виправлення. При цьому, однак, чомусь взагалі не обговорюються питання: а що ж автори розуміють під суспільною небезпечністю особи в даному випадку?

Вочевидь, що добровільна відмова ні в якому разі не може поширюватися на вже здійснені суспільно небезпечні вчинки особи, моти, так би мовити, «зворотну дію». Вчинене особою діяння до добровільної відмови містить склад незакінченого злочину і на момент вчинення є суспільно небезпечним, а отже, кримінальна відповідальність у такому разі не виключається, а *добровільна відмова (сам акт добровільної відмови) є підставою звільнення особи від кримінальної відповідальності*.

Прямим підтвердженням такої позиції і думки про те, що добровільна відмова не усуває суспільної небезпечності вчиненого і особи, є законодавчо регламентоване положення про притягнення до кримінальної відповідальності осіб, якщо у фактично

¹ Дурманов Н. Д. Стадии совершения преступления по советскому уголовному праву. – М., 1955. – С. 189.

² Там само. – С. 188-189.

вчинених до добровільної відмови діях яких міститься склад іншого злочину. Якби відпадіння суспільної небезпечності особи означало б і відпадіння суспільної небезпечності вчиненого нею до добровільної відмови діяння, це мало б, за загальним правилом, означати виключення кримінальної відповідальності у всіх випадках – в тому числі і у випадках, коли фактично вчинене особою містило склад іншого закінченого злочину.

Як уже зазначалося, при виключенні кримінальної відповідальності в діях особи відсутній склад злочину, в тому числі і незакінченого, а при звільненні від такої відповідальності, вчинення саме такого злочину є обов'язковою передумовою такого звільнення¹.

Таким чином, проблема все ж таки полягає в тому, щоб визначитися, чи вчинила особа до моменту добровільної відмови незакінчений злочин, чи скоєне нею до цього моменту таким злочином не визнається?

При зверненні до КК відповідь на це питання сумнівів не залишає. Сама назва ст. 17 передбачає добровільну відмову при незакінченому *злочині*, яким визнається готування до злочину і замах на злочин (ч. 2 ст. 13). У ч. 1 ст. 17 також мова йде про припинення особою за своєю волею *готування* до злочину чи *замаху* на нього. Так само, у ст. 31 закріплюється, що при добровільній відмові виконавця... інші співучасники підлягають кримінальній відповідальності за *готування* до того злочину або *замаху* на той злочин, від вчинення якого відмовився виконавець.

Крім того, в ч. 2 ст. 31 стосовно добровільної відмови організатора, підбурювача чи пособника говориться про своєчасне повідомлення відповідних органів державної влади про *злочин, що готується або вчиняється*, тобто *про* готування до злочину чи замах на нього.

Таким чином, з точки зору чинного КК, жодних сумнівів не виникає відносно того, чи вчиняє особа до моменту добровільної відмови незакінчений злочин. Закон дає пряму та недвозначну відповідь на таке запитання. Та й в літературі, при відповіді на запитання, на якій стадії злочинної діяльності можлива добровільна відмова, зазначається, що йдеться про стадію і готування, і замаху.

Це положення не викликає жодних сумнівів відносно готування до злочину, оскільки в ч. 1 ст. 14 КК при визначенні готування відсутня така його обов'язкова ознака, як припинення підготовчих дій з причин, що не залежать від волі суб'єкта (на відміну від КК РФ, де у ч. 1 ст. 30 визначається готування до злочину як діяння, не доведене до кінця з незалежних від особи обставин).

Стосовно ж замаху, відповідь може викликати певні утруднення. Це пояснюється тим, що у ст. 15 КК закон обов'язковою ознакою замаху називає недоведення злочину до кінця *з причин, які не залежать від волі суб'єкта*. Вочевидь, що при добровільній відмові особа якраз за своєю волею (ч. 1 ст. 17) припиняє свою злочинну діяльність, в тому числі і на стадії замаху.

Мабуть, не випадково КК РФ відійшов від того, щоб називати у статті, присвяченій добровільній відмові, дії до моменту добровільної відмови замахом. Так, ч. 1 ст. 31 КК РФ передбачає, що добровільною відмовою від злочину визнається припинення особою готування до злочину чи припинення дій (бездіяльності), безпосередньо спрямованих на вчинення злочину, якщо особа усвідомлювала можливість доведення злочину до кінця. Однак існує певне протиріччя між визначенням готування як діяння, не доведеного до кінця з незалежних від особи обставин у ст. 30 КК РФ, та положенням ст. 31 про добровільну відмову «від готування». Очевидно, що вказавши на добровільну відмову саме «при готуванні», російський кримінальний закон визнав поділ готування на перерване та добровільно залишене. Російські криміналісти поширюють цей поділ і на замах на злочин, вказуючи, що існують «два види незакінчених злочинів – перервані

¹ Див., наприклад: *Келина С. Г.* Цит. праця. – С. 8.

з незалежних від особи обставин та добровільно незакінчені (добровільно залишені)¹. Така позиція є сприйнятною.

Видається, що на визначення стадій вчинення умисного злочину не впливає наявність чи відсутність ознаки їх припинення за волею чи по mimo волі особи. Важливим є те, що при готуванні особа лише створює умови для вчинення пізніше закінченого злочину, ознаки якого передбачені у відповідних статтях Особливої частини КК. При цьому на об'єктивний процес створення цих умов не впливає те, що підготовчі дії були припинені на якомусь етапі за волею винної особи чи поза її волею.

Точно так, при замаху на вчинення злочину особа вже виконує об'єктивну сторону закінченого злочину, ознаки якого передбачені в статті Особливої частини КК, і на цей об'єктивний факт вже не може впливати припинення впродовж зазначених дій за волею чи поза волею винної особи. Це має значення лише при визначенні кримінально-правових наслідків такого припинення, а саме: припинення за волею особи визнається добровільною відмовою від доведення злочину до кінця, а поза волею особи – такою відмовою не визнається.

Таким чином, можна дійти висновку, що і за КК України дії особи, вчинені до добровільної відмови та безпосередньо спрямовані на вчинення злочину, передбаченою відповідною статтею Особливої частини КК, є замахом на злочин.

Викладене дозволяє зробити висновок, що до моменту добровільної відмови суб'єкт вчиняє діяння, які містять склад незакінченого злочину (готування чи замаху), тобто в його діянні наявна підстава кримінальної відповідальності. Тому *добровільна відмова служить підставою саме звільнення особи від кримінальної відповідальності за незакінчений злочин, а не виключення такої відповідальності*.

Деякі російські вчені також дотримуються думки, що при добровільній відмові відбувається саме звільнення особи від кримінальної відповідальності, а не виключення її: «замах відбувся», отже, за виразом М. С. Таганцева, «те, що було, не можна зробити таким, що не було»². Звільнення особи від кримінальної відповідальності у разі добровільної відмови не означає зміни юридичної природи самого діяння (готування чи замаху), воно залишається караним діянням³.

2.1.2. Передумова звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з її добровільною відмовою

Передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з її добровільною відмовою є вчинення нею готування до злочину або замаху на злочин.

На це прямо вказує як назва ст. 17 («Добровільна відмова при незакінченому злочині»), так і частина 1 цієї статті, в якій передбачено, що особа має добровільно припинити готування до злочину або замах на злочин. Іншими словами, зазначеною передумовою, перш за все, є умисне створення відповідним суб'єктом умов для вчинення в майбутньому прямоумисного закінченого злочину, передбаченого відповідною статтею чи частиною статті Особливої частини КК (наприклад, підшукування засобів та знарядь для вчинення крадіжки із проникненням у житло або усунення перешкод для вчинення у майбутньому умисного вбивства тощо).

¹ Козлов А. П. Учение о стадиях преступления. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 350; Курс уголовного права. Общая часть. Том 1: Учение о преступлении. – М.: Зерцало, 1999. – С. 362. У цьому зв'язку суперечливою виглядає позиція авторів Курсу кримінального права, коли спочатку стверджується, що існує добровільно залишений незакінчений злочин (т. 1, с. 362), а потім стверджується, що добровільна відмова виключає можливість притягнення до кримінальної відповідальності особи за той злочин, відмова від якого була здійснена в силу відсутності її підстав. З цього випливає, що не можна говорити про звільнення від кримінальної відповідальності (т. 2, с. 148).

² Цит за.: Курс российского уголовного права. Общая часть / Под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова ... – С. 334, 335.

³ Там само.

Крім того, такою передумовою є також вчинення особою з прямим умислом діяння (дії або бездіяльності), безпосередньо спрямованого на вчинення злочину, передбаченого відповідною статтею Особливої частини КК, тобто замаху на злочин (наприклад, проникнення у житло для вчинення крадіжки або прицілювання у потерпілого з метою позбавлення його життя тощо).

Важливо підкреслити, що і при готуванні, і при замаху на злочин особа реалізує злочинний намір, спрямований на вчинення певного злочину, передбаченого Особливою частиною КК.

Щодо питання про те, на якій стадії злочинної діяльності можлива добровільна відмова, найбільш поширеною в літературі є думка, що така відмова можлива на всіх стадіях, окрім стадії закінченого злочину: «Добровільна відмова виключається на стадії закінченого злочину, оскільки є всі елементи складу злочину і відмовитися від завершеного посягання вже неможливо, воно незворотне. Таким чином, поняття закінченого злочину і добровільної відмови є взаємовиключними»¹. Добровільна відмова завжди можлива також на стадії незакінченого замаху, і за наявності певних умов – на стадії закінченого замаху, але лише в тих випадках, коли між здійсненням діянням і ймовірним настанням суспільно небезпечних наслідків є певний проміжок часу, у ході якого особа контролює розвиток причинового зв'язку, може втрутитись і перешкодити настанню суспільно небезпечного наслідку.

Злочин має бути незакінченим не тільки у суб'єктивному уявленні особи, але, перш за все, він об'єктивно має бути таким, тобто вчинене особою діяння не повинно відповідати всім ознакам об'єктивної сторони певного складу закінченого злочину, передбаченого в Особливій частині КК. Так, при розбійному нападі особа може вважати, що злочин вона ще не закінчила, оскільки добровільно відмовилася від заволодіння майном потерпілого, але юридично вчинене нею діяння вже містить ознаки закінченого розбійного нападу. Вочевидь, що в таких випадках при вирішенні питання про наявність чи відсутність передумови звільнення від кримінальної відповідальності до уваги має братися не суб'єктивне уявлення особи, а юридична кваліфікація нею скоєного.

2.1.3. Добровільна відмова особи від доведення злочину до кінця – підстава її звільнення від кримінальної відповідальності

У теорії кримінального права були запропоновані різні поняття добровільної відмови. Зокрема, О. О. Піонтковський визначав добровільну відмову як відмову «від доведення розпочатої злочинної діяльності до кінця при усвідомленні наявності фактичної можливості її закінчення»². В. П. Тихий зазначає, що «добровільною відмовою від вчинення злочину визнається остаточне припинення з волі особи готування до злочину чи дій, які без посередньо спрямовані на його вчинення при усвідомленні нею можливості довести злочин до кінця»³. Висловлювались також думки, що добровільна відмова є наявною не тільки при припиненні злочинної діяльності (відмові від доведення до кінця вчинення закінченого злочину), але і при відверненні його закінчення⁴.

Головною ознакою добровільної відмови, як визначає більшість дослідників цієї проблеми, є припинення особою за своєю волею злочинної діяльності⁵. Щодо інших сутнісних ознак добровільної відмови – в науці немає єдиної думки. Більшість вчених

¹ Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник / Під ред. Бажанова М. І., Сташиса В. В., Тація В. Я. – Київ – Харків: Юрінком Інтер – Право, 2001. – С. 186.

² Піонтковский А. А. Учение о преступлении. – М., 1961. – С. 520.

³ Тихий В. П. Стадії вчинення злочину. Конспект лекції. – Х.: НЮАУ, 1996. – С. 21.

⁴ Див.: Сафронов А. Д. Добровольный отказ от совершения преступления и деятельное раскаяние преступника.: Автореф. дис. ... к. ю. н. – М., 1977. – С. 10.

⁵ Див.: Тихий В. П. Цит. праця. – С. 21.

розглядає такі ознаки: добровільність, усвідомлення можливості доведення злочину до кінця і остаточність. Деякі виділяють тільки дві ознаки – добровільність і остаточність припинення злочину. Усвідомлення можливості доведення злочину до кінця при цьому відносять до добровільності¹. Всі ці ознаки знайшли своє відображення у законі – ст. 17 КК визначає, що «добровільною відмовою є остаточне припинення особою за своєю волею готування до злочину або замаху на злочин, якщо при цьому вона усвідомлювала можливість доведення злочину до кінця».

Таке визначення, а також зміст добровільної відмови як певного свідомого вчинку особи дозволяє розглянути добровільну відмову через сукупність ознак, які характеризують її суб'єкта, мотиви, її об'єктивну та суб'єктивну сторони.

Суб'єктом добровільної відмови є та сама особа, що і вчинила готування до злочину чи замах на нього. Це може бути як загальний, так і спеціальний суб'єкт (див. ст. 18) відповідного прямоумисного злочину, до якого цей суб'єкт готувався або вчинив замах на нього.

Незважаючи на те, що, на думку більшості дослідників, **мотиви** добровільної відмови не мають кримінально-правового значення², вони, а також інші суб'єктивні фактори значною мірою впливають на встановлення добровільності такої відмови. Ще А. Н. Круглевський, а також інші автори в ХІХ ст. зауважували: «На нашу думку, при вирішенні питання про значення добровільної відмови від замаху, за чинним правом, необхідно розрізняти випадки двоякого роду. По-перше, можливо, що злочин не було доведено до кінця внаслідок виникнення фізичних до того перешкод. У такому разі замах беззаперечно підлягає покаранню. По-друге, можливо, що діяльність винного призупинилась внаслідок виникнення в його душі протидіючих реалізації мотивів. У такому разі визнання замаху добровільно залишеним і некараним має стояти залежно від того, чи був тиск цих мотивів непереборним для середньої людини чи ні. Перша умова не звільняє винного в замаху від покарання, а інша – звільняє»³.

Мотиви добровільного залишення злочинної діяльності, безумовно, нерозривно пов'язані із певними обставинами зовнішнього, об'єктивного характеру – переборними та непереборними перешкодами. А. П. Козлов зазначає, що «відмінність таких перешкод від наявних при припиненні злочинної діяльності полягає в тому, що вони самі по собі не можуть зупинити злочин, а лише ставлять особу перед дилемою: продовжувати злочин чи припинити його. Остаточне рішення – за особою, що вчиняє суспільно небезпечне діяння»⁴.

Мотиви добровільної відмови такого суб'єкта від доведення злочину до кінця можуть бути найрізноманітнішими. Вони залежать від багатьох обставин: характеристики особи злочинця, його моральних якостей, характеру злочину, характеристики і поведінки потерпілої особи, ступеня наполегливості суб'єкта при вчиненні злочину, – обстановки його вчинення тощо. Тому зазначеними мотивами можуть бути: розкаяння, боягузтво, жаль до потерпілої особи, усвідомлення аморальності поведінки, страх перед покаранням тощо. І хоча ці мотиви не мають кримінально-правового значення, але їх встановлення має значення для вирішення питання про наявність чи відсутність добровільності відмови. Так, відносно такого мотиву, як страх перед покаранням, слід зазначити, що під таким страхом розуміється лише усвідомлення особою загальної небезпеки бути покараним, яке сполучається із усвідомленням нею можливості доведення злочину до кінця. Якщо ж дана особа при вчиненні готування до злочину чи замаху на нього усвідомлює реальну загрозу розкриття вчинюваного злочину, а потім

¹ Див.: Гродецький Ю. В. Добровільна відмова при співучасті: Автореф. дис. ... к. ю. н. – Х., 2002. – С. 6.

² Див.: Дурманов Н. А. Стадии совершения преступления по советскому уголовному праву... – С. 195.

³ Цит. за: Козлов А. П. Учение о стадиях преступления. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 326.

⁴ Там само. – С. 327-328.

і засудження за нього, а також понесення покарання, і така загроза є нездоланною або значною перешкодою в реалізації злочинного наміру, то відмова в такому випадку від доведення злочину до кінця визнається не добровільною, а вимушеною.

Водночас, слід мати на увазі, що залежно від специфіки мотивації вчиненого злочину та конкретних обставин вчинення злочину неминучість викриття злочину та затримання злочинця не завжди перетворюється на нездоланну перешкоду (наприклад, для вбивці із ревнощів або помсти неминуче викриття та наступне покарання може бути байдужим).

Об'єктивною стороною добровільної відмови є припинення особою за своєю волею готування до злочину або замаху на злочин.

Формами зазначеного припинення є, за загальним правилом, бездіяльність (пасивна поведінка) особи. Наслідком такого припинення є недоведення злочину до кінця. Наприклад, при готуванні до крадіжки особа припиняє підшукування або пристосування засобів чи знарядь для вчинення цієї крадіжки або при готуванні до вбивства особа відмовляється від усунення перешкод, які заважали вчиненню вбивства певного потерпілого. Точно так, суб'єкт, який подолав опір потерпілої особи (тобто, вчинив замах на зґвалтування), відмовляється від подальших активних дій, спрямованих на завершення зґвалтування.

Звичайно, у зазначених випадках припинення готування до злочину або замаху на нього може виражатися і в активній формі (наприклад, особа знешкоджує знаряддя вчинення злочину), що не має кримінально-правового значення, однак головне полягає в тому, що ця особа припиняє створювати умови для подальшого вчинення злочину або припиняє виконувати об'єктивну сторону відповідного злочину, передбаченого Особливою частиною КК. Лише в одному випадку припинення замаху на злочин має бути виражено в активній поведінці особи. Це стосується добровільної відмови при закінченому замаху на злочин у зазначених вище випадках, коли особа ще має контроль над розвитком причинового зв'язку між вчиненим нею діянням (дією чи бездіяльністю) і очікуваними через певний проміжок часу шкідливими наслідками. Для того, щоб уникнути цих наслідків, не допустити їх настання, особа повинна діяти активно, втрутитися в розвиток причинового зв'язку і попередити настання шкідливих наслідків.

Далі, пасивна чи активна поведінка особи при добровільній відмові характеризується тим, що *припинення готування до злочину або замаху на злочин повинно мати місце за волею цієї особи, або, як зазначає КК, «за своєю волею»*. Власна воля особи при недоведенні злочину до кінця має місце там, де ця особа має вибір в своїй поведінці: або продовжувати діяти (бездіяти) і завершити злочин (довести його до кінця), або припинити діяння і не доводити злочин до кінця. У випадках, коли особа свідомо і вільно (без примушування з боку інших осіб і не у зв'язку з виниклими перешкодами) припиняє попередню злочинну діяльність, таке її припинення має визнаватися за волею цієї особи.

Добровільність відмови нерідко прямо залежить від «переборності» чи «непереборності» перешкоди на шляху до закінчення злочину. Як же визначити непереборність перешкоди? Слід зазначити, що чіткої відповіді і визначених критеріїв теорії виробити не вдалося, більшість вчених обмежується лише переліченням найбільш типових обставин і причин, які впливають на особу, не даючи їй завершити злочинну діяльність. Наприклад, на думку М. Д. Дурманова¹, А. Б. Сахарова², зростання ризику викриття або наявність перешкод хоч і переборних, але більш значних, ніж вважав суб'єкт, розпочинаючи злочинну діяльність (наприклад, виявилось, що потрібно зламати не одні, а двоє, троє чи більше дверей), тощо означає відсутність добровільності відмови.

¹ Див.: Дурманов Н. Д. Цит. праця. – С. 194.

² Див.: Сахаров А. Б. Ответственность за приготовление и покушение // Советская юстиция. – 1961. – № 21. – С. 12.

Якщо особа відмовляється від продовження злочину у зв'язку з будь-якою перешкодою, що суттєво утруднює продовження злочину або робить взагалі неможливим його продовження чи завершення, то припинення цією особою готування до злочину або замаху на злочин має визнаватися не з її волі, а *вимушеним*.

За Ю. В. Гродецьким, добровільна відмова матиме місце в двох випадках: 1) коли відсутні обставини, що можуть перешкодити завершенню злочину, і особа, знаючи про це, припиняє діяння; 2) коли такі обставини присутні, але особа не знає про них і за своєю волею не доводить злочин до кінця¹. Отже, при встановленні добровільності відмови від злочинної діяльності слід враховувати як суб'єктивні, так і об'єктивні фактори (перешкоди) в їх єдності, що впливають на припинення особою такою діяльності.

Якщо особа за своєю волею припиняє незакінчений злочин, то не має кримінально-правового значення, за чією ініціативою вона це зробила. Це може бути як власна ініціатива, так і ініціатива інших осіб, яким стало відомо про розпочаток злочину (наприклад, родичі, друзі, знайомі). В останньому випадку, однак, вибір варіанта поведінки повинен залежати лише від особи, яка вчинила незакінчений злочин.

Нарешті, необхідною ознакою припинення незакінченого злочину є *остаточність такого припинення*. В науковій літературі існує декілька підходів до встановлення остаточності добровільної відмови. Більшість авторів вважає, що визначальними тут є об'єктивні чинники – припинення особою вчинення цього злочину назавжди, а не на якийсь проміжок часу (тобто, повне залишення спроб вчинення цього злочину)². Інші автори, і зокрема Ю. В. Гродецький, вважають, що в такому разі необхідно виходити із суб'єктивних чинників – якщо буде встановлено, що в цей момент особа припинила завершення злочину без наміру відновити його в майбутньому, то має місце добровільна відмова. Якщо ж особа мала намір через деякий час повернутися до цього злочину, то добровільна відмова відсутня. Видається, що остаточне припинення готування до злочину або замаху на злочин має місце там, де особа повністю (а не частково і не тимчасово) та безповоротно припинила реалізацію певного злочинного наміру, спрямованого на вчинення конкретного умисного злочину. Якщо у особи після добровільного припинення готування наприклад, до певної крадіжки, через деякий час виник новий злочинний намір на вчинення іншої крадіжки, навіть із одного і того ж місця, то це не є перешкодою для визнання у першому випадку остаточного припинення готування до крадіжки.

Першою обставиною, що виключає остаточність припинення незакінченого злочину, є тимчасове призупинення особою своїх злочинних дій (бездіяльності) на стадії готування до злочину чи замаху на злочин до настання кращої, більш сприятливої обстановки. Так, якщо особа не завершила крадіжку з причини, що в касі крамниці було небагато грошей, і вирішила завершити злочин через деякий час, коли каса поповниться грошима, то така перерва у злочинній діяльності не свідчить про остаточну відмову від доведення крадіжки до кінця.

Точно так, *другою обставиною, що виключає остаточність припинення особою незакінченого злочину, є відмова особи від повторення злочинного посягання*, якщо перше посягання було безрезультатним внаслідок обставин, що не залежали від неї. Така відмова від повторення злочинного посягання має місце там, де особа вчинила закінчений замах і, незважаючи на те, що злочин не був доведений до кінця, з різних мотивів відмовляється від повторення посягання.

Наприклад, особа зробила постріл в потерпілого з метою його вбивства, але смерть не настала. Злочинець це усвідомлює і має реальну можливість зробити ще постріли в потерпілого, але відмовляється від цього з мотивів розкаяння у вчиненому. Вочевидь,

¹ Див.: Гродецький Ю. В. Добровільна відмова при співучасті: Автореф. дис. ... к. ю. н. – Х., 2002. – С. 7.

² Див.: Тишкевич И. С. Приготовление и покушение по советскому уголовному праву. – М., 1958. – С. 223; Дурманов Н. Д. Цит. праця. – С. 196.

що в даному випадку суб'єкт вчинив спочатку закінчений замах на вбивство, від якого вже неможливо добровільно відмовитися, а потім не скористався ситуацією і не зробив нового пострілу. Така його поведінка може бути врахована судом при призначенні покарання за вчинений замах на злочин.

Вивчення судової практики показало, що суди неоднаково кваліфікують відмову від повторного замаху на злочин.

Так, Ц. вчинив розбійний напад, а коли І. намагався його затримати, вистрелив у нього з близької відстані. Хоча Ц. твердив про відсутність умислу на вбивство, посилаючись на те, що мав можливість ще раз вистрелити в потерпілого, але не зробив цього, обласний суд обґрунтовано зазначив, що підсудний відмовився лише від повторного замаху на злочин. У справі встановлено, що смерть І. не настала лише тому, що він на мить відхилився і куля пошкодила одяг на лівій половині його грудей. Розглянувши справу в касаційному порядку, судова колегія в кримінальних справах Верховного Суду України залишила без змін вирок, яким Ц. засуджено за ст. 17, п. «а» ст. 93 і ч. 3 ст. 142 КК 1960 р.

Інакше було кваліфіковано подібні злочинні дії С. Він з метою вбити свою дочку та зятя, з якими перебував у неприємних стосунках, таємно проник у їх квартиру і заподіяв зятеві кілька ножових поранень, від яких той помер. Після цього С. прийняв велику дозу заспокоюючих ліків, внаслідок чого дії стали дещо загальмованими, і почав чекати на дочку, якої не було вдома. Як тільки дочка зайшла у квартиру, С. ударив її сокирою по голові. Смерть не настала лише тому, що потерпіла вчинила значний опір і удар був неточним. Потім С. кілька разів намагався вдарити її ножом у голову, але й цього разу вбити не зміг через загальмованість своїх дій та опір потерпілої.

Давши невірну оцінку зібраним у справі доказам, обласний суд безпідставно визнав, що С. добровільно відмовився від вбивства дочки, і неправильно кваліфікував його дії за ст. 102 КК. Ухвалою судової колегії в кримінальних справах Верховного Суду України вирок скасовано, а справу повернуто на новий розгляд. При цьому судова колегія вказала, що при повторному розгляді справи необхідно з'ясувати, від чого саме відмовився С.: від вбивства дочки чи від повторення замаху на нього, адже смерть потерпілої не настала з причин, що не залежали від волі С. В ухвалі судової колегії Верховного Суду слушно зазначено, що добровільна відмова від вчинення злочину на стадії закінчення замаху можлива лише у формі активних дій, спрямованих на запобігання злочинному наслідку, за умови, що вони досягли цієї мети. Як зазначено у вирокі, С. не викликав швидкої допомоги, хоча дочка стікала кров'ю, і втік з місця події, пригрозивши потерпілій, що вб'є її, коли вона комусь розповість про вчинене ним вбивство. Під час нового розгляду справи С. був засуджений за вбивство зятя та замах на вбивство дочки. Вирок залишено без змін.¹

Суб'єктивною ознакою добровільної відмови є усвідомлення суб'єктом можливості доведення злочину до кінця. Відмовляючись від продовження своїх злочинних дій (бездіяльності), суб'єкт повинен бути впевненим, що має фактичну (реальну) можливість для успішного завершення початого злочину, але за своєю волею не використовує цю можливість.

Так, суб'єкт, який подолав опір потерпілої особи з метою її зґвалтування, повинен усвідомлювати, що він має можливість завершити зґвалтування, але відмовляється від цього з мотивів, наприклад, жалості до потерпілої.

Усвідомлення суб'єктом можливості доведення злочину до кінця вказує на певний інтелектуальний процес оцінки обставин здійснення злочину, що склалися. Він містить у собі не тільки аналіз цих обставин, а й вироблення на його основі уявлення про можливість завершення злочину. В науці можливість доведення злочину до кінця роз-

¹ Коментар судової практики з кримінальних справ // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 1996. – № 6. – С.6.

глядають у різних аспектах – як об'єктивну та суб'єктивну категорію, а також виділяють фізичну, фактичну, реальну, повну тощо можливість¹.

Слід погодитись з Ю. В. Гродецьким, що при встановленні цієї ознаки необхідно враховувати саме суб'єктивне усвідомлення, суб'єктивне сприйняття особою наявності такої можливості. Тобто, реально, об'єктивно, наприклад, можливості завершення вчинення задуманого злочину може і не бути (наприклад, за її затриманням вже виїхав наряд міліції), але особа про це не знає, і добровільно припиняє вчинення злочину, вважаючи, що має реальну можливість завершити задумане.

Таким чином, для констатації ознаки, що розглядається, не має значення, чи була справді у особи фактична можливість доведення злочину до кінця. Необхідно лише, щоб особа усвідомлювала, що вона здатна успішно закінчити злочин, але, проте, відмовляється від його завершення. Звичайно, таке усвідомлення повинно базуватися на конкретних обставинах діяння і обстановки його вчинення, а не на абстрактних домыслах та допущеннях, що не мають під собою реальних підстав.

Кримінально-правовим наслідком добровільної відмови особи від доведення злочину до кінця є імперативне і безумовне її звільнення від кримінальної відповідальності за готування до злочину або замах на злочин.

Водночас, якщо при вчиненні готування до злочину або замаху на злочин суб'єкт фактично одночасно вчинив інший злочин, він підлягає кримінальній відповідальності за нього. Так, якщо при готуванні до вбивства особа незаконно придбала, зберігала і носила вогнепальну зброю, а потім добровільно відмовилася від доведення злочину до кінця, то ця особа підлягає звільненню від кримінальної відповідальності за готування до умисного вбивства, але підлягає такій відповідальності за незаконне придбання, зберігання та носіння вогнепальної зброї (ч. 1 ст. 263).

2.2. Звільнення співучасників від кримінальної відповідальності при їх добровільній відмові (загальні положення)

КК 2001 року вперше в ст. 31 передбачив положення, що стосується добровільної відмови співучасників. Ці положення відображають досягнення науки кримінального права та практику застосування норм про добровільну відмову стосовно співучасників.

Новий КК певним чином диференціював випадки «невдалої співучасті» на два види, а саме: 1) випадки відповідальності співучасників у разі вчинення виконавцем незакінченого злочину – ч. 4 ст. 29, та 2) випадки відповідальності виконавця злочину у разі добровільної відмови будь-кого із співучасників від доведення злочину до кінця – ч. 3 ст. 31. Законом встановлено, що у першому з цих видів «невдалої співучасті» інші співучасники вчинення злочину підлягають відповідальності за співучасть у незакінченому злочині, а у другому – виконавець нестиме відповідальність за готування до злочину або замах на злочин, залежно від того, на якій із цих стадій його діяння було припинено.

У ст. 31 не розкриваються ознаки добровільної відмови від доведення злочину до кінця для окремих видів співучасників, а лише зроблена відсилка до загальних ознак такої відмови, передбачених в ст. 17. Крім того, кримінально-правовим наслідком добровільної відмови співучасників КК визнає те, що вони не підлягають кримінальній відповідальності. Втім, є всі підстави вважати, що в даному випадку, як і при добровільній відмові однієї особи, йдеться про звільнення співучасників від кримінальної відповідальності.

Стаття 31 передбачає окремо добровільну відмову виконавця (співвиконавців), організатора, підбурювача та пособника, а також межі відповідальності виконавця при

¹ Див.: Гродецький Ю. В. Добровільна відмова при співучасті: Автореф. дис. ... к. ю. н. – Х., 2002. – С. 7.

добровільній відмові будь-якого із співучасників. Особливість добровільної відмови співучасників порівняно з такою відмовою однієї особи при незакінченому злочині пояснюється тим, що єдиний для них прямоумисний злочин вчинюється умисною спільною участю декількох суб'єктів цього злочину.

Спільна участь кожного із співучасників перебуває у причиновому, чи, за словами Н. М. Ярмиш, обумовлюючому зв'язку¹ та винному зв'язку із злочиним, що вчинюється виконавцем (співвиконавцями). Це обумовлює таку особливість добровільної відмови співучасника, при якій він зобов'язаний або сам, або за допомогою інших осіб, в тому числі органів державної влади, відвернути вчинення злочину виконавцем і тим самим перервати свій зв'язок із цим злочиним. При цьому ст. 31 різним чином характеризує добровільну відмову окремих співучасників.

Добровільна відмова окремого співучасника має кримінально-правове значення, перш за все, для нього самого як підстава, що звільнює його від кримінальної відповідальності за готування до злочину чи замах на нього. Іншими словами, кримінально-правові наслідки добровільної відмови кожного співучасника мають індивідуальний характер. Це означає, що добровільна відмова виконавця не є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності інших співучасників – співвиконавця, організатора, підбурювача та пособника. Відповідно до ч. 1 ст. 31, при добровільній відмові виконавця (співвиконавців) інші співучасники підлягають кримінальній відповідальності за готування до такого злочину або замах на той злочин, від вчинення якого добровільно відмовився виконавець.

При визначенні формули кваліфікації в такому випадку слід мати на увазі, що мова йде про відповідальність за злочин, який не був закінчений у співучасті.

Питання кваліфікації дій співучасників злочину у випадках, коли злочин було добровільно залишено одним із них, що зробило доведення злочину до кінця неможливим, є складним, неоднозначно вирішувалося на практиці та викликає багато дискусій в науковій літературі. Слід відзначити, що більшість дослідників, зокрема О. В. Наумов², П. Ф. Тельнов³, М. І. Бажанов⁴ та інші, вважали, що у зазначених випадках фактично вчинене учасниками належить кваліфікувати як готування до злочину. Водночас Ф. Г. Бурчак пропонував визначати такі випадки як замах на співучасть у злочині⁵, а П. І. Гришаєв та Г. О. Кригер⁶ – як готування до співучасті чи замах на співучасть у злочині.

Відповідно до ч. 2 ст. 29, «організатор, підбурювач та пособник підлягають кримінальній відповідальності за відповідною частиною статті 27 і тією статтею (частиною статті) Особливої частини цього Кодексу, яка передбачає злочин, вчинений виконавцем». Добровільна відмова виконавця має місце або на стадії готування до злочину, передбаченому Особливою частиною КК, або на стадії замаху на такий злочин. З урахуванням зазначеного дії організатора, підбурювача та пособника при добровільній відмові виконавця повинні бути кваліфіковані за відповідною частиною ст. 27 (ч. 3 – організатор, ч. 4 – підбурювач або ч. 5 – пособник), частиною першою ст. 14 (готування до злочину) або ч. 2 чи ч. 3 ст. 15 (відповідний замах на злочин) та статтею (частиною статті) Особливої частини КК, яка передбачає той умисний злочин, від доведення яко-

¹ Ярмиш Н. Н. Теоретические проблемы причинно-следственной связи в уголовном праве. Философско-правовой анализ. – Х.: Право, 2003. – С. 36-103.

² Див.: Наумов А. В. Российское уголовное право. Общая часть. Курс лекций. 2-е изд. – М.: БЕК, 1999. – С. 325.

³ Див.: Тельнов П. Ф. Ответственность за соучастие в преступлении. – М., 1974.

⁴ Див.: Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник / За ред. проф. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація... – С. 213.

⁵ Бурчак Ф. Г. Учение о соучастии по советскому уголовному праву. – К., 1963. – С. 131.

⁶ Гришаев П. И., Кригер Г. А. Соучастие по уголовному праву. – М., 1959. – С. 150.

го до кінця добровільно відмовився виконавець. Так, якщо виконавець відмовився від умисного вбивства з помсти на стадії готування, то дії організатора підлягають такій кваліфікації: ч. 3 ст. 27 – ч. 1 ст. 14 – ч. 1 ст. 115; підбурювача: ч. 5 ст. 27 – ч. 1 ст. 14 – ч. 1 ст. 115; пособника: ч. 4 ст. 27 – ч. 1 ст. 14 – ч. 1 ст. 115.

У свою чергу, «у разі добровільної відмови будь-кого із співучасників виконавець підлягає кримінальній відповідальності за готування до злочину або за замах на злочин, залежно від того, на якій із цих стадій його діяння було припинено» (ч. 3 ст. 31). Так, якщо підбурювач відвернув вчинення вбивства виконавцем шляхом його затримання на стадії готування до злочину, то дії виконавця підлягають кваліфікації за ч. 1 ст. 14 – ч. 1 ст. 115.

2.2.1. Звільнення виконавця від кримінальної відповідальності при його добровільній відмові від доведення злочину до кінця

Передумова звільнення виконавця від кримінальної відповідальності при добровільній відмові.

Відповідно до ч. 2 ст. 27 «виконавцем (співвиконавцем) є особа, яка у співучасті з іншими суб'єктами злочину безпосередньо чи шляхом використання інших осіб, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне, вчинила злочин, передбачений цим Кодексом». Таке визначення дозволяє зробити висновок, що закон передбачає два види виконавця злочину: 1) особу, яка безпосередньо, тобто шляхом самостійного виконання об'єктивної сторони, вчинила злочин (безпосередній виконавець) і 2) особу, яка вчинила злочин шляхом використання інших осіб, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне (наприклад, неосудні, малолітні особи, що заподіяли шкоду при казусі, тощо) – опосередкований виконавець. Але і в першому, і в другому випадках виконавець – це особа, яка виконує об'єктивну сторону злочину, передбаченого КК.

Слід зауважити, що формулюванням «виконує об'єктивну сторону злочину, передбаченого цим Кодексом», вочевидь, має на увазі злочин, передбачений Особливою частиною КК. Але законодавча новела, закріплена ст. 13 КК щодо визнання готування та замаху видами злочину, дає підставу для нового прочитання багатьох нібито ustalених, та таких, що раніше не викликали дискусій, положень. Зокрема, і в даному випадку необхідно зазначити, що КК, напевно, передбачає і те, що виконавцем злочину може бути особа, яка виконує об'єктивну сторону як закінченого злочину, передбаченого Особливою частиною КК, так і незакінченого злочину (готування до злочину чи замаху на злочин).

Однак до моменту, коли не почалося виконання об'єктивної сторони злочину, передбаченого саме Особливою частиною КК, тобто до початку замаху на цей злочин, все ж не можна говорити про наявність виконавця. Слід зауважити, що конструкція визначення готування до злочину в законі ще не передбачає, що на цьому етапі співучасники діють саме з таким розподілом ролей, як це відбувається при безпосередньому вчиненні злочину, передбаченого Особливою частиною КК. Фактично, які б дії не вчинив кожен із співучасників на стадії готування, вони всі є виконавцями цього злочину (тобто виконавцями готування). Дійсно, якщо один співучасник, наприклад, підшуковує інших співучасників, інший – усуває певні перешкоди, третій – підготовлює знаряддя тощо, всі вони виконують передбачену ч. 1 ст. 14 об'єктивну сторону готування до злочину, тобто, згідно з ч. 2 ст. 27, є співвиконавцями готування до злочину. Водночас на цьому етапі вони можуть лише з певною вірогідністю визначити, що хтось із них буде майбутнім виконавцем злочину, який вони, наприклад, планують вчинити. Але це буде лише майбутній, потенційний, а не дійсний виконавець, тому що особа, на яку нібито покладено цю роль, може захворіти, зникнути, відмовитися тощо. Таким чином,

на стадії готування до злочину ще не можна говорити про певний розподіл ролей. Дійсний, реальний розподіл ролей між співучасниками має місце лише починаючи зі стадії замаху на злочин, передбачений Особливою частиною КК. І тільки з цього моменту можна говорити про наявність дійсного, реального виконавця злочину.

Далі, згідно з ч. 1 ст. 31, «у разі добровільної відмови від вчинення злочину виконавець (співвиконавець) не підлягає кримінальній відповідальності за наявності умов, передбачених статтею 17 цього Кодексу». Це дає можливість і тут розрізнити передумову та підставу звільнення виконавця від кримінальної відповідальності у разі його добровільної відмови. Такою передумовою є вчинення виконавцем одноособово і самостійно або шляхом використання зазначених вище осіб готування до злочину чи замаху на злочин, передбачений відповідною статтею (частиною статті) Особливої частини КК.

Оскільки, як аргументовано вище, дійсний, реальний виконавець завжди виконує об'єктивну сторону злочину, передбаченого відповідною статтею (частиною статті) Особливої частини КК, а добровільна відмова можлива лише при незакінченому злочині, фактичною передумовою звільнення реального виконавця від кримінальної відповідальності у зв'язку із його добровільною відмовою завжди буде вчинення ним особисто або шляхом використання зазначених вище осіб тільки замаху на відповідний прямоумисний злочин. Співучасник, який, наприклад, підшуковує або пристосовує засоби чи знаряддя для вчинення у майбутньому злочину, підшуковує співучасників, усуває перешкоди або іншим способом створює умови для вчинення злочину, не може визнаватися виконавцем злочину, оскільки він не виконує об'єктивної сторони злочину, передбаченого Особливою частиною КК. Це – так званий майбутній, потенційний виконавець. Відповідно і передумовою звільнення такого майбутнього, потенційного, можливого виконавця від кримінальної відповідальності у зв'язку із добровільною відмовою може виступати лише готування до злочину.

Підставою звільнення виконавця від кримінальної відповідальності є сам акт його добровільної відмови.

Така відмова характеризується тими ж ознаками, що і добровільна відмова особи, яка вчиняє злочин індивідуально. Якщо реальний виконавець діяв самостійно і одноособово, то добровільна відмова на стадії замаху на злочин має виражатися в пасивній чи активній поведінці (при закінченому замаху на злочин у випадках, зазначених вище, – лише в діях), яка свідчить про остаточне за своєю волею припинення ним замаху на злочин при усвідомленні можливості доведення його до кінця.

Якщо реальний виконавець для вчинення злочину використовував інших осіб, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне, то його добровільна відмова має виражатися лише в активній поведінці, результатом якої має бути остаточне за своєю волею припинення дій (бездіяльності) зазначених осіб на стадії замаху на злочин (наприклад, відкриття малолітньої особи із житла, в якому вчинювалася крадіжка, припинення дій невинно діючої особи тощо).

У випадку, коли виконавець спрямував свої дії на відвернення вчинення злочину особами, яких він використовував для цього, але це йому не вдалося, він підлягає відповідальності за вчинення цього злочину у співучасті з іншими співучасниками, а його намагання запобігти закінченню злочину може враховуватися судом як обставина, що пом'якшує покарання. Для добровільної відмови потенційного виконавця достатньо припинити створювати умови для вчинення злочину в майбутньому.

Кримінально-правові наслідки добровільної відмови виконавця.

Відповідно до ч. 1 ст. 31, у разі добровільної відмови реального виконавця від доведення замаху до закінченого злочину він підлягає імперативному і безумовному звільненню від кримінальної відповідальності за вчинений замах на злочин, який був обумовлений з іншими співучасниками. Більш того, навіть якщо виконавець вийшов за

межі змови співучасників (ексцес виконавця) й почав вчинювати замість крадіжки грабіж (кількісний ексцес виконавця), але потім, усвідомлюючи можливість успішного його завершення, все ж таки остаточно за своєю волею припинив грабіж на стадії замаху, то і в цьому разі такий виконавець підлягає звільненню від кримінальної відповідальності за замах на грабіж.

Оскільки звільнення від кримінальної відповідальності має індивідуальний характер, то добровільна відмова виконавця не звільнює від такої відповідальності інших співучасників. Відповідно до ч. 1 ст. 31, у випадку добровільної відмови виконавця «інші співучасники підлягають кримінальній відповідальності за готування до того злочину або замах на той злочин, від вчинення якого добровільно відмовився виконавець».

Таке законодавче формулювання треба розуміти так. По-перше, мова йде про добровільну відмову потенційного виконавця на стадії готування до злочину, оскільки, як уже зазначалося, реальний виконавець завжди виконує об'єктивну сторону закінченого злочину, передбаченого Особливою частиною КК, а при готуванні до злочину ніколи не виконується об'єктивна сторона закінченого злочину.

Можна уявити ситуацію, коли особі при розподілі ролей доручили роль виконавця закінченого злочину (наприклад, умисного вбивства), але ця особа після змови з іншими співучасниками добровільно відмовилася виконувати доручену роль і заявила про змову органам влади. В такому випадку можна говорити про своєрідний вид безнаслідкової співучасті, при якій потенційний, передбачуваний виконавець не вчинив закінчений злочин у зв'язку із добровільною відмовою на стадії готування до злочину. В таких випадках цей співучасник (майбутній виконавець) звільняється від кримінальної відповідальності, а інші співучасники відповідають за співучасть у готуванні до злочину, від виконання якого добровільно відмовився майбутній виконавець. Але цей потенційний виконавець, наприклад, може бути відсторонений від участі у злочині самими співучасниками, і реальним виконавцем може стати зовсім інша особа. За таких умов, коли можливість ще не перетворилася на дійсність, на нашу думку, недоцільно розглядати окремих співучасників, визначаючи їх ролі (потенційно розподілені). Кожен із тих, хто брав участь у обговоренні та плануванні злочину, а також і інші особи, що створюють умови для вчинення злочину, можуть стати реальними виконавцями злочину. Оскільки кримінальне право стосується лише сфери реально вчиненого, недоцільно визначати, що добровільна відмова виконавця може мати місце і на стадії готування до злочину, краще – має місце добровільна відмова співучасника. Випадок, що розглядається, стосується лише потенційного виконавця.

Другий випадок стосується добровільної відмови дійсного (а не передбачуваного) виконавця. Вчинення ним замаху на злочин і добровільна його відмова може мати місце лише на цій стадії умисного злочину, задуманого всіма співучасниками. В такому разі інші співучасники повинні, за загальним правилом, підлягати відповідальності за замах на той злочин, від вчинення якого добровільно відмовився виконавець. Якщо виконавець вийшов за межі задуманого співучасниками і почав вчинювати більш тяжкий злочин (наприклад, грабіж замість крадіжки) або менш тяжкий злочин (наприклад, крадіжку замість задуманого розбою у зв'язку з відсутністю, наприклад, власника майна), а потім добровільно відмовився від доведення злочину до кінця на стадії замаху на вчинюваний злочин, то відповідно до ч. 5 ст. 29 та ч. 1 ст. 31 інші співучасники повинні відповідати за замах на той злочин, на вчинення якого вони давали згоду.

Друге зауваження стосується кваліфікації дій інших співучасників у разі добровільної відмови виконавця. Згідно з ч. 1 ст. 31, вони підлягають відповідальності за готування до злочину чи замах на злочин. Водночас, відповідно до ч. 4 ст. 29, «у разі вчинення виконавцем незакінченого злочину інші співучасники підлягають кримінальній відповідальності за співучасть у незакінченому злочині».

Як уже зазначалося, передумовою добровільної відмови виконавця (потенційного і реального) є вчинення ним готування до злочину чи замаху на злочин, щодо яких мала місце змова всіх співучасників, тобто виконавець у такому випадку вчинює незакінчений злочин (готування до злочину чи замах на злочин) у співучасті з іншими співучасниками. Не має значення, з яких причин виконавець не довів злочин до кінця – за своєю волею чи поза своєю волею. Важливий результат – виконавець вчинив готування до злочину чи замах на злочин, і тому інші співучасники повинні відповідати за співучасть у готуванні до злочину чи замаху на злочин.

Таким чином, положення ч. 1 ст. 31 треба розглядати у взаємозв'язку з ч. 4 ст. 29. Тому при добровільній відмові виконавця на стадії, наприклад, замаху на злочин інші співучасники підлягають кримінальній відповідальності за співучасть у замаху на цей злочин. Так, якщо виконавець добровільно відмовився на стадії незакінченого замаху на умисне вбивство, передбаченого ч. 1 ст. 115, то дії організатора цього злочину підлягають кваліфікації за ч. 3 ст. 27 – ч. 2 ст. 15 – ч. 1 ст. 115; підбурювача: за ч. 4 ст. 27 – ч. 2 ст. 15 – ч. 1 ст. 115; пособника: за ч. 5 ст. 27 – ч. 2 ст. 15 – ч. 1 ст. 115.

2.2.2. Звільнення співвиконавця від кримінальної відповідальності при його добровільній відмові від доведення злочину до кінця

Відповідно до ч. 2 ст. 27, співвиконавцем «є особа, яка у співучасті з іншими суб'єктами злочину безпосередньо чи шляхом використання інших осіб, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне, вчинила злочин, передбачений цим Кодексом».

Таким чином, співвиконавець може або безпосередньо з іншими співвиконавцями виконувати об'єктивну сторону злочину, передбаченого Особливою частиною КК, або робити це опосередковано, тобто шляхом використання інших осіб, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне.

Згідно з ч. 1 ст. 31, «у разі добровільної відмови від вчинення злочину виконавець (співвиконавець) не підлягає кримінальній відповідальності за наявності умов, передбачених статтею 17 цього Кодексу». Таким чином, на співвиконавця поширюються такі ж передумови та підстави звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із добровільною відмовою, як і на дії виконавця, що діяв одноособово.

Так, зазначеною передумовою є вчинення співвиконавцем незакінченого злочину на стадії замаху на злочин, оскільки співвиконавець завжди виконує разом з іншими співвиконавцями об'єктивну сторону злочину, передбаченого відповідною статтею (частиною статті) Особливої частини КК. При цьому безпосередній співвиконавець разом з іншими співучасниками самостійно виконує частково об'єктивну сторону злочину (наприклад, безпосередньо бере участь разом з іншими співвиконавцями у процесі позбавлення життя потерпілого при його умисному вбивстві). Опосередкований співвиконавець для виконання об'єктивної сторони злочину використовує інших осіб (наприклад, малолітню особу для проникнення у житло, щоб відкрити двері іншому співвиконавцеві).

Добровільна відмова співвиконавця від доведення злочину до кінця є підставою звільнення його від кримінальної відповідальності за незакінчений злочин.

Особливість добровільної відмови співвиконавця полягає в тому, що він повинен остаточно припинити за своєю волею не тільки власні злочинні дії (бездіяльність), а й відвернути вчинення злочину іншими співвиконавцями. Тільки в такому разі добровільна відмова співвиконавця здатна розірвати його зв'язок із злочинном, який вчинювався ним спільно з іншими співвиконавцями.

Якщо для відвернення злочину безпосередньому співвиконавцеві достатньо припинити лише власні дії (наприклад, відмовитися виконати дії, без яких інші виконавці нездатні вчинити т. зв. «комп'ютерний» злочин), то такої бездіяльності достатньо для констатації добровільної відмови такого співвиконавця. В інших випадках безпосередній

співвиконавець має діяти активно, щоб не дати змоги іншим виконавцям довести злочин до кінця. Для цього він може своєчасно повідомити відповідні державні органи про злочин, що вчинюється, відмовити від продовження злочину інших виконавців, затримати їх, припинити їх діяльність шляхом використання права на необхідну оборону, затримати злочинця, попередити намічену жертву тощо.

Якщо співвиконавець діяв опосередковано, тобто шляхом використання зазначених вище осіб, які не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне, то його добровільна відмова щодо припинення дій цих осіб повинна виражатися в активних діях, а щодо інших виконавців – в активній чи пасивній поведінці. Наприклад, співвиконавець, що використовував малолітню особу для крадіжки, поєднаної із проникненням у житло, повертає цю особу із приміщення і тим самим не дає можливості іншому виконавцеві проникнути у житло.

Активна поведінка співвиконавця повинна бути і при добровільній відмові на стадії закінченого замаху на злочин. Так, два виконавці, вирішивши вбити з помсти потерпілого, зіштовхнули його з моста в річку і втекли з місця події. Один з них, почувши крики жертви про допомогу, повернувся і, витягнувши потерплого з води, врятував йому життя¹. Така активна поведінка свідчить про добровільну відмову цього співвиконавця на стадії закінченого замаху на умисне вбивство.

Кримінально-правові наслідки добровільної відмови співвиконавця.

Відповідно до ч. 1 ст. 31, співвиконавець, який добровільно відмовився від доведення злочину до кінця, підлягає імперативному і безумовному звільненню від кримінальної відповідальності за вчинений замах на злочин. При цьому, якщо елементом такого замаху було вчинення іншого, самостійного злочину, то такий співвиконавець підлягає кримінальній відповідальності саме і тільки за цей злочин. Так, якщо безпосередній співвиконавець при вчиненні замаху на вбивство (від доведення якого до кінця він добровільно відмовився) використовував вогнепальну зброю, яку він незаконно придбав, зберігав та носив, то в діях такої особи є підстави для кримінальної відповідальності за незаконне придбання, зберігання та носіння такої зброї (ст. 263). Точно так, якщо опосередкований співвиконавець використовував для здійснення замаху на крадіжку, поєднану із проникненням у житло, малолітню особу, а потім добровільно відмовився від доведення цієї крадіжки до кінця, то він підлягає кримінальній відповідальності за втягнення неповнолітнього у злочинну діяльність (ст. 304).

Оскільки добровільна відмова від доведення злочину до кінця має індивідуальний характер, то інші співучасники, а саме: інші співвиконавці злочину, організатор, підбурювач та пособник у разі добровільної відмови співвиконавця підлягають кримінальній відповідальності за замах на той злочин, від вчинення якого добровільно відмовився співвиконавець. Таким чином, якщо, наприклад, співвиконавець добровільно відмовився від доведення умисного вбивства до кінця на стадії незакінченого замаху, то дії інших співвиконавців підлягають кваліфікації за ч. 2 ст. 15 – ч. 1 ст. 115, а організатора, підбурювача та пособника – відповідно за: частинами 3, 4 чи 5 ст. 27 – ч. 2 ст. 15 – ч. 1 ст. 115.

2.2.3. Звільнення організатора, підбурювача та пособника від кримінальної відповідальності при їх добровільній відмові від доведення злочину до кінця

Передумовою звільнення зазначених співучасників від кримінальної відповідальності у зв'язку з їхньою добровільною відмовою від доведення злочину до кінця є вчинення ними у співучасті готування до злочину чи замаху на злочин. Це прямо випливає із ч. 2 ст. 31, яка передбачає своєчасне повідомлення зазначеними осо-

¹ Див.: Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін.; За ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація... – С. 215.

бами відповідних органів державної влади *про злочин, що готується або вчинюється*, тобто про незакінчений злочин.

Першим видом незакінченого злочину є готування до злочину, передбаченого відповідною статтею (частиною статті) Особливої частини КК.

Відомо, що фігура організатора, підбурювача та пособника має місце лише при співучасті з розподілом ролей і при цьому ні один із зазначених співучасників не виконує об'єктивної сторони злочину, передбаченого відповідною статтею (частиною статті) Особливої частини КК. Звідси – висновок: дії (бездіяльність) цих співучасників мають місце, перш за все на стадії готування до злочину.

Згідно з ч. 1 ст. 14, «готуванням до злочину є підшукування або пристосування засобів чи знарядь, підшукування співучасників або змова на вчинення злочину, усунення перешкод, а також інше умисне створення умов для вчинення злочину». Оскільки, відповідно до ч. 2 ст. 14, «готування до злочину невеликої тяжкості не тягне за собою кримінальної відповідальності», то співучасть у готуванні фактично стосується лише готування до вчинення умисного злочину середньої тяжкості, тяжкого та особливо тяжкого злочину (частини 3-5 ст. 12).

Відповідно до ч. 3 ст. 27, участь організатора в готуванні до вчинення конкретного злочину може виявитися в організації цього злочину (наприклад, в підшукуванні співучасників, у розподілі ролей, у складанні плану вчинення злочину або його приховування тощо) чи в керівництві підготовкою такого злочину (наприклад, керівництвом співучасниками по підготовці вчинення злочину).

Згідно з ч. 4 ст. 27, дії підбурювача на стадії готування до злочину можуть виражатися в умовлянні, підкупі, погрозах, примусі чи в інших діях, наслідком яких є схвалення іншого співучасника, перш за все, майбутнього виконавця, до вчинення конкретного злочину.

На стадії готування до злочину пособник може надавати іншим співучасникам поради, вказівки, засоби чи знаряддя вчинення злочину чи усувати перешкоди на шляху до його вчинення, а також обіцяти переховати майбутнього виконавця чи співвиконавців, а також інших співучасників злочину, знаряддя чи засоби його вчинення, сліди злочину, який планується вчинити, чи предмети, що будуть здобуті шляхом вчинення цього злочину, або обіцяти придбати чи збути такі предмети, або іншим чином сприяти приховуванню злочину, що планується вчинити (ч. 5 ст. 27). У будь-якому випадку сама змова між співучасниками на вчинення конкретного злочину, яка є обов'язковою ознакою співучасті, вже свідчить про наявність готування до вчинення злочину. Саме на цій стадії вчинення незакінченого злочину і може мати місце, перш за все, добровільна відмова організатора, підбурювача та пособника.

Другим видом такого незакінченого злочину, який може виступати передумовою добровільної відмови організатора, підбурювача та пособника, є замах на злочин, який здійснюється виконавцем (співвиконавцями) цього злочину. Це така стадія здійснення злочину, коли він розпочався, тобто вчинюється, але не є ще закінченим. Злочин, що вчинюється, – це злочин на такій стадії свого здійснення, коли розпочалося виконання його об'єктивної сторони виконавцем (співвиконавцями) цього злочину, але фактично вона ще не доведена ним (ними) до кінця. Організатор, наприклад, може керувати вчиненням цього злочину безпосередньо на місці його вчинення або дистанційно (наприклад, за допомогою засобів зв'язку). Пособник може сприяти усуненню перешкод, що можуть виникнути і перешкодити виконавцеві (співвиконавцеві) успішно завершити злочин тощо.

Таким чином, передумовою добровільної відмови організатора, підбурювача та пособника є їх участь у готуванні до вчинення злочину або у замаху на злочин, який вчинюється за їх сприянням виконавцем (співвиконавцями).

Підставою звільнення зазначених співучасників від кримінальної відповідальності за співучасть у готуванні до злочину та замаху на злочин є їхня добровільна відмова від доведення злочину до кінця. Звичайно, співучасть у готуванні до злочину та замаху на злочин не завжди припускає наявність всіх видів співучасників (організатора, підбурювача та пособника), але закон відносно них передбачає однакові ознаки їхньої добровільної відмови.

Відповідно до ч. 2 ст. 31, добровільна відмова організатора та підбурювача може виражатися у двох, а пособника – у чотирьох формах, при цьому перші дві форми є загальними для добровільної відмови усіх зазначених трьох співучасників. Так, добровільна відмова організатора, підбурювача та пособника може виражатися у: 1) відверненні ними вчинення злочину та 2) своєчасному повідомленні про злочин, що готується або вчиняється, відповідним органам державної влади. Крім того, добровільна відмова пособника може виражатися додатково ще в двох формах: 1) ненадання ним засобів чи знарядь вчинення злочину або 2) неусунення перешкод вчиненню злочину.

Відвернення організатором, підбурювачем та пособником вчинення злочину, що готується або вчиняється, передбачає їх активні дії щодо руйнування їх участі в підготовці злочину або в замаху на злочин, що вчинюється іншими співучасниками. Організатор, який «стоїть» над іншими співучасниками, повинен здійснити такі дії, щоб зруйнувати створену ним спільну участь декількох суб'єктів у вчиненні злочину, перш за все, не дати можливості виконавцеві (співвиконавцям) довести злочин до кінця (наприклад, наказати чи пригрозити виконавцеві, обеззброїти чи затримати його, передати органам влади тощо). Підбурювач, який викликав рішучість у інших співучасників до вчинення злочину, повинен або зруйнувати ним викликану рішучість і тим самим відвернути вчинення злочину, або здійснити заходи, які б перешкодили іншим співучасникам, перш за все виконавцеві (співвиконавцям), довести злочин до кінця (наприклад, попередити та забезпечити особу, на яку готується напад, передати виконавця органам влади, здійснити відносно нього право на необхідну оборону тощо).

Пособник, який сприяв підготовці та вчиненню злочину іншими співучасниками, також повинен вжити активні заходи для того, щоб не тільки відмовитися, наприклад, від обіцянки переховати виконавця або інших співучасників, але й добитися того, щоб все ж таки задуманий співучасниками злочин був фактично відвернений.

Лише в тому разі, якщо добровільними діями організатора, підбурювача чи пособника злочин, що готується або вчинюється виконавцем (співвиконавцями), фактично буде остаточно відвернений, тобто не доведений до кінця, можна констатувати добровільну відмову з боку будь-кого з цих співучасників. Якщо ж зусилля, що були розпочаті зазначеними співучасниками, не привели до відвернення злочину, така їх поведінка повинна бути врахована судом при призначенні покарання як обставина, що його пом'якшує.

Своєчасне повідомлення організатором, підбурювачем або пособником злочину, що готується або вчиняється, відповідним органам державної влади – це друга можлива форма їхньої добровільної відмови від доведення злочину до кінця. Ця форма характеризується певними ознаками.

Так, суб'єктом вказаного повідомлення може бути один або кілька із зазначених співучасників – організатор злочину, підбурювач до злочину або пособник вчиненню злочину.

Адресатом, до якого повинно бути звернено повідомлення зазначених осіб, є відповідні органи державної влади. Такими визнаються органи державної влади, до спеціальної компетенції яких належить попередження та припинення злочинів, а саме: органи внутрішніх справ, прокуратури, СБУ та інші правоохоронні органи.

Зміст повідомлення – це інформація про злочин, що готується або вчиняється. Іншими словами, організатор, підбурювач або пособник повинні інформувати відповідні органи державної влади саме про незакінчений злочин, тобто про готування до злочи-

ну, передбаченого відповідною статтею (частиною статті) Особливої частини КК, або про вчинювані дії (бездіяльність), що вже безпосередньо спрямовані на вчинення такого злочину, який при цьому, однак, ще не є закінченим. Повідомлення про закінчений злочин виключає визнання таких дій добровільною відмовою і може бути враховано судом як пом'якшувальна обставина при призначенні покарання.

Повідомлення про незакінчений злочин з боку зазначених співучасників може бути здійснено в будь-якій формі (усно, письмово, телефоном, факсом, через комп'ютер тощо). Таке повідомлення має містити інформацію про осіб, які беруть участь у готуванні до злочину чи його вчиненні, їх місце та час перебування, про злочинні дії, які вчинені чи вчиняються цими особами, засоби та знаряддя злочину та іншу інформацію, яка необхідна для вжиття своєчасних заходів щодо припинення злочину. Повідомлення, яке не містить зазначеної необхідної інформації, не може розглядатися як добровільна відмова співучасника.

Нарешті, зазначене повідомлення повинно бути зроблено своєчасно, тобто в такий спосіб і такий термін, який в обставині, що склалася, об'єктивно буде достатнім для відповідного органу державної влади, який одержав повідомлення, щоб вжити законні заходи щодо припинення злочину на стадії його готування або для припинення злочину, що вже вчиняється.

Якщо при своєчасному отриманні повідомлення про злочин відповідний орган державної влади не вжив необхідних заходів щодо припинення злочину, то це не впливає на оцінку дій організатора, підбурювача чи пособника як добровільної відмови їх від доведення злочину до кінця. В такому разі повинно бути вирішене питання про притягнення службових осіб державного органу влади до відповідальності за невжиття заходів щодо припинення злочину.

З іншого боку, якщо зазначені співучасники зробили несвоєчасне повідомлення про злочин, внаслідок чого він буде все ж таки доведений до кінця, такі їхні дії суд може врахувати при призначенні покарання як обставину, що його пом'якшує.

Неподання засобів чи знарядь вчинення злочину є третьою специфічною формою добровільної відмови, але лише пособника.

Засоби вчинення злочину – це предмети матеріального світу, що застосовуються при вчиненні злочину, і є або необхідними для цього, або полегшують чи прискорюють його вчинення. Знаряддя вчинення злочину – це предмети, призначені для безпосереднього виконання дій, що утворюють об'єктивну сторону складу закінченого злочину¹. Згідно з ч. 5 ст. 27, пособництво може виражатися саме в наданні іншим співучасникам, перш за все, потенційному виконавцеві (співвиконавцям), засобів чи знарядь вчинення злочину.

Ненадання пособником за своєю волею засобів чи знарядь є бездіяльністю, пасивною поведінкою, яка свідчить про те, що пособник добровільно відмовився від сприяння вчиненню злочину іншими співучасниками, які без допомоги пособника не змогли вчинити злочин. Тим самим він розриває свій зв'язок між обіцяним ним сприянням (надати засоби чи знаряддя) і діями інших співучасників. Навіть, якщо виконавець все ж таки вчинить злочин, але без використання ненаданих пособником засобів чи знарядь або з використанням інших засобів чи знарядь, зазначена пасивна поведінка пособника розглядається як його добровільна відмова від доведення злочину до кінця.

Неусунення перешкод вчиненню злочину – четверта специфічна форма добровільної відмови пособника.

Перешкоди – це перепони, які заважають вчиненню злочину, утруднюють його вчинення або взагалі роблять його виконання неможливим. Згідно з ч. 5 ст. 27, різновидом фізичного пособництва є усунення перешкод вчиненню злочину, яке може мати місце як на стадії готування до злочину, так і на стадії замаху на злочин. Таке усунення перешкод потребує активної поведінки пособника, який таким чином зміцнює рішучість інших співучасників, в першу чергу виконавця (співвиконавців), на вчинення злочину.

¹ Див.: Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Боргисов та ін.; За ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація... – С. 175.

Неусунення з боку пособника перешкод вчиненню злочину – це прояв його бездіяльності, пасивної поведінки. Якщо існуючі перешкоди суттєво утруднювали вчинення злочину або взагалі робили його вчинення неможливим, то пасивна поведінка пособника приводить до того, що виконавець позбавляється можливості довести злочин до кінця. Але навіть у випадку, коли перешкоди заважали вчиненню злочину і пособник за своєю волею не усунув їх, а виконавець або інші співучасники без допомоги даного пособника усунули перешкоди і все ж таки вчинили злочин, то, згідно з ч. 2 ст. 31, зазначена бездіяльність пособника повинна розглядатися як його добровільна відмова від доведення злочину до кінця.

Кримінально-правові наслідки добровільної відмови організатора, підбурювача та пособника.

Добровільна відмова зазначених співучасників є підставою для їх безумовного і імперативного звільнення від кримінальної відповідальності за співучасть у готуванні до злочину чи замаху на відповідний злочин.

Водночас, якщо в діях організатора, підбурювача чи пособника, які мали місце на стадії готування чи замаху на злочин, містяться ознаки іншого складу злочину, то це є підставою для їхньої кримінальної відповідальності за цей самостійний злочин (наприклад, організатор може підлягати кримінальній відповідальності за втягнення неповнолітніх в злочинну діяльність; підбурювач – за нанесення тілесних ушкоджень, заподіяних при схиленні виконавця до вчинення злочину; пособник – за незаконне виготовлення та зберігання вогнепальної зброї тощо).

Добровільна відмова одного із зазначених співучасників є підставою для звільнення саме цього співучасника від кримінальної відповідальності і не поширюється на інших співучасників. Вони підлягають відповідальності за скоєне на загальних підставах.

Так, згідно з ч. 3 ст. 31, «у разі добровільної відмови будь-кого із співучасників виконавець підлягає кримінальній відповідальності за готування до злочину або за замах на злочин, залежно від того, на якій із цих стадій його діяння було припинено».

Так, якщо організатор умисного вбивства з помсти чи підбурювач до такого вбивства своєчасно повідомив відповідні органи державної влади, внаслідок чого дії виконавця були припинені на стадії замаху на вбивство, то його дії підлягають кваліфікації за ч. 2 ст. 15 – ч. 1 ст. 115 КК. Якщо дії потенційного виконавця були припинені на стадії готування до вбивства, то вони підлягають кваліфікації за ч. 1 ст. 14 – ч. 1 ст. 115.

Інші співучасники (наприклад, пособник чи підбурювач), які добровільно не відмовилися від доведення злочину до кінця, підлягають відповідальності за співучасть у готуванні до злочину чи у замаху на злочин, залежно від того, на якій з цих стадій були припинені дії виконавця (співвиконавців).

Так, якщо внаслідок добровільної відмови організатора крадіжки, поєднаної з проникненням у житло, дії виконавця були припинені на стадії замаху, то дії підбурювача і пособника підлягають кваліфікації відповідно за ч. 4 чи 5 ст. 27 – ч. 2 ст. 15 – ч. 3 ст. 185.

2.3. Звільнення особи від кримінальної відповідальності, що передбачене Розділом IX Загальної частини КК України

2.3.1. Звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каюттям

Стаття 45. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каюттям.

Особа, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона після вчинення злочину широко покалася, активно сприяла розкриттю злочину і повністю відшкодувала завдані нею збитки або усунула заподіяну шкоду.

Стаття 45 КК є певного роду законодавчою новелою нових КК держав СНД, в тому числі КК України 2001 року, оскільки у КК 1960 року дійове каяття було передбачене лише в деяких статтях Особливої частини. Однак у правовій літературі вже давно пропонувалося закріпити в межах Загальної частини КК положення, згідно з яким у разі дійового каяття особа була б звільнена від кримінальної відповідальності. Х. Д. Алікперов, зокрема, пропонував звільняти особу від кримінальної відповідальності у разі попередження шкідливих наслідків злочину, відшкодування шкоди, а також примирення з потерпілим на підставі реституції та прощення на його користь¹. А. В. Барков до дійового каяття відносив явку з повинного, активне сприяння розкриттю злочину, щире каяття у вчиненому та добровільне відшкодування спричиненої злочином шкоди². С. І. Нікулін визначав дійове каяття як позитивну післязлочинну поведінку особи, що вчинила злочин, яке спрямоване на попередження, ліквідацію чи зменшення фактичних шкідливих наслідків вчиненого або на надання допомоги правоохоронним органам у розкритті вчиненого злочину³.

Слід зазначити, що дослідження дійового каяття привертало велику увагу науковців, зокрема, – як частина вчення про заохочувальні норми. Саме ґрунтовна теоретична розробка питань дійового каяття дозволила закріпити його в законі як один із видів звільнення від кримінальної відповідальності у Загальній частині, а також передбачити певні види дійового каяття як спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності в Особливій частині КК.

Передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності за ст. 45 є: 1) вчинення нею злочину саме невеликої тяжкості та 2) вчинення цього злочину вперше.

Особа вважається такою, що вчинила злочин невеликої тяжкості, якщо її діяння було кваліфіковано за статтею або відповідною частиною статті КК, санкція якої передбачає максимальне покарання у виді позбавлення волі на строк не більше двох років або інше, більш м'яке покарання, тобто покарання, яке в ст. 51 КК передбачене в пунктах 1-10.

КК 2001 р. налічує понад 210 злочинів, які, згідно з ч. 2 ст. 12, віднесені до злочинів невеликої тяжкості. Вони знаходять своє місце у всіх Розділах Особливої частини, крім Розділу І «Злочини проти основ національної безпеки України»⁴.

Злочином невеликої тяжкості як передумови застосування ст. 45 визнається не тільки закінчений злочин, а й замах на такий злочин, оскільки, згідно зі ст. 16, санкцією незакінченого злочину є санкція відповідної статті Особливої частини КК, що передбачає закінчений злочин невеликої тяжкості. Проте не може визнаватися зазначеною передумовою готування до такого злочину, оскільки, згідно з ч. 2 ст. 14, готування до злочину невеликої тяжкості не тягне за собою кримінальної відповідальності.

При визначенні особи такою, що вперше вчинила злочин невеликої тяжкості, необхідно виходити, перш за все, з етимологічного значення цього поняття, а саме: такою визнається особа, яка фактично вчинила злочин вперше. Водночас, при вирішенні цього питання слід враховувати і кримінально-правовий зміст поняття «вчинення злочину вперше». Це означає, що особа визнається такою, що вчинила злочин невеликої тяжкості вперше і у випадку, якщо злочин фактично був вчинений нею хоча і не вперше, але на день його вчинення існували юридичні підстави, що виключали можливість визнання вчинення злочину повторним або рецидивом злочинів. Це має місце, зокрема, якщо за раніше вчинений злочин а) особу було звільнено від кримінальної відповідальності

¹ Алікперов Х. Д. Проблемы дальнейшего совершенствования уголовно-правовых норм, допускающих компромисс в борьбе с преступностью. – Баку: Элм, 1992. – С. 28-31.

² Барков А. В. Уголовный закон и раскрытие преступлений. – Минск, 1980. – С. 84.

³ Нікулін С. І. Деятельное раскаяние и его значение для органов внутренних дел в борьбе с преступностью. – М., 1985. – С. 23.

⁴ Кримінальний кодекс України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К.: «А.С.К.», 2001. – С. 229-241.

за підставами, встановленими КК (в тому числі у зв'язку із закінченням строків давності), згідно із законом про амністію чи на підставі акту про помилування; б) особа хоча і була засуджена, однак на момент вчинення нового злочину судимість було погашено або знято; в) особа не підлягає кримінальній відповідальності, оскільки злочинність раніше вчиненого діяння скасовано новим кримінальним законом.

Вчинення триваючого злочину (наприклад, ухилення від сплати аліментів на утримання дітей – ч. 1 ст. 164) або продовжуваного злочину (наприклад, вчинення у кілька прийомів шахрайства – ч. 1 ст. 190) не є перепорою для застосування ст. 45, оскільки зазначені злочини не утворюють повторності злочинів.

При ідеальній сукупності двох або більше злочинів невеликої тяжкості (наприклад, використання завідомо підробленого документа (ч. 3 ст. 358) при придбанні права на майно шляхом обману (ч. 1 ст. 190) також немає законодавчих перепон для констатування передумови, передбаченої ст. 45. В такому випадку дії особи не утворюють повторності злочинів: особа вчиняє одне діяння, що лише кваліфікується за двома статтями КК, кожна з яких передбачає злочин невеликої тяжкості¹.

І, навпаки, у випадках реальної сукупності злочинів невеликої тяжкості (наприклад, особа спочатку вчинила заподіяння майнової шкоди шляхом обману – ст. 192, а через деякий час порушила порядок зайняття господарською діяльністю – ч. 1 ст. 202), вчинення другого злочину невеликої тяжкості не може вважатися таким, що він вчинений вперше, оскільки в цьому випадку один злочин передує другому у часі, тобто це свідчить про повторність різних злочинів.

Особа, стосовно якої розслідується або розглядається в суді кримінальна справа за вчинений раніше нею злочин, в цей період може вчинити злочин невеликої тяжкості (наприклад, порушення безпеки дорожнього руху, що спричинило потерпілому середньої тяжкості тілесне ушкодження (ч. 1 ст. 286). В такому випадку висновок про наявність передумови для звільнення її від кримінальної відповідальності за новий злочин на підставі ст. 45 може бути зроблений лише після винесення рішення у першій справі. Якщо відносно цієї особи буде винесений виправальний вирок, то це буде підставою вважати, що злочин невеликої тяжкості вчинений нею вперше. Якщо ж особу буде звільнено від кримінальної відповідальності за перший злочин, то це є перепорою вважати вчинений потім злочин невеликої тяжкості вперше. Це пояснюється тим, що особа повинна саме на день вчинення такого злочину бути звільнена за раніше вчинений злочин від кримінальної відповідальності за підставами, передбаченими законом, або судимість на цей час за нього повинна бути погашена або знята.

Така ж ситуація може мати місце і у випадку вчинення злочину невеликої тяжкості особою, яка ухиляється від слідства або суду за раніше вчинений злочин, у зв'язку з яким порушена кримінальна справа.

Якщо особу було звільнено від кримінальної відповідальності за ст. 45, виходячи з того, що вона вперше вчинила злочин невеликої тяжкості, а після цього було встановлено, що вона раніше вчинила інший злочин, який свідчить, що особа вчинила останній злочин не вперше, то це є підставою для скасування постанови суду про звільнення від кримінальної відповідальності за нововиявленими обставинами у порядку, передбаченому ст. 400 КПК.

Підставою звільнення особи від кримінальної відповідальності згідно зі ст. 45 є її дійове каяття. Таке каяття характеризується трьома складовими елементами, взятими у своїй єдності, а саме: 1) щирим розкаянням у вчиненому злочині; 2) активним сприянням розкриттю цього злочину та 3) повним відшкодуванням завданих цією особою збитків або усуненням заподіяної шкоди. Відсутність хоча б одного з цих складових елементів виключає підставу звільнення особи від кримінальної відповідальності за

¹ Інша думка викладена О. О. Житним: *Житний О. О.* Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям... – С. 66-67.

ст. 45. У зв'язку з цим заслуговує на підтримку позиція практики, згідно якої «відповідно до ст. 45 КК звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям допускається лише у випадку, коли особа щиро покаялась, активно сприяла розкриттю злочину й повністю відшкодувала заподіяні нею збитки або усунула заподіяну шкоду. Ці три умови є обов'язковими складовими дійового каяття особи. За відсутності однієї з них звільнення особи за цією підставою недопустиме»¹.

Виняток може стосуватися лише окремих випадків, коли вчиненням злочином або замахом на нього фактично не було завдано збитків чи заподіяно шкоду. В такому разі наявними повинні бути перші два елементи дійового каяття.

Водночас узагальнення практики показало, що «деякі місцеві суди Рівненської області та м. Івано-Франківська, Калуський, Косівський і Тисменицький районні Івано-Франківської області спрощено підходили до зазначеної норми закону і закривали справи лише за наявності однієї з цих ознак, тоді як заподіяну шкоду відшкодовано не було. У постановках деяких судів Вінницької і Львівської областей як підстава для звільнення від кримінальної відповідальності вказувалося лише дійове каяття, але у мотивувальній частині не зазначалося, у чому воно полягає»².

Слід зазначити, що питання про те, чи повинні бути наявними в діянні особи всі ознаки дійового каяття чи тільки декілька, викликає дискусію в літературі, особливо російській, враховуючи специфіку положень КК РФ з цього приводу³. Суть її пов'язана з тим, що деякі автори тлумачать статтю Загальної частини, що регламентує дійове каяття, з урахуванням положень Особливої частини, в якій для деяких спеціальних видів звільнення від кримінальної відповідальності закон іноді не передбачив всіх трьох необхідних ознак дійового каяття.

Однак такі зауваження не можна застосувати до українського закону, адже ст. 45 КК України, на відміну від ч. 2 ст. 75 КК РФ, не є загальною до передбачених Особливою частиною спеціальних видів звільнення від кримінальної відповідальності. *Щире розкаяння передбачає визнання особою факту вчинення злочину*, справжнє, відверте, а не уявне визнання своєї провини у вчиненому певному злочині невеликої тяжкості, щирий жаль з приводу цього та осуд своєї поведінки. В науковій літературі є спірним питання, чи повинні правоохоронні органи, які мають право звільняти від кримінальної відповідальності (суд) з'ясовувати, чи щиро розкалася особа у своєму злочині, чи причини повідомлення про вчинене діяння були інші. Так, А. В. Головка вважає, що у терміні «дійове каяття» важливіше значення мають об'єктивно виражені дії особи, а не його суб'єктивне ставлення до вчинюваного, що не треба плутати «зміст інституту, з його назвою»⁴. А. В. Головка зазначає, що в дійсності особа може вважати «кримінально-правову заборону застарілою і навіть абсурдною, а свій вчинок – природним, але при цьому із страху кримінального покарання, страху краху кар'єри, осуду з боку оточуючих чи з інших спонукань вчинити дійове каяття. При цьому особа може не представляти жодної загрози для суспільства, а тому в даному випадку не можна відмовляти їй у звільненні від кримінальної відповідальності тільки з тієї причини, що вона не розкалася щиро»⁵.

Однак висловлюються і протилежні думки. Зокрема, А. В. Лобанова зазначає, що щире каяття – обов'язкова умова звільнення від кримінальної відповідальності, і правоохоронні органи зобов'язані встановлювати ставлення особи до вчиненого і мо-

¹ Про практику застосування судами законодавства, що регулює закриття кримінальних справ. – С. 30.

² Там само.

³ Див.: Щепельков В. Ф. Проблемы применения норм об освобождении от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием // Закон и право. – № 10. – 2001. – С. 23; Головка А. В. Альтернативы уголовному преследованию в уголовном праве... – С. 424.

⁴ Головка А. В. Прекращение уголовного дела в связи с деятельным раскаянием // Законодательство, 1999. – № 1. – С. 74.

⁵ Там само.

тиви відшкодування нею шкоди, спричиненої злочином¹. Таку думку поділяють і інші дослідники. Наприклад, С. П. Щерба та А. В. Савкін висловлюють думку, що «при явці з повною необхідністю повне і правдиве визнання вини у вчиненому злочині»².

Справді, сам термін «щире каяття» як складова «дійового каяття» має на увазі сумлінне розкаяння особи у вчиненому, визнання провини та бажання виправити ситуацію. Видається, що законодавець вживає тут термін «щире каяття» саме з метою підкреслити суб'єктивне ставлення винного до вчиненого ним злочину. А таке ставлення особи, її розкаяння вже і виражається у подальших об'єктивних діях, таких, як активне сприяння розкриттю злочину та повне відшкодування заподіяних збитків або усунення заподіяної шкоди. Інша справа, що об'єктивне встановлення щирого каяття являє собою певні труднощі. Саме цим і викликані пропозиції замінити цей елемент дійового каяття на інший, наприклад, на повне визнання особою своєї вини³.

Водночас невірною є практика деяких органів досудового слідства, які направляють до судів постанови про звільнення від кримінальної відповідальності осіб, які не визнали свою вину.⁴

Активне сприяння розкриттю злочину – це будь-які дії особи, яка вчинила злочин, що мають на меті надати допомогу правоохоронним органам у встановленні обставин даної справи, які можуть бути використані як докази, а також осіб, які брали участь у вчиненні злочину або були причетні до нього.

Повне відшкодування заподіяних збитків або усунення заподіяної шкоди означає задоволення в повному обсязі розумних претензій потерпілого, що ґрунтуються на матеріалах справи. Відшкодуванню підлягає заподіяна потерпілому моральна та фізична шкода, а також матеріальні збитки, що виникли у потерпілого у зв'язку із посяганням на нього. Повне відшкодування заподіяних збитків може виражатися у відновленні відначального стану предмета посягання (наприклад, ремонт речі), виправленні пошкодженого майна, поверненні викрадених речей, заміні їх іншими або приблизно рівноцінними за вартістю, сплаті відповідної суми коштів або компенсації в іншій формі. *Повне усунення заподіяної шкоди передбачає інші засоби загладження шкоди*, наприклад, прилюдне вибачення за завдані образи, виклик «швидкої допомоги» після нанесеного поранення тощо.

Відшкодування збитків або усунення шкоди має бути добровільним. Воно відсутнє, наприклад, у випадках, якщо відшкодування збитків або усунення шкоди здійснюється за якимись умовами, наприклад, подачі письмової заяви потерпілим про прощення особи, що вчинила злочин, про відмову потерпілого від будь-яких претензій до цієї особи в майбутньому тощо.

Відшкодування збитків або усунення шкоди може бути здійснене не лише винним, але й іншими особами (наприклад, батьками неповнолітнього, родичами, близькими та ін.). Важливо, щоб ініціатива щодо такого відшкодування виходила саме від особи, яка вчинила злочин і яка об'єктивно не мала можливості зробити це особисто (наприклад, в силу відсутності власних засобів, перебування під арештом тощо).

Факт щирого розкаяння особи у вчиненні злочину, активне сприяння нею у його розкритті, повне відшкодування збитків або усунення заподіяної шкоди повинні знайти своє закріплення в матеріалах кримінальної справи: в протоколах допиту обвинуваченого, потерпілого, свідків, письмовій заяві потерпілого, довідках установ і організацій тощо.

Складові елементи дійового каяття особи повинні мати місце після вчинення нею закінченого злочину або замаху на нього. Це може бути як до порушення кримінальної

¹ Лобанова А. В. К вопросу о соответствии наименования и содержания статьи 75 УК РФ // Вопросы юридической техники в уголовном и уголовно-процессуальном законодательстве. – Ярославль, 1997. – С. 32.

² Щерба С. П., Савкин А. В. Деятельное раскаяние в совершенном преступлении. Практическое пособие / Под ред. С. П. Щерба. – М., 1997. – С. 17.

³ Див., напр.: Житний О. О. Цит. праця. – С. 116-125.

⁴ Про практику застосування судами законодавства, що регулює закриття кримінальних справ. – С. 30.

справи, так і в період її розслідування, а також протягом судового розгляду цієї справи, але до моменту видалення суду до нарадчої кімнати для прийняття рішення у справі.

Особа, що підлягає звільненню від кримінальної відповідальності за ст. 45 – це фізична, осудна особа, що досягла віку, з якого можливе притягнення її до кримінальної відповідальності за вчинення нею вперше злочину невеликої тяжкості та посткримінальна поведінка якої відповідає ознакам, передбаченим у ст. 45. Якщо злочин вчинено співучасниками, то звільненню від кримінальної відповідальності підлягає лише той співучасник, відносно якого встановлено наявність передумови та підстави такого звільнення, передбачених ст. 45.

Стаття 45 передбачає імперативне і безумовне звільнення особи від кримінальної відповідальності за наявності зазначеної вище передумови та підстави такого звільнення. Це означає, що суд, встановивши це при розгляді кримінальної справи, зобов'язаний винести постанову про закриття цієї справи. Суд зобов'язаний це зробити навіть у випадку, якщо до нього надійде справа з обвинувальним висновком щодо особи, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості і дійове розкаялася. Якщо в суді буде встановлено наявність підстави, що свідчить про дійове каяття цієї особи, суд виносить постанову про закриття справи (ч. 2 ст. 7² КПК).

2.3.2. Звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим

Стаття 46. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим.

Особа, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона примирилася з потерпілим та відшкодувала завдані нею збитки або усунула заподіяну шкоду.

Введення у кримінальний закон звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням з потерпілим має, як зазначається в літературі, певні специфічні причини¹. Пов'язане воно, в першу чергу з тим, що протягом 90-х років ХХ ст., в ході реформ кримінального законодавства і зміни пріоритетів кримінально-правової політики, проблема охорони інтересів потерпілого набула особливої актуальності. Так, Г. М. Міньковський, розглядаючи концептуальні положення сучасної кримінальної політики, зазначив, що слід орієнтуватися на задоволення, відшкодування чи пом'якшення шкоди, спричиненої потерпілому². С. Г. Келіна, аналізуючи положення, що вимагали закріплення у новому кримінальному законодавстві, також підкреслювала необхідність регламентації примирення сторін³. Однак надмірне перебільшення значення захисту прав потерпілого, а також і примирення з потерпілим як підстава звільнення від кримінальної відповідальності викликали в науковій літературі і серйозні заперечення. Зокрема, зауважували, що це є привнесенням приватного елемента у галузь класичного публічного права⁴. З такою думкою погоджується і Т. А. Леснієвські-Костарева, зазначаючи, що «сфера приватного начала отримала офіційний статус у чинному кримінальному законі»⁵.

¹ Див., напр.: *Леснієвски-Костарева Т. А.* Цит. праця. – С. 209.

² Див.: *Миньковский Г. М.* Правовая политика в сфере борьбы с преступностью и проблемы законодательного регулирования этой борьбы // Проблемы формирования уголовной политики РФ и ее пенализации органами внутренних дел. – М., 1995. – С. 26-27.

³ Див.: *Келина С. Г.* Освобождение от уголовной ответственности как правовое последствие совершения преступления // Уголовное право: новые идеи. – М., 1994. – С. 78.

⁴ Див.: *Красиков А. Н.* Примирение с потерпевшим и согласие потерпевшего – «частный сектор» в публичном уголовном праве // Правоведение. – 1998. – № 1. – С. 179-180.

⁵ *Леснієвски-Костарева Т. А.* Цит. праця. – С. 210.

Слід також зазначити, що інститут примирення з потерпілим певним чином є відображенням властивих закордонному законодавству альтернативних заходів та примирювальних процедур. Так, в англосаксонському праві поширеним є інститут припинення кримінального переслідування у відносенні особи, яка вчинила злочин, у зв'язку з примиренням з потерпілим. У сучасній західній науці такі концепції примирення злочинця з потерпілим є популярними і розглядаються як доцільна альтернатива кримінальному переслідуванню¹.

Передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності за ст. 46 є вчинення нею вперше злочину невеликої тяжкості, про що докладно було сказано в підрозділі про звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям. Хоча ст. 46 і не передбачає формальних обмежень щодо кола злочинів невеликої тяжкості, вчинення яких може виступати зазначеною передумовою, але такі обмеження фактично існують, виходячи із змісту ст. 46 та її цільового призначення.

Зміст ст. 46 свідчить, що передумовою звільнення від кримінальної відповідальності може бути лише такий злочин невеликої тяжкості, яким *певному потерпілому, тобто фізичній особі, заподіяна моральна, матеріальна або фізична шкода* і яка визнана потерпілою відповідно до ч. 2 ст. 49 КПК, про що особа, яка проводить дізнання, слідчий і суддя виносить постанову, а суд – ухвалу.

Отже, не є передумовою звільнення від кримінальної відповідальності за ст. 46 вчинення злочину невеликої тяжкості, яким заподіяна шкода державі або суспільству, а також інтересам окремих підприємств, установ, організацій, громадським об'єднанням громадян тощо, які не визнаються чинним законодавством потерпілими від злочину.

Виходячи із цільового призначення ст. 46, яка передбачає відмову саме держави від свого повноваження щодо покладання кримінальної відповідальності на осіб, винних у вчиненні злочинів, видається, що перелік злочинів невеликої тяжкості, які можуть бути передумовою звільнення від кримінальної відповідальності за ст. 46, обмежується як за колом їх суб'єктів, так і за колом потерпілих.

Так, напевно чи є такою передумовою вчинення зазначених злочинів особами, які були уповноважені на виконання функцій публічної влади, зокрема: 1) представники влади (наприклад, при зловживанні владою, якщо це спричинило істотну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян – ч. 1 ст. 364; при завідомо незаконному затриманні або незаконному приводі – ч. 1 ст. 371 тощо); 2) військовослужбовці (наприклад, при невиконанні наказу – ч. 1 ст. 403).

Так само, не є зазначеною передумовою вчинення злочину невеликої тяжкості, потерпілими від якого є зазначені особи, тобто представник влади (наприклад, при вчиненні йому опору під час виконання службових обов'язків – ч. 1 ст. 342, працівник правоохоронного органу при умисному знищенні або пошкодженні його майна у зв'язку з виконанням службових обов'язків – ч. 1 ст. 347 тощо) або військовослужбовець (наприклад, начальник при погрозі йому з боку підлеглого – ч. 1 ст. 405).

З урахуванням вказаних вище обмежень КК містить близько 110 злочинів невеликої тяжкості, в яких закон або прямо вказує на певну потерпілу особу, або однозначний висновок про таку особу можна зробити шляхом тлумачення відповідної статті (частини статті) КК.

До наведеного вище переліку злочинів можуть увійти і ті злочини, при вчиненні яких у кримінальній справі будуть встановлені і визнані згідно із законом певні потерпілі особи, які не підпадають під зазначені вище обмеження.

Підстава звільнення особи від кримінальної відповідальності за ст. 46 представляє собою певну посткримінальну поведінку, яка включає в себе два складових елементи, взятих у своїй єдності, а саме: 1) примирення особи, яка вчинила злочин невеликої

¹ Докладніше див.: *Головко А. В.* Альтернативи уголовному переслідуванню в сучасному праві... – С. 25-204.

тяжкості, з потерпілим від цього злочину та 2) відшкодування зазначеною особою завданих нею збитків або усунення заподіяної шкоди. Відсутність хоча б одного із зазначених елементів виключає підставу звільнення від кримінальної відповідальності за ст. 46. Винятком із цього правила може бути добровільна відмова потерпілого від компенсації заподіяної йому шкоди або відсутність фактичної шкоди (збитків), наприклад, при замаху на злочин.

З цієї підстави судова колегія у кримінальних справах Апеляційного суду Черкаської області правильно винесла ухвалу щодо скасування постанови Лисянського районного суду про звільнення С. від кримінальної відповідальності у зв'язку з тим, що примирення обвинуваченого з потерпілим Я. не було, заподіяні збитки не відшкодовані, думку учасників судового розгляду про закриття справи не з'ясовано¹.

Примирення – це акт прощення потерпілим свого кривдника, що заподіяв йому шкоду, досягнення з ним згоди та миру. Результатом цього є угода зазначених осіб, відповідно до якої потерпілий не наполягає на притягненні до кримінальної відповідальності винної особи, а остання відшкодовує завдані нею збитки або усуває заподіяну шкоду. Про факт примирення винна особа та потерпілий повинні сповістити особу, що проводить дізнання, слідчого, прокурора або суд, які оформляють цей факт в належній процесуальній формі (наприклад, протоколом). При цьому потерпілий може просити не порушувати кримінальну справу або припинити провадження по неї щодо даної особи чи звільнити саме цю особу від кримінальної відповідальності (якщо злочин вчинено у співучасті, але з іншими співучасниками примирення не досягнуто).

Мотиви сторін при досягненні примирення кримінально-правового значення не мають, так само, як і ініціатива такого примирення. Його ініціаторами може бути як одна із сторін, так й обидві їх близькі чи знайомі, працівники правоохоронних органів, суд тощо.

Примирення з боку потерпілого повинно бути результатом його вільного волевиявлення. Неприпустимим є неправомірний вплив на нього як з боку слідчого, прокурора чи судді, так і з боку винного чи з його згоди інших осіб (наприклад, залякування потерпілого чи його близьких, погрози на їх адресу тощо). У такому разі примирення з боку потерпілого визнається не добровільним, а вимушеним. При встановленні фактів неправомірного впливу на потерпілого суд не вправі звільнити винного від кримінальної відповідальності за ст. 46.

Якщо потерпілими від злочину є кілька осіб, то винний повинен досягти примирення з кожним із потерпілих. Недосягнення примирення хоча б із одним потерпілим виключає можливість застосування ст. 46 до особи, яка вчинила злочин щодо кількох потерпілих.

Інколи примирення винного може відбуватися не з самим потерпілим, а з його представниками або особами, які мають права потерпілого. Так, угоду про примирення від імені потерпілого, який не досяг чотирнадцяти років на день укладання цієї угоди, укладають лише його законні представники (батьки, усиновителі або опікуни). Потерпілий віком від чотирнадцяти до вісімнадцяти років може укласти зазначену угоду лише за згодою своїх законних представників. У справах про злочин невеликої тяжкості, внаслідок якого сталася смерть потерпілого (наприклад, при умисному вбивстві при перевищенні меж необхідної оборони – ст. 118), потерпілими практика визнає близького родича вбитого, з яким і може бути досягнуто примирення. При цьому закон не зобов'язує суд, а також слідчого чи прокурора в таких справах самостійно розширювати коло потерпілих та поза їх волевиявленням визнавати їх такими.

Особа, яка вчинила злочин, при укладенні угоди про примирення може перебувати в процесуальному статусі свідка, підозрюваної, обвинуваченої або підсудної особи.

¹ Про практику застосування судами законодавства, що регулює закриття кримінальних справ. – С. 30.

У кримінально-правовій літературі висловлювалася думка, що в деяких випадках від кримінальної відповідальності може бути звільнена навіть особа, що вже відбуває призначене їй судом рокарання, за умови, якщо наглядова інстанція, знайшовши в матеріалах справи заяву від потерпілого з проханням про звільнення злочинця від кримінальної відповідальності, скасовує вирок суду і звільняє особу від кримінальної відповідальності¹. З такою думкою не можна погодитись, зокрема тому, що, по-перше, мова йтиме вже не про звільнення від кримінальної відповідальності, а про звільнення від покарання; а, по-друге, такий порядок звільнення суперечить чинному кримінально-процесуальному законодавству².

Відшкодування завданих злочином збитків потерпілому або усунення заподіяної шкоди є другим обов'язковим елементом підстави звільнення особи від кримінальної відповідальності за ст. 46.

Закон не вимагає, щоб таке відшкодування або усунення шкоди було здійснено у повному обсязі. Важливо, щоб винним були задоволені претензії потерпілого. При цьому задоволення, наприклад, матеріальних претензій може мати місце і частками протягом періоду часу, визначеного сторонами.

Відшкодування збитків чи усунення шкоди здійснюється, як правило, самим винним. Однак це можуть зробити й інші особи за ініціативою винного, за винятком випадків, коли усунення шкоди пов'язано з його особистістю (наприклад, публічне принесення ним вибачення потерпілому за заподіяну шкоду).

Відшкодування збитків та усунення шкоди або домовленість винного з потерпілим про таке відшкодування (усунення) є обов'язковою частиною угоди про примирення потерпілого з винним (за винятком випадків, коли потерпілий вибачив винному заподіяну шкоду). Якщо потерпілий (або хоч один із потерпілих, якщо їх декілька) незадоволений відшкодуванням заподіяної йому моральної чи фізичної шкоди, а також матеріальних збитків, що виникли або можуть виникнути у зв'язку із злочинним посяганням на нього (навіть, якщо вимоги потерпілого є завищеними), то застосування ст. 46 є неприпустимим.

При досягненні домовленості з цього приводу фактичне відшкодування збитків чи усунення шкоди або їх частини може мати місце як після вчинення злочину і до видавлення суду в нарадчу кімнату для постановлення рішення у справі, так і після прийняття постанови про закриття провадження у кримінальній справі.

Особа, що підлягає звільненню від кримінальної відповідальності на підставі ст. 46, – це фізична, осудна особа, що досягла віку, з якого можливе притягнення її до кримінальної відповідальності за вчинення нею вперше злочину невеликої тяжкості та посткримінальна поведінка якої відповідає ознакам, передбаченим у ст. 46. Якщо злочин вчинено у співучасті, питання про звільнення від кримінальної відповідальності вирішується індивідуально стосовно кожного окремого співучасника. Таке звільнення може мати місце лише відносно тих співучасників, які примирилися з потерпілим (потерпілими). У разі, якщо потерпілий не погоджується на примирення з будь-яким із співучасником, до останнього не може бути застосована ст. 46.

Стаття 46 передбачає імперативне і безумовне звільнення особи від кримінальної відповідальності за наявності зазначеною вище передумови та підстави такого звільнення. Процесуальний порядок такого звільнення передбачений ст. 8 КПК.

Частина 1 ст. 27 КПК передбачає, що «справи про злочини, передбачені статтею 125, частиною 1 статті 126 Кримінального кодексу України, а також справи про злочи-

¹ Шумский Г. А. Прекращение уголовного дела в связи с примирением потерпевшего и обвиняемого // Деятельность милиции по усилению охраны общественного порядка и борьбы с преступностью в новых социально-экономических условиях. – М., 1998. – С. 123.

² Див. також: Егоров В. С. Теоретические вопросы освобождения от уголовной ответственности... – С. 185-279.

ни, передбачені статтею 356 Кримінального кодексу України щодо дій, якими заподіяно шкоду правам та інтересам окремих громадян, порушуються не інакше як за скаргою потерпілого, якому і належить у такому разі право підтримувати обвинувачення. В цих справах дізнання і досудове слідство не провадяться. Зазначені справи підлягають закриттю, якщо потерпілий примириться з обвинуваченим, підсудним. Примирення може статися лише до видалення суду в нарадчу кімнату для постановлення вироку». Таким чином, положення ч. 1 ст. 27 КПК певним чином доповнюють положення ст. 46 КК.

2.3.3. Звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею її на поруки

Стаття 47. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки

1. Особу, яка вперше вчинила злочин невеликої або середньої тяжкості та щиро покаялася, може бути звільнено від кримінальної відповідальності з передачею її на поруки колективу підприємства, установи чи організації за їхнім клопотанням за умови, що вона протягом року з дня передачі її на поруки виправдає довіру колективу, не ухиливатиметься від заходів виховного характеру та не порушуватиме громадського порядку.

2. У разі порушення умов передачі на поруки особа притягається до кримінальної відповідальності за вчинений нею злочин.

Передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею її на поруки є вчинення нею вперше злочину невеликої або середньої тяжкості. Вчинення особою злочину невеликої тяжкості має місце там, де дії цієї особи кваліфіковані за статтею (частиною статті) КК, яка передбачає максимальне покарання у виді позбавлення волі на строк не більше двох років, а злочину середньої тяжкості – де дії цієї особи кваліфіковані за статтею (частиною статті) КК, яка передбачає максимальне покарання у виді позбавлення волі на строк не більше п'яти років. Вчинення особою вперше злочину середньої тяжкості – це, відповідно до ч. 3 ст. 12 КК, вчинення такого злочину, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк від двох до п'яти років. Чинний КК містить близько 240 таких злочинів.

Поняття визнання особи такою, що вперше вчинила злочин невеликої та середньої тяжкості, не відрізняється від того, що було розкрито при характеристиці передумови звільнення від кримінальної відповідальності за ст. 45 КК.

Підставою звільнення особи від кримінальної відповідальності за ст. 47 є щире каяття особи, яка вчинила злочин невеликої чи середньої тяжкості. Щире каяття свідчить про бажання особи спокутувати свою провину перед колективом, виправити свою поведінку. Не може бути передана на поруки особа, яка не визнає себе винною у злочині. Щире каяття зазначеної особи повинно знайти своє відображення у процесуальних документах кримінальної справи. Таке каяття може мати місце безпосередньо після скоєння злочину, в період досудового слідства, а також в суді.

Процесуальною умовою звільнення особи від кримінальної відповідальності є наявність клопотання колективу підприємства, установи чи організації про передачу цієї особи на поруки.

Колектив підприємства, установи чи організації утворюють особи, які своєю працею чи навчанням беруть участь в його (її) діяльності. Не утворюють зазначеного колективу члени громадського об'єднання (наприклад, профспівкової організації, політичної партії, різних товариств тощо). Вочевидь, що особа, яка вчинила вперше злочин невеликої або середньої тяжкості та щиро покаялася, повинна бути членом одного з названих колективів.

Ініціатива в порушенні клопотання про передачу особи на поруки може виходити від трудового колективу, самого винного або його родичів, а також від суду, прокурора, слідчого чи особи, яка проводить дізнання. За клопотанням колективу прокурор, слідчий інформують збори про обставини вчиненого злочину невеликої або середньої тяжкості (ч. 2 ст. 10 КПК).

Клопотання про передачу особи на поруки – це письмове звернення колективу, прийняте на його загальних зборах, до слідчого, прокурора або суду з мотивованим проханням звільнити певну особу – члена колективу від кримінальної відповідальності за вчинений нею злочин та визначенням взаємних зобов'язань колективу і цієї особи протягом строку поруки: колектив зобов'язується взяти особу під контроль і здійснювати щодо неї заходи виховного характеру, а ця особа, в свою чергу, зобов'язується виправдати довіру колективу законослухняною поведінкою та сумлінною працею на підприємстві, в установі або організації, не ухилятися від заходів виховного характеру колективу, дотримуватися правил співжиття в побуті та громадських місцях.

Порядок звернення колективу з клопотанням про передачу особи на поруки встановлений ст. 10 КПК.

Під час підготовки узагальнення виявилось, що суди інколи не дотримуються встановленого кримінально-процесуальним законодавством порядку звільнення осіб від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею їх на поруки (ст. 47 КК). Вони, зокрема, не з'ясовують, чи належним чином оформлено клопотання колективу про передачу особи на поруки.

Розглядаючи справу за обвинуваченням З., Іваничівський районний суд Волинської області не звернув уваги на відсутність у клопотанні зобов'язання колективу здійснювати заходи виховного впливу, спрямовані на недопущення вчинення особою, взятою на поруки, нових злочинів¹.

Особа, що підлягає звільненню від кримінальної відповідальності на підставі ст. 47, – це фізична, осудна особа, що досягла віку, з якого можливе притягнення її до кримінальної відповідальності за вчинення нею вперше злочину невеликої або середньої тяжкості, посткримінальна поведінка якої відповідає ознакам, передбаченим у ст. 47 та стосовно якої надійшло клопотання про передачу її на поруки колективу підприємства, установи чи організації.

За наявності зазначеної вище передумови та підстави, а також належно оформленого клопотання колективу суд може, але не зобов'язаний звільнити особу від кримінальної відповідальності з передачею її на поруки колективу. **Звільнення від кримінальної відповідальності за ст. 47 є дискреційним для суду.** Однак відмова суду у задоволенні клопотання колективу повинна бути мотивованою.

Застосовуючи ст. 47 КК, суд повинен впевнитися, що виправлення конкретної особи, котра вчинила злочин, можливе без застосування до неї кримінального покарання, а перебування цієї особи в колективі, який звернувся про передачу на поруки, сприятиме її виправленню².

Якщо суд вносить постанову про закриття справи, тобто звільняє особу від кримінальної відповідальності з передачею її на поруки колективу, таке звільнення має для цієї особи не остаточний, а **умовний** характер. Це пояснюється тим, що закон передбачає певні умови, які ставляться до поведінки особи, переданої на поруки, а саме: ця особа протягом року з дня передачі її на поруки повинна 1) виправдати довіру колективу, 2) не ухилятися від заходів виховного характеру і 3) не порушувати громадського порядку.

Таким чином, остаточне звільнення особи від кримінальної відповідальності може мати місце лише після сприятливого впливу своєрідного для неї іспитового (випробу-

¹ Про практику застосування судами законодавства, що регулює закриття кримінальних справ. – С. 30.

² Там само.

вального) строку. Цей строк становить один календарний рік і його сплив починається з дня, наступного за днем, коли прийнята постанова суду про закриття справи і передачі особи на поруки набрала законної сили, про що суд сповіщає колектив. Зазначений однорічний строк – це проміжок часу, протягом якого колектив підприємства, установи або організації здійснює контроль за поведінкою особи, переданої на поруки, та заходи виховного характеру до неї, а остання під загрозою бути притягнутою до кримінальної відповідальності за вчинений злочин зобов'язана виконати вимоги, що до неї ставляться законом.

Таким чином, сприятливі чи несприятливі кримінально-правові наслідки передачі особи на поруки цілком залежать від поведінки цієї особи.

Сприятливі кримінально-правові наслідки полягають в остаточному звільненні особи від кримінальної відповідальності за раніше вчинений злочин невеликої або середньої тяжкості. Такі наслідки настають автоматично, без додаткового судового рішення після спливу календарного року передачі особи на поруки і мають місце у випадку, якщо ця особа протягом цього року виконала зазначені вище вимоги.

Несприятливі кримінально-правові наслідки полягають у притягненні особи до кримінальної відповідальності за раніше вчинений злочин у разі порушення нею умов передачі її на поруки, а саме: невиправдання довіри колективу, ухилення від заходів виховного характеру або порушення громадського порядку. Для констатації порушення умов передачі особи на поруки достатньо встановити невиконання хоча б однієї з названих трьох умов.

Невиправдання довіри колективу може виражатися в систематичному або грубому порушенні Правил внутрішнього розпорядку на підприємстві, в установі чи організації; невиконанні особою обіцянок щодо своєї поведінки, які вона давала на загальних зборах колективу при вирішенні питання щодо передачі її на поруки; ухиленні від контролю з боку колективу; вчиненні нового злочину чи іншого правопорушення, який свідчить про небажання винного встати на шлях виправлення, тощо.

Ухилення від заходів виховного характеру передбачає прагнення особи уникнути виховного впливу колективу, залишення з цієї метою місця роботи або навчального закладу тощо.

Порушення громадського порядку – це порушення особою умов суспільно корисної діяльності інших людей, їх відпочинку і побуту, громадської моральності тощо. Таке порушення може виражатися, зокрема, у відповідних адміністративних правопорушеннях, наприклад, дрібне хуліганство (ст. 173), поширювання неправдивих чуток (ст. 173¹), стрільба з вогнепальної, холодної, металюної чи пневматичної зброї в населених пунктах і в не відведених для цього місцях або з порушенням установленого порядку (ст. 174), розпивання спиртних напоїв у громадських місцях і поява в громадських місцях у п'яному вигляді (ст. 178), розпивання спиртних напоїв на виробництві (ст. 179), азартні ігри, гадання в громадських місцях (ст. 181), порушення тиші в громадських місцях (ст. 182), завідомо неправдивий виклик спеціальних служб (ст. 183) КпАП тощо.

Відповідно до ч. 2 ст. 47, у разі порушення особою умов передачі на поруки вимога закону щодо притягнення її до кримінальної відповідальності є імперативною.

Згідно з ч. 1 ст. 13 КПК, у такому випадку суд повинен мати рішення колективу підприємства, установи чи організації, прийняте на загальних зборах, про відмову від поручительства.

За змістом закону така відмова може мати місце лише протягом року з дня передачі особи на поруки. Пропуск колективом цього строку виключає можливість притягнення особи до кримінальної відповідальності за раніше вчинений злочин.

Протокол загальних зборів колективу підприємства, установи чи організації про відмову від поручительства повинен містити відомості про те, якими конкретними діями особа, яка була передана на поруки, не виправдала довіри колективу, які заходи вихов-

ного характеру застосовувалися до цієї особи, чи були порушення з її боку громадського порядку і якщо були, то в чому вони знайшли свій вияв, і які заходи впливу були застосовані до особи тощо.

Суд, а також прокурор повинні перевірити обґрунтованість відмови колективу від поручительства.

Притягнення особи, від поручительства за яку відмовився колектив, до кримінальної відповідальності за раніше вчинений злочин може мати місце протягом строку давності, передбаченого ст. 49. Відновлення кримінальної справи в цих випадках проводиться відповідно до глави 31 КПК.

Вчинення особою, що була передана на поруки, нового злочину протягом строку поруки тягне за собою відповідальність за сукупністю злочинів (ст. 70). У разі ж, якщо вчинений протягом строку поруки злочин передбачено тією самою статтею або частиною статті Особливої частини КК (чи навіть в деяких випадках передбачено іншою статтею КК, що і вчинений раніше), особа підлягає кримінальній відповідальності за правилами повторності злочинів (ст. 32).

Виключається повторна передача на поруки особи, яка вчинила злочин невеликої або середньої тяжкості, протягом строку поручительства за перший злочин. Водночас, після сприятливого впливу річного строку поручительства факт передачі особи на поруки не є нездоланною перешкодою для повторної передачі цієї особи на поруки колективу, враховуючи всі обставини справи.

2.3.4. Звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку із зміною обстановки

Стаття 48. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із зміною обстановки

Особу, яка вперше вчинила злочин невеликої або середньої тяжкості, може бути звільнено від кримінальної відповідальності, якщо буде визнано, що на час розслідування або розгляду справи в суді внаслідок зміни обстановки вчинене нею діяння втратило суспільну небезпечність або ця особа перестала бути суспільно небезпечною.

Передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності за ст. 48 є вчинення цією особою вперше злочину невеликої або середньої тяжкості. Тому вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину (закінченого або незакінченого, однією особою або у співучасті) виключає застосування ст. 48. Крім того, навіть вчинення особою злочину невеликої або середньої тяжкості, але не вперше, також унеможливає застосування цієї статті.

Ці обставини не завжди враховують слідчі при підготовці постанов про направлення справ до суду для вирішення питання про звільнення обвинувачених від кримінальної відповідальності, а також суди, які неналежним чином перевіряють обґрунтованість таких постанов, внаслідок чого мають місце випадки закриття справ щодо осіб, які вчинили тяжкі злочини, а також щодо осіб, які мають судимість, не зняту і непогашену у встановленому порядку.

Так, ухвалою судової колегії у кримінальних справах Апеляційного суду Черкаської області скасовано постанову Кам'янського районного суду про закриття справи щодо К. внаслідок зміни обстановки через те, що місцевий суд не перевіряв, а тому й не встановив, що обвинувачений мав не зняту і непогашену судимість за вчинення тяжкого злочину.

Стаття 48 передбачає дві альтернативні підстави звільнення особи від кримінальної відповідальності: 1) втрата діянням суспільної небезпечності внаслідок зміни обстановки та 2) втрата особою суспільної небезпечності внаслідок зміни обстановки.

Необхідно розрізняти два види обстановки, що існують на час вчинення певною особою злочину невеликої або середньої тяжкості. Перший вид обстановки – це обстановка вчинення злочину в широкому розумінні цього слова – як об'єктивних умов, що характеризують соціальні, економічні, політичні, духовні, міжнаціональні, воєнні, міжнародні, природні, організаційні, виробничі та інші процеси в масштабах країни, регіону, області, міста, району, підприємства, установи, організації, побуту, сім'ї тощо (наприклад, перешкодження здійсненню виборчого права в період проведення виборів місцевої ради, здійснення підприємницької діяльності без отримання відповідної ліцензії в умовах зміни підходів держави до ліцензування такої діяльності тощо).

Другий вид обстановки – це обстановка, що склалася навколо особи під час вчинення нею злочину, тобто об'єктивні (зовнішні) умови життя та діяльності, в яких перебувала дана особа під час вчинення злочину і які значною мірою впливали на її суспільну небезпечність (наприклад, спосіб життя цієї особи, оточення, стосунки в сім'ї, зв'язок з кримінальним середовищем, відсутність місця роботи та коштів для існування тощо).

Вочевидь, в такий спосіб відповідна обстановка і повинна бути встановлена на момент вчинення особою злочину невеликої або середньої тяжкості з тим, щоб порівняти й оцінити її зміну на час розслідування або розгляду справи в суді. При цьому необхідно встановити безпосередній зв'язок між зміною відповідної обстановки, що відбулася протягом певного часу з дня вчинення злочину до моменту розслідування або розгляду справи в суді, та втратою діянням або особою суспільної небезпечності.

Втрата діянням суспільної небезпечності внаслідок зміни обстановки – це втрата ним зовсім суспільної небезпечності або втрата її такою мірою, за якою діяння визнається незлочинним. Згідно зі ст. 11 суспільна небезпечність, що притаманна злочину, має місце там, де діяння заподіяло істотну шкоду або могло заподіяти таку шкоду фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі.

Для застосування ст. 48 суд повинен встановити, що після вчинення певного злочину невеликої або середньої тяжкості обстановка вчинення злочину змінилася таким чином, що раніше вчинене діяння вже не може розглядатися як суспільно небезпечне. Така зміна обстановки може бути двох видів: масштабна або локальна. **Масштабна зміна обстановки** стосується змін у межах країни і може виражатися, наприклад, у припиненні стану війни або скасуванні воєнного чи надзвичайного стану в країні, зміні економічного або політичного курсу країни, підходів держави до вирішення тієї чи іншої проблеми, зміні масштабу цін, у високих темпах інфляції тощо.

Локальна зміна обстановки вчинення злочину – це зміна обстановки в певному регіоні, місті, підприємстві, сім'ї тощо і яка може виражатися, наприклад, у прийнятті владою таких рішень, які істотно впливають на оцінку раніше вчиненого діяння як суспільно небезпечного; у ліквідації або реорганізації конкретного підприємства, на якому раніше був вчинений злочин; набутті згодом особою певного статусу чи офіційного документа, які були відсутні саме на момент вчинення злочину; зміні природних умов або умов господарювання в певному регіоні, що впливає на оцінку раніше вчиненого діяння як суспільно небезпечного, тощо.

Масштабні та локальні зміни обстановки тягнуть за собою два види втрати суспільної небезпечності діяння.

Перший вид пов'язаний з втратою суспільної небезпечності не тільки конкретно вчиненого діяння даною особою, а й певного виду таких діянь. Масштабні та швидкі зміни у тих або інших сферах життя суспільства та держави можуть призвести до ситуації, коли законодавець не встигає змінити ознаки відповідно складу злочину або зовсім виключити його із КК. Вочевидь, зміна обстановки повинна бути настільки суттєвою, щоб вплинути на суспільну правосвідомість, яка в нових умовах не сприймає суспільно небезпечним діяння, яке, навпроти, в іншій обстановці становило значну суспільну небезпечність. Так, ще за дії КК 1960 року в умовах переведення економіки

України на ринкові відносини внаслідок зміни обстановки звільнялися від кримінальної відповідальності особи, які вчинили спекуляцію, комерційне посередництво, порушення правил про валютні операції тощо.

Визнання судом того, що раніше вчинене певне злочинне діяння невеликої чи середньої тяжкості внаслідок масштабних змін обстановки в країні втратило суспільну небезпечність, свідчить про необхідність декриміналізації таких діянь взагалі, про що суб'єкти законодавчої ініціативи повинні бути своєчасно поінформовані. Очевидно, що під час вчинення такого діяння (до зміни обстановки) існувала підстава кримінальної відповідальності, оскільки особа вчинила суспільно небезпечне діяння, що містило склад певного злочину, передбаченого КК. Разом з тим, під час розгляду справи в суді встановлено, що внаслідок зміни обстановки таке діяння на даний час позбавлено суспільної небезпеки – однієї з необхідних ознак злочину (ч. 1 ст. 11). Іншими словами, суд констатує, що таке діяння лише формально містить ознаки певного складу злочину, а по суті не є суспільно небезпечним.

Звільнення від кримінальної відповідальності при втраті діянням характеру суспільно небезпечного слід відрізнити від випадків декриміналізації даного діяння, при якій законодавець виключає його з числа суспільно небезпечних і кримінально протиправних. У такому разі діють правила про зворотню дію в часі кримінального закону, що усуває караність діяння.

Відомо, що новий КК, в якому скасовано караність деяких діянь, має зворотню дію в часі. Але незважаючи на таку декриміналізацію, окремі органи досудового слідства та місцеві суди у постановках про закриття справ, усупереч вимогам ч. 1 ст. 5 КК, продовжують посилалися на ст. 7 КПК (зміна обстановки), а не на п. 2 ст. 6 КПК (відсутність складу злочину), через що порушувалися права громадян.

Так, закриваючи справу щодо Б. та Я., обвинувачених за ч. 2 ст. 80¹ КК 1960 р., Жидачівський районний суд Львівської області помилково зазначив, що справа підлягає закриттю внаслідок зміни обстановки, оскільки вчинене діяння втратило суспільну небезпечність у зв'язку з декриміналізацією¹.

Другий вид втрати діянням характеру суспільно небезпечного має місце за локальної зміни обстановки вчинення злочину, що тягне за собою втрату суспільної небезпеки лише окремого, конкретного діяння, вчиненого даною особою, хоча в цілому даний вид діянь, як і раніше, визнається злочинним. Таким чином, локальна зміна обстановки не відміння оцінки відповідного діяння як злочинного. У цих випадках раніше вчинене особою діяння в конкретних умовах зміни обстановки визнається судом таким, що не заподіяло істотної шкоди конкретному об'єкту кримінально-правової охорони. Наприклад, винахід нових ліків, що лікують раніше невиліковну інфекційну хворобу, при свідомому поставленні іншої особи в небезпеку зараження на таку хворобу (ч. 1 ст. 130); офіційне визнання лікарських засобів, що раніше застосовувалися без письмової згоди пацієнта, високоякісними (ст. 141); набуття спеціальної медичної освіти особою, яка раніше провела аборт (ч. 1 ст. 134); визнання виборів або референдуму неконституційними при вирішенні питання про відповідальність особи, яка порушила таємницю голосування (ст. 159); заборона певної політичної партії, діяльності якій раніше перешкоджала особа (ст. 170); отримання особою, що займається підприємницькою діяльністю, відповідної ліцензії або приведення такої діяльності до умов ліцензування (ст. 202); виключення із переліку подакцизних товарів при вирішенні питання про відповідальність за незаконне їх виготовлення або збут (ст. 204) тощо.

На практиці мали місце випадки звільнення від кримінальної відповідальності за незаконну порубку лісу в умовах, коли після вчинення злочину було прийняте рішення про необхідність проведення меліорації на даній ділянці лісу і вирубування тут усіх дерев; за халатність, що заподіяла збитку підприємству, на якому радикально змінилися умови господарювання або яке було ліквідовано тощо.

¹ Про практику застосування судами законодавства, що регулює закриття кримінальних справ. – С. 29.

Звільнення від кримінальної відповідальності при втраті суспільної небезпечності діяння внаслідок зміни локальної обстановки треба відмежовувати від виключення кримінальної відповідальності згідно з ч. 2 ст. 11 (за малозначністю діяння). При застосуванні ч. 2 ст. 11 малозначність діяння, вчиненого особою, має місце як на час такого діяння, так і на час прийняття рішення про виключення відповідальності. При застосуванні ст. 48 констатується, що особа спочатку вчинила злочин невеликої або середньої тяжкості, а потім через певний час, внаслідок зміни обстановки під час розгляду справи, суд приходиться до висновку, що раніше вчинене злочинне діяння даною особою втратило характер суспільно небезпечного (хоча для інших осіб таке діяння, як і досі, визнається суспільно небезпечним, злочинним).

Особа, яка перестала бути суспільно небезпечною внаслідок зміни обстановки, – це друга підстава звільнення цієї особи від кримінальної відповідальності за ст. 48.

Вважається, що суспільна небезпечність особи знаходить своє вираження, насамперед, у вчиненні злочину, а в подальшому визначається, у першу чергу, ступенем можливості вчинення нею нового тотожного або однорідного злочину. Висновок про таку можливість будується на основі характеристики даної особи (соціальної, психологічної, демографічної, кримінально-правової тощо), а також оточуючої її обстановки, тобто зовнішніх стосовно даної особи умов (оточення в побуті, у сім'ї, на роботі тощо). Встановлення такої обстановки має значення для оцінки її зміни і впливу на суспільну небезпечність даної особи під час розслідування або розгляду справи в суді.

На практиці до змін обстановки навколо особи, яка вчинила злочин, відносять призов на службу в армію особи, яка раніше була позбавлена певного контролю; влаштування на роботу особи, яка вчинила злочин з мотивів відсутності коштів для існування; звільнення особи з посади, що позбавляє її можливості вчинити новий злочин з використанням такої посади; тяжке захворювання, що позбавляє можливості вчинити певні злочини; переїзд на інше місце проживання та розрив зв'язків з кримінальним середовищем, під впливом якого особа могла б вчинити новий злочин; поміщення неповнолітнього до інтернату під контроль педагогів; усунення тяжких особистих обставин, під впливом яких був вчинений злочин; припинення подружніх відносин, що стали причиною злочину, тощо.

Втім, деякі слідчі помилово розуміють зміну обстановки як перебування особи в місцях позбавлення волі за вчинення іншого злочину, а також смерть обвинуваченого.

Для звільнення від кримінальної відповідальності особи, яка перестала бути суспільно небезпечною, не має значення, що само діяння на час розслідування або розгляду справи в суді зберігає характер суспільно небезпечного.

Закон, далі, не вимагає, щоб особа після вчинення злочину довела факт свого виправлення. Тому не може бути підставою застосування ст. 48 лише законотворчості та добропорядна поведінка особи, яка вчинила злочин, протягом тривалого часу, сумлінне виконання нею своїх професійних та громадських обов'язків без зміни обстановки. Якщо така особа не може вважатися суспільно небезпечною на час розгляду справи в суді, вона може бути за вироком суду звільнена від покарання (ч. 4 ст. 74). Мабуть, саме на такі випадки поширюється положення постанови № 7 Пленуму Верховного Суду України «Про практику призначення судами кримінального покарання» від 24.10.2003 р., в якому зазначається, що «суд не вправі перейти до більш м'якого виду покарання у випадках, коли санкцією закону, за яким засуджується особа, передбачено лише такі покарання, які з огляду на її вік чи стан не можуть бути до неї застосовані. В таких випадках суд, за наявності до того підстав, відповідно до ст. 7 КПК повинен закрити справу і звільнити особу від кримінальної відповідальності або постановити обвинувальний вирок і звільнити засудженого від покарання».

Вочевидь, що це положення, перш за все, стосується ситуацій вчинення хуліганства (ч. 1 ст. 256) особою у віці від 14 до 16 років. Альтернативна санкція цієї частини статті передбачає штраф від 500 до 100 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арешт на строк до шести місяців, або обмеження волі на строк до 5 років.

Згідно з ч. 1 ст. 99 штраф застосовується лише до неповнолітніх, що мають самостійний дохід, власні кошти або майно, на яке може бути звернено стягнення. Відповідно до ч. 3 ст. 60, арешт не застосовується до осіб віком до 16 років; нарешті, обмеження волі зовсім не застосовується до неповнолітніх (ч. 3 ст. 61). Таким чином, може виникнути ситуація, коли неповнолітньому, який у віці від 14 до 16 років вчинив просте хуліганство, суд, з огляду на зазначені обставини, не зможе застосувати жоден вид покарання, передбачений в альтернативній санкції ч. 1 ст. 296. Постанова ПВС передбачає, що в таких випадках суд, *за наявності до того підстав*, відповідно до ст. 7 КПК, повинен закрити справу і звільнити особу від кримінальної відповідальності або постановити обвинувальний вирок і звільнити засудженого від покарання.

Слід зазначити, що сама неможливість призначення покарання зазначеним неповнолітнім не може свідчити про зміну обстановки, оскільки вказане положення виникло ще з 1 вересня 2001 р. за волею законодавця. За відсутності зміни обстановки і не може обговорюватися питання про втрату діянням або особою своєї суспільної небезпечності. За таких обставин відсутні підстави для звільнення такої особи від кримінальної відповідальності. Але у суду є можливість дослідити питання про наявність підстав звільнення особи від покарання¹.

Необхідною підставою застосування ст. 48 є встановлення того, що протягом певного часу обстановка, яка оточувала особу на момент вчинення злочину, змінилася таким чином, що позитивно впливає на неї і робить маловірогідним вчинення даною особою нового тотожного або однорідного злочину. Неможливо вимагати від суду, щоб на підставі оцінки зміни обстановки він прогнозував взагалі неможливість вчинення даною особою будь-якого злочину, навіть необережного.

Нарешті, не відповідає вимогам закону застосування ст. 48 без зміни обстановки лише з мотивів недоцільності притягнення до кримінальної відповідальності певної особи, яка вчинила злочин невеликої або середньої тяжкості.

Із змісту ст. 48 випливає, що зміна обстановки повинна мати місце після дня вчинення злочину і до часу або в період розслідування або розгляду в суді кримінальної справи щодо особи, яка вчинила цей злочин. Вочевидь, що цей проміжок часу не повинен перевищувати строків давності, передбачених ст. 49, тобто 2-3 роки відносно злочину невеликої тяжкості та 5 років – відносно злочину середньої тяжкості (пункти 1 і 2 ч. 1 ст. 49).

Особа, яка підлягає звільненню від кримінальної відповідальності на підставі ст. 48, – це фізична, осудна особа, що досягла віку, з якого можливе притягнення її до кримінальної відповідальності за вчинення нею вперше злочину невеликої або середньої тяжкості та яка підлягає звільненню від кримінальної відповідальності за наявності ознак, передбачених у ст. 48.

Стаття 48 передбачає безумовне і дискреційне звільнення особи від кримінальної відповідальності. Якщо, наприклад, суд встановить, що хоча протягом певного часу і мала місце певна зміна обстановки, яка оточувала особу на час вчинення нею злочину, але така зміна не вплинула позитивно на цю особу, то звільнення від кримінальної відповідальності згідно зі ст. 48 не допускається.

¹ Правильним було б у даному випадку визнати, що була припущена помилка, яку законодавець повинен усунути якнайшвидше.

2.3.5. Звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності

Стаття 49. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності

1. Особа звільняється від кримінальної відповідальності, якщо з дня вчинення нею злочину і до дня набрання вироком законної сили минули такі строки:

1) два роки – у разі вчинення злочину невеликої тяжкості, за який передбачене покарання менш суворе, ніж обмеження волі;

2) три роки – у разі вчинення злочину невеликої тяжкості, за який передбачене покарання у виді обмеження або позбавлення волі;

3) п'ять років – у разі вчинення злочину середньої тяжкості;

4) десять років – у разі вчинення тяжкого злочину;

5) п'ятнадцять років – у разі вчинення особливо тяжкого злочину.

2. Перебіг давності зупиняється, якщо особа, що вчинила злочин, ухилилася від слідства або суду. У цих випадках перебіг давності відновлюється з дня з'явлення особи із зізнанням або її затримання. У цьому разі особа звільняється від кримінальної відповідальності, якщо з часу вчинення злочину минуло п'ятнадцять років.

3. Перебіг давності переривається, якщо до закінчення зазначених у частинах першої та другій цієї статті строків особа вчинила новий злочин середньої тяжкості, тяжкий або особливо тяжкий злочин. Обчислення давності в цьому разі починається з дня вчинення нового злочину. При цьому строки давності обчислюються окремо за кожний злочин.

4. Питання про застосування давності до особи, що вчинила особливо тяжкий злочин, за який згідно із законом може бути призначено довічне позбавлення волі, вирішується судом. Якщо суд не визнає за можливе застосувати давність, довічне позбавлення волі не може бути призначено і замінюється позбавленням волі на певний строк.

5. Давність не застосовується у разі вчинення злочинів проти миру та безпеки людства, передбачених у статтях 437-439 і частині першої статті 442 цього Кодексу.

Стаття 49 обмежує строками давності повноваження держави щодо кримінального переслідування осіб, які вчинили злочини. Строк давності – це передбачений КК певний проміжок часу після вчинення злочину, сплив якого є підставою звільнення особи, яка вчинила злочин, від кримінальної відповідальності.

У науці кримінального права існували різні позиції щодо правової природи, змісту інституту давності, а також з приводу підстав звільнення від кримінальної відповідальності за давністю. Деякі автори, зокрема І. І. Слуцький, відносили давність до числа обставин, за яких виключається суспільна небезпечність та караність діяння¹. Інші вважали давність підставою звільнення від покарання, а не від відповідальності.

Але все ж найгострішою була дискусія щодо обґрунтування підстав звільнення від кримінальної відповідальності за давністю. Так, певні дослідники вбачали підставу застосування давності в тому, що за спливом тривалого часу відпадає мета загального попередження («діяння забувається»), чи втрачаються необхідні докази².

На думку М. Д. Дурманова, «кримінальне переслідування виключається внаслідок давності за наявності умов, які свідчать про відпадиння суспільної небезпечності вчиненого злочину і винної в ньому особи»³. Такої ж думки щодо втрати діянням ознаки

¹ *Слуцкий И. И.* Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность. – Л.: АГУ, 1965. – С. 11.

² Советское уголовное право. Часть Общая. – Л.: АГУ, 1960. – С. 530; Советское уголовное право. Часть Общая. – М.: Госюриздат, 1962. – С. 313, тощо.

³ *Дурманов Н. Д.* Цит. праця. – С. 29.

суспільної небезпечності дотримувалися і А. А. Герцензон, П. А. Фефелов тощо¹. С. Г. Келіна, заперечуючи проти наявності відпадиння суспільної небезпечності вчиненого внаслідок давності, зауважувала, що має місце відпадиння суспільної небезпечності особи винного, що і створює підставу для звільнення його від кримінальної відповідальності².

Останнім часом найбільш поширеною є думка, що підставою звільнення від кримінальної відповідальності за давністю є недоцільність призначення і виконання покарання³.

Передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності відповідно до пунктів 1-5 ч. 1 ст. 49, є вчинення особою злочину невеликої або середньої тяжкості, тяжкого чи особливо тяжкого злочину. Віднесення злочину до певної групи за ступенем тяжкості, в свою чергу, визначається відповідною санкцією статті (частиною статті) КК, за якою кваліфіковано вчинений даною особою злочин. Таким чином, ч. 1 ст. 49 передбачає вчинення наступних п'яти видів злочинів, будь-який з них є передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності:

1) вчинення злочину невеликої тяжкості, який кваліфіковано за статтею (частиною статті) КК, що передбачає покарання менш суворо, ніж обмеження волі.

При вирішенні питання, яке покарання є менш або більш суворим, ніж обмеження волі, необхідно керуватися «драбиною» покарань, яка передбачена в ст. 51, в якій ці покарання розташовані в порядку від менш суворого до більш суворого. Відповідно до цього менш суворими, ніж обмеження волі, є покарання, передбачені у підпунктах 1-8 ст. 51, а саме: штраф; позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу; позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю; громадські роботи; виправні роботи, службові обмеження для військовослужбовців; конфіскація майна; арешт. КК налічує майже 60 злочинів невеликої тяжкості⁴, санкції яких передбачають покарання менш суворо, ніж обмеження волі;

2) вчинення злочину невеликої тяжкості, який кваліфіковано за статтею (частиною статті) КК, що передбачає покарання у виді обмеження волі від одного до п'яти років або позбавлення волі на строк не більше двох років.

КК налічує майже 160 таких злочинів⁵. У п. 2 ч. 1 ст. 49 не передбачене таке більш суворе, ніж обмеження волі, покарання, як тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців, яке, в свою чергу, є менш суворим, ніж позбавлення волі на певний строк. При вирішенні питання, до якої групи злочинів невеликої тяжкості належать злочини, санкція яких передбачає тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців і не передбачає обмеження та позбавлення волі (наприклад, ч. 1 ст. 412 (необережне знищення або пошкодження військового майна) та ч. 1 ст. 413 (марнотратство або втрата військового майна), слід керуватися п. 2 ч. 1 ст. 49, оскільки тримання у дисциплінарному батальйоні військовослужбовців є більш суворим покаранням, ніж обмеження волі;

3) вчинення злочину середньої тяжкості, тобто злочину, який кваліфіковано за статтею (частиною статті) КК, санкція якої передбачає максимальне покарання у виді позбавлення волі на строк не більше п'яти років. Таких злочинів⁶ КК налічує понад 240;

¹ Герцензон А. А. Уголовное право. Часть Общая. М.: РИО ВЮА, 1948. – С. 265; Фефелов П. А. Критерии установления уголовной наказуемости деяний // Советское государство и право. – 1970. – № 11. – С. 105.

² Келіна С. Г. Цит. праця. – С. 202-203.

³ Мивениерадзе П. Я. Институт давности в советском уголовном праве. – Тбилиси, 1970. – С. 70; Егоров В. С. Теоретические вопросы освобождения от уголовной ответственности. – М., 2002. – С. 216.

⁴ Див.: Кримінальний кодекс України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хафронюка... – С. 229-258.

⁵ Там само.

⁶ Там само.

4) вчинення тяжкого злочину, тобто злочину, який кваліфіковано за статтею (частиною статті) КК, санкція якої передбачає максимальне покарання у виді позбавлення волі на строк не більше десяти років. КК налічує близько 150 таких злочинів¹;

5) вчинення особливо тяжкого злочину, тобто злочину, який кваліфіковано за статтею (частиною статті) КК, санкція якої передбачає покарання у виді позбавлення волі на строк понад десять років або довічного позбавлення волі. КК передбачає майже 100 особливо тяжких злочинів².

В усіх випадках йдеться про вчинення злочину закінченого чи незакінченого, вчиненого одноосібно чи в співучасті.

Підставою звільнення особи від кримінальної відповідальності за ст. 49 визнається сприятливий сплив певних строків давності з дня вчинення злочину до набрання законної сили обвинувальним вироком суду, яким особа засуджена за вчинений нею злочин певної тяжкості. Строки давності, встановлені законом стосовно кожної із зазначених вище п'яти груп злочинів і їх тривалість, залежить від ступеня тяжкості вчиненого злочину: чим більш тяжким є злочин, тим більш тривалим є строк давності. У підпунктах 1-5 ч. 1 ст. 49 встановлено п'ять диференційованих строків давності:

1) два роки – з дня вчинення злочину невеликої тяжкості, за який законом передбачене покарання менш суворе, ніж обмеження волі;

2) три роки – з дня вчинення злочину невеликої тяжкості, за який законом передбачене покарання у виді обмеження або позбавлення волі;

3) п'ять років – з дня вчинення злочину середньої тяжкості;

4) десять років – з дня вчинення тяжкого злочину;

5) п'ятнадцять років – з дня вчинення особливо тяжкого злочину.

Для правильного обчислення строків давності необхідно визначити їх початковий і кінцевий моменти.

Початковим днем, з якого обчислюється строк давності, є день, наступний за днем, коли злочин був вчинений. Іноді визначення цього дня викликає труднощі, проте закон, наука і практика виробили у зв'язку з цим певні положення. Так, сплив строку давності для злочинів із матеріальним і формальним складом починається з дня завершення суспільно небезпечного діяння (дії або бездіяльності), передбаченого кримінальним законом. Строк давності у відношенні триваючих злочинів обчислюється з дня фактичного припинення дії або бездіяльності з волі або mimo волі особи (наприклад, з дня явки її із зізнанням, затримання тощо), а у відношенні продовжуваних злочинів – з дня вчинення останнього тотожного діяння з числа тих, що об'єднані єдиним злочинним наміром і складають продовжуваний злочин. Початком обчислення давнісних строків при попередній злочинній діяльності слід вважати день, коли були припинені або не вдалися підготовчі дії чи злочин не був доведений до кінця з причин, що не залежали від волі винного. За співучасті початковим вважається день, у якому була завершена та роль, що виконував конкретний співучасник, а не день вчинення злочину виконавцем.

Початковий момент строку давності обчислюється з першої секунди доби, яка настає після доби, протягом якої був вчинений злочин. Так, якщо, наприклад, крадіжка, що передбачена ч. 1 ст. 185 КК, була вчинена 2 вересня 2002 р о 15 годині, то сплив строку давності починається з першої секунди 3 вересня 2002 р.

Кінцевим моментом спливу диференційованих строків давності, що встановлені у підпунктах 1-5 ч. 1 ст. 49 і обчислюються повними роками, визнається остання секунда 24 години останньої доби відповідного року. Якщо, наприклад, початком спливу строку давності за вчинену крадіжку (ч. 1 ст. 185) визначене 3 вересня 2002 р., то кінцевим моментом спливу трирічного давнісного строку є 24.00 3 вересня 2005 р.

¹ Кримінальний кодекс України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка... – С. 229-258.

² Там само.

Втім, сприятливим визнається лише такий сплив відповідного строку давності, який закінчився до дня набрання законної сили обвинувальним вироком суду щодо особи, яка вчинила злочин певної тяжкості. Таким чином, строк давності продовжує спливати і в період слідства, і протягом судового розгляду кримінальної справи і навіть після оголошення обвинувального вироку суду. Будь-які процесуальні дії протягом цих строків не припиняють їх спливу. Отже, якщо строк давності сприятливо сплив до дня набрання законної сили обвинувальним вироком суду, то особа підлягає звільненню від кримінальної відповідальності незалежно від того, в якій стадії кримінального процесу перебуває кримінальна справа щодо цієї особи.

Відповідно до ст. 401 КПК, обвинувальний вирок місцевого суду набирає законної сили після закінчення строку на подання апеляції, а вирок апеляційного суду – після закінчення строку на подання касаційної скарги, внесення касаційного подання, якщо його не було оскаржено чи на нього не було внесено подання. В разі подачі апеляцій, касаційної скарги чи внесення касаційного подання вирок, якщо його не скасовано, набирає законної сили після розгляду справи відповідно апеляційною чи касаційною інстанцією, якщо інше не передбачено КПК.

Якщо обвинувальний вирок суду набрав законної сили до закінчення або навіть в день закінчення спливу відповідного строку давності, то особа вважається такою, що піддана законному засудженню за вчинений нею раніше злочин.

Сприятливим визнається такий сплив зазначених строків давності, за якого особа, що вчинила злочин, протягом цих строків виконала дві умови, взяті у своїй сукупності, а саме: 1) не ухилилася від слідства або суду та 2) не вчинила нового злочину середньої тяжкості, тяжкого або особливо тяжкого злочину.

Звідси, першою обставиною, що виключає сприятливий сплив строків давності, є ухилення особи, яка вчинила злочин, від слідства або суду. В цьому разі відповідно до ч. 2 ст. 49 *перебіг давності зупиняється* і відновлюється лише з дня з'явлення особи із зізнанням або її затримання.

Особою, що ухиляється від слідства або суду, визнається відома цим органам особа (що підтверджується матеріалами кримінальної справи) як така, що вчинила певний злочин і здійснила дії з метою переховування місця свого перебування від слідства або суду (наприклад, не з'являється без поважних причин до слідчого або в суд, вчинила втечу після затримання, порушує умови запобіжного заходу, змінила місце перебування або документи, що посвідчують особистість, перейшла на нелегальне становище тощо). Як правило, це особа, відносно якої винесена постанова про притягнення її як обвинуваченої та про оголошення її розшуку або обрання (зміни) запобіжного заходу. Таким чином, не можуть розглядатися як такі, що ухиляються від слідства або суду, особи, що хоч і переховуються після вчинення злочину, але правоохоронним органам або взагалі невідомо про вчинений злочин, або не доведена причетність конкретної особи до даного злочину. День, з якого особа вважається такою, що ухиляється від слідства або суду, визначається початковим днем відповідної фактичної поведінки такої особи (наприклад, день втечі з-під варти або день неявки без поважних причин до слідчого або в суд) або днем винесення слідчим (судом) постанови (ухвали) про розшук цієї особи чи обрання (зміни) щодо неї запобіжного заходу.

Зупинення перебігу давності означає, що час, який минув з дня вчинення злочину, до дня, коли особа почала ухилитися від слідства або суду, не втрачає свого значення, він зберігається і зараховується до загального строку давності, що продовжує спливати. Цей загальний строк відновлюється (а не починається спочатку) із дня з'явлення особи із зізнанням або її затримання. Таким чином, проміжок часу, коли перебіг давності був зупинений, дорівнює часу ухилення особи від слідства або суду.

З'явлення із зізнанням – це добровільне особисте з'явлення особи, що переховується від слідства або суду, до прокурора, слідчого, органу дізнання або суду з усною або

письмовою заявою про обставини вчинення нею чи за її участю злочину і переховування від слідства і суду. *Затримання* являє собою захід процесуального примусу, відповідно до якого особа на короткий строк поміщується до приміщення для тримання затриманих і в такий спосіб позбавляється свободи в порядку, передбаченому статтями 106, 106¹ або 115 КПК.

Особа, що вчинила злочин і ухиляється від слідства або суду, не може все життя, що залишилося, перебувати під постійним страхом того, що в будь-який час, скільки б його не минуло з дня вчинення злочину, вона може бути за нього притягнута до кримінальної відповідальності. Тому, відповідно до частин 2 і 3 ст. 49 особа, яка ухиляється від слідства і суду, у будь-якому випадку звільняється від кримінальної відповідальності, якщо: 1) з дня вчинення злочину невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжкого злочину та особливо тяжкого злочину минуло не менше п'ятнадцяти років (так званий недиференційований строк давності) і 2) ця давність не була перервана вчиненням нового злочину середньої тяжкості, тяжкого або особливо тяжкого злочину.

У зазначений п'ятнадцятирічний строк давності зараховується час, що минув з дня вчинення злочину і до дня ухилення особи від слідства або суду, час такого ухилення, а також час, що минув з дня з'явлення її із зізнанням або затримання, включаючи час проведення поновленого досудового слідства та судового розгляду. Важливо, щоб цей 15-річний строк минув до дня набрання законної сили обвинувальним вироком суду щодо особи, яка вчинила даний злочин та ухилялася від слідства або суду. Крім того, органи досудового слідства зобов'язані довести, що протягом всього 15-річного строку давності особа не вчинила нового злочину середньої тяжкості, тяжкого або особливо тяжкого злочину.

*Другою обставиною, що виключає сприятливий сплив строків давності за раніше вчинений злочин (як диференційованих – 2, 3, 5, 10, 15 років, так і недиференційованого 15-річного строку щодо осіб, які ухилялися від слідства або суду), є згідно з ч. 3 ст. 49 вчинення даною особою до закінчення зазначених строків хоча б одного нового злочину певної тяжкості, а саме: злочину середньої тяжкості, тяжкого або особливо тяжкого злочину (див. ст. 12). Вчинення такого злочину до закінчення зазначених строків тягне за собою *перерив* перебігу давності. Це означає, що час, який минув з дня раніше вчиненого злочину до дня скоєння нового злочину, втрачає своє юридичне значення. Він визнається юридично незначущим, віддається забуттю і при новому обчисленні строків давності не береться до уваги.*

При перериванні перебігу давності обчислення строків давності як за раніше вчинений злочин, так і за вчинений новий злочин починається з дня вчинення саме нового злочину, причому окремо за кожний злочин. Іншими словами, при перериванні давності з дня вчинення нового злочину починають спливати самостійно і паралельно два строки давності: один – за раніше вчинений злочин, другий – за новий злочин. Ці строки не складаються, не поглинаються, не подовжуються до самого довшого з них, а обчислюються і спливають окремо по кожному злочину.

Для констатації переривання перебігу давності матеріалами кримінальної справи повинно бути доведено, що до закінчення строку давності за раніше вчинений злочин дана особа – суб'єкт цього злочину знову вчинила новий злочин, який кваліфіковано за певною статтею (частиною статті) КК, санкція якої передбачає максимальне покарання у виді позбавлення волі на строк відповідно не більше 5 років (злочин середньої тяжкості), або не більше 10 років (тяжкий злочин), або понад 10 років чи довічне позбавлення волі (особливо тяжкий злочин).

З другого боку, наявність в ч. 3 ст. 49 положення про перерив перебігу давності зобов'язує суд кожного разу при застосуванні давності вимагати від слідчого та прокурора наявності в матеріалах кримінальної справи доказів того, що особа, відносно

якої вирішується питання щодо звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності, не вчинила протягом цих строків нового злочину певної тяжкості, передбаченого в ч. 3 ст. 49.

Якщо до закінчення строку давності особа вчинить новий злочин невеликої тяжкості, то перебіг давності по першому злочину не переривається, а продовжується. Одночасно з ним паралельно і самостійно починає спливати строк давності за новий злочин невеликої тяжкості з дня його вчинення.

При ідеальній сукупності двох злочинів, серед яких хоча б один був злочином середньої тяжкості, тяжкий або особливо тяжкий злочин, перебіг переривається з дня вчинення такого злочину. З цього дня починають спливати окремо і паралельно три строки давності: 1) за раніше вчинений злочин; 2) за злочин, вчинення якого перервав перебіг давності і 3) за злочин невеликої тяжкості, що увійшов в ідеальну сукупність вчинених злочинів.

Якщо за новий злочин, наприклад, середньої тяжкості, особу згодом було звільнено від кримінальної відповідальності (наприклад, за амністією чи на підставах, передбачених КК), то сам факт вчинення такого злочину все одне перериває перебіг давності за раніше вчинений злочин. Але якщо кримінальну справу було закрито при недоведеності участі даної особи у вчиненні нового злочину (п. 2 ст. 213 КПК), то перебіг давності не може вважатися перерваним.

Якщо новий злочин, що був вчинений, наприклад, середньої тяжкості в разі зміни КК згодом був виключений із КК або був переведений в категорію злочинів невеликої тяжкості, то згідно із ч. 1 ст. 5 КК це повинно вважатися такими обставинами, що відновлюють вплив давності за раніше вчинений злочин з дня його вчинення.

Дотримання умов, передбачених частинами 1-3 ст. 49 є безумовною й імперативною підставою звільнення особи від кримінальної відповідальності. Але із правила про обов'язковість звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з закінченням строків давності закон знає два винятки: один факультативний, а другий обов'язковий (ч. 4 та ч. 5 ст. 49).

Факультативний виняток стосується вчинення особливо тяжких злочинів, санкція яких передбачає довічне позбавлення волі і які не передбачені ч. 5 ст. 49, якщо сплив 15-річний строк давності. КК містить 8 таких злочинів, пов'язаних з умисним позбавленням життя за обтяжуючих обставин: посягання на життя державного чи громадського діяча (ст. 112), умисне вбивство за обтяжуючих обставин (ч. 2 ст. 115), терористичний акт (ч. 3 ст. 258), посягання на життя працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця (ст. 348), посягання на життя судді, народного засідателя чи присяжного у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя (ст. 379), посягання на життя захисника чи представника особи у зв'язку з її діяльністю, пов'язаною із наданням правової допомоги (ст. 400), ч. 4 опір начальникові або примушування його до порушення службових обов'язків (ст. 404), посягання на життя представника іноземної держави (ст. 443). Вочевидь, це можуть бути не тільки закінчені, але й незакінчені злочини, а також злочини, вчинені одноособово чи у співучасті.

Якщо після вчинення будь-яких із зазначених вище особливо тяжких злочинів минув 15-річний строк давності (не має значення, диференційований чи недиференційований), то суд вправі, але не зобов'язаний застосувати давність до особи, яка вчинила такий злочин. Це означає, що до суду повинна надійти кримінальна справа з обвинувальним висновком щодо такої особи.

У суду є два варіанти вирішення питання щодо застосування давності: 1) застосувати давність і на цій підставі звільнити особу від кримінальної відповідальності за раніше вчинений нею особливо тяжкий злочин, або 2) не застосувати давність, врахо-

вуючи тяжкість вчиненого злочину, особу винного, інші обставини справи, у зв'язку з чим винести обвинувальний вирок і призначити покарання. Якщо суд переконається, що винний усе ж таки заслуговує покарання, то він його призначає, однак при цьому він не вправі призначити довічне позбавлення волі (ч. 4 ст. 49), а замінює його позбавленням волі на певний строк відповідно до санкції статті (частини статті) КК, за якою кваліфіковано злочин і яка передбачає альтернативне покарання у виді позбавлення волі на строк понад 10 років. При цьому суд повинен керуватися правилами, встановленими статтями 65-69 КК.

Обов'язковий виняток із загального правила про застосування давності полягає в тому, що *давність не застосовується до осіб, які вчинили злочини проти миру і безпеки людства*, які вичерпним чином перелічені в ч. 5 ст. 49, а саме: планування, підготовка, розв'язання і ведення агресивної війни (ст. 437), порушення законів і звичаїв війни (ст. 438), застосування зброї масового враження (ст. 439) та геноцид (ч. 1 ст. 442). На осіб, які вчинили зазначені злочини, не поширюються строки давності, вони повинні бути піддані покаранню незалежно від часу, що минув з дня вчинення цих злочинів. При цьому таким особам може бути призначено покарання і у виді довічного позбавлення волі, якщо воно передбачено в санкції відповідної статті (частини статті) КК.

Зазначені положення КК ґрунтуються на загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права. Зокрема, ст. 49 відповідає міжнародним зобов'язанням України, яка 25 березня 1969 р. ратифікувала Конвенцію ООН «Про незастосування строку давності до військових злочинів і злочинів проти людства» від 26 листопада 1968 р., відповідно до якої ніякі строки давності не застосовуються до військових злочинів і злочинів проти людства незалежно від часу їх вчинення. Ця Конвенція з 11 листопада 1970 р. має для України обов'язкову силу. На підставі ст. 9 Конституції України положення Конвенції є частиною національного законодавства України.

Особа, яка підлягає імперативному і безумовному звільненню від кримінальної відповідальності на підставі ст. 49, – це фізична, осудна особа, що досягла віку, з якого можливе притягнення її до кримінальної відповідальності та якщо з дня вчинення нею злочину і до дня набрання вироком законної сили минули передбачені ст. 49 строки, за відсутності в її діянні ознак, передбачених частинами 4-5 ст. 49.

Процесуальний порядок звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності встановлений ст. 11¹ КПК. При цьому ч. 3 цієї статті передбачає таке: «Якщо в ході дізнання та досудового слідства протягом строків, зазначених у частині першій статті 49 Кримінального кодексу України, не встановлено особу, яка вчинила злочин, прокурор або слідчий за згодою прокурора направляє кримінальну справу до суду для вирішення питання про її закриття за підставою, передбаченою частиною другою цієї статті», тобто у зв'язку із закінченням строків давності.

У судовій практиці виникло питання щодо застосування строку давності у справах, в яких не встановлено особу, котра вчинила злочин. Згідно з ч. 3 цієї статті справу, в якій у ході досудового розслідування не встановлено особу, котра вчинила злочин, суд вправі закрити за підставою, передбаченою ч. 2 ст. 49 КК, тобто особа звільняється від кримінальної відповідальності, якщо з часу вчинення злочину минуло 15 років.

Так, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України, розглядаючи справу за фактом підробки документів на ім'я Л. для митного оформлення автомобіля «Форд-Сієра», яку закрив 26 липня 2002 р. Ленінський районний суд м. Кіровограда, в ухвалі від 21 липня 2003 р. зазначила, що відповідно до ч. 3 ст. 11¹ КПК справу стосовно невстановлених осіб суд вправі закрити за наявності підстав, передбачених ч. 2 ст. 49 КК, тобто, якщо з часу вчинення злочину минуло 15 років (за винятком випадку, визначеного у ч. 4 ст. 49 КК). Оскільки в цій справі особу, котра вчинила злочин, не встановлено і 15 років з часу його вчинення, як передбачено ч. 2

ст. 49 КК, не минуло, рішення суду про закриття справи у зв'язку із закінченням строку давності визнано таким, що суперечить вимогам КПК¹.

І хоча із зазначеним рішенням колегії суддів судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України слід погодитися, однак в цілому, на мій погляд, положення ст. 11¹ КПК не відповідає вимогам ст. 49 КК, оскільки звільнення від кримінальної відповідальності має виключно індивідуальний характер.

Для закриття справи за підставами, передбаченими ст. 49 КК, необхідно встановити конкретну особу, яка вчинила певний злочин. З урахуванням її кримінальної біографії, встановленні того, чи вчинено злочин одноособово або групою осіб тощо, необхідно кваліфікувати злочин, вчинений даною особою; на підставі цього обчислити строк давності; встановити, чи не був перерваний цей строк вчиненням нового злочину тощо.

Крім того, суперечить природі звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності положення ч. 5 ст. 74, в якій зазначається, що «особа також може бути за вироком суду звільнена від покарання на підставах, передбачених статтею 49 цього Кодексу». Раніше вже проводилася різниця між звільненням від кримінальної відповідальності та звільненням від покарання, яке проводить, до речі, і сам КК. Заслугує також на критику і процесуальний порядок закриття справи у зв'язку із закінченням строків давності, якщо це сталося в період судового розгляду справи.

Відповідно до статей КПК, розгляд справи доводиться до кінця і суд постановляє обвинувальний вирок із звільненням від покарання. Ще 1990 р. криміналісти правильно зазначали, що в такому разі «встановлений процесуальний порядок фактично покладає кримінальну відповідальність замість того, щоб звільнити від неї»².

2.4. Звільнення від кримінальної відповідальності на підставі Закону України про амністію та застосування акта помилування

2.4.1. Звільнення від кримінальної відповідальності на підставі Закону України про амністію

Стаття 44. Правові підстави та порядок звільнення від кримінальної відповідальності

1. Особа, яка вчинила злочин, звільняється від кримінальної відповідальності у випадках, передбачених цим Кодексом, а також на підставі закону України про амністію чи акта помилування.

2. Звільнення від кримінальної відповідальності у випадках, передбачених цим Кодексом, здійснюються виключно судом. Порядок звільнення від кримінальної відповідальності встановлюється законом.

Стаття 86. Амністія

1. Амністія оголошується Законом України стосовно певної категорії осіб.

2. Законом про амністію особи, які вчинили злочин, можуть бути повністю або частково звільнені від кримінальної відповідальності чи від покарання.

3. Законом про амністію може бути передбачено заміну засудженому покарання або його невідбутої частини більш м'яким покаранням.

Амністія оголошується законом України (ч. 3 ст. 92 Конституції України) стосовно певної категорії осіб (ч. 1 ст. 86). Закон про амністію приймається відповідно до по-

¹ Про практику застосування судами законодавства, що регулює закриття кримінальних с прав. – С. 30.

² Барановский В., Тарбагаев А. Освобождение от уголовной ответственности вследствие истечения сроков давности // Советская юстиция. – 1990. – № 13. – С. 15.

ложень Конституції України, Кримінального кодексу та Закону «Про застосування амністії в Україні» від 1 жовтня 1996 р. з наступними змінами, який містить загальні положення щодо проголошення будь-якої амністії в Україні. Наприклад, останній Закон «Про амністію», прийнятий Верховною Радою України, був офіційно оприлюднений 11 листопада 2003 р.

Слід зазначити, що стосовно змісту амністії як правового явища, а також стосовно доцільності існування такої підстави звільнення від кримінальної відповідальності в літературі неодноразово виникали дискусії. Зокрема, деякі автори вважають, що існування такого виду звільнення від кримінальної відповідальності не є необхідним і соціально обумовленим, а, навпаки, порушує принцип справедливості в кримінальному праві¹. Більшість аргументів в обґрунтуванні такої думки полягає в тому, що амністія за своїм змістом є актом «прощення», «пробачення» винного, але не його реабілітації. Припинення кримінальної справи у зв'язку з прийняттям акта амністії відбувається до винесення судом вироку щодо винуватості особи, а отже, звільнення від кримінальної відповідальності на підставі акта амністії означає визнання особи зазнаки винною у вчиненні злочину і припинення провадження у справі з нереабілітуючої підстави. Саме зважаючи на такі аргументи, пропонують у подальшому відмовитись від амністії як підстави звільнення від кримінальної відповідальності. Але амністія є «багатоаспектним соціальним заходом»², що має на меті не тільки звільнення певної кількості осіб від кримінальної відповідальності, а й демонстрацію державою реалізації принципу гуманізму, економії кримінально-правових заходів протидії злочинності тощо.

Закон про амністію, що звільняє від кримінальної відповідальності, має нормативний характер, він стосується певної категорії осіб та поширюється на певні категорії злочинів, що були вчинені цими особами. Однак у кримінально-правовій літературі не всі дослідники погоджуються із тим, що акти амністії мають нормативний характер.

Зокрема, І. Л. Марогулова зауважує, що нормативний характер мають лише «кримінально-правові та кримінально-процесуальні приписи, що регулюють порядок застосування амністії», а сама амністія має лише характер піднормативного акта, що видається на виконання закону³. О. А. Губська також вбачає певну відмінність закону про амністію «від звичайного нормативного акта, який вводить нові делікти або скасовує існуючі та встановлює чи змінює карні санкції»; вона зауважує, що «звичайний нормативний акт містить нове волевиявлення, а акт амністії не змінює і не скасовує норм права, що передбачають кримінальну відповідальність»⁴.

Неможливо погодитись із наведеним судженням. Перш за все, мав рацію М. Д. Дурманов, який пропонував визнавати акти амністії кримінальними законами певного роду, що діють у відношенні діянь, вчинених у минулому⁵. Але мова йде навіть не про те, чи визнавати закони про амністію частиною кримінального закону, а про те, чи мають вони нормативний характер взагалі. Крім того, КК чітко визначає, що звільнення від кримінальної відповідальності відбувається на підставі *закону* про амністію. Таким чином, законодавство України не допускає сумнівів щодо правової природи актів амністії, зазначаючи у ст. 44 КК та ст. 1 Закону України «Про застосування амністії», що амністія оголошується законом про амністію, який приймається відповідно до положень Конституції, КК та Закону «Про застосування амністії».

¹ Див.: *Сабанин С. Н.* Амнистия и помилование в уголовном законодательстве России // Государство и право. – 1995. – № 11. – С. 81.

² *Михлин А. С.* Проблемы досрочного освобождения от отбывания наказания. – М., 1982. – С. 121.

³ *Марогулова И. Л.* Правовая природа амнистии и помилования // Советское государство и право. – 1991. – № 5. – С. 65.

⁴ *Губська О. А.* Питання звільнення від кримінальної відповідальності у Кримінальному кодексі України // Новий Кримінальний кодекс України: Питання застосування і вивчення: Матер. міжнар. наук.-практ. конф. 25-26 жовт. 2001. – К. – Х.: Юрінком Інтер, 2002. – С. 75.

⁵ Див.: *Дурманов Н. Д.* Советский уголовный закон. – М., 1967. – С. 36; *Школа С. М.* Кримінально-правові проблеми застосування амністії та здійснення помилування в Україні. – Автореф. дис. ... к. ю. н. – К., 2004.

Передумова звільнення від кримінальної відповідальності на підставі закону про амністію складається з двох елементів. Перший елемент характеризує вчинений злочин, а другий – особу, яка вчинила цей злочин. Лише у своїй сукупності ці два елементи обумовлюють наявність чи відсутність передумови звільнення особи від кримінальної відповідальності на підставі закону про амністію.

Вчинення злочину – перший елемент зазначеної передумови. Такий злочин, з одного боку, повинен відповідати ознакам певної категорії злочинів, що передбачені в законі про амністію, а, з другого, – він не повинен відповідати ознакам тієї категорії злочинів, на яку закон про амністію не поширює свою дію.

Ознаки, що характеризують злочин, можуть стосуватися, наприклад, віднесення його до одного із видів злочинів за ступенем їх тяжкості (злочин невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжкий чи особливо тяжкий злочин). Так, відповідно до ст. 8 Закону «Про амністію» від 5 липня 2001 р.¹ підлягають звільненню від кримінальної відповідальності особи, передбачені у ст. 1 цього Закону, які вчинили злочини, що не є тяжкими.

У другому випадку вчинений злочин пов'язується не тільки з віднесенням його до певного виду, а й з санкцією статті (частини статті) КК, яка передбачає злочин, віднесений до певного виду. Так, згідно із ст. 8 того ж Закону підлягають звільненню від кримінальної відповідальності жінки, які вчинили злочини, що не є тяжкими, за які передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк до п'яти років включно.

Інколи вчинений злочин пов'язується з певними обставинами чи умовами його скоєння. Так, у ст. 2 Закону України «Про амністію осіб, які брали участь у масових акціях протесту проти несвоєчасних виплат заробітної плати, пенсій, стипендій та інших соціальних виплат» від 21 листопада 1996 р. передбачено закрити всі слідчі справи відносно осіб, перелічених в ст. 1 цього Закону. Ця стаття визначала перелік злочинів, передбачених статтями 187-3 (організація або активна участь в групових діях, що порушують громадський порядок), 187-5 (захоплення державних або громадських будівель чи споруд), частинами 1 і 2 ст. 217-3 (блокування транспортних комунікацій) КК 1960 року за умови, що їх вчинення було пов'язане з протестами проти несвоєчасних виплат заробітної плати, пенсій, стипендій та інших соціальних виплат.

Інколи умови вчинення злочину сформульовані не позитивно, а негативно. Так, відповідно до статей 8 та 9 Закону «Про амністію» від 5 липня 2001 р. звільненню від кримінальної відповідальності підлягають жінки і чоловіки, які мають неповнолітніх дітей або дітей інвалідів, а також жінки і чоловіки, які мають батьків віком понад 70 років, а також батьків-інвалідів першої групи, якщо вони вчинили злочини, що не є тяжкими, за умови, що ці злочини не посягають на життя, здоров'я, честь, гідність чи інші охоронювані законом права та свободи цих дітей (батьків).

У законах про амністію, як правило, вказується лише на закінчені злочини, вчинені одноособово, на які поширюється дія цих законів, але відповідно до ч. 1 ст. 11, ст. 13, ст. 26, статей 32-34 КК передбаченими КК визнаються також незакінчені злочини; злочини, вчинені у співучасті, а також множинність злочинів. Всі вони можуть виступати елементом передумови звільнення особи від кримінальної відповідальності на підставі акта амністії.

Необхідною умовою є вчинення цих злочинів до дня набрання чинності закону про амністію включно. Так, якщо закон про амністію було офіційно проголошено 5 липня 2001 р., то під його дію підпадають особи, які вчинили злочини, передбачені у цьому законі, до першої секунди 6 липня 2001 р. При цьому не має значення, коли були розкриті ці злочини – до чи після проголошення амністії. Крім того, не впливає на

¹ ВВР України. – 2001. – № 33. – С. 182. – Тут і далі більш детально розглядається Закон України «Про амністію від 5 липня 2001 р., оскільки цей Закон був оголошений після опублікування КК і до набрання ним чинності, що поставило на порядок денний кілька питань, які розглядаються нижче.

вирішення питання про звільнення особи від кримінальної відповідальності час притягнення її до кримінальної відповідальності та розгляду справи у суді після набрання чинності закону про амністію. Єдина умова – на цей час не повинні сплинути строки давності, передбачені ст. 49.

Іноколи вважають, що строк застосування закону про амністію дорівнює строку, визначеному цим законом для його виконання.

Так, згідно зі ст. 8 Закону «Про застосування амністії в Україні» «особи, які відповідно до закону про амністію підлягають звільненню від відбування (подальшого відбування) покарання, звільняються не пізніше як протягом трьох місяців після опублікування закону про амністію». Наприклад, ст. 20 Закону «Про амністію» від 5 липня 2001 р. передбачає, що цей Закон підлягає виконанню до 1 вересня 2001 р.

Вочевидь, у зазначених випадках мова йде про застосування закону про амністію до осіб, які вже відомі органам держави як такі, на яких поширюється закон про амністію, і вони, як правило, відбувають призначене покарання. Строк застосування закону про амністію до осіб, які підлягають звільненню від кримінальної відповідальності і кримінальні справи стосовно яких перебувають у провадженні органів досудового слідства або не розглянуті судами, а так само розглянуті судами, але вироки не набрали законної сили, визначається КПК. Але у будь-якому разі зазначені строки не мають відношення до можливості застосування закону про амністію щодо осіб, які вчинили злочини до набрання цим законом чинності, і ці особи поки що невідомі правоохоронним органам.

Якщо злочин, що підпадає під дію закону про амністію, вчинено після набрання цим законом чинності або був розпочатий до цього моменту, а закінчений після, такий злочин не може виступати передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності. Зокрема, відповідно до ст. 4 Закону України «Про застосування амністії в Україні» дія закону про амністію не поширюється на злочини, що тривають (триваючі злочини) або продовжуються (продовжувані злочини), якщо вони закінчені, припинені або перервані після прийняття закону про амністію.

У виняткових випадках, з метою припинення суспільно небезпечних групових проявів, чинність амністії може бути поширено на діяння, вчинені до певної дати після оголошення амністії, за умови обов'язкового виконання до цієї дати вимог, передбачених у законі про амністію (умовна амністія).

Як загальний Закон «Про застосування амністії в Україні» (ст. 3), так і окремі закони про амністію передбачають перелік певних злочинців, на яких дія закону про амністію не поширюється. Наприклад, ст. 3 Закону України «Про застосування амністії в Україні» передбачає, що амністія не застосовується до осіб, яким смертну кару в порядку помилування змінено на позбавлення волі і до осіб, яких засуджено до довічного позбавлення волі; до осіб, що мають дві і більше судимості за тяжкі злочини; до осіб, яких засуджено за особливо небезпечні злочини проти держави, бандитизм, умисне вбивство при обтяжуючих обставинах; до осіб, яких засуджено за вчинення тяжкого злочину, крім зазначених вище, і які відбули менше половини призначеного вироком суду основного покарання, тощо. Відповідно до ст. 9 Закону «Про амністію» від 5 липня 2001 р. амністія не поширюється на осіб, які вчинили злочини, що спричинили загибель двох і більше осіб та осіб, яких притягнуто до кримінальної відповідальності за вичерпний перелік тяжких злочинів, передбачених у цій статті.

Таким чином, вчинення особою злочину, який передбачений ст. 3 Закону «Про застосування амністії в Україні» та злочину, передбаченого в конкретному Законі про амністію, на який дія цього Закону не поширюється, є підставою для констатації відсутності передумови звільнення особи від кримінальної відповідальності.

Віднесення вчиненого злочину до певної категорії злочинів, зазначених в Законі про амністію, визначається на підставі того кримінального закону, що діяв під час про-

голошення амністії. Наступні зміни в КК, які мали місце після проголошення амністії, ніяким чином не можуть впливати на зміну категорій злочинів, що раніше були визначені в Законі про амністію.

У практиці застосування Закону «Про амністію» від 5 липня 2001 р. виникли питання щодо можливості його застосування до осіб, які вчинили під час дії КК 1960 року до 5 липня 2001 року злісне хуліганство (ч. 2 ст. 206 КК 1960 року) та одержання хабара (ч. 1 ст. 168 КК 1960 року), а справи щодо цих осіб розглядалися під час дії нового КК 2001 року.

Відповідно до ст. 8 Закону України «Про амністію» від 5 липня 2001 року звільненню від кримінальної відповідальності не підлягали особи, які вчинили тяжкі злочини. Згідно з ч. 2 ст. 7-1 КК України 1960 року злісне хуліганство та отримання хабара було віднесено до категорії тяжких злочинів. Після набрання чинності КК України 2001 року з 1 вересня 2001 року зазначені злочини були перекваліфіковані судами відповідно на ч. 1 ст. 296 (основний склад хуліганства) та ч. 1 ст. 368 (основний склад одержання хабара). Згідно зі ст. 12 КК 2001 року хуліганство, передбачене ч. 1 ст. 296 КК 2001 року, віднесено до категорії злочинів невеликої тяжкості, а отримання хабара, кваліфіковане за ч. 1 ст. 368, – до злочинів середньої тяжкості.

Таким чином, відповідно до нового кримінального закону зазначені злочини не віднесено до категорії тяжких злочинів. На цій підставі деякі суди, що розглядали відповідні справи після 1 вересня 2001 р., дійшли висновку: оскільки законодавець змінив оцінку тяжкості злочинів, що були вчинені до 5 липня 2001 р., з тяжких на нетяжкі, то це є підставою для застосування до осіб, які вчинили зазначені злочини, Закону «Про амністію» від 5 липня 2001 року.

Вважаємо, що така практика є необґрунтованою. Унікальність закону про амністію полягає в тому, що він завжди має зворотню дію у часі (за винятком закону про умовну амністію). Ніякі акти законодавства чи акти правозастосування, після проголошення закону про амністію, а також інші події чи поведінка осіб, які вчинили злочини, не можуть впливати на визначення законом про амністію категорій злочинів та осіб, що їх вчинили до дня проголошення амністії, і на яких поширюється дія закону про амністію. У протилежному разі порушується конституційний принцип рівності громадян перед законом.

Так, якщо, наприклад, особа 6 липня 2001 р. вчинила злісне хуліганство чи отримала хабар, то на неї, звичайно, не розповсюджує дію закон про амністію від 5 липня 2001 р., оскільки злочин вчинено після проголошення амністії. Вчинене цією особою підлягає перекваліфікації на ч. 1 ст. 296 та ч. 1 ст. 368 КК 2001 року з призначенням більш м'якого покарання відповідно до санкцій цих статей порівняно із санкціями ч. 2 ст. 206 та ч. 1 ст. 168 КК 1960 року.

Водночас особи, які вчинили такі ж самі злочини до 5 липня 2001 р., за логікою зазначених судів, підлягали звільненню від кримінальної відповідальності чи від покарання за актом амністії, який на цих осіб на день її проголошення не поширювався.

Очевидно, що за вчинення тотожних злочинів, передбачених КК 1960 року і вчинених до набрання чинності КК 2001 року, одні особи підлягають звільненню від кримінальної відповідальності за актом амністії, а інші – такі ж самі особи – підлягають притягненню до такої відповідальності, що явно свідчить про нерівність цих осіб перед законом. Така рівність може бути забезпечена, якщо у зазначених вище випадках дії осіб, які вчинили злісне хуліганство (ч. 2 ст. 206 КК 1960) та одержання хабара (ч. 1 ст. 168 КК 1960) як до 5 липня 2001 року, так і після цієї дати до 1 вересня 2001 року, перекваліфікувати з 1 вересня 2001 року відповідно на ч. 1 ст. 296 та ч. 1 ст. 368 (якщо сума хабара не перевищувала двісті неоподатковуваних податком мінімумів доходів громадян).

Згідно із санкціями зазначених статей, цим особам необхідно призначити більш м'яке покарання. Точно так повинні бути перекваліфіковані дії осіб, які відбувають покарання за зазначені злочини: призначене їм покарання відповідно до ч. 3 ст. 74 повинно бути знижено до максимальної межі покарання, встановленого санкціями ч. 1 ст. 296 та ч. 1 ст. 368 КК 2001 року.

Другим елементом передумови звільнення особи від кримінальної відповідальності є її відповідність певній характеристиці особи, яка вчинила злочин, передбачений законом про амністію. Це характеристика також складається з позитивних та негативних ознак, що характеризують цю особу. З одного боку, така особа повинна відповідати ознакам тієї категорії осіб, на яких поширює дію закон про амністію. Наприклад, відповідно до ст. 1 Закону «Про амністію» від 5 липня 2001 року, дія цього Закону поширюється на: а) осіб, які на момент вчинення злочину були неповнолітніми; б) жінок і чоловіків, які мають неповнолітніх дітей або дітей-інвалідів; в) вагітних жінок; г) жінок віком понад 50 років та чоловіків віком понад 55 років; д) жінок і чоловіків, які мають батьків віком понад 70 років, а також батьків інвалідів першої групи, які потребують стороннього догляду, за умови, що в цих батьків немає інших працездатних дітей; е) ветеранів війни; є) інвалідів першої та другої груп, а також хворих на туберкульоз активної форми (підгрупи «а» і «б» першої групи, підгрупа «а» п'ятої групи диспансерного обліку), у яких після закінчення основних курсів протитуберкульозного лікування досягнуто припинення виділення збудників туберкульозу, або на онкологічні захворювання (друга, третя і четверта клінічні групи); ж) учасників ліквідації наслідків аварії на Чорнобильській АЕС та потерпілих від Чорнобильської катастрофи.

З другого боку, особа, щодо якої ставиться питання про звільнення від кримінальної відповідальності за актом амністії, не повинна відповідати ознакам тієї категорії осіб, на яких дія закону про амністію не поширюється.

Так, згідно зі ст. 9 Закону «Про амністію» від 5 липня 2001 р., звільненню від кримінальної відповідальності на підставі акта амністії не підлягають, зокрема, особи, які мають дві і більше судимості за вчинення тяжких злочинів (п. в); до яких застосувалися засудження або відстрочка виконання вироку чи відстрочка відбування покарання (статті 45, 46-1, 46-2 КК 1960) і які вчинили протягом іспитового строку або строку відстрочки виконання вироку чи строку відстрочки відбування покарання довий умисний злочин (п. д); які після винесення вироку, але до повного відбуття покарання, вчинили новий злочин (п. е); які раніше звільнялися з місць позбавлення волі умовно до строково і знову вчинили умисний злочин протягом невідбутої частини покарання (п. є); до яких протягом 1992-2001 років було застосовано амністію або помилування незалежно від зняття чи погашення судимості і які знову вчинили злочини (п. и) тощо.

Таким чином, для наявності передумови звільнення конкретної особи від кримінальної відповідальності за актом амністії необхідно встановити, що: а) дана особа належить до тієї чи іншої категорії осіб, зазначених у законі про амністію і на які він поширює свою дію, та б) ця особа вчинила злочин, який віднесений цим законом до певної категорії злочинів, що підпадають під акт амністії.

Наприклад, ст. 8 Закону «Про амністію» від 5 липня 2001 р. передбачає: «звільнити від кримінальної відповідальності у порядку та на умовах, визначених цим Законом, осіб, які підпадають під дію статті 1 цього Закону і кримінальні справи стосовно яких перебувають у провадженні органів дізнання, попереднього слідства чи не розглянуті судами, а так само розглянуті судами, але вироки не набрали законної сили, про злочини, вчинені до набрання цим законом чинності, а також жінок, які вчинили злочини, що не є тяжкими, за які передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк до п'яти років включно».

Юридичною підставою звільнення особи від кримінальної відповідальності на підставі закону про амністію є рішення суду щодо кожної особи індивідуально.

Відповідно до ч. 2 ст. 44 звільнення від кримінальної відповідальності у випадках, передбачених КК, здійснюється виключно судом. Так, згідно з ч. 1 ст. 11 Закону «Про амністію» від 5 липня 2001 р., його виконання «покладається виключно на суди».

Згідно з ч. 2 ст. 86, «законом про амністію особи, які вчинили злочини, можуть бути повністю або частково звільнені від кримінальної відповідальності чи від покарання». Крім того, на підставі ст. 4 Закону «Про застосування амністії в Україні» звільнення від кримінальної відповідальності за законом про амністію може бути лише безумовним, тобто не пов'язується з наступною поведінкою особи після застосування до неї закону про амністію.

Деякі питання виникають щодо з'ясування положення ч. 2 ст. 86 відносно повного або часткового звільнення особи, яка вчинила злочин, від кримінальної відповідальності. По-перше, це положення повною мірою узгоджується із ст. 2 Закону «Про застосування амністії в Україні», яка визначає, що «законом про амністію може бути передбачене: а) повне звільнення зазначених у ньому осіб від кримінальної відповідальності чи від відбування покарання (повна амністія); б) часткове звільнення зазначених у ньому осіб від відбування призначеного судом покарання (часткова амністія)». Частина 2 ст. 86 КК передбачає, що відповідно до закону про амністію «особи, які вчинили злочин можуть бути повністю або частково звільнені від кримінальної відповідальності чи від покарання».

Відомо, що КК 2001 р. був прийнятий 5 квітня 2001 р. і набрав чинності з 1 вересня 2001 року, тобто після набрання чинності законом «Про застосування амністії в Україні» від 1 жовтня 1996 р. Мабуть, пріоритет повинні мати положення КК 2001 р.

По-друге, буквальне тлумачення ч. 2 ст. 86 веде до висновку, що КК передбачає два види звільнення від кримінальної відповідальності на підставі закону про амністію – повне та часткове. Але якщо звільнення від кримінальної відповідальності – це передбачена законом відмова держави від застосування до особи, яка вчинила злочин, обмежень її прав і свобод, визначених у КК України, то закон завжди передбачає лише повну таку відмову. Можна пояснити положення ч. 2 ст. 86 про часткове звільнення від кримінальної відповідальності тими випадками, коли особа вчинила декілька злочинів (сукупність злочинів), на частину з яких поширюється, а на іншу частину – не поширюється дія закону про амністію. У такому разі суд повинен застосувати закон про амністію і звільнити особу від кримінальної відповідальності лише стосовно вчинення тих злочинів, які підпадають під акт амністії, тобто частково звільнити цю особу від кримінальної відповідальності за вчинені нею злочини. За ті ж злочини, що не підпадають під дію закону про амністію, дана особа підлягає кримінальній відповідальності, якщо, звісно, немає інших підстав для звільнення її від кримінальної відповідальності. Якщо злочин вчинений декількома суб'єктами, то закон про амністію підлягає застосуванню лише до тих з них, на яких, він поширює дію.

Особа, що підлягає імперативному та безумовному звільненню від кримінальної відповідальності на підставі Закону України про амністію, – фізична, осудна особа, що досягла певного віку, з якого можлива кримінальна відповідальність, на момент вчинення нею злочину та належить до тієї чи іншої категорії осіб, зазначених в законі про амністію і на які він поширює свою дію, та якщо ця особа вчинила злочин, який віднесений цим законом до певної категорії злочинів, що підпадають під акт амністії.

Порядок звільнення від кримінальної відповідальності встановлюється законом про амністію та КПК. Згідно з п. 4 ч. 1 ст. 6 КПК, кримінальну справу не може бути порушено, а порушена справа підлягає закриттю внаслідок акта амністії, якщо він усуває застосування покарання за вчинене діяння. Закон про амністію, згідно з яким певна категорія осіб підлягає звільненню від кримінальної відповідальності, усуває можливість застосування до них покарання за вчинене діяння, оскільки таке звільнення можливе лише до набрання законної сили обвинувальним вироком суду. Звільнення від кримінальної відповідальності на підставі закону про амністію є не правом, а обов'язком

суду. Водночас, закриття провадження у справі на підставі акта амністії не реабілітує громадянина. У зв'язку з цим закриття такого провадження за цією підставою можливе лише за його згодою.

Так, наприклад, згідно зі ст. 12 Закону «Про амністію» від 5 липня 2001 р. «особа, щодо якої вирішується питання про застосування амністії, свою згоду подає суду в усній чи письмовій формі з обов'язковим зазначенням цього у протоколі судового засідання».

Якщо особа заперечує проти закриття провадження у справі на підставі закону про амністію, то, виходячи із ч. 3 ст. 6 КПК, закриття такого провадження не допускається. В цьому разі провадження у справі продовжується в звичайному порядку. Крім того, якщо в процесі судового розгляду буде встановлено, що злочин вчинений до видання акта про амністію, то згідно з ч. 2 ст. 6 КПК суд доводить розгляд справи до кінця і постановляє обвинувальний вирок із звільненням засудженого від покарання.

Якщо все ж таки кримінальну справу було порушено всупереч акта амністії, що звільняє обвинуваченого від кримінальної відповідальності, обвинувальний вирок, хоча б і зі звільненням засудженого від відбування покарання, підлягає скасуванню із закриттям провадження у справі¹.

2.4.2. Звільнення від кримінальної відповідальності на підставі акта помилування

Стаття 44. Правові підстави та порядок звільнення від кримінальної відповідальності

1. Особа, яка вчинила злочин, звільняється від кримінальної відповідальності у випадках, передбачених цим Кодексом, а також на підставі закону України про амністію чи акта помилування.

2. Звільнення від кримінальної відповідальності у випадках, передбачених цим Кодексом, здійснюються виключно судом. Порядок звільнення від кримінальної відповідальності встановлюється законом.

Стаття 87. Помилування

1. Помилування здійснюється Президентом України стосовно індивідуально визначеної особи.

2. Актом про помилування може бути здійснена заміна засудженому призначеного судом покарання у виді довічного позбавлення волі на позбавлення волі на строк не менше двадцяти п'яти років.

Відповідно до ч. 1 ст. 44 особа, яка вчинила злочин, звільняється від кримінальної відповідальності на підставі акта помилування. Помилування здійснюється Президентом України стосовно індивідуально визначеної особи (ч. 1 ст. 87). Тобто, на відміну від актів амністії, розрахованих на невизначене коло осіб, акти помилування є персоналізованими, адресованими щодо конкретних осіб. Процесуальною формою помилування є Указ, який видає Президент України згідно з п. 27 ст. 106 Конституції України та п. 16 Положення «Про порядок застосування помилування», затвердженого Указом Президента України від 12 квітня 2000 р. № 2 588/2000.

Пункт 2 зазначеного вище Положення передбачає помилування засуджених і не гадає про можливість звільнення від кримінальної відповідальності осіб, які вчинили злочини, тобто не засуджених, як це передбачено в ст. 44 КК України 2001 року.

Це можна пояснити тим, що Положення було прийнято раніше КК і тому не могло врахувати вимоги цього КК щодо помилування. Фактично, формулювання Указу Пре-

¹ Див.: п. 6 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 12 жовтня 1989 року № 8 (з наступними змінами та доповненнями) «Про практику розгляду судами України кримінальних справ у касаційному порядку» // Постанови Пленуму Верховного Суду України (1963-2000). Офіційне видання. Т. 2. К: «А.С.К.», 2000. – С. 356.

зидента України щодо кола суб'єктів, яких може бути помилувано, дають підстави віднести помилування до видів звільнення від покарання. Однак оскільки КК 2001 року розширив це коло, закріпивши можливість помилування особи і до винесення вироку судом щодо них, це на даний момент дає підставу вважати акт про помилування правовою підставою звільнення особи від кримінальної відповідальності. Тому не можна погодитися із позицією С. С. Яценка, що «акт помилування може стосуватися тільки засуджених осіб, тобто тих, які вже притягнуті до кримінальної відповідальності», і що «положення ст. 44 КК, яка регламентує правові підстави та порядок звільнення від кримінальної відповідальності щодо можливості застосування цього інституту на підставі акта помилування виглядає юридично неспроможним».¹

Очевидно, що Положення «Про порядок застосування помилування» не узгоджено з КК та КПК. Такий порядок необхідно привести у відповідність до зазначених нормативно-правових актів і встановити законом, оскільки викликає справедливі зауваження регламентація функцій Президента щодо помилування не Законом України, а Указом самого ж Президента. Безумовно, необхідним є існування закону щодо помилування, прийнятого у відповідності до Конституції Верховною Радою України, де визначалися і конкретизувалися б передумови та підстави такого звільнення від кримінальної відповідальності. Адже якщо стосовно амністії хоча б визначене законом певне коло осіб, до яких може (не може) бути застосовано амністію, Положення про помилування не містить жодних, навіть формалізованих критеріїв визначення кола таких осіб. Тим більш, ч. 2 ст. 44 прямо вказує, що «порядок звільнення від кримінальної відповідальності встановлюється законом», а отже, встановлення такого порядку щодо помилування Указом Президента суперечить КК. Маючи на увазі, що КК як Закон України має вищу юридичну силу, тому у разі наявності будь-яких суперечностей повинні застосовуватись положення КК.

Передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності на підставі акта помилування є вчинення нею злочину. КК не передбачає будь-яких обмежень щодо кола цих злочинів: це може бути злочин будь-якої тяжкості, закінчений чи незакінчений, вчинений одноособово чи в співучасті тощо. Крім того, відсутні обмеження і щодо кількості вчинених злочинів, що можуть виступати зазначеною передумовою.

Юридичною підставою звільнення особи від кримінальної відповідальності є Указ Президента України щодо помилування індивідуально визначеної особи, яка вчинила злочин (злочини).

На відміну від закону про амністію, Президент України повноважний актом про помилування лише повністю звільнити особу від кримінальної відповідальності.

Особа, яка підлягає звільненню від кримінальної відповідальності на підставі акта помилування, – є фізична, осудна особа, що досягла віку, з якого можлива кримінальна відповідальність, на момент вчинення нею злочину і стосовно якої видано Указ Президента України про її помилування.

Порядок звільнення від кримінальної відповідальності на підставі акта помилування на сьогоднішній день регламентується зазначеним вище Положенням «Про порядок застосування помилування» і КПК. Згідно з п. 4 ч. 1 ст. 6 КПК, кримінальну справу не може бути порушено, а порушена справа підлягає закриттю у зв'язку з помилуванням окремих осіб. При цьому обвинувачений повинен дати усну чи письмову згоду на закриття справи за цієї підставою. Відповідно до ч. 3 ст. 6 КПК, закриття справи на підставах, зазначених у пункті 4 цієї статті (в тому числі на підставі акта про помилування. – Ю. Б.), не допускається, якщо обвинувачений проти цього заперечує. В цьому разі провадження у справі продовжується в звичайному порядку.

¹ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / За ред. С. С. Яценка... – 2002. – С. 185.

Якщо Указ Президента України про помилування окремої особи, яка вчинила злочин, видається в стадії судового розгляду, суд доводить розгляд справи до кінця, постановляє обвинувальний вирок із звільненням засудженого від покарання, що на-вряд чи правильно відображає акт помилування, що звільняє особу від кримінальної відповідальності.

2.5. Особливості звільнення від кримінальної відповідальності неповнолітніх

До неповнолітніх осіб може бути повною мірою застосоване звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям (ст. 45), у зв'язку з примиренням з потерпілим (ст. 46), з передачею на поруки (ст. 47), зі зміною обстановки (ст. 48) тощо. Крім того, КК встановлює особливості звільнення від кримінальної відповідальності неповнолітніх осіб із застосуванням до них примусових заходів виховного характеру (ст. 97), а також впроваджує скорочені строки давності, які і розглядаються нижче.

2.5.1. Звільнення від кримінальної відповідальності неповнолітнього із застосуванням примусових заходів виховного характеру

Стаття 97. Звільнення від кримінальної відповідальності із застосуванням примусових заходів виховного характеру

1. Неповнолітнього, який вперше вчинив злочин невеликої тяжкості, може бути звільнено від кримінальної відповідальності, якщо його виправлення можливе без застосування покарання. У цих випадках суд застосовує до неповнолітнього примусові заходи виховного характеру, передбачені частиною другою статті 105 цього Кодексу.

2. Примусові заходи виховного характеру, передбачені частиною другою статті 105 цього Кодексу, суд застосовує і до особи, яка до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, вчинила суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною цього Кодексу.

3. У разі ухилення неповнолітнього, що вчинив злочин, від застосування до нього примусових заходів виховного характеру ці заходи скасовуються і він притягується до кримінальної відповідальності.

Передумовою звільнення неповнолітньої особи від кримінальної відповідальності є вчинення нею вперше злочину невеликої тяжкості. Визначення вчинення злочину *вперше* є тотожним розглянутому при аналізі передумови звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям (за ст. 45 КК).

Відповідно до ч. 2 ст. 12, *злочином невеликої тяжкості* є злочин, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк не більше двох років, або інше, більш м'яке покарання. Як уже зазначалося, КК 2001 року налічує понад 210 таких злочинів. Фактично ж неповнолітні вчинюють значно меншу кількість таких злочинів.

Особливістю суб'єкта, стосовно якого вирішується питання щодо звільнення від кримінальної відповідальності, є те, що ним може бути лише *неповнолітня* особа, тобто особа, яка і на час вчинення злочину, і на час винесення ухвали (постанови) суду не досягла 18 років.

До такого висновку приводить логічне та систематичне тлумачення КК. Так, ч. 1 ст. 97 передбачає, що саме неповнолітнього може бути звільнено від кримінальної відповідальності. Очевидним є таке: якщо неповнолітньою особа повинна бути на день звільнення її від кримінальної відповідальності, то тим більш таке неповноліття повинно бути і на час вчинення злочину. Крім того, згідно з ч. 2 ст. 105, суд застосовує саме до неповнолітнього зазначені в законі примусові заходи виховного характеру.

Таким чином, досягнення особою повноліття на день прийняття рішення суду робить неможливим застосування до неї ч. 1 ст. 97. Крім того, суд, застосовуючи КК, має враховувати, що певні примусові заходи виховного характеру, передбачені ч. 2 ст. 105, є строковими, для застосування яких потрібен певний час, протягом якого особа має перебувати у неповнолітньому віці.

Аналіз ч. 2 ст. 22 свідчить, що лише один злочин невеликої тяжкості, передбачений в цій статті (просте хуліганство – ч. 1 ст. 296), може бути вчинений неповнолітньою особою у віці від 14 до 16 років; всі інші злочини невеликої тяжкості – неповнолітніми у віці від 16 до 18 років.

Таким чином, **передумовою звільнення від кримінальної відповідальності за ч. 1 ст. 97 є вчинення вперше злочину невеликої тяжкості особою, яка на час вчинення цього злочину і на час прийняття судом рішення про її звільнення від кримінальної відповідальності не досягла вісімнадцяти років.**

Підставою звільнення зазначеного неповнолітнього від кримінальної відповідальності є висновок суду про те, що виправлення [неповнолітнього] можливе без застосування покарання.

Відомо, що, згідно з ч. 2 ст. 50, «покарання має на меті не тільки кару, а й виправлення засуджених, а також запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами».

Під виправленням розуміють т. зв. юридичне виправлення, при якому особа не вчиняє нового злочину. Але якщо відносно засудженого така мета досягається самим призначенням покарання, режимом його відбування, залученням до праці тощо¹, то у випадку, що розглядається, досягнення такої мети пов'язується із застосуванням примусових заходів виховного характеру, передбачених у ч. 2 ст. 105.

Висновок суду про те, що виправлення неповнолітнього злочинця можливе без застосування до нього будь-якого із покарань, передбачених ст. 98, повинен ґрунтуватися на матеріалах кримінальної справи. Можливість такого виправлення повинна впливати з оцінки поведінки неповнолітнього до і після вчинення злочину, його ставлення до скоєного, умов його життя, виховання і поведінки, ставлення до навчання чи праці, обставин, що впливали на виховання неповнолітнього, можливого впливу дорослих, які втягнули його у вчинення злочину, стану здоров'я та рівня загального розвитку неповнолітнього тощо.

Крім того, висновок суду про можливість виправлення неповнолітнього без застосування покарання повинен базуватися на оцінці впливу примусових заходів виховного характеру, які суд зобов'язаний застосувати відповідно до ч. 1 ст. 97 до цього неповнолітнього. Такі заходи доцільно застосовувати до випадкових або «нестійких» неповнолітніх злочинців, у яких ще відсутні глибокі агресивні, жорстокі, корисливі тощо деформації особистості². І, навпаки, протипоказаннями для звільнення від кримінальної відповідальності із застосуванням примусових заходів виховного характеру є, зокрема, глибока деморалізація неповнолітнього; завзятість та жорстокість, що були проявлені при вчиненні злочину; демонстрація неповаги до закону; наполегливі спроби залякати свідків та потерпілих тощо. Недоцільним є застосування зазначених заходів до організаторів умисних злочинів, лідерів груп неповнолітніх з предкримінальною спрямованістю тощо³.

Звільнення неповнолітнього від кримінальної відповідальності на підставі ч. 1 ст. 97 є дискреційним видом звільнення від відповідальності. Суд вправі, а не зобов'язаний

¹ Див.: Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін.; За ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація... – С. 303-304.

² Див.: Коментарій к Уголовному кодексу Российской Федерации: В 2 т. Т. 1 / Под ред. О. Ф. Шишова. М.: ООО «Издательство Новая Волна», 1998.- С. 247.

³ Там само. – С. 247.

звільнити неповнолітнього від кримінальної відповідальності при встановленні зазначених вище передумови та підстави.

Проте, якщо суд все ж таки дійшов висновку звільнити неповнолітнього від кримінальної відповідальності, він зобов'язаний застосувати до нього один чи кілька примусових заходів виховного характеру, передбачених ч. 2 ст. 105.

Частина 2 ст. 105 передбачає вичерпний перелік примусових заходів виховного характеру, які застосовує суд до неповнолітнього, а саме: 1) застереження; 2) обмеження дозвілля і встановлення особливих вимог до поведінки неповнолітнього; 3) передача неповнолітнього під нагляд батьків чи осіб, які їх замінюють, чи під нагляд педагогічного або трудового колективу за його згодою, а також окремих громадян на їхнє прохання; 4) покладення на неповнолітнього, який досяг п'ятнадцятирічного віку і має майно, кошти або заробіток, обов'язку відшкодування заподіяних майнових збитків; 5) направлення неповнолітнього до спеціальної навчально-виховної установи для дітей і підлітків до його виправлення, але на строк, що не перевищує трьох років.

Закон не розкриває змісту зазначених примусових заходів виховного характеру. Однак систематичне та логічне тлумачення закону дає підстави певним чином визначити їх зміст.

Застереження – це роз'яснення неповнолітньому суспільної небезпечності вчиненого ним злочину, попередження про неприпустимість подібної поведінки в майбутньому та роз'яснення кримінально-правових наслідків вчинення нового злочину. Застереження також полягає в осуді поведінки неповнолітнього судом від імені держави¹. Застереження має разовий характер.

Обмеження дозвілля і встановлення особливих вимог до поведінки неповнолітнього – це такий примусовий захід виховного характеру, який передбачає обмеження на перебування неповнолітнього поза місцем проживання після певного часу доби; заборона відвідувати у встановлений час певні місця дозвілля або використовувати певні форми дозвілля²; встановлення вимоги повідомляти службу у справах неповнолітніх про зміну місця проживання, роботи або навчання; повернутися до навчального закладу тощо. Суд вправі призначити й інші обмеження та вимоги до поведінки неповнолітнього. При цьому він повинен встановити тривалість цих обмежень, яка не може виходити за термін досягнення особою вісімнадцятирічного віку.

Передача під нагляд – це покладення на батьків чи осіб, які їх замінюють, педагогічний чи трудовий колектив, окремих громадян обов'язку по виховному впливу на неповнолітнього та контролю за його поведінкою. При цьому суд повинен переконатися, що зазначені особи та колективи мають позитивний вплив на неповнолітнього та здатні забезпечити належну його поведінку та повсякденний контроль за нею. Передача під нагляд колективу можлива лише за його згодою, а окремим громадянином – на їхнє прохання. І хоча закон не вимагає згоди батьків та осіб, які їх замінюють (усиновителів, опікунів чи піклувальників), отримання такої згоди є необхідним для того, щоб забезпечити належний виховний вплив на неповнолітнього.

Згідно з п. 6 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами справ про застосування примусових заходів виховного характеру» від 31 травня 2002 р., рекомендовано «передавати неповнолітніх під нагляд батьків або осіб, що їх замінюють, лише при наявності даних про їх здатність забезпечити позитивний виховний вплив на нього та постійний контроль за його поведінкою»³.

Тривалість передачі неповнолітнього під нагляд визначає суд з урахуванням конкретних обставин справи.

¹ Див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К.: Атіка, 2003. – С. 217.

² Там само.

³ Вісник Верховного Суду України. Додаток. – 2002. – № 4. – С. 22.

Покладення обов'язку по відшкодуванню заподіяних майнових збитків можливе лише за наявності таких умов: 1) наслідком вчиненого злочину є заподіяння майнових збитків потерпілому, підприємству, установі чи організації; 2) неповнолітній на день винесення рішення судом досяг чотирнадцятирічного віку; 3) цей неповнолітній має майно, кошти або заробіток.

За наявності зазначених умов суд повинен вказати вид та розмір заподіяних злочином майнових збитків, встановити спосіб їх відшкодування та визначити строк, протягом якого неповнолітній зобов'язаний здійснити у такий спосіб відшкодування заподіяних майнових збитків. Слід зауважити, що відшкодування може бути здійснено особою як одномоментно (шляхом погашення всієї суми чи здійснення ремонту тощо), так і протягом певного строку, наприклад, шляхом сплати періодичних платежів потерпілому.

Відшкодування здійснюється неповнолітньою особою добровільно, тобто за її згоди. Примусовість же цього заходу виражається у тому, що відшкодування здійснюється за приписом суду через державного виконавця під загрозою притягнення до кримінальної відповідальності¹.

Направлення неповнолітнього до спеціальної навчально-виховної установи для дітей і підлітків здійснюється відповідно до Закону України від 24 січня 1995 р. «Про органи і служби у справах неповнолітніх і спеціальні установи для неповнолітніх»². Такими установами для неповнолітніх злочинців віком від 14 до 18 років є фахові училища соціальної реабілітації. Строк перебування неповнолітнього в такому училищі встановлюється судом до його виправлення, але не може перевищувати трьох років. Порядок залишення такого училища встановлюється зазначеним Законом. Особа повинна залишити училище по досягненні вісімнадцяти років, але закон допускає у виняткових випадках можливість тримання у фахових училищах соціальної реабілітації осіб до дев'ятнадцяти років, якщо це необхідно для завершення навчального року або професійної підготовки.

Зазначені примусові заходи виховного характеру поділяються на строкові та разові. До строкових належать обмеження дозвілля і встановлення особливих вимог до поведінки неповнолітнього, а також передача неповнолітнього під нагляд та направлення його до спеціальної виховної установи для дітей і підлітків. Разовим є застереження. Покладення на неповнолітнього обов'язку відшкодувати заподіяні майнові збитки залежно від способу такого відшкодування може бути як разовим, так і строковим.

Відповідно до ч. 3 ст. 105, до неповнолітнього може бути застосовано кілька (два або більше) примусових заходів виховного характеру. Це залежить від конкретних обставин справи, при цьому застосування кількох заходів доцільно у випадках, якщо вони за своїм змістом певним чином доповнюють один одного та забезпечують у своїй сукупності достатньо тривалий та інтенсивний виховний вплив на неповнолітнього, поєднуючи вплив з контролем (наприклад, застереження та обмеження дозвілля тощо).

Слід погодитися з тим, що визначення примусових заходів виховного характеру суд здійснює один раз, і незалежно від поведінки неповнолітнього вони не можуть бути скасовані (за винятком, звісно, випадків їх незаконного чи необгрунтованого призначення) або замінені на інші, більш суворі заходи впливу.³

Суд може також визнати за необхідне призначити неповнолітньому вихователя в порядку, передбаченому законом (ч. 4 ст. 105).

¹ Див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка... – С. 218.

² Див.: Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 6. – Ст. 35.

³ Див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка... – С. 208-209.

Контроль за здійсненням примусових заходів виховного характеру, передбачених підпунктами 2 та 3 ч. 2 ст. 105, покладається на службу у справах неповнолітніх, у п. 4 – на державну виконавчу службу, у п. 5 – на адміністрацію фахового училища соціальної реабілітації.

Звільнення неповнолітнього від кримінальної відповідальності із застосуванням примусових заходів виховного характеру є умовним. Це означає, що до такого неповнолітнього ставиться вимога не ухилятися протягом встановленого судом строку від застосування зазначених заходів. Якщо ця вимога виконана неповнолітнім, то вважається, що він остаточно і безповоротно звільнений від кримінальної відповідальності за вчинений злочин. У такому разі він не може бути підданий кримінальній відповідальності за раніше вчинений злочин.

«У разі ухилення неповнолітнього, що вчинив злочин, від застосування до нього примусових заходів виховного характеру ці заходи скасовуються і він притягується до кримінальної відповідальності» (ч. 3 ст. 97). Вочевидь, що можна ухилитися від застосування таких заходів, які мають строковий характер. І, навпаки, неможливо, наприклад, ухилитися від застереження, яке здійснюється судом у присутності неповнолітнього. У зв'язку з цим не можна погодитися, що «ухилення від виконання застереження може полягати у вчиненні неповнолітнім злочинів або інших правопорушень після його винесення».¹

Ухилення від застосування примусових заходів виховного характеру – це така поведінка неповнолітнього, коли він без поважних причин протягом встановленого строку порушує (не виконує) умови застосування визначеного судом певного (певних) примусового заходу виховного характеру (наприклад, не дотримується встановлених судом обмежень дозвілля, не виконує встановлені вимоги до його поведінки, ухиляється від виховного впливу та контролю з боку батьків, педагогічного чи трудового колективу, відмовляється відшкодувати майнові збитки, втікає із фахового училища соціальної реабілітації чи порушує порядок перебування в ньому тощо).

Наслідком ухилення неповнолітнього від застосування примусових заходів виховного характеру є їх скасування судом, відновлення кримінальної справи за раніше вчинений злочин і притягнення неповнолітнього до кримінальної відповідальності. Оскільки відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 106 строк давності встановлюється у два роки, то притягнення до кримінальної відповідальності може мати місце лише протягом цього строку. Так, якщо до неповнолітнього було застосовано направлення до спеціальної навчально-виховної установи для дітей і підлітків строком на три роки і він на третьому році перебування в цій установі втік з неї, то притягнення особи до кримінальної відповідальності за раніше вчинений злочин невеликої тяжкості неможливе у зв'язку із закінченням строку давності.

Якщо протягом строку застосування примусових заходів виховного характеру неповнолітній вчинить новий злочин, то він вважається таким, що вчинив злочин не вперше, а вдруге, оскільки звільнення від кримінальної відповідальності на підставі ст. 97 має умовний характер. Водночас вчинення злочину, наприклад, невеликої тяжкості, після закінчення строку застосування примусових заходів виховного характеру є підставою вважати його вчиненим вперше. Формально це може слугувати передумовою нового застосування ст. 97. У такому разі суд повинен довести, що виправлення даного неповнолітнього без застосування кримінального покарання все ж таки можливо.

Якщо неповнолітній протягом строку застосування примусових заходів виховного характеру вчинить новий, перш за все умисний, злочин, то це буде свідчити про необґрунтованість висновку суду про те, що виправлення неповнолітнього, який раніше

¹ Див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка... – С. 209.

вчинив злочин невеликої тяжкості, можливе без застосування покарання. В такому випадку примусові заходи виховного характеру скасовуються судом, а особа підлягає кримінальній відповідальності за два злочини за правилами повторності (ст. 32) чи сукупності (ст. 33) злочинів.

До неповнолітнього, який вперше вчинив злочин невеликої тяжкості, можуть бути застосовані як загальні види звільнення від кримінальної відповідальності (наприклад, на підставі статей 45-49, актів амністії чи помилування), так і спеціальний вид, передбачений ст. 97. Однак, якщо загальний вид звільнення від кримінальної відповідальності має імперативний і безумовний характер (наприклад, у зв'язку з дійовим каяттям чи примиренням із потерпілим), то суд повинен застосувати саме цей вид звільнення від кримінальної відповідальності, оскільки звільнення на підставі ст. 97 має умовний характер.

Іншими словами, у випадку конкуренції норм, що передбачають звільнення неповнолітнього від кримінальної відповідальності за вчинення вперше злочину невеликої тяжкості, перевага повинна віддаватися нормі, яка найбільш сприятлива для неповнолітнього.

Частина 2 ст. 97 передбачає: «Примусові заходи виховного характеру, передбачені частиною другою статті 105 цього Кодексу, суд застосовує і до особи, яка до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, вчинила суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною цього Кодексу».

Вочевидь, що в цьому положенні не йде мова про звільнення особи від кримінальної відповідальності, оскільки не існує необхідної передумови такого звільнення – вчинення злочину невеликої тяжкості. Відсутність злочину обумовлюється відсутністю належного суб'єкта такого злочину (ч. 1 ст. 11) – особа не досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність (ст. 22). Крім того, закон вказує на вчинення цією особою не злочину невеликої тяжкості, а суспільно небезпечного діяння, що підпадає під ознаки будь-якого діяння, передбаченого Особливою частиною цього Кодексу. Таку думку поділяє і О. Я. Ямкова, зауважуючи, що такий «виклад у ч. 2 ст. 97 КК України підстав для застосування примусових заходів виховного характеру до осіб, які до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, вчинили суспільно небезпечні діяння, передбачені Особливою частиною КК», є проблематичним, пропонує для цієї мети передбачити в КК окрему статтю 97-1¹.

Кримінальна відповідальність зазначеної неповнолітньої особи виключається, і до неї суд застосовує примусові заходи виховного характеру, передбачені ч. 2 ст. 105.

Порядок застосування до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру передбачений статтями 447–449 КПК.

2.5.2. Звільнення від кримінальної відповідальності неповнолітнього у зв'язку із закінченням строків давності

Стаття 106. Звільнення від кримінальної відповідальності та відбування покарання у зв'язку із закінченням строків давності

1. Звільнення від кримінальної відповідальності та відбування покарання у зв'язку із закінченням строків давності до осіб, які вчинили злочин у віці до вісімнадцяти років, застосовується відповідно до статей 49 та 80 цього Кодексу з урахуванням положень, передбачених цією статтею.

2. Щодо осіб, зазначених у частині першій цієї статті, встановлюються такі строки давності:

1) два роки – у разі вчинення злочину невеликої тяжкості;

¹ Ямкова О. О. Примусові заходи виховного характеру: правова природа і види : Автореф. дис. ... к. ю. н. – О., 2004. – С. 13.

2) п'ять років – у разі вчинення злочину середньої тяжкості;

3) сім років – у разі вчинення тяжкого злочину;

4) десять років – у разі вчинення особливо тяжкого злочину.

3. Щодо осіб, зазначених у частині першій цієї статті, встановлюються такі строки виконання обвинувального вироку:

1) два роки – у разі засудження до покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, а також при засудженні до покарання у виді позбавлення волі за злочин невеликої тяжкості;

2) п'ять років – у разі засудження до покарання у виді позбавлення волі за злочин середньої тяжкості, а також при засудженні до покарання у виді позбавлення волі на строк не більше п'яти років за тяжкий злочин;

3) сім років – у разі засудження до покарання у виді позбавлення волі на строк більше п'яти років за тяжкий злочин;

4) десять років – у разі засудження до покарання у виді позбавлення волі за особливо тяжкий злочин.

Передумовою звільнення від кримінальної відповідальності на підставі ст. 106 є вчинення злочину невеликої та середньої тяжкості, тяжкого чи особливо тяжкого злочину особою у віці до вісімнадцяти років. Закон диференціює ці злочини за ступенем тяжкості відповідно до вимог ст. 12. Важливо, щоб злочин був скоєний саме неповнолітньою особою і не має значення, що розгляд справи може мати місце і по досягненні особою повноліття.

Підставою звільнення особи від кримінальної відповідальності на підставі ст. 106 за злочин, вчинений нею у неповнолітньому віці, є сприятливе закінчення певних строків давності (часу від вчинення злочину до набрання законної сили вироком суду).

Законом встановлені в цілому скорочені строки давності (порівняно із строками, встановленими до осіб, які вчинили злочини у повнолітньому віці) стосовно кожної із чотирьох категорій злочинів, і їх тривалість залежить від ступеня тяжкості вчиненого злочину. В ч. 2 ст. 106 встановлені такі диференційовані строки давності:

1) два роки – у разі вчинення злочину невеликої тяжкості;

2) п'ять років – у разі вчинення злочину середньої тяжкості;

3) сім років – у разі тяжкого злочину;

4) десять років – у разі вчинення особливо тяжкого злочину.

На неповнолітніх поширюється вимога ст. 49 щодо необхідності сприятливого закінчення зазначених вище скорочених строків давності, а також положення про п'ятнадцятирічний недиференційований строк давності у разі ухилення цих осіб від слідства або суду.

Дотримання умов, передбачених ч. 1 та ч. 2 ст. 106 та ст. 49 є безумовною і імперативною підставою звільнення від кримінальної відповідальності осіб, які у віці до вісімнадцяти років вчинили злочин. При цьому на таких осіб також поширюється виключення, передбачене ч. 4 ст. 49 щодо вчинення особливо тяжкого злочину, за який передбачене довічне позбавлення волі.

Не можна погодитися з тим, що, оскільки особі, яка вчинила злочин у віці до вісімнадцяти років, не може бути призначене довічне позбавлення волі, то на неї не поширюється правило, встановлене в ч. 4 ст. 49. У будь-якому разі давність притягнення такої особи до кримінальної відповідальності не може перевищувати десять років¹.

¹ Див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К.: Каннон, 2001. – 1104 с. – С. 239; Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / Під заг. ред. Потебенька М. О., Гончаренка В. Г. – К.: Форум, 2001, – У 2-х ч. Ч. 1. – С. 283; Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: За станом законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України на 1 грудня 2001 року / За ред. С. С. Яценка. – К.: А.С.К., 2002. – С. 220.

Відповідно до цієї позиції строк давності за вчинення особою у віці до 18 років умисного вбивства за обтяжуючих обставин (ч. 2 ст. 115) становить 10 років, а якщо ця особа ухилиється від слідства або суду – 15 років.

При цьому, однак, не береться до уваги, що ч. 4 ст. 49 регулює особливості вирішення питання про строки давності щодо особливо тяжкого злочину, за який згідно із законом може бути призначено довічне позбавлення волі, тобто такого особливо тяжкого злочину, санкція якого передбачає довічне позбавлення волі (а не можливість його призначення). Навіть відносно особи, яка вчинила такий злочин у повнолітньому віці, і суд не визнає за можливе застосувати давність, їй не може бути призначено довічне позбавлення волі (тим більш особі, яка його вчинила у неповнолітньому віці). Такій особі, яка вчинила злочин у неповнолітньому віці, суд вправі призначити за вчинений особливо тяжкий злочин, поєднаний з умисним позбавленням життя людини, – п'ятнадцять років позбавлення волі (ч. 1 і ч. 3 ст. 102).

Не можна погодитися і з тим, що не поширюється на осіб, які вчинили злочини у віці до вісімнадцяти років, положення ч. 5 ст. 49 щодо незастосування давності у разі вчинення злочинів проти миру та безпеки людства¹. Якщо зазначені злочини вчинили особи у віці від 16 до 18 років, то положення ч. 5 ст. 49 поширюються і на цих осіб².

¹ Див.: Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / Під заг. ред. Потебенька М. О., Гончаренка В. Г. – К.: «Форум», 2001. – У 2-х ч. Ч. 1. – С. 385; Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: За станом законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України на 1 грудня 2001 року / За ред. С. С. Яценка... – С. 221.

² Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка... – С. 220.

Розділ III
СПЕЦІАЛЬНІ ВИДИ ЗВІЛЬНЕННЯ ОСОБИ
ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

3.1. Звільнення громадянина України від кримінальної відповідальності
за державну зраду (ч. 2 ст. 111)

Стаття 111. Державна зрада

1. Державна зрада, тобто діяння, умисно вчинене громадянином України на шкоду суверенітетові, 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, –

карається позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років.

2. Звільняється від кримінальної відповідальності громадянин України, якщо він на виконання злочинного завдання іноземної держави, іноземної організації або їх представників ніяких дій не вчинив і добровільно заявив органам державної влади про свій зв'язок з ними та про отримане завдання.

1. Передумовою звільнення громадянина від кримінальної відповідальності, передбаченого ч. 2 ст. 111, є вчинення ним такого злочину, як державна зрада, який передбачений у частині 1 цієї статті. Водночас, з'ясування такої передумови потребує звернення до підстави звільнення від кримінальної відповідальності, оскільки ч. 2 ст. 111 передбачає таке звільнення не за всі форми державної зради, що передбачені у ч. 1 ст. 111, а лише за такі, що пов'язані з отриманням громадянином України злочинного завдання іноземної держави, іноземної організації або їх представників.

Таким чином, для визначення передумови цього спеціального виду звільнення особи від кримінальної відповідальності необхідно дослідити передбачені законом форми вчинення державної зради з метою з'ясування, при вчиненні яких з них можливе отримання громадянином України злочинного завдання, і, відповідно, можливе його звільнення від кримінальної відповідальності за вчинену державну зраду.

Відомо, що диспозиція ч. 1 ст. 111 передбачає три альтернативних форми вчинення державної зради: 1) перехід на бік ворога в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту, 2) шпигунство та 3) надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги у проведенні підривної діяльності проти України.

Перехід на бік ворога полягає в наданні безпосередньої допомоги ворогові у випадку, коли Україна перебуває в умовах воєнного стану або збройного конфлікту. Види такого переходу можуть бути різними: перехід до ворога через лінію фронту; вступ до армії ворожої держави; участь за її завданням у бойових діях проти України; надання згоди на співробітництво агентам такої держави тощо.

Перехід на бік ворога може полягати як у переході на територію ворожої держави (так званий фізичний перехід), так і в наданні згоди здійснення допомоги такій державі або її представникам у проведенні підривної діяльності проти України на території України (так званий інтелектуальний перехід)¹. Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони цієї форми державної зради є час вчинення злочину – в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту.

¹ Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К.: Видавничий дім «Ін Юре», 2003. – С. 328.

Оскільки мова йде про перебування України у воєнному стані чи участь її у збройному конфлікті, очевидно, що супротивником, тобто ворогом України є не потенційний, а дійсний супротивник, з яким ведеться війна чи виник збройний конфлікт¹. Таким ворогом, вочевидь, може бути і інша держава, і певного роду іноземна чи міжнародна організація, наприклад, військовий блок тощо.

З приводу моменту закінчення державної зради у зазначеній формі існують різні судження. Зокрема, М. І. Хавронюк вважає, що перехід на бік ворога є закінченим злочином з моменту, коли громадянин України виконав в інтересах ворога певні дії на шкоду Україні, а тому, на його думку, «один лише факт надання згоди виконати такі дії (наприклад, поступити на службу до поліції) є лише готуванням до вчинення злочину і залишає можливість добровільно відмовитися від доведення злочину до кінця»². В. Я. Тацій також дотримується такої думки, вважаючи, що «у цій формі державна зрада визнається закінченою з моменту, коли особа почала надавати допомогу ворогові»³. Водночас, за П. С. Матишевським, цей злочин належить до злочинів з формальним складом, тобто визнається закінченим з моменту передбачених законом дій незалежно від того, чи була заподіяна шкода державній безпеці України⁴.

Подібна думка висловлювалася в науковій літературі і раніше. Так, Г. З. Анашкин стверджував, що «згода, надана іноземній розвідці громадянином, ... вже утворює склад закінченого злочину у вигляді переходу на бік ворога»⁵. Остання позиція видається більш прийнятною, оскільки визначення цієї форми державної зради дійсно сформульоване як злочин з формальним складом і це означає, що перехід на бік ворога є закінченим злочином вже з моменту здійснення такого переходу – тобто дачі згоди громадянином України на співробітництво з ворогом на шкоду інтересам України. Те, що згода з боку громадянина України на проведення такої діяльності є визначальним фактором для цієї форми державної зради, визначається і тим, що, наприклад, одне лише просте фізичне переміщення за лінію фронту (фізичний перехід) не можна визнати вчиненням даного злочину, якщо такий перехід не підтверджений згодою громадянина України на співробітництво з ворогом.

Необхідно, далі, встановити, чи передбачає ця форма державної зради надання іноземною державою, іноземною організацією або їх представниками злочинного завдання громадянину України, адже від цього залежить, чи може бути ця форма державної зради передумовою його звільнення від кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 111.

Видається, що перехід на бік ворога може бути вчинений: а) за власного ініціативою громадянина України, без попереднього надання йому злочинного завдання (суб'єкт виражає згоду на співробітництво за своєю ініціативою), і б) шляхом попереднього отримання злочинного завдання, наприклад, отримання пропозиції перейти на бік ворога, на яку суб'єкт погоджується.

Слід погодитися з точкою зору М. І. Хавронюка, що громадянин, який вчинив державну зраду за власною ініціативою, без відповідного завдання, має притягатися до відповідальності за ст. 111 і норма ч. 2 ст. 111 на такого громадянина не поширюється⁶, оскільки відсутня необхідна для цього передумова.

¹ Анашкин Г. З. Ответственность за измену Родине и шпионаж. – М.: Юрид. лит-ра, 1964. – С. 116.

² Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка ... – С. 230.

³ Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тацій... – С. 328.

⁴ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / За ред. проф. С. С. Яценка... – С. 230.

⁵ Анашкин Г. З. Ответственность за измену Родине и шпионаж. – М.: Юрид. лит-ра, 1964. – С. 116.

⁶ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка ... – С. 234.

Таким чином, вчинення державної зради у формі переходу на бік ворога особи може бути передумовою звільнення громадянина України від кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 111 лише у випадку, коли такий перехід було здійснено за попередньою пропозицією ворога України і така пропозиція була поєднана із наданням громадянину України злочинного завдання (це обумовлено тим, що можуть бути випадки, коли така пропозиція щодо співробітництва надається абстрактно, без окреслення конкретних завдань і видів допомоги).

Шпигунство – друга форма державної зради. Уявлення про зміст цієї форми державної зради певним чином дає ст. 114 КК, згідно з якою шпигунство – це передача або збирання з метою передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомостей, що становлять державну таємницю.

Відомості, що становлять державну таємницю, – це вид таємної інформації, що визнана у порядку, встановленому законом, державною таємницею і підлягає охороні державою. Вичерпний перелік таких відомостей міститься в Законі України «Про державну таємницю» від 21 січня 1994 р.¹ Згідно з цим законом державною таємницею визнається певний вид таємної інформації, що охоплює відомості в сфері оборони, економіки, науки і техніки, зовнішніх відносин, державної безпеки та охорони правопорядку, розголошення яких може завдати шкоди національній безпеці України та які визнані у порядку, встановленому цим Законом, державною таємницею і підлягають охороні державою. Ці відомості мають гриф секретності, який визначає її ступінь. Спеціальним уповноваженим органом державної влади в сфері забезпечення охорони державної таємниці є Служба безпеки України.

Шпигунство може виражатися у двох формах: 1) передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомостей, що становлять державну таємницю; 2) збиранні таких же відомостей з метою передачі іноземній державі, її організаціям або їх представникам.

Передача зазначених відомостей має місце у випадках, коли особа вручає їх іноземній державі або її представникові. Способи передачі можуть бути різними (усна, письмова, безпосереднє ознайомлення з будь-якими матеріалами, передача по радіо, телефоном, спеціальним зв'язком, з використанням тайників, електронною поштою, за допомогою кур'єрів тощо.). Для відповідальності не має значення, передаються першоджерела (наприклад, оригінали документів, креслення, зразки пального) чи їх копії, або лише відомості про них (зліпки, макети, опис технічних систем, будь-яких об'єктів та ін.). Тому будь-які дії, виражені як у формі передачі в буквальному розумінні цього слова, так і у створенні умов для ознайомлення агента іншої держави з ними, підпадають під поняття передачі².

Збирання відомостей, що становлять державну таємницю, – це будь-які випадки пошуків таких відомостей. Нерідко для отримання зазначених відомостей використовується найскладніша сучасна техніка (спеціально обладнані літаки, кораблі або автомашини, спеціально встановлені на суші чи на морі прилади для отримання розвідувальної інформації, вхід до інформаційних мереж тощо).

Збирання відомостей, що становлять державну таємницю, з метою подальшої передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам, як правило, полягає в їх пошуку і добуванні (шляхом розпитування певних осіб, візуального спостереження та підслуховування, зняття інформації з каналів зв'язку, проникнення до комп'ютерних систем, виготовлення копій документів тощо), придбанні будь-яким способом (таємне чи відкрите викрадення, купівля, обмін документів чи зразків зброї, боєприпасів, макетів секретного об'єкта тощо) з наступним зосередженням їх в одному чи кількох місцях.

¹ Див.: ВВР України. – 1999. – № 49. – Ст. 428.

² Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація... – С. 332.

Більшість дослідників цієї проблеми погоджується, що передача зазначених відомостей є закінченим злочином з моменту їх вручення адресатові, тобто з моменту, коли у адресата є фактична можливість розпорядитися цими даними на свій розсуд, а збирання є закінченим злочином вже з моменту початку самого пошуку відомостей, що становлять державну таємницю, тобто початок збирання хоча б частини необхідних відомостей з метою їх передачі¹.

Чи властиве зазначеним діям попереднє отримання громадянином України певного злочинного завдання, пов'язаного, вочевидь, із передачею чи збиранням з метою передачі відомостей, що становлять державну таємницю? Безумовно, для шпигунства також є характерним те, що воно може вчинятись як за попередньою пропозицією іноземної держави, іноземної організації чи їх представників, так і з власної ініціативи громадянина України.

Пропозиція щодо вчинення шпигунства повинна бути поєднана із отриманням громадянином України конкретного злочинного завдання: які саме відомості особа повинна зібрати чи передати. Проте, лише отримання завдання і згода на його виконання без вчинення об'єктивно виражених дій по збиранню зазначених відомостей не утворюють закінченого злочину шпигунства (враховуючи висновки щодо моменту його закінчення, наведені раніше).

Отримання злочинного завдання і надання згоди на його виконання тут можна розцінювати як готування до державної зради у формі шпигунства. Таке готування може виступати передумовою звільнення від кримінальної відповідальності лише за умови, що громадянин України ніяких дій на виконання отриманого завдання не вчинив. Вочевидь, що вчинення замаху на шпигунство, і, тим більше, закінчене шпигунство вже передбачає вчинення певних дій на виконання злочинного завдання, а тому передумовою звільнення від відповідальності за ч. 2 ст. 111 бути не може.

Таким чином, передумовою звільнення громадянина України від кримінальної відповідальності за державну зраду у формі шпигунства може бути готування до шпигунства у разі попереднього отримання ним злочинного завдання і надання відповідної згоди на його виконання, але без вчинення конкретних дій по збиранню чи передачі відомостей, що становлять державну таємницю.

Надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України є третя форма державної зради, яка полягає в будь-якій допомозі зазначеним суб'єктам у проведенні підривної діяльності проти інтересів України.

Підривною визнають будь-яку діяльність, пов'язану зі спробою зміни системи вищих органів державної влади неконституційним шляхом, з втручанням у зовнішню чи внутрішню політику України, зі спробою зміни території України чи зниження її обороноздатності, зі створенням на території України умов для діяльності іноземних розвідок² тощо.

Допомога у проведенні підривної діяльності може виявлятися в сприянні резидентам (таємним представникам іноземних розвідок), приховуванні розвідника або його знарядження, вербування агентів для проведення підривної діяльності проти України тощо. Цією формою охоплюються і випадки, коли особа за завданням іноземних держав або їх представників організує (або вчинює) на шкоду Україні будь-який інший злочин проти основ національної безпеки України (наприклад, диверсію, посягання на життя державного чи громадського діяча тощо). Слід погодитись із думкою П. С. Матишевсь-

¹ Див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка... – С. 245; Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація... – С. 333.

² Див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка... – С. 231.

кого, що, по суті, це є загальна форма державної зради, а перехід на бік ворога і шпигунство, що названі окремо в тексті статті, є її найбільш поширеними різновидами, а тому ця форма державної зради має місце лише тоді, коли відсутні ознаки її конкретних різновидів¹.

Закінченим цей злочин у даній формі визнається з моменту виконання певного діяння, яким особа надала допомогу іноземній державі, іноземній організації чи їх представникам².

За цієї форми державної зради також має значення, як діяла особа: а) за попереднім завданням іноземної держави чи б) з власної ініціативи. В діях особи, яка надала таку допомогу з власної ініціативи, без попереднього отримання злочинного завдання, відсутня передумова звільнення від відповідальності за ч. 2 ст. 111.

При цьому за вчинення замаху на надання такої допомоги та за закінчений злочин у цій формі особа також не може бути звільнена від відповідальності, адже замах та закінчений злочин у формі надання допомоги передбачають виконання певних дій, спрямованих на виконання злочинного завдання, що, природно, унеможливує застосування в цих випадках ч. 2 ст. 111.

Таким чином, передумовою звільнення громадянина України від кримінальної відповідальності за державну зраду у формі надання допомоги іноземній державі, іноземній організації чи їх представникам у проведенні підривної діяльності проти України за ч. 2 ст. 111 може бути лише готування до надання такої допомоги у виді отримання злочинного завдання та згоди на його виконання.

2. Підставою звільнення від кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ч. 1 ст. 111, є така посткримінальна поведінка суб'єкта, що включає в себе два обов'язкових елементи: 1) невчинення громадянином України ніяких дій на виконання злочинного завдання і 2) добровільна заява органам державної влади про свій зв'язок з іноземною державою, іноземною організацією чи з їх представниками та про отримане завдання. Відсутність хоча б одного із зазначених елементів поведінки громадянина України унеможливує звільнення його від кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ч. 1 ст. 111 КК України.

Невчинення громадянином України ніяких дій на виконання злочинного завдання характеризується як чиста бездіяльність особи щодо виконання отриманого злочинного завдання.

Вочевидь, що суб'єктом отримання злочинного завдання є громадянин України (тобто особа, яка набула громадянства України у встановленому законами і міжнародними договорами України порядку. Вичерпний перелік осіб, що є громадянами України, встановлено Законом України «Про громадянство»³ та ін.). Суб'єкт отримання злочинного завдання відповідно є і суб'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 111, а отже, повинен бути осудною особою, яка досягла до вчинення злочину шістнадцяти років.

Суб'єктом дачі злочинного завдання є іноземна держава, іноземна організація або їх представник. Іноземна держава – це будь-яка держава, крім України. Під іноземною організацією розуміється будь-яка організація іноземної держави, незалежно від її професійної та іншої спрямованості, яка проводить підривну діяльність проти України (іноземні політичні партії, газети, що друкують підривні матеріали проти України, та ін.), а також певні міжнародні чи міждержавні організації, в тому числі злочинні (міжнародні терористичні організації, військові блоки і т. ін.). Представниками іноземної держави і іноземної організації є: офіційні особи (члени урядових делегацій,

¹ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / За ред. С. С. Яценка... – С. 230.

² Див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка... – С. 232.

³ ВВР України. – 2001. – № 13. – Ст. 65.

співробітники дипломатичного корпусу, співробітники іноземних спецслужб, члени іноземних недержавних організацій та ін.), а також інші (неофіційні) особи, що діють за їх дорученням.

Предметом злочинного завдання є вчинення дій на шкоду інтересам України, тобто суверенітету, територіальній цілісності та недоторканності, обороноздатності, державній, економічній чи інформаційній безпеці України.

Суверенітет держави означає верховенство державної влади, її самостійність усередині країни, незалежність у міжнародних відносинах і т. ін. *Територіальна цілісність* держави передбачає нерозривний взаємозв'язок, єдність всіх складових території держави, її *територіальну недоторканність*, тобто захищеність території країни в існуючих кордонах від будь-яких посягань.

Обороноздатність означає підготовленість держави до захисту від зовнішньої збройної агресії або збройного конфлікту. *Державна безпека* – це захищеність суверенітету, конституційного ладу, територіальної цілісності України, правопорядку, державної таємниці, державного кордону тощо. *Економічна безпека* передбачає захищеність інтересів України у сфері економіки, її стабільності та методів проведення економічної політики. *Інформаційна безпека* передбачає захищеність інформації, належної Україні, її державної таємниці, інформаційних та комунікаційних систем від різного роду посягань¹.

Спосіб отримання злочинного завдання може бути будь-який, наприклад, здійснюватися усно, письмово, по радіо, телефоном, за допомогою пошти, телеграфу, переховування в тайнику і т. ін.

Невчинення громадянином України жодних дій на виконання злочинного завдання означає його *повну бездіяльність* після отримання такого злочинного завдання і надання згоди на його виконання. Якщо особа вже дала таку згоду, а потім вчинила будь-яке діяння на виконання цього завдання, наприклад, розробила план чи підшукала співучасників тощо, це свідчить про відсутність підстави для звільнення від кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 111.

Добровільна заява громадянина України органам державної влади про свій зв'язок з іноземною державою, іноземною організацією або їх представниками та про отримане завдання характеризується такими ознаками:

Суб'єкт заяви – громадянин України, який вчинив злочин, передбачений ч. 1 ст. 111; адресат, якому спрямована заява, – відповідні компетентні органи державної влади, під якими, перш за все, слід розуміти органи Служби безпеки України, а також інші органи державної виконавчої та судової влади України за кордоном – дипломатичні представництва та консульські установи України в цій країні. У відповідних випадках зазначеними органами можуть виступати й органи місцевого самоврядування, службові особи яких зобов'язані передати зазначену інформацію про зроблену заяву відповідним органам державної влади.

Зміст заяви повинен включати в себе відомості про те, з якою іноземною державою чи іноземною організацією або їх конкретними представниками мав зв'язок той, хто робить заяву, в чому конкретно такий зв'язок виявився, де і коли, а також яким способом і з ким був встановлений та підтримувався цей зв'язок; де, коли, від кого і яким чином було отримане завдання; в чому полягав зміст цього завдання, способи та час його виконання тощо; поведінка особи після отримання завдання; мотиви зробленої заяви тощо. Заява повинна містити вичерпний перелік інформації щодо зв'язку громадянина України з іноземною державою, іноземною організацією або їх представниками, отриманого ним злочинного завдання та своєї поведінки після от-

¹ Див.: Закон України «Про основи національної безпеки України» від 19 червня 2003 р. – ВВР України. – 2003. – № 39. – Ст. 351, а також: Літкан В. А. Національна безпека України: нормативно-правові аспекти забезпечення. – К.: Текст, 2003.

римання такого завдання. Утаювання будь-якої інформації щодо зазначених обставин або обманна заява унеможливає звільнення особи від кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 111.

Добровільність заяви означає, що особа за своєю волею, а не вимушено, робить зазначену заяву. Мотиви добровільної заяви значення не мають (каяття чи страх перед покаранням тощо).

Форма заяви може бути будь-яка (усна чи письмова), із використанням засобів зв'язку чи без такого використання тощо.

Зазначена заява повинна бути зроблена до вчинення будь-яких дій на виконання злочинного завдання іноземної держави, іноземної організації або їх представників.

Як було зазначено вище, передумовою звільнення від кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 111 може бути лише державна зрада у формі переходу на бік ворога в умовах воєнного стану або збройного конфлікту, а також готування до шпигунства та готування до надання допомоги іноземній державі, іноземній організації чи їх представникам у проведенні підривної діяльності проти України, якщо ці діяння були вчинені за попередньою пропозицією-завданням іноземної держави, іноземної організації чи їх представників і виражені лише у наданні згоди на співробітництво.

Стосовно двох останніх передумов цього виду звільнення виникає питання про конкуренцію підстави звільнення від відповідальності, передбаченої ч. 2 ст. 111, та добровільної відмови – ч. 2 ст. 17. Так, М. І. Хавронюк зазначає, що якщо громадянин України, встановивши «зв'язок і отримавши відповідне злочинне завдання, не вчинив ніяких дій і добровільно відмовився від продовження реалізації свого наміру, то – незалежно від того, заявив він вказаним органам державної влади про вказаний зв'язок чи ні, – підстав для притягнення його до кримінальної відповідальності за ст. 111 немає, а справа має бути закрита відповідно до ч. 2 ст. 17 та п. 2 ст. 6 КПК)»¹.

У попередньому розділі цієї роботи було аргументовано, що добровільна відмова є підставою саме звільнення від відповідальності, а не виключення її. А тому у зазначених вище випадках повинні бути застосовані правила конкуренції загальної та спеціальної норм щодо звільнення особи від відповідальності. За загальним правилом, як відомо, повинна застосовуватись спеціальна підстава звільнення від кримінальної відповідальності, передбачена ч. 2 ст. 111 КК.

Тут можливі заперечення: ст. 17 встановлює більш сприятливі для особи умови звільнення, оскільки при добровільній відмові не потрібно повідомляти компетентні органи про отримання злочинного завдання, достатньо просто відмовитись від подальших дій на його виконання. Враховуючи, однак, великий ступінь суспільної небезпечності передбаченого ч. 1 ст. 111 злочину, законодавець спеціально передбачив для особи звільнення від відповідальності лише у випадку, коли вона не просто відмовилася від вчинення таких дій, а й надала відповідну інформацію органам державної влади, інформацію, що може допомогти їм у розкритті злочинної діяльності інших осіб, і т. ін. Тому в даному випадку, навіть за готування до державної зради у вказаних вище формах, особа може бути звільнена від кримінальної відповідальності лише на підставі ч. 2 ст. 111 КК.

3. Особою, яка підлягає імперативному і безумовному звільненню від кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 111, є суб'єкт зазначених дій, передбачених ч. 1 ст. 111, тобто громадянин України – осудна особа, яка досягла 16 років до дня вчинення зазначених видів злочинних діянь і посткримінальна поведінка якої відповідає ознакам, передбаченим ч. 2 ст. 111.

¹ Див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка... – 234.

3.2. Звільнення іноземця або особи без громадянства від кримінальної відповідальності за вчинене шпигунство (ч. 2 ст. 114).

Стаття 114. Шпигунство

1. 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, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років.

2. Звільняється від кримінальної відповідальності особа, яка припинила діяльність, передбачену частиною першою цієї статті, та добровільно повідомила органи державної влади про вчинене, якщо внаслідок цього і вжитих заходів було відвернено заподіяння шкоди інтересам України.

1. Передумовою звільнення іноземця або особи без громадянства від кримінальної відповідальності за дії, передбачені ч. 1 ст. 114, є вчинення шпигунства у двох формах, зазначених у цій статті, а саме: за передачу або збирання з метою передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомостей, що становлять державну таємницю.

Ці форми шпигунства вже були піддані аналізу при дослідженні передумови звільнення від кримінальної відповідальності громадянина України за державну зраду (див. підрозділ 3. 1. цього розділу), оскільки шпигунство є однією з форм державної зради. Відрізняються ці злочини лише за суб'єктом, а саме: суб'єктом шпигунства, передбаченого ч. 1 ст. 114, визнається лише іноземець або особа без громадянства.

Іноземцем є особа, яка не перебуває в громадянстві України і є громадянином (підданим) іншої держави або держав.

Особами без громадянства визнаються такі особи, яких жодна держава не вважає своїми громадянами відповідно до свого законодавства (ст. 1 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства»)¹.

Іноземці та особи без громадянства підлягають кримінальній відповідальності за вчинення шпигунства, якщо вони є осудними та вчинили злочин після досягнення 16 років. Якщо дії, передбачені ч. 1 ст. 114, вчинить іноземець чи особа без громадянства, які не досягли 16-річного віку, то їх кримінальна відповідальність за скоєне виключається у зв'язку з недосягненням особою належного віку, по досягненні якого тільки й можливе притягнення особи до кримінальної відповідальності за шпигунство.

Таким чином, передумовою звільнення іноземця та особи без громадянства від кримінальної відповідальності за шпигунство є вчинення ними хоча б однієї із його форм, а саме: передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомостей, що становлять державну таємницю, або збирання з метою передачі зазначених відомостей вказаним адресатам. При цьому мова йде саме про вчинення закінченого шпигунства, оскільки передача відомостей, що становлять державну таємницю, визнається закінченим злочином з моменту вручення (доведення до відома адресата хоча б частини таких відомостей, а збирання – з початку пошуку (накопичення) хоча б частини вказаних відомостей з метою їх передачі зазначеним адресатам.

Якщо іноземець або особа без громадянства лише готувалася до передачі чи збирання відомостей, що становлять державну таємницю, а потім добровільно відмовилася від продовження шпигунства, то вчинені дії можуть виступати передумовою добровільної відмови особи від доведення злочину до кінця (ст. 17).

2. Підстава звільнення іноземця чи особи без громадянства від кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 114 включає в себе два елементи: 1) посткримінальну поведінку цієї особи, яка характеризується певними ознаками, та 2) діяльність

¹ ВВР України. – 1994. – № 23. – Ст. 161, зі змінами та доповненнями.

відповідних органів державної влади, що призвело до певних наслідків. Для констатації зазначеної підстави необхідна наявність обох її елементів, кожний з яких характеризується певними ознаками.

Перший елемент підстави звільнення від кримінальної відповідальності – це посткримінальна поведінка іноземця або особи без громадянства, яка включає:

- 1) припинення злочинної діяльності, передбаченої ч. 1 ст. 114, та
- 2) добровільне повідомлення органам державної влади про вчинене шпигунство.

Припинення злочинної діяльності, передбаченої ч. 1 ст. 114, означає бездіяльність іноземця чи особи без громадянства щодо передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомостей, що становлять державну таємницю, або збирання таких відомостей з метою передачі їх зазначеним адресатам. Припинити таку діяльність можна лише у двох випадках: 1) якщо зазначена діяльність вже мала місце і ще планувалася здійснюватися протягом певного часу і 2) якщо передача чи збирання відомостей фактично вже закінчилося, наприклад, у разі їх одноразового характеру.

У першому випадку передача або збирання зазначених відомостей має т. зв. «продовжуваний» характер і тому іноземець або особа без громадянства мають можливість припинити таку діяльність, відмовившись від подальшого її продовження (наприклад, припинити пошук інформації чи її подальшу передачу зумовленим способом тощо).

У другому випадку злочинна діяльність (шпигунство) вже особою припинена і ця особа не тільки не робить спроб її відновити, а й добровільно повідомляє про вчинене.

Добровільне повідомлення органам державної влади про вчинене шпигунство означає своєчасну передачу іноземцем чи особою без громадянства за своєю волею (не обов'язково за своєю ініціативою) службовим особам органів державної законодавчої, виконавчої чи судової влади будь-яким способом інформації про вчинені нею особисто чи у співучасті акти передачі або збирання з метою передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомостей, що становлять державну таємницю.

І хоча ч. 2 ст. 114 прямо не вказує, протягом якого часу після припинення шпигунства особа повинна зробити зазначені вище повідомлення, але із змісту ст. 114 випливає, що таке повідомлення повинно бути зроблено з таким розрахунком, щоб у відповідних органів державної влади був у розпорядженні час для вжиття заходів, необхідних для відвернення шкоди інтересам України.

Запізніло зроблене повідомлення унеможлиблює звільнення іноземця або особи без громадянства від кримінальної відповідальності за вчинення шпигунства, але повинно бути враховане судом при призначенні покарання як обставина, що пом'якшує покарання.

Другий елемент підстави звільнення іноземця або особи без громадянства від кримінальної відповідальності за вчинене ними шпигунство – це відповідна діяльність органів державної влади, яка полягає у вжитті ними внаслідок отриманого повідомлення від зазначених вище осіб про припинення шпигунства відповідних заходів, наслідком яких стало відвернення заподіяння шкоди інтересам України.

Як бачимо, розглядуваний елемент підстави звільнення від кримінальної відповідальності іноземця та особи без громадянства пов'язаний з їх посткримінальною поведінкою лише певною мірою, а в основному характеризує діяльність відповідних органів державної влади по відверненню шкоди інтересам України.

Зазначені особи, які вчинили шпигунство, зобов'язані своєчасно та визначеним чином подати необхідну інформацію про вчинений злочин відповідним органам державної влади. Останні (наприклад, Служба безпеки України), в свою чергу, зобов'язані вжити всіх заходів, які вони повноважні здійснювати для відвернення шкоди інтересам України, яка могла бути заподіяна внаслідок актів шпигунства. КК обґрунтовано не називає ці заходи, але вони передбачені в нормативно-правових актах, які регламентують повноваження відповідних органів державної влади.

Відвернення заподіяння шкоди інтересам України може мати місце, наприклад, якщо компетентним органам вдалося перехопити відправлені особою поштою документи, що становлять державну таємницю. Або, наприклад, відвернення шкоди буде і тоді, коли частково зібрану особою інформацію підмінять, тим самим здійснюючи дезінформацію іноземної держави, іноземної організації чи їх представників, і шкода інтересам України не настає.

У випадках, коли все ж таки внаслідок вжитих заходів не вдалося відвернути заподіяння шкоди інтересам України, повідомлення іноземця або особи без громадянства вказаним органам державної влади про шпигунство має бути враховане судом при призначенні покарання за вчинений злочин як обставина, що пом'якшує покарання.

3. Особою, яка підлягає імперативному і безумовному звільненню від кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 114, є суб'єкт зазначених дій, передбачених ч. 1 ст. 114, тобто іноземець або особа без громадянства – осудна особа, яка досягла 16 років до дня вчинення цих дій і посткримінальна поведінка якої відповідає ознакам, передбаченим ч. 2 ст. 114.

3.3. Звільнення від кримінальної відповідальності керівника підприємства, установи або організації за не виплату заробітної плати, стипендії, пенсії чи іншої встановленої законом виплати громадянам (ч. 3 ст. 175)

Стаття 175. Невиплата заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат

1. Безпідставна не виплата заробітної плати, стипендії, пенсії чи іншої установленої законом виплати громадянам більше ніж за один місяць, вчинена умисно керівником підприємства, установи або організації незалежно від форми власності, –

карається штрафом від ста до трьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до п'яти років, або виправними роботами на строк до двох років, або позбавленням волі на строк до двох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Те саме діяння, якщо воно було вчинене внаслідок нецільового використання коштів, призначених для виплати заробітної плати, стипендії, пенсії та інших встановлених законом виплат, –

карається штрафом від п'ятисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до п'яти років, або позбавленням волі на строк до трьох років.

3. Особа звільняється від кримінальної відповідальності, якщо до притягнення до кримінальної відповідальності нею здійснено виплату заробітної плати, стипендії, пенсії чи іншої встановленої законом виплати громадянам.

1. Передумова звільнення від кримінальної відповідальності за ч. 3 ст. 175 – це вчинення злочину, передбаченого ч. 1 або ч. 2 ст. 175, а саме: безпідставна не виплата заробітної плати, стипендії, пенсії чи іншої встановленої законом виплати громадянам більше ніж за один місяць, вчинена умисно керівником підприємства, установи або організації незалежно від форми власності, а також нецільове використання коштів, призначених для виплати заробітної плати, стипендії, пенсії та інших встановлених законом виплат.

Предметом цього злочину є встановлені законом щомісячні виплати громадянам, виплати яких зобов'язаний здійснювати керівник підприємства, установи або організації.

Згідно із Законом України «Про оплату праці» від 23 березня 1995 р.¹, *заробітна плата* – це винагорода, обчислена, як правило, у грошовому виразі, яку за трудовим договором власник або уповноважений ним орган сплачує працівникові за виконану ним роботу. Видами заробітної плати є основна, тобто винагорода за виконану роботу відповідно до встановлених норм праці (норми часу, виробітку, обслуговування, службові обов'язки, що встановлюються у виді тарифних ставок і відрядних розцінок для робітників та посадових окладів для службовців) та додаткова заробітна плата, яка встановлюється за працю понад установлені норми, за трудові успіхи та винахідливість і за особливі умови праці і включає доплати, надбавки, гарантійні і компенсаційні виплати, передбачені чинним законодавством, премії, пов'язані з виконанням виробничих завдань і функцій, а також інші заохочувальні та компенсаційні виплати (виплати у формі винагород за підсумками роботи за рік, премії за спеціальними системами і положеннями, компенсаційні та інші грошові і матеріальні виплати).

Законодавчо встановлений розмір плати за просту, некваліфіковану працю, нижче якого не може проводитися оплата за виконану працівником місячну, погодинну норму праці, іменується мінімальною заробітною платою².

Стипендія – це вид соціальної виплати, який встановлюється за рахунок державних коштів студентам, слухачам, учням навчальних закладів, а також деяким іншим категоріям громадян з метою матеріального забезпечення їх соціального захисту (учасникам бойових дій; особам, які мають особливі заслуги перед вітчизною; найбільш талановитим молодим ученим; найбільш обдарованим молодим митцям; видатним діячам науки, освіти та культури; талановитим перспективним спортсменам; чемпіонам олімпійських та параолімпійських ігор; стипендії імені Тараса Шевченка учням середніх загально-освітніх навчальних закладів тощо)³.

Пенсія – це форма соціального забезпечення, яке встановлюється для непрацездатних, а за настання передбачених законом умов – і для інших громадян, та гарантує їм право на матеріальне забезпечення за рахунок суспільних фондів споживання. Відповідно до законодавства України пенсії поділяються на трудові (за віком, по інвалідності, в разі втрати годувальника, за вислугу років) та соціальні (наприклад, дітям-інвалідам віком до 16-ти років, за відсутності права на трудову пенсію). Порядок та підстави призначення, нарахування та виплати пенсій встановлюються Законами України «Про пенсійне забезпечення» від 6 грудня 1991 р., «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» від 9 липня 2003 р., «Про недержавне пенсійне забезпечення» від 9 липня 2003 р. та ін., а для окремих категорій громадян – спеціальними законами (наприклад, Законом України «Про пенсійне забезпечення військовослужбовців та осіб начальницького і рядового складу органів внутрішніх справ» від 9 квітня 1992 р.).

Інші установлені законом виплати – це інші, крім заробітної плати, стипендії, пенсії, установлені законом виплати громадянам, які здійснюються на регулярній основі, тобто щомісячно. Деякі дослідники вважають, що такі виплати можуть проводитись і разово⁴. Однак з цією думкою не можна погодитись, враховуючи наведені вище аргументи: дійсно, існують і інші, передбачені законом виплати, які можуть мати разовий характер, але кримінально карана за ст. 175 безпідставна невивплата може мати місце лише щодо виплат, які тривають більше ніж один місяць (про певну тривалість у часі таких виплат свідчить сам текст статті 175).

Прикладами таких виплат є, зокрема: грошове утримання військовослужбовців та осіб начальницького і рядового складу органів внутрішніх справ, довічне грошове утри-

¹ ВВР України. – 1995. – № 17. – Ст. 121.

² Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / За ред. С. С. Яценка... – С. 230.

³ Див.: Порядок призначення, виплати та розміри стипендіального забезпечення учнів, студентів, курсантів, слухачів, клінічних ординаторів, аспірантів і докторантів. ПКМУ від 08.09.2001 // ОВУ. – 2001. – № 32. – Ст. 1474 та ін.

⁴ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / За ред. С. С. Яценка... – С. 230.

мання судді, певні види державної допомоги (наприклад, допомога по догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку, допомога на дітей, які перебувають під опікою чи піклуванням, допомога малозабезпеченим сім'ям з дітьми), доплати і компенсації, які здійснюються відповідно до законодавства про соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи, тощо.

Слід погодитись із М. І. Хавронюком, що вказівка закону на таку ознаку, як «невиплата більше, ніж за один місяць» означає, що невиплата, наприклад, заробітної плати за один місяць не є кримінально каранюю (за неї може наставати відповідальність за ст. 41 КоАП), а також те, що вона може мати місце лише стосовно тих виплат громадянам, які мають регулярний характер¹.

Оскільки невиплата, що передбачена ч. 1 та ч. 2 ст. 175 КК, пов'язана з певними строками, слід у кожному конкретному випадку пересвідчитись, що такі строки (тобто хоча б на одну добу більше, ніж один місяць) минули. Встановити такі строки можна, керуючись положеннями чинного законодавства, що встановлює певні терміни здійснення громадянам виплат: наприклад, заробітна плата виплачується працівникам не рідше двох разів на місяць у дні, встановлені колективним договором, тощо. Пенсія виплачується з 2-го по 20-те число кожного місяця у певних встановлених законом місяцях виплати та на дому, але не пізніше 25-го числа кожного місяця, і т. д.²

Таким чином, зазначений злочин вважається закінченим з моменту, коли сплив останній термін здійснення відповідної виплати (тобто, з наступної за останнім днем цього терміну доби).

Потерпілими від злочинної бездіяльності керівника є громадяни, тобто фізичні особи, які мають суб'єктивне право на своєчасне отримання в повному розмірі виплат, встановлених для них законом.

Суб'єктом злочину, що розглядається, є керівник підприємства, установи або організації незалежно від форми власності, тобто фізична, осудна особа, що на момент вчинення злочину досягла 16-річного віку. *Керівником* підприємства, установи або організації незалежно від форми власності є відповідальна особа, яка організує виробничий процес та діяльність підприємства, установи, організації, до обов'язків якої входить контролювати своєчасність зазначених виплат. Наприклад, суб'єктами цього злочину можуть бути: директор приватного підприємства, керівник органу соціального забезпечення, керівник банківської установи чи її відділення тощо.

Громадянин-підприємець, що використовує найману працю, а також інші фізичні особи, що не відповідають ознакам суб'єкта злочину, передбаченого ст. 175, відповідальності за вчинення таких дій не підлягають.

Відомо, що диспозиція ч. 1 ст. 175 КК була сформульована за раніше чинного цивільного законодавства. Зокрема, відповідно до Закону України «Про підприємства в УРСР»³, який вже втратив чинність, підприємством визнавався самостійний господарюючий суб'єкт, який має права юридичної особи та здійснює виробничу науково-дослідницьку і комерційну діяльність з метою одержання відповідного прибутку (доходу). Установами визнавалися будь-які суб'єкти підприємницької діяльності, що є юридичними особами (підприємства, організації, компанії, фірми, установи тощо).

Новий Цивільний кодекс України, що набув чинності з 1 січня 2004 року, у підрозділі «Юридична особа» не встановлює окремо такої організаційно-правової форми підприємництва, як підприємство. Зокрема, ст. 83 ЦК визначає, що юридичні особи можуть створюватися у формі товариств, установ та в інших формах, встановлених

¹ Див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка... – С. 388.

² Рішення КС про виплату і доставку пенсій та грошової допомоги № 10 рп від 20.06.2001 р. // Вісник Конституційного Суду України. – 2001. – № 4. – С. 20.

³ ВВ Совета УССР. – 1991. – № 24. – Ст. 272.

законом. Товариством є організація, створена шляхом об'єднання осіб (учасників), які мають право участі у цьому товаристві. Товариство може бути створено однією особою, якщо інше не встановлено законом. Товариства поділяються на підприємницькі та не підприємницькі.

Установою є організація, створена однією особою або кількома особами (засновниками), які не беруть участі в управлінні нею, шляхом об'єднання (виділення) їхнього майна для досягнення мети, визначеної засновниками, за рахунок цього майна¹. Аналіз положень ЦК щодо осіб дає підстави стверджувати, що поняття товариства у чинному законі охоплює поняття підприємства, що було властиве законодавству раніше.

Ознака «незалежно від форми власності» означає, що кримінальній відповідальності за цієї статтею можуть підлягати як керівники приватних, так і державних, і комунальних підприємств та установ (товариств та установ) (статті 325-327 ЦК).

З об'єктивної сторони злочин, що аналізується, вчинюється бездіяльністю керівника, тобто безпідставною невилпатою встановлених законом виплат.

Під *невилпатою* громадянам заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших виплат слід розуміти повну або неповну чи несвоєчасну їх невилпату, вчинену керівником, який зобов'язаний був здійснити такі виплати і мав для цього реальну можливість.

Безпідставною зазначена невилпата вважається тоді, коли вона має місце, незважаючи на наявність юридичного обов'язку і реальної можливості для виплати заробітної плати, стипендії, пенсії чи іншої установленої законом виплати громадянам, а не юридичним особам та підприємствам. Обставинами, що виключають злочинність невилплати зазначених платежів, є наявність законних підстав для такої невилплати (наприклад, несплата частини заробітної плати в результаті відрахування із неї для покриття заборгованості працівника підприємству, установі, організації, на якому він працює).

Крім того, злочин відсутній, якщо немає реальної можливості здійснити передбачені законом виплати, наприклад, невилпата, зумовлена об'єктивними причинами: неповним бюджетним фінансуванням, відсутністю необхідних для виплат коштів на рахунках підприємства, установи, організації².

Безпідставністю невилплати грошових сум є невилпата за наявності законних підстав до їх виплати (за наявності відповідних нарахувань). Не можна вважати безпідставною невилпату заробітної плати особі, яка не надала до бухгалтерії відповідних документів про хворобу, авансовий звіт про видатки у відрядженні тощо³.

Під *нецільовим використанням коштів* розуміють використання коштів, що призначалися на виплату заробітної плати, пенсії, стипендії на інші заходи, які не пов'язані з вказаними виплатами, наприклад, використання коштів з фондів зарплати для придбання обладнання, для ремонту приміщення, оплати оренди, послуг тощо.

Нецільове використання коштів на цілі, що не відповідають бюджетним призначенням, встановленим Законом про Державний бюджет України чи Рішенням про місцевий бюджет, виділеним бюджетним асигнуванням чи кошторису, має наслідком зменшення асигнувань розпорядникам бюджетних коштів на суму коштів, що витрачені не за цільовим призначенням, на будь-які заходи, не пов'язані з виплатою заробітної плати, стипендії, пенсій та інших установлених законом виплат (ст. 119 БК).

Вказану невилпату слід визнавати також такою, що сталася внаслідок нецільового використання зазначених коштів, якщо вона мала місце в результаті порушення вимог законодавства, відповідно до якого оплата праці працівників підприємств та організацій, у т. ч. тих, що перебувають на госпрозрахунку й отримують дотації з бюджету, здійснюється в першочерговому порядку після сплати обов'язкових платежів.

¹ Цивільний кодекс України. – Х.: РВФ Арсіс, ЛТД, 2003. – С. 28.

² Див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка... – С. 388.

³ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / Під заг. ред. М. О. Потебенка, В. Г. Гончаренка. – К.: Форум, 2001. – У 2-х ч. – Особлива частина. – С. 180.

2. Підставу звільнення керівника підприємства, установи чи організації за злочин, передбачений ч. 1 або ч. 2 ст. 175, становить його активна посткримінальна поведінка, а саме: здійснення в певний час (до моменту притягнення його до кримінальної відповідальності) виплати громадянам у повному розмірі заробітної плати, стипендії, пенсії чи іншої встановленої законом виплати.

Здійсненням виплати заробітної плати, стипендій, пенсій чи іншої встановленої законом виплати громадянам є погашення заборгованості громадянам, яке має бути здійснене у повному обсязі. Розуміється, що мова йде не про те, що керівник зобов'язаний особисто здійснити зазначені виплати. Його посткримінальна поведінка повинна полягати в організації таких виплат протягом певного часу після закінчення злочину.

Кінцевим моментом для здійснення зазначених виплат є момент притягнення керівника до кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ч. 1 або ч. 2 ст. 175.

Згідно з рішенням Конституційного Суду України в справі про депутатську недоторканність № 9-рп від 27 жовтня 1999 р., притягнення до кримінальної відповідальності як стадія кримінального переслідування починається з моменту пред'явлення особи обвинувачення у вчиненні злочину¹.

Таким чином, для констатації підстави для звільнення керівника від кримінальної відповідальності на підставі ч. 3 ст. 175 необхідно встановити, що виплата громадянам заробітної плати, стипендії, пенсії чи іншої встановленої законом виплати була здійснена в будь-який час після закінчення злочину. Але якщо відносно керівника або за фактом невиконання було порушено кримінальну справу, то зазначена вище підстава буде мати місце, якщо виплату було здійснено хоча й після порушення кримінальної справи, але до моменту пред'явлення керівнику підприємства, установи, організації обвинувачення у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 або ч. 2 ст. 175.

3. Особою, яка підлягає імперативному і безумовному звільненню від кримінальної відповідальності за ч. 3 ст. 175, є суб'єкт зазначених дій, передбачених ч. 1 та ч. 2 ст. 175, тобто керівник підприємства, установи чи організації незалежно від форми власності – осудна особа, яка досягла 16 років до дня вчинення цих дій, посткримінальна поведінка якої відповідає ознакам, передбаченим ч. 3 ст. 175.

3. 4. Звільнення особи від кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів (ч. 4 ст. 212)

Стаття 212. Ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів

1. Умисне ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів, що входять в систему оподаткування, введених у встановленому законом порядку, вчинене службовою особою підприємства, установи, організації, незалежно від форми власності або особою, що займається підприємницькою діяльністю без створення юридичної особи чи будь-якою іншою особою, яка зобов'язана їх сплачувати, якщо ці діяння призвели до фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів у значних розмірах, –

карається штрафом від трьохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Ті самі діяння, вчинені за попередньою змовою групою осіб, або якщо вони призвели до фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів у великих розмірах, –

караються штрафом від п'ятисот до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням

¹ Див.: Вісник Конституційного Суду України. – № 5. – 1999. – С. 7-13.

волі на строк до п'яти років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

3. Діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені особою, раніше судимою за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів, або якщо вони призвели до фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів в особливо великих розмірах, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років з конфіскацією майна.

4. Особа, яка вперше вчинила діяння, передбачені частиною першою та другою цієї статті, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона до притягнення до кримінальної відповідальності сплатила податки, збори (обов'язкові платежі), а також відшкодувала шкоду, завдану державі їх несвоєчасною сплатою (фінансові санкції, пеня).

Примітка. Під значним розміром коштів слід розуміти суми податків, зборів і інших обов'язкових платежів, які в тисячу і більше разів перевищують установлений законодавством неоподатковуваний мінімум доходів громадян, під великим розміром коштів слід розуміти суми податків, зборів і інших обов'язкових платежів, які в три тисячі і більше разів перевищують установлений законодавством неоподатковуваний мінімум доходів громадян, під особливо великим розміром коштів слід розуміти суми податків, зборів, інших обов'язкових платежів, які в п'ять тисяч і більше разів перевищують установлений законодавством неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

1. Передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків¹ є вчинення вперше одного з чотирьох видів злочинних діянь, передбачених ч. 1 та ч. 2, а саме: 1) умисне ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів, що входять в систему оподаткування, введених у встановленому законом порядку, вчинене службовою особою підприємства, установи, організації, незалежно від форми власності або особою, що займається підприємницькою діяльністю без створення юридичної особи чи будь-якою іншою особою, яка зобов'язана їх сплачувати, якщо ці діяння призвели до фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів у значних розмірах; 2) ті ж самі діяння, якщо вони призвели до фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів у великих розмірах; 3) ті ж самі діяння, якщо вони вчинені за попередньою змовою групою осіб і призвели до фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів у значних або 4) у великих розмірах.

Предметом злочинних діянь, передбачених ч. 1 та ч. 2 є податки, збори, інші обов'язкові платежі, тобто фізичні (матеріальні) платежі, що мають нормативний характер і певний вартісний критерій, а також виконують функцію поповнення доходної частини бюджетів різних рівнів і державних цільових фондів. Відповідно до ст. 2 Закону України «Про систему оподаткування» (ВВРУ. – 1997. – № 16. – Ст. 119) податки, збори (обов'язкові платежі) в бюджети і в державні цільові фонди – це обов'язкові внески в бюджети відповідних рівнів або державні цільові фонди, здійснювані платниками у порядку і на умовах, що визначаються законами України про оподаткування.

Усі податки і збори (обов'язкові платежі), які введені законами України, повинні бути включені в Закон України «Про систему оподаткування», їх перелік є вичерпним. Ті ж податки і збори (обов'язкові платежі), стягнення яких не передбачено законом, сплаті не підлягають і не можуть бути визнані предметом злочину, передбаченого ст. 212.

¹ Тут і далі під податками слід розуміти також і збори та інші платежі, якщо інше спеціально не зазначено.

Точно так, платежі, які повинні надходити в інші фонди або інші організації у випадку ухилення від їхньої сплати, не є предметом злочину, який розглядається.

Предметом злочину можуть бути податки і збори (обов'язкові платежі), що складають кошти, які фактично не надійшли до бюджетів чи державних цільових фондів у значних або великих розмірах.

Згідно з приміткою до ст. 212, під *значним розміром коштів* слід розуміти суми податків, зборів і інших обов'язкових платежів, які в тисячу і більше разів перевищують установлений законодавством неоподатковуваний мінімум доходів громадян, під *великим розміром* – в три тисячі і більше разів.

Закон шляхом кратного обчислення розмірів сум коштів, які не надійшли, обмежує коло злочинних діянь. Саме за розміром сум, що не надійшли в бюджети або державні цільові фонди, визначається межа між злочинним і незлочинним ухиленням від сплати податків. Тому ухилення від сплати деяких видів податків і зборів не тягне за собою кримінальної відповідальності. Це здебільшого стосується деяких місцевих податків і зборів (обов'язкових платежів), як, наприклад: комунального податку, готельного збору, збору за паркінг автотранспорту, ринкового збору, збору за видання ордера на квартиру, курортного збору тощо. Ухилення від сплати вказаних платежів може тягти за собою адміністративну відповідальність. Встановлюючи вартісну ознаку, слід виходити з розміру суми коштів податків, зборів або інших обов'язкових платежів, що фактично не надійшли до бюджетів різних рівнів чи до державних цільових фондів. Враховуючи характеристику предмета злочину, при обчисленні розмірів коштів, які не надійшли, слід виходити з чисто несплачених грошових сум. Що ж стосується штрафів і пені, які застосовуються відповідно до вимог податкового законодавства, то вони не можуть включатися в ці суми, оскільки не є предметом злочину, передбаченого ст. 212.

Слід зазначити, що обчислення згаданих розмірів несплати податків, зборів та інших платежів чинним законодавством пов'язане із розміром установленого законом неоподатковуваного мінімуму доходів громадян. Саме тому конкретний розмір несплаченого податку у великій мірі залежить від чинного на цей час законодавства про встановлення такого мінімуму. Зокрема, з 1 січня 2004 р. набрав чинності Закон України «Про податок з доходів фізичних осіб» від 22 травня 2003 р.¹, яким у п. 5 ст. 22 встановлюється, який саме розмір такого мінімуму застосовуватиметься для потреб кваліфікації злочинів за КК.

Отже, цією статтею встановлено, що для потреб КК використовуватиметься мінімальний розмір соціальної пільги, що з урахуванням положень п. 6.1.1. ст. 6 цього закону та п. 4 ст. 22 дорівнює розміру мінімальної заробітної плати. Але тут встановлено і перехідний (з 2004 по 2007 роки) період, згідно з яким, наприклад, протягом 2004 року, така пільга дорівнюватиме 30% від мінімальної заробітної плати, тобто фактично 30% від 205 грн. – 61,5 грн. (у разі, якщо протягом року буде змінено розмір мінімальної заробітної плати, відповідно буде змінено і розмір зазначеної соціальної пільги).

Кошти, які не надійшли у значному або великому розмірах, повинні визнаватися такими як тоді, коли сума податків перевищує зазначені у законі розміри по одному виду податку, збору чи іншого обов'язкового платежу, так і у тому разі, коли ця сума є результатом несплати різних видів податків, зборів чи інших обов'язкових платежів.

З об'єктивної сторони злочин, що розглядається, характеризується такими ознаками: 1) ухилення від сплати податків та 2) фактичне ненадходження внаслідок ухилення до бюджетів чи державних цільових фондів коштів у значних розмірах.

Ухилення від сплати зазначених платежів як суспільно небезпечне діяння виражається в бездіяльності, яка може в певних випадках обслуговуватися дією. Під ухиленням від сплати податків слід розуміти невчинення дій, тобто невиконання покладених на особу обов'язків по сплаті податків, що дійсно могли і повинні були бути

¹ Урядовий кур'єр. – 2003. – № 127. – С. 5-12.

сплачені, а рівно неналежне виконання таких обов'язків з метою уникнути повністю або хоча б частково сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів¹.

Ухилення від сплати податків може проявлятися в різних формах: неподанні документації по оподаткуванню; приховуванні (заниженні, необчисленні) об'єктів оподаткування; простій несплаті податків; незаконному отриманні пільг по податках; іншому незаконному ухиленні від сплати податків.

Ухилення від сплати податків розглядається як злочинна бездіяльність, коли встановлено правовий обов'язок особи сплачувати відповідні податки, існує можливість такої сплати і має місце невиконання такого обов'язку, що призводить до ненадходження до бюджетів або державних цільових фондів коштів у визначених законом розмірах.

Ухилення від сплати податків – це злочин з матеріальним складом, для його кваліфікації потрібно встановлення певних суспільно небезпечних наслідків. Під наслідками слід розуміти фактичне ненадходження в бюджети або державні цільові фонди коштів у значних або великих розмірах. Ненадходження коштів повинно бути безпосередньо зумовлено ухиленням від сплати податків.

Ненадходження коштів, як суспільно небезпечний наслідок ухилення від сплати зазначених платежів, означає відсутність коштів, які повинні були бути перераховані на рахунки бюджетів різних рівнів або державних цільових фондів у встановлені законодавцем строки, якщо не передбачено інших форм і способів перерахування таких коштів.

Злочин вважається закінченим з наступного дня після настання строку, до якого мав бути сплачений податок, збір чи інший обов'язковий платіж, а коли закон пов'язує цей строк із виконанням певної дії, – з моменту фактичного ухилення від їх сплати².

З суб'єктивної сторони ухилення від сплати податків характеризується лише умисною формою вини. Ухилення від сплати податків з необережності неможливе.

Суб'єкт злочинних діянь, що розглядаються, може бути одноособовий чи колективний.

Так, суб'єктами цього злочину визнаються: а) службові особи підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності; б) особи, які займаються підприємницькою діяльністю без створення юридичної особи; в) будь-які інші особи, які зобов'язані сплачувати податки, збори, інші обов'язкові платежі.

Службовою є особа, що займає постійно або тимчасово на підприємствах, в установах або організаціях незалежно від форм власності, посади, пов'язані зі здійсненням повноважень по веденню бухгалтерського обліку та звітності про фінансово-господарську діяльність та поданню податковим органам бухгалтерських звітів і балансів, розрахунків по податках та інших необхідних документів і відомостей, пов'язаних з обчисленням і сплатою податків, або яка виконує ці функції за спеціальним дорученням³.

Зазначені повноваження можуть мати особи, які обіймають такі посади: а) керівників підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності (юридичних осіб); б) заступників керівників підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності (юридичних осіб); в) головних бухгалтерів підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності (юридичних осіб); г) а також службові особи бухгалтерії підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності (юридичних осіб) тощо.

Фізичних осіб, що займаються підприємницькою діяльністю без створення юридичної особи, та інших фізичних осіб, що такої діяльності не здійснюють, але

¹ Див.: Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація... – С. 581; Кураш Я. М. Кримінальна відповідальність за ухилення від сплати податків (аналіз складу злочину): Автореф. дис... к. ю. н. – Х., 1998. – С. 9-10.

² Там само. – С. 9-10.

³ Там само.

зобов'язані сплачувати податки, об'єднує юридичний обов'язок, що покладається на них державою по сплаті податків, зборів, інших обов'язкових платежів у встановлено-му законом порядку.

Отже, ухилення від сплати податків може вчинюватися спеціальним суб'єктом – фізичною особою (платником податків), яка має річний дохід не менше встановленого законодавством розміру. Будь-яка інша особа, яка зобов'язана сплачувати податки, збори та інші обов'язкові платежі – це може бути громадянин України, що працює за межами території України і не застрахований в системі соціального страхування країни, в якій він перебуває, та особа, що забезпечує себе роботою самостійно і добровільно сплачує страхові внески до Фонду соціального страхування з тимчасової втрати працездатності згідно із Законом України «Про загальнообов'язкове державне і соціальне страхування на випадок безробіття» від 2 березня 2000 року.

Колективним суб'єктом злочинів, що розглядаються, є група осіб, які за попередньою змовою вчинили зазначені злочини.

Згідно з ч. 2 ст. 28 КК, умисним ухиленням від сплати податків, вчиненим за попередньою змовою групою осіб, що призвело до фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів у значних чи великих розмірах, визнається таке ухилення, яке спільно вчинили два або більше суб'єктів злочину, передбаченого ст. 212, які на стадії готування домовилися про спільне ухилення від сплати податків. При цьому зазначені суб'єкти при вчиненні цього злочину можуть виступати або як співвиконавці, або ролі між ними можуть бути розподілені. Більш того, якщо в групі осіб при вчиненні даного злочину ролі були розподілені, то в якості організатора, підбурювача та пособника можуть виступати не тільки спеціальні суб'єкти, передбачені ст. 212 КК, а й будь-які інші особи, які є осудними і досягли до дня вчинення злочину 16-річного віку.

Нарешті, складовою частиною передумови звільнення особи від кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків є вимога, щоб ця особа, яка діяла одноособово чи в складі групи осіб за попередньою змовою, вперше вчинила діяння, передбачені ч. 1 та ч. 2 ст. 212.

Таким чином, повторне вчинення цих діянь виключає можливість звільнення особи від кримінальної відповідальності за злочини, передбачені ч. 1 та ч. 2 ст. 212.

Особою, яка вперше вчинила діяння, передбачені ч. 1 та ч. 2 ст. 212, визнається така особа, яка 1) фактично вперше вчинила хоча б один із зазначених злочинів; 2) раніше вчинила хоча б один із зазначених злочинів, однак до дня вчинення нового ухилення від сплати податків спливали строки давності притягнення її до кримінальної відповідальності за раніше скоєне ухилення від сплати податків; 3) раніше вчинила злочин – ухилення від сплати податків, однак до дня вчинення зазначених діянь її було звільнено від кримінальної відповідальності за підставами, встановленими законом; 4) раніше була засуджена за ухилення від сплати податків, однак до дня вчинення то-го ж самого злочину судимість за перший злочин було погашено або знято.

2. Підстава звільнення особи, яка вчинила злочинні діяння, передбачені ч. 1 або ч. 2 ст. 212 КК, від кримінальної відповідальності, передбачає її посткримінальну поведінку, яка складається з двох елементів, а саме: 1) сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) та 2) відшкодування шкоди, завданої державі їх несвоєчасною сплатою (фінансові санкції, пеня). Зазначені дії особа повинна здійснити своєчасно, тобто до моменту притягнення її до кримінальної відповідальності за вчинений злочин, передбачений ч. 1 або ч. 2 ст. 212.

Сплата податків, зборів (обов'язкових платежів) має місце, якщо суб'єкт добровільно (не обов'язково за власного ініціативою) або за пропозицією (ініціативою) працівників податкових органів, якими здійснювалась перевірка, в тому числі і працівників податкової міліції, сплатить в повному обсязі заборговану ним суму податків, зборів та інших обов'язкових платежів в порядку, визначеному законом.

Відшкодування шкоди, завданої державі несвоєчасною сплатою податків (фінансові санкції, пеня), – це сплата особою коштів у вигляді фінансових санкцій або пені. Пеня – це сплата коштів у розмірі відсотків, нарахованих на суму податкового боргу (без урахування пені), що стягується з платника податків у зв'язку з несвоєчасним погашенням податкового зобов'язання. Фінансова санкція (штрафна санкція) – це плата у фіксованій сумі або у вигляді відсотків від суми податкового зобов'язання (без урахування пені та штрафних санкцій), яка стягується з платника податків у зв'язку з порушенням ним правил оподаткування, визначених відповідними законами.

Обов'язковою ознакою зазначеної підстави звільнення особи від кримінальної відповідальності є час вчинення цією особою зазначених вище дій – сплати податків та відшкодування шкоди. Ці дії повинні бути вчинені до *притягнення особи до відповідальності*. Згідно з рішенням Конституційного суду у справі про депутатську недоторканність № 9-рп від 27 жовтня 1999 р., притягнення до кримінальної відповідальності, як стадія кримінального переслідування, починається з моменту пред'явлення особі обвинувачення у вчиненні злочину¹. Іншими словами, для звільнення особи від кримінальної відповідальності необхідно, щоб така особа здійснила перелічені вище дії в повному обсязі саме до моменту пред'явлення їй обвинувачення у вчиненні цього злочину.

3. Особа, яка підлягає імперативному і безумовному звільненню від кримінальної відповідальності на підставі ч. 4 ст. 212, – це суб'єкт зазначених вище злочинних діянь, тобто службова особи підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності; особа, яка займається підприємницькою діяльністю без створення юридичної особи; будь-яка інша особа, яка зобов'язана сплачувати податки, збори, інші обов'язкові платежі – фізична осудна особа, що досягла 16 років на момент вчинення злочину та посткримінальна поведінка якої відповідає ознакам ч. 4 ст. 212 КК.

3. 5. Звільнення від кримінальної відповідальності особи за створення злочинної організації або участь у ній (ч. 2 ст. 255)

Стаття 255. Створення злочинної організації

1. Створення злочинної організації з метою вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину, а також керівництво такою організацією або участь у ній, або участь у злочинах, вчинюваних такою організацією, а також організація, керівництво чи сприяння зустрічі (сходці) представників злочинних організацій або організованих груп для розроблення планів і умов спільного вчинення злочинів, матеріального забезпечення злочинної діяльності чи координації дій об'єднань злочинних організацій або організованих груп –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років.

2. Звільняється від кримінальної відповідальності особа, крім організатора або керівника злочинної організації, за вчинення злочину, передбаченого частиною першою цієї статті, якщо вона добровільно заявила про створення злочинної організації або участь у ній та активно сприяла її розкриттю.

1. Передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності є вчинення нею злочину, передбаченого ч. 1 ст. 255. Водночас, ч. 1 ст. 255 передбачає сім альтернативних видів злочинного діяння, а саме: 1) створення злочинної організації з метою вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину, а також 2) керівництво такою організацією або 3) участь в ній, або 4) участь у злочинах, вчинюваних такою організацією, а також 5) організацію, 6) керівництво чи 7) сприяння зустрічі (сходці) представників злочинних організацій або організованих груп для розроблення планів і умов спільного вчинення злочинів, матеріального забезпечення злочинної діяльності чи координації дій об'єднань злочинних організацій або організованих груп.

¹ Див.: Вісник Конституційного Суду України. – № 5. – 1999. – С. 7-13.

Буквальне тлумачення ч. 2 ст. 255 може привести до висновку, що передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності є вчинення будь-якого із зазначених вище злочинних діянь. Але систематичне тлумачення ч. 1 та ч. 2 ст. 255 дозволяє обмежити зазначену передумову кількома ознаками. По-перше, назва ст. 255 «створення злочинної організації» є значно вужчою, ніж її зміст. Дійсно, ч. 1 ст. 255 передбачає, по суті, два види злочину, а саме: перший – це створення злочинної організації з метою вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину, участь в ній та у вчинюваних нею злочинах, другий – організація, керівництво чи сприяння зустрічі (сходці) представників злочинних організацій або організованих груп для розроблення планів і умов спільного вчинення злочинів, матеріального забезпечення злочинної діяльності чи координації дій об'єднань злочинних організацій або організованих груп.

Вочевидь, що другий вид злочину може бути не пов'язаний із створенням та діяльністю злочинної організації.

По-друге, звільненню від кримінальної відповідальності підлягає не будь-який суб'єкт першого виду злочину, передбаченого ч. 1 ст. 255, а лише його виконавець, а також підбурювач та пособник. Проте, не підлягає такому звільненню організатор або керівник злочинної організації. Знов-таки, закон пов'язує звільнення від кримінальної відповідальності такої особи, діяльність якої пов'язана саме із створенням злочинної організації чи її керівництвом.

Нарешті, по-третє, звільненню від кримінальної відповідальності підлягає лише особа, яка заявила лише про створення злочинної організації або участь у ній та активно сприяла її розкриттю. Вочевидь, що ці посткримінальні дії цієї особи пов'язані саме з першим видом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 255. При цьому мова йде не про всі передбачені там дії, а лише про створення злочинної організації з метою вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину та про участь в ній.

Таким чином, є підстави вважати, що передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 255 є вчинення нею одного з двох альтернативних злочинних діянь, а саме: 1) створення злочинної організації з метою вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину та 2) участь в такій злочинній організації.

Створення злочинної організації для вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину як передумова звільнення від кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 255 полягає в найрізноманітніших діях щодо заснування (формування, утворення) злочинної організації: у підшуванні зброї або співучасників, вербуванні їх до злочинної організації, розподілі ролей між ними тощо.

Саме у зв'язку із законодавчим формулюванням цієї форми злочину в науці виникає дискусія щодо моменту, з якого можна вважати злочинну організацію створеною, тобто моменту закінчення цього злочину. Створення злочинної організації визнається злочином із так званим формальним усіченням складом (тобто момент закінчення цього злочину перенесено на стадію готування). При цьому термін «створення» можна тлумачити і як процес (незавершену, триваючу дію), і ж результат (завершену дію). У першому випадку створення злочинної організації слід визнавати закінченим злочином з моменту вчинення будь-якої дії, спрямованої на формування злочинної організації.

Більш правильним видається вважати підхід до розуміння «створення» як результату, і в такому разі злочин – закінченим з моменту, коли таку злочинну організацію вже створено, налагоджено її функціональність (хоча б нею ще не було вчинено жодного злочину). Так, зокрема, Є. К. Марчук¹ вважає, що створення злочинної організації слід вважати закінченим, коли між її учасниками досягнуто згоди на вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів як промислу і згода на вчинення хоча б одного (першого) злочину, а також для його здійснення підібрана достатня кількість співучасників,

¹ *Марчук Є. К.* Поняття злочинної організації за кримінальним правом України // Вісник Університету внутрішніх справ. – Х. – Вип. 2. – 1997. – С. 138-139.

необхідних сил та засобів, у результаті чого є реальна можливість вчинення цього злочину.

Тобто, створення злочинної організації є закінченим злочином з моменту фактичного утворення такої організації, надання згоди хоча б трьома її майбутніми членами на участь в ній та виконання інших дій, наприклад, по матеріальному забезпеченню її діяльності тощо. Вочевидь, що у створенні злочинної організації може брати участь не тільки її керівник чи організатор, а й інші особи, які якраз і можуть бути звільнені від кримінальної відповідальності за вчинення таких діянь.

Участь у злочинній організації передбачає, насамперед: вступ до такої організації (тобто, особа не бере участі в створенні злочинної організації, а входить в організацію, вже створену іншими особами); участь у розробленні планів вчинення злочинів та їх реалізації; виконання обов'язків, передбачених роллю в організації та її спеціалізацією; дотримання дисципліни та встановлених правил поведінки тощо.

2. Підстава звільнення особи (крім організатора та керівника злочинної організації) від кримінальної відповідальності за вчинення зазначених вище злочинних дій, передбачених ч. 1 ст. 255, являє собою певну посткримінальну поведінку цієї особи, яка включає в себе єдність двох елементів, а саме: 1) добровільну заяву особи про створення злочинної організації або участь у ній та 2) активне сприяння нею розкриттю цієї злочинної організації.

Добровільна заява передбачає повідомлення, вчинене за власною волею, з будь-яких мотивів, у будь-який спосіб, відповідним органам влади про сам процес створення або про існування такої організації та про участь у ній. При цьому не має значення, чи відомо про дану злочинну організацію органам влади і чи знає про таку їх поінформованість винний. Повідомлення, яке слугує підставою для звільнення від кримінальної відповідальності, має бути достатньо повним, стосуватися не лише факту створення організації, а й інших обставин, пов'язаних з організованою злочинною діяльністю, – про місцезнаходження, склад учасників, керівництво, методи діяльності, прийоми конспірації, зв'язки, свою роль в ній, вчинені злочини тощо.

Активне сприяння розкриттю злочинної організації – полягає у наданні допомоги працівникам правоохоронних органів у проведенні слідчих, оперативно-розшукових, організаційних та криміналістичних дій по виявленню та фіксації доказів про злочин, передбачений ч. 1 ст. 255. Закон, як відомо, не встановив, а практика не виробила критеріїв розмежування звичайного та активного сприяння особи розкриттю злочину. Тому слід погодитися з тим, що добровільне надання будь-якої допомоги особою в розкритті злочину є активним сприянням розкриттю цього злочину¹. Водночас закон для звільнення від кримінальної відповідальності не вимагає від колишніх учасників злочинної діяльності вчинення інших дій, зокрема відшкодування шкоди для потерпілих, участь в оперативній розробці злочинних організацій, які продовжують діяти, тощо. Не залежить таке звільнення й від того, чи вдалося внаслідок вчинення особою таких дій відвернути настання шкоди від діяльності таких злочинних організацій.

Звільнення від кримінальної відповідальності, що передбачене ч. 2 ст. 255, необхідно відрізнити як від добровільної відмови співучасників (ст. 31), так і від такої обставини, що виключає злочинність діяння, як виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності злочинної організації (ст. 43).

3. Особа, яка підлягає імперативному і безумовному звільненню від кримінальної відповідальності на підставі ч. 2 ст. 255, – це суб'єкт зазначених вище двох злочинних діянь, тобто фізична, осудна особа, що досягла 16 років, яка, по-перше, не є організатором чи керівником злочинної організації, і по-друге, посткримінальна поведінка якої

¹ Докладніше див.: *Наден О. В.* Спеціальні види звільнення особи від кримінальної відповідальності за злочини в сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів. – Х.: Право, 2003. – С. 157-164.

відповідає ознакам ч. 2 ст. 255. Іншими словами, звільненню від кримінальної відповідальності на підставі ч. 2 ст. 255 підлягає виконавець, підбурювач та пособник створення злочинної організації чи участі в ній.

3. 6. Звільнення особи від кримінальної відповідальності за створення чи керівництво терористичною групою або терористичною організацією, а також за участь в ній (ч. 5 ст. 258)

Стаття 258. Терористичний акт

1. Терористичний акт, тобто застосування зброї, вчинення вибуху, підпалу чи інших дій, які створювали небезпеку для життя чи здоров'я людини або заподіяння значної майнової шкоди чи настання інших тяжких наслідків, якщо такі дії були вчинені з метою порушення громадської безпеки, залякування населення, провокації воєнного конфлікту, міжнародного ускладнення, або з метою впливу на прийняття рішень чи вчинення або невчинення дій органами державної влади чи органами місцевого самоврядування, службовими особами цих органів, об'єднаннями громадян, юридичними особами, або привернення уваги громадськості до певних політичних, релігійних чи інших поглядів винного (терориста), а також погроза вчинення зазначених дій з тією самою метою – караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або якщо вони призвели до заподіяння значної майнової шкоди чи інших тяжких наслідків, – караються позбавленням волі на строк від семи до дванадцяти років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, що призвели до загибелі людини, – караються позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі.

4. Створення терористичної групи чи терористичної організації, керівництво такою групою чи організацією або участь у ній, а так само матеріальне, організаційне чи інше сприяння створенню або діяльності терористичної групи чи терористичної організації – караються позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років.

5. Звільняється від кримінальної відповідальності за діяння, передбачене в частині четвертій цієї статті, особа, крім організатора і керівника, яка добровільно повідомила про нього правоохоронний орган і сприяла припиненню існування або діяльності терористичної групи чи організації або розкриттю злочинів, вчинених у зв'язку із створенням або діяльністю такої групи чи організації, якщо в її діях немає складу іншого злочину.

1. При визначенні передумови звільнення особи від кримінальної відповідальності за злочинні діяння, передбачені ч. 4 ст. 258, необхідно враховувати два обмеження, що передбачені в ч. 5 ст. 258, а саме: 1) обмеження за колом осіб, які підлягають звільненню від кримінальної відповідальності (всі суб'єкти, крім організатора і керівника) та 2) обмеження щодо кола діянь, які можуть слугувати передумовою звільнення від кримінальної відповідальності за ч. 5 ст. 258.

Частина 4 ст. 258 передбачає чотири види злочинних діянь: 1) створення терористичної групи чи терористичної організації, 2) керівництво такою групою чи організацією або 3) участь в ній, а так само 4) матеріальне, організаційне чи інше сприяння створенню або діяльності терористичної групи чи терористичної організації.

Виходячи із першого обмеження, не підлягає звільненню від кримінальної відповідальності на підставі ч. 5 ст. 258 організатор і керівник злочинних діянь, передбачених ч. 4 ст. 258.

Відповідно до ч. 3 ст. 28, організатором злочину, передбаченого ч. 4 ст. 258, повинна визнаватися особа, яка організувала створення терористичної групи чи терористичної організації або керувала підготовкою до її створення, а також особа, яка утворила зазначені злочинні об'єднання або керувала ними, або забезпечувала фінансування чи організовувала приховування злочинної діяльності терористичної групи чи терористичної організації. Вочевидь, що законодавче визначення організатора злочину охоплює собою і поняття керівника терористичної групи або терористичної організації. Крім того, законодавче визначення організатора повністю виключає із передумови звільнення особи від кримінальної відповідальності на підставі ч. 5 ст. 258 лише один із видів злочинних діянь, передбачених у ч. 4 ст. 258, а саме: керівництво терористичною групою або терористичною організацією, оскільки таке діяння може вчинювати лише керівник зазначених злочинних об'єднань. Інші три види злочинних діянь можуть бути вчинені і такими особами, які не є організаторами та керівниками.

Таким чином, з урахуванням першого обмеження, передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності за вчинення дій, передбачених ч. 4 ст. 258, може слугувати вчинення нею хоча б одного із трьох альтернативних злочинних діянь: 1) створення терористичної групи чи терористичної організації, 2) участь у ній (окрім участі у вчинюваних нею злочинах), а також 3) матеріальне, організаційне чи інше сприяння створенню або діяльності терористичної групи чи терористичної організації.

Згідно зі ст. 1 Закону України «Про боротьбу з тероризмом»¹, терористичною групою визнається група з двох і більше осіб, які об'єдналися з метою здійснення терористичних актів; терористична організація – стійке об'єднання трьох і більше осіб, яке створене з метою здійснення терористичної діяльності, у межах якого здійснено розподіл функцій, встановлено певні правила поведінки, обов'язкові для цих осіб під час підготовки і вчинення терористичних актів.

Таким чином, *створення терористичної групи чи терористичної організації* здійснюється для існування цих об'єднань і здійснення ними злочинної діяльності в формі терористичного акту.

Загалом дії по створенню терористичної групи чи організації, а також момент закінчення цього злочину в основному є тотожними відповідним діям зі створення злочинної організації, проаналізованим вище².

Участь у терористичній групі чи організації – є членство в ній, входження, вступ до складу терористичної групи чи організації. Участь у терористичній групі чи організації є закінченим злочином з моменту дачі згоди на вступ до цієї організації. Під участю слід розуміти сам факт вступу до організації чи будь-яку іншу участь у діяльності (надання транспорту, приміщень, зброї, пошук об'єктів для нападу тощо). Участь у такій групі чи організації, за загальним правилом, передбачає і можливість вчинення у її складі окремих злочинів. Але, відповідно до ч. 2 ст. 255, участь у терористичній групі чи організації може бути передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності тільки у випадку, коли особа тільки стала членом такої групи чи організації і ще не вчинила в її складі жодного іншого злочину.

Матеріальне сприяння створенню чи діяльності терористичної групи або терористичної організації – це надання організатору чи керівнику, а також членам зазначених об'єднань зброї, транспорту тощо як у процесі створення зазначених злочинних об'єднань, так і в період їх злочинної діяльності.

Організаційне сприяння створенню або діяльності терористичної групи чи терористичної організації полягає в наданні допомоги організатору чи керівнику зазначених злочинних об'єднань у процесі створення терористичної групи чи організації

¹ Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 25. – Ст. 180.

² Докладніше див.: Семикін А. В. Створення терористичної групи чи терористичної організації: кримінально-правові дослідження. – Х.: Вид-во НУВС, 2003. – С. 99-107.

(наприклад, виконання доручення по підшукуванню та вербуванню членів зазначених злочинних об'єднань, допомога у встановленні необхідних злочинних зв'язків тощо) або в ході здійснення цими злочинними об'єднаннями своєї діяльності (наприклад, виконання доручення по організації приховування зброї, вибухівки, інструментів зв'язку, відкриття банківських рахунків тощо).

Інше сприяння створенню або діяльності терористичної групи чи терористичної організації – передбачає створення необхідних умов для існування цих груп і здійснення ними злочинної діяльності. Воно може полягати у розвідувальному, правовому, медичному, побутовому, інформаційному забезпеченні, забезпеченні особистої охорони організаторів та керівників терористичної групи чи терористичної організації, легалізації доходів, отриманих зазначеними об'єднаннями злочинним шляхом, тощо.

Виходячи з другого обмеження зазначеної вище передумови, особа підлягає кримінальній відповідальності за вчинені нею зазначені три види злочинних діянь, передбачених ч. 4 ст. 258, за умови, якщо в її діях немає складу іншого злочину.

З'ясування цього обмеження викликає ряд питань. Про склад якого іншого злочину йде мова у ч. 5 ст. 258? Можна уявити ситуацію, при якій дана особа самостійно вчинила злочин, передбачений, наприклад, ст. 263 (незаконне придбання, носіння та зберігання вогнепальної зброї), а потім взяла участь у створенні терористичної групи, або поряд із участю у створенні терористичної організації, самостійно і незалежно від своєї злочинної діяльності вчинила необережне вбивство. Чи можна стверджувати, що зазначені вище інші злочини, тобто злочини, не пов'язані із створенням та діяльністю терористичної групи чи терористичної організації, є перешкодою для констатації передумови звільнення даної особи від кримінальної відповідальності на підставі ч. 5 ст. 258? Чіткої відповіді на зазначене питання закон не містить.

Виходячи з того, що ч. 5 ст. 258 є спеціальною нормою щодо звільнення особи від кримінальної відповідальності за певні злочинні діяння, можна зробити висновок, що обмеження, яке містить ця норма відносно невчинення особою іншого злочину, стосується лише її діяльності щодо створення та злочинної діяльності терористичної групи чи терористичної організації. Іншими словами, обмежувальне тлумачення ч. 5 ст. 258 приводить до висновку, що необхідно передумовою звільнення цієї особи від кримінальної відповідальності на підставі ч. 5 ст. 258 є невчинення нею в процесі створення терористичної групи чи терористичної організації, участі в ній чи при сприянні створенню або діяльності зазначених злочинних об'єднань будь-якого іншого злочину, тобто злочину, не передбаченого ч. 4 ст. 258. І, навпроти, вчинення такою особою в процесі здійснення злочинних діянь, передбачених ч. 4 ст. 258, ще якогось іншого злочину (наприклад, викрадення зброї чи майна, угон автотранспорту тощо) виключає передумову звільнення цієї особи від кримінальної відповідальності на підставі ч. 5 ст. 258.

2. Підстава звільнення особи від кримінальної відповідальності за ч. 5 ст. 258 являє собою певну посткримінальну поведінку цієї особи, яка включає в себе такі взяті в єдності два елементи: 1) добровільне повідомлення правоохоронному органу про вчинення нею хоча б одного із злочинних діянь, передбачених ч. 4 ст. 258: а) створення терористичної групи чи терористичної організації або б) участь у терористичній групі чи терористичній організації або в) матеріальне, організаційне чи інше сприяння створенню або діяльності терористичної групи чи терористичної організації та 2) сприяння припиненню існування або діяльності терористичної групи чи терористичної організації, або сприяння розкриттю злочинів, вчинених у зв'язку із створенням або діяльністю такої групи чи організації.

Перший елемент посткримінальної поведінки особи полягає в добровільному повідомленні правоохоронному органу про вчинені нею злочинні діяння, передбачені ч. 4 ст. 258.

Таке повідомлення може бути викладено в будь-якій формі і повинно містити повні відомості про всі вчинені даною особою зазначені вище злочинні діяння (наприклад, її роль у створенні терористичної групи чи організації, в чому полягала участь зазначеної особи у цих злочинних об'єднаннях, яке саме сприяння вона здійснювала при створенні чи діяльності терористичної групи або організації тощо). Приховування відомостей про вчинені злочинні діяння виключає можливість звільнення даної особи від кримінальної відповідальності на підставі ч. 5 ст. 258.

Добровільним визнається таке повідомлення, яке дана особа зробила з власної волі, не обов'язково за власною ініціативою, з будь-яких мотивів і при усвідомленні можливості і надалі брати участь у терористичній групі чи терористичній організації або сприяти їх діяльності. Повідомлення, що було зроблене вимушено, виключає підставу звільнення особи від кримінальної відповідальності на основі ч. 5 ст. 258.

Адресатом такого добровільного повідомлення повинні бути правоохоронні органи, невичерпний перелік яких наведено в Законі України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» від 23 грудня 1993 року.¹ До правоохоронних віднесено органи прокуратури, внутрішніх справ, Служби безпеки, військової служби правопорядку у Збройних Силах України, митних органів, органів охорони державного кордону, державної податкової служби, органів і установ виконання покарань, органів державної контрольно-ревізійної служби, рибоохорони, державної лісової охорони, інші органи, що здійснюють правозастосовні або правоохоронні функції.

Проте, здійснення спеціальних оперативно-розшукових та слідчих дій щодо розкриття злочину, передбаченого ч. 4 ст. 258, покладено саме на Службу безпеки України.

Якщо особа за певних обставин зробила добровільне повідомлення про вчинені нею злочинні діяння, передбачені ч. 4 ст. 258, не правоохоронному, а іншому державному органу чи органу місцевого самоврядування, це не виключає можливості звільнення її від кримінальної відповідальності на підставі ч. 5 ст. 258, оскільки зазначені органи та їх службові особи зобов'язані передати зроблене повідомлення до відповідних правоохоронних органів.

Другий обов'язковий елемент посткримінальної поведінки особи включає в себе альтернативу, а саме: ця особа зобов'язана сприяти або припиненню існування або діяльності терористичної групи чи терористичної організації, або розкриттю злочинів, вчинених у зв'язку із створенням або діяльністю такої групи чи організації.

Вочевидь, особа повинна сприяти і тому, і іншому разом, якщо вона володіє необхідною для цього інформацією і можливістю здійснювати певні вчинки. Але, наявність другого елементу необхідної посткримінальної поведінки буде мати місце і у випадках, якщо особа сприяла лише одному із двох варіантів розкриття злочинної діяльності терористичної групи чи терористичної організації за відсутності у неї інформації про другий варіант.

Сприяння припиненню існування або діяльності терористичної групи чи терористичної організації – це надання даною особою відомостей відповідному правоохоронному органу, на підставі яких останній має реальну можливість нейтралізувати існуючу терористичну групу чи організацію, які в даний час не здійснюють злочинної діяльності, або припинити їх злочинну діяльність на стадії готування до злочину чи замаху на вчинення злочину, або навіть припинити таку діяльність після вчинення злочину (наприклад, терористичного акту).

Сприяння розкриттю злочинів, вчинених у зв'язку із створенням або діяльністю терористичної групи чи терористичної організації – це надання даною особою допомоги в отриманні доказів щодо тих злочинів, які були вчинені іншими особами у процесі створення або в період існування та діяльності терористичної групи чи терористичної

¹ Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 11. – Ст. 50.

організації. Це стосується не тільки вчинених чи підготовлюваних терористичних актів, а й інших злочинів, які були вчинені у зазначений час (наприклад, незаконне викрадення чи виготовлення вибухівки, підробка документів, зловживання владою чи службовими повноваженнями тощо). Єдине обмеження стосується лише тих злочинів, які були вчинені саме у зв'язку із створенням або діяльністю терористичної групи чи терористичної організації. Неповідомлення про інші злочини, які не мають зв'язку із створенням та діяльністю зазначених злочинних об'єднань, не виключає підстави для звільнення даної особи від кримінальної відповідальності на основі ч. 5 ст. 258 КК.

3. Особа, яка підлягає імперативному і безумовному звільненню від кримінальної відповідальності на підставі ч. 5 ст. 258, – це суб'єкт зазначених вище трьох злочинних діянь, тобто фізична, осудна особа, що досягла 14 років, яка, по-перше, не є організатором чи керівником терористичної групи чи терористичної організації, і, по-друге, при вчиненні злочинних діянь, передбачених ч. 4 ст. 258, не вчинила інших дій, які б містили склад іншого злочину. Таким чином, звільненню від кримінальної відповідальності на підставі ч. 5 ст. 258 підлягає виконавець, підбурювач та пособник створення терористичної групи чи організації, участі в ній або сприяння їх діяльності за умови, що в процесі таких злочинних діянь зазначені суб'єкти не вчинили ніякого іншого злочину.

Вочевидь, що останнє обмеження, що містить ч. 5 ст. 258, фактично зводить нанівець можливість звільнення особи від кримінальної відповідальності на основі спеціальної норми, передбаченої ч. 5 ст. 258.

3.7. Звільнення особи від кримінальної відповідальності за створення не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань та за участь у їх діяльності (ч. 6 ст. 260)

Стаття 260. Створення не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань

1. Створення не передбачених законами України воєнізованих формувань або участь у їх діяльності –

карається позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

2. Створення не передбачених законом збройних формувань або участь у їх діяльності –

карається позбавленням волі на строк від трьох до восьми років.

3. Керівництво зазначеними в частинах першій або другій цієї статті формуваннями, їх фінансування, постачання їм зброї, боєприпасів, вибухових речовин чи військової техніки, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

4. Участь у складі передбачених частинами першою або другою цієї статті формувань у нападі на підприємства, установи, організації чи на громадян, – карається позбавленням волі на строк від семи до дванадцяти років.

5. Діяння, передбачене частиною четвертою цієї статті, що призвело до загибелі людей чи інших тяжких наслідків, –

карається позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років.

6. Звільняється від кримінальної відповідальності за цією статтею особа, яка перебувала в складі зазначених у цій статті формувань, за дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вона добровільно вийшла з такого формування і повідомила про його існування органи державної влади чи органи місцевого самоврядування.

П р и м і т к и. 1. Під воєнізованими слід розуміти формування, які мають організаційну структуру військового типу, а саме: єдиноначальність, підпорядкованість та дисципліну, і в яких проводиться військова або стройова чи фізична підготовка.

2. Під збройними формуваннями слід розуміти воєнізовані групи, які незаконно мають на озброєнні придатну для використання вогнепальну, вибухову чи іншу зброю.

1. Передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності за ч. 6 ст. 260 є вчинення нею злочинних дій, передбачених ч. 1 або ч. 2 ст. 260, а саме: 1) створення не передбачених законами України воєнізованих формувань або участь в їх діяльності або 2) створення не передбачених законом збройних формувань чи участь у їх діяльності.

Під воєнізованими слід розуміти формування, які мають організаційну структуру військового типу, а саме: єдиноначальність, підпорядкованість та дисципліну, і в яких проводиться військова або стройова чи фізична підготовка (примітка 1 до ст. 260). Це може включати в себе поділ формування на підрозділи з визначенням особливого складу кожного з них та підпорядкованості відповідних структурних частин; встановлення військових або інших звань; дотримання субординації; використання одностроїв, знаків розрізнення; застосування засобів впливу та заохочення, характерних для війська; воєнізований характер завдань і методів, які ставляться перед такою організацією, засобів, які нею використовуються. Зазначене може вказувати, що організація ставить перед собою специфічні завдання, які можуть покладатися лише на офіційно створені формування¹.

Під збройними формуваннями слід розуміти воєнізовані групи, які незаконно мають на озброєнні придатну для використання вогнепальну, вибухову чи іншу зброю (примітка 2 до ст. 260).

Обов'язковою ознакою є *незаконність* створення воєнізованого або збройного формування. Відповідно до Конституції України, «на території України забороняється створення і функціонування будь-яких збройних формувань, не передбачених законом» (ч. 6 ст. 17), «політичні партії та громадські організації не можуть мати воєнізованих формувань» (ч. 2 ст. 37 КК). Згідно із Законом України «Про об'єднання громадян» від 16 червня 1992 р., не підлягають легалізації, а діяльність легалізованих об'єднань громадян забороняється, якщо їх метою є «створення незаконних воєнізованих формувань» (абз. 5 ст. 4)².

Таким чином, незаконними є воєнізовані формування, створення яких заборонено Конституцією України, а також воєнізовані і збройні формування, не передбачені законами України. Незаконними є і ті воєнізовані або збройні формування, які всупереч Конституції України та законам України створюються за рішеннями органів влади або органів місцевого самоврядування³.

Під створенням не передбачених законами України воєнізованих формувань необхідно розуміти утворення (організацію, заснування) хоча б одного такого формування. Створення незаконного воєнізованого формування може виявлятися в різних діях, які призвели до його організації (підбір особового складу формування, встановлення певної структури та введення підпорядкованості і дисципліни, обладнання приміщення, пристосування місцевості, систематичне проведення стройової чи фізичної підготовки тощо).

Злочин, що розглядається, є злочином з формальним усіченим складом, який вважається закінченим з моменту створення воєнізованого або збройного формування, навіть якщо не вчинено жодної дії, заради якої вони були створені.

Під створенням не передбачених законами України збройних формувань розуміють результат організаційної та іншої діяльності однієї чи декількох осіб, що призвело до утворення незаконного збройного формування, тобто групи з двох чи більше осіб, які незаконно володіють придатною для використання зброєю.

¹ Див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка... – С. 640.

² ВВР. – 1992. – № 34. – Ст. 50.

³ Див.: Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація... – С. 723.

Участю у діяльності не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань, в першу чергу, вважається членство в таких формуваннях, перебування у їх складі та виконання будь-яких дій для їх успішного функціонування. Участь у діяльності таких формувань може включати, наприклад, вирішення завдань громадсько-політичного характеру методами військових операцій – заволодіння певними приміщеннями чи їх утримання; силова підтримка владних структур; придушення збройного чи іншого організованого або масового опору владі; депортація населення; встановлення режиму воєнного стану; знищення живої сили противника та його матеріальних засобів тощо.

2. Підстава звільнення особи від кримінальної відповідальності за злочини, передбачені ч. 1 та ч. 2 ст. 260, є певна посткримінальна поведінка цієї особи, яка включає в себе єдність двох елементів: 1) добровільний вихід даної особи з незаконного воєнізованого чи збройного формування і 2) повідомлення про його існування органам державної влади чи органам місцевого самоврядування.

Добровільний вихід з воєнізованого чи збройного формування – це безповоротний вихід особи з власної волі (без примусу з боку інших осіб чи правоохоронних органів) з різних мотивів зі злочинного формування, при усвідомленні нею можливості продовження участі в ньому.

Необов'язково, щоб про вихід із воєнізованого чи збройного формування були поінформовані керівники цих формувань. Важливо, щоб особа припинила за своєю волею членство в такому формуванні.

Повідомлення про існування воєнізованого чи збройного формування – це надання особою відомої їй інформації в будь-якій формі органам державної влади чи органам місцевого самоврядування про таке формування (наприклад, його місцезнаходження, керівників, місць проведення військової, стройової чи фізичної підготовки, наявність зброї тощо).

Органами державної влади є органи законодавчої, судової та виконавчої влади, в тому числі місцеві державні адміністрації, а також правоохоронні органи, в тому числі органи прокуратури, Служби безпеки, внутрішніх справ тощо.

Органами місцевого самоврядування є сільські, селищні, міські ради, що представляють відповідні територіальні громади та здійснюють від їх імені та в їх інтересах функції і повноваження місцевого самоврядування, а також обласні та районні ради, що представляють спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ, міст, у межах повноважень, визначених Конституцією України та іншими законами, а також місцевими радами.

3. Особою, яка підлягає імперативному і безумовному звільненню від кримінальної відповідальності за ч. 6 ст. 260, є суб'єкт зазначених дій, передбачених ч. 1 та ч. 2 ст. 260, тобто осудна особа, яка досягла 16 років до дня вчинення цих дій, посткримінальна поведінка якої відповідає ознакам, передбаченим ч. 6 ст. 260. Такою особою може бути не тільки рядовий член незаконного воєнізованого чи збройного формування, а й організатор чи керівник такого формування, а також і інші співучасники зазначених злочинних дій, тобто підбурювачі і пособники.

3.8. Звільнення особи від кримінальної відповідальності за незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами або вибуховими речовинами (ч. 3 ст. 263)

Стаття 263. Незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами або вибуховими речовинами

1. Носіння, зберігання, придбання, виготовлення, ремонт, передача чи збут вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв без передбаченого законом дозволу –

караються позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

2. Носіння, виготовлення, ремонт або збут кинджалів, фінських ножів, кастетів чи іншої холодної зброї без передбаченого законом дозволу –

караються штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк від двох до п'яти років, або позбавленням волі на строк до трьох років.

3. Звільняється від кримінальної відповідальності особа, яка вчинила злочин, передбачений частинами першою або другою цієї статті, якщо вона добровільно здала органам влади зброю, бойові припаси, вибухові речовини або вибухові пристрої.

1. Передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ч. 1 або ч. 2 ст. 263, є вчинення одного чи декількох злочинних діянь, передбачених ч. 1 або ч. 2 ст. 263, а саме: 1) носіння, 2) зберігання, 3) придбання, 4) виготовлення, 5) ремонт, 6) передача чи 7) збут вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв, а також 8) носіння, 9) виготовлення, 10) ремонт або 11) збут кинджалів, фінських ножів, кастетів чи іншої холодної зброї без передбаченого законом дозволу.

Вогнепальна зброя – це зброя, призначена для механічного ураження цілі на відстані снарядом, який отримує напрям руху за рахунок енергії порохового чи іншого заряду. До вогнепальної зброї належать усі види бойової, спортивної, нарізної, мисливської (крім гладкоствольної мисливської) зброї, для проведення пострілу з якої використовується сила тиску газів, що утворюються при згоранні вибухової речовини (пороху або інших спеціальних горючих сумішей)¹.

Бойові припаси – це патрони до нарізної вогнепальної зброї різних калібрів, артилерійські снаряди, бомби, міни, гранати, бойові частини ракет і торпед та інші вироби у зібраному вигляді, споряджені вибуховою речовиною і призначені для стрільби з вогнепальної зброї чи для вчинення вибуху.

Вибухові речовини – це порох, динаміт, тротил, нітрогліцерин та інші хімічні речовини, їх сполуки або суміші, здатні вибухнути без доступу кисню.

Вибухові пристрої – це пристрої, споряджені вибуховою речовиною і призначені для вчинення вибуху.

Кинджали – це колючо-рубаюча і колючо-ріжуча зброя. *Фінські ножі* – колючо-ріжуча зброя. *Кастети* – ударно-роздроблююча зброя.

Інша холодна зброя – це предмети, які відповідають стандартним зразкам або історично виробленим типам зброї, чи інші предмети, що справляють колючий, колючо-ріжучий, рубаючий, роздроблюючий або ударний ефект (багнет, стилет, арбалет, нунчаки тощо)². До холодної зброї належать пристрої та предмети, конструктивно призначені для ураження живої чи іншої цілі за допомогою м'язової сили людини чи механічного пристрою (може бути холодною ручною та холодною металюною). На відміну від вогнепальної зброї, застосування холодної зброї і її дія не пов'язані з використанням вибухових речовин і ураження цілей досягається безпосереднім впливом спеціально пристосованої поверхні зброї.

Зброя, бойові припаси, вибухові речовини та вибухові пристрої як предмет злочину, передбаченого ст. 263 КК, мають бути придатними до використання за цільовим призначенням³.

¹ П. 8.11 наказу МВС «Про затвердження Інструкції про порядок виготовлення, придбання, зберігання, обліку, перевезення та використання вогнепальної, пневматичної і холодної зброї, а також боєприпасів до зброї та вибухових матеріалів» від 21 серпня 1998 р. № 622 (ОВУ. – 1998. – № 42. – Ст. 1574).

² П. 8 Постанови ПВСУ «Про судову практику в справах про викрадення та інше незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями чи радіоактивними матеріалами» від 26 квітня 2002 р. № 3 (ЮВУ. – 2002. – 29 червня – 5 липня. – № 26 (366)).

³ П. 10 зазначеної Постанови ПВСУ.

Незаконне носіння холодної, вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв є вчинені без передбаченого законом дозволу дії щодо їх переміщення, транспортування особою безпосередньо при собі (в руках, одязі, сумці, спеціальному футлярі, транспортному засобі тощо)¹. Для визнання факту носіння зброї не має значення час, протягом якого вона знаходилася у винного².

Під *незаконним зберіганням* вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин чи вибухових пристроїв розуміються умисні дії, які полягають у володінні (незалежно від тривалості в часі) без відповідного дозволу або із простроченням його дії будь-яким із зазначених предметів, що знаходиться не при особі, а в обраному нею місці³.

Незаконне носіння та зберігання зброї, бойових припасів, вибухових речовин є триваючим злочином, що характеризується безперервним здійсненням його складу. Він починається з того моменту, коли зазначені предмети опинилися у незаконному володінні винного, і триває на стадії закінченого злочину до настання подій, що переривають вчинення таких діянь чи до вчинення винним дій, які припиняють такий стан⁴.

Незаконним придбанням вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв слід вважати дії, пов'язані з їх набуттям (за винятком викрадення, привласнення, вимагання або заволодіння шляхом шахрайства чи зловживання службовим становищем) всупереч передбаченому законом порядку – в результаті купівлі, обміну, привласнення знайденого, одержання як подарунок, на відшкодування боргу тощо⁵.

Під *незаконним виготовленням* холодної, вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв потрібно розуміти вчинені без передбаченого законом дозволу дії по їх створенню чи переробленню, внаслідок чого вони набувають відповідних характерних властивостей. Незаконне придбання зазначених предметів є закінченим злочином з моменту отримання цих предметів набувачем⁶. Такими діями, зокрема, є перероблення ракетниці, стартового, будівельного, газового пістолета, інших пристроїв, пристосованих для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями металічними снарядами не смертельної дії, у зброю, придатну до стрільби, або мисливської (у тому числі гладкоствольної) рушниці – в обріз, виготовлення вибухових речовин, вибухових пристроїв чи боєприпасів з використанням будь-яких компонентів, які самі по собі не є вибухівкою, але внаслідок цих дій набувають здатності до вибуху, тощо⁷.

Ремонт холодної, вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів або вибухових пристроїв – це таке відновлення характерних властивостей зазначених предметів шляхом заміни або реставрації зношених чи непридатних з інших причин частин, механізмів, усунення дефектів, поломок чи пошкоджень, налагодження нормального функціонування різних частин і механізмів, внаслідок якого ці предмети стають придатними до використання за цільовим призначенням⁸.

Незаконне виготовлення та ремонт є закінченими злочинами, якщо виготовлений предмет може бути використаний як зброя, боєприпаси, вибухові речовини або вибуховий пристрій незалежно від незавершеності тих чи інших частин або оздоблювальних (оброблювальних) робіт.

¹ Абз. 2 п. 11 Постанови ПВСУ.

² Тихий В. П. Уголовно-правовая охрана общественной безопасности. – Х.: Вища школа, 1981. – С. 54.

³ Абз. 1 п. 11 зазначеної Постанови ПВСУ.

⁴ Тихий В. П. Цит. праця. – С. 55.

⁵ П. 12 зазначеної Постанови ПВСУ.

⁶ Тихий В. П. Цит. праця. – С. 59.

⁷ П. 13 зазначеної Постанови ПВСУ.

⁸ П. 14 зазначеної Постанови ПВСУ.

Під *незаконною передачею* вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв слід розуміти надання цих предметів іншій особі у володіння, для тимчасового зберігання чи використання за цільовим призначенням без передбаченого законом дозволу¹.

Незаконний збут холодної, вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв полягає в умисній передачі їх іншій особі поза встановленим порядком шляхом продажу, обміну, дарування, сплати боргу тощо². Незаконна передача та збут є закінченими з моменту отримання набувачем згаданих предметів у володіння.

Поводження зі зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами або вибуховими пристроями тягне кримінальну відповідальність лише у випадках, коли воно вчиняється без передбаченого законом дозволу, тобто є незаконним. Дозвіл на право носіння, зберігання, придбання, виготовлення, ремонт та збут зброї, бойових припасів та вибухових речовин надається органами МВС, які здійснюють дозвільну систему. Військовослужбовцям, працівникам МВС та співробітникам СБУ дозвіл на носіння вогнепальної зброї видають відповідні начальники³.

При вирішенні питання, чи є *незаконним* носіння, зберігання, придбання, виготовлення, ремонт, передача чи збут вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), а також носіння, виготовлення, ремонт або збут холодної зброї, бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв, судам необхідно керуватися «Положенням про дозвільну систему», затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 12 жовтня 1992 р. № 576 з наступними змінами, «Інструкцією про порядок виготовлення, придбання, зберігання, обліку, перевезення та використання вогнепальної, пневматичної і холодної зброї, пристроїв вітчизняного виробництва для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями металевими снарядами несмертельної дії, та зазначених патронів, а також боеприпасів до зброї та вибухових матеріалів», затвердженою наказом Міністерства внутрішніх справ України від 21 серпня 1998 р. № 622; зі змінами, внесеними наказом від 13 квітня 1999 р. № 292, та іншими нормативно-правовими актами.

2. Підстава звільнення особи від кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ч. 1 або ч. 2 ст. 263, являє собою посткримінальну поведінку цієї особи, яка повинна виражатися в добровільній здачі органам влади зброї, бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв.

Здача зазначених предметів – це передача їх даною особою органам влади. Така передача може здійснюватися як особисто цією особою в приміщенні відповідних органів влади, так і іншим способом (наприклад, повідомлення органів влади про знаходження складу зброї і вказівка цього місця тощо).

Добровільність здачі зброї, бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв, передбачає усвідомлення особою фактичної можливості продовжувати володіння та розпорядження ними, незалежно від того, чи існувала в дійсності така можливість. Якщо особа помилково вважала, що може і надалі незаконно володіти зброєю, але все ж таки здає її, то це також вважається добровільною здачею зброї. Але здача зброї не може визнаватися добровільною, якщо особа переконалася в тому, що приховувати її стало неможливим. Таким чином, *під добровільною здачею зброї слід розуміти повну, за своєю волею, з різних мотивів здачу зброї, коли особа усвідомлює фактичну можливість подальшого незаконного володіння нею*⁴. Для звільнення від

¹ П. 15 зазначеної Постанови ПВСУ.

² П. 16 зазначеної Постанови ПВСУ.

³ Див.: Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – С. 736.

⁴ Див.: Тихий В. П. Цит. праця. – С. 88.

кримінальної відповідальності потрібно, щоб особа здала всю вогнепальну чи холодну зброю, усі боєприпаси, вибухові речовини та вибухові пристрої. Задача лише частини цих предметів не становить передумови звільнення особи від кримінальної відповідальності.

Адресат задачі зазначених предметів – органи влади, тобто органи державної влади і місцевого самоврядування.

Органи державної влади – це органи законодавчої, судової та виконавчої влади, в тому числі правоохоронні органи, а також місцеві державні адміністрації.

Органи місцевого самоврядування – сільські, селищні, міські ради, що представляють відповідні територіальні громади та здійснюють від їх імені та в їх інтересах функції і повноваження місцевого самоврядування, а також обласні та районні ради, що представляють спільні інтереси територіальних громад селищ, міст, у межах повноважень, визначених Конституцією України та іншими законами, а також повноважень, переданих їм сільськими, селищними, міськими радами.

3. Особою, яка підлягає імперативному і безумовному звільненню від кримінальної відповідальності за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 та ч. 2 ст. 263, є суб'єкт цього злочину, тобто особа осудна, яка досягла 16-річного віку до дня його вчинення і посткримінальна поведінка якої відповідає ознакам, передбаченим в ч. 3 ст. 263. Такою особою може бути як виконавець злочину, так і інший співучасник (організатор, підбурювач, пособник).

3.9. Звільнення особи від кримінальної відповідальності за незаконне заволодіння транспортним засобом (ч. 4 ст. 289)

Стаття 289. Незаконне заволодіння транспортним засобом

1. Незаконне заволодіння транспортним засобом з будь-якою метою – карається штрафом від однієї тисячі до однієї тисячі двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років.

2. Ті самі дії, вчинені за попередньою змовою групою осіб або повторно, або поєднані з насильством, що не є небезпечним для життя або здоров'я потерпілого, або з погрозою застосування такого насильства, або вчинені з проникненням у приміщення чи інше сховище, або якщо вони завдали значної матеріальної шкоди потерпілому, – караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, поєднані з насильством, небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або з погрозою застосування такого насильства, або вчинені організованою групою, або щодо транспортного засобу, вартість якого у двісті п'ятдесят разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, – караються позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років з конфіскацією майна.

4. Звільняється від кримінальної відповідальності судом особа, яка вперше вчинила дії, передбачені цією статтею (за винятком випадків незаконного заволодіння транспортним засобом із застосуванням будь-якого насильства до потерпілого чи погрозою застосування такого насильства), але добровільно заявила про це правоохоронним органам, повернула транспортний засіб власнику і повністю відшкодувала завдані збитки.

Примітка.

1. Під незаконним заволодінням транспортним засобом у цій статті слід розуміти вчинене умисно, з будь-якою метою протиправне вилучення будь-яким способом транспортного засобу у власника чи користувача всупереч їх волі.

2. Відповідно до частини другої цієї статті під повторністю слід розуміти вчинення таких дій особою, яка раніше вчинила незаконне заволодіння транспортним засобом або злочин, передбачений статтями 185, 186, 187, 189-191, 262 цього Кодексу.

1. Передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності за незаконне заволодіння транспортним засобом є вчинення вперше цією особою дій, передбачених частинами 1-3 ст. 289, за винятком незаконного заволодіння транспортним засобом із застосуванням будь-якого насильства до потерпілого чи погрозою застосування такого насильства.

Таким чином, ч. 4 ст. 289 містить два обмеження щодо визначення зазначеної вище передумови звільнення особи від кримінальної відповідальності, а саме: 1) незаконне заволодіння транспортним засобом особа повинна вчинити вперше і 2) такі дії повинні бути вчинені нею без застосування будь-якого насильства (фізичного чи психічного) до потерпілого.

Незаконне заволодіння транспортним засобом визнається вчиненим особою вперше, якщо: 1) ця особа фактично в перший раз вчинила такий злочин; 2) ця особа вже раніше вчинила такий злочин, але до дня його повторного вчинення спливи строки давності, передбачені ст. 49; 3) ця особа раніше вчинила такий злочин, але до дня вчинення нового заволодіння транспортним засобом була звільнена від кримінальної відповідальності за підставами, передбаченими законом; нарешті, 4) ця особа раніше була засуджена за вчинення незаконного заволодіння транспортним засобом, але до дня вчинення нового такого злочину судимість за раніше вчинений злочин була погашена чи знята.

При визначенні випадків незаконного заволодіння транспортним засобом із застосуванням будь-якого насильства до потерпілого чи погрозою застосування такого насильства слід виходити із обмежувального тлумачення положень ч. 4 ст. 289. Вочевидь, що слова закону «будь-якого насильства» треба розуміти таким чином, що мова йде як про насильство, що є небезпечним для життя і здоров'я потерпілого, так і про насильство, що не є небезпечним для життя і здоров'я потерпілого. Інакше кажучи, мова йде про два види насильства та погрози його застосування, які передбачені в ч. 2 та ч. 3 ст. 289.

Потерпілим у таких випадках визнається особа, у володінні якої знаходився транспортний засіб і до якої було застосоване зазначене вище фізичне чи психічне насильство з метою заволодіння транспортним засобом.

Таким чином, з урахуванням зазначених вище обмежень, передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності за вчинення злочину, передбаченого частинами 1-3 ст. 289, є вчинення цією особою хоча б одного із нижчезазначених злочинних діянь:

- 1) незаконне заволодіння транспортним засобом з будь-якою метою, вчинене одноособово;
- 2) ті ж самі дії, вчинені даною особою в групі осіб за попередньою змовою;
- 3) ті ж самі дії, вчинені одноособово чи за попередньою змовою групою осіб із проникненням у приміщення чи інше сховище;
- 4) ті ж самі дії, що завдали значної матеріальної шкоди потерпілому;
- 5) незаконне заволодіння транспортним засобом з будь-якою метою, вчинене даною особою у складі організованої групи;
- 6) незаконне заволодіння з будь-якою метою транспортним засобом, вартість якого в двісті п'ятдесят разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Згідно з приміткою до ст. 286, під *транспортними засобами* слід розуміти всі види автомобілів, трактори та інші самохідні машини, трамваї і тролейбуси, а також мотоцикли та інші механічні транспортні засоби. Загальне поняття механічного транспортного засобу визначено у п. 1.9. Правил дорожнього руху: це транспортний засіб, що приводиться в рух з допомогою двигуна. Поняттям «інші самохідні машини» охоплюються дорожні, будівельні, сільськогосподарські та інші подібні спеціальні самохідні машини (автокрани, екскаватори, скрепери, грейдери тощо).

Розглянемо детальніше види злочинних діянь, які є передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності за ч. 4 ст. 289.

Згідно з приміткою до ст. 289, *незаконним заволодінням* визнається вчинене умисно з будь-якою метою протиправне вилучення будь-яким способом транспортного засобу у власника чи користувача всупереч їх волі. Заволодіння транспортним засобом може здійснюватись шляхом запуску двигуна або на буксирі з допомогою іншого транспортного засобу, таємно або відкрито, шляхом обману чи зловживання довірою з місця його стоянки або під час руху транспортного засобу, коли винна особа примушує водія виконувати його розпорядження і їхати у вказаному напрямку тощо.

Не є незаконною поїздка на транспортному засобі в стані крайньої необхідності, наприклад, для того, щоб терміново доставити тяжко хвору людину до лікарні чи для гасіння пожежі, або усунення іншої небезпеки, що безпосередньо загрожує особі чи охоронюваним законом правам особи, суспільним чи державним інтересам тощо, якщо це була єдина можливість усунути небезпеку.

Закінченим цей злочин є з моменту початку руху транспортного засобу з допомогою двигуна чи шляхом буксирування. Якщо заволодіння транспортним засобом вчинюється під час його руху, то закінченим цей злочин є з моменту встановлення контролю над транспортним засобом. Проникнення в кабінку, гараж чи інше сховище, спроба запустити двигун або буксирувати мають розглядатися як замах на вчинення цього злочину.

Заволодіння транспортним засобом за попередньою змовою групою осіб має місце у тих випадках, якщо таке заволодіння спільно (як співвиконавці чи з розподілом ролей) вчинили дана особа з ще одним чи більше суб'єктами злочину, передбаченого ст. 289, які заздалегідь, тобто на етапі готування, до початку цього злочину домовилися про спільне його вчинення (ч. 2 ст. 28).

Заволодіння транспортним засобом з проникненням у приміщення чи інше сховище передбачає певне місце та спосіб вчинення даного злочину, а саме проникнення у приміщення чи інше сховище.

Проникнення – це протиправне вторгнення у приміщення або інше сховище з метою заволодіння транспортним засобом. Воно може здійснюватися таємно або відкрито, з подоланням перешкод або опору людей. Вторгнення може вчинюватися і шляхом обману або підкупу людей всупереч волі особи, яка охороняє транспортні засоби.

Приміщенням визнається будівля, споруда, яка призначена для розміщення транспортних засобів або іншого майна. *Інше сховище* – це призначені для постійного чи тимчасового збереження (стоянки) транспортних засобів ділянки території, які обладнані огорожею, навісом, іншими технічними засобами чи забезпечені охороною.

Незаконне заволодіння транспортним засобом, що завдало значної матеріальної шкоди потерпілому, – це такі дії, які завдали потерпілому прямі чи непрямі матеріальні збитки на значну суму. Розмір цієї суми в законі не визначений і є оціночним поняттям. При визначенні цієї суми необхідно враховувати вартість ремонту, якщо транспортний засіб було пошкоджено при незаконному заволодінні та використанні, вартість паливно-мастильних матеріалів, що були витрачені при використанні транспортного засобу, амортизаційні витрати, витрати, пов'язані з необхідністю користуватися іншим засобом на час відсутності транспорту, а також неотримані прибутки внаслідок того, що власник чи користувач не мав можливості використовувати транспортний засіб за його призначенням – для перевезення пасажирів, вантажів чи виконання робіт.

Незаконне заволодіння транспортним засобом організованою групою – має місце там, де його вчинила дана особа разом з двома чи більше суб'єктами цього злочину (незалежно від тієї ролі, яку виконував у злочині кожен із них), які попередньо об'єдналися у стійке об'єднання для вчинення цього та іншого (інших) злочинів, об'єднаних єдиним планом з розподілом функцій учасників групи, спрямованих на досягнення цього плану, відомого всім учасникам групи.

Незаконне заволодіння транспортним засобом, вартість якого у двісті п'ятдесят раз перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян – це вчинення такого діяння даною особою одноосібно чи в групі осіб за попередньою змовою або в складі організованої групи з проникненням чи ні в приміщення чи інше сховище, якщо вартість транспортного засобу становить на день вчинення злочину 15 375 грн.

2. Підставою звільнення особи від кримінальної відповідальності за зазначені вище злочинні дії є її певна посткримінальна поведінка, що включає в себе у своїй єдності три елементи: 1) добровільну заяву правоохоронним органам про вчинені злочинні дії; 2) повернення власнику транспортного засобу і 3) повне відшкодування завданих збитків.

Добровільна заява особи про вчинені нею злочинні дії – це усне чи письмове її повідомлення правоохоронним органам про всі обставини вчиненого нею незаконного заволодіння транспортним засобом.

Правоохоронними визнаються органи держави, які здійснюють правозастосовні та правоохоронні функції (органи прокуратури, внутрішніх справ, служби безпеки, органи охорони державного кордону, органи державної податкової служби, органи і установи виконання покарань тощо).

Повернення транспортного засобу власнику – має місце у разі передачі транспортного засобу як предмета злочину законному власникові або користувачеві.

Повне відшкодування завданих збитків – це може бути ремонт або відновлення транспортного засобу, або повне матеріальне відшкодування у вигляді грошей, які необхідні для ремонту, поповнення запасу пального чи виправлення іншої шкоди. Збитки можуть бути відшкодовані як винним, так і іншими особами замість нього.

3. Особою, яка підлягає імперативному та безумовному звільненню від кримінальної відповідальності на підставі ч. 4 ст. 289, є суб'єкт злочинних діянь, передбачених частинами 1-3 ст. 289, за наявності зазначених вище передумови та підстави.

Якщо особа вчинила злочинні діяння, передбачені ч. 1 ст. 289, вона має досягти 16-річного віку до дня вчинення зазначених дій, а при вчиненні злочинних дій, передбачених ч. 2 та ч. 3 ст. 289, – 14-річного віку. Крім того, не визнаються суб'єктами даного злочину, а, отже, і особами, які підлягають звільненню від кримінальної відповідальності за ч. 5 ст. 289, особи, що мають особисті взаємини чи службові стосунки з власником такого транспортного засобу: членів сім'ї власника або користувача транспортного засобу; водіїв транспортних засобів, які належать державним чи громадським організаціям, які без належного дозволу здійснюють поїздки на закріпленому за ним транспортному засобі; а також службові особи підприємства, які мають право розпоряджатись користуванням чи експлуатацією транспортних засобів. Не визнаються суб'єктами цього злочину охоронці гаражів та стоянок транспортних засобів, слюсарі, які ремонтують або обслуговують транспортні засоби¹.

3.10. Звільнення особи від кримінальної відповідальності за незаконний обіг наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів з метою збуту (ч. 4 ст. 307)

Стаття 307. Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання чи збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів

1. Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання з метою збуту, а також незаконний збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів –

караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми років.

¹ Див.: Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За ред. В. В. Сташиса, В. Я. Таційя... – С. 792; Куринюк Б. А. Автотранспортные преступления. Квалификация и ответственность. – М.: Юрид. лит-ра, 1976. – С. 148.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 308-310, 312, 314, 315, 317 цього Кодексу, або із залученням неповнолітнього, а також збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів у місцях, що призначені для проведення навчальних, спортивних і культурних заходів, та в інших місцях масового перебування громадян, або збут чи передача цих речовин у місця позбавлення волі, або якщо предметом таких дій були наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналоги у великих розмірах чи особливо небезпечні наркотичні засоби або психотропні речовини, – караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з конфіскацією майна.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені організованою групою, а також якщо предметом таких дій були наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналоги в особливо великих розмірах, або вчинені із залученням малолітнього або щодо малолітнього, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до дванадцяти років з конфіскацією майна.

4. Особа, яка добровільно здала наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналоги і вказала джерело їх придбання або сприяла розкриттю злочинів, пов'язаних з їх незаконним обігом, звільняється від кримінальної відповідальності за незаконне їх виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання (частина перша цієї статті, частина перша статті 309 цього Кодексу).

1. Передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності за діяння, передбачені ч. 1 ст. 307, є вчинення нею одноосібно незаконного виробництва, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання з метою збуту, а також незаконний збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів.

Поняття та ознаки наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів тощо визначаються в Законі України «Про обіг в Україні наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів» в редакції від 8 липня 1999 р.¹ При цьому всі ці предмети (крім аналогів) передбачені Переліком наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів (далі – Перелік), який складений відповідно до законодавства і міжнародних зобов'язань України і затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 6 травня 2000 р. № 770². Перелік складається з чотирьох таблиць (Таблиці I, II, III і IV), кожна з яких включає Список № 1 і Список № 2, а Таблиця I – ще й Список № 3. Ці списки містять перелік наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, обіг яких в Україні або взагалі заборонений (наприклад, Списки № 1 і 2 Таблиці I), або обмежений, але щодо якого встановлюються заходи контролю різного ступеня суворості.

Наркотичні засоби – це включені до Переліку речовини природного чи синтетичного походження, препарати, рослини, які становлять небезпеку для здоров'я населення у разі зловживання ними. Наркотичні засоби рослинного походження – похідні різних сортів конопель (анаша, марихуана, гашиш тощо), опійні препарати, кокаїн; синтетичні наркотики – це наркотики, синтезовані в хімічних лабораторіях (часто в кустарних) з різних хімічних речовин (наприклад, перветин, метадон, фентаніл, фенамін, мелоквалон та ін.).

Психотропні речовини – це включені до Переліку речовини природного чи синтетичного походження, препарати, природні матеріали, які здатні викликати стан залежності та чинити депресивний або стимулюючий вплив на центральну нервову систему або викликати порушення сприйняття, емоцій, мислення чи поведінки, і ста-

¹ Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 36. – Ст. 317.

² Офіційний вісник України. – 2000. – № 19. – Ст. 789.

новлять небезпеку для здоров'я населення у разі зловживання ними. Зловживання психотропними речовинами спричиняє захворювання на токсикоманію. До наркотичних засобів і психотропних речовин належить значна кількість лікарських препаратів. Під час створення нового фармацевтичного препарату визначається і вивчається низка продуктів, що мають подібні властивості, але дещо відрізняються за своєю молекулярною структурою. Це так звані аналоги. До психотропних речовин відносять мескалін, амфетамін, барбітал, діазепам, феназепам, АСД тощо.

Аналоги наркотичних засобів і психотропних речовин – це заборонені до обігу в Україні речовини природного чи синтетичного походження, не включені до Переліку, хімічна структура і властивості яких подібні хімічній структурі та властивостям наркотичних засобів і психотропних речовин, психоактивну дію яких ці речовини відтворюють. Зазвичай виготовлення наркотиків-аналогів має місце при створенні нового фармацевтичного препарату, в ході якого визначається і вивчається низка речовин, які мають порівнянні властивості, але дещо відрізняються своєю молекулярною структурою.

За змістом законів «Про обіг в Україні наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів» від 15 лютого 1995 р. № 60/95-ВР та «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними» від 15 лютого 1995 р. № 62/95-ВР під *незаконним виробництвом* наркотичних засобів, психотропних речовин слід розуміти дії, пов'язані з незаконним одержанням нарковмісної сировини з рослин, які їх містять, у тому числі – відокремлення макової соломи, опію від рослин опієвмісного маку або ж листя, суцвіть, пилку, смоли – від конопель (п. 3 Постанови Пленуму Верховного Суду «Про судову практику у справах про злочини в сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів» від 26 квітня 2002 р. № 4).

У ст. 1 Закону України «Про обіг в Україні наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів» виробництво наркотичних засобів, психотропних речовин визначається як «усі дії, пов'язані з серійним їх одержанням із хімічних речовин чи рослин». Отже, під *виробництвом*, вочевидь, розуміють промисловий спосіб виготовлення зазначених засобів і речовин (тобто, виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин із застосуванням спеціального або спеціально пристосованого обладнання тощо).

Незаконне виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів – це усі протиправні дії (за винятком виробництва), включаючи рафінування та екстракцію, в результаті яких наркотичні засоби одержуються, а також перетворюються на інші готові до використання форми чи на лікарські засоби, що їх містять.

Незаконне виготовлення наркотичних засобів або психотропних речовин утворює закінчений склад злочину з моменту, коли почали вчинятися дії, спрямовані на одержання таких засобів чи речовин, готових до вживання, або на рафінування чи підвищення у препаратах їх концентрації (п. 3 Постанови ПВС від 26 квітня 2002 р. № 4).

Незаконним придбанням наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів необхідно вважати їх купівлю, обмін на інші товари або речі, прийняття як плати за виконану роботу чи надані послуги, позики, подарунка або сплати боргу, призначення знайденого. Під незаконним придбанням розуміється також збирання залишків нарковмісних рослин на поживних земельних площах після зняття з них охорони, на земельних ділянках громадян, а також збирання таких дикорослих рослин чи їх частин на пустирях. Не визнається незаконним придбання наркотичних засобів або психотропних речовин за виданим на законних підставах рецептом лікаря, а також під час оперативної закупівлі відповідно до ст. 5 Закону «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними» від 15 лютого 1995 р. У таких випадках у діях осіб, які придбали ці засоби й речовини, складу злочину немає (п. 3 Постанови ПВС від 26 квітня 2002 р.). Незакон-

не придбання слід відрізнати від викрадення (шляхом крадіжки чи грабежу), привласнення та інших дій, за які відповідальність настає згідно зі ст. 308 КК.

Придбання наркотичних засобів вважається закінченим злочином з моменту фактичного заволодіння ними особою.

Під *незаконним зберіганням* потрібно розуміти будь-які умисні дії, пов'язані з фактичним незаконним перебуванням наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів у володінні винного (він може тримати їх при собі, в будь-якому приміщенні, сховищі чи в іншому місці). Відповідальність за незаконне зберігання наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів настає незалежно від його тривалості. Зберігання наркотичних засобів вважається закінченим злочином з моменту, коли такі засоби фактично почали перебувати у володінні винного.

Незаконне перевезення наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів полягає в умисному переміщенні їх будь-яким видом транспорту з однієї території на іншу в межах України з порушенням порядку і правил, встановлених чинним законодавством. Для визнання перевезення незаконним не має значення, чи є особа власником цих засобів або речовин. Від перевезення наркотичних засобів, психотропних речовин та їх аналогів потрібно відрізнати їх перенесення з одного місця в інше, при якому транспорт не використовується. Такі дії мають розглядатись як зберігання цих засобів чи речовин (п. 3 Постанови ПВС від 26 квітня 2002 р. № 4).

Судова практика також виходить з того, що зберігання особою під час поїздки наркотичного засобу у невеликому розмірі, придбаного для особистого використання, не може кваліфікуватися як незаконне перевезення наркотичних засобів.

Перевезення наркотичних засобів визнається закінченим з моменту початку їх переміщення будь-яким видом транспорту.

Незаконне пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів – це незаконне переміщення їх у просторі шляхом відправлення поштою, багажем, посильним або іншим способом з одного місця в інше в межах України. При цьому злочин вважається закінченим з моменту оформлення і відправлення посылки, багажу, листа, бандеролі з цими засобами або речовинами незалежно від того, отримав їх адресат чи ні. Якщо злочин не був доведений до кінця з незалежних від винного причин (наприклад, у зв'язку із затриманням під час оформлення квитанції на відправлення посылки, бандеролі чи вантажного контейнера або при їх огляді в момент здачі для пересилання), дії останнього належить кваліфікувати як замах на вчинення цього злочину (п. 3 Постанови ПВС від 26 квітня 2002 р. № 4).

Під *незаконним збутом* наркотичних засобів і психотропних речовин, їх аналогів потрібно розуміти будь-які оплатні чи безоплатні форми їх реалізації всупереч законам «Про обіг в Україні наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів» від 15 лютого 1995 р. № 60/95-ВР та «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними» від 15 лютого 1995 р. № 62/95-ВР (продаж, дарування, обмін, сплата боргу, позика, введення володільцем цих засобів або речовин ін'єкцій іншій особі за її згодою тощо). Обопільне введення ін'єкцій наркотичного засобу, психотропної речовини чи їх аналогу особами, які їх придбали за спільні кошти, збуту не утворюють. Дії особи, яка під виглядом наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів умисно збуває будь-які інші засоби чи речовини з метою заволодіння грошима чи майном, потрібно кваліфікувати як шахрайство, а за наявності до того підстав – і як підбурювання до замаху на незаконне придбання наркотичних засобів, психотропних речовин та їх аналогів, дії ж покупця – як замах на вчинення злочинів, передбачених ст. 307 або ст. 309 чи ст. 311.

Судова практика виходить з того, що необхідно також розрізнати дії, передбачені ст. 307 (незаконний збут наркотичних засобів) та дії, передбачені ст. 315 КК (схилення до вживання наркотичних засобів, психотропних речовин та їх аналогів). Так, ухвалою

судової колегії з кримінальних справ Верховного Суду України було змінено вирок Шахтарського місцевого суду Донецької області щодо К. Останній був визнаний судом винним у вчиненні виготовлення з метою збуту та у збуті наркотичних засобів. За обставинами справи було виявлено, що К. виготовив 30 г. гашишу для особистого вживання, а пізніше пригостив громадян І., П. та інших цигарками, начиненими гашишем. Верховний Суд дійшов висновку, що в цьому випадку К. не здійснював збуту наркотичних засобів, а пригощав громадян цигарками, начиненими наркотичним засобом, з метою збудження бажання у своїх знайомих до вживання наркотичних засобів (тобто займався не збутом, а схилянням більш ніж двох осіб до вживання наркотичних засобів¹).

Збут наркотичних засобів вважається закінченим з моменту відчуження цих засобів чи речовин винною особою.

Частина 1 ст. 309 передбачає ті ж самі злочинні дії, які перелічені і в ч. 1 ст. 307. Різниця полягає лише в суб'єктивній ознаці – наявності чи відсутності мети збуту наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів. Про наявність мети на збут наркотичних засобів, психотропних речовин чи їх аналогів може свідчити як відповідна домовленість з особою, яка придбала ці засоби чи речовини, так й інші обставини, зокрема: великий або особливо великий їх розмір, спосіб упакування та розфасування; поведінка суб'єкта злочину; те, що особа сама наркотичні засоби або психотропні речовини не вживає, але виготовляє та зберігає їх тощо.

Передумовою звільнення від кримінальної відповідальності за ч. 4 ст. 307 є лише діяння, передбачені ч. 1 ст. 307 чи ч. 1 ст. 309, а тому в кожному конкретному випадку звільнення необхідно пересвідчуватися у відсутності кваліфікуючих ознак, зокрема, що наркотичні засоби, психотропні речовини чи їх аналоги не є особливо небезпечними та їх розмір не перевищує певних розмірів. Назви (міжнародні незареєстровані і хімічні) *особливо небезпечних наркотичних засобів і психотропних речовин* подані відповідно у списках № 1 і 2 Таблиці I зазначеного вище Переліку. Так, до особливо небезпечних наркотичних засобів віднесені, наприклад, героїн, кокаїновий куш, кока лист, макова соломка (концентрат з макової соломки), ефедрин, опій. У свою чергу, особливо небезпечними психотропними речовинами визнані, наприклад, катинон, ЛСД, ЛСД-25, парагексил, МДМА тощо.

Згідно з приміткою до ст. 305, поняття великий та особливо великий розмір наркотичних засобів, психотропних речовин та їх аналогів визначається спеціально уповноваженим органом виконавчої влади у галузі охорони здоров'я – Міністерством охорони здоров'я. Визначення *невеликих, великих і особливо великих розмірів* наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, що знаходяться в незаконному обігу, проводиться на підставі наказу Міністра охорони здоров'я України від 1 серпня 2000 р. № 188, яким затверджені Таблиці (1, 2 і 3). Наприклад, незаконний обіг героїну у великих розмірах визнається, якщо вага його складає від 1,0 до 10 г, в особливо великих – від 10,0 і більше; макової соломки висушеної – у великих розмірах від 1 кг до 5 кг, в особливо великих – від 5 кг і більше; опію екстракційного – у великих розмірах від 50 г до 250 г, в особливо великих – від 250 г і більше. Так само визначені великі та особливо великі розміри незаконного обігу психотропних речовин і прекурсорів.

Вирішуючи питання про кваліфікацію дій винного, необхідно мати на увазі, що в тих випадках, коли вони були пов'язані з наркотичними засобами, психотропними речовинами або їх аналогами різних видів, розмір цих засобів (речовин) визначається, виходячи з їх загальної кількості. Якщо ж поряд із такими засобами чи речовинами предметом злочину був ще й прекурсор, неприпустимо об'єднувати їх кількість з кількістю останнього. Можна скласти лише кількість прекурсорів різних видів (п. 21 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 4 «Про судову практику в справах про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх

¹ Інформаційний бюлетень ВС УРСР, 1981. – № 38.

аналогів або прекурсорів»¹ (надалі – Постанова ПВС від 26 квітня 2002 р. № 4, якщо не оговорено інше)).

Оскільки для встановлення виду, назви і властивостей наркотичного засобу, психотропної речовини або аналога такого засобу, речовини, їх походження, способу виготовлення або переробки, а також належності нарковмісних рослин необхідні спеціальні знання, у справах даної категорії обов'язково має бути висновок експерта з цих питань (п. 1 Постанови ПВС від 26 квітня 2002 р. № 4).

2. Підставою звільнення особи від кримінальної відповідальності за незаконний обіг наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів є посткримінальна поведінка цієї особи, яка включає два елементи, взяті у своїй єдності, а саме: 1) добровільну здачу наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, та 2) вказання на джерело їх придбання або сприяння розкриттю злочинів, пов'язаних з їх незаконним обігом. Для констатації зазначеної підстави у будь-якому разі необхідним є такий елемент посткримінальної поведінки особи, як добровільна здача наркотичних засобів, психотропних речовин та їх аналогів. Другий елемент такої поведінки є альтернативним, а саме: особа повинна або вказати на джерело придбання зазначених наркотичних засобів, або сприяти розкриттю злочинів, пов'язаних з їх незаконним обігом.

Добровільна здача наркотичних засобів, психотропних речовин і їх аналогів – це дії особи, яка мала можливість володіти ними й надалі, але з власної волі здала їх представникам влади. Таке рішення особа може прийняти з власної ініціативи з метою припинення вживання наркотиків, через страх перед відповідальністю або за порадою батьків, близьких родичів, друзів тощо. Проте добровільність може мати місце і у випадках, коли органам влади хоча і стало відомо про незаконне зберігання наркотиків чи психотропних речовин, однак вони самі не можуть вилучити їх з місця схованки, а особа з власної волі видає такі засоби чи речовини. Заява про бажання добровільно дати наркотичні засоби чи психотропні речовини може бути усна чи письмова.

Вказання на джерело придбання наркотичних засобів, психотропних речовин та їх аналогів – це правдиве і повне повідомлення особою представникові влади про всі обставини придбання нею наркотичних засобів або психотропних речовин. Сам термін «джерело» вказує на те, що особа, наприклад, придбала наркотичні засоби шляхом покупки, але вона має вказати не на покупку взагалі, як джерело придбання, а на те, де, коли, за що і при яких умовах, у кого, яку кількість наркотичних засобів, психотропних речовин і їх аналогів вона придбала. Особа повинна повідомити про дані особи, яка збуває наркотики або психотропні речовини, або назвати індивідуальні ознаки місця їх придбання – склад; аптека; медична установа; фармацевтичне підприємство; приміщення, що використовувалося як притон для наркоманів; місце, де вирощуються рослини, із яких виготовляють наркотики, в тому числі дикорослі.

Сприяння розкриттю злочинів, пов'язаних з їх незаконним обігом, – це добровільне надання даною особою органу кримінального переслідування відомостей, які можуть бути використані як докази у справі про незаконний обіг наркотичних засобів чи речовин. Дії, з яких складається сприяння розкриттю злочинів, можуть бути найрізноманітнішими, наприклад, вказівка на співучасників злочину; надання допомоги в їх виявленні, у необхідних випадках – затриманню і доставлянню в правоохоронні органи; правдиве уявлення всіх обставин вчиненого злочину; активна участь у слідчих діях; допомога в пошуку речових доказів тощо.

Злочинами, пов'язаними з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, визнаються злочини, передбачені статтями 305-320 КК.

За змістом ч. 4 ст. 307 КК, особа підлягає звільненню від кримінальної відповідальності незалежно від того, коли вона вчинила дії, які дають для цього підстави, але до закінчення судового слідства (п. 24 Постанови ПВС від 26 квітня 2002 р. № 4).

¹ Вісник Верховного Суду України. – 2002. – № 4 (32).

3. Особа, яка підлягає імперативному та безумовному звільненню від кримінальної відповідальності за вчинення злочинів, передбачених ч. 1 ст. 307 або ч. 1 ст. 309, є особа, яка досягла 16-річного віку до дня їх вчинення.

При цьому, якщо особа добровільно здала не всі, що мала, зазначені засоби або речовини, а лише їх частину, то вона підлягає звільненню від кримінальної відповідальності (за наявності інших елементів посткримінальної поведінки) лише в частині зданих засобів чи речовин; відносно незданої їх частини особа підлягає кримінальній відповідальності на загальних підставах.

3.11. Звільнення особи від кримінальної відповідальності за незаконний обіг наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту (ч. 4 ст. 309)

Стаття 309. Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту

1. Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту –

караються обмеженням волі на строк до трьох років або позбавленням волі на той самий строк.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб чи особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 307, 308, 310, 317 цього Кодексу, або якщо предметом таких дій були наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналоги у великих розмірах, –

караються позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені із залученням неповнолітнього, а також якщо предметом таких дій були наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналоги в особливо великих розмірах, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

4. Особа, яка добровільно звернулася до лікувального закладу і розпочала лікування від наркоманії, звільняється від кримінальної відповідальності за дії, передбачені частиною першою цієї статті.

1. Передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності на підставі ч. 4 ст. 309 є вчинення нею хоча б одного із злочинних діянь, передбачених ч. 1 ст. 309, а саме: незаконного виробництва, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів *без мети збуту*. Перелік зазначених дій є вичерпним. У разі, якщо особа вчинила такі дії при наявності обтяжуючих чи особливо обтяжуючих обставин, передбачених ч. 2 або ч. 3 ст. 309, передумова такого звільнення відсутня.

Предметом зазначених злочинних дій *виступають* наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналоги (їх аналіз було наведено вище, при дослідженні передумови звільнення від відповідальності за ч. 4 ст. 307).

При цьому відповідальність за ч. 1 ст. 309 настає у випадку, коли розмір наркотичних засобів, психотропних речовин чи їх аналогів, що були предметом цього злочину, перевищує невеликий, оскільки незаконне виробництво, придбання, зберігання, перевезення, пересилання наркотичних засобів або психотропних речовин без мети збуту у невеликих розмірах тягне відповідальність за ст. 44 Кодексу України про адміністративні порушення (п. 22 Постанови ПВС від 26 квітня 2002 р. № 4).

У деяких випадках, коли предметом цього злочину є особливо небезпечні наркотичні засоби чи психотропні речовини, їх невеликий розмір не визначається (це стосується,

наприклад, таких засобів, як героїн та ефедрон). У такому випадку відповідальність за ст. 309 КК настає у разі здійснення таких незаконних дій навіть з мізерною кількістю цих наркотичних засобів. Ухвалою судової колегії у кримінальних справах Верховного Суду України було залишено без змін вирок Київського міського суду від 27 березня 1998 р. у справі І. щодо обвинувачення його за придбання на суму 20 грн. героїну для особистого споживання. В касаційних скаргах І. та його захисник просили скасувати вирок у цій частині, оскільки неможливо було встановити точну кількість придбаного ним наркотичного засобу. Суд, розглянувши обставини справи, дійшов висновку, що відповідно до Висновку Комітету по контролю наркотиків МОЗ України по кількісному віднесенню за медичними критеріями наркотичних засобів, внесених до Списку № 1 Таблиці І і ІІ, а також Списку № 3 Таблиці І, що знаходяться у незаконному обігу (додаток до протоколу засідання Комітету по контролю наркотиків від 18 квітня 1995 р. № 4), героїн належить до особливо небезпечних наркотичних засобів, у зв'язку з чим його невеликий розмір не визначається. Тому відповідальність за ч. 2 ст. 229-6 КК 1960 р. (ст. 309 КК 2001 р.) «настає у разі вилучення навіть мізерної кількості зазначеного наркотичного засобу»¹.

Визначення змісту незаконного виробництва, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів відбувається, як і при звільненні на підставі ч. 4 ст. 307 (див. підрозділ роботи 3. 10).

Суб'єктивна сторона вказаних злочинних дій характеризується прямим умислом та відсутністю мети збуту наркотичних засобів чи речовин. Відтак, метою зазначених дій може бути будь-яка мета (наприклад, споживання наркотичних засобів чи речовин), за винятком мети збуту. При цьому в кожному випадку слід досліджувати обставини справи, які стосуються характеристики мотивів, намірів особи при здійсненні нею виробництва, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів чи психотропних речовин або їх аналогів, щоб не допускати помилок при кваліфікації вчиненого.

Так, судовою колегією в кримінальних справах Верховного Суду України було переглянуто вирок суду Печорського району м. Києва щодо звинувачення П. у збуті наркотичних засобів за попередньою змовою групою осіб. Під час перегляду справи Верховним Судом було досліджено наявні матеріали та докази, які свідчили про те, що П. протягом певного проміжку часу виготовляв наркотичні засоби, при цьому П. твердив, що наміру збувати їх не мав і фактично нікому не збував. Доказів, які підтверджували б висновок місцевого суду про те, що П. незаконно виготовляв з метою збуту і збував наркотичні засоби, у справі не було. Будь-які дані про те, що він робив це за попередньою змовою групою осіб, у справі були відсутні; особа, якій він нібито збував виготовлені наркотичні засоби, не була встановлена (за його словами, невстановлена особа лише забезпечувала його сировиною).

Таким чином, суд дійшов висновку, що П. не мав мети збуту і не збував наркотичні засоби, адже не міг особисто ними розпоряджатися (відавав особі, що забезпечувала його сировиною, і отримував таким чином можливість вжити дозу виготовленого ним же наркотичного засобу), змову його з невстановленою особою також доведено не було². Отже, судова практика визнає вчиненими без мети збуту дії особи, що виготовляла наркотичні засоби, не маючи змоги при цьому ними розпорядитись (на замовлення інших осіб, у якості роботи тощо).

2. Підставою звільнення особи від кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ч. 1 ст. 309, є її посткримінальна поведінка, яка складається із двох елементів, а саме: 1) добровільне звернення цієї особи до лікувального закладу і 2) початок її лікування від наркоманії.

¹ Рішення ВСУ. Щорічник. – 1999. – С. 106-107.

² Юридичний вісник України. – 2000. – № 31 (267).

Суб'єкт звернення до лікувального закладу збігається із суб'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 309, тобто ним є особа, яка досягла 16-річного віку і вчинила злочин, передбачений ч. 1 ст. 309, і, крім того, захворіла на наркоманію і потім добровільно звернулася до лікувального закладу.

Особою, хворою на наркоманію, визнається така особа, якій у встановленому порядку медичним закладом встановлено діагноз «наркоманія» (ст. 1 Закону України «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними» від 15 лютого 1995 р.). Під наркоманією у цьому Законі розуміють хворобливий психічний стан, зумовлений хронічною інтоксикацією внаслідок зловживання наркотичними засобами, що віднесені до таких конвенціями ООН чи Комітетом з контролю за наркотиками при МОЗ України, і який характеризується психічною або фізичною залежністю від них.

Адресатом звернення цієї особи є лікувальний заклад, яким можуть бути як державні лікарні, диспансери, поліклініки, так і установи недержавної форми власності, зареєстровані у встановленому законом порядку (наприклад, поліклініки, медичні центри, кабінети тощо).

Звернення визнається добровільним, якщо особа за своєю волею (необов'язково за своєю ініціативою) звертається до лікувального закладу, усвідомлюючи, що має можливість безперешкодно вчинювати злочин, передбачений ч. 1 ст. 309. Якщо особа звертається до лікувального закладу у зв'язку із викриттям її участі у цьому злочині, таке звернення вважається не добровільним, а вимушеним.

Вирішуючи питання про звільнення особи від кримінальної відповідальності з цієї підстави, необхідно з'ясувати, чи дійсно особа страждала на наркоманію і потребувала лікування від неї, чи дійсно вона звернулася до лікувального закладу і розпочала лікування добровільно, а не вимушено, і чи дійсно ставить за метувилікуватися від наркоманії, а не ухилитись в такий спосіб від кримінальної відповідальності за вчинений злочин (п. 23 Постанови ПВС від 26 квітня 2002 р. № 4). Водночас суди не завжди перевіряють обставини, які свідчать про добровільність звернення особи до лікувального закладу з метою розпочати лікування від наркоманії.

Вироком Кіровського районного суду м. Донецька від 10 жовтня 2002 р. А. засуджено за ч. 1 ст. 309 КК на один рік обмеження волі. На підставі ст. 75 КК його звільнено від відбування покарання з випробуванням з іспитивим строком один рік.

Ухвалою Апеляційного суду Донецької області від 13 грудня 2002 р. вирок залишено без зміни.

Згідно з вироком А. визнано винним у тому, що 12 грудня 2001 р. він незаконно придбав у не встановленої органами слідства особи наркотичний засіб – ацетильований опій вагою 3,87 г із вмістом 0,24 г сухого залишку, після чого незаконно без мети збуту зберігав його в кишені свого одягу.

У касаційній скарзі засуджений просив скасувати вирок у зв'язку з неправильним застосуванням до нього кримінального закону і на підставі ч. 4 ст. 309 КК звільнити від покарання. Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України скаргу частково задовольнила з таких підстав.

Перевіркою матеріалів справи встановлено, що після вчинення злочину і до постановлення вироку, а саме з 18 березня по 29 травня 2002 р., А. за направленням нарколога, до якого з'явився добровільно, проходив стаціонарне лікування. Те, що А. лікувався від наркоманії, підтверджено також долученою до скарги копією виписки з медичної картки про перебування його з 13 серпня 2002 р. на стаціонарному лікуванні та наявними у справі виписками з історії хвороби. За таких обставин він підпадав під дію ч. 4 ст. 309 КК.

Проте суд, неповно дослідивши зібрані у справі докази і не перевіrivши зазначених обставин, передчасно дійшов висновку, що А. пройшов курс лікування недобровільно.

Суд не з'ясував, який порядок звернення до лікувальної установи є добровільним, не допитав із цього питання нарколога, не витребував для огляду медичну картку засудженого.

Встановлення наведених вище обставин має істотне значення для правильного застосування закону.

Оскільки суд порушив вимоги п. 1 ч. 2 ст. 368 КПК, а апеляційна інстанція цієї помилки не виправила, вирок і ухвалу скасовано, а справу направлено на новий судовий розгляд. При цьому колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України зазначила, що необхідно ретельно перевірити доводи А. щодо добровільного лікування від наркоманії і залежно від з'ясованих обставин постановити законне й обґрунтоване рішення.

Особа визнається такою, що розпочала лікування від наркоманії, якщо вона почала виконувати призначення лікаря. Про це може свідчити початок амбулаторного лікування, поміщення в стаціонар тощо. Якщо особа добровільно звернулася до лікувального закладу з проханням про лікування від наркоманії, але з будь-яких причин (наприклад, через відсутність вільних ліжок-місць у лікарні або відсутність ліків чи належних спеціалістів тощо) все ж таки не розпочала таке лікування, то підстава для звільнення її від кримінальної відповідальності, передбаченої ч. 3 ст. 309, відсутня. Про це свідчить і судова практика.

Так, Ф. страждав на опійну наркоманію. В суді було встановлено, що він до порушення кримінальної справи протягом літа неодноразово добровільно звертався до лікарів з проханням про надання йому наркологічної допомоги. У зв'язку з обмеженими можливостями Київської міськнаркослужби, браком ліжок-місць Ф. був поставлений на чергу. Після цього він систематично звертався до працівників Київського об'єднання «Соціотерапія» за інформацією про його просування по черзі, шукав можливостей госпіталізації. Самостійно він не був спроможним позбутися захворювання і у зв'язку з небезпекою розвитку абстинентних проявів не міг утриматися від вживання наркотиків. В силу обставин Ф. був змушений шукати та купувати наркотики і підтримувати себе ними. Ф. було засуджено за ч. 2 ст. 309 (за ознакою вчинення злочину повторно), звільнено від відбування покарання з випробуванням і направлено на стаціонарне лікування від наркоманії.

3. Особою, яка підлягає імперативному і безумовному звільненню від кримінальної відповідальності на підставі ч. 4 ст. 309, визнається особа, яка досягла 16-річного віку до вчинення хоча б однієї із злочинних дій, передбачених ч. 1 ст. 309, і посткримінальна поведінка якої відповідає ознакам, передбаченим ч. 4 ст. 309.

4. Слід мати на увазі, що особа, яка вчинила злочин, передбачений ч. 1 ст. 309, підлягає обов'язковому і безумовному звільненню від кримінальної відповідальності за цей злочин і на підставах, передбачених ч. 4 ст. 307 (див. попередній підрозділ роботи 3.10).

3.12. Звільнення особи від кримінальної відповідальності за незаконний обіг прекурсорів (ч. 4 ст. 311)

Стаття 311. Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання прекурсорів

1. Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання прекурсорів з метою їх використання для виробництва або виготовлення наркотичних засобів чи психотропних речовин –

караються штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або у великих розмірах, або з метою збуту, а також незаконний збут прекурсорів – караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми років.

3. Дії, передбачені частиною першою, вчинені організованою групою або в особливо великих розмірах, – караються позбавленням волі на строк від шести до дванадцяти років з конфіскацією майна.

4. Особа, яка добровільно здала прекурсор, що призначалася для виробництва або виготовлення наркотичних засобів чи психотропних речовин, і вказала джерело їх придбання або сприяла розкриттю злочинів, пов'язаних із незаконним обігом прекурсорів, наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, звільняється від кримінальної відповідальності за незаконні їх виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання (частина перша цієї статті).

1. Передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності на підставі ч. 4 ст. 311 є вчинення нею хоча б однієї злочинної дії, передбаченої ч. 1 ст. 311, а саме: незаконного виробництва, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання прекурсорів з метою їх використання для виробництва або виготовлення наркотичних засобів чи психотропних речовин.

Предметом цих злочинів виступають прекуртори. *Прекуртори наркотичних засобів та психотропних речовин* (далі – прекуртори) – це речовини та їх солі, що використовуються при виробництві, виготовленні наркотичних засобів і психотропних речовин, включених до Переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, який складено відповідно до законодавства і міжнародних зобов'язань України і затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 6 травня 2000 р. № 770¹. До прекурсорів відносять ацетон, етиловий ефір, соляну кислоту, сірчану кислоту, толуол тощо.

Обіг прекурсорів, включених до Списку № 1 Таблиці IV Переліку, на території України дозволяється лише з метою застосування у медичній практиці або для науково-дослідної роботи, експертної або розшуково-оперативної діяльності, або в навчальних цілях у порядку, встановленому законодавством. Саме тому діяльність, пов'язана з обігом цих прекурсорів, може здійснюватись лише підприємствами державної та комунальної форм власності за наявності у них відповідної ліцензії. Діяльність, пов'язана з «бігом прекурсорів, включених до Списку № 2 Таблиці IV Переліку, може здійснюватись підприємствами незалежно від форм власності за наявності у них відповідної ліцензії. При цьому таким підприємствам не дозволяється зосереджувати в своєму розпорядженні кількість прекурсорів, що перевищує їх виробничі потреби.

Злочин, передбачений ч. 1 ст. 311, полягає у вчиненні будь-якої із таких альтернативних дій, а саме: незаконного 1) виробництва або 2) виготовлення, або 3) придбання, або 4) зберігання, або 5) перевезення, або 6) пересилання прекурсорів з метою їх використання для виробництва або виготовлення наркотичних засобів чи психотропних речовин. Перелік цих дій є вичерпним.

Незаконне виробництво прекурсорів – це дії, пов'язані з незаконним одержанням прекурсорів (п. 3 Постанови Пленуму Верховного Суду «Про судову практику у справах про злочини в сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів» від 26 квітня 2002 р. № 4).

У ст. 1 Закону України «Про обіг в Україні наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів» виробництво прекурсорів визначається як «усі дії, пов'язані з серійним їх одержанням із хімічних речовин чи рослин». Отже, під виробництвом, вочевидь, розуміють промисловий спосіб виготовлення зазначених засобів (тобто, виготовлення прекурсорів із застосуванням спеціального або спеціально пристосованого обладнання тощо).

¹ Офіційний вісник України. – 2000. – № 19. – Ст. 789.

Незаконне виготовлення прекурсорів – це процес безпосереднього одержання прекурсору з декількох хімічних компонентів незалежно від способу й місця його виготовлення: в домашніх умовах, підпільних лабораторіях, в установах або на підприємствах поза державним замовленням або контрактом, незалежно від того, для власного використання чи для збуту особа це робить.

Незаконне придбання прекурсорів – можливе як безоплатне, так і оплатне отримання прекурсорів від іншої особи. Оплатне придбання має місце у випадках, коли винний незаконно купує їх у іншої особи, бере їх у неї під заставу, в обмін на речі тощо. Безоплатне придбання може виявитись в одержанні їх як подарунка, мати форму взаємовиручки, статися з якихось інших особистих мотивів особи, що їх дає. Спосіб придбання і умови, на яких винний придбав прекурсори – для особистого використання чи для наступного збуту, значення не мають.

Незаконне зберігання прекурсорів – триваючий злочин, який характеризується безперервністю діяння. Зберігання вважається закінченим, якщо сам винний перестав зберігати прекурсори (знищив, викинув, продав) або покладено край його злочинній діяльності (наприклад, при вилученні їх у винного під час проведення обшуку).

Незаконне перевезення прекурсорів – це незаконні дії щодо переміщення з одного місця розташування в інше в межах держави. Перевезення може здійснюватися будь-яким видом транспортних засобів по землі, у повітряному просторі, по воді, як особисто, так і через посланця. Незаконне пересилання прекурсорів як форма незаконного транспортування полягає у їх відправленні поштою, багажем або посланцем з одного населеного пункту в інший у межах України. Для закінченого злочину достатньо встановити сам факт відправлення посилки, багажу тощо з прекурсорами, і не має значення, чи отримав адресат направлені йому речовини.

(Більш детально про поняття виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання прекурсорів, а також про момент закінчення цих злочинних дій див. у попередніх підрозділах 3.10-3.11: зміст цих дій щодо прекурсорів є тотожним змісту дій, передбачених ст. 307 щодо наркотичних засобів і психотропних речовин та їх аналогів).

Суб'єктивна сторона злочину характеризується прямим умислом і спеціальною метою, а саме: зазначені дії повинні вчинюватися для виробництва або виготовлення наркотичних засобів чи психотропних речовин. Мета їх використання для виробництва або виготовлення наркотичних засобів чи психотропних речовин – це прагнення використання прекурсорів або у підпільних лабораторіях для приготування наркотичних засобів чи психотропних речовин, або ж одержання різними незаконними способами наркотичних засобів чи психотропних речовин.

2. Підставою звільнення особи від кримінальної відповідальності за вчинення злочинних дій, передбачених ч. 1 ст. 311, є її певна посткримінальна поведінка, яка включає в себе два обов'язкових елементи, а саме: 1) добровільну задачу прекурсорів, призначених для виробництва або виготовлення наркотичних засобів чи психотропних речовин, та 2) вказання на джерело їх придбання або сприяння розкриттю злочинів, пов'язаних із незаконним обігом прекурсорів, наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів.

При цьому перший елемент такої поведінки є обов'язковим у будь-якому разі, тобто – добровільна задача прекурсорів. Другий же елемент посткримінальної поведінки є альтернативним: особа повинна або вказати джерело придбання прекурсорів, або сприяти розкриттю злочинів, пов'язаних із незаконним обігом прекурсорів, наркотичних засобів, психотропних речовин та їх аналогів.

Під *добровільною задачею прекурсорів*, що призначалися для виробництва або виготовлення наркотичних засобів чи психотропних речовин, необхідно розуміти дії, коли особа, маючи реальну можливість розпоряджатися ними й надалі, добровільно передає

їх органам влади за власним бажанням. Мотиви видачі можуть бути різними. Таке рішення особа може прийняти з власної ініціативи, наприклад, через страх перед відповідальністю або за порадою батьків, близьких родичів, друзів та ін.

Добровільність виключається, якщо особа здає прекурсори, що призначалися для виробництва або виготовлення наркотичних засобів чи психотропних речовин, у випадках, коли про злочинні дії стало відомо представникам відповідних правоохоронних органів і передаються вони саме з метою запобігти неминучому викриттю злочину, наприклад, при обшуку в квартирі, гаражі та інших місцях. Проте добровільність може мати місце за умови, коли правоохоронним органам хоча і стало відомо про незаконне зберігання прекурсорів, що призначалися для виробництва або виготовлення наркотичних засобів чи психотропних речовин, однак вони самі не можуть вилучити їх з місця схованки, а особа з власної волі видає такі засоби чи речовини.

Вказання особою джерела придбання прекурсорів – це правдиве повідомлення даною особою правоохоронним органам про всі обставини придбання прекурсорів.

Сприяння розкриттю злочинів, пов'язаних із незаконним обігом прекурсорів, наркотичних засобів чи психотропних речовин, – це добровільне надання органу кримінального переслідування відомостей, які можуть бути використані як докази у справах про злочини, що передбачені статтями 305-320.

3. Особою, яка підлягає імперативному і безумовному звільненню від кримінальної відповідальності за вчинення зазначених дій, передбачених ч. 1 ст. 311, визнається осудна особа, яка досягла 16-річного віку до дня вчинення зазначених вище злочинних дій, якщо її посткримінальна поведінка характеризується ознаками, передбаченими ч. 4 ст. 311.

3. 13. Звільнення особи від кримінальної відповідальності за давання хабара (ч. 3 ст. 369)

Стаття 369. Давання хабара

1. Давання хабара –

карається штрафом від двохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк від двох до п'яти років.

2. Давання хабара, вчинене повторно, –

карається позбавленням волі на строк від трьох до восьми років з конфіскацією майна або без такої.

3. Особа, яка дала хабар, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо стосовно неї мало місце вимагання хабара або якщо після давання хабара вона добровільно заявила про те, що сталося, до порушення кримінальної справи щодо неї органу, наділеному законом правом на порушення кримінальної справи.

1. Передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності на підставі ч. 3 ст. 369 є вчинення злочину, передбаченого ч. 1 чи ч. 2 ст. 269, а саме: давання хабара та давання хабара повторно.

Хабар – це незаконна винагорода матеріального характеру. Хабарем можуть бути: а) майно (гроші, матеріальні цінності); б) право на майно (документи, що надають право на отримання майна, володіння, користування та розпорядження майном, а також документи, що надають право вимагати виконання зобов'язань матеріального характеру тощо); в) будь-які дії майнового характеру (передача майнових вигід або відмова від них, відмова від прав на майно, безоплатне надання майнових вигід, санаторних чи туристичних путівок, проведення будівельних чи ремонтних робіт тощо). Предмет хабара повинен отримати грошову оцінку в національній валюті України. Грошову оцінку

предмета хабара необхідно визначати і у випадках, коли в якості хабара було передано майно, яке той, хто дав хабар, з тих чи інших причин купував (викрадене майно, подарунок, знахідка тощо). При визначенні вартості предмета хабара слід виходити із мінімальних цін, за якими у даній місцевості на час вчинення злочину вільно можна було придбати річ чи отримати послуги такого ж роду і якості.

Послуги, пільги та переваги, що не мають майнового характеру (похвальна характеристика, позитивна рецензія у пресі, виступ по радіо, надання престижної роботи, інтимний зв'язок тощо) не можуть визнаватися предметом хабара. Одержання такого роду послуг, пільг чи переваг може розцінюватися як прагнення задовольнити інші особисті (некорисливі) інтереси службової особи і за наявності необхідних підстав може бути кваліфіковане за ст. 364¹.

Давання хабара полягає у передаванні службовій особі (або іншим особам з її відома та за згодою) самим хабародавцем або через посередників матеріальних цінностей, права на майно або у вчиненні на його чи на користь третіх осіб (родичів, близьких) дій майнового характеру за виконання (невиконання) в інтересах самого хабародавця чи третіх осіб дій з використанням влади або службового становища.

Об'єктивна сторона цього злочину вичерпується самим фактом передавання (вручення) хабара, тому для кваліфікації дій винного за ст. 369 не має значення: хто є власником матеріальних благ, які передаються як хабар – сам хабародавець чи інші особи; діє він за власною ініціативою або від імені (на прохання, за рекомендацією, дорученням, розпорядженням, наказом) інших осіб; передає хабар у своїх особистих інтересах чи в інтересах третіх осіб; чи є ці треті особи фізичними або юридичними.

Склад злочину, передбачений ст. 369, є у діях і тієї службової особи, яка дає вказівку (відає розпорядження, наказ) підлеглий особі домагатися певних благ, пільг чи переваг для підприємства, установи або організації шляхом підкупу інших службових осіб, виділяє чи розпоряджається виділити для цього кошти або інші матеріальні цінності, надає законного вигляду виплатам у випадках давання хабара у завуальованій формі тощо. Дії підлеглої особи, що виконує вказівку начальника і передає хабар службовій особі з метою одержання певних благ, пільг чи переваг для підприємства, установи або організації, слід кваліфікувати за ст. 369, оскільки така особа виконує роль хабародавця.

Як при вирішенні питання про відповідальність службової особи, що дала незаконну вказівку підлеглому домагатися благ, пільг чи переваг для очолюваної нею організації шляхом підкупу інших службових осіб, так і при оцінці дій підлеглої особи, яка виконала цю вказівку, необхідно також враховувати приписи, що закріплені у ст. 41².

Давання хабара є закінченим злочином з моменту прийняття службовою особою хоча б його частини. Якщо хабародавець лише створював умови для передавання хабара (обговорював його предмет, розмір, місце та час вручення тощо), то його дії кваліфікуються як готування до давання хабара, а якщо запропонований хабар не був прийнятий з причин, що не залежать від волі хабародавця, – кваліфікуються як замах на давання хабара.

Давання хабара повторно має відповідати ознакам повторності злочинів, які закріплені у ст. 32, і має місце у тих випадках, коли, згідно з п. 3 примітки до ст. 368, службовою особою раніше було вчинене або одержання (ст. 368), або давання (ст. 369) хабара.

Ознакою повторності злочинів (ч. 2 ст. 368) охоплюються як перший, так і всі наступні злочини. Однак в одних випадках до повторності входять декілька злочинів, передбачених тільки ст. 368, а в інших – вона включає в себе як одержання (ст. 368), так

¹ Див.: п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. «Про судову практику у справах про хабарництво» // ВВСУ. – 2002. – № 3. – С. 9-16.

² Див.: Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація... – С. 1011.

і давання (ст. 369) хабара. Тому, при вирішенні питання про кваліфікацію одержання хабара за ознакою повторності необхідно враховувати таке: а) якщо до повторності входять тільки тотожні злочини (одержання хабара), то усе вчинене охоплюється ознаками ч. 2 ст. 368 і додаткової кваліфікації не потребує; б) якщо повторність складається з однорідних злочинів і включає як давання, так і одержання хабара, то вчинене являє собою повторність-сукупність і з урахуванням цього раніше вчинений злочин кваліфікується за відповідною частиною ст. 369, а знов вчинений з урахуванням ознаки повторності – за ч. 2 ст. 368; в) якщо один із злочинів був закінченим, а інший незакінченим, або в одному з них винний брав участь як виконавець, а в іншому – як організатор, підбурювач чи пособник, то вчинене слід кваліфікувати і за ознакою повторності, і за сукупністю, незалежно від того, які злочини утворюють собою повторність – тільки одержання хабара або і давання, і одержання; г) якщо за раніше вчинений злочин особою було засуджено (за ст. 368 чи ст. 369), але судимість не знята (не погашена), то діяння кваліфікується лише за ч. 2 ст. 368 як повторне одержання хабара.

Одержання у декілька прийомів одного хабара за виконання (невиконання) дій, обумовлених з хабародавцем, не утворює повторності за умови, якщо вчинене містить ознаки продовжуваного злочину, при вчиненні якого кожний окремий епізод охоплювався єдиним (загальним) злочинним наміром винного. Водночас повторним повинне визнаватися одержання декількох хабарів від того ж самого хабародавця, якщо кожний випадок передавання (прийняття) хабара обумовлювався виконанням (невиконанням) будь-яких дій у його інтересах або інтересах третіх осіб. Не є повторним одночасне одержання хабара від декількох осіб за умови, якщо хабар передавався в спільних інтересах всіх хабародавців.

Однак повторним слід визнавати одночасне одержання хабара від декількох осіб, якщо такий хабар передавався за вчинення (невчинення) дій в інтересах кожного окремого хабародавця і винний усвідомлював цю обставину (наприклад, повторним повинне визнаватися одночасне одержання хабара представником будівельної організації від кількох осіб з метою виділення кожному з них техніки для будівництва на їх дачних ділянках).

Із суб'єктивної сторони давання хабара вчиняється лише з прямим умислом, причому винний усвідомлює, що передає незаконну винагороду саме як хабар. Відсутність такого усвідомлення (наприклад, внаслідок обману або зловживання довірою) виключає кваліфікацію діяння за ст. 369. Мотиви давання хабара можуть бути різними і на кваліфікацію злочину не впливають.

2. Частина 3 ст. 369 передбачає дві альтернативні підстави звільнення особи від кримінальної відповідальності за давання хабара. Перша підстава не пов'язана із посткримінальною поведінкою винної особи: якщо стосовно такої особи мало місце вимагання хабара. Друга підстава передбачає певні особливості посткримінальної поведінки такої особи: якщо після давання хабара і до порушення кримінальної справи щодо неї органом, наділеним законом правом на порушення кримінальної справи, вона добровільно заявила про те, що сталося.

Таким чином, першою підставою звільнення особи від кримінальної відповідальності за давання хабара є вимагання у неї цього хабара. Поняття такого вимагання визначається у п. 4 примітки до ст. 368, а саме: «вимаганням хабара визнається вимагання службовою особою хабара з погрозою вчинення або невчинення з використанням влади чи службового становища дій, які можуть заподіяти шкоду правам чи законним інтересам того, хто дає хабара, або умисне створення службовою особою умов, за яких особа вимушена дати хабара з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів».

Вимагання хабара за вчинення (невчинення) з використанням службового становища таких дій, які спрямовані на задоволення незаконних (протиправних) інтересів хабародавця, не може розглядатися як вимагання хабара¹. Так, вимагання хабара має місце, наприклад, у випадку, коли інспектор ДАІ вимагає хабар, погрожуючи скласти протокол про порушення правил дорожнього руху щодо водія, який цих правил у дійсності не порушував. В той же час, склад вимагання хабара відсутній, якщо той ж інспектор ДАІ вимагає хабар за знищення протоколу, погрожуючи у противному разі притягнути водія до відповідальності за порушення, яке той дійсно припустив.

Друга підстава звільнення особи від кримінальної відповідальності за давання хабара передбачає своєчасну певну посткримінальну поведінку цієї особи, а саме: добровільну заяву особи про давання нею хабара органу, наділеному законом правом на порушення кримінальної справи, до порушення щодо цієї особи кримінальної справи за давання нею хабара.

Добровільна заява про давання хабара є різновидом з'явлення із зізнанням і визнається підставою звільнення особи від кримінальної відповідальності за наявності декількох умов. Автором такої заяви має бути особа, яка є винною у даванні хабара. Це може бути як виконавець (співвиконавець) цього злочину, так і інші співучасники. Адресатом, до кого звертається ця особа із заявою, є орган державної влади, наділений законом правом на порушення кримінальної справи. Такими визнаються органи дізнання, досудового слідства, прокуратури та суд.

Однак закон не вимагає, щоб хабародавець з'явився у ці органи особисто, а заява мала певну форму: вона може бути усною, письмовою, відправлена поштою, телеграфом, по телефону, зроблена через інших осіб тощо.

Змістом заяви повинно бути надання повної інформації про факт давання хабара. Якщо давання хабара мало місце повторно, заявник зобов'язаний повідомити про всі факти давання хабара. Приховування інформації, яке має значення для справи, або неповідомлення про окремі факти давання хабара виключає дану підставу звільнення особи від кримінальної відповідальності, передбачену ч. 3 ст. 369. Нарешті, заява повинна бути добровільною, тобто такою, в основу якої покладено самостійно прийняте хабародавцем рішення, коли заяву зроблено за власною волею, без примусу і з будь-яких мотивів, але не в зв'язку з тим, що про давання хабара стало відомо органам влади чи компетентним службовим особам. При цьому ініціатива (пропозиція про доцільність такої заяви) може виходити і від інших осіб (родичів, знайомих або навіть представників влади), але рішення зробити заяву хабародавець приймає самостійно.

Добровільна заява про давання хабара визнається своєчасною, якщо вона зроблена хабародавцем після давання хабара (закінченого чи незакінченого злочину) і до моменту порушення щодо нього кримінальної справи за давання хабара.

Отже, перешкодою для звільнення його від кримінальної відповідальності є добровільна заява хабародавця після порушення кримінальної справи саме щодо нього. Тому, якщо справу порушено за фактом або щодо іншої особи (наприклад, співучасника давання хабара або службової особи, яка його одержала), то це не позбавляє хабародавця права на звільнення від кримінальної відповідальності за наявності його своєчасної добровільної заяви.

Порядок та момент порушення кримінальної справи визначаються статтями 97-98 КПК України. За наявності приводів і підстав, зазначених у статті 94 КПК, прокурор, слідчий, орган дізнання або суддя зобов'язані винести постанову про порушення кримінальної справи, вказавши приводи і підстави до порушення справи, статтю кримінального закону, за ознаками якої порушується справа, а також подальше її спрямування. Якщо на момент порушення кримінальної справи встановлено особу, яка

¹ Див.: Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація... – С. 1011. – 1196 с.; Рішення... – 1997. – С. 132-133; ВСУ. – 1998. – № 1. – С. 28-29.

вчинила злочин, кримінальну справу повинно бути порушено щодо цієї особи. Отже, моментом порушення кримінальної справи щодо хабародавця є момент підписання однією із зазначених вище уповноважених осіб постанови про порушення кримінальної справи.

Згідно із законом, зазначені службові особи не зобов'язані повідомляти хабародавця про порушення проти нього кримінальної справи. Не виключено, що хабародавець, не маючи відомостей про порушення щодо нього кримінальної справи, може зробити добровільну заяву відповідному органу про давання хабара. В таких випадках юридичне значення має не об'єктивний факт порушення кримінальної справи, а усвідомлення особи (хоча і помилкове) про те, що вона своєчасно і добровільно заявляє відповідному органу про давання нею хабара.

3. Особою, яка підлягає імперативному і безумовному звільненню від кримінальної відповідальності за давання хабара, визнається осудна особа, яка досягла 16-річного віку до дня вчинення даного злочину, за наявності зазначеної вище передумови і хоча б однієї із підстав, передбачених ч. 3 ст. 369.

3.14. Звільнення особи від кримінальної відповідальності за військові злочини, передбачені розділом XIX Особливої частини КК України (ч. 4 ст. 401)

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

Стаття 401. Поняття військового злочину

1. Військовими злочинами визнаються передбачені цим розділом злочини проти встановленого законодавством порядку несення або проходження військової служби, вчинені військовослужбовцями, а також військовозобов'язаними під час проходження ними навчальних (чи перевірних) або спеціальних зборів.

2. За відповідними статтями цього розділу несуть відповідальність військовослужбовці Збройних Сил України, Служби безпеки України, Державної прикордонної служби України, внутрішніх військ Міністерства внутрішніх справ України та інших військових формувань, утворених відповідно до законів України, а також інші особи, визначені законом.

3. Особи, не зазначені у цій статті, за співучасть у військових злочинах підлягають відповідальності за відповідними статтями цього розділу.

4. Особа, яка вчинила злочин, передбачений статтями цього розділу, може бути звільнена від кримінальної відповідальності згідно зі статтею 44 цього Кодексу із застосуванням до неї заходів, передбачених Дисциплінарним статутом Збройних Сил України.

1. Частина 4 ст. 401 передбачає передумову звільнення особи від кримінальної відповідальності за військові злочини, яких розділ XIX Особливої частини КК налічує 34.

2. Водночас, ч. 4 ст. 401 не передбачає будь-якої підстави звільнення особи від кримінальної відповідальності за вчинений військовий злочин. При цьому вона відсилає до ст. 44 КК, яка встановлює загальні правила щодо того, що будь-яка особа, в тому числі і військовослужбовець, що вчинив злочин, у тому числі і військовий, звільняється від кримінальної відповідальності у випадках, передбачених КК, а також на підставі Закону України про амністію та акта помилування. Вочевидь, що військовослужбовці, які вчинили військові злочини, на загальних підставах підлягають звільненню від кримінальної відповідальності на підставі статей 17 і 31 (добровільна відмова при незакінченому злочині), статей 45- 49, а також на підставі Закону України про амністію та акта про помилування.

Що ж до особливостей звільнення особи від кримінальної відповідальності за вчинення військових злочинів із застосуванням до неї заходів, передбачених Дисциплінарним статутом Збройних Сил України (ч. 4 ст. 401), слід зауважити, що застосування даної норми неможливе через технічну помилку, допущену при редагуванні КК.

Під час розгляду проекту КК України в третьому читанні ст. 44 проекту передбачала звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з її дійовим каяттям. Частина 4 ст. 401 також відсилає до ст. 44. При цьому бралася до уваги така обставина: якщо особа, яка вчинила військовий злочин невеликої тяжкості (це, як правило, військовослужбовець), в своїй посткримінальній поведінці проявить дійове каяття, передбачене ст. 44, то вона підлягає обов'язковому і безумовному звільненню від кримінальної відповідальності за вчинений злочин, але до військовослужбовця повинні бути застосовані заходи, передбачені Дисциплінарним статутом Збройних Сил України.

Під час третього читання проект КК України був доповнений статтею 20 «Обмежена осудність». У зв'язку з цим змінилася нумерація статей КК, а саме: звільнення «від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям було передбачено статтею 45, а не 44. Що ж стосується ч. 4 ст. 401, то через технічну помилку в її тексті не було зроблено заміни цифри «44» на цифру «45». Цим пояснюється те, що ч. 4 ст. 401 у теперішньому вигляді не може бути застосована.

ПРИЧИНЕНИЕ ВРЕДА С СОГЛАСИЯ «ПОТЕРПЕВШЕГО» КАК ОБСТОЯТЕЛЬСТВО, ИСКЛЮЧАЮЩЕЕ ПРЕСТУПНОСТЬ ДЕЯНИЯ

Причинение вреда с согласия «потерпевшего» как обстоятельство, исключающее преступность деяния. – Харьков: Кроссрод, 2007. – 96 с.

От автора

Осуществление субъективного права обычно связывают с поведением лица, которому это право принадлежит. Однако нередко лицо по самым разным причинам словесно, письменно или конклюдентными действиями соглашается (или даже просит, либо требует), чтобы иное лицо реализовало его субъективное право. В большинстве случаев реализация чужого субъективного права не связана с причинением вреда объектам уголовно-правовой охраны и потому не влечет за собой каких-либо уголовно-правовых последствий.

Вместе с тем нередки случаи, когда лицо, действуя с согласия «потерпевшего», причиняет вред его благам (ценностям, интересам), которые поставлены под охрану уголовного закона. В таком случае с внешней своей стороны причинение такого вреда формально совпадает с фактическими признаками того или иного преступления, а именно с признаками его субъекта, объекта и объективной стороны. Это, в свою очередь, ставит перед правоохранительными органами и судами вопрос о необходимости квалификации содеянного, а именно: является ли указанное причинение вреда видом правомерного поведения или же причинение такого вреда является преступлением? В первом случае речь идет о причинении вреда с согласия «потерпевшего» как обстоятельстве, исключающем преступность такого деяния, во втором – об определенном виде преступления.

Обычно исходят из того, что согласие «потерпевшего» само по себе выступает обстоятельством, исключающим преступность деяния, которым причиняется вред такому «потерпевшему». Между тем, согласие «потерпевшего» является лишь правовым основанием (наряду с фактическим) для совершения действий лицом, которое причиняет вред «потерпевшему». Поэтому само по себе согласие «потерпевшего» не образует в полном объеме обстоятельства, исключающего преступность причиняемого вреда. Только в единстве оснований (фактического и правового) и поступка лица, причиняющего вред «потерпевшему», и появляется такое обстоятельство, исключающее преступность деяния, как причинение вреда «потерпевшему» с его согласия, подобно тому, как таким обстоятельством является, например, необходимая оборона или крайняя необходимость. При анализе указанного обстоятельства, исключающего преступность деяния, автор ставил целью применить универсальный подход к его характеристике, при котором любое обстоятельство рассматривается в единстве основания и поступка лица, причиняющего вред.

Видимо, читатель обратит, видимо, внимание на то, что украинский исследователь названного обстоятельства основывается в основном на законодательстве Российской Федерации. Объяснение этому состоит в том, что он был приглашен в свое время в качестве автора главы «Согласие «потерпевшего» в том № 7 Энциклопедии уголовного права «Обстоятельства, исключающие преступность деяния» (издание профессора Малинина – СПб. ГКА, Санкт-Петербург, 2007) и в сентябре 2006 года направил в адрес издателя соответствующую рукопись. По выходу в свет указанного тома Энциклопедии автор обнаружил, что у него появились два нераздельных соавтора, о которых ему ничего не было известно. Ознакомление с содержанием главы «Согласие потерпевшего» показало, что позиция автора относительно гражданско-правовой природы согласия потерпевшего и других важных содержательных положений темы не отвечает тексту отправленной рукописи. Кроме того, опубликованная глава содержит множество положений, которые автор не разделяет и которые с ним никто не согласовывал. В связи с этим автор на II Всероссийском конгрессе по уголовному праву (31 мая 2007 г., МГУ) пообещал участникам конгресса издать отдельной книгой направленную издателю рукопись и разослать ее криминалистам с тем, чтобы они имели представление именно о его позиции по данной проблеме.

При подготовке книги к изданию автором были внесены некоторые изменения в рукопись, а также дополнен список литературы.

Автор с благодарностью примет все замечания и предложения, касающиеся рассматриваемой проблемы (e-mail: officemanager@aprnua.rol.net.ua).

Глава I

ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА ПРИЧИНЕНИЯ ВРЕДА С СОГЛАСИЯ
«ПОТЕРПЕВШЕГО»§ 1. Уголовно-правовое значение согласия «потерпевшего»:
краткий исторический очерк

Вопрос о причинении вреда с согласия «потерпевшего» как обстоятельстве, исключающем преступность деяния, является далеко не новым в уголовно-правовой науке. Как отмечал еще в конце XIX столетия Н. Розин, посвятивший обстоятельное исследование этой проблеме, история возникновения и развития вопроса о согласии пострадавшего представляет, прежде всего, картину частой зависимости постановлений материального права от права процессуального¹. В условиях господства обвинительных начал лицо, изъявившее согласие на нарушение своих прав, естественно, не возбуждало судебного преследования². Начиная с XIII века, по мере внедрения в судопроизводство инквизиционных начал, возникла необходимость разрешения ряда частных вопросов, к числу которых относилась и возникавшая в то время проблема юридического значения согласия «потерпевшего».

Позитивное законодательство умалчивало о согласии «потерпевшего», однако криминалисты предпринимали различные попытки ответить на указанный выше вопрос, руководствуясь при этом той или иной философской концепцией. В частности, немецкие криминалисты исходили из деления прав потерпевшего на неотчуждаемые и отчуждаемые. По их мнению, лишь по отношению к правам отчуждаемым согласие «потерпевшего» исключало наказуемость посягательств на них³. Вместе с тем с появлением субъективного идеализма, в соответствии с которым преступление рассматривалось как нарушение индивидуальной воли лица, все его права признавались отчуждаемыми, и потому согласие «потерпевшего» на нарушение своих прав всегда устраняло преступность такого нарушения⁴. Эта теория не нашла широкой поддержки среди криминалистов и даже некоторые представители субъективного идеализма примкнули к концепции деления прав на неотчуждаемые и отчуждаемые и, соответственно, определяли юридическое значение согласия «потерпевшего»⁵. Как отмечает Н. Розин, в последующем отношении к согласию потерпевшего определялось двумя течениями. Первое из них отстаивало значение нравственных начал, в силу которых права лица признавались неотчуждаемыми в силу велений нравственности и на них не распространялась власть их носителя. Вместе с тем считалось, что отказ от неотчуждаемых прав и их поражение с согласия носителя таких прав является полицейским проступком, который, естественно, должен влечь за собой более мягкое наказание в сравнении с преступлением. В соответствии со вторым течением, которое основывалось на объективном идеализме, такие права, как право на жизнь, здоровье, свободу, честь, способность обладать имуществом и др. не подлежат распоряжению личности, они неотделимы от нее, поэтому и нельзя, по общему правилу, от этих прав отказаться. Вместе с тем, такой отказ возможен лишь от отдельного применения права и притом лишь в том случае, когда такое применение отделимо от субстанции права. В силу этого различали права делимые

¹ См.: *Розин Н.* К вопросу о согласии пострадавшего // Вестник права. Журнал юридического общества при Императорском Санкт-Петербургском университете. XXIX – 1899. – № 9 (ноябрь). – С. 103.

² См.: Там же. – С. 104

³ См.: *Таганцев Н. С.* Русское уголовное право. Часть общая. Том 1. – Тула: Автограф. – 2001. – С. 399–400.

⁴ См.: *Розин Н.* Указ. соч. – С. 105.

⁵ См.: *Таганцев Н. С.* Указ. соч. – С. 400.

и неделимые. На этом основании считалось, например, что можно отказаться от имущественного права, если не поражается его сущность; от права личной свободы при том же условии; от чести и т.д. Но от права на жизнь отказаться нельзя, равно как и нельзя оправдать согласие лица на причинение себе тяжкого телесного повреждения¹.

Оценивая изложенные теории, Н. Розин приходил к выводу, что коренное их основание является ложным. Объясняется это тем, что жизнь своими ежедневными примерами (а вслед за нею и положительное право) не подтверждают эти теории. Поэтому, отмечает автор, дальнейшая литература отрывается от указанных первооснов теории, а в новом виде учение исходит из существа преступления и решает вопрос о согласии «потерпевшего», исходя из различия нарушаемых преступлением норм². Однако и сторонники этого учения поделились на две группы. Первые выдвигали общие принципы, которые выводились из понятия преступного деяния, и лишь применительно к ним толковали положительное право. В частности, они считали, что, например, владелец субъективного права всегда может отказаться от своего права, и, следовательно, деяния, направленные с его согласия на это право, преступлением не являются. Свои выводы авторы затем проверяли на положительном праве, полагая, что установленные ими принципы имеют значения повсюду, за исключением лишь тех случаев, где закон категорически этого не запрещает³. В русской литературе к этой группе авторов примыкал профессор Н. С. Таганцев, который искал ответ на вопрос о значении согласия «потерпевшего» в условиях «реального бытия нормы права». Он исходил из того, что если интерес охраняется сам по себе, непосредственно, то согласие не имеет никакого юридического значения; если же охраняется только юридическое «отношение» лица к такому интересу, т.е. защищается возможность свободно владеть, пользоваться и распоряжаться таким интересом, то согласие вполне устраняет преступность деяния. Эти положения автор детально пояснял на отдельных посягательствах против имущественного права, чести, целомудрия (в известных случаях), свободы, телесной неприкосновенности и жизни. Н. С. Таганцев считал возможным применить к положительному праву установленные им положения в виду того, что в действующем законодательстве не предусматривалось никаких прямых постановлений о согласии пострадавшего ни в Общей, ни в Особенной части Уголовного уложения. Причем Н. С. Таганцев полагал, что согласие «потерпевшего» должно всегда признаваться обстоятельством, устраняющим преступность деяния, кроме тех специальных случаев, где самим законом установлено противоположное начало⁴.

Н. Розин, давая оценку указанным подходам, подвергает их критике, поскольку считает, что в их основе лежит ошибка методологического характера. Эта ошибка заключается в том, что указанные авторы сначала создают априорные системы, а затем проверяют их на установлениях положительного права. Между тем, по его мнению, обоснование общего решения должно исходить именно из положительного права: если положительное право содержит то или иное положение, то, следовательно, и научное положение, ему соответствующее, является верным. Поэтому, по мнению автора, при решении вопроса о юридическом значении согласия «потерпевшего» следует различать положения *de lege ferenda* и *de lege lata* и не следует эти положения смешивать⁵. В силу этого он поддерживал именно вторую группу авторов, которые переносят решение указанного вопроса в Особенную часть. Сам же он приходит к выводу, что по действующему праву согласие лица устраняет наказуемость деяния при имущественных посягательствах, однако до тех пор, пока не замешан публичный интерес; при посягатель-

¹ См.: Розин Н. Указ. соч. – С. 107.

² См.: Розин Н. Указ. соч. – С. 108.

³ См.: Розин Н. Указ. соч. – С. 109.

⁴ См.: Таганцев Н. С. Указ. соч. – С. 400-403.

⁵ См.: Розин Н. Указ. соч. – С. 112, 118.

ствах на телесную неприкосновенность – на честь, свободу при том же условии. В то же время согласие не имеет такого значения при посягательствах, где превалирует публичный интерес. В итоге Н. Розин пришел к выводу, что юридический эффект согласия пострадавшего совершенно невозможно охватить каким-либо одним положением, как это пыталась сделать старая литература. В сфере имущественно-правовой согласие сообщает деянию правомерный характер; в области преступлений против чести – устраняет субъективный состав деяния; в ряде преступлений публичного характера согласие пострадавшего по преимуществу служит обстоятельством, смягчающим вину; возможно, наконец, что оно делает деяние юридически безразличным¹.

В советской уголовно-правовой литературе уголовно-правовое значение согласия «потерпевшего» оценивалось различным, иногда противоположным, образом. Так, одна группа криминалистов рассматривала согласие «потерпевшего» в контексте обстоятельств, исключающих общественную опасность (противоправность) совершенного деяния. К числу таких обстоятельств относил согласие «потерпевшего» (наряду с необходимой обороной, крайней необходимостью и другими обстоятельствами), например, А. А. Пионтковский, исходя при этом из общих принципов советского уголовного права². В качестве критерия, которым следует здесь руководствоваться, считал он, является то, что совершенное лицом деяние при данных обстоятельствах не только не может быть признано общественно опасным, но, наоборот, является общественно полезным³. По мнению И. И. Слуцкого согласие «потерпевшего» относится к числу обстоятельств, которые хотя и исключают общественную опасность и наказуемость деяния, но не делают их в ряде случаев полезными и правомерными⁴. А. И. Санталов относил согласие «потерпевшего» к группе обстоятельств, исключающих противоправность деяния, поскольку такое согласие, по его мнению, исключает уголовную ответственность лишь тогда, когда отсутствует посягательство на охраняемый законом интерес, который находится в свободном распоряжении лица, давшего согласие на причинение ущерба этому интересу⁵.

А. Н. Красиков, посвятивший согласию «потерпевшего» специальное исследование, пришел к общему выводу, что «согласие лица на определенное поведение в отношении своих благ, если при этом само поведение или его результат подпадает под нормы уголовного законодательства, может при определенных условиях исключать преступность деяния, выполненного с этого согласия»⁶.

В то же время ряд криминалистов иначе оценивали значение согласия «потерпевшего» в уголовном праве. Так, П. С. Дагель исходил из того, что в «уголовно-правовом смысле потерпевшим является лицо, чьи охраняемые нормами уголовного законодательства права и интересы оказались нарушенными преступником»⁷. Для осуществления такой охраны не требуется волеизъявления потерпевшего (за исключением так называемых дел частного обвинения). Уголовное право не может связывать наличие или отсутствие уголовной ответственности с субъективной оценкой потерпевшим совершаемого в отношении его деяния, содержащего признаки преступления. Поэтому,

¹ См.: Розин Н. Указ. соч. – С. 118.

² См.: Курс советского уголовного права. Часть общая. Том II. Преступление / Ред. кол.: А. А. Пионтковский, П. С. Ромашкин, В. М. Чхиквадзе. – М.: Наука, 1970. – С. 342, 346.

³ См.: Там же. – С. 342

⁴ См.: Слуцкий И. И. Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность. – Л.: Изд-во ЛГУ. – 1956. – С. 11–12.

⁵ См.: Курс советского уголовного права. В 5-ти т. Ч. Общ. – Т. 1. / М. Д. Шаргородский, И. И. Солодкин, С. А. Домакин и др. Отв. ред. Н. А. Беляев и М. Д. Шаргородский. – Л.: Изд-во Ленинград. ун-та, 1968. – С. 463.

⁶ См.: Красиков А. Н. Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве / Под ред. проф. И. С. Ноя. – Саратов: Изд-во Саратовского ун-та. – 1976. – С. 66.

⁷ Дагель П. Имеет ли согласие потерпевшего уголовно-правовое значение // Сов. юстиция. – 1972. – № 3. – С. 25.

полагал он, согласие «потерпевшего» не может устранить ни общественной опасности, ни противоправности деяния, содержащего признаки состава преступления¹.

Подобную позицию занимал и А. Б. Сахаров, который, выступая против расширения числа обстоятельств, исключающих общественную опасность деяния, в том числе и за счет согласия потерпевшего, отмечал: «Производство незаконного аборта, заражение венерической болезнью, половое сношение с лицом, не достигшим половой зрелости, вовлечение несовершеннолетних в преступную деятельность, нарушение законодательства о труде, умышленное лишение жизни или причинение опасных для жизни телесных повреждений – все эти действия образуют преступление независимо от согласия потерпевших на их совершение»².

Многие криминалисты не рассматривали согласие «потерпевшего» в качестве обстоятельства, исключающего преступность деяния, исходя из того, что такое обстоятельство не предусмотрено уголовным законом³, а также потому, что считали, что согласие «потерпевшего» имеет иную юридическую природу и нормы о действиях, исключающих уголовную ответственность при согласии «потерпевшего», относятся к другим отраслям права, а не к уголовному праву⁴. Кроме того, иногда считали, что согласие «потерпевшего» не относится к числу обстоятельств, исключающих общественную опасность и противоправность деяния потому, что это проблема не Общей, а Особенной части уголовного права. Так, Б. А. Куринов, например, писал: «Если в составе Особенной части не оговорено прямо или косвенно, что согласие потерпевшего исключает ответственность, то состав преступления, например, убийство, причинение телесных повреждений, будет и при наличии согласия потерпевшего»⁵. В связи с этим, по мнению многих криминалистов, и вопрос о правомерности отнесения согласия «потерпевшего» к обстоятельствам, исключающим преступность деяния, должен решаться не вообще, а только применительно к конкретным составам преступления.

В современной российской уголовно-правовой науке юридическая природа согласия «потерпевшего» по-прежнему оценивается различно. Так, например, А. А. Тер-Акопов полагал, что осуществление субъективного права охватывает реализацию не только своего права, но и права другого лица, поэтому вполне допустимо исключение преступности деяния, направленного на причинение имущественного вреда не только себе, но и другому лицу. В то же время, по его мнению, не может быть и речи о правомерности причинении вреда жизни и здоровью человека по его просьбе⁶. Ю. М. Ткачевский и И. М. Тяжкова называют согласие потерпевшего и обстоятельством, исключающим преступность деяния, и обстоятельством, исключающим уголовную ответственность⁷. В. И. Михайлов, В. И. Ткаченко, Т. В. Кондрашова, С. Г. Келина, А. Н. Игнатов и другие также рассматривают его в качестве обстоятельства, исключающего преступность деяния⁸. Так, С. Г. Келина считает, что причинение вреда с согласия «потерпевшего» полностью отвечает всем признакам обстоятельства,

¹ См.: Там же. – С. 25.

² Уголовный закон: Опыт теоретического моделирования. / Отв. ред. В.Н. Кудрявцев и С.Г. Келина. – М.: Наука, 1987. – С. 138.

³ См., например: Советское уголовное право. Часть Общая. – М. – 1954. – С. 150 (автор главы – В.Д. Пакутин).

⁴ См.: Дурманов Н.Д. Обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность. – М., 1961. – С. 4; Советское уголовное право. Часть общая. – М., 1966. – С. 210 (автор главы – М.И. Якубович).

⁵ Советское уголовное право. Часть Общая. – М., 1964. – С. 190; См. также: Советское уголовное право. Часть Общая. – М. – 1974. – С. 182.

⁶ См.: Тер-Акопов А.А. Преступность и проблемы нефизической причинности в уголовном праве. – М.: ЮРКНИГА, 2003. – С. 157.

⁷ См.: Уголовное право России: Общая часть: Учебник для вузов / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой и И. М. Тяжковой. – М.: Зерцало, 2005. – С. 376-377.

⁸ См.: Сумачев А.Н. Публичность и диспозитивность в уголовном праве: Монография. – М.: Юрист, 2003. – С. 101.

исключающего преступность деяния¹. А. Н. Игнатов также исходит из того, что согласие «потерпевшего», как и другие обстоятельства, исключающие преступность деяния, не предусмотренные в УК, имеет уголовно-правовое значение и может влиять на решение вопроса об уголовной ответственности². Зачастую решение этого вопроса ставится учеными в зависимость от вида прав и интересов «потерпевшего», на причинение вреда которым он дает согласие.

В современной российской литературе проблеме согласия «потерпевшего» как обстоятельству, исключающему преступность деяния, большое внимание уделил А. В. Сумачев. Указав на современное состояние разработки указанной проблемы, автор констатирует, что правовую природу «согласия лица на причинение вреда собственным интересам» традиционно определяют в качестве обстоятельства, исключающего преступность деяния³.

На наш взгляд, подход, в соответствии с которым характеристика согласия «потерпевшего» начинается с определения его юридической природы, является правильным. При этом заслуживает поддержки позиция о том, что действия лица, связанные с причинением вреда интересам «потерпевшего» с его согласия, регулируются не уголовным, а иными отраслями права. Такой подход выводит нас на более общий и, как известно, дискуссионный вопрос, а именно: действительно ли, что в УК предусмотрены все обстоятельства, исключающие преступность деяния, и что за пределами УК такие обстоятельства отсутствуют? Наша позиция заключается в том, что обстоятельства, исключающие преступность деяния, находят свое закрепление как в УК, так и в ином законодательстве. Более того, причинение вреда в состоянии необходимой обороны или крайней необходимости без превышения пределов, а также иные правомерные и, как правило, общественно полезные действия людей вообще составляют предмет регулирования не уголовного права, а иных отраслей права, которые регулируют позитивное поведение людей. Это объясняется тем, что предметом регулирования уголовного права является поведение государства в лице специально уполномоченных органов и должностных лиц, в первую очередь суда, по отношению к лицам, совершающим именно преступления. Правомерные же поступки субъектов права являются предметом регулирования иных отраслей частного и публичного права (например, гражданского, административного и др.). Некоторые виды таких поступков лишь потому предусмотрены в таком комплексном нормативно-правовом акте, каким является Уголовный кодекс, что они по своим внешним, фактическим признакам совпадают с субъектом, объектом и объективными признаками определенных составов преступлений, которые предусмотрены именно в УК. Кроме того, такие поступки нашли свое закрепление в УК и в связи с существующими традициями, относительно широкой распространенностью, в связи с трудностями, которые возникают при их отграничении от соответствующих преступлений, а также по причине влияния науки на законодателя и др. Другая, причем большая часть таких поступков, предусмотрена, как отмечалось, иными отраслями права⁴. К числу таких поступков относятся и действия лица, которыми с согласия «потерпевшего» причиняется вред охраняемым законом правам и интересам последнего.

¹ См.: Курс российского уголовного права. Общая часть / Под ред. В.Н. Кудрявцева, А.В. Наумова. – М.: Спарк, 2001. – С. 424.

² См.: Игнатов А.Н., Красиков Ю.А. Курс российского уголовного права: в II томах. – Т. 1. Общая часть. – М.: Норма, 2001. – С. 308.

³ См.: Сумачев А. Н. Указ. раб. – С. 102.

⁴ См.: Баудин Ю. В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния. – Харьков: Основа, 1991. – С. 47-53; Михайлов В. Исполнение закона как обстоятельство, исключающее преступность деяния // Уголовное право. – 2007. – № 1 – С. 41.

§ 2. Гражданско-правовая природа причинения вреда с согласия «потерпевшего»

По своему существу причинение вреда «потерпевшему» с его согласия является осуществлением другим лицом субъективного права самого «потерпевшего». Поэтому установление правомочности причинения вреда лицу в процессе осуществления его субъективного права другим лицом должно подчиняться общим правилам, которые регулируют правомерное поведение людей в случаях, когда одно лицо с согласия другого совершает в отношении последнего определенные действия. Очевидно, что такими правилами являются положения гражданского законодательства, которые регулируют договорные отношения между частными лицами. Именно поэтому, на наш взгляд, причинение определенного вреда субъективному праву лица с его согласия является непроступным только потому, что оно признается правомерным с позиций частного (гражданского) права.

Известно, что имущественные и личные неимущественные права регулируются гражданским правом (статья 2 Гражданского кодекса Российской Федерации). При этом субъекты гражданских отношений приобретают и осуществляют гражданские права по своей воле и в своем интересе, а ограничены такие права могут быть лишь на основе закона и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Прекращение субъективного права возможно либо по распоряжению лица (например, лицо принимает решение об уничтожении дома, принадлежащего ему на праве собственности), либо по объективным причинам, независящим от воли лица (например, разрушение такого дома стихийными силами природы). В тех случаях, когда лицо само распорядилось своим правом, оно может либо самостоятельно выполнить те действия, в которых состоит реализация права (в приведенном примере – своими силами снести собственный дом), либо же поручить выполнение действий по реализации его субъективного права иному субъекту (в нашем случае – поручить снести свой дом иному лицу). В последнем случае, когда лицо распоряжается своим субъективным правом таким образом, при котором поручает (требует, просит, заключает соглашение) другому лицу в определенной степени умалить принадлежащие ему блага и тем самым ограничить или прекратить право на них, можно говорить о гражданско-правовой сделке.

Согласно ст. 153 ГК РФ «сделкой признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей». Поскольку же в ситуации, когда одно лицо поручает другому изменить или прекратить его субъективные права путем причинения вреда соответствующим благам, согласуется воля как минимум двух субъектов, такая сделка в соответствии с п. 1 ст. 154 ГК РФ уже именуется договором. При этом договор между частными лицами, при выполнении которого одно лицо реализует право другого на причинение вреда определенным его интересам, с точки зрения гражданского права будет правомерным, если соблюдены установленные гражданским законодательством общие требования, обязательные для совершения сделки, иначе говоря – если сделка (договор) соответствует установленным гражданским законодательством признакам.

Как принято считать в науке гражданского права, сделка представляет собой единство четырех элементов: 1) субъектов – лиц, участвующих в сделке; 2) субъективной стороны – единства воли и волеизъявления; 3) формы и 4) содержания. При этом порок любого или нескольких элементов сделки приводит к ее недействительности. Недействительность сделки означает, что за этим действием не признается значение юридического факта, в связи с чем недействительная сделка не может породить юридические последствия, которые стороны имели в виду при заключении сделки¹. В том числе, не-

¹ См.: Гражданское право: Учебник. Часть I. Издание третье, переработанное и дополненное / Н. Д. Егоров, И. В. Елисеев, А. А. Иванов и др.; Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: ПРОСПЕКТ, 1998. – С. 236.

действительная сделка не может и выступать в качестве основания правомерного причинения вреда с согласия «потерпевшего».

Субъектами правомерной сделки могут выступать любые участники гражданско-правовых отношений, обладающие дееспособностью. В соответствии с пунктами 1 и 2 ст. 21 и ст. 27 ГК РФ гражданская дееспособность физического лица в полном объеме возникает по достижению им восемнадцатилетнего возраста либо с момента вступления в брак, если это произошло до достижения 18-летия, либо с момента эмансипации. В соответствии со статьями 26 и 28 ГК РФ гражданско-правовая дееспособность физических лиц в возрасте от 6 до 18 лет является ограниченной. Следовательно, ограниченной является и их возможность по распоряжению своими благами путем дачи согласия на причинение им вреда иными лицами. В частности, лицо в возрасте от 14 до 18 лет вправе дать согласие, например, на растрату его заработка, стипендии или иного дохода (подпункт 1 п. 2 ст. 26 ГК РФ). В то же время, законодательно определенный объем дееспособности малолетних (лиц в возрасте от 6 до 14 лет) практически исключает возможность заключения ими сделки, направленной на причинение вреда их интересам.

Дееспособность юридических лиц характеризуется целями деятельности юридического лица, очерченными в учредительных документах, с одной стороны, и полномочиями органа юридического лица, имеющего право на совершение сделок от имени юридического лица, с другой. Она возникает и прекращается одновременно с возникновением и прекращением правоспособности юридического лица, то есть возникает в момент его создания и прекращается в момент внесения записи об его исключении из единого государственного реестра юридических лиц (статья 49 ГК РФ). Поскольку в исследуемом нами аспекте юридическое лицо может выступать лишь субъектом дачи согласия на причинение вреда его интересам, но никак не субъектом причинения такого вреда¹, то дееспособным оно должно быть именно в момент дачи такого согласия.

Гражданским законом предусмотрена возможность лишения дееспособности физических лиц, которые вследствие психического заболевания не могут осознавать значение своих действий или руководить ими (ст. 29 ГК РФ) и ограничения дееспособности физических лиц, которые вследствие злоупотребления спиртными напитками или наркотическими средствами ставят свою семью в тяжелое материальное положение (ст. 30 ГК РФ). Соответственно, первая категория лиц (недееспособные) не вправе заключать каких-либо сделок, в том числе и направленных на причинение вреда своим правам и интересам; вторая же (ограниченно дееспособные) – может самостоятельно заключать только мелкие бытовые сделки, что существенно ограничивает их возможность заключения сделок, направленных на причинение вреда самому себе. Поэтому, если лицо, которое является недееспособным, дало согласие, например, на уничтожение принадлежащего ему имущества, такое согласие не может исключать уголовной ответственности лица, причинившего указанный вред. От имени данных лиц таковые сделки могут заключать соответственно опекуны и попечители. Сделки совершенные недееспособными, а также ограниченно дееспособными с выходом за пределы их дееспособности, равно как и сделки, совершенные юридическими лицами за пределами их дееспособности, признаются недействительными (статьи 171-177 ГК РФ) с вытекающими отсюда правовыми последствиями, о которых сказано выше.

Субъективная сторона правомерной сделки состоит в том, что волеизъявление каждого участника сделки должно быть свободным и отвечать его внутренней воле. Необходимым условием является отсутствие каких-либо факторов, которые могли бы

¹ Данный вывод следует из того, что всякое причинение вреда юридическим лицом лежит за пределами уголовного права, поскольку таковое лицо не является субъектом преступления. Если же юридическое лицо с согласия «потерпевшего» «причинит» определенный вред, вопрос о правомерности причинения такого вреда должен рассматриваться в аспекте правомерности действий конкретных физических лиц.

искажить представления лица о существе сделки или ее отдельных элементах (заблуждение, обман и т.п.) либо создать видимость внутренней воли при ее отсутствии (угроза, насилие и т.п.). Волеизъявление должно правильно отражать внутреннюю волю и довести ее до сведения участников сделки¹. Только в этих случаях сделка, направленная на причинение вреда, может быть признана правомерной. В тех же случаях, когда между волей и волеизъявлением имеются расхождения, сделка, заключенная при таких условиях, признается недействительной, и, следовательно, и не может выступать в качестве обстоятельства, исключающего уголовную ответственность за причиненный вред. В частности, в соответствии со ст. 178 ГК РФ сделка, совершенная под влиянием заблуждения, имеющего существенное значение (то есть, заблуждения относительно природы сделки либо тождества или качества ее предмета), может быть признана недействительной. Кроме того, в соответствии со ст. 179 ГК РФ также может быть признана недействительной сделка, совершенная под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителя одной стороны с другой стороной, а также сделка, которую лицо было вынуждено совершить вследствие стечения тяжелых обстоятельств на крайне невыгодных для себя условиях, чем другая сторона воспользовалась (кабальная сделка). Поэтому, не может идти речи о согласии «потерпевшего» в случаях, когда он, например, под угрозой применения к нему физического насилия вынужденно передает свою вещь другому лицу. Очевидно, что в таких случаях лицо, которое добилось такого «согласия», подлежит уголовной ответственности в зависимости от обстоятельств дела, например, за грабеж, или за разбой, либо за вымогательство.

Форма сделки является внешним облечением волеизъявления ее субъектов. Сделка может совершаться лишь в форме, установленной законом. В соответствии с п. 1 ст. 158 ГК РФ сделка может совершаться устно или в письменной форме. Требования относительно формы той или иной конкретной сделки установлены статьями 159–165 ГК РФ. По общему правилу все сделки, если иное не предусмотрено гражданским законодательством, могут совершаться в устной форме. Поэтому причинение вреда определенному благу «потерпевшего» с его устного согласия при соблюдении всех иных необходимых условий может признаваться обстоятельством, исключающим преступность деяния. И лишь в том случае, когда гражданское законодательство требует обязательной письменной формы сделки, заключение ее в устной форме свидетельствует о незаконности соглашения между сторонами, а его выполнение не исключает уголовной ответственности за причиненный вред. Так, например, в соответствии с подп. 2 п. 1 ст. 161 ГК РФ в простой письменной форме должна совершаться сделка граждан между собой на сумму, превышающую не менее чем в десять раз установленный законом минимальный размер оплаты труда, а в случаях, предусмотренных законом, – независимо от суммы сделки. Поэтому то же самое уничтожение чужого имущества с устного согласия его собственника, при условии, если стоимость этого имущества превышает в десять и более раз установленный законом минимальный размер оплаты труда, не может быть признано правомерным.

Кроме того, гражданское законодательство не запрещает в отдельных случаях выражать волеизъявление на заключение сделки в виде конклюдентных действий. В соответствии с п. 3 ст. 158 ГК, «молчание признается выражением воли совершить сделку в случаях, предусмотренных законом или соглашением сторон».

Наконец, по своему **содержанию** сделка должна соответствовать целому ряду требований. Во-первых, содержание сделки не может противоречить ГК, другим актам гражданского законодательства. В соответствии со ст. 3 ГК РФ основу гражданского законодательства РФ составляет Конституция РФ, основным актом гражданского законодательства РФ является Гражданский кодекс РФ; актами гражданского законо-

¹ См.: Гражданское право: Учебник. Часть I. Издание третье, переработанное и дополненное / Н. Д. Егоров, И. В. Елисеев, А. А. Иванов и др.; Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: ПРОСПЕКТ, 1998. – С. 237.

дательства являются также федеральные законы РФ, которые принимаются в соответствии с Конституцией и ГК. Кроме того, в случаях, установленных Конституцией, гражданские отношения могут регулироваться и указами Президента РФ, а в случаях и в пределах, предусмотренных ГК, другими законами и иными правовыми актами, в том числе постановлениями Правительства РФ, а также актами министерств и иных федеральных органов исполнительной власти. Сделка же, не соответствующая закону или иному правовому акту, является ничтожной (ст. 168 ГК РФ). Так, в соответствии со ст. 45 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан запрещена эвтаназия, то есть удовлетворение просьбы больного об ускорении его смерти какими-либо действиями или средствами, в том числе прекращением искусственных мер по поддержанию жизни. Следовательно, всякая сделка, предметом которой является причинение вреда жизни человека, является ничтожной, поскольку противоречит актам законодательства. Соответственно, она не может выступать и в качестве обстоятельства, исключающего преступность деяния.

Во-вторых, по своему содержанию сделка не может быть заведомо противной основам правопорядка или нравственности, в противном же случае она будет признана ничтожной (ст. 169 ГК РФ). Это положение дает основание для вывода о том, что согласие «потерпевшего» не может исключать уголовной ответственности, например, за бесосновательное причинение лицу телесного повреждения, его продажу в целях эксплуатации, осквернение могилы и прочие подобные действия, которые противоречат нравственным основам общества. Так, в п. 3 ст. 1064 ГК РФ отмечается, что в возмещении вреда может быть отказано, если вред причинен по просьбе или с согласия потерпевшего, а действия причинителя вреда не нарушают нравственные принципы общества. Поэтому, если, например, одно лицо с согласия другого причиняет вред его здоровью в публичном месте, более того, такое причинение носит характер мучительного, то в данном случае нельзя утверждать о том, что согласие потерпевшего исключает преступность совершенного, поскольку помимо вреда непосредственно здоровью человека причиняется вред еще и основам общественной морали. Однако же, если вред тому же здоровью с согласия «потерпевшего» причиняется таким образом, что при этом не нарушаются основы общественной морали, в данном случае есть все основания утверждать о непротивности содеянного.

В-третьих, содержание сделки должно быть направлено на реальное наступление правовых последствий, обусловленных ею. Мнимая сделка, то есть сделка, совершенная лишь для вида, без намерения создать соответствующие ей правовые последствия, ничтожна (п. 1 ст. 170 ГК РФ). Также ничтожной является и притворная сделка, то есть сделка, совершенная с целью прикрыть другую сделку (п. 2 ст. 170 ГК РФ). Поэтому не может исключать уголовной ответственности, например, согласие лица на организацию ему заграничной туристической поездки, в то время, как фактически лицо вывозилось за границу с целью его последующей продажи.

Все перечисленные выше требования к субъектному составу сделки, ее субъективной стороне, форме и содержанию должны быть совокупно соблюдены для того, чтобы причинение вреда одним лицом другому при осуществлении чужого субъективного права было признано правомерным и отнесено к обстоятельствам, исключающим уголовную ответственность за причиненный вред правам или законным интересам «потерпевшего». Иначе говоря, осуществление субъективного права другого лица с его согласия или просьбы может признаваться обстоятельством, исключающим уголовную ответственность за причинение вреда интересам этого другого лица, при условии, что соглашение (договоренность) между ними отвечало признакам правомерности, которые установлены гражданским законодательством, и его осуществление соответствовало договору.

§ 3. Место причинения вреда с согласия «потерпевшего» в системе обстоятельств, исключающих преступность деяния

Как отмечено выше, действия лица, связанные с причинением вреда правам (интересам) «потерпевшего» с его согласия или по его просьбе имеют гражданско-правовую природу. Это вовсе не исключает того, что подобные действия одновременно могут рассматриваться и в системе обстоятельств, исключающих преступность деяния. Это объясняется тем, что, как уже отмечалось, указанные действия по причинению вреда правам и законным интересам «потерпевшего» по своим внешним, фактическим признакам совпадают с признаками субъекта, объекта и объективной стороны определенных составов преступлений, предусмотренных в УК, что и порождает необходимость отграничения таких преступлений от соответствующих правомерных действий, совершенных с согласия (по просьбе) «потерпевшего». Очевидным, далее, является тот факт, что определение места таких действий среди указанных обстоятельств зависит от определения самой системы обстоятельств, исключающих преступность деяния.

Прежде всего, нет принципиального различия в том, что, например, необходимую оборону, крайнюю необходимость и др. определяют в качестве обстоятельств, исключающих либо уголовную ответственность, либо преступность деяния. Во всех этих обозначениях речь идет или об исключении основания уголовной ответственности, т.е. преступности деяния, или об исключении самой уголовной ответственности как уголовно-правового последствия совершения деяния, лишенного признаков преступления. В то же время, очевидно, что дальнейшая классификация указанных обстоятельств может быть произведена применительно лишь к обстоятельствам, исключающим преступность деяния. Это объясняется тем, что исключение именно уголовной ответственности является общим правовым последствием совершения непроступного деяния, в то время как исключение самой преступности деяния может быть обусловлено различными причинами. При этом определяющим здесь является представление о структуре самого преступного деяния, а также о соотношении общественной опасности деяния и состава преступления.

Подавляющее большинство криминалистов исходит из того, что преступление представляет собою единство криминальной степени общественной опасности деяния (социальное содержание преступления) и его предусмотренности в Уголовном Кодексе, или, как часто говорят, уголовной противоправности (юридическая форма преступления). Вместе с тем, такое единство не является абсолютным, раз и навсегда данным. Напротив, оно относительно, отражает диалектику соотношения содержания и формы. Это означает, что совершение поступков, не отвечающих единству содержания и формы, свидетельствует о том, что данный поступок не является преступным и, следовательно, выступает в качестве обстоятельства, исключающего уголовную ответственность лица за содеянное.

Отсюда можно сделать вывод, что обстоятельствами, исключающими преступность деяния, могут выступать, прежде всего, поступки, содержание которых аналогично преступлению, но не соответствует его юридической форме. К ним, в частности, относятся поступки высокой степени общественной опасности, которые по тем или иным причинам не предусмотрены уголовным законом в качестве преступных. К числу названных обстоятельств относятся и те деяния, которые, напротив, соответствуют юридической форме преступления, но не отвечают его социальному содержанию (например, малозначительные деяния, формально содержащие признаки какого-либо преступления). Наконец, к указанным обстоятельствам относятся также поступки, которые отличаются от преступного посягательства как своим содержанием, так и юридической формой (например, необходимая оборона, крайняя необходимость и др.).

Таким образом, обстоятельства, исключающие преступность деяния, свидетельствуют об отсутствии в содеянном деянии либо социального содержания преступления (присущей ему высокой (криминальной) степени общественной опасности), либо его юридической формы (предусмотренности преступления уголовным законом), либо того и другого одновременно. С этой точки зрения можно различать три группы обстоятельств, исключающих преступность деяния, составляющие в своем единстве систему таких обстоятельств.

Первая группа объединяет поступки, отличающиеся присущей преступлению криминальной степенью общественной опасности, которые, однако, по каким-либо причинам не предусмотрены уголовным законом. Такие общественно опасные деяния характеризуются необходимым для преступления социальным содержанием, но отсутствием надлежащей юридической формы. Эти поступки целесообразно именовать обстоятельствами, исключающими уголовную противоправность деяния. Сюда относятся, например, такие обстоятельства, как недостижение лицом возраста, с которого наступает уголовная ответственность, невменяемость, казус и другие обстоятельства, при которых учиненное общественно опасное деяние не содержит в себе все признаки состава преступления.

Вторая группа охватывает деяния, формально соответствующие признакам какого-либо состава преступления, но по своему содержанию лишённые общественной опасности, либо отличающиеся ею, но в меньшей степени, чем преступление. Это, например, поступки, подпадающие под ч. 2 ст. 14 УК РФ, которые формально содержат признаки какого-либо деяния, предусмотренного уголовным законом, но в силу малозначительности не представляющие общественной опасности. В данных случаях совершённое деяние формально соответствует признакам надлежащей юридической формы преступления, но отличается иным (по сравнению с преступным деянием) социальным содержанием – отсутствием или невысокой степенью общественной опасности. Следовательно, указанная группа поступков может быть названа обстоятельствами, исключающими криминальную степень общественной опасности.

Наконец, в третью группу входят общественно значимые поступки, которые, внешне напоминая преступление, в отличие от него характеризуются положительным общественным содержанием и соответствуют признакам юридической формы правомерного поведения. Это общественно полезные (либо иногда социально допустимые) и правомерные поступки человека: необходимая оборона, крайняя необходимость, задержание преступника, выполнение профессиональных обязанностей, исполнение приказа и др. Очевидно, что подобное поведение исключает и социальное содержание, и юридическую форму преступления, а потому указанная группа поступков может быть названа обстоятельствами, исключающими общественную опасность и противоправность (преступность) деяния.

Именно к последней группе принадлежит и причинение вреда с согласия «потерпевшего», поскольку в случаях, когда такое деяние соответствует требованиям, предъявляемым гражданским законодательством к сделке, оно является и правомерным, и не общественно опасным.

Далее, для более определенного обозначения места причинения вреда с согласия «потерпевшего» среди обстоятельств, исключающих общественную опасность и противоправность (преступность) деяния, следует обратиться к рассмотрению структурных элементов таких обстоятельств. Известно, что при характеристике структуры указанных обстоятельств часто указывают на условия их правомерности, подразделяя их, как правило, на две группы (например, при характеристике необходимой обороны выделяют условия правомерности, относящиеся к посягательству и защите, и т.п.). Предпочтительным, однако, является подход, в соответствии с которым обстоятельства, исключающие противоправность деяния, рассматривают в единстве двух составляющих

их элементов, а именно в единстве основания совершения правомерного поступка и самого такого поступка¹. В таком случае наличие основания оправдывает (обосновывает) возможность или необходимость совершения правомерного деяния, сопряженного с причинением вреда правоохраняемым интересам². Очевидно, что при указанном подходе согласие «потерпевшего» относится к числу оснований, а причинение вреда правам и интересам «потерпевшего» является одним из видов правомерного поступка лица. Как правильно заметил А.Н. Сумачев, «согласие лица лишь постольку интересует уголовное право, поскольку оно обусловило причинение уголовно значимого вреда интересам согласившегося способом, формально схожим с составом конкретного преступления»³.

¹ См.: *Ткаченко В.И.* Необходимая оборона по уголовному праву. – М.: Юрид. лит., 1979. – С. 19; *Баулин Ю.В.* Обстоятельства, исключающие преступность деяния. – Х.: Основа, 1991. – С. 135 – 136.

² По сути, и предыдущий подход, при котором выделяют две группы условий правомерности, выходит из того, что существует, например, посягательство (основание) и защита (правомерный поступок) при необходимой обороне; опасность, неустранимая другими средствами (основание) и действия по устранению этой опасности (правомерный поступок) при крайней необходимости.

³ *Сумачев А.Н.* Публичность и диспозитивность в уголовном праве: Монография. – М.: Юрист, 2003. – С. 114.

Глава II

ПОНЯТИЕ, СТРУКТУРА И ПРАВОВОЕ ЗНАЧЕНИЕ СОГЛАСИЯ
«ПОТЕРПЕВШЕГО» НА ПРИЧИНЕНИЕ ВРЕДА ЕГО ПРАВАМ И ЗАКОННЫМ
ИНТЕРЕСАМ

§ 1. Определение понятий «согласие» и «потерпевший»

Определение понятия «согласие потерпевшего» предполагает предварительное выяснение того, что представляет собой такое согласие и кто является его субъектом, т.е. «потерпевшим» лицом, давшим согласие на причинение вреда своим правам и законным интересам. Едва ли не первую попытку определить понятие «согласие потерпевшего» предпринял в свое время А. Н. Красиков, который предложил следующее понятие: «Согласие потерпевшего есть выражение свободного волеизъявления лица на нарушение своих благ или поставление их в опасность (риск) как способ достижения личного интереса, с одной стороны, а с другой – поведение третьего лица в рамках этого согласия»¹. Иными словами, А. Н. Красиков в понятии согласия «потерпевшего» объединил воедино как основание для причинения вреда собственным благам, так и поведение третьего лица, связанного с причинением такого вреда. Определяя то же понятие, А. В. Сумачев выделяет основания для поступка и сам поступок с согласия «потерпевшего» и пришел к выводу, что «согласие лица в уголовном праве – это разрешение на определенные уголовно значимые действия со стороны третьих лиц в отношении собственных благ, добровольно выраженное дееспособным лицом в установленной форме до начала совершения таких действий и влекущее уголовно-правовые последствия»².

Представляется, что трактовка исследуемого понятия возможна, прежде всего, на основе определения его составляющих: 1) «согласие» и 2) «потерпевший».

«Согласие» не является специально-юридическим понятием и, очевидно, именно поэтому не имеет (да и не может иметь) законодательного определения. Толковые же словари русского языка дают несколько определений данного понятия (что свидетельствует о синонимии соответствующего ему термина), из которых пригодным для целей уголовного права представляется следующее. Так, в словаре В. И. Даля «согласие» определяется как «разрешение, дозволение, изволение, одобрение, утверждение, как прямое желание согласившегося на что, или как его уступка»³, а в словаре С. И. Ожегова данное же понятие определяется как «разрешение, удовлетворительный ответ на просьбу»⁴. Кроме того, в словаре синонимов русского языка «согласие» стоит в одном синонимическом ряду с такими понятиями как «единодушие, договоренность, соответствие, позволение»⁵, что тоже дает определенное представление о его содержании.

Исходя из этого, на наш взгляд, *согласие* «потерпевшего» необходимо рассматривать как свободное волеизъявление лица и трактовать его достаточно широко, включая

¹ Красиков А.Н. Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве / Под. ред. проф. И.С. Ноя. – Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1976. – С. 58.

² Сумачев А.Н. Публичность и диспозитивность в уголовном праве: Монография. – М.: Юрист, 2003. – С. 114.

³ Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка: Т. 1-4. – М.: Рус. яз., 1978-1980. – Т. 4. Р-V. – 1980 – С. 256.

⁴ Ожегов С. И. Словарь русского языка: 70000 слов / Под ред. Н. Ю. Шведовой. – 23-е изд., испр. – М.: Рус. яз., 1991. – С. 740.

⁵ Александрова З. Е. Словарь синонимов русского языка: около 9000 синонимических рядов / Под ред. Л. А. Чешко. Изд. 4-е, репродуцированное. – М.: Рус. яз., 1975. – С. 505.

в него согласие в собственном смысле слова, а также требование, просьбу и иную возможность лица проявить свою волю, выразить желание на осуществление определенного действия. При этом согласие может исходить не только от лица, которому непосредственно причиняется вред, но и от его законных представителей. Как верно отмечал А. Н. Красиков, «представитель может давать согласие на все деяния и вопрос о правомерности и неправомерности деяния с согласия представителя решается в зависимости от объема прав, предоставленных представителю по закону»¹ или, добавим, по договору.

Вторым важным вопросом является определение субъекта такого согласия. Таким называют потерпевшего. Прежде всего, необходимо отличать «потерпевшего» в юридическом смысле этого слова от обыденного представления о потерпевшем. С этой точки зрения интерес представляет вопрос о том, является ли понятие потерпевшего в уголовно-процессуальном праве тождественным понятию потерпевшего в праве уголовном. Этот вопрос хотя и является предметом исследования криминалистов и процессуалистов на протяжении многих десятилетий, однако и на сегодняшний день он не нашел своего однозначного решения.

Процессуалист В. П. Божьев высказывается за существование двух понятий потерпевшего: в уголовно-процессуальном и в уголовно-правовом значении. Под потерпевшим в уголовно-правовом смысле он понимает как физических лиц, так и юридических, которым преступлением причинен вред. К потерпевшим в уголовно-процессуальном смысле автор относит лишь граждан, которые обладают уголовно-процессуальной дееспособностью². А.Н. Сумачев считает, что определение лица в качестве потерпевшего в уголовном праве влечет за собой предоставление такому лицу определенного комплекса материальных прав и обязанностей, реализация которых подразумевает, во-первых, признание его потерпевшим в уголовном процессе и, во-вторых, наделение его соответствующим объемом процессуальных правомочий³.

В то же время П. С. Дагель отмечал, что нет оснований признавать потерпевшим лицо, дающее согласие на причинение ему вреда, и тем самым способствующее совершению преступления, или даже само его совершающее. Он считал, что субъективно, по крайней мере, во время совершения общественно опасного деяния, такое лицо является потерпевшим. Объективно же лицу с его согласия хотя и причиняется определенный физический, материальный или моральный вред, но одновременно вред причиняется и общественным интересам, охраняемым уголовным законом. Положение такого лица в уголовном правоотношении, по мнению ученого, ближе к положению соучастника, чем потерпевшего. По мнению П. С. Дагеля, сам термин «согласие потерпевшего» является внутренне противоречивым, поскольку если есть согласие на совершение преступления, то нет потерпевшего; если есть потерпевший, с его стороны не может быть согласия на совершение преступления». Он справедливо утверждал, что «граждан, дающих согласие на причинение им вреда уголовно-наказуемыми способами, не следует считать потерпевшими в материально-правовом смысле и признавать потерпевшими в уголовном процессе»⁴.

С ним солидарен А. Н. Сумачев, который считает, что если деяние не является преступным, то и использование термина «потерпевший» как категории уголовного и уголовно-процессуального права просто бессмысленно. Именно поэтому он высказал

¹ Красиков А.Н. Указ. раб. – С. 62–63.

² Божьев В. П. К вопросу о понятии потерпевшего в советском уголовном процессе // Ученые записки ВЮОН. – Вып. 15. – М., 1962. – С. 152.

³ Сумачев А.Н. Публичность и диспозитивность в уголовном праве: Монография. – М.: Юрист, 2003. – С. 106.

⁴ См.: Дагель П.С. Имеет ли «согласие потерпевшего» уголовно-правовое значение? // Сов. юстиция. – 1972. – № 3. – С. 26.

вполне обоснованное предложение об использовании в научной литературе терминологии «согласие лица на причинение вреда собственным интересам»¹.

В целом, соглашаясь с таким подходом, в настоящем исследовании используется более устоявшаяся терминология, однако термин «потерпевший», намеренно берется в кавычки. Тем самым подчеркивается условность употребляемого понятия, исходя лишь из существующей традиции.

Таким образом, согласие «потерпевшего» – это требование, просьба, разрешение или иное проявление воли лица на осуществление определенных действий в отношении его прав и законных интересов со стороны третьих лиц, связанных с причинением им вреда.

§ 2. Структура согласия «потерпевшего»

Очевидно, что согласие «потерпевшего» представляет собой определенный поведенческий акт, структуру которого образует совокупность юридически значимых элементов, а именно: *субъекта* согласия, *объекта*, на причинение вреда которому дается такое согласие, *объективных признаков* согласия и *субъективного контроля* лица, дающего согласие на причинение вреда.

Субъект дачи согласия. Согласие на причинение вреда своим правам и законным интересам должно быть результатом сознательной решимости лица, выражением его воли, поэтому выразить согласие на причинение вреда может лишь физическое лицо, обладающее полной дееспособностью. Согласие душевнобольного или малолетнего во внимание не принимается, также как и согласие, которое дано лицом, находящимся в состоянии сильного алкогольного или наркотического опьянения. Как верно отмечал Н. С. Таганцев, уступка какого-либо права, сделанная умалишенным или ребенком, не имеет никакого значения².

С надлежащим субъектом дачи согласия криминалисты связывают и такой признак, как его *действительность*. Действительность согласия в уголовно-правовой литературе соотносят с волеизъявлением лица, сознающего характер совершаемых действий и способного ими руководить. В рамках этого положения ученые-криминалисты ведут речь о психически здоровом и соответственно взрослом человеке. Большинство исследователей утверждает, что согласие должно исходить от лиц вменяемых, достигших определенного возраста, по достижении которого лицо приобретает способность осуществлять соответствующие права и выполнять обязанности³. Некоторые авторы при характеристике надлежащего субъекта (действительности согласия) указывают на такой его признак как дееспособность лица⁴. В то же время, А.Н. Красиков утверждал, что согласие должно быть дано дееспособным и вменяемым лицом или его законным представителем в интересах представляемого⁵.

По мнению А.Н. Сумачева, дееспособность как содержание признака действительности согласия в юриспруденции имеет важное значение. В то же время криминалист

¹ Сумачев А.Н. Публичность и диспозитивность в уголовном праве: Монография. – М.: Юрист, 2003. – С. 107–108.

² См.: Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Т. 1. – Тула: Автограф, 2001. – С. 404.

³ Курс советского уголовного права. В 5-ти т. Ч. Общ. – Т. 1. / М.Д. Шаргородский, И.И. Солодкин, С.А. Домакин и др. Отв. ред. Н.А. Беляев и М.Д. Шаргородский. – Л.: Изд-во Ленинград. ун-та, 1968. – С. 518–519 (А.И. Санталов).

⁴ Курс советского уголовного права. Часть общая. Том II. Преступление / Ред. кол.: А.А. Пионтковский, П.С. Ромашкин, В.М. Чхиквадзе. – М.: Наука, 1970. – С. 395 (А.А. Пионтковский); Расторопов С. Уголовно-правовое значение согласия на причинение вреда своему здоровью // Законность. – 2003. – № 10. – С. 46.

⁵ Красиков А.Н. Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве. – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1976. – С. 60.

ставит справедливый вопрос – можно ли соотносить гражданскую дееспособность лица с таковой в уголовном праве, ибо по общему правилу возраст, по достижении которого лицо подлежит уголовной ответственности, значительно ниже 18 лет? На основании эмпирического исследования А.Н. Сумачев приходит, на наш взгляд, к правильно выводу, что действительность согласия необходимо соотносить с дееспособностью лица в том смысле, как это принято в гражданском праве Российской Федерации¹. Такой вывод вполне соответствует гражданско-правовой природе согласия «потерпевшего», о чем выше уже говорилось.

Как отмечал Н.С. Таганцев, дееспособность должна существовать объективно. Одного предположения о дееспособности лица, дающего согласие, со стороны виновного недостаточно. Если лицо взяло вещь с разрешения ее хозяина, вовсе и не подозревая, что хозяин умалишенный, или вступило в половое сношение с девушкой при таких обстоятельствах, что не могло и думать, что она не достигла 14 лет, то виновность его должна определяться сообразно с учением о влиянии ошибки и заблуждения, но о согласии, как о причине, устраняющей преступность деяния, не может быть речи². При этом дееспособность лица, давшего согласие на причинение вреда собственным правам, должна иметь место на момент дачи такого согласия.

А. Шуберт, раскрывая признак действительности согласия, правильно указывает и на то, что «оно должно быть фактически дано. Недостаточно предполагаемого согласия. Ошибку преступника, под влиянием которой он предполагал согласие потерпевшего, следует рассматривать, основываясь на принципах оценки фактической ошибки с точки зрения субъективной стороны состава преступления»³.

Большинство криминалистов считают допустимым в качестве субъекта дачи согласия признавать не только лицо, которому причиняется вред, но и его законных представителей. Получение согласия от законных представителей недееспособного лица возможно, но только в тех пределах, в которых закон предоставляет право заменять его волю (например, в случаях согласия родственников на оказание неотложной медицинской помощи лицу, находящемуся в опасном для жизни состоянии, и т.п.).

Таким образом, субъектом согласия на причинение вреда является физическое лицо, обладающее полной дееспособностью, а в случаях, специально предусмотренных законом, его законные представители.

Объект, на причинение вреда которому дается согласие «потерпевшего». Еще И.И. Карпец отмечал, что «... с точки зрения права, согласие потерпевшего может распространяться только на то, что *принадлежит ему лично*»⁴. А.Н. Сумачев, в целом соглашаясь с такой позицией, отмечает, что «тезис ученого представляется верным, если смотреть на него с позиций причинения вреда *самому себе*. Если же говорить о согласии на причинение вреда собственным интересам *со стороны третьих лиц*, то это положение требует уточнения. Видимо, здесь, по мнению криминалиста, необходимо вести речь, с одной стороны, о характере принадлежности самого права с позиций его субъективной значимости для человека, с другой – об объективной значимости этого права с позиций общества и государства в целом»⁵. И.И. Карпец по этому поводу от-

¹ Сумачев А.Н. Публичность и диспозитивность в уголовном праве: Монография. – М.: Юрист, 2003. – С. 111.

Хотя следует отметить, что не все авторы, используя термин «дееспособность», рассматривают его в гражданско-правовом смысле. Так, С. Расторопов отмечает, что понятие дееспособности лица, дающего согласие на причинение вреда, в уголовно-правовом значении включает два признака: вменяемость и достижение определенного возраста. (См.: Расторопов С. Уголовно-правовое значение согласия на причинение вреда своему здоровью // Законность. – 2003. – № 10. – С. 46).

² Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Т. 1. – Тула: Автограф, 2001. – С. 404.

³ Шуберт А. Об общественной опасности преступного деяния. – М.: Госюриздат, 1960. – С. 122.

⁴ См.: Карпец И.И. Уголовное право и этика. – М.: Юрид. лит., 1985. – С. 129.

⁵ Сумачев А.Н. Публичность и диспозитивность в уголовном праве: Монография. – М.: Юрист, 2003. – С. 115.

мечал: «Согласие потерпевшего (пострадавшего) имеет ... определенные этические пределы как с точки зрения сугубо личной, так и с точки зрения господствующей в обществе морали»⁶⁰.

На наш взгляд, о согласии лица на причинение вреда *самому себе* можно говорить лишь условно. Не вдаваясь в полемику, следует отметить, что указанная ситуация не является предметом нашего исследования. Речь как раз идет о согласии «потерпевшего», которое дается иному лицу – причинителю вреда.

Если взять в качестве исходного положение о том, что причинение вреда субъективному праву лица с его согласия является непроступным при условии, что оно отвечает признакам правомерности, установленным гражданским законодательством, то и вопрос об объекте причинения такого вреда должен решаться на основании положений гражданского права.

Согласно ст. 128 ГК РФ к объектам гражданских прав относятся вещи, включая деньги и ценные бумаги, иное имущество, в том числе и имущественные права; работы и услуги; информация; результаты интеллектуальной деятельности, в том числе исключительные права на них (интеллектуальная собственность); нематериальные блага.

Исходя из этого к объектам, на причинение вреда которым возможно получение согласия «потерпевшего», следует отнести: а) личные блага (здоровье, честь, достоинство, личная свобода, личная безопасность, авторские и смежные права, половая свобода и неприкосновенность) и б) материальные блага (имущество, право на имущество). Такие блага должны находиться в свободном распоряжении лица, дающего согласие на причинение им вреда.

Пределы согласия «потерпевшего» определяются возможностью причинения вреда благам, находящимся в свободном распоряжении лица.

Н.С. Таганцев утверждал, что согласившийся должен действительно иметь право на распоряжение или на уступку того блага или права, от которого он отказался; поэтому согласие теряет всякую силу, если уступающий только симулировал право на вещь и уступил, например, чужую вещь под видом своей или если он, обладая действительно этим правом, не мог распорядиться им в данном случае или в данной форме. Также согласие теряет силу когда, например, закон считает преступным посягательство на данное благо даже со стороны его владельца. Таким образом, наказуем поджог дома в селении или в городе, хотя бы учиненный с согласия его собственника, если он угрожает общественной безопасности; наказуемо истребление плода, хотя бы учиненное с согласия беременной; наказуема растрата арестованного имущества с согласия его собственника и т.д.»¹.

По мнению А. Н. Сумачева, «пределы возможного отчуждения собственных прав личности необходимо определять в зависимости от субъективно-объективной значимости отчуждаемого права (с позиций обладателя права и государства в целом) и от общественной значимости способов нарушения права (воздействия на него)»². Поэтому избранный для причинения вреда способ также влияет на решение вопроса о признании согласия «потерпевшего» основанием для правомерного причинения ему вреда.

Объективные признаки согласия. Согласие «потерпевшего» на причинение вреда с объективной стороны должно обладать рядом признаков. Прежде всего, согласие должно быть *конкретным*, иметь определенный характер, то есть «... относиться к определенному времени и действию»³, а равно к «... конкретному благу, которое его носитель

¹ Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Т. 1. – Тула: Автограф, 2001. – С. 404.

² Сумачев А.Н. Публичность и диспозитивность в уголовном праве: Монография. – М.: Юрист, 2003. – С. 136.

³ Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Часть Общая. В 2-х т. Т. 1. – С. 186. Аналогичное мнение у Ю.М. Ткачевского (Курс уголовного права: Общ. ч. – Т. 1: Учение о преступлении: Учебник для вузов / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой и И.М. Тяжковой. – М., 1999. – С. 448).

разрешает нарушить»¹. При этом безразлично, является ли такое согласие безусловным или условным. Поэтому, например, согласие на лишение жизни, данное под условием самоубийства получившего согласие, не теряет своего юридического значения².

Согласие «потерпевшего» на причинение вреда, далее, должно быть *наличным*. Наличие согласия, по мнению ряда ученых, выражается в том, что оно предшествует поведению третьих лиц в отношении согласившегося либо потерпевший не выражает возражения против уже начатых действий³. Иными словами, криминалисты указывают на то, что согласие тогда выступает надлежащим основанием для причинения вреда, когда оно дано до его совершения или в момент его осуществления. Из этого следует, что согласие, полученное после причинения вреда, по общему правилу, не делает деяние правомерным. Так, Н.С. Таганцев утверждал, что согласие должно быть дано или прежде, или во время совершения деяния; поэтому согласие необходимо отличать от прощения, обуславливающего прекращение дела при преступных деяниях, преследуемых в порядке частного обвинения⁴. Большинство ученых, посвятивших исследования согласию «потерпевшего», также справедливо утверждают, что согласие, данное после причинения вреда, должно рассматриваться как прощение виновного, примирение с ним, но такое согласие не может выступать основанием для признания правомерности поступка лица, причинившего вред.

Иногда считают, что согласие лица на причинение вреда должно иметь юридическое значение лишь в том случае, если оно дано до начала совершения действия, нарушающего определенные интересы потерпевшего⁵. Приверженцем такого подхода был, в частности, и А.Н. Красиков. Проведя подробный анализ данного признака, он сделал вывод, что «... вряд ли можно считать согласие обстоятельством, исключающим общественно опасный характер совершаемого, если оно было получено в процессе совершения деяния, начатого без согласия потерпевшего». Например, врач, начавший операцию без согласия больного, может получить такое согласие в ходе операции, окончившейся неблагоприятно для потерпевшего. В этом случае при наличии всех оснований врач должен подлежать уголовной ответственности за причиненный вред⁶. Позицию А.Н. Красикова впоследствии разделил А.Н. Сумачев, который отмечает, что она представляется более обоснованной не только с позиций практического опыта правоприменения, но и точки зрения формально-юридической логики: наличие согласия как признак его общего понятия означает, что оно должно быть дано до начала совершения обуславливающего им деяния⁷.

Признак наличия согласия «потерпевшего» нередко связывают с формой его выражения. Так, по мнению Н.С. Таганцева, она (наличность) должна быть доказана, но при этом вовсе не требуется, чтобы согласие было прямо выражено пострадавшим, так как часто вполне достаточно согласия молчаливого, подразумеваемого или заявленного конклюдентными действиями⁸. Подробно этот вопрос рассматривал А. Н. Красиков, который пришел к выводу, что «письменная форма выражения согласия является наи-

¹ Уголовное право. Общая часть: Учебник для вузов / Отв. ред. И.Я. Козаченко, З.А. Незнамова, 1997. – С. 286. (Кондрашова Т.В.)

² Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Т. 1. – Тула: Автограф, 2001. – С. 405.

³ Курс советского уголовного права. Часть общая. – Т. 1. / М.Д. Шаргородский, И.И. Солодкин, С.А. Домахин и др. Отв. ред. Н.А. Беляев и М.Д. Шаргородский. – Л.: Изд-во Ленинград. ун-та, 1968. – С. 519 (А.И. Санталов).

⁴ Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Т. 1. – Тула: Автограф, 2001. – С. 405.

⁵ Курс советского уголовного права. Часть общая. Том II. Преступление / Ред. кол.: А.А. Пионтковский, П.С. Ромашкин, В.М. Чхиквадзе. – М.: Наука, 1970. – С. 395 (А.А. Пионтковский).

⁶ См.: Красиков А.Н. Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве / Под ред. проф. И.С. Ноя. – Саратов: Изд-во Саратовского ун-та. – 1976. – С. 60.

⁷ Сумачев А.Н. Публичность и диспозитивность в уголовном праве: Монография. – М.: Юрист, 2003. – С. 112.

⁸ См.: Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Т. 1. – Тула: Автограф, 2001. – С. 405.

более удачной. Согласившийся и принимающий согласие письменно обстоятельно излагают основания согласия. Такая форма будет способствовать наиболее правильной оценке согласия»¹. По мнению А.Н. Сумачева, *обязательную* письменную форму выражения согласия следует закрепить в тех случаях, когда его результатом могут явиться нарушения права на жизнь, здоровье, телесную целостность организма либо иные существенные последствия для дающего согласие. В связи с этим автор предлагает соотносить формы выражения согласия (письменную или устную) с соответствующими категориями преступлений, указанными в ст. 15 УК РФ. Так, если совершено деяние, которое при отсутствии согласия следовало бы относить к тяжкому или особо тяжкому преступлению, форма выражения согласия должна быть исключительно письменная. Согласие на совершение иных деяний возможно в конклюдентной (устной) форме. Это является необходимым для уголовно-правового понятия «согласие»².

Представляется, что форма выражения «потерпевшим» согласия на причинение вреда может быть как устной, так и письменной (простая, нотариально удостоверенная и др.), а также быть выраженной в конклюдентных действиях (молчаливое согласие). На наш взгляд, форма выражения согласия должна зависеть от вида объекта, на причинение вреда которому дается согласие и, безусловно, соответствовать требованиям гражданского законодательства. В тех сферах общественной жизни, в которых для совершения деяния в отношении лица, давшего согласие, законодательно устанавливается необходимость получения согласия в письменной форме, такая форма, конечно же, должна быть соблюдена. Так, для проведения медицинской операции и применения сложных методов диагностики требуется согласие больного – расписка.

Принципиальным остается вопрос – должно ли согласие быть явно выраженным или допускается и молчаливое согласие, т.е. не воспрепятствование лица на причинение вреда его интересам? И можно ли вообще в подобных ситуациях говорить о согласии лица? По мнению А.Н. Красикова, молчание лица как невоспрепятствование совершению деяния (при возможности противостоять этому деянию) также следует расценивать как проявление согласия³. На наш взгляд, согласие должно быть явно выраженным в определенной форме, установленной законом. И поэтому в тех случаях, когда гражданское законодательство допускает выражение волеизъявления на заключение сделки путем молчания и совершения при этом сопутствующих конклюдентных действий, такое поведение лица может рассматриваться как согласие на причинение вреда, имеющего уголовно-правовое значение.

Наконец, согласие должно отвечать признаку *добровольности*. По мнению Н.С. Таганцева, «согласие теряет всякую силу, как скоро оно было вынуждено или получено обманом. Отнятие вещи остается грабежом или разбоем, хотя бы виновный не сам взял вещь, а заставил хозяина отдать ее себе. Но такое вынужденное согласие должно быть отличаемо от согласия выпрошенного. Для действительности уступки безразлично, дано ли было согласие по собственной инициативе владельца права, или оно было последствием убеждения третьих лиц, или было выпрошено самим обвиняемым; так же безразличны и мотивы, коими руководился как давший согласие, так и получивший его. Мало того, для неприступности деяния иногда вполне достаточно, чтобы пострадавший индифферентно относился к утрате отнимаемого блага, не заявляя о том, что такое действие противоречит его воле»⁴.

Как верно отмечает А.Н. Сумачев, «добровольность согласия означает свободное волеизъявление лица, отсутствие какого-либо принуждения либо обмана при полу-

¹ См.: Красиков А. Н. Указ. соч. – С. 60.

² Сумачев А. Н. Указ. соч. – С. 112.

³ Красиков А. Н. Указ. соч. – С. 61.

⁴ Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Т. 1. – Тула: Автограф, 2001. – С. 404.

чении согласия»¹. Подобную точку зрения высказывал и А.И. Санталов, который утверждал, что согласие «должно быть дано добровольно, а не под влиянием обмана или принуждения (физического или психического)»².

Согласие, которое дано вынужденно, под влиянием психического или физическо-го принуждения, не имеет юридического значения и не является основанием для признания поступка правомерным. В связи с этим в УК предусмотрена ответственность за принуждение к совершению определенных действий, например, принуждение к изъятию органов или тканей человека для трансплантации (ст. 120 УК), вымогательство (ст. 163 УК), вовлечение несовершеннолетнего в систематическое употребление спиртных напитков, одурманивающих веществ (ст. 151 УК) и др.³.

Субъективный контроль лица, дающего согласие на причинение вреда. Согласие лица на осуществление определенных действий представляет собой не только добровольное проявление им воли (выражение решимости), но и восприятие проявленной решимости (полученной информации) лицом, к которому обращено такое согласие дано. В противном случае, если согласие «потерпевшего» на причинение вреда не будет воспринято соответствующим лицом, то признать данное согласие основанием правомерности причинения вреда «потерпевшему» не представляется возможным.

Необходимо также отметить, что согласие лица на причинение вреда не должно преследовать общественно опасных целей, достижение которых является самостоятельным преступлением⁴. Еще Н.С. Таганцев отмечал, что «когда посягательство на частное право заключает в себе нарушение интересов общественных и государственных, согласие уничтожает преступность деяния только как нарушение частных прав, но не имеет никакого значения для его общественного и государственного моментов»⁵.

Таким образом, *согласие «потерпевшего» представляется собой добровольное выражение физическим, дееспособным лицом (а в случаях, специально предусмотренных законом, его законными представителями) согласия (просьбы, требования) на причинение вреда его правам и законным интересам.*

Отказ лица от данного им согласия на причинение ему вреда. Важным вопросом для признания согласия составной частью основания для совершения правомерного поступка в отношении интересов «потерпевшего» является возможность отказа лица от согласия, предварительно данного им на причинение вреда. Так, Н.С. Таганцев утверждал, что «согласие, взятое обратно, теряет свою силу, все равно, предшествовал ли такой отказ приступу к действию или последовал после такового, но прежде, чем деяние было совершено; если лицо, запечатое по его воле, потребует затем своего освобождения, то дальнейшее его задержание становится противозаконным»⁶.

Подробно исследовав этот вопрос, А.Н. Красиков пришел к выводу, что «от согласия, данного на определенное поведение в отношении своих благ, интересов, можно отказаться в любой момент, как до начала совершения деяния, так и в процессе его исполнения. Всякое деяние, совершенное после отречения от согласия, следует рас-

¹ Сумачев А.Н. Публичность и диспозитивность в уголовном праве: Монография. – М.: Юрист, 2003. – С. 111.

² Курс советского уголовного права. В 5-ти т. Ч. Общ. – Т. 1. / М.Д. Шаргородский, И.И. Солодкин, С.А. Домахин и др. Отв. ред. Н.А. Беляев и М.Д. Шаргородский. – Л.: Изд-во Ленинград. ун-та, 1968. – С. 519. (А.И. Санталов)

³ См.: Игнатов А.Н., Красиков А.Н. Курс Российского уголовного права: В 2 т. – Т.1. Общая часть. – М.: НОРМА (Издательская группа Норма–Инфра-М), 2001. – С. 337 (А.Н. Игнатов).

⁴ Курс советского уголовного права. В 5-ти т. Ч. Общ. – Т. 1. / М.Д. Шаргородский, И.И. Солодкин, С.А. Домахин и др. Отв. ред. Н.А. Беляев и М.Д. Шаргородский. – Л.: Изд-во Ленинград. ун-та, 1968. – С. 519 (А.И. Санталов); Игнатов А.Н., Красиков А.Н. Курс Российского уголовного права: В 2 т. – Т.1. Общая часть. – М.: НОРМА (Издательская группа Норма–Инфра-М), 2001. – С. 337 (А.Н. Игнатов).

⁵ Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Т. 1. – Тула: Автограф, 2001. – С. 404.

⁶ Там же. – С. 405.

смагтривать как совершенное против воли согласившегося, а, следовательно, как противоположное»¹.

Наличие согласия на причинение вреда порождает у лица право на причинение вреда в пределах, определенных согласием «потерпевшего». Как только такое основание утрачивается (лицо отказывается от данного им согласия), то и утрачивается право на причинение такого вреда. О таком отказе должно быть извещено лицо, которое готовилось к причинению вреда интересам «потерпевшего» или уже начало такое причинение. Подобный отказ от согласия является основанием для отказа от выполнения действий по причинению вреда или по прекращению таких действий, при условии, конечно, наличия реальной возможности предотвратить (прекратить) причинение вреда. В случае, если лицо имело реальную возможность прекратить причинение вреда, однако и после отказа «потерпевшего» от данного им ранее согласия, продолжило его причинение, то оно подлежит ответственности на общих основаниях за вред, умышленно причиненный потерпевшему.

§ 3. Согласие «потерпевшего» как юридическое основание правомерности причинения вреда его правам и законным интересам

Выше уже отмечалось, что согласие «потерпевшего» относится к числу оснований, порождающих возникновение права у другого лица на причинение вреда правам и законным интересам тому, кто дал согласие на такое действие. Конечно, высказывание такого согласия, в свою очередь, обуславливается рядом обстоятельств (факторов), влияющих на возникновение указанного согласия. При этом такие обстоятельства могут носить как объективный, так и субъективный характер. Например, необходимость освобождения территории под постройку нового дома может обуславливать согласие-просьбу собственника на уничтожение принадлежащего ему строения на этой территории. Точно также, желание показать свою «власть» над вещами может породить согласие-просьбу собственника на уничтожение дорогой вещи и др. Указанные выше обстоятельства можно было бы именовать *фактическим основанием* для совершения лицом деяния, связанного с причинением вреда правам и законным интересам другого лица, давшего согласие на такие действия. В свою очередь, само согласие такого лица целесообразно отнести к *юридическому основанию* причинения такого вреда. Это вызвано тем, что такое согласие должно отвечать ряду юридически значимых признаков, отсутствие которых исключает правомерность причинения указанного вреда.

Недостаточно последовательно, на наш взгляд, решает этот вопрос А. Н. Сумачев, который, с одной стороны, считает, что «не согласие как таковое является основанием признания неправомерности деяния, а факт объективной действительности (нежелательная беременность, «помеха» в виде старого здания и т.п.). Естественно, согласие лица на причинение вреда собственным интересам является необходимым и обязательным (иногда наряду с иными) условиями причинения такого вреда»². С другой стороны, А. В. Сумачев делает вывод, что «желание (волеизъявление) лица на причинение уголовно-значимого вреда собственным благам может иметь, с одной стороны, качество одной из предпосылок возникновения основания для причинения такого вреда, а с другой – качество одного из необходимых условий признания вредопричиняющего деяния неправомерным. Но и в первом, и во втором случаях согласие (волеизъявление) как таковые не являются именно основанием (состоянием) для возникновения права

¹ Красиков А.Н. Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве. – Саратов: Изд-во Саратовск. ун-та, 1976. – С. 62.

² Там же. – С. 104.

на причинение вреда»¹. Очевидно, что как в первом, так и во втором случаях согласие «потерпевшего» выступает как составная часть основания, которое обосновывает и оправдывает причинение вреда такому «потерпевшему».

На наш взгляд, основаниями совершения поступков, исключающих преступность деяния, выступают такие факторы объективной действительности, которые необходимы и достаточны для оправдания совершения субъектом действий, внешне подпадающих под признаки деяния, предусмотренного уголовным законом. Необходимыми эти факторы (явления, процессы, события, поступки и т. п.) признаются потому, что без них совершение указанных действий недопустимо, а их достаточность предполагает, что в данный момент имеется такая их совокупность, которая объясняет и оправдывает причинение вреда объектам уголовно-правовой охраны².

Иногда в число элементов основания причинения вреда входят также дополнительные факторы, которые характерны лишь для этих оснований и вовсе не обязательны для других. К числу таких необязательных (факультативных) факторов (элементов) относится, например, согласие больного на лечение, а также согласие здорового человека на причинение вреда в связи с трансплантацией его органа, экспериментом или занятием спортом; принятие всех возможных мер предосторожности при профессиональном и хозяйственном риске; предупреждение о возможности применения оружия при исполнении служебного долга и т.д.³

Как уже отмечалось, правомерность причинения вреда при согласии «потерпевшего» обуславливается двуединым основанием, которое включает факт объективной действительности (фактическое основание) и согласие «потерпевшего» (юридическое основание). Единство фактического и юридического оснований оправдывает причинение вреда правам и законным интересам потерпевшего.

Фактическое основание образуют собой различные факторы объективной действительности, обуславливающие возможность (необходимость) причинения вреда объекту уголовно-правовой охраны. Фактическое основание определяется той обстановкой, которая складывается перед совершением деяния, связанного с причинением вреда. Правовое же основание, т.е. согласие «потерпевшего» характеризуется рядом правовых признаков, которые были рассмотрены выше.

¹ Красиков А.Н. Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве. – Саратов: Изд-во Саратовск. ун-та, 1976. – С. 105.

² См.: Баулин Ю.В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния. – Х.: Основа, 1991. – С. 150.

³ Там же. – С. 152.

Глава III

СОСТАВ ПРАВОМЕРНОГО ПОСТУПКА, СВЯЗАННОГО С ПРИЧИНЕНИЕМ ВРЕДА ПРАВАМ И ЗАКОННЫМ ИНТЕРЕСАМ «ПОТЕРПЕВШЕГО» С ЕГО СОГЛАСИЯ

Состав правомерного поступка при причинении вреда с согласия «потерпевшего» может быть определен как система элементов поступка – субъекта, объекта, объективной и субъективной стороны – характеризующегося юридическими признаками и имеющего общественно полезное или социально приемлемое (допустимое) содержание.

Такой поступок осуществляется, прежде всего, определенным субъектом, который помимо юридических признаков, о которых речь пойдет ниже, характеризуется социальными и психологическими чертами, лежащими в основе восприятия им объективной действительности и формирования, а также реализации мотива деятельности. В качестве таких мотивов могут выступать, например, потребности и интересы личности, а также непосредственное влияние внешней среды, моральные соображения, ценностные установки и т.д. Результатом воздействия этих факторов является формирование у субъекта *мотива* как внутреннего стержня поступка, его психологической причины (например, у лиц, которым высказана просьба (требование) «потерпевшего», возникает убеждение (желание, стремление) совершить деяние, которого требует «потерпевший», оказать ему помощь, удовлетворить его желание и т.п.).

Постановка *цели* и выбор средств ее достижения, оценка возможностей удовлетворения потребностей и интересов «потерпевшего», выбор *объектов*, на которые будет направлено поведение, – все это составляет следующий этап генезиса поступка. Наконец, оценка и выбор варианта поведения в пределах, определенных согласием «потерпевшего» – это само решение совершить поступок, открывающее путь к практическому его осуществлению при наличии соответствующих объективных условий. Такой поступок совершается при наличии указанного выше фактического и юридического основания и объединяет воедино как те элементы, которые возникли раньше (субъект, мотив, цель, объект), так и вновь появившиеся объективные и субъективные элементы. К их числу относятся действие или бездействие, результат, причинная связь между ними, субъективный контроль за совершением поступка¹. Субъект, таким образом, является связующим звеном между основанием и последующим совершением поступка, механизм совершения которого начинается с возникновения мотива.

§ 1. Субъект правомерного поступка

Субъектом правомерного поступка при причинении вреда «потерпевшему» с его согласия является лицо физическое, вменяемое и достигшее возраста, с которого лицо подлежит уголовной ответственности за причиненный вред. Объяснение того, что данный субъект является лицом вменяемым и достигшим возраста, определенного в УК, заключается в том, что определение вменяемости или невменяемости лица обычно связывают с поведением общественно опасным, т.е. таким, которым причиняется или создается реальная угроза причинения значительного вреда объекту уголовно-правовой охраны. В случае причинения вреда «потерпевшему» подвергается воздействию (хотя и правомерному) объект уголовно-правовой охраны. Кроме того, с внешней стороны поведение субъекта воспринимается как общественно опасное, поскольку по внешним (фактическим)

¹ Баулин Ю.В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния. – Х.: Основа, 1991. – С. 144-145.

своим признакам оно совпадает с признаками объективной стороны того или иного преступления. Поэтому вполне правомерно говорить о вменяемости субъекта причинения вреда; тем более это оправдано, если этот субъект выходит за пределы дозволенного вреда. По таким же причинам оправдано и ограничение возраста такого субъекта тем минимальным пределом, который установлен в УК для лица, подлежащего уголовной ответственности за то преступление, под внешние признаки которого подпадает поступок субъекта, причиняющего вред «потерпевшему» с его согласия.

Субъект правомерного поступка может быть как конкретизирован, так и неконкретизирован «потерпевшим», дающим согласие на причинение вреда. Если субъект причинения вреда при даче согласия был конкретизирован, то лишь он может быть признан субъектом правомерного поступка. Если же субъект причинения вреда не был конкретизирован, то в его качестве может выступить любое лицо, отвечающее *общим* (физическое лицо, возраст, вменяемость) и (или) *специальным* (профессия, правовой статус и др.) признакам субъекта такого поступка.

§ 2. Объект правомерного поступка

Объектом правомерного поступка при причинении вреда с согласия «потерпевшего» признается та ценность (благо), которой субъект причиняет определенный вред для достижения поставленной цели.

Специфика объектов правомерных поступков на причинение вреда с согласия «потерпевшего» состоит в том, что они всегда входят в число объектов уголовно-правовой охраны от сходных посягательств. Вопрос о правомерности рассматриваемых поступков потому и возникает, что их объектом выступают именно те ценности (общественные отношения), которые поставлены под охрану уголовного закона (например, жизнь, здоровье, личная свобода, имущество человека и т.д.). Следовательно, если вред причиняется благам, не охраняемым уголовным законом, то и не возникает проблемы определения обстоятельства, исключающего преступность деяния.

Объект правомерного поступка должен соответствовать тому объекту, на причинение вреда которому лицо дало согласие. Объем причинения вреда указанному объекту должен быть соразмерным и соответствовать цели причинения вреда, о чем более подробно сказано в параграфе о пределах причинения вреда.

§ 3. Объективная сторона правомерного поступка

Объективная сторона правомерного поступка при причинении вреда с согласия «потерпевшего» представляет собой процесс правомерного причинения вреда объекту, рассматриваемый с внешней стороны. Этот процесс начинается с осуществления действия или бездействия, выполненного определенным способом и в определенных объективно-предметных условиях обстановки и завершается наступлением определенного правомерного результата.

Рассматриваемое деяние с объективной стороны выражается, прежде всего, в действии или бездействии. Отсюда следует, что первым признаком деяния является его активность или пассивность.

Второй признак рассматриваемого деяния – его совпадение по фактическим признакам с юридическими признаками какого-либо преступления, предусмотренного в УК (например, совпадение признаков действия лица, причиняющего вред, с фактиче-

скими признаками действия при уничтожении или повреждении имущества, его похищении и др.).

Способ совершения действия (бездействия) в составе правомерного поступка при причинении вреда с согласия «потерпевшего» может быть определен как определенный порядок, метод, последовательность движений или приемов, применяемых субъектом при совершении правомерного действия или бездействия с избирательным использованием при этом различных средств для достижения поставленной правовой цели.

Таким образом, действие (бездействие) как элемент объективной стороны правомерного поступка при причинении вреда с согласия «потерпевшего» может быть определено как *активное или пассивное поведение надлежащего субъекта, совершаемое определенным способом с избирательным использованием средств и направленное на причинение вреда объекту поступка для достижения поставленной правовой цели.*

Результатом такого действия являются изменения в объекте правомерного поступка. Такой результат может быть различного характера: 1) *материальный*: (а) личный или физический (вред здоровью определенной степени тяжести, физическая боль и т. д.) и б) имущественный (уничтожение или повреждение имущества) 2) *нематериальный* (моральный, социальный, политический, организационный и др.)

Причинение такого вреда имеет определенные пределы, которые определяют пределы согласия «потерпевшего» и необходимостью достижения социально-значимого результата (цели правомерного поступка).

Зависимость между пределами причинения вреда и его основанием заключается в том, что *причиняемый объекту вред должен соответствовать его основанию*. Следовательно, причиняемый вред должен соизмеряться одновременно как с фактическим (обстановка), так и с правовым (согласие потерпевшего) основаниями, взятыми в единстве.

Наконец, причиняемый вред должен соизмеряться и с целью поступка. Как уже отмечалось, такой вред, не является самоцелью, а выступает средством достижения поставленной цели. С этой точки зрения причиняемый вред лишь в том случае может считаться допустимым и правомерным, если он соответствовал как его основанию, так и цели правомерного поступка.

§ 4. Субъективный контроль

Объективный процесс совершения действия (бездействия) и причинения вреда объекту поступка так или иначе регулируется психической деятельностью субъекта. Для поступков, исключающих преступность деяния, характерна сознательная волевая регуляция, сопровождающая все этапы внешнего поведения вплоть до наступления результата.

Интеллектуальный момент субъективного контроля характеризует, прежде всего, осознание субъектом фактических, объективных признаков совершаемого действия (бездействия) и причиняемого им результата. Иными словами, совершая то или иное действие, субъект сознает, что он фактически делает. Отсутствие такого сознания в силу, например, невменяемости или ошибки исключает правомерный характер совершаемого действия или бездействия.

Субъект правомерного поступка предвидит, далее, что в результате совершаемого им деяния будет причинен вред тому или иному объекту, обусловленному согласием «потерпевшего». Иными словами, сознанием субъекта должны охватываться фактические свойства и объекта, и вреда, причиняемого этому объекту, и развитие в общих, родовых чертах причинной связи между совершаемым деянием и его результатом.

Волевой момент такого контроля заключается в желании субъекта причинить определенный вред тому или иному объекту поступка, поскольку такой вред выступа-

ет необходимым средством достижения правовой цели, связанной с реализацией чужого субъективного права.

В отдельных случаях правильное установление субъективного контроля лица за своими действиями при причинении вреда с согласия «потерпевшего» осложнено неправильным пониманием самого наличия такого согласия. В связи с этим заслуживает самостоятельного рассмотрения и вопрос об *ошибке в согласии потерпевшего*, ее видах и уголовно-правовом значении.

Поскольку такую ошибку лицо допускает относительно объективных свойств своего деяния, то она (ошибка) может быть рассмотрена как разновидность фактической ошибки. По своей юридической природе данная ошибка близка к тем ошибкам, на которых основываются мнимая оборона, задержание мнимого преступника, мнимая крайняя необходимость и тому подобные случаи¹. Все названные ошибки приводят к тому, что лицо оценивает свое деяние не как общественно опасное, а как общественно полезное или общественно нейтральное, в то время, когда фактически такие деяния являются общественно опасными. Поэтому, в случаях, когда лицо лишь предполагает наличие согласия потерпевшего и в связи с этим полагает, что его деяние не является общественно опасным, а на самом деле согласие потерпевшего отсутствует, и деяние, поэтому, является общественно опасным, имеет место *причинение вреда с мнимого согласия потерпевшего*, основанное на фактической ошибке в общественной опасности своего деяния. Вопрос об уголовной ответственности лица в такой ситуации должен решаться подобно правилам об уголовной ответственности при мнимой обороне, равно, как и при ином мнимом обстоятельстве, исключающем преступность деяния, и зависеть, прежде всего, от вида допущенной лицом фактической ошибки.

Известно, что в зависимости от того, мог ли субъект, допустивший ошибку, в сложившейся ситуации правильно оценить фактические обстоятельства и придти к правильному выводу, в частности, о наличии либо отсутствия согласия потерпевшего, его ошибка может быть извинительной или же неизвинительной. Извинительной признается такая ошибка субъекта, при которой он добросовестно (т.е. извинительно) заблуждается относительно наличия такого согласия и в сложившихся обстоятельствах не мог осознавать его отсутствия. Напротив, неизвинительной является такая ошибка субъекта, при которой он в силу невнимательности, поспешности, неосмотрительности, недостаточной заботливости о чужих интересах и т. п. (т. е. неизвинительно) заблуждается относительно того, имело ли место согласие потерпевшего, и в сложившейся обстановке при должном напряжении своих интеллектуальных способностей имел возможность осознания отсутствия такого согласия.

Лицо, причинившее вред с мнимого согласия потерпевшего при извинительной ошибке в его (согласия) отсутствии, не подлежит уголовной ответственности в том случае, если вред причиненный признавался бы правомерным при условии реального наличия отсутствовавшего согласия. И лишь в том случае, если причиненный при таких условиях вред превышает тот, причинение которого было бы правомерным при фактическом наличии отсутствовавшего согласия потерпевшего, причинитель такого вреда подлежит ответственности как за превышение пределов причинения вреда с согласия потерпевшего. В тех же случаях, когда лицо причинило вред с мнимого согласия потерпевшего при неизвинительной ошибке, то есть в ситуации, когда оно не осознавало, но должно было и могло осознавать отсутствие согласия потерпевшего, такое лицо подлежит уголовной ответственности за причинение вреда по неосторожности (естественно, лишь в том случае, если УК РФ предусматривает преступность определенного деяния в случае совершения его по неосторожности).

¹ Одним из перспективных направлений развития уголовно-правового учения об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, по нашему мнению, должно стать изучение общего понятия мнимого обстоятельства, исключающего преступность деяния, и формулирование универсальных правил об уголовной ответственности при различных видах мнимых обстоятельств, исключающих преступность деяния.

Глава IV

ВИДЫ ПРАВОМЕРНОГО ПРИЧИНЕНИЯ ВРЕДА ОТДЕЛЬНЫМ ПРАВАМ
И ЗАКОННЫМ ИНТЕРЕСАМ «ПОТЕРПЕВШЕГО» С ЕГО СОГЛАСИЯ

§ 1. Производство медицинского вмешательства

Основание для производства медицинского вмешательства

Фактическим основанием правомерного медицинского вмешательства является такое состояние здоровья пациента, которое обуславливает необходимость оказания медицинской помощи больному (проведение диагностического исследования, операции, иных манипуляций и др.). *Юридическим же основанием* выступает согласие пациента на медицинское вмешательство.

Субъектом дачи согласия на производство медицинского вмешательства является физическое, дееспособное лицо, достигшее 15-летнего возраста, которое по состоянию здоровья нуждается в оказании медицинской помощи. Если лицо не обладает полной гражданско-правовой дееспособностью, то субъектом дачи согласия на причинение вреда могут выступить третьи лица – законные представители (родители, опекуны, попечители) при наличии законных оснований.

Объектом, на причинение вреда которому дается согласие, в данном случае выступает здоровье пациента-«потерпевшего».

Согласие пациента-«потерпевшего» на осуществление правомерного медицинского вмешательства может быть выражено как в устной форме, так и в письменной. Полученное устное согласие отмечается в виде записи в истории болезни. Более предпочтительным, по мнению юристов, является согласие в письменной форме, хотя медики отмечают, что предоставление согласия в письменной форме может отрицательно повлиять на психику больного¹. В то же время Минздрав РФ рекомендовал получать согласие на медицинское вмешательство в письменной форме².

Согласие пациента-«потерпевшего» на производство медицинского вмешательства должно отвечать признакам *добровольности*. При этом пациент должен быть проинформирован о характере (объеме, последствиях) действий, согласие на осуществление которых он дает. В ст. 31 Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан (далее – ОЗоОЗГ)³ указано, что каждый гражданин имеет право в доступной для него форме получить информацию о состоянии своего здоровья, результатах обследования, наличии заболевания и его диагнозе, прогнозе, методах лечения и связанном с ним риске, вариантах медицинского вмешательства, их последствиях и результатах лечения, если это не противоречит его желанию. Если гражданин недееспособен или не достиг 15-летнего возраста, эта информация может быть дана его законным представителям. Таким образом, ст. 32 ОЗоОЗГ в качестве обязательного условия предусматривает получение *информированного добровольного согласия пациента*.

В то же время возможна ситуация, когда осуществление медицинского вмешательства допустимо без получения согласия пациента-«потерпевшего». Деяния медицинских работников, совершаемые без согласия пациента, по мнению А.Н. Красикова, можно подразделить на две группы. «Первую группу составят деяния, которые совершаются без согласия больного или его законных представителей в силу невозможности получить это согласие и необходимости экстренного вмешательства для опасения жизни

¹ Аков В.И., Маслов Е.Н. Право в медицине. – М.: Книга-Сервис, 2002. – С. 78.

² Правовые аспекты деятельности врача / Авт.-сост.: Х.Х. Хапий, А.А. Старченко, Е.М. Шифман. – Петрозаводск: ИнтелТек, 2003. – С. 6.

³ Основы законодательства РФ об охране здоровья граждан от 22 июля 1993 г. № 5487-1.

или здоровья. Во вторую группу входят те деяния, которые совершаются также без согласия, но не потому, что его невозможно получить, а потому, что согласие не требуется испрашивать»¹. Поэтому совершение медицинским работником действий без учета воли пациента является правомерным только в указанных в законодательстве случаях. При этом в случае невозможности получения согласия на производство медицинского вмешательства у «потерпевшего» или, если он не достиг 15-летнего возраста, у законных представителей, в ситуации угрозы для жизни пациента допустимо производство медицинского вмешательства и без согласия «потерпевшего» и его законных представителей.

Таким образом, по общему правилу, при наличии указанных выше фактического (состояние здоровья) и юридического (согласие пациента-«потерпевшего») оснований у врача появляется возможность осуществить медицинское вмешательство.

Признаки правомерного медицинского вмешательства

Субъектом производства такого вмешательства с согласия «потерпевшего» может быть только специальный субъект – лицо, имеющее медицинское образование соответствующего профиля. В некоторых случаях субъект причинения рассматриваемого вреда может быть конкретизирован более четко (например, конкретный хирург, анестезиолог и др.). Следует согласиться с мнением В. А. Глушкова, который вполне резонно отметил, что окончательное решение (даже при наличии согласия больного) о проведении медицинского вмешательства, связанного с риском для жизни и здоровья, должно приниматься консилиумом врачей, кроме случаев крайней необходимости, когда это невозможно².

Объектом медицинского вмешательства с согласия пациента-«потерпевшего» является его здоровье.

Объективные признаки правомерного поступка при производстве медицинского вмешательства с согласия пациента-«потерпевшего» должны соответствовать объективным признакам согласия при условии, что они четко конкретизированы (характер деяния, последствия, способ, объективно-предметные условия медицинского вмешательства и т.д.). Если же объективные признаки причинения вреда не были четко конкретизированы «потерпевшим», то они должны носить правомерный характер. Как правильно утверждал А.Н. Красиков, для признания деяний медицинских работников правомерными необходимо, чтобы меры, предпринятые медицинским работником по профилактике и лечению, были дозволены государством. Это отвечает положению, сформулированному В.А. Глушковым о том, что «согласие больного служит формой выражения его интересов и должно даваться на правомерный, с точки зрения законодательства, метод лечения и диагностики»³.

В ст. 43 ОЗоОЗГ регламентированы разрешенные к применению методы и средства профилактики, диагностики и лечения. В тоже время Закон допускает исключение, согласно которому не разрешенные к применению, но находящиеся на рассмотрении (в установленном порядке) методы диагностики, лечения и лекарственные средства могут использоваться в целях излечения пациента только после получения его добровольного письменного согласия, а для лиц моложе 15 лет – письменного согласия законного представителя.

Субъект правомерного поступка при производстве медицинского вмешательства с согласия пациента-«потерпевшего» должен понимать, что им производится вмеша-

¹ Красиков А.Н. Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве. – Саратов: Изд-во Саратовск. ун-та, 1976. – С. 79-80.

² Глушков А.В. Ответственность за преступления в области здравоохранения. – К.: Вища школа, 1987. – С. 76.

³ Там же. – С. 75.

тельство в пределах данного согласия. И потому выход за эти пределы должен быть вновь согласован с пациентом. В противном случае продолжение медицинского вмешательства не может признаваться правомерным поведением.

§ 2. Изъятие трансплантатов

При трансплантации врач излечивает больного посредством причинения ущерба здоровью донора, в связи с этим особенность действий врача состоит в том, что они затрагивают интересы не только больного, но и здорового человека. В такой ситуации один из основных деонтологических принципов медицинской деятельности – «не вреди больному» – должен оставаться неизменным. Цель медицины – продлить жизнь человека и в этом ее гуманистическая сущность. Но как расценить действия врача по отношению к здоровому человеку, которому он причиняет вред? По мнению А. Шуберта, «не являются преступными деяния, преследующие лечебные цели. Таковы, например, согласие донора, согласие на врачебную трансплантацию и т. п., так как они носят общественно полезный характер»¹. С. В. Бородин также говорил о ненаказуемости причинения вреда с согласия лица в случае трансплантации органов (тканей) человека².

По мнению А.Н. Красикова «не всякое согласие лица, данное на причинение вреда здоровью, и не всякое деяние по причинению такого вреда, произведенное на основе этого согласия, устраняет общественную опасность и противоправность деяния, но при трансплантации от донора с его согласия, производимой больному-реципиенту по показаниям абсолютной необходимости, имеет место смыкание таких обстоятельств, которые уголовным правом рассматриваются как исключющие общественную опасность и противоправность»³.

Основание для изъятия трансплантатов

Фактическим основанием правомерного изъятия трансплантатов у живого донора является необходимость сохранения жизни или восстановления здоровья больного-реципиента путем трансплантации органов и тканей донора – «потерпевшего» в случае отсутствия пригодных для трансплантации органов и (или) тканей трупа или альтернативного метода лечения, эффективность которого сопоставлена с эффективностью трансплантации органов и (или) тканей. *Юридическим основанием* выступает согласие донора – «потерпевшего» на изъятие трансплантатов.

Субъектом дачи согласия на изъятие трансплантатов является живой донор – физическое лицо, обладающее полной дееспособностью (ст. 3 Закона РФ «О трансплантации органов и (или) тканей человека» от 22 декабря 1992 г., с последующими изменениями), у которого по состоянию здоровья допустимо осуществлять забор трансплантатов. Ими не могут быть несовершеннолетние (помимо случаев пересадки костного мозга) и лица, признанные судом недееспособными. Донором не может быть также лицо, страдающее какой-либо болезнью, представляющей опасность для жизни и здоровья реципиента. Не допускается изъятие органов и тканей у лиц, находящихся в служебной или иной зависимости от реципиента⁴. Изъятие органов и тканей у трупа не допускается, если учреждение здравоохранения на момент производства трансплан-

¹ Шуберт А. Об общественной опасности преступного деяния. – М.: Госюриздат, 1960. – С. 122.

² Российское уголовное право. Особенная часть / Под ред. В.Н. Кудрявцева, А.В. Наумова. – М.: Юрист, 1997. – С. 59.

³ Красиков А.Н. Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве. – Саратов: Изд-во Саратовск. ун-та, 1976. – С. 91.

⁴ См.: Крылова Н.Е. Уголовное право и биоэтика: проблемы, дискуссии, поиск решений. – М.: ИНФРА-М, 2006. С. 61.

тации поставлено в известность о том, что при жизни данное лицо либо его близкие родственники или законный представитель заявили о своем несогласии на изъятие его органов и тканей после смерти для трансплантации реципиенту (ст. 8 указанного Закона РФ).

Объектом, на причинение вреда которому дается согласие, выступает здоровье донора («потерпевшего»).

Объективные признаки согласия. Рассматривая вопрос о форме согласия больного на пересадку органа или ткани, И. И. Горелик считал, что достаточно устного согласия¹. Очевидно, что подобное решение вопроса не создает необходимых гарантий от возможных случаев злоупотреблений. В связи с этим А. Н. Красиков полагал, что более правильным было бы получать такое согласие в присутствии третьих лиц². Представляется, однако, что согласие донора на изъятие трансплантатов должно быть выражено только в письменной форме, а процедура получения согласия и его документальное оформление – тщательно регламентированы в специальном законодательстве.

Субъективные признаки согласия «потерпевшего» на изъятие трансплантатов заключаются в том, что донор-«потерпевший» должен сознавать характер того деяния, на совершение которого он дает согласие, предвидеть его результаты и в полной мере соглашаться с ними. Кроме того, донор-«потерпевший» должен получить понятную для него и исчерпывающую информацию о планируемой операции, о возможном конкретном вреде для своего здоровья, а также возможных последствиях действий, согласие на осуществление которых он дает.

В соответствии со ст. 11 Закона РФ «О трансплантации органов и (или) тканей человека» от 22 декабря 1992 г. изъятие органов и (или) тканей у живого донора для трансплантации реципиенту допускается при соблюдении следующих условий:

- если донор предупрежден о возможных осложнениях для его здоровья в связи с предстоящим оперативным вмешательством по изъятию органов и (или) тканей;
- если донор свободно и сознательно в письменной форме выразил согласие на изъятие своих органов и (или) тканей;
- если донор прошел всестороннее медицинское обследование и имеется заключение консилиума врачей-специалистов о возможности изъятия у него органов и (или) тканей для трансплантации.

Изъятие у живого донора органов допускается, если он находится с реципиентом в генетической связи, за исключением случаев пересадки костного мозга.

Следует отметить, что, по мнению С. Расторопова, согласие на причинение вреда здоровью за вознаграждение, например, согласие на изъятие за деньги органа для трансплантации другому человеку вследствие нищеты является не добровольным, а вынужденным, в частности, потому, что противоречит общепринятым нормам нравственности и интересам общества и государства³.

Дискуссионным является и вопрос об инициативе дачи согласия на трансплантацию. Так, А. Н. Красиков высказывается против позиции И. И. Горелика, признающего возможным давать подсказку лицу стать донором⁴. По мнению А. Н. Красикова, это может стать фактором морального давления на «потерпевшего». Вместе с тем ученый признает необходимой пропаганду донорства в общественно-государственных интересах⁵. На наш взгляд, дача советов или высказывание предложения стать донором со стороны

¹ См.: Горелик И. И. Правовые аспекты пересадки органов и тканей. – Минск, 1971. – С. 34

² Красиков А.Н. Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве. – Саратов: Изд-во Саратовск. ун-та, 1976. – С. 95.

³ Расторопов С. Уголовно-правовое значение согласия лица на причинение вреда своему здоровью // Законность. – 2003. – № 3. – С. 46.

⁴ Горелик И. И. Правовые аспекты пересадки органов и тканей. – Минск, 1971. – С. 19.

⁵ Красиков А.Н. Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве. – Саратов: Изд-во Саратовск. ун-та, 1976. – С. 90-91.

иных лиц (как заинтересованных, так и незаинтересованных) вполне допустима, если такие действия не содержат противоправного воздействия на волю и сознание потенциального донора и последний не утрачивает возможности осознанного и добровольного принятия соответствующего решения.

Признаки правомерного изъятия трансплантатов

Субъектом трансплантации может быть только специальный субъект – лицо, имеющее медицинское образование соответствующего профиля (хирург, врач-трансплантолог). В некоторых случаях субъект причинения рассматриваемого вреда может быть конкретизирован более четко (например, конкретный хирург). По мнению В.А. Глушкова, окончательное решение о проведении трансплантации (даже при наличии согласия больного) должно приниматься консилиумом врачей, кроме случаев крайней необходимости, когда это невозможно¹.

Объектом правомерного поступка при изъятии трансплантатов с согласия донора («потерпевшего») является его телесная неприкосновенность. В соответствии с указанным выше Законом о трансплантации объектами трансплантации могут быть сердце, легкое, почка, печень, костный мозг, а также другие органы и ткани, перечень которых устанавливается Министерством здравоохранения и Российской академией медицинских наук.

Объективная сторона правомерного поступка при изъятии трансплантатов должна полностью соответствовать объективным признакам согласия донора («потерпевшего»), при условии, что они четко конкретизированы (характер деяния, последствия, способ, объективно-предметные условия производства трансплантации и т.д.). Если же объективные признаки причинения рассматриваемого вреда не были четко конкретизированы, то они должны отвечать следующим условиям: 1) носить законный характер, 2) не превышать пределов достаточности, 3) результат причинения вреда должен носить физический характер.

В соответствии с законом изъятие органов и тканей от живого донора допускается только в случае, если его здоровью по заключению консилиума врачей-специалистов не будет причинен «значительный» вред.

Субъективный контроль. Субъект правомерного поступка при изъятии трансплантатов предвидит, что в результате совершаемого им действия будет причинен физический вред телесной неприкосновенности донора («потерпевшего»), осознает фактические признаки совершаемого действия и их социальную значимость, а также желает причинить этот вред для достижения правовой цели.

§ 3. Причинение вреда при занятии спортом

Известно, что во время занятий спортом довольно часто один спортсмен (или физкультурник) причиняет вред здоровью, а иногда – и жизни другого. Довольно часто информационные агентства мира сообщают о смерти боксеров на ринге вследствие ударов, нанесенных им их соперниками. Конечно, эти случаи не являются редчайшими. В боксе, а также в других так называемых «контактных» (разные виды единоборств) и командных видах спорта травмы разной степени тяжести, причиненные одним спортсменом другому, являются, к сожалению, обычным явлением. По данным В.Г. Ившина, в 80-х гг. удельный вес спортивного травматизма составлял до 7,2 % общего числа всех травм. В связи с этим актуальным является вопрос о том, нужно ли иметь в уголовном

¹ Глушков В.А. Ответственность за преступления в области здравоохранения. – К.: Вища школа, 1987. – С. 76.

законодательстве норму, которая дала бы ответ на вопрос: в каких случаях причинение вреда спортсмену является правомерным, в каких – должен быть поставлен вопрос об уголовной ответственности, в каких случаях должна быть выплачена и соответствующая компенсация?¹

Дозволенность законом занятий спортом не дает права на вседозволенность в этом виде деятельности. На негативные проявления в сфере спорта, которые ведут к росту травматизма, должны оказывать влияние, в том числе, и уголовно-правовые меры. Еще в начале 20 века Н.С. Таганцев писал: «государство должно было бы запретить все те занятия, в которых человек подвергается вероятной опасности потерять свою жизнь, и притом в срок, весьма непродолжительный»².

Большинство ученых-криминалистов (А. А. Пионтковский, М. Д. Шаргородский, Н. А. Загородников, С. В. Бородин, А. Н. Игнатов, Ю. И. Бытко, М. С. Гринберг, П. А. Дубовец, Н. И. Ветров, Е. В. Безручко и др.) полагают, что при соблюдении установленных правил причинение вреда жизни или здоровью при занятиях спортом не влечет уголовной ответственности, поскольку занятие данным видом деятельности разрешено законом, в связи с чем, в деяниях лица отсутствует один из основных признаков преступления – противоправность³. Например, М. Д. Шаргородский утверждал, что основой ненаказуемости за причиненный при занятиях спортом вред является дозволенность законом определенных видов спорта, и если лицо, нанесшее повреждение, придерживалось существующих спортивных правил, то наступивший результат является случайным и уголовная ответственность исключается, но если эти правила умышленно или по неосторожности были нарушены, то уголовная ответственность должна иметь место на общих основаниях⁴.

Другие авторы связывают отсутствие уголовной ответственности за причинение вреда здоровью при занятиях спортом либо с согласием «потерпевшего», либо с риском, который берут на себя спортсмены. Так, А. Губинский считает, что причинение неблагоприятных последствий при занятиях спортом не является преступным, так как существует разновидность допустимого риска – спортивный риск. М. Боярский занимает сходную позицию⁵.

По мнению А. Н. Красикова особенность рассматриваемых общественных отношений заключается в том, что они возникают, во-первых, при наличии законной дозволенности определенных видов спорта и, во-вторых, в результате добровольного волеизъявления (согласия) лица на занятия физкультурой и спортом. Разрешенность того или иного вида спорта сама по себе не дает никому права на причинение телесных повреждений другому лицу. Вместе с тем согласие лица на участие в спортивном состязании исключает ответственность кого-либо за допустимый вред, который характерен для определенного вида спорта. Поскольку лицо осознает не конкретные последствия, а неопределенные, можно говорить о согласии на абстрактный вред, который лицо эвентуально допускает в отношении себя⁶.

Следует также отметить, что правомерность причинения вреда с согласия «потерпевшего», как уже упоминалось выше, не предусмотрена действующим УК РФ,

¹ Курс российского уголовного права. Общая часть / Под ред. В.Н. Кудрявцева, А.В. Наумова. – М.: Спарк, 2001. – С. 425. (Келина С.Г.)

² Цит. по: *Скворцов А.А.* Уголовно-правовая оценка причинения вреда жизни или здоровью при занятиях спортом: Автореф. ... канд. юрид. наук. – 12.00.08. – Саратов: Саратов. юрид. ин-т МВД России, 2005. – С. 4.

³ См.: *Скворцов А.А.* Причинение вреда жизни и здоровью при занятиях спортом: проблемы уголовно-правовой квалификации. – М.: Волтерс Клувер. – 2006. – С. 47, 56.

⁴ См.: *Шаргородский М.Д.* Преступления против жизни и здоровья. – М., 1948. – С. 370-371.

⁵ Цит. по: *Красиков А. Н.* Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве. – Саратов: Изд-во Саратовск. ун-та, 1976. – С. 105.

⁶ Там же.

а обоснованный риск в ст. 41 УК РФ предусматривает иную ситуацию. Поэтому вывод С. Г. Келиной о том, что «причинение вреда в ходе спортивных состязаний действующим уголовным законодательством не урегулировано» является справедливым¹. А.Н. Красилов высказывался за то, чтобы включить в Особенную часть УК норму об ответственности за умышленное нарушение спортивных правил, повлекшее причинение тяжкого или средней тяжести вреда здоровью². Правда, как верно отмечает С. Г. Келина, в таких условиях может быть причинен и иной вред, включая смерть спортсмена. В связи с этим она предлагает дополнить УК нормой об условиях правомерности причинения вреда во время проведения спортивных состязаний, при нарушении которых может наступить уголовная ответственность, но со смягчающими обстоятельствами³. А. А. Скворцов также предлагает предусмотреть в УК РФ уголовную ответственность за грубое нарушение правил спортивных соревнований⁴.

Отдельные авторы (Т. Ю. Орешкина, Н. Ш. Козаев, А. В. Серова и др.) считают, что при причинении вреда жизни или здоровью в спорте лицо находится в состоянии «обоснованного риска» как обстоятельства, исключающего преступность деяния. А. А. Скворцов, справедливо критикуя данную точку зрения, утверждает, что спортсмен, причиняя телесные повреждения в процессе занятий спортом, не преследует достижение общественно полезной цели, в связи с тем, что полученная выгода (спортивный разряд, приз и т.п.) носит личный характер. При этом в отдельных видах спорта (например, бокс) наступившие последствия в виде причинения телесных повреждений носят обязательный характер, то есть неблагоприятные последствия деяния не являются маловероятными. Далее криминалист утверждает, что «при причинении вреда жизни или здоровью при занятиях спортом лицо не подлежит уголовной ответственности, так как эта деятельность носит общественно полезный характер (укрепление здоровья) и не запрещена действующим законодательством. Следовательно, отсутствует основной признак понятия «преступление» – противоправность. При этом обязательное условие, которое принимается во внимание при освобождении (видимо, исключении. – Ю. Б.) от уголовной ответственности, – соблюдение установленных правил в этом виде деятельности»⁵.

Нужно отметить, что в свое время правила проведения некоторых видов соревнований предусматривали, что умышленное причинение вреда одним спортсменом другому может повлечь наступление уголовной ответственности. Имеется в виду Положение о соревновании на первенство СССР 1938 года, в пункте 17 которого было предусмотрено, что «устраненные с поля за дисциплинарные проступки игроки автоматически пропускают одну игру и в дальнейшем до решения Главной спортивной инспекции к играм не допускаются. В случаях грубой преднамеренной игры – привлекаются к уголовной ответственности»⁶. Очевидно, что такой подход в силу своей категоричности и безапелляционности, а также того, что он был сформулирован в правилах общественной организации, а не в нормативно-правовом акте, не может быть поддержан. Самая история подтвердила его неприменимость – за все время существования такого положения ни один футболист не был привлечен к уголовной ответственности за грубую

¹ Курс российского уголовного права. Общая часть / Под ред. В.Н. Кудрявцева, А.В. Наумова. – М.: Спарк, 2001. – С. 426. (Келина С.Г.).

² Красилов А.Н. Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве. – Саратов: Изд-во Саратовск. ун-та, 1976. – С. 116.

³ Курс российского уголовного права. Общая часть / Под ред. В.Н. Кудрявцева, А.В. Наумова. – М.: Спарк, 2001. – С. 426 (Келина С.Г.).

⁴ См.: А.А. Скворцов. Указ. раб. С. 77-81.

⁵ Скворцов А.А. Уголовно-правовая оценка причинения вреда жизни или здоровью при занятиях спортом: Автореф. ... канд. юрид. наук. – 12.00.08. – Саратов: Саратов. юрид. ин-т МВД России, 2005. – С. 22-23.

⁶ См.: Футбол – 89: Справочник-календарь / Автор-составитель П. Алешин, под. общ. ред. Б. Федосова. – М.: Московская правда, 1989. С. 15.

преднамеренную игру, которая послужила причиной травмы соперника, хотя, конечно, такие случаи имели место¹.

Представляется, что вопрос об уголовной ответственности за причинение вреда во время проведения спортивных соревнований должен регламентироваться законодательно и дифференцироваться в зависимости от следующих обстоятельств. Во-первых, во внимание должен быть взят вид спорта, во время занятия которым был причинен вред сопернику. Имеется в виду то, что в отдельных видах спорта причинения вреда сопернику является целью действий спортсмена и именно по размеру причинения такого вреда определяется победитель. К таким видам спорта относятся бокс и другие подобные виды единоборств, правилами которых как раз и предусмотрено нанесение ударов сопернику. Поэтому виды спорта, в которых нанесение вреда сопернику не только не запрещается, а, напротив, предписывается правилами, представляют самостоятельную группу. Все другие виды спорта должны быть отнесены к иной группе, поскольку в их правилах предписывается, что победитель определяется не по размеру вреда, причиненного сопернику, а по иным показателям: количеству полученных очков, скоростью, дальностью и т.п. Правила проведения соревнований по таким видам спорта не допускают причинения вреда сопернику и всякое его намеренное причинение является нарушением названных правил.

Очевидно, что при занятии видами спорта первой группы любой вред, причиненный сопернику в рамках правил, не является преступным. В таких случаях оба соперника, реализуя свое право на занятие спортом, сознают, что избранный ими вид спорта неразрывно связан не только с причинением вреда другому, но и с получением такого вреда от него. Поэтому в данном случае действия соперника, который причинил вред, предусмотренный правилами проведения соревнований, не является ни общественно опасным, ни уголовно противоправным.

Более сложной является проблема, когда во время проведения соревнований по видам спорта, отнесенным к первой группе, причиняется вред, не предусмотренный правилами. Например, правилами проведения соревнований по боксу допускается лишь нанесение сопернику ударов кулаками в голову и верхнюю часть тела (выше пояса). Нанесение ударов ниже пояса, а также причинение смерти ударами в голову и выше пояса правилами бокса не допускается. Аналогичная ситуация складывается и при занятии видами спорта, отнесенными ко второй группе, когда намеренно причиняется вообще любой вред сопернику. Боксер, который выходит на ринг, не имеет права причинять сопернику удары ниже пояса или смерть, точно так же, как и, например, футболист, который выходит на поле, не имеет права причинять сопернику вообще любой вред. Поэтому в таких ситуациях реализация права на занятие спортом не может исключать преступности причинения вреда сопернику.

Сказанное, однако, не означает, что причинение такого вреда в любом случае следует считать преступным. Относительно таких ситуаций целиком могут быть применены другие обстоятельства, которые исключают преступность совершенного. Так, например, нередко во время проведения спортивных соревнований (особенно разных видов борьбы, а также соревнований по командным видам спорта – футбола, хоккея, баскетбола и т.п.) вред может быть причинен при отсутствии вины, когда лицо, которое его причинило, не предусматривало и не могло предусмотреть общественно опасные последствия своего действия. В таких случаях казус исключает уголовную ответственность за причиненный вред на общих основаниях. Нельзя исключать и того, что во время проведения спортивного соревнования иногда может возникнуть состояние крайней необходимости, при которой причинение спортсменом определенного вреда сопернику будет единственным средством предотвращения более существенного вреда,

¹ См.: Футбол – 89: Справочник-календарь / Автор-составитель П. Алешин, под. общ. ред. Б. Федосова. – М.: Московская правда, 1989. С. 15.

который угрожает ему или другому спортсмену (в командных видах спорта). Иногда утверждают, что уголовную ответственность за причинение вреда в подобных случаях может исключать и обоснованный риск.

Изложенное, таким образом, свидетельствует о том, что осуществление права на занятие спортом исключает уголовную ответственность за причинение вреда сопернику лишь тогда, когда необходимо причинения такого вреда предусмотрена правилами соревнований. Данное обстоятельство не может исключать уголовной ответственности в других случаях причинения вреда во время занятия спортом, который, однако не означает, что во всяком случае такое действие обязательно будет преступным. Вообще же представляется, что проблема уголовной ответственности за причинение такого вреда должны быть решена законодательно – как путем описания случаев, когда причинение такого вреда не влечет уголовной ответственности, так и путем формулирования привилегированных составов преступлений, о чем выше уже указывалось.

Основание причинения вреда при занятии спортом

Фактическим основанием правомерности причинения вреда при занятиях спортом является необходимость причинения допустимого вреда, т.е. вреда, дозволенного правилами соревнований. *Юридическим основанием* является согласие на причинение вреда здоровью «потерпевшего» при занятиях спортом.

По мнению А.Н. Красикова, в рассматриваемой ситуации «согласие – это допущение возможности подвергнуть свою телесную целостность физическому воздействию определенным способом до предела, выраженного в правилах. Объем согласия совпадает с объемом предполагаемых и установленных правилами действий. Поэтому нарушение правил есть также нарушение согласия. Такие действия противоречат воле пострадавшего спортсмена, игнорируют ее, совершаются вопреки выраженному согласию, а, следовательно, являются незаконными. Согласие лица на участие в спортивных мероприятиях, которые проводятся заведомо с нарушением принятых мер, не может носить правомерного характера»¹.

Субъектом дачи согласия выступает физическое дееспособное лицо, занимающееся спортом на законных основаниях. Если лицо (спортсмен) не достигло полной дееспособности, то согласие на причинение вреда при занятиях спортом могут дать его законные представители.

По мнению А.Н. Красикова, «вряд ли можно предположить, что, например, боксер соглашается на умышленное причинение ему повреждения зубов, носа и т. п. Наоборот, спортсмен-боксер максимально желает избежать этих последствий, хотя их наступление весьма возможно по характеру указанного состязания. Поэтому при наличии повреждений, умышленно причиненных спортсмену в процессе спортивных состязаний, нельзя говорить о том, что было согласие на эти последствия, хотя факт согласия заниматься спортом всегда имеет место до возникновения спортивных отношений»².

Объектом, на причинение вреда которому дается согласие в данном случае выступает здоровье «потерпевшего».

Объективные признаки согласия «потерпевшего». Согласие «потерпевшего» на причинение вреда здоровью при занятиях спортом может быть выражено как в устной, так и в письменной форме, а также конклюдентными действиями (например – самим фактом выхода на ринг).

Субъективные признаки. Согласие «потерпевшего» на причинение вреда здоровью при занятиях спортом должно отвечать признакам *добровольности*. «Потерпевший»

¹ Красиков А.Н. Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве. – Саратов: Изд-во Саратовск. ун-та, 1976. – С. 108.

² Там же. – С. 104-105.

осознает характер деяния, на совершение которого он дает согласие (вид спорта и его опасность), предвидит его результат (размер, виды) и сознательно допускает возможность наступления таких последствий. Кроме того, «потерпевший» должен быть проинформирован о характере действий (объеме, последствиях для своего здоровья), согласие на осуществление которых он дает.

Признаки правомерного причинения вреда при занятии спортом

Субъектом причинения вреда «потерпевшему» при занятиях спортом может быть любое физическое, вменяемое лицо, достигшее возраста, с которого возможно привлечение к уголовной ответственности, занимающееся спортом на законных основаниях, которое по правилам данного вида спорта может причинить вред сопернику.

Объектом причинения вреда в таких случаях является здоровье «потерпевшего» (спортсмена).

Объективная сторона правомерного поступка при причинении вреда при занятиях спортом должна соответствовать объективным признакам согласия при условии, что они конкретизированы (вытекают) в правилах конкретного вида спорта (характер причинения вреда здоровью, его размер, способ нанесения повреждений, объективно-предметные условия причинения такого вреда и др.).

Субъективный контроль. Субъект правомерного поступка при причинении вреда здоровью при занятиях спортом предвидит, что в результате совершаемого им деяния может быть причинен физический вред телесной неприкосновенности «потерпевшего» (спортсмена-соперника), осознает фактические признаки совершаемого действия и их социальную значимость, а также допускает или желает причинения этого вреда для достижения правовой цели.

А. А. Пионтковский справедливо отмечал, что если спортсмен преднамеренно нарушает установленные правила спортивного состязания и причиняет своему противнику телесные повреждения, то ответственность должна определяться за нанесенное телесное повреждение на общих основаниях об ответственности за умышленное причинение соответствующего телесного повреждения¹. Аналогичную позицию занимал П.А. Дубовец. С таким положением, по мнению А.Н. Красикова, можно согласиться при условии, что спортсмен имел умысел нанести телесное повреждение. Другое дело, когда спортсмен, умышленно нарушая правила состязаний, не желал и не допускал причинения вреда своему противнику. Безоговорочно принять рекомендации А.А. Пионтковского и П.А. Дубовца – значит встать в таких случаях на позиции объективного вменения. Предложения о квалификации подобных деяний по статьям преступлений против личности не соответствуют характеру и направленности умысла. Если расценить причинение телесных повреждений в результате нарушения правил спортивных состязаний как умышленное преступление против личности, то нужно учесть, что не принимается во внимание психическое отношение лица к нарушению правил спортивных состязаний. Следовательно, нужно предусмотреть соответствующую уголовно-правовую норму².

Анализ зарубежного законодательства приводит к выводу, что к решению рассматриваемой проблемы законодательство зарубежных стран подходит неоднозначно. Причинение вреда жизни или здоровью в спорте входит в систему обстоятельств, исключающих преступность деяния: по УК Польши, Латвии это разновидность «обоснованного риска»; по УК Афганистана, Республики Сан-Марино – это «причинение вреда при спортивном состязании»; по УК Японии – «деяние в порядке занятия право-

¹ Курс советского уголовного права. Часть общая. Том II. Преступление / Ред. кол.: А.А. Пионтковский, П.С. Ромашкин, В.М. Чхиквадзе. – М.: Наука, 1970. – С. 85-86.

² Красиков А.Н. Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве. – Саратов: Изд-во Саратовск. ун-та, 1976. – С. 115-116.

мерной профессиональной деятельностью»; по УК Швейцарии – «разрешение закона»; по УК Грузии – «правомерное деяние»; по УК Франции, Испании – это «предписание или разрешение положениями закона»; в уголовном законодательстве Англии – «когда воля не направлена на содеянное»; в уголовном законодательстве США, УК ФРГ и УК Швеции – «согласие потерпевшего». Большинство правовых актов сходятся в одном – уголовная ответственность исключается, если данный вид деятельности разрешен законом и установленные для него правила не были нарушены¹.

§ 4. Уничтожение (повреждение) имущества

Основание уничтожения (повреждения) имущества

В качестве *фактического основания* правомерного уничтожения или повреждения имущества может выступать любой факт объективной действительности, например, необходимость очистки территории, утрата имуществом своего предназначения, внешней привлекательности, его порча, устарелые качества и прочее.

Юридическим основанием правомерного уничтожения (повреждения) имущества выступает согласие «потерпевшего». Признание согласия «потерпевшего» основанием правомерного уничтожения (повреждения) имущества обусловлено наличием у лица права собственности на это имущество. Так, еще Н.С. Таганцев утверждал, что «согласие обладателя нарушенного интереса устраняет, прежде всего, преступность имущественных посягательств в виде захвата имущества или его истребления, так как передача, уступка имущества, хотя бы для его уничтожения, составляет для его обладателя, по общему правилу, несомненное право»². В свою очередь А.И. Санталов отмечал, что «право собственника на отчуждение имущества и отсутствие противоправности в действиях, направленных на уничтожение или повреждение имущества, означают, что его согласие на совершение таких действий исключает их противоправность, а следовательно, общественную опасность»³.

А.Н. Красиков, Т.В. Кондрашова, А.В. Иващенко, Ю.М. Ткачевский, говоря об уничтожении или повреждении чужого имущества с согласия его собственника, также указывают, что в этом случае речь идет о разновидности осуществления своего субъективного права. Следовательно, как верно отмечает А.Н. Сумачев, природа согласия «потерпевшего» в данном случае основана на факте осуществления собственником одного из правомочий – права распоряжаться своим имуществом по собственному усмотрению⁴.

Субъектом дачи согласия на уничтожение (повреждение) имущества является физическое, дееспособное лицо, которому принадлежит право собственности на имущество. Если лицо не обладает полной гражданской-правовой дееспособностью, то субъектом дачи согласия на причинение вреда могут выступить третьи лица – законные представители (родители, опекуны, попечители) при наличии законных оснований распоряжения таким имуществом.

Объект, на причинение вреда которому дается согласие. По мнению А.Н. Сумачева, одним из условий неправомерности распоряжения имуществом с согласия собственника является то, что волеизъявление «потерпевшего» распространяется только на имуще-

¹ См.: Скворцов А.А. Указ. раб. С. 45.

² Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Т. 1. – Тула: Автограф, 2001. – С. 401.

³ Курс советского уголовного права. В 5-ти т. Ч. Общ. – Т. 1. / М. Д. Шаргородский, И.И. Солодкин, С.А. Домахин и др. Отв. ред. Н. А. Беляев и М. Д. Шаргородский. – Л.: Изд-во Ленинград. ун-та, 1968. – С. 517. (А.И. Санталов).

⁴ См.: Сумачев А.Н. Публичность и диспозитивность в уголовном праве: Монография. – М.: Юрист, 2003. – С. 134.

ство, лично ему принадлежащее. Такая позиция требует уточнения. На наш взгляд, объектом, на причинение вреда которому дается согласие, в данном случае выступает имущество, которое принадлежит лицу именно на *праве собственности* и, кроме того, находится на момент дачи согласия в свободном его распоряжении. Речь идет о невозможности дачи согласия на уничтожение (повреждение) имущества, которое принадлежит на праве собственности, но находится под арестом, в залоге, сдано в аренду, является предметом иных гражданско-правовых отношений.

Сложным, по мнению А.Н. Игнатова, является «юридическое решение вопроса об уничтожении особо ценного имущества, имеющего художественное, историческое значение (картины, антиквариат и др.), принадлежащего лицу на праве частной собственности, так как оно имеет и общенациональное значение»¹. То, что имущество не должно относиться к историческим, культурным и другим памятникам, обладающим особым правовым статусом отмечает и А.Н. Сумачев². Некоторые авторы связывают правомерность уничтожения имущества и с его общественным значением. Например, А.И. Санталов высказывался за то, что «уничтожение собственником имущества, имеющего большое общественное (хозяйственное, эстетическое и т.п.) значение, противозаконно. Не исключает противоправности и его согласие на такое уничтожение»³.

На наш взгляд, ограничения, связанные с видом имущества, на уничтожение (повреждение) которого дается согласие «потерпевшего», вполне допустимы при условии, что они законодательно закреплены или регламентированы в правоустанавливающем документе (например, договор купли-продажи имущества, имеющего особую историческую ценность).

Объективные признаки согласия «потерпевшего». Как верно отмечает А.А. Пионтковский, «в области посягательства на имущественные блага, находящиеся в распоряжении отдельного лица, согласие потерпевшего может иметь значение только в объеме принадлежащего данному лицу имущественного права. Согласие лица на совершение в отношении имущества, находящегося в его личной собственности, таких действий, которые он и сам в силу закона не имел права производить, не устраняет преступности совершенных деяний»⁴.

В качестве уголовно-правового ограничения пределов распоряжения имуществом А.Н. Красиков указывал на общественно опасный характер уничтожения такового – «если собственник дал согласие на уничтожение или повреждение своего имущества путем поджога или иным общественно опасным способом, либо если оно повлекло человеческие жертвы или иные тяжкие последствия, такое согласие уголовной ответственности не устраняет»⁵. А.Н. Сумачев также утверждает, что «способ отчуждения имущества не должен создавать угрозу причинения вреда интересам других собственников (быть общественно опасным), а равно выступать способом совершения иного преступления (преследовать общественно вредные цели)»⁶.

Субъективные признаки. Согласие «потерпевшего» на уничтожение (повреждение) имущества должно отвечать признакам *добровольности*. «Потерпевший» осознает

¹ Игнатов А.Н., Красиков А.Н. Курс Российского уголовного права: В 2 т. – Т.1. Общая часть. – М.: Издательство НОРМА (Издательская группа Норма-Инфра-М), 2001. – С. 338 (А.Н. Игнатов)

² См.: Сумачев А.Н. Публичность и диспозитивность в уголовном праве: Монография. – М.: Юрист, 2003. – С. 136.

³ Курс советского уголовного права. В 5-ти т. Ч. Общ. – Т. 1. / М. Д. Шаргородский, И.И. Солодкин, С.А. Домахин и др. Отв. ред. Н. А. Беляев и М. Д. Шаргородский. – Л.: Изд-во Ленинград. ун-та, 1968. – С. 517-518. (А.И. Санталов)

⁴ Курс советского уголовного права. Часть общая. Том II. Преступление / Ред. кол.: А.А. Пионтковский, П.С. Ромашкин, В.М. Чхиквадзе. – М.: Наука, 1970. – С. 394. (А.А. Пионтковский)

⁵ Красиков А.Н. Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве. – Саратов: Изд-во Саратовск. ун-та, 1976. – С. 28.

⁶ См.: Сумачев А.Н. Публичность и диспозитивность в уголовном праве: Монография. – М.: Юрист, 2003. – С. 136.

характер деяния, на совершение которого он дает согласие, предвидит его результат и желает наступления последствий в виде уничтожения или повреждения имущества. Если же речь идет о повреждении имущества, то «потерпевший» должен быть проинформирован о характере (объеме, последствиях) таких повреждений.

Признаки правомерного уничтожения (повреждения) имущества

Субъектом поступка – уничтожения (повреждения) имущества с согласия «потерпевшего» может быть как любое физическое, вменяемое лицо, достигшее возраста, с которого возможно привлечение к уголовной ответственности, так и определенное лицо, обладающее дополнительными установленными уголовным законом признаками, т.е. специальный субъект.

Объектом причинения вреда с согласия «потерпевшего» является имущество, которое принадлежит «потерпевшему» на праве собственности и находится в свободном его распоряжении.

Объективная сторона. По мнению А.А. Пионтковского, «при посягательствах на имущественные блага, находящиеся в распоряжении отдельных лиц, согласие потерпевшего не имеет юридического значения при общественно опасном повреждении чужого имущества в силу того, что эти действия, хотя и совершенные с согласия потерпевшего, все же являются сами по себе социально опасными»¹.

Объективные признаки правомерного поступка при уничтожении или повреждении имущества должны соответствовать объективным признакам согласия «потерпевшего» при условии, что они четко конкретизированы (характер деяния, последствия, способ, объективно-предметные условия уничтожения (повреждения) имущества и т.д.). Если же объективные признаки причинения рассматриваемого вреда не были четко конкретизированы «потерпевшим», то они должны отвечать следующим условиям: 1) не носить общественно опасный (преступный) характер, 2) не превышать пределов достаточного вреда, 3) результат причинения вреда может носить только имущественный характер.

Субъективный контроль. Субъект правомерного поступка при уничтожении (повреждении) имущества с согласия «потерпевшего» предвидит, что в результате совершаемого им деяния будет причинен имущественный вред, осознает фактические признаки совершаемого действия (бездействия) и их социальную значимость, а также желает причинить оговоренный вред имуществу для достижения поставленной правовой цели.

¹ Курс советского уголовного права. Часть общая. Том II. Преступление / Ред. кол.: А.А. Пионтковский, П.С. Ромашкин, В.М. Чхиквадзе. – М.: Наука, 1970. – С. 395 (А.А. Пионтковский).

Глава V

ПРЕВЫШЕНИЕ ПРЕДЕЛОВ ПРИЧИНЕНИЯ ВРЕДА С СОГЛАСИЯ «ПОТЕРПЕВШЕГО»

§ 1. Понятие и виды превышения пределов причинения вреда с согласия «потерпевшего»

Причинение вреда с согласия «потерпевшего» – правомерное средство достижения правовой цели, если такой вред не выходит за предусмотренные (оговоренные) пределы. Установление этих пределов требует учета совокупности некоторых требований (правил). К их числу относится требование (правило), обосновывающее необходимость причинения вреда, его максимальную допустимость, разумную достаточность и соответствие вреда правовой цели поступка.

Правило о *необходимости* причинения вреда заключается в признании его оправданности, если он соответствующим образом обоснован. Таким обоснованием выступает единство основания правомерного поступка (факта объективной действительности и согласия «потерпевшего»). Отсутствие такого единства свидетельствует о неправомерности причинения вреда, влекущего ответственность на общих основаниях.

Требование *максимальной допустимости* вреда состоит в том, что такой вред в любом случае должен соизмеряться с его *правовым* основанием (согласием «потерпевшего») и не превосходить его. Причинение же вреда, несоизмеренного с его правовым основанием, т.е. выходящими за пределы согласия расценивается при определенных условиях как превышение пределов допустимого вреда.

Правило *разумной достаточности* вреда основывается на том, что оправданным должен признаваться вред (не превышающий максимально допустимый), который в сложившейся обстановке являлся разумно достаточным для достижения правовой цели поступка. Так, если состояние здоровья лица свидетельствует, что достаточен лишь максимально допустимый вред (например, хирургическое вмешательство), то он и должен признаваться правомерным средством достижения правовой цели. Однако, когда достаточным оказывается вред, хотя и вынужденно причиненный, но явно превышающий размер максимально допустимого, имеет место (при наличии всех условий) превышение пределов допустимого вреда. Если же для достижения правовой цели достаточно причинить вред, явно менее значительный, чем максимально допустимый (оговоренный), то правомерным должен признаваться лишь этот достаточный вред. В противном случае, когда лицо заведомо причиняет вред, явно больший, чем это было достаточно в данной обстановке, имеет место превышение пределов достаточного вреда. Такое правило распространяется на случаи, когда размер причиненного вреда был четко оговорен (конкретизирован). Если же размер причиненного вреда не был оговорен, то он должен соотноситься с правомерной целью причинения такого вреда.

Правило о *соответствии вреда правовой цели* сводится к тому, что причиняемый вред не должен выходить за пределы правовой цели поступка. Правовым средством в рассматриваемых случаях признается вред, не превышающий максимально допустимый и достаточный для достижения правовой цели. Поэтому если в основе причинения вреда лежат не соображения достижения этой цели, а главным образом стремление причинить как можно больший вред, то такой вред признается неправомерным, влекущим ответственность на общих основаниях.

Изложенное позволяет сделать вывод – превышение пределов вреда имеет место лишь при несоблюдении условия о соразмерности этого вреда.

Итак, для констатации превышения пределов *дозволенного* вреда следует установить, что: 1) имелось правовое и фактическое основания для совершения действия (бездействия), связанного с причинением вреда объекту поступка; 2) это действие (бездействие) было предпринято своевременно и для достижения предусмотренной законом правовой цели; 3) вред был причинен надлежащему объекту; 4) причиненный вред не соответствовал лишь требованию о его соразмерности.

Несмотря на то, что превышение пределов дозволенного вреда имеет место лишь при нарушении одного условия его правомерности, это не исключает возможности различать виды такого превышения. Правомерным может признаваться только такой вред, который одновременно соответствует как правовому, так и фактическому его основанию. Отсюда следует, что превышение пределов дозволенного вреда может иметь место в следующих случаях: 1) когда причиненный вред соразмерен с правовым его основанием, но не соответствует фактическому; 2) когда этот вред хотя и соответствует фактическому основанию, но не соразмерен с правовым. В случае, когда причиненный вред одновременно не соответствовал как правовому, так и фактическому его основанию, это означает, что вред вообще был причинен при отсутствии для этого основания, т.е. без необходимости. В этом случае ответственность за причиненный вред должна наступать как за обычное умышленное преступление.

Правовое основание определяет пределы допустимого, а фактическое – пределы достаточного вреда. Отсюда следует, что несоответствие вреда его правовому основанию представляет собой превышение пределов допустимого вреда, а несоответствие вреда фактическому основанию – превышение пределов достаточного вреда. С учетом этого *превышение пределов допустимого вреда можно определить как заведомое причинение субъектом вреда, не соответствующего тому объему (размеру), на причинение которого было дано согласие «потерпевшего»*. В то же время *превышение пределов достаточного вреда – это заведомое причинение субъектом вреда, более чем достаточного для достижения правовой цели с согласия «потерпевшего»*.

§ 2. Квалификация превышения пределов причинения вреда с согласия «потерпевшего»

Уголовный закон в ряде случаев специально предусматривает ответственность за превышение пределов рассматриваемого вреда. Например, возможна квалификация действий лица, выполнявшего профессиональные обязанности, за превышение пределов дозволенного вреда по статьям, устанавливающим ответственность за ненадлежащее выполнение профессиональных обязанностей. В остальных ситуациях причинение чрезмерного вреда при совершении поступков с согласия «потерпевшего» должно квалифицироваться по статьям УК на общих основаниях. Подобно тому, как применительно к крайней необходимости В. Н. Козак считал, что «ставить знак равенства между обычными умышленными или неосторожными преступлениями и теми, которые являются результатом превышения пределов крайней необходимости, теоретически ошибочно»¹, то неверно было бы не разграничивать обычные преступления и превышение пределов причинения дозволенного вреда с согласия «потерпевшего». Главный отличительный признак этих деяний состоит в том, что лицо, его совершившее, имея право причинить вред тем или иным ценностям, охраняемым уголовным законом, выходит за установленные пределы причинения этого вреда. И хотя квалификация причинения такого вреда в большинстве своем не отличается от квалификации соответствующих преступлений, очевидно, что степень общественной опасности причинения

¹ Козак В. Н. Вопросы теории и практики крайней необходимости. – Саратов, 1981. – С. 116

чрезмерного вреда меньше, чем у обычного преступления. Например, несравнимы по степени общественной опасности два вида уничтожения имущества, если в первом из них это был акт мести, а во втором – превышение пределов причинения вреда с согласия «потерпевшего».

§ 3. Ответственность за превышение пределов причинения вреда с согласия «потерпевшего»

Превышение пределов рассматриваемого вреда является деянием преступным. Ответственность за совершение таких деяний наступает на общих основаниях. В то же время необходимо учитывать ряд факторов, которые влияют на степень тяжести совершенного преступления и личность виновного. Следует отметить, что главной отличительной чертой рассматриваемых преступлений является то, что лицо, причинившее чрезмерный вред, все же имело право на причинение вреда, хотя и в меньшем размере. Иными словами, совершенные деяния лежат на грани преступного и правомерного, что не может быть не учтено при оценке степени тяжести этих преступлений, а также при выборе меры ответственности.

Кроме того, учитывая, что в законе не установлена специальная ответственность за превышение пределов причинения вреда с согласия «потерпевшего» и действия виновного квалифицируются на общих основаниях, при оценке характера и степени общественной опасности таких преступлений нельзя лишь формально исходить из вида и размера санкции. Ведь устанавливая ту или иную санкцию, законодатель стремится предусмотреть наиболее типичные проявления данного вида преступления наиболее типичными субъектами, и это не исключает того, что отдельные преступные посягательства могут и не соответствовать типичным признакам преступления, предусмотренного в той или иной статье УК.

В иных случаях это не исключает применение ст. 62 УК РФ, поскольку она распространяется на ситуации, при которых существенно уменьшается степень общественной опасности преступления при наличии нескольких обстоятельств, смягчающих наказание.

Глава VI

СОГЛАСИЕ «ПОТЕРПЕВШЕГО» В УГОЛОВНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ
ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН И РОССИЙСКИЕ ПЕРСПЕКТИВЫ

§ 1. Согласие «потерпевшего» в уголовном законодательстве
зарубежных стран

В уголовном законодательстве ряда зарубежных стран проблема причинения вреда с согласия «потерпевшего» нашла свою правовую регламентацию. В то же время ни в одном из УК не содержится общая норма о согласии лица на причинение вреда и его уголовно-правовом значении. Вопросы об ответственности за причинение вреда с согласия «потерпевшего» решаются применительно к конкретным случаям в зависимости от вида объекта, которому он причиняется, – причинение смерти, телесных повреждений, осуществлении медицинского вмешательства и т.д.

Необходимо отметить, что юридическое значение такого согласия также различно. Большинство УК причинение смерти с согласия (по требованию) «потерпевшего» рассматривают как привилегированный (со смягчающими обстоятельствами) состав преступления и, как следствие, предусматривают за их совершение менее строгое наказание. Так, согласно § 216 УК ФРГ «кто убивает другое лицо в результате категорической и настойчивой просьбы потерпевшего лишить его жизни, тот наказывается лишением свободы на срок от шести месяцев до пяти лет»¹. В § 77 УК Австрии закреплено: «Кто убивает другого человека по его серьезному и настойчивому требованию, наказывается лишением свободы на срок от шести месяцев до пяти лет»².

Из стран, расположенных на территории бывшего СССР, лишь в УК Азербайджана и Грузии содержится норма, устанавливающая ответственность за убийство по просьбе жертвы (привилегированный вид убийства). Так, ст. 135 УК Азербайджанской Республики предусматривает уголовную ответственность за удовлетворение просьбы больного об ускорении его смерти какими-либо средствами или действиями либо за прекращение искусственных мер по поддержанию жизни. Согласно ст. 110 УК Грузии убийство по настоятельной просьбе жертвы и в соответствии с ее подлинной волей, совершенное с целью освобождения умирающего от сильных физических болей, наказывается лишением свободы на срок до пяти лет³.

В некоторых УК содержится «формальное» положение о снижении наказания за причинение смерти потерпевшему с его согласия. В ч. 4 ст. 143 УК Испании сказано: «Тот, кто причиняет или активно содействует причинению смерти другому человеку, по его настоятельной, серьезной и ясной просьбе, если жертва страдала от тяжелой болезни, определенно приведшей бы к смерти или причиняющей ей постоянные тяжкие страдания, наказывается на одну или две ступени ниже наказаний, предусмотренных ч. 2 и 3 этой статьи» (ч. 2 предусматривает лишение свободы на срок от двух до пяти лет, а ч. 3 – от шести до десяти лет за содействие самоубийству)⁴.

В ст. 150 УК Республики Польша за убийство по просьбе потерпевшего также снижено наказание и, кроме того, предусмотрено, что в исключительных случаях суд может вообще отказаться от его назначения. Так, согласно § 1 ст. 150 «Кто совершает убийство человека по его просьбе и под влиянием сострадания к нему, подлежит на-

¹ Уголовный кодекс Федеративной Республики Германии. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. – 524 с.

² Уголовный кодекс Австрии. – М.: Зерцало-М, 2001. – 144 с.

³ Уголовный кодекс Грузии. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2001. – 409 с.

⁴ Уголовный кодекс Испании / Под ред. и с предисловием Н.Ф.Кузнецовой, Ф.М. Решетникова. – М.: ЗЕРЦАЛО, 1998. – 218 с.

казанию лишением свободы на срок от 3 месяцев до 5 лет», а в § 2 закреплено, что «в исключительных случаях суд может применить чрезвычайное смягчение наказания и даже отказаться от его назначения»¹.

Необходимо отметить, что во всех указанных случаях речь идет об убийстве не просто с согласия «потерпевшего», а в результате категорической, настойчивой, серьезной и ясной его *просьбы*, по серьезному и настойчивому *требованию*. В связи с чем инициатором убийства из сострадания может быть *только «потерпевший»* – лицо, страдающее тяжелой болезнью, умирающее от сильных физических болей.

Вместе с тем существует и более радикальный подход в регламентации ответственности за причинение вреда с согласия «потерпевшего». Уголовное законодательство и судебная практика некоторых зарубежных стран допускают при определенных обстоятельствах нанесение *любого вреда личности* с ее согласия при отсутствии иных преступных обстоятельств. Так, УК Швеции (ст. 7 гл. 24) предусматривает, что «деяние, совершенное одним лицом с согласия другого лица, в отношении которого оно было направлено, образует преступление, только если оно, ввиду характера вреда, насилия или опасности, которую оно повлекло, его цели и других обстоятельств, не является оправданным»².

Интересный подход использовал голландский законодатель, который установил различную ответственность за причинение смерти лицу с его согласия в зависимости от субъекта поступка. Так, причинение смерти по просьбе «потерпевшего» частным лицом является привилегированным видом убийства. Согласно ст. 293 УК Голландии, лицо, которое лишает жизни другое лицо по явно выраженной и искренней просьбе этого лица, подлежит тюремному заключению на срок не более двенадцати лет или штрафу пятой категории. В то же время причинение врачом смерти больному законодатель рассматривает как обстоятельство, исключающее преступность деяния. Как разъяснил ст. 40 УК Голландии Верховный Суд, «в определенных обстоятельствах умерщвление врачом безнадежно больных может быть оправдано на основании необходимости»³.

Наиболее полная регламентация причинения вреда с согласия «потерпевшего» содержится в УК штата Нью-Йорк, где в § 35.10 установлены условия «оправдывающих» обстоятельств о применении физической силы. Согласно п. 5 «врач, имеющий соответствующее разрешение, или лицо, действующее под *его* руководством, может применить физическую силу для осуществления признанной формы лечения (treatment), которое, как оно разумно полагает, должно быть применено с целью содействия физическому или психическому выздоровлению больного при условии, что а) лечение проводится с согласия больного либо, если больной не достиг 18-летнего возраста или является недееспособным, с согласия его родителя, опекуна или другого лица, на которое возложено осуществление заботы и надзора в отношении его, или б) лечение проводится при чрезвычайных обстоятельствах, когда врач разумно полагает, что нет никого, кто мог бы дать согласие на такое лечение, и что разумное лицо, желающее благополучия больному, согласилось бы на это»⁴.

Причинение телесных повреждений с согласия «потерпевшего», в том числе и медицинское вмешательство, является обстоятельством, исключающим преступность деяния, если оно не нарушает общепринятые моральные нормы. Такой подход содержится в уголовном законодательстве некоторых зарубежных стран. Так, в УК ФРГ в § 228 в общей форме предусмотрено, что нанесение *телесного повреждения* с согласия

¹ Уголовный кодекс Республики Польша / Под общ. Ред. Н.Ф. Кузнецовой. – Мн.: Тесей, 1998. – 128 с.

² Уголовный кодекс Швеции / Науч. ред. Н.Ф. Кузнецова, С.С. Беляев. – М.: МГУ, 2000. – 168 с.

³ Цит. по.: *Орехов В.В.* Необходимая оборона и иные обстоятельства, исключающие преступность деяния – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – С. 163.

⁴ Уголовное право США: Сборник нормативных актов / Сост., отв. ред. и автор вступ. статьи *И.Д. Козочкин*. – М.: Изд-во УДН, 1985. – 160 с.

потерпевшего лица является преступлением лишь только в том случае, «если деяние, несмотря на согласие потерпевшего, нарушает общепринятые моральные нравы»¹. В УК Австрии (§ 90 п. 1) причинение телесных повреждений или угроза телесной целостности не признаются противоправными, если потерпевший дает на это согласие, и повреждение или угроза как таковые не противоречат общепринятым моральным нормам. Стерилизация, проведенная врачом с согласия лица, также не является противоправной, если она была проведена лицу, достигшему двадцатипятилетнего возраста, и само вмешательство по другим основаниям не противоречит общепринятым моральным нормам (§ 90 п. 2)².

§ 2. Перспективы закрепления правомерности причинения вреда с согласия «потерпевшего» в УК РФ

Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. не содержало ни в Общей, ни в Особенной части специальных положений о влиянии согласия «потерпевшего» на ответственность лица, причинившего вред³. Не упоминалось об этом обстоятельстве и в Общей части Уложения 1885 г., однако в главе о посягательствах на жизнь включено было специальное положение о привилегированной ответственности за убийство, учиненное по настоянию убитого и из сострадания к нему (ст. 455)⁴. При этом в объяснительной записке содержалось следующее указание: «Хотя Общая часть и не упоминает о согласии пострадавшего как о причине, уничтожающей преступность известных деяний, тем не менее, таковая непреступность должна быть признаваема как общее правило при всех преступных деяниях, направленных против прав частных лиц, как имущественных, так и личных, если сам закон не установит изъятия... Такие изъятия могут быть устанавливаемы тремя способами: а) или прямым указанием закона о том, что к данному преступному деянию не применяются общие правила о влиянии согласия пострадавшего; б) или признанием наказуемости посягательства на известный частный интерес даже со стороны его владельца, например при поджоге собственного имущества или при растрате заарестованного имущества; в) или установлением безнаказанности или меньшей наказуемости некоторых наиболее выдающихся случаев посягательства на данное благо по согласию жертвы, чем, понятно, устанавливается неприменение ко всем прочим случаям этого рода обыкновенной наказуемости»⁵.

В УК РСФСР 1922 г. впервые в российском уголовном законодательстве было регламентировано такое обстоятельство, исключающее преступность деяния, как согласие «потерпевшего». В примечании к ст. 143.6 говорилось: «Убийство, совершенное по настоянию убитого из чувства сострадания, не карается».

Весьма развернутая система обстоятельств, исключающих преступность деяния содержалась в Теоретической модели Уголовного кодекса, в которой предлагалось и такое обстоятельство как согласие потерпевшего (ст. 56). Однако в отношении него содержалась оговорка, согласно которой уголовная ответственность в таких случаях не исключается, «если эти действия (бездействие) являются общественно опасными и запрещенными уголовным законом»⁶. В.И. Михайлов считает, что «в действующем уголовном и уголовно-процессуальном законодательстве России согласие лица в опре-

¹ Уголовный кодекс Федеративной Республики Германии. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. – С. 524 с.

² Уголовный кодекс Австрии. – М.: Зерцало-М, 2001. – 144 с.

³ См.: Уложение о наказаниях уголовных и исправительных. Уголовное уложение: Закон: Документы. – Петроград: Воен. Тип. Императрицы Екатерины Великой, 1916. – 514 с.

⁴ Там же.

⁵ Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Т. 1. – Тула: Автограф, 2001. – С. 403.

⁶ Курс российского уголовного права. Общая часть / Под ред. В.Н. Кудрявцева, А.В. Наумова. – М.: Спарк, 2001. – С. 458.

деленной степени находит нормативное отражение, в частности, в институте дел частного и частно-публичного обвинения»¹.

Несмотря на то, что без оценки согласия «потерпевшего» на предмет его законодательного признания не обходится ни одно современное монографическое исследование обстоятельств, исключающих преступность деяния, и то, что большинство криминалистов в настоящее время поддерживают эту идею², согласие «потерпевшего», тем не менее, не было предусмотрено в УК РФ 1996 г.

В связи с этим дискуссионным в уголовно-правовой науке остается вопрос о том, имеет ли уголовно-правовое значение согласие «потерпевшего», если оно не предусмотрено в УК? Так, по мнению А.В. Наумова, хотя согласие потерпевшего прямо не предусмотрено уголовным законом в качестве обстоятельства, исключающего преступность деяния, оно не может не иметь уголовно-правового значения в тех случаях, когда речь идет о решении вопроса об основаниях уголовной ответственности либо об освобождении от нее. Однако, анализируя юридическое содержание указанных обстоятельств, основанное на нормах не уголовного, а других отраслей права, правоприменитель «выходит» на уголовно-правовые основания, чаще всего на отсутствие уголовно-правовой вины (умышленной либо неосторожной). Следовательно, эти обстоятельства косвенно превращаются в уголовно-правовые, т.е. имеющие уголовно-правовое значение³. Другие авторы (например, Ю.М. Ткачевский) полагают, что обстоятельства, не предусмотренные уголовным законом, не имеют юридического значения⁴.

Как показывает следственно-судебная практика, согласие «потерпевшего», как и иные обстоятельства, не предусмотренные в УК, не признается обстоятельством, исключающим преступность деяния.

В связи с этим и возникает вопрос о целесообразности закрепления в УК согласия «потерпевшего» в качестве обстоятельства, исключающего преступность деяния. По этой проблеме в уголовно-правовой науке также высказываются различные позиции.

По мнению С.Г. Келиной невключение в УК РФ 1996 г. такого обстоятельства, как согласие «потерпевшего», является пробелом российского уголовного законодательства; уголовный закон должен выразить свое отношение к этой проблеме, в частности к вопросу об эвтаназии⁵. Тем более, что указанное обстоятельство предусматривалось в проектах УК⁶, но было исключено на последнем этапе.

С другой стороны, Ю.М. Ткачевский и И.М. Тяжкова считают, что законодатель обоснованно не включил согласие «потерпевшего» на причинение вреда в число обстоя-

¹ Михайлов В.И. Согласие лица как обстоятельство, исключающее преступность деяния // Законность – 2002. – № 2, с. 68.

² Суждения противоположного рола были характерны в основном для литературы советского периода. (См.: напр.: Советское уголовное право: Часть Общая. М., 1969. С 790; Советское уголовное право: Часть Общая. М., 1974. С. 181-182; Козак В.Н. Вопросы теории и практики крайней необходимости. Саратов, 1981. С 46, 52-56.)

³ Наумов А.В. Уголовное право. Общая часть. Курс лекций. – 2-е изд. перераб. и доп. – М.: БЕК, 1996. – С. 345. Флетчер Дж., Наумов А.В. Основные концепции современного уголовного права. – С. 328.

⁴ См., напр.: Курс уголовного права: Общ. ч. – Т. 1: Учение о преступлении: Учебник для вузов / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой и И.М. Тяжковой. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. – С. 446 (автор главы – Ю.М. Ткачевский)

⁵ Курс российского уголовного права. Общая часть / Под ред. В.Н. Кудрявцева, А.В. Наумова. – М.: Спарк, 2001. – 767 с. (Келина С.Г.) – С. 423.

⁶ Статья 47 проекта УК РФ 1994 г. гласила: «(1) Не является преступлением действие (бездействие) лица, причинившего вред законным интересам другого вменяемого и дееспособного лица, при условии его действительного, добровольного и предварительного на то согласия. При этом согласие или просьба потерпевшего не должны преследовать целей, вредных для личности, общества или государства. (2) Причинение при данных обстоятельствах вреда интересам, не находящимся в свободном распоряжении потерпевшего, влечет уголовную ответственность на общих основаниях». Кроме того, в ст. 117 Особенной части проекта УК предусматривался самостоятельный вид умышленного убийства при смягчающих обстоятельствах: «Лишение жизни из сострадания к потерпевшему в связи с его тяжелой неизлечимой болезнью и (или) непереносимыми физическими страданиями при условии добровольного на то волеизъявления».

ательств, исключающих преступность деяния, по следующим основаниям: «согласие потерпевшего на причинение вреда может иметь место только применительно к конкретным составам преступления. При лишении жизни и причинении любого, кроме легкого, вреда здоровью согласие потерпевшего правового значения не имеет. Отнесение причинения легкого вреда здоровью и оскорбления к делам частного обвинения означает отказ потерпевшего от возможного уголовного преследования своего обидчика по тем или иным соображениям. Согласие потерпевшего на уничтожение или повреждение своего имущества исключает уголовную ответственность при условии, что такие действия не совершены общественно опасным способом и не повлекли тяжких последствий. Вне этого вопрос регулируется нормами гражданского законодательства. В данном случае речь идет не столько о согласии потерпевшего, сколько об осуществлении им своего субъективного права»¹. В этом случае согласие может учитываться только в качестве обстоятельства, смягчающего наказание².

По мнению И. Э. Звечаровского, отражение в УК согласия «потерпевшего» на причинение вреда если и возможно, то лишь в негативной форме: «причинение вреда с согласия потерпевшего ... не исключает преступности совершенных при этом действий (бездействия), если эти действия (бездействие) совершены виновно, являются общественно опасными и запрещены уголовным законом».³

А.Н. Сумачев также указывает на отрицательные моменты закрепления согласия «потерпевшего» в УК РФ в качестве обстоятельства, исключающего преступность деяния. По его мнению, обстоятельства, исключающие преступность деяния, должны быть абсолютными или всеобщими, но не конкретно-прикладными. «Согласие лица» не имеет такого всеобъемлющего начала. Указанное обстоятельство носит лишь конкретно-прикладной, а не абсолютный характер.

Указанная позиция, на наш взгляд, не имеет достаточных оснований. Известно, что далеко не все положения Общей части УК носят всеобъемлющий характер, т.е. распространяются абсолютно на все нормы Особенной части УК. Например, положения о стадиях совершения преступления содержатся в Общей части УК, но касаются лишь прямоумышленных преступлений. Предписание УК о так называемом общем возрасте лица, подлежащего уголовной ответственности, также распространяется на те статьи Особенной части УК, в которых предусмотрена ответственность за совершение преступления лицом, достигшим 16-тилетнего возраста. В связи с этим и согласие «потерпевшего» не должно распространяться на все положения Особенной части УК. Возможно ли исключение преступности хотя бы некоторых деяний вследствие согласия «потерпевшего» на совершение таковых? Безусловно, возможно. Очевидно, что согласие «потерпевшего» на причинение вреда также распространяется не на все, а на большинство или значительную часть предписаний Особенной части УК. И в этом видится относительная универсальность такого положения.

Кроме того, А.Н. Сумачев отмечает, что проблема определения условий правомерности «согласия лица» как обстоятельства, исключающего преступность деяния, ввиду многообразия конкретно-видовых ситуаций представляется в достаточной степени трудоемкой (хотя и выполнимой). Поэтому автор считает, что нет смысла заниматься этим⁴. Вместе с тем теоретическое возражение криминалиста против дополнения главы 8 УК согласием «потерпевшего» заключается в том, что обстоятельство, исключа-

¹ Уголовное право России. Часть Общая: Учебник для вузов / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. – М.: Зерцало, 2005. – С. 376-377. (Ю. М. Ткачевский совместно с И. М. Тяжковой).

² Там же. – С. 377. (Ю.М. Ткачевский совместно с И. М. Тяжковой).

³ Российское уголовное право. Курс лекций. Т. 1. Преступление. / Под ред. А.И. Коробеева. – Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1999. – 604 с. (И.Э. Звечаровский) – С. 575; Уголовное право России. Часть Общая: Учебник / Под ред. И.Э. Звечаровского. – М.: Юрист, 2004. – С. 296. (И.Э. Звечаровский)

⁴ Сумачев А.Н. Публичность и диспозитивность в уголовном праве: Монография. – М.: Юрист, 2003. – С. 102–103.

ющие преступность деяния, по его мнению, определяют *основания* непреступности деяния, а не *условия* ненаказуемости таких ¹. На наш взгляд, согласие «потерпевшего» является правовым элементом основания для совершения правомерного поступка, связанного с причинением вреда «потерпевшему». Поэтому речь идет как раз не об установлении ненаказуемости такого деяния, а о признании его *непреступным*.

Напротив, В.В. Орехов утверждал, что поскольку согласие «потерпевшего» на причинение ему вреда может в определенных случаях исключать преступность деяния, то вполне обоснованным является предложение о закреплении этого обстоятельства в уголовном законодательстве ².

Наиболее развернутая аргументация относительно легализации в УК согласия потерпевшего дается С.В. Пархоменко. Прежде всего, она соглашается с теми криминалистами, которые считают, что уголовное право как отрасль права не обладает исключительно публичным характером и в ней присутствуют начала диспозитивности. Кроме того, С.В. Пархоменко делает вывод, что нет никаких препятствий для того, чтобы в дополнение к существующей регламентации личных или имущественных прав физического лица предусмотреть специальное нормативное установление о допустимости распоряжения ими в полном объеме, включая возможность добровольного отказа от них либо их ущемления другими лицами ³.

По мнению С.В. Пархоменко, основной аргумент против законодательного оформления согласия «потерпевшего» в статусе полноценного обстоятельства, исключающего преступность деяния, связан с опасениями различного рода злоупотреблений со стороны лица, причиняющего вред «потерпевшему». Между тем, как справедливо отмечает С.Г. Келина, злоупотребления могут иметь место при применении любой нормы уголовного права ⁴ и оттого, что, например, на длительный срок лишения свободы осуждается невиновный, еще никто не усомнился в обоснованности существования данного вида наказания в УК РФ.

Что же касается аргументов за легализацию согласия «потерпевшего», то наиболее весомым из них является тезис авторов о том, что в современном уголовном праве происходит неизбежное усиление защиты частного интереса. Это, в свою очередь, обуславливает признание за потерпевшим материальных прав с превращением его в самостоятельного участника не только процессуальных, но и материальных уголовных правоотношений. В этой связи В.А. Блинниковым делается вывод о том, что если уголовный закон признает за потерпевшим все большее количество прав, то он должен признавать возможность и более свободно распоряжаться своими правами, в том числе правом на собственную неприкосновенность, включая право на свободное распоряжение своей жизнью ⁵.

С.В. Пархоменко предлагает такую законодательную формулировку согласия «потерпевшего»:

«Статья... . Причинение вреда с согласия лица, полномочного распоряжаться своим правом

Не совершает преступления тот, кто с добровольного и предварительного согласия полномочного лица лишает такое лицо жизни, причиняет вред его здоровью, имуществу и другим охраняемым уголовным законом интересам в пределах полномочий этого лица.

¹ Сумачев А.Н. Публичность и диспозитивность в уголовном праве: Монография. – М.: Юрист, 2003. – С. 102–103.

² Орехов В.В. Необходимая оборона и иные обстоятельства, исключающие преступность деяния – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – С. 165.

³ См.: Пархоменко С.В. Деяния, преступность которых исключается в силу социальной полезности и необходимости. СПб.: Изд-во Р. Аскарова. Юридический центр Пресс, 2004. – С. 169–170.

⁴ Келина С. Обстоятельства, исключающие преступность деяния: понятие и виды // Уголовное право. – 1999. – № 3. – С. 7.

⁵ Блинников В.А. Обстоятельства, исключающие преступность деяния в уголовном праве России. – Ставрополь, 2001. – С. 223–224.

Полномочным лицом в настоящей статье признается такое физическое вменяемое лицо, достигшее возраста уголовной ответственности, которое в соответствии с законодательством обладает законными правами личного или имущественного характера и свободно ими распоряжается.

Причинение вреда правам и интересам, не находящимся в свободном распоряжении лица, при обстоятельствах, указанных в части первой настоящей статьи, влечет за собой уголовную ответственность на общих основаниях»¹.

Н.В. Сенаторов в диссертационном исследовании «Потерпевший от преступления в уголовном праве» отстаивает позицию о целесообразности закрепления положения о согласии «потерпевшего» в Общей части УК Украины и предлагает следующую формулировку:

«Статья 41¹. Причинение вреда по согласию

1. Не является преступлением причинение вреда правоохраняемым благам, правам или интересам, если оно совершено с надлежащего согласия их владельца.

2. Согласие не признается надлежащим, если оно дано недобровольно, несовершеннолетним или психически больным лицом, а равно связано с причинением смерти или тяжких телесных повреждений, за исключением случаев, предусмотренных действующим законодательством»².

На наш взгляд следует поддержать позицию тех криминалистов, которые выступают за закрепление в Общей части УК положения о согласии «потерпевшего» на причинение вреда с определенными исключениями. Принимая во внимание социально-правовое назначение нормативного предписания о причинении вреда с согласия «потерпевшего», его следует поместить в главе 8 УК РФ после статьи о крайней необходимости.

Согласие «потерпевшего» как обстоятельство, исключающее преступность деяния, должно соответствовать, на наш взгляд, всем признакам (условиям), определенных выше. В обобщенном виде указанные условия могут быть представлены в нормативном предписании следующего содержания:

«Статья 39¹. Причинение вреда с согласия лица

«1. Не является преступлением причинение вреда охраняемым уголовным законом правам и интересам лица, если этот вред причинен с его надлежащего согласия.

2. Согласие на причинение вреда признается надлежащим, если оно дано дееспособным лицом и соответствовало требованиям, предусмотренным законодательством Российской Федерации».

¹ Пархоменко С.В. Согласие потерпевшего и уголовный закон // Вестник Российской правовой академии. – 2004. – № 2. – С. 68.

² Сенаторов Н.В. Потерпевший от преступления в уголовном праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – 12.00.08. – Х.: ИИПП АПрНУ, 2005. – С. 20.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Исследование проблемы согласия «потерпевшего» на причинение вреда его правам и законным интересам показывает, что эта проблема является многогранной. Такое согласие может быть рассмотрено, прежде всего, как самостоятельное явление, имеющее уголовно-правовое значение. Далее, согласие «потерпевшего» является составным элементом самостоятельного обстоятельства, исключающего преступность деяния. Причем, оно может рассматриваться, по общему правилу, как относительно универсальное обстоятельство, а в отдельных случаях – лишь применительно к отдельным видам причинения вреда «потерпевшему», предусмотренных в Особенной части УК. Наконец, не до конца исследован вопрос о месте согласия «потерпевшего» в структуре иных обстоятельств, исключающих преступность деяния. Автор надеется, что предложенные пути решения некоторых из названных направлений послужат ориентиром для дальнейшего творческого осмысления указанной проблемы.

ПОТЕРПІЛИЙ ВІД ЗЛОЧИНУ (МІЖДИСЦИПЛІНАРНЕ ПРАВОВЕ ДОСЛІДЖЕННЯ)

*Потерпілий від злочину (міждисциплінарне правове дослідження) /
колектив авторів ; за заг. ред. Ю. В. Бауліна, В. І. Борисова. – Х. :
Кроссфрод, 2008. – 364 с.*

ПЕРЕДНЄ СЛОВО

Проблема захисту прав і законних інтересів потерпілих від злочинів, ефективного їх поновлення та своєчасного відшкодування завданої злочином шкоди є одною з найбільш актуальних для сучасної юридичної науки та правозастосовної практики. Однак, і дотепер потерпілий від злочину, його місце в системі ознак складу злочину, види потерпілих, їх статус у кримінальному судочинстві, запобігання спричиненню їм шкоди, розгорнута криміналістична характеристика тощо не привертають достатньої уваги в порівнянні, наприклад, з особами, які власне й вчинили злочин щодо нього. Разом з тим, потерпілий від злочину, особливо коли мова йде про фізичну особу, залишається найбільш трагічною фігурою в кримінальній справі. З одного боку, потерпілому спричиняється шкода, інколи безповоротна, наприклад, внаслідок убивства людини, з іншого – держава, в особі її вповноважених органів, яка немов би гарантує захист прав та законних інтересів, починаючи з фізичних осіб і закінчуючи власними інтересами, розглядає потерпілого від злочину лише як фігуранта справи, стосовно якого треба здійснити певні процесуальні дії, необхідні для руху кримінальної справи та застосування до винної особи кримінальної відповідальності. Особливо це стосується пересічних громадян, які відчують себе не тільки жертвами від дій злочинця, але й заручниками обставин, які вимушують їх звертатися до судових та правоохоронних органів і діяти за правилами дещо незрозумілої для них «юридичної гри», з надією тим самим відновити або іншим чином забезпечити свої права та законні інтереси.

Науковці Інституту вивчення проблем злочинності Академії правових наук України, звернувшись до проблематики потерпілого від злочину, поставили перед собою завдання щодо здійснення комплексного дослідження

проблеми захисту прав та законних інтересів потерпілих від злочину в кримінально-правовому, кримінально-процесуальному, кримінологічному та криміналістичному аспектах. Вивчення стану дослідження цієї проблематики в Україні показало, що в останні роки різноманітні питання потерпілого від злочину стали предметом підвищеної уваги, але здебільшого в межах вузько-прикладних завдань, без звернення до положень суміжних правових дисциплін кримінально-правового циклу та комплексному їх огляду. Тому обраний розробниками шлях – міждисциплінарне правове дослідження – в Україні здійснено вперше.

Протягом 2006-2007 років фахівці Інституту дослідили стан проблематики потерпілого від злочину в науках кримінально-правового циклу, визначили завдання, основні напрямки та методи дослідження. Були проаналізовані та систематизовані

міжнародні документи та нормативні акти зарубіжних держав. Значне місце в процесі дослідження зайняла розробка спеціалізованих питальників для вивчення та узагальнення розгляду судами кримінальних справ, анкет щодо опитування потерпілих, працівників суду та правоохоронних органів. Ця робота дозволила отримати значний емпіричний матеріал (всього заповнено більше 2000 анкет), що був покладений в основу узагальнень, аналітичних довідок, пропозицій щодо вдосконалення законодавства та практики його застосування. Вивчення матеріалів досудового та судового слідства дозволило встановити не тільки певні закономірності, що притаманні практиці забезпечення прав та законних інтересів потерпілих від злочину, а й побачити актуальні проблеми, наукове вирішення яких стало важливою складовою проведеного дослідження.

Достовірність викладених у роботі висновків забезпечена широким використанням чинного законодавства, відомчих нормативно-правових актів, постанов Пленуму Верховного Суду України, а також теоретичної літератури, у тому числі значної кількості джерел, виданих в останні роки як в Україні, так і за її межами.

На вирішення проблем захисту прав та законних інтересів потерпілих від злочину, ефективного їх поновлення, своєчасного відшкодування завданої шкоди орієнтують і міжнародні документи в галузі прав людини. Так, 24 листопада 1983 р. Радою Європи була прийнята Конвенція про відшкодування збитків жертвам насильницьких злочинів. 29 листопада 1985 р. резолюцією № 40/34 Генеральної Асамблеї ООН була затверджена Декларація основних принципів для жертв злочинів та зловживань владою. Важливу інформацію із зазначеного питання містять рішення за конкретними справами Європейського Суду з прав людини, використання яких для процесу гармонізації українського законодавства до сучасного європейського правового простору є необхідним.

Значного поштовху у дослідженні проблем потерпілого від злочину надало прийняття 5 квітня 2001 року нового Кримінального Кодексу України та розробка проекту нового Кримінально-процесуального кодексу. Що стосується КК України, то на його структуру та зміст відчутно вплинули зміни соціальних орієнтирів, серед яких захист прав та свобод людини і громадянина для українського суспільства став набувати вирішального значення. Тому, залежно від виду соціального суб'єкта, якому злочином заподіюється шкода, всі розділи Особливої частини КК України були об'єднані у три основні блоки. Перший блок включив розділи, в яких йдеться про охорону прав, свобод та інтересів людини, а саме злочини проти життя та здоров'я, проти волі, честі та гідності особи, проти статевої недоторканості та інші. Розділи другого блоку спрямовані на охорону загальносуспільних інтересів та сфер суспільної діяльності, а саме: власності, сфер господарської діяльності, довілля, громадської безпеки та інші. Третій блок охопив розділи, призначенням яких є охорона інтересів держави у сфері забезпечення державної таємниці, недоторканності державних кордонів, призову та мобілізації, авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян, сфери службової діяльності, правосуддя, встановлення порядку несення військової служби тощо. В Загальній частині нового КК особлива увага була приділена питанням вирішення за участю потерпілої особи кримінально-правових конфліктів, не пов'язаних із застосуванням кримінальної відповідальності. Так, у ст. 46 КК були закріплені підстави і умови звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням з потерпілим. В наданому монографічному дослідженні ці питання знайшли належне відображення і розвиток.

У роботі розглянуто майже увесь спектр кримінально-процесуальних питань, пов'язаних із участю потерпілого у кримінальних справах. Серйозному аналізу була піддана дискусія щодо можливості визначення потерпілими у кримінальних справах юридичних осіб. Фахівці як у галузі кримінального права, так і кримінального процесу дійшли одностайної думки щодо необхідності закріплення в кримінально-процесуальному законодавстві цього виду потерпілих осіб.

На відміну від фахівців в галузі кримінального права та кримінального процесу дослідники кримінологічного напрямку зосередилися на проблемах, пов'язаних лише з фізичними особами, що стали жертвами злочину. Значна частина відповідного розділу присвячена характеристиці основних рис портрету потерпілого. Ця частина ґрунтується на матеріалах кримінальних справ, що дало можливість отримати первісну інформацію про потерпілих від зареєстрованих злочинів. У розділі також розглядаються соціальні та психологічні чинники віктимізації. Чільне місце в роботі займають питання, що присвячені проблематиці віктимологічного попередження злочинів. Дослідження найбільш актуальних питань зазначеної проблематики дозволило авторам цього напрямку запропонувати низку впливових заходів, спрямованих на поширення серед громадян знань і навичок, необхідних їм для того, щоб не стати жертвами злочинів насильницького та корисливого характеру. На підставі цих пропозицій у додатку до монографії надано проект плану «Віктимологічного попередження злочинів насильницького та корисливого характеру», який, як вбачається, може стати в нагоді державним відомствам гуманітарного спрямування та правоохоронним органам у плануванні широкомасштабних заходів попередження злочинності.

У монографії знайшов своє відображення також криміналістичний аспект вивчення жертви злочину. Низка питань цього напрямку дослідження висвітлюється повному. Так, при наданні криміналістичної характеристики злочинів зроблена спроба диференціювати потерпілих осіб залежно від механізму та категорії злочинів, а також встановити типи зв'язків між особою потерпілого й особою злочинця. Авторами висвітлено своє ставлення щодо створення так званої криміналістичної віктимології. Значна увага приділена встановленню особливостей проведення окремих слідчих дій за участю потерпілого. Зокрема, розкрито специфіку допиту потерпілого, перевірки показань на місці, освідування та одержання зразків для порівняльного дослідження. Викликає інтерес те, що автори намагалися встановити деякі особливості, які пов'язані із своєрідністю процесуальної фігури потерпілого.

Треба зазначити, що певні питання, що більш характерні для галузей приватного права, залишилися за межами дослідження, наприклад, методики з визначення розміру спричиненої потерпілому шкоди, але й ті наукові напрацювання, що вдалося отримати внаслідок проведення комплексного дослідження на ґрунті суміжних наук – кримінального права, кримінального процесу, кримінології та криміналістики, – дозволяють стверджувати, що представлена праця піднімає на якісно новий рівень вирішення заданої наукової проблеми. Окрім того, міждисциплінарне вирішення наукового завдання, дозволило побачити низку перспективних напрямів у подальшому вирішенні проблеми потерпілого від злочину. Так, потребує наукового розв'язання проблема, що стосується різкого розширення переліку злочинів, розгляд яких можливий лише за заявою потерпілої особи (наприклад, такого вирішення потребує злочин, передбачений ст. 182 КК України «Порушення недоторканності приватного життя»); надання потерпілому певних прав обвинувачення та розширення меж його впливу на процедуру закриття провадження у кримінальній справі; покладення основного тягара відшкодування завданої потерпілому шкоди на державу, оскільки остання не виконує належним чином взятого на себе зобов'язання щодо забезпечення законотворчих членів суспільства та інших суб'єктів правового захисту від злочинів тощо.

Таким чином, монографію, яка виноситься на суд читачів, треба розглядати не тільки як певний підсумок фахової діяльності по вирішенню наукового завдання, але і як суттєвий крок, необхідний для подальшого дослідження як теоретичних, так і практичних проблем потерпілого від злочину.

Академіки АПрН України
Ю.В. Баулін, В.І. Борисов

РОЗДІЛ I

ПОТЕРПІЛИЙ ВІД ЗЛОЧИНУ:

ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ

1.1. Історія становлення та вирішення проблеми потерпілого від злочину в юридичних науках

Проблема потерпілого від злочину в юридичних науках у цілому, як і в науках кримінально-правового циклу зокрема, має глибокі історичні корені. На деякі аспекти цієї проблеми звертав увагу ще у 1764 р. Чезаре Беккарія у праці «О преступлениях и наказаниях»¹. Усвідомлюючи значущість потерпілого для з'ясування суті злочинів, саме його ознаку Чезаре Беккарія поклав в основу класифікації злочинів, в якій на перше місце поставив злочини, що заподіюють шкоду суспільству або тому, хто його уособлює, а на друге – злочини проти людини². Згодом ця класифікація знайшла відображення у французькому кримінальному законодавстві³.

Величезний внесок у дослідження проблеми потерпілого зробили представники класичної школи кримінального права. Виходячи з філософської доктрини про повну незалежність акту волі від будь-яких факторів, вони розглядали злочинність не як соціальне явище, а як суто юридичне явище, не пов'язане з існуючими в суспільстві відносинами. Саме з формальних позицій до визначень кримінально караного діяння представники класичної школи кримінального права підійшли до досліджень питань потерпілого від злочину. Так, Ансельм Фейербах розглядав потерпілого як обов'язкову ознаку будь-якого злочину. З цього приводу він зазначав, що кожне діяння, яке визначається як злочин, містить у собі: по-перше, зовнішню ознаку; по-друге – відсутність правомірної підстави, яка б могла спонукати людину до такого діяння; по-третє – особу як предмет (*object*) порушеного права, бо злочин може бути вчинений тільки проти особи, яка перебуває під захистом влади, котра вважає кримінальний закон порушеним⁴. В. Д. Спасович в одному з перших російських підручників з кримінального права, розглядав потерпілого як предмет (об'єкт) злочину⁵. Особливу увагу питанням потерпілого приділив О. В. Лохвицький. У главі X «Обстановка злочину» підручника з кримінального права, характеризуючи потерпілого, він зазначав, що стосовно особи як об'єкта злочину нашому законодавству відомо багато сторін: вік, стать, стан розуму, фізичні вади, політичне становище, шлюбні та родинні стосунки. Виходячи з цього, О. В. Лохвицький проводив класифікацію тих потерпілих, які є ознаками складів злочинів⁶. Поняття потерпілого від злочину розробляв М. С. Таганцев⁷. Він також торкався питань згоди потерпілого на заподіяння шкоди⁸ та його примирення з винним⁹.

¹ Беккарія Чезаре. О преступлениях и наказаниях. – М.: Стелс, 1995. – С. 89.

² Там само. – С. 91 – 95.

³ Див.: Никифоров Б. С. Объект преступления по советскому уголовному праву. – М.: Юридическая литература, 1960. – С. 34.

⁴ Фейербах Ансельм. Уголовное право: Учебник. – СПб.: Медицинская типография, 1810. – С. 31-32.

⁵ Спасович В. Д. Учебник уголовного права. – Т. 1. – Вып. 1. – СПб.: Типография Иосафата Огризко, 1863. – С. 91, 94.

⁶ Див.: Лохвицкий А. В. Курс русского уголовного права: Учебник. – 2-е испр. и доп. изд., сведенное с кассац. решен. – СПб.: Скоропечатня Ю. О. Шрейера, 1871. – С. 200-214.

⁷ Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Часть общая. – Тула: Автограф, 2001. – Т. 1. – С. 49; Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Часть Общая. – Тула: Автограф, 2001. – Т. 2. – С. 21.

⁸ Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Часть общая. – Т. 1. – С. 399-405.

⁹ Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Часть общая. – Т. 2. – С. 465-468.

Антропологічна школа практично повністю відкинула формально-правові інститути кримінального права, зокрема, вчення про юридичний характер злочину, і всю увагу сконцентрувала на злочинцеві, його особистості. Антропологи так різко розвернулися від злочинного діяння до його діяча, що практично повністю викинули з поля зору іншого суб'єкта, який виникає у разі вчинення злочину, а саме потерпілого. Виняток з правила становлять лише деякі аспекти творчості Енріко Феррі, який у праці «Уголовная социология» питання потерпілого розглядав як частину проблеми покарання злочинця та відшкодування збитків, заподіяних злочинцем¹.

Значну увагу потерпілому від злочину приділили представники соціологічної школи кримінального права. Вони досліджували злочин як суто соціальне явище, як взаємодію між певними учасниками соціуму. Так, Франц Ліст, характеризуючи цілі покарання, підкреслював, що здійснення покарання впливає не лише на все суспільство та самого злочинця, але й на потерпілого, надаючи йому задоволення від того, що спрямований проти нього протиправний напад не залишився без помсти². Франц Ліст торкався питань кримінально-правового значення згоди потерпілого, заподіяння останнім шкоди собі, впливу особливостей організму потерпілого та його необачної поведінки на розвиток причинного зв'язку, скарги потерпілого, а також особливого виду покарання – штрафу на користь потерпілого³. Як об'єкт злочину розглядав потерпілого Д. О. Дріль⁴. Г. Клейнфеллер у своїй науковій статті *Die Anreizung des Täters durch den Angegriffen* відвів особливе місце кримінально-правовим питанням потерпілого. На прикладах умисного вбивства, тілесного ушкодження, статевого злочину, образи, шахрайства, автор розглянув випадки впливу провокаційної поведінки потерпілого на виключення або пом'якшення відповідальності винного⁵.

Новий рівень розробки проблема потерпілого отримала в межах неосоціологічного напрямку наук кримінального циклу. В 40-х роках ХХ ст. вийшла в світ стаття Г. фон Гентінга «*The Criminal and His Victim*» («Злочинець та його жертва»), в якій автор зосередив увагу на поняттях: «злочинець-жертва», «потенційна жертва» та «специфічні відносини між злочинцем і жертвою», розглянув питання про природу прихильності деяких осіб ставати жертвами злочинів⁶. У ті ж роки на конференції в Будапешті з доповіддю «*Un horizon nouveau dans la science biopsychosociale: La victimologie*» («Нова галузь біо-психо-соціальної науки – віктимологія») виступив Б. Мендельсон, який запропонував всю сукупність існуючих поглядів, ідей та уявлень про жертву злочину позначити єдиним терміном «віктимологія», який у перекладі з латинської означає: наука про жертву. Гуманізація права, пошук альтернативних до кримінальної відповідальності заходів впливу на осіб, які вчинили злочини, розвиток рухів проти насильства в сім'ї, дискримінації етнічних та інших меншин обумовили у подальшому розвиток наукових знань під назвою «віктимологія» (Г. Гентіг, Ф. Верхам, М. Вольфганг)⁷. Значні досягнення цієї науки (І. Драпкін, Р. Еліас, Н. Крісті, Е. Фаттах, М. Фрей, Г. Шней-

¹ Див.: Феррі Енріко. Уголовная социология: Исследования: Пер. с 5-го франц. изд. 1905 г. – М.: Типография В. М. Саблина, 1908. – С. 527.

² Див.: Лист Франц. Учебник уголовного права. Часть общая. Учебник (пер Ф. Ельашевича с 12-го перераб. изд.). – М.: Типография А. И. Мамонтова, 1903. – С. 70.

³ Див.: Лист Франц. Учебник уголовного права. – С. 164-165, 181, 211-217, 302-305.

⁴ Див.: Дріль Д. А. Уголовное право. Лекции, читанные на экономическом отделении СПб политехника (рукопись). – СПб.: Литография Трофимова, 1909. – С. 154-155.

⁵ Наведено із роботи: Франк А. В. Потерпевшие от преступления и проблемы советской виктимологии. Душанбе: Ирфон, 1997. – С. 15, у якій зроблено посилання на Kleinfeller G. Die Anreizung des Täters durch den Angegriffen // Archiv für Strafrecht und Strafprozess. – 64 Band. – 3-4 Heft. – Berlin, 1917. – S. 193 – 253.

⁶ Див.: Hentig H. The Criminal and His Victim // Classics of Criminology (Josepf E. Jacoby). Illinois, 1994. – P. 32 – 33.

⁷ Див.: Франк А. В. Потерпевшие от преступления и проблемы советской виктимологии. – Душанбе: Ирфон, 1977. – С. 22-37; Fatiab E. Victimology: Past, Present and Future // Criminologie. – 2000. – № 1 (33). – P. 22-25.

дер та ін.) сприяли модернізації законодавства у сфері прав потерпілого багатьох країн світу¹. Так, у 60-80 роках у Новій Зеландії, Великій Британії, Канаді, США, Німеччині та Франції були прийняті закони, в яких встановлювалися права потерпілих на державну компенсацію заподіяної злочином шкоди, примирення потерпілого з винним, професійну допомогу потерпілому. Згодом суттєвого удосконалення зазнали механізми реалізації прав потерпілого на отримання інформації щодо кримінального переслідування винного, захист приватного життя, безпеку під час відправлення правосуддя та ін. Подальший внесок у розвиток віктимології зробили такі зарубіжні кримінологи, як Ф. Верхам, М. Вольфганг, І. Драпкін, Е. Фаттах, Г. Шнайдер, Г. Елленберг, М. Янг та інші².

Засновником радянської школи віктимології по праву вважається Л. Франк, який у 1966 р. опублікував проблемну статтю «Об изучении личности и поведения потерпевшего (нужна ли советская виктимология?)»³. Перу цього вченого належить велика кількість наукових робіт, серед яких такі відомі монографії, як «Виктимология и виктимность. Об одном новом направлении в теории и практике борьбы с преступности»⁴, «Потерпевшие от преступления и проблемы советской виктимологии»⁵.

У теорії криміналістики, як і в інших науках кримінально-правового циклу, теж приділялася певна увага вивченню особи потерпілого, дослідженню механізму поведінки потерпілого в структурі злочинного посягання. Криміналістичний аспект вивчення жертви злочину знайшов своє відображення на різних рівнях наукового пошуку: від спроб систематизації даних про особу потерпілого в криміналістичних цілях – до створення криміналістичної віктимології та криміналістичного вчення про потерпілого.

Необхідність дослідження даних про жертву (потерпілого) було закладено ще в працях засновників науки криміналістики (М. С. Бокаріус, А. Вейнгарт, Г. Гросс, І. М. Якимов). Але суттєвого ствердження на початку 70 рр. ХХ ст. криміналістична віктимологія набула в системі юридичних наук нового напрямку – віктимології⁶. Незважаючи на спроби «монополізувати» віктимологію в межах кримінології⁷, відбувся розвиток її криміналістичного напрямку у вивченні жертви. Значний внесок у формування криміналістичної віктимології здійснили такі вчені, як В. С. Бурданова, В. М. Биков, В. О. Образцов, Є. О. Центров, В. І. Шиканов та ін.

У 80-х роках за сприянням Всесвітньої асоціації віктимологів (*World Society of Victimology, WSV*) проблема розвитку прав потерпілих від злочинів була винесена на міжнародну арену⁸. 29 листопада 1985 р. резолюцією № 40/34 Генеральної Асамблеї ООН була затверджена Декларація основних принципів для жертв злочинів та злов-

¹ Див.: Wallace H. *Victimology: Legal, Psychological, and Social Perspectives*. – Fresno: Allyn and Bacon, 1998. – Р. 1–18.

² Див.: Франк Л. В. *Потерпевшие от преступления и проблемы советской виктимологии*. – С. 33–38; Ривман Д. В., Устинов В. С. *Виктимология*. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2000. – С. 24.

³ Див.: Франк Л. В. Об изучении личности и поведения потерпевшего (нужна ли советская виктимология?) // Вопросы уголовного права, уголовного процесса и криминалогии. Сборник научных трудов. – Душанбе, 1966. – С. 131–157.

⁴ Див.: Франк Л. В. *Виктимология и виктимность. Об одном новом направлении в теории и практике борьбы с преступностью*. – Душанбе, 1972. – 113 с.

⁵ Див.: Франк Л. В. *Потерпевшие от преступления и проблемы советской виктимологии*. – 237 с.

⁶ Див.: Франк Л. В. Понятие о криминальной виктимологии и виктимности и некоторые её аспекты в преступлениях против жизни и здоровья // Вопросы криминалистики, криминалогии и судебной экспертизы. – Баку, 1972.

⁷ Див.: Псарева Б. В. Личность потерпевшего как один из важнейших элементов криминалистической характеристики посягательства на водителей транспорта и перевозимые грузы // Уголовно-процессуальные и криминалистические чтения: Матер. рег. ежегод. науч.-практ. конф. – Вып. 2. – Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2003. – С. 128.

⁸ Див.: *Handbook on Justice for Victims. On the use and application of the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power* – New York: UNODCCP, 1999. – Р. 2.

живань владою, яку нерідко називають «Білем про права жертв злочинів»¹. Важливі документи були підготовлені в межах Економічної та Соціальної Ради ООН, зокрема: Резолюція № 1999/26 від 28 липня 1999 р. про розвиток та імплементацію основ медіації та відновлювального правосуддя у кримінальне правосуддя (*Resolution № 1999/26 Development and implementation of mediation and restorative justice measures in criminal justice*)², Резолюція № 2002/12 від 24 червня 2002 р. про основні принципи використання програм відновлювального правосуддя в кримінальних справах (*Resolution № 2002/12 Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*), Резолюція № 2005/20 від 22 липня 2005 р. про керівні начала правосуддя у справах із залученням дітей, які є жертвами та свідками злочинів (*Resolution № 2005/20 Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime*).

24 листопада 1983 р. Радою Європи прийнята Конвенція про відшкодування збитків жертвам насильницьких злочинів від 24 листопада 1983 р. Важливі документи, розроблені й Комітетом Міністрів Ради Європи, серед них: Рекомендація № R (85) 11 від 28 червня 1985 р. щодо ролі потерпілого і меж кримінального права та кримінального процесу (*Recommendation № R (85) 11 on the position of the victim in the framework of criminal law and procedure*), Рекомендація № R (87) 21 від 17 вересня 1987 р. щодо допомоги жертвам та запобігання віктимізації (*Recommendation № R (87) 21 on Assistance to victims and the prevention of victimisation*), Рекомендація № R (99) 19 від 15 вересня 1999 р. щодо медіації у кримінальних справах (*Recommendation № R (99) 19 concerning mediation in penal matters*), керівні принципи захисту жертв терористичних актів від 2 березня 2005 р. (*Guidelines on the Protection of Victim of Terrorist Acts*) та ін.

Зазначені міжнародно-правові акти суттєво вплинули на правотворчість на внутрішньодержавних та регіональних рівнях. Завдяки ним змін та доповнень зазнало законодавство понад двадцяти країн. З метою уніфікації правової бази держав-учасниць Європейського союзу та приведення її у відповідність до зазначених вище документів, Радою Європейського союзу прийнято понад десятка нормативно-правових актів, ключове місце серед яких посідають: рамкове рішення від 15 березня 2001 р. про становище жертви в кримінальному процесі (*Council Framework Decision of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceeding*) та Директива від 29 квітня 2004 р. щодо компенсації жертвам злочинів (*Council Directive of 29 April 2004 relating to compensation to crime victims*).

Не дивлячись на значні наукові здобутки вітчизняних науковців у сфері розвитку прав потерпілих від злочинів, що були отримані у минулому сторіччі (Л. Я. Таубер, С. А. Альперт та ін.)³, в Україні тривалий час зазначеній проблемі не приділялося достатньої уваги. Зміни відбулися лише в останні роки (Т. А. Сироїд, В. О. Туляков та ін.)⁴.

Важливу роль у подальшому розвитку віктимології і її наукового апарату відіграли фундаментальні праці О. М. Джужи, Є. М. Моїсєєва, В. В. Василевича⁵, В. Е. Христинка⁶ та ін. На підставі аналізу зарубіжних і вітчизняних літературних джерел науковцями викладається історія становлення, виникнення і прикладне значення нової науки про

¹ Див.: *Fattab E. Victimology: Past, Present and Future.* – P. 32.

² Тут і далі у дужках наводяться оригінальні назви тих документів, що не мають офіційного перекладу українською мовою.

³ Див.: *Таубер Л. Я. Жалоба потерпевшего при преступлениях неофициальных.* – Х.: Типография и Литография М. Зильберберг и С-вья, 1909. – 403 с.; *Альперт С. А. Потерпевший в советском уголовном процессе:* Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 1951. – 288 с.

⁴ Див.: *Сироїд Т. А. Захист жертв злочинів у міжнародному праві:* Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11. – Х., 2000. – 162 с.; *Туляков В. А. Учение о жертве преступления: социальные и правовые основы:* Дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. – О., 2001. – 484 с.

⁵ Див.: *Джужа О. М., Моїсєєв Є. М. Проблема потерпілого від злочину (віктимологічний і психологічний аспекти):* Навч. посібник. – К.: Укр. акад. внутр. справ, 1994; *Кримінологічна віктимологія:* Навч. посібник / Моїсєєв Є. М., Джужа О. М., Василевич В. В. та ін. : Заг. ред. О. М. Джужи. – К.: Атіка, 2006.

⁶ Див.: *Христинко В. Е. Психология жертвы:* Учеб. пособие. – Х.: Консум, 2001.

потерпілого, визначаються такі основні її поняття, як віктимність, тобто сукупність стабільних типових соціальних і соціально-психологічних властивостей особистості, що підвищують її здатність стати жертвою злочину; віктимізація – процес перетворення особи, групи чи верств населення в потенційні жертви злочинів, набуття небезпечно рівня віктимності; віктимологічні детермінуючі фактори – набір суб'єктивних особливостей особи і об'єктивних обставин, пов'язаних з конкретними життєвими ситуаціями тощо.

Соціальні потреби підвищення ефективності протидії злочинності ставлять на порядок денний перед віктимологією завдання інтенсифікації теоретичних і практичних питань, пов'язаних з детермінацією віктимної поведінки, масовою віктимізацією населення, типологією жертв (потерпілих), розробкою форм і методів віктимологічної профілактики злочинності та окремих видів злочинів, її правового забезпечення з відшкодуванням шкоди потерпілому від злочину та ін.

Позитивні кроки зроблені й на рівні державної влади: оновлено кримінальне, кримінально-процесуальне, цивільне та інше законодавство; розроблено декілька концептуальних підзаконних нормативних актів. Так, у Кримінальний кодекс України введена норма про звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим, згідно з якою особа, котра вперше вчинила злочин невеликої тяжкості, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона примирилася з потерпілим та відшкодувала завдані нею збитки або усунула заподіяну шкоду (ст. 46 КК). З метою реалізації цих положень та удосконалення процесуальних прав потерпілого внесена низка змін та доповнень до Кримінально-процесуального кодексу України, зокрема, Законами України «Про внесення і змін до Кримінально-процесуального кодексу України» від 21 червня 2001 р. та від 12 липня 2001 р. Деякі з прав потерпілого від злочину передбачені й у новому цивільному законодавстві: ім'я потерпілого від правопорушення може бути обнародоване лише за його згодою (п. 5 ст. 296 ЦК); майнова шкода, завдана майну фізичної особи внаслідок злочину відшкодовується державою, якщо не встановлено особу, яка вчинила злочин, або якщо вона є неплатоспроможною (п. 1 ст. 1177 ЦК); шкода, завдана каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю внаслідок злочину, відшкодовується потерпілому або особам, визначеним статтею 1200 цього Кодексу, державою, якщо не встановлено особу, яка вчинила злочин, або якщо вона є неплатоспроможною (п. 1 ст. 1207 ЦК). 28 грудня 2004 р. Указом Президента України № 1560/2004 схвалена «Концепція забезпечення захисту законних прав та інтересів осіб, які потерпіли від злочинів, на 2005-2006 роки».

На особливу увагу заслуговує законопроектна робота. На шляху суттєвого перетворення знаходиться інститут потерпілого як суб'єкту кримінального процесу. Так, у проекті Кримінально-процесуального кодексу України, зареєстрованому у Верховній Раді України за номером 3456-д від 18 листопада 2005 р., цьому суб'єкту присвячена самостійна глава, в якій як потерпілі розглядаються не лише фізичні, але й юридичні особи (ст. 56 проекту), суттєво розширені процесуальні права потерпілих (ст. 57). У проекті також удосконалені процедура примирення потерпілого з винним (статті 179, 476), механізм забезпечення його безпеки під час досудового та судового слідства та інше. На розвиток права потерпілого на відшкодування державою шкоди спрямовані законопроекти «Про відшкодування за рахунок держави матеріальної шкоди громадянам, які потерпіли від злочину» та «Про компенсацію шкоди жертвам злочинів».

Не згасає інтерес до віктимологічних питань і на Заході. Над їх розв'язанням плідно працюють Я. Ван Дейк, Л. Манзанера, І. Мелап, Х. Міязава, Е. Ньюман, З. Сепарович та багато інших вчених. У центрі уваги залишається поняття жертви злочину, кримінально-правового значення її «вини», згоди на заподіяння шкоди, примирення з винним, відшкодування ним та державою шкоди, професійної допомоги жертвам та ін.

На одній з міжнародних конференцій з віктимології підкреслювалось: «Проблема жертви злочину посіла помітне місце в науках кримінального циклу. Ми говоримо про жертву в кримінології та в кримінальній судовій політиці; ми говоримо про неї в кримінальному процесі та в матеріальному праві; ми говоримо про жертву на цьому та на іншому боці Атлантики»¹.

1.2. Потерпілий від злочину в системі сучасних наук кримінально-правового циклу

З часів свого виникнення вчення про потерпілого набуло на теперішній час комплексного характеру. Так, в СРСР проблемами потерпілого почали цікавитися не лише кримінологи (В. О. Коновалов, В. С. Мінська, С. В. Полубінська, В. Я. Рибальська, Д. В. Рівман та багато інших), але й, як вже зазначалося, фахівці у галузі кримінального процесу, криміналістики (Г. М. Муд'югін, Д. А. Турчин, Є. О. Центров, В. І. Шиканов та ін.) та інших сфер знань. У кримінальному процесі дослідження з проблем потерпілого використовуються для встановлення даних, важливих для забезпечення дотримання передбаченого у процесуальному законі порядку розслідування, прийняття законних обґрунтованих рішень на досудових стадіях процесу та під час судового розгляду, а також захисту прав і законних інтересів учасників кримінального процесу²; у криміналістиці – для побудови слідчих версій, визначення тактики слідчих дій³; у кримінально-виконавчому праві – для вирішення питання зміни правового положення засудженого та його дострокового звільнення; у судовій психології – для встановлення мотивів злочинної поведінки, виявлення соціально-психологічних особливостей взаємодії злочинця та жертви; у судовій психіатрії – для виявлення патологічних особливостей потерпілих та злочинців, які проявилися в процесі їх взаємодії⁴; в міжнародному праві – для розробки міжнародних стандартів захисту жертв злочинів на національних рівнях⁵, а також при розгляді справ у міжнародних кримінальних судах⁶.

Проблеми потерпілого привернули увагу й спеціалістів у галузі кримінального права. У 60-х роках попереднього сторіччя поняття потерпілого від злочину та його співвідношення з поняттям об'єкта злочину досліджував Б. С. Никифоров⁷. І. І. Карпець акцентував увагу на необхідності враховувати дозлочинну поведінку потерпілого при індивідуалізації покарання⁸. Вплив особливостей організму потерпілого на розвиток причинного зв'язку з'ясувала Т. В. Церетелі, а поведінки потерпілого – В. М. Кудрявцев⁹. На сторінках журналу «Советская юстиция» П. С. Дагель та Н. Ф. Кузнецова розглядали питання кримінально-правового значення так званої «вини потерпілого»¹⁰.

¹ Див.: Prittivitz C. Resurrection of the Victim in Penal Theory // buffalo Criminal Law Review. Vol. 3.1. – 1999. – P. 111.

² Див.: Дубровний В. А. Потерпевший на предварительном следствии в советском уголовном процессе. – Саратов: Приволж. кн. изд-во, 1996. – 100 с.; Савицкий В. М., Потеряжа И. И. Потерпевший в советском уголовном процессе. – М.: Госюриздат, 1963. – 171 с.; Альперт С. А. Субъекты уголовного процесса. – Х., 1997.

³ Див.: Криминалистическая виктимология (вопросы теории и практики). Сб. науч. трудов. Иркут. гос. ун-та им. А. А. Жданова. [Редкол. В. И. Шиканов (отв. ред.) и др.]. – Иркутск: Изд-во ИГУ, 1980. – 160 с.; Центров Е. Е. Криминалистическое учение о потерпевшем. – М.: Изд-во МГУ, 1988. – 160 с.

⁴ Див.: Метелица Ю. А. Судебно-психиатрическая экспертиза потерпевших. – М.: Юрид. лит., 1990. – 204 с.

⁵ Див.: Сифойд Т. А. Захист жертв злочинів у міжнародному праві. – 162 с.

⁶ Див.: Kittichaisaree K. International Criminal Law. New York: Oxford University Press, 2001. – P. 299-304.

⁷ Див.: Никифоров Б. С. Объект преступления по советскому уголовному праву. – С. 49.

⁸ Див.: Карпец И. И. Индивидуализация наказания в советском уголовном праве. – М.: Госюриздат, 1961. – С. 34-37.

⁹ Див.: Кудрявцев В. Н. Объективная сторона преступления. – М.: Госюриздат, 1960. – С. 224-227.

¹⁰ Див.: Дагель П. С. «Вина потерпевшего» в уголовном праве // Советская юстиция. – 1967. – № 6. – С. 10-11; Кузнецова Н. Ф. Уголовное значение «вини потерпевшего» // Советская юстиция. – 1967. – № 17. – С. 16-17.

У 70-х роках з'являється ряд основоположних кримінально-правових праць з питань потерпілого від злочину в кримінальному праві, в яких було розглянуто кримінально-правове поняття потерпілого від злочину, проведене його відмежування від процесуального поняття потерпілого, класифіковані ознаки, що характеризують потерпілого в складі злочину, встановлено їх місце серед інших ознак складу та визначений характер їх відображення в суб'єктивній стороні злочину тощо¹. Поняття потерпілого від злочину, його відмежування від предмета злочину, зв'язок потерпілого з об'єктом та складом злочину докладно розглянув у дикторській дисертації Є. А. Фролов². Тоді ж В. С. Мінська захистила кандидатську дисертацію за темою «Поведення потерпевшого в генезисе преступлений против личности»³, результати якої знайшли подальший розвиток у праці «Виктимологические факторы и механизм преступного поведения», підготовленої у співавторстві з Г. І. Чечелем⁴. На монографічному рівні питання згоди потерпілого досліджував А. М. Красиков⁵.

У 80-90-х роках ХХ ст. окремих питань потерпілого у кримінальному праві торкаються Ю. О. Афіногенов, М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, О. І. Бойко, Г. М. Борзенков, В. І. Борисов, С. В. Бородін, Л. Д. Гаухман, В. К. Глістін, М. І. Коржанський, О. І. Коробєєв, В. В. Макєєв, Р. І. Міхєєв, Г. П. Новосолов, В. О. Номоконов, П. І. Орлов, Е. Ф. Побегайло, О. М. Попов, Ю. П. Пудовочкін, І. О. Ребане, А. Л. Репецька, Л. І. Романова, О. Б. Сахаров, О. В. Топільська, В. Я. Тацій, Є. В. Фесенко, І. Г. Філановський, Г. І. Чечель, М. Д. Шаргородський, П. С. Яні, Н. М. Ярмиш та інші вчені.

Наприкінці ХХ – на початку ХХІ століття у Російській Федерації аспекти проблеми потерпілого від злочину в кримінальному праві висвітлюються у докторській дисертації Б. В. Сидорова⁶ та у кандидатських дисертаціях: В. Є. Батюкової⁷, О. В. Сумачова⁸, І. О. Фаргієва⁹, Д. Б. Булгакова¹⁰, І. М. Туктарової¹¹, Г. П. Краснюк¹², З. А. Сидоренко¹³, С. В. Анощенкової¹⁴.

Разом з тим, ефективне проведення реформи у сфері захисту прав потерпілих від злочинів неможливе без створення надійної наукової бази, без розв'язання загальних

¹ Див.: *Дазель П. С.* Потерпевший в советском уголовном праве // Потерпевший от преступления. Тематический сборник. – Владивосток, 1974. – С. 16-37.

² Див.: *Фролов Е. А.* Объект уголовно-правовой охраны и его роль в организации борьбы с посягательствами на социалистическую собственность: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Свердловск, 1971. – С. 30-31.

³ Див.: *Минская В. С.* Поведение потерпевшего в генезисе преступлений против личности (криминологическое и уголовно-правовое исследование): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1972. – 29 с.

⁴ Див.: *Минская В. С., Чечель Г. И.* Виктимологические факторы и механизм преступного поведения. – Иркутск: Изд-во Иркутского ун-та, 1988. – 151 с.

⁵ Див.: *Красиков А. Н.* Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве. – Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1976. – 120 с.

⁶ Див.: *Сидоров Б. В.* Поведение потерпевших от преступления и уголовная ответственность: Дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. – Казань, 1998. – 336 с.

⁷ Див.: *Батюкова В. Е.* Потерпевший в уголовном праве: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – М., 1995. – 212 с.

⁸ Див.: *Сумачев А. В.* Пострадавший как субъект уголовного правоотношения: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Рязань, 1997. – 171 с.

⁹ Див.: *Фаргиев И. А.* Уголовно-правовое значение личности и поведения потерпевшего: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – М., 1997. – 173 с.

¹⁰ Див.: *Булгаков Д. Б.* Потерпевший в уголовном праве и его криминологическая характеристика: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Ставрополь, 2000. – 152 с.

¹¹ Див.: *Туктарова И. Н.* Уголовно-правовая охрана несовершеннолетних: Автореф. Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Саратов, 2000. – 23 с.

¹² Див.: *Краснюк Г. П.* Ненасильственные сексуальные посягательства на лиц, не достигших четырнадцатилетнего возраста: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Краснодар, 2000. – 23 с.

¹³ Див.: *Сидоренко З. А.* Отрицательное поведение потерпевшего как обстоятельство, влияющее на дифференциацию ответственности и индивидуализацию наказаний субъекта преступления: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Ставрополь, 2002. – 25 с.

¹⁴ Див.: *Анощенкова С. В.* Учение о потерпевшем в российском уголовном праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Саратов, 2004. – 31 с.

теоретичних проблем, серед яких, на перший план виступає поняття потерпілого від злочину. Воно використовується різними науками кримінально-правового циклу, кожна з яких вкладає в нього свій зміст. Разом з тим, в їх ієрархії визначальне місце належить саме кримінальному праву, категоріальний апарат якого повинен певним чином відбиватися при формуванні понять в інших науках. Так, стосовно визначення способу вчинення злочину в науках кримінально-правового циклу М. І. Панов слушно зауважує, що спосіб вивчається багатьма науками, які досліджують різні аспекти проблеми боротьби зі злочинністю: кримінальним правом, кримінологією, кримінальним процесом, криміналістикою. Визначальне значення серед цих наук має наука кримінального права. Вона є базовою, фундаментальною наукою щодо інших наук кримінального циклу, які в цьому випадку виступають як прикладні науки. Отже, науки кримінального циклу перебувають між собою у відношенні не тільки координації, але й у субординації, причому в цьому їх співвідношенні прикладні науки у значній мірі підлеглі науці кримінального права. Це, зокрема, означає, що поняття, які розробляються в кримінальному праві, акумулюються кримінологією, кримінальним процесом, криміналістикою, асимілюються ними. Поняття кримінального права виступають щодо понять інших суміжних наук як базисні, з яких і повинні виходити ці науки при розробці питань, що випливають із предмета їхнього дослідження. Тому всі науки, що вивчають спосіб вчинення злочину, повинні виходити з одного, загального для всіх них поняття способу, яке розробляється наукою кримінального права¹. Отже, орієнтуючись на систему співвідношення наук кримінально-правового циклу, можна зробити висновок, що визначення загального поняття потерпілого від злочину є питанням, вирішення якого охоплюється, передусім, сферою науки кримінального права.

Крім того, кримінально-правовий напрямок вчення про потерпілого має й низку спеціальних завдань. Так, у КК неодноразово вказується на потерпілого. Термін «потерпілий» вжито у 51 статті, у 147 статтях вказано на види потерпілих: громадянин України (ст. 8 КК), малолітній (ст. 67 КК), професійна спілка, політична партія, громадська організація (ст. 170 КК) та ін. У кримінальному законі також йдеться про обставини, пов'язані з потерпілими, зокрема, про такі види поведінки потерпілого, як неправомірні чи аморальні дії (ст. 66 КК), або про такі його стани, як безпорадність (ст. 152 КК), матеріальна або службова залежність від винуватого (ч. 2 ст. 120 КК) тощо. Таким чином виникає необхідність встановити значення потерпілого для встановлення соціальної сутності злочину, з'ясування характеру та ступеня його суспільної небезпечності, криміналізації та декриміналізації діянь, диференціації кримінальної відповідальності, відмежування злочинів, побудови загального вчення про склад злочину, кваліфікації злочинів, призначення покарання, звільнення від кримінальної відповідальності та відбування покарання.

В Україні на кримінально-правових питаннях потерпілого акцентував увагу в докторській дисертації «Учение о жертве преступления: социальные и правовые основы» В. О. Туляков². Поруч із вирішенням питань, присвячених основам віктимологічної теорії в Україні, автором вперше у вітчизняній науковій літературі досліджені умови організації справедливого поводження із жертвами злочинів (потерпілими) та здійснена компоративістська оцінка результатів поводження з жертвами в світі. Дослідником також визначені перспективи кримінальної і профілактичної політики у сфері обмеження віктимізації в Україні.

В 2005 році в Харкові М. В. Сенаторовим³ захищена кандидатська дисертація «Потерпілий від злочину в кримінальному праві», в якій визначено кримінально-правове

¹ Див.: Панов Н. И. Способ совершения преступления и уголовная ответственность. – Х., 1982. – С. 5-6.

² Див.: Туляков В. А. Учение о жертве преступления : социальные и правовые основы: Дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08. – Одеса, 2001. – 484 с.

³ Див.: Сенаторов М. В. Потерпілий від злочину в кримінальному праві: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Х., 2005. – 215 с.

значення потерпілого від злочину та досліджені обставини, що з ним пов'язані, надано поняття потерпілого від злочину та проведено його відмежування від суміжних понять, а також виділені види потерпілих. В системі ознак складу злочину дослідник відніс потерпілого до об'єкту злочину.

У 2006 році була захищена кандидатська дисертація Т. І. Присяжнюк «Інститут потерпілого у кримінальному праві України»¹, в якій розглянуті питання формування у кримінальному праві України інституту потерпілого. Автором досліджені передумови введення та розвитку вказаного інституту у вітчизняному кримінальному праві, визначено кримінально-правовий зміст поняття «потерпілий», яке співвіднесене із відповідними поняттями кримінально-процесуального права та кримінології, надані ознаки потерпілого як основного структурного елемента об'єкту злочину. Також піддані аналізу суть інституту потерпілого та основні його елементи, здійснена характеристика особливостей правового статусу потерпілого, сформульовані пропозиції щодо усунення розбіжностей та прогалин у вітчизняному кримінальному та кримінально-процесуальному законодавстві.

Для сучасної кримінально-процесуальної науки проблема правового статусу учасників кримінального процесу, забезпечення захисту їх прав та законних інтересів є однією з найбільш актуальних. Її наукова розробка отримала новий повштовх у зв'язку з прийняттям Конституції України, визнанням міжнародних стандартів у галузі прав людини, проголошенням людини, її життя і здоров'я, честі і гідності, недоторканності і безпеки найвищою соціальною цінністю (ст. 3 Конституції України).

Особливо це стосується захисту прав та законних інтересів потерпілих від злочинів, оскільки досить тривалий час увага законодавця та науковців все більше приділялася проблемі захисту прав обвинуваченого (підозрюваного). В результаті процесуальний статус потерпілого не змінювався багато років. Це призвело до того, що він став одним з найменш захищених учасників кримінального процесу, який, приймаючи участь у провадженні по кримінальній справі, вимушений був зазнавати «повторної віктимізації» в силу відсутності ефективного правового механізму поновлення його прав, необхідності долати процесуальні складнощі, які спричиняють моральну та матеріальну шкоду.

Кримінально-процесуальна наука радянського періоду досліджувала проблему захисту прав потерпілого здебільшого у контексті забезпечення прав усіх учасників кримінального судочинства, лише декілька наукових праць були присвячені виключно процесуальному становищу потерпілого. Проте на той час ці роботи внесли значний вклад у вітчизняну кримінально-процесуальну доктрину та мали суттєве практичне значення. До них слід віднести наукові дослідження С. А. Альперта, В. П. Божьєва, І. М. Гальперіна, Ю. М. Грошевого, К. Ф. Гуценка, Б. А. Вашука, М. М. Видрі, В. Г. Даєва, В. Я. Дорохова, М. С. Дьяченка, В. А. Дубрівного, З. З. Зінатуліна, С. І. Катькало, Л. Д. Кокорева, В. З. Лукашевича, А. Г. Мазалова, Є. Г. Мартинчика, М. М. Михеєнка, О. Р. Михайленка, В. Т. Нора, І. А. Петрухіна, І. І. Потєружі, О. Р. Ратінова, Р. Д. Рахунова, В. М. Савицького, М. С. Строговича, В. Є. Юрченко, М. А. Чельцова, В. М. Шпільова та інших науковців.

В останні роки до Кримінально-процесуального кодексу України, як зазначено вище, внесені суттєві зміни та доповнення, які корелюють з відповідними інститутами цивільного та кримінального права; розширені процесуальні права потерпілого, посилені диспозитивні засади кримінального процесу, запроваджено інститут примирення обвинуваченого з потерпілим у справах публічного обвинувачення.

Такі законодавчі зміни є результатом процесу гармонізації чинного законодавства України з відповідними міжнародними стандартами захисту прав потерпілих від злочинів, закріплених вищезазначеними міжнародно-правовими актами.

¹ Див.: Присяжнюк Т. І. Інститут потерпілого у кримінальному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – К.: 2006. – 18 с.

Проте зміни національного законодавства є лише першим кроком на шляху створення ефективного механізму захисту прав потерпілого і відшкодування шкоди, заподіяної злочиним. Сьогодні велими актуальними є проблеми запровадження в Україні респитуційного правосуддя, посилення ролі потерпілого в кримінальному судочинстві, забезпечення відшкодування шкоди, в тому числі й за рахунок держави.

В останні роки ці проблеми привертають все більшу увагу дослідників. Їх аналізу присвячені роботи Ю. О. Гурджі, М. І. Гошовського, А. В. Головка, С. В. Давиденко, О. П. Кучинської, В. Т. Малярєнка, А. М. Лобойка, М. І. Сірого, В. М. Юрчишина та інших науковців.

Напередодні прийняття нового Кримінально-процесуального кодексу України проблема процесуального статусу потерпілого від злочину залишається однією з найбільш актуальних і потребує комплексного дослідження з метою виявлення недоліків та прогалин чинного процесуального законодавства, формулювання на цій підставі науково обґрунтованих пропозицій щодо його подальшого удосконалення, розробки нових технологій провадження по кримінальній справі, в тому числі із більш широким застосуванням примирення та посередництва.

Сутність криміналістичного аспекту вивчення жертви злочину полягає у розробці рекомендацій та отриманні даних, які б сприяли процесу розкриття та розслідування злочинів. В. І. Шиканов справедливо зазначає, що практична значущість глибокої розробки цієї проблеми цілком очевидна, так як отримані результати будуть слугувати належній організації розслідування певних категорій злочинів, які можуть бути подані у вигляді системи: «злочинець-жертва-середовище», перш за все, тяжких злочинів проти особи громадян¹.

Тенденції використання даних про потерпілого відображаються у тім, що в деяких підручниках з криміналістики з'явилися відповідні розділи «криміналістична віктимологія»². В цих розділах приділяється увага віктимологічному аналізу, криміналістичній класифікації потерпілих та криміналістичному вивченню особи потерпілого. При цьому під віктимологічним аналізом розуміється планомірна і цілепрямована діяльність слідчого, прокурора, суду щодо збирання, дослідження та оцінки даних про особу потерпілого, його поведінку до, в момент і після злочинного посягання, коло його спілкування, стосунки зі злочинцем, яка проводиться з метою використання отриманих результатів для визначення найбільш ефективних тактичних прийомів проведення слідчих і судових дій, виконання завдань розслідування злочину³. На думку Є. О. Центрора, фігура постраждалого від злочину здавна привертала до себе увагу криміналістів, оскільки достатньо часто, особливо на початковому етапі розслідування, жертва виступає як один із основних джерел отримання суттєвої для встановлення істини інформації⁴.

Суттєвим напрямком вивчення даних про особу потерпілого є її розгляд в системі криміналістичної характеристики злочинів як самостійного (окремого) елемента. «Особа потерпілого» охоплює відомості про криміналістично значущі ознаки щодо жертви злочину, її зв'язків та стосунків. Даний елемент криміналістичної характеристики віднесено до основних⁵. У криміналістичній літературі зазначається, що наявність і характер зв'язків і стосунків між потерпілим та злочинцем впливають на мету, мотив, місце, час, способи вчинення і приховування злочину⁶.

¹ Див.: Шиканов В. И. Криминалистическая виктимология : анализ сущности и функций // Криминалистическая виктимология. – Иркутск, 1980. – С. 3.

² Див.: Бурданова В. С., Серова Е. Б. Криминалистическая виктимология // Курс криминалистики: В 3 т. Т. 1.Общетеоретические вопросы. Криминалистическая техника. Криминалистическая тактика / Под. ред. О.Н. Коршуновой, А.А. Степанова. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – С. 99-111.

³ Див.: Бурданова В. С., Серова Е. Б. Значач. праця. – С. 99.

⁴ Див.: Центров Е. Е. Криминалистическое учение о потерпевшем. – М.: МГУ, 1998. – С. 8.

⁵ Див.: Колесниченко А. Н., Коновалова В. Е. Криминалистическая характеристика преступлений: Учеб. пособие. – Х.: Юрид. ин-т, 1985. – С. 22.

⁶ Див.: Настільна книга слідчого: [Наук.-практ. видання для слідчих і дізнавачів] / М. І. Панов, В. Ю. Шепітько, В. О. Коновалова та ін. – 2-ге вид., переробл. і доп. – К.: Вид. Дім «Ін Юре», 2007. – С. 185.

У криміналістиці важливе значення приділялося розробці наукових рекомендацій і тактичних прийомів проведення окремих слідчих дій за участю потерпілих (огляду місця події, допиту, обшуку, пред'явлення для впізнання тощо). Досить ретельно піддавались дослідженню особливості проведення допиту потерпілих¹, у тому числі й на дисертаційному рівні². Особливості провадження інших слідчих дій залишаються недостатньо висвітленими.

Розробка тактики слідчої дії, визначення можливостей оперування тактичними прийомами передбачає врахування процесуального становища учасника процесу. У літературних джерелах зазначається, що отримання інформації під час допиту має свої особливості, що визначаються процесуальним становищем допитуваного, зайнятою ним позицією, зацікавленістю у результатах справи, індивідуальними особливостями особи та деякими іншими обставинами³. Слід мати на увазі, що постраждали від злочину у більшості випадків є позитивними, правослухняними громадянами⁴, хоча й не виключаються можливості зайняття потерпілими інших позицій (у тому числі й протидії розслідуванню з їх боку).

Одним із перспективних напрямків криміналістичного дослідження даних про потерпілого є використання його показань для побудови методики розслідування окремих видів злочинів. В. А. Журавель пише, що показання потерпілого є вихідним матеріалом, який формує першочерговий етап розслідування, його спрямованість та організацію. Значення показань потерпілого для формування методик розслідування обумовило необхідність включення відомостей про його особу в криміналістичні характеристики окремих видів або групи злочинів⁵.

Заслуговує на увагу підхід деяких вчених-криміналістів щодо полісистемного дослідження особи в кримінальному судочинстві. Так, А. М. Іванов вважає за необхідне провести полісистемні дослідження особи. На його думку, в криміналістиці аналіз особи в структурі елементів криміналістичної характеристики злочинів вибудовується на підставі статусного аналізу, який традиційно здійснюється на основі показників, що спрямовані за статтю, віком, родом діяльності (фінансово-економічної ефективності й правовій відповідальності), національно-релігійним критерієм, інтелектуально-освітньому цензу, функціонально-рольовому пониженню тощо. Однак, не заперечуючи важливості статусного аналізу, слід зазначити, що цього недостатньо для повноцінної характеристики особи, яку доцільно доповнювати ознаками відповідності об'єктивних та суб'єктивних особистісно-статусних показників, що базуються на психометрії та соціометрії⁶. Тому, полісистемний підхід у криміналістичному судочинстві має конкретно цільове призначення, що передбачає визначення особи у вигляді системи з поступовим її розглядом як об'єкта різнопланових досліджень, орієнтованих на вирішення конкретних кримінально-процесуальних ситуацій, з урахуванням процесуального статусу особи⁷.

¹ Див.: Васильєв А. Н., Карнеева А. М. Тактика допроса при расследовании преступлений. – М.: Юрид. лит., 1970. – С. 75-108; Порубов Н. И. Допрос в советском уголовном процессе и криминалистике / Под ред. А.Р. Ратинова. – Минск: Вышэйшая школа, 1968. – С. 117 – 127. Следственные действия (процессуальная характеристика, тактические и психологические особенности): Учеб. пособие. – Волгоград: ВСШ МВД СССР, 1984. – С. 108 – 113 та ін.

² Див.: Журавель В. А. Допрос потерпевшего и использование его показаний для построения методики расследования определённых видов преступлений : Автореф. дис. ... канд. юр. наук: 12.00.09 / ХЮрИ. – Х., 1983. – 17 с.

³ Див.: Криміналістика: Підручник / За ред. В. Ю. Шепітько. – 3-тє вид. перероб. і допов. – К.: Концерн Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. – С. 258.

⁴ Див.: Синенко С. А. О виктимности потерпевших // Уголовно-процессуальные и криминалистические чтения на Алтае: Матер. рег. науч.-практ. конф./ Под ред. В. К. Гавло. – Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2001. – Вып. 1. – С. 152.

⁵ Див.: Журавель В. А. Зазнач. праця. – С. 15.

⁶ Див.: Іванов А. Н. Полісистемные исследования личности в уголовном судопроизводстве: Монография. – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 2006. – С. 87.

⁷ Див.: Іванов А. Н. Зазнач. праця. – С. 87.

РОЗДІЛ II ПОТЕРПІЛИЙ ВІД ЗЛОЧИНУ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ

2.1. Поняття та види потерпілого від злочину в кримінальному праві

Загальна та Особлива частини КК містять значну кількість статей, в яких зазначено щодо потерпілого від злочину або вказані певні його види (наприклад, у статтях 37 «Уявна оборона», 38 «Затримання особи, що вчинила злочин», 43 «Виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації», 46 «Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим», 66 «Обставини, які пом'якшують покарання», 67 «Обставини, які обтяжують покарання», 76 «Обов'язки, які покладає суд на особу, звільнену від відбування покарання з випробуванням», 112 «Посягання на життя державного чи громадського діяча», 115 «Умисне убивство», 121 «Умисне тяжке тілесне ушкодження», 206 «Протидія законній господарській діяльності» тощо). Незважаючи на широке використання в КК поняття «потерпілий», законодавче визначення цього поняття в ньому відсутнє. Із ситуації, що склалася, гіпотетично є два виходи – або рецепіювати визначення потерпілого, що надано у КПК України, або сформулювати визначення, яке б відображало саме кримінально-правову природу потерпілого. Перший із можливих шляхів (принаймні, доки не прийнятий новий КПК), на наш погляд, не є правильним ані з позиції часу «входження» фігури потерпілого від злочину до сфери дії нормативних приписів зазначених галузей права, ані з точки зору завдань, що постають перед галузями кримінального і кримінально-процесуального права. У спеціальній літературі також наводиться переконлива аргументація щодо неприпустимості отождолення потерпілого від злочину у кримінально-правовому і процесуальному аспектах. Так, цілком справедливо відмічається, що надана у кримінально-процесуальному законі дефініція потерпілого, можливо, досить повно і чітко характеризує його як суб'єкта кримінального процесу, але вона далека від потреб кримінального права і не підходить для визначення потерпілого від злочину, для якого, по-перше, є байдужим факт його визнання в якості такої процесуальної фігури органом дізнання, слідчим, суддею або судом; по-друге, занадто обмеженим виявляється коло соціальних суб'єктів, окреслених процесуальним законом, і перелік різних видів шкоди, заподіяння якої надає право визнавати суб'єкта в якості потерпілого¹. Отже, наведене дозволяє стверджувати не лише про можливість, але й про необхідність виділення потерпілого як самостійної кримінально-правової категорії у ракурсі трьох відомих вимірів – аксіологічного, гносеологічного та праксеологічного.

Аксіологічний ракурс категорії «потерпілий від злочину» дозволяє побачити, що проблеми, пов'язані з цією категорією, мають загальнотеоретичне значення, оскільки потерпілий виступає суб'єктом охоронюваних кримінальним законом суспільних відносин, які у складі злочину є об'єктом злочинного посягання. До того ж у світлі основної тенденції сучасної правової науки – її гуманістичної спрямованості, звернення до людини не лише як до соціального елемента, але й як до носія індивідуальних цінностей², набуває особливого резонансу.

У свою чергу, праксеологізм кримінально-правового визначення потерпілого від злочину бачиться у теоретичному обґрунтуванні пропозицій щодо вдосконалення окремих норм кримінального законодавства та підвищення якості захисту прав й законних інтересів потерпілих, а також у вдосконаленні роботи правозастосувача по залученню до

¹ Більш докладно див.: Курс уголовного права: Общая часть: Учебник. Т. 1 Учение о преступлении / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. – М.: Зерцало, 1999. – С. 320; Уголовное право: Общ. ч. / Отв. ред. И. Я. Козаченко, З. А. Незнамова. – М.: НОРМА-ИНФРА-М, 1999. – С. 154–156; Сенаторов М. В. Потерпілий від злочину в кримінальному праві / За наук. ред. В. І. Борисова. – Х.: Право, 2006. – С. 37 та ін.

² Див.: Анощенко С. В. Уголовно-правовое учение о потерпевшем. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – С. 1.

кримінального процесу осіб, яким злочинними діяннями заподіяна шкода. Без визначення кримінально-правової природи потерпілого від злочину практично є неможливим розв'язання багатьох прикладних проблем, наприклад, з'ясування характеру й ступеня суспільної небезпеки відповідного злочину, вирішення питань про криміналізацію чи декриміналізацію діяння, диференціацію кримінальної відповідальності, розмежування злочинів, їх кваліфікацію, призначення покарання, чинність закону про кримінальну відповідальність у просторі, звільнення від кримінальної відповідальності тощо.

Нарешті, недостатність розробки в цілому вчення потерпілого у кримінальному праві і недосконалість законодавчого регулювання кримінально-правових проблем, пов'язаних з потерпілим від злочину, зумовлює постійний розвиток наукової думки, поглиблення та прирощення нового знання у цьому напрямку, що свідчить про безперервний гносеологічний процес стосовно цього феномену.

Історія становлення поняття потерпілого від злочину, як вже зазначалося в розділі І цієї роботи, нараховує багато часу. Її торкалися при вивченні питань об'єкта злочину¹, впливу особи і поведінки потерпілого на кримінальну відповідальність², порушення кримінальної справи³, згоди потерпілого⁴ тощо. З приводу незадовільного стану розробки проблеми визначення потерпілого від злочину у наукових колах висловлювалися ще у 70-ті роки ХІХ ст., зокрема, при підготовці в Німеччині проєктів Загального кримінального уложення та Загального статусу кримінального судочинства. Критичне ставлення до невизначеності кримінально-правової сутності цього поняття чітко вбачається у висновку, якого дійшли автори зазначених проєктів. Так, Р. Гнейст писав: «...навіть при ретельнішій перевірці поняття «потерпілий» суперечить природі кримінального права і є юридично обмеженим»⁵. У свою чергу на неможливості розроблення будь-якого уніфікованого поняття наполягав відомий німецький теоретик кримінального права Ф. Ліст: «Поняття потерпілого – неясне поняття, яке веде до половинчатості та непослідовності. Питання про потерпілого можна ставити тільки щодо певних деліктів, які безпосередньо спрямовані проти правових благ окремих осіб, як-то: проти честі, гідності, волі, здоров'я, життя і майна, однак, вже при вбивстві питання про потерпілого стає сумнівним. Ще більш спірним воно є при розгляді державних злочинів, а також злочинних діянь, спрямованих проти суспільства»⁶.

Діаметрально протилежну позицію щодо можливості розроблення самостійного кримінально-правового поняття потерпілого займав Л. Я. Таубер. Він зазначав: «... вважати, що це поняття не піддається визначенню, – все одно, що заперечувати його логічне існування. Поняття потерпілого, – продовжував учений, – слід визнати не не-

¹ Див.: *Никифоров Б. С.* Объект преступления по советскому уголовному праву. – М.: Юрид.лит., 1960. – С. 30-33, 48-50; *Фролов Е. А.* Объект уголовно-правовой охраны и его роль в организации борьбы с посягательствами на социалистическую собственность : Автореф. ... дис. д-ра юрид. наук. – Свердловск, 1971. – С. 30-31; *Новоселов Г. П.* Учение об объекте преступления. Методологические аспекты. – М.: НОРМА, 2001. – С. 65-66.

² Див.: *Дагель П. С.* Потерпевший в советском уголовном процессе // Потерпевший от преступления: Темат сб. – Владивосток, 1974. – С. 16-37; *Батюкова В. Е.* Потерпевший в уголовном праве: дис. канд. юрид. наук: 12.00.08. – М., 1995. – С. 13-41; *Фаргиев И. А.* Уголовно-правовое значение личности и поведения потерпевшего: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – М., 1997. – С. 27-42; *Сидоров Б. В.* Поведение потерпевших от преступления и уголовная ответственность : Дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. – Казань, 1998. С. 61-75; *Сидоренко Э. А.* Отрицательное поведение и уголовный закон. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. – С. 12-34.

³ Див.: *Таубер Л. Я.* Жалоба потерпевшего при преступлениях неофициальных. – Х.: Типография и литография М. Зильбергер и С-вья, 1909. – С. 75.

⁴ Див.: *Дагель П. С.* Имеет ли «согласие потерпевшего» уголовно-правовое значение? // Сов. юстиция. – 1972. – № 3. – С. 25-27; *Красиков А. Н.* Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве. – Саратов: Изд-во Саратов. Ун-та. 1976. – С. 36-68; *Михайлов В. И.* Согласие лица как обстоятельство, исключающее преступность деяния // Законодательство. – 2002. – № 2. – С. 72.

⁵ *Gneist R.* Vier Fragen zur deutschen Strafprozessordnung, mit eminentem Schlusswort ber die Scheffengerichte. – Berlin: J. Springer, 1874. – S. 47.

⁶ *Listz F.* Die Privatklage in Oesterreich // Gerichtssaal. B. 29 – S. 189-192.

ясним, а лише нез'ясованим; таким, що не суперечить природі кримінального права, а навпаки, – з необхідністю з неї випливає»¹.

Справедливість останнього судження підтверджується безперервністю наукових досліджень з цієї проблематики. І хоча у кримінально-правовій науці й дотепер все ще немає єдиної загально визнаної дефініції потерпілого від злочину, але не можна не визнавати й самостійності цієї категорії та її значення для інших інститутів кримінального права.

За радянських часів і навіть у теперішні дні кількість точок зору стосовно проблеми поняття потерпілого від злочину, зокрема його визначення у кримінальному праві, не стала меншою. Існуючі позиції (у залежності від широти кола суб'єктів, які розцінюються тими чи іншими фахівцями її галузі кримінального права в якості потерпілих), умовно можна поділити на дві групи. Перша з них представлена вузьким розумінням поняття потерпілого від злочину, яким охоплюється лише окремий вид суб'єкта соціуму. Так, на думку О. М. Красикова, потерпілим є фізична особа, чиї охоронювані кримінальним законом блага (права, інтереси) були порушені або поставлені під загрозу порушення². З точки зору В. Є. Квашиса, постраждалим у кримінальному праві є фізична особа, якій заподіяна моральна, фізична, майнова шкода, емоційні страждання або мало місце істотне ураження її основних прав і свобод³. Аналогічну по суті позицію займає також Б. В. Сидоров, який пише, що потерпілим у кримінально-правовому смислі може вважатися тільки фізична особа, яка є безпосередньою жертвою злочину, чиї права і охоронювані законом інтереси були і порушені або поставлені під загрозу вчинюваним стосовно неї злочинним посяганням⁴. Однозначний висновок про визнання в якості потерпілого від злочину тільки фізичної особи можна зробити з формулювання, наданого Б. А. Протченком: «Потерпілим від злочину являється громадянин, якому завдана моральна, фізична або матеріальна шкода»⁵. Свої судження зазначені фахівці обґрунтовують посиланнями на кримінально-процесуальне законодавство: «У кримінальному законодавстві термін «потерпілий» вживається тільки щодо фізичних осіб. У кримінально-процесуальному законодавстві це питання вирішується аналогічно. Якщо юридична особа зазнала збитку від злочину, то вона не є потерпілим, а визнається нормою кримінального судочинства цивільним позивачем і користується правами позивача»⁶.

Однак з позиції норм кримінального процесу законодавець намагається описати не потерпілого від злочину в його кримінально-правовому вимірі, а суб'єкта кримінального процесу, який наділений комплексом процесуальних прав й обов'язків, що належать йому. Тому на протигагу вузькому розумінню потерпілого від злочину в юридичній літературі висловлюється позиція, представники якої пропонують розширити вказане поняття за рахунок юридичних осіб. Наприклад, В. С. Мінська та Г. І. Чечель свого часу визначили, що потерпілий – це фізична або юридична особа, якій злочинним безпосередньо заподіяна моральна, фізична чи майнова шкода або створена реальна небезпека її заподіяння⁷. Таке розуміння потерпілого від злочину сьогодні відстоює А. А. Гаджієва, якою потерпілий розглядається як фізична або юридична

¹ Таубер А. Я. Жалоба потерпевшего при преступлениях неофициальных. – С. 74.

² Див.: Красиков А. Н. Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве. – С. 51, 66.

³ Див.: Квашис В. Е. Основы виктимологии. Проблемы защиты прав потерпевших от преступлений. – М.: Издат. Дом NOTA VENE, 1999. – С. 141, 142.

⁴ Див.: Сидоров Б. В. Поведение потерпевших от преступления и уголовная ответственность. – С. 16, 67.

⁵ Див.: Протченко Б. А. Потерпевший как субъект уголовных правоотношений // Сов. государство и право. – 1989. – № 11. – С. 82.

⁶ Красиков А. Н. Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве. – С. 40.

⁷ Див.: Минская В. С., Чечель Г. И. Виктимологические факторы и механизм преступного поведения. – Иркутск: Изд-во Иркутск. ун-та, 1998. – С. 10, 13-14.

особа, що виступає суб'єктом охоронюваних кримінальним законом відносин і якій заподіяна фізична, майнова, моральна, а так само передбачена кримінальним кодексом інша шкода, що входить до злочинних наслідків діяння, вчиненого винним¹.

Дещо відмінного, але ж так само широкого підходу дотримується І. А. Фаргієв. Він вважає, що розширення поняття потерпілий від злочину тільки лише за рахунок юридичних осіб не відповідає вимогам закону, оскільки терміном «юридична особа» не охоплюються всі суб'єкти кримінально-правової охорони, наприклад, держава, її суб'єкти, муніципальні утворення, організації, що виконують статутні завдання без створення юридичної особи. Тому краще, на його погляд, при виробленні поняття потерпілого у кримінальному праві використовувати термін «нефізична особа»². «Отже, потерпілим, – робить висновок вчений, – може бути як фізична, так і нефізична особа, яка є суб'єктом відносин, що охороняються кримінальним законом і якій заподіяна фізична, майнова, моральна, а також інша, передбачена кримінальним кодексом, шкода, яка складає злочинні наслідки діяння, вчиненого винним»³.

Така достатньо широка позиція у подальшому підкріплюватиметься законодавчим вирішенням проблеми потерпілого у кримінальному процесі. Так, у проєкті КПК України (ст. 56) визначено, що потерпілим є фізична особа, якій злочином чи іншим суспільно небезпечним діянням заподіяно моральну, фізичну або майнову шкоду; юридична особа, якій злочином чи іншим суспільно небезпечним діянням заподіяно майнову чи моральну шкоду. Дещо раніше подібний підхід був закріплений законодавцем Російської Федерації. У ч. 1 ст. 42 КПК РФ вказується, що потерпілим є фізична особа, якій злочином заподіяна фізична, майнова, моральна шкода, а також юридична особа у випадку заподіяння злочином шкоди її майну або діловій репутації.

Якщо бути логічно послідовними, то треба навести й позицію вчених, які дотримуються гранично широкого підходу у визначенні поняття потерпілого від злочину. Наприклад, М. В. Сенаторов вважає, що аналіз чинного кримінального законодавства дозволяє виділити в якості потерпілих від злочинів такі види соціальних суб'єктів: фізичні особи, юридичні особи, держава, інші соціальні утворення, суспільство в цілому⁴. С. В. Анощенкова, стверджуючи, що злочини завдають шкоду фізичним і юридичним особам, суспільству у цілому, державі, її суб'єктам, муніципальним утворенням, а також людству, так само є прибічницею широкого підходу до визначення потерпілого у кримінальному праві. Заради справедливості треба відмітити, що останній підхід не є принципово новим. Раніше подібну точку зору у радянській літературі висловлювали, зокрема, Б. С. Никифоров, М. П. Карпушин, В. І. Курляндський, Є. О. Фролов та ін. Так, Б. С. Никифоров наполягав, що потерпілий є власником відповідних інтересів, забезпечених заборонаю або велінням кримінального закону⁵. Цілковито підтримують думку Б. С. Никифорова М. П. Карпушин і В. І. Курляндський⁶. У загальних рисах співзвучною цій думці є позиція Є. О. Фролова, який висловився, що потерпілий – це конкретний учасник суспільних відносин, носій різних соціальних можливостей, одна або декілька з яких виявилися порушеними внаслідок вчинення злочину⁷. Отже, по-різному визначаючи потерпілого від злочину і не конкретизуючи, які саме соціальні суб'єкти можуть

¹ Див.: Гаджиева А. А. Понятие потерпевшего в уголовном праве: проблемы, дискуссии, обсуждения // Государство и право. – 2006. – № 4. – С. 106.

² Див.: Фаргиев И. А. Учение о потерпевшем в уголовном праве России: автореф. ... докт. юрид. наук Моск. гос. юрид. акад. – М., 2005. – С. 20. Також див.: Фаргиев И. А. Уголовно-правовое значение личности и поведения потерпевшего. – С. 35.

³ Фаргиев И. А. Уголовно-правовое значение личности и поведения потерпевшего. – С. 35.

⁴ Див.: Сенаторов М. В. Потерпелый від злочину в кримінальному праві. – С. 48.

⁵ Див.: Никифоров Б. С. Объект преступления по советскому уголовному праву. – С. 49.

⁶ Див.: Карпушин М. П., Курляндский В. И. Уголовная ответственность и состав преступления. – М.: Юрид. лит., 1974. – С. 74-76.

⁷ Див.: Фролов Е. А. Объект уголовно-правовой охраны и его роль в организации борьбы с посягательствами на социалистическую собственность. – С. 30.

набувати кримінально-правового статусу потерпілого, ці вчені тим не менш одноставно визнають, що ним може бути будь-який вид соціального суб'єкта (окремім індивід, об'єднання людей, держава тощо).

Аналіз наведених дефініцій дозволяє, по-перше, констатувати на сучасному етапі розвитку науки кримінального права відсутність одноставності у визначенні потерпілого від злочину; по-друге, простежити генезис вказаного поняття; по-третє, виділивши його основні ознаки та розкривши їх зміст, надати власне визначення потерпілого від злочину.

Неабияке значення для формулювання кримінально-правового поняття потерпілого від злочину мають його ознаки, сукупність яких надає можливість якомога точніше відобразити природу потерпілого. Як зауважується у цьому зв'язку в юридичній літературі, у межах вчення про потерпілого у кримінальному праві істотне значення має проблема розробки критеріїв відбору ознак, що характеризують потерпілого від злочину у нормах кримінального законодавства, оскільки від вирішення цієї проблеми багато в чому залежить удосконалення Кримінального кодексу¹. Уявляється, що до числа таких ознак слід віднести: а) соціальну ознаку; б) характер та вид шкоди, заподіяної потерпілому; в) факт вчинення щодо нього злочинного діяння.

Такий самий підхід – через встановлення основних ознак, що мають визначальне значення для формулювання кримінально-правового поняття потерпілого від злочину, запропонувала С. В. Анощенкова. На її думку, до переліку ознак поняття потерпілого входять: 1) фізична природа потерпілого; 2) сутнісна (соціально-правова) ознака потерпілого; 3) характер шкоди, що заподіюється потерпілому, її реальність або потенційність; 4) юридичний факт, з яким пов'язана поява потерпілого; 5) ставлення потерпілого до заподіяної йому шкоди². Не вдаючись до критичного розбору позицій, виділених нею в якості основних ознак потерпілого від злочину, лише зазначимо, що перші дві з них фактично дублюють одна одну, виявляючись множинами, що перетинаються, а остання, як потім зауважує автор, не має безпосереднього значення для фігури потерпілого від злочину³. Таким чином, не всі наведені у переліку автором ознаки знайшли відображення у кінцевому визначенні потерпілого від злочину.

Перейдемо до *соціальної ознаки* потерпілого від злочину. За своєю сутністю потерпілий від злочину – це завжди соціальний суб'єкт, оскільки є суб'єктом суспільних відносин, учасником певної соціальної дії, у решті-решт, елементом соціуму. Сучасна наука кримінально права і чинне законодавство про кримінальну відповідальність не розглядають в якості потерпілих тварин, речі або явища. Не викликає заперечень той факт, що деякі злочини вчиняються шляхом впливу на вказані елементи дійсності (наприклад, злочини, передбачені статтями 194 «Умисне знищення або пошкодження майна», 241 «Забруднення атмосферного повітря», 299 «Жорстоке поводження з тваринами»), однак потерпілими від вказаних злочинів завжди стають певні соціальні суб'єкти, адже той вплив, що здійснюється на тварин, речі або явища, має кримінально-правове значення лише остільки, оскільки ним заподіюється шкода учасникам суспільних відносин⁴. Так само не може бути потерпілим від злочину божество або релігія.

Види соціальних суб'єктів, які можуть ставати потерпілими від злочину, необхідно встановлювати не лише на підставі аналізу статей кримінального закону, в яких безпосередньо вживається термін «потерпілий», а й шляхом системного дослідження інших його положень. Наприклад, аналіз злочинів, описаних у ст. 112 (Посягання на життя державного чи громадського діяча), ч. 2 ст. 115 (Умисне вбивство), ст. 206 (Протидія законній господарській діяльності), дозволяє побачити, що в них йдеться саме про потерпілих – державного чи громадського діяча, малолітню дитину, жінку, яка перебуває

¹ Див.: Фаргиев И. А. Учение о потерпевшем в уголовном правн России. – С. 4.

² Див.: Анощенкова С. В. Уголовно-правовое учение о потерпевшем. – С. 100.

³ Див.: Анощенкова С. В. Уголовно-правовое учение о потерпевшем. – С. 122.

⁴ Див.: Сенаторов М. В. Потерпілий від злочину в кримінальному праві. – С. 43.

у стані вагітності, суб'єкта господарської діяльності та ін., хоча цей термін безпосередньо у тексті закону не вживається. Це дозволяє зробити висновок, що суб'єктний склад потерпілих від злочину набагато ширший, ніж його визначають прихильники вузького підходу. До речі, виділення різних видів потерпілих за соціальною ознакою є не лише принциповим питанням теоретико-прикладного характеру для визначення загальної дефініції потерпілого у кримінальному праві, але й для здійснення первинної класифікації потерпілих.

У визначенні суб'єктного складу потерпілих учені одностайні з приводу того, що потерпілим від злочину може бути будь-яка *фізична особа* незалежно від її віку, осудності, стану здоров'я тощо. У ролі потерпілого від злочину в науці кримінального права традиційно розуміється людина, якій злочином заподіяна та чи інша шкода; при цьому адресат заподіяння конкретної шкоди, як правило, визначений у нормі Особливої частини КК¹.

На наш погляд, слушну думку висловила С. В. Анощенкова, яка пише: «Потерпілі – фізичні особи можуть існувати як індивідуально визначені, так і у вигляді певних спільностей фізичних осіб, прикладом яких є релігійні групи, раси, нації, народності, сім'ї»². Дійсно, при вчиненні таких дій, як геноцид, тобто діянь, що умисно вчиняються з метою повного або часткового знищення будь-якої національної, етнічної, расової чи релігійної групи шляхом позбавлення життя членів такої групи чи заподіяння їм тяжких тілесних ушкоджень тощо, у випадках заподіяння шкоди членам перелічених спільностей потерпілими слід визнати фізичних осіб, які належать до цих спільностей.

Уявляється, що з погляду кримінального права цілком при помірному в якості потерпілих у певних випадках визнавати також юридичних осіб, оскільки «насправді деякі види шкоди можуть заподіюватися злочином не тільки фізичним, але і юридичним особам – організаціям, установам, підприємствам»³. Поняття юридичних осіб закріплено у ст. 80 Цивільного кодексу України. В ній зазначено, що під юридичними особами слід розуміти організацію, створену і їм реєстровану у встановленому законом порядку, наділену цивільною правоздатністю і дієздатністю, можливістю бути позивачем та відповідачем у суді.

Якщо виходити з дихотомії «потерпілий-шкода», то, звичайно ж, про заподіяння фізичної шкоди юридичній особі не йдеться, однак випадки заподіяння шкоди майнового характеру або шкоди діловій репутації цілком вірогідні.

Іноді трапляється так, що шкода у результаті злочинних діянь спричиняється відокремленому структурному підрозділу юридичної особи – філіалу або представництву, правовий режим яких спеціально оговорюється у законі. Вказані підрозділи, будучи розташованими поза місцезнаходженням юридичної особи, здійснюють її представництво і захист інтересів. При цьому філіали або представництва не є юридичними особами. Але у випадках заподіяння їм злочинним діянням шкоди, на наш погляд, доцільно визнати, що названі структурні підрозділи так само набувають статусу потерпілого від злочину.

Окремо декілька слів треба сказати про організації, що виконують статутні завдання без створення юридичної особи. Діяльність подібних організацій звичайно має неприбутковий характер. Йдеться про такі види організацій, як об'єднання юридичних осіб, що уклали у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України, угоду про сумісну діяльність без створення юридичної особи, товариство власників житла у багатоквартирному будинку без створення юридичної особи, громадські об'єднання – неюридичні особи, створені на підставі Закону України «Про об'єднання громадян»

¹ Див.: Булгаков Д. Б. Потерпевший в уголовном праве и его криминологическая характеристика: Автореф. ... дис. канд. юрид. наук. – Ставропольск. гос ун-т. Ставрополь, 2000. – С. 11.

² Анощенкова С. В. Уголовно-правовое учение о потерпевшем. – С. 101.

³ Минская В. С., Чечель Г. И. Виктимологические факторы и механизм преступного поведения. – С. 9-10.

шляхом повідомлення місцевих органів державної виконавчої влади про їх заснування, тощо. Перелічені організації так само можуть ставати потерпілими від злочинів у випадках заподіяння їм злочином будь-якої шкоди.

Для визначення потерпілих, які не можуть бути віднесені до фізичних осіб, І. А. Фаргієв, як зазначалося вище, вважає можливим використовувати термін «нефізична особа», у тому числі й для такого суб'єкта кримінально-правової охорони, як організації, що виконують статутні завдання без створення юридичної особи¹. Вбачається, що вживання запропонованого вченим зазначеного терміну не вносить чіткості у визначення тих суб'єктів, які можуть входити до кола потерпілих у кримінально-правовому значенні цього слова. На наш погляд, взагалі логічна операція зі створення нової категорії за допомогою префіксу заперечення до вже відомого визначення – це найпростіший шлях у позначанні будь-чого відмінного. Але ж і при такому підході все одно вживання нової категорії потребує конкретизації об'єктів, що охоплюються нею. Саме за таким принципом йде І. А. Фаргієв, пояснюючи, що під нефізичною особою маються на увазі, і держава, і її суб'єкти, і муніципальні утворення, і організації, що виконують статутні завдання без створення юридичної особи. Видається, що у визначенні тих чи інших суб'єктів, які можуть ставати потерпілими від злочинів, доцільно дотримуватися термінології законодавця, що дозволить уникати необхідності введення нових термінів і відповідних їм понять та конкретизації кожного разу суб'єктів, які можуть ставати потерпілими від злочину.

Уявляється, що найбільші дискусії серед науковців виникають з приводу розв'язання питання щодо можливості піднесення держави й суспільства до кола потерпілих від злочинів. Визнання доктриною кримінального права в якості потерпілих зазначених суб'єктів принципово не виключається, хоча іноді й зустрічаються активні заперечення цього. Наприклад, С. В. Анощенкова раніше писала: «Не можна визнавати потерпілим суб'єкта, що, здійснюючи публічно владу, здатний самостійно поновити порушені права, притягнути винного до кримінальної відповідальності, призначити йому покарання, забезпечити його відбування, або звільнити від кримінальної відповідальності або покарання»². Однак традиція віднесення до числа останніх державу, як організацію за допомогою політичної влади, що спрямовує і організує за допомогою норм права спільну діяльність людей і соціальних груп, а також захищає права та інтереси громадян³, має давні корені. Свого часу на віднесенні держави до потерпілих від злочину наполягав М. С. Таганцев⁴. У теперішній час, як справедливо зауважується фахівцями, у Кримінальному кодексі України приділено багато уваги кримінально-правовій охороні благ та інтересів держави Україна, зокрема, її конституційному ладу, суверенітету, територіальній цілісності та недоторканості, обороноздатності, власності, державної таємниці, авторитету та нормальному функціонуванню органів державної влади⁵. Дійсно, при державній зраді складно підрахувати ті збитки, від яких потерпає держава внаслідок вчинення злочинних дій. Як правило, велика шкода завдається авторитету та престижу держави в очах світового співтовариства, її позиціям на міжнародній арені, можливо, обороноздатності, не враховуючи вже економічних збитків, які виникають у зв'язку із втратою державою стабільності у певних сферах. Колишній Голова КДБ СРСР В. О. Крючков так оцінює наслідки одної зради, вчиненої радянським резидентом у Великій Британії: «У 1971 році зрадив Батьківщину співробітник розвідки Лялин, який

¹ Див.: Фаргієв І. А. Учение о потерпевшем в уголовном праве России. – С. 20.

² Анощенкова С. В. Учение о потерпевшем в российском уголовном праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Саратов, 2004. – С. 18.

³ Див.: Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол. Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Т. 2: Д-Й. – К.: Укр. енцикл., 1999. – С. 80.

⁴ Див.: Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Лекции. Часть Общ.: В 2-х т. Т. 1. – М.: Наука, 1994. – С. 13.

⁵ Див.: Сенаторов М. В. Потерпілий від злочину в кримінальному праві. – С. 82-83.

працював в Англії під прикриттям торгівельного представництва. Особливо важливих секретів він не знав, оскільки був на рядовій роботі, але, тим не менш, навіть побічні відомості, передані ворогу, заподіяли нам істотну оперативну і політичну шкоду. Скориставшись цією зрадою, уряд Великої Британії оголосив персоною нон-грата 105 співробітників радянських закордонних установ у цій країні. За своєю масштабністю здійснена Лондоном акція не знала аналогів¹.

Отже, іноді важко виділити окрему ланку державного управління, сегмент економіки, яким заподіюється шкода, а також визначити прямі витрати, які потрібно передбачити у державному бюджеті для усунення негативних наслідків розголошення державної таємниці. У таких випадках логічним уявляється вважати потерпілим від злочину державу, ані, прикладом, окреме підприємство військової промисловості як юридичну особу.

Чимало вчених до кола потерпілих відносять суспільство. Наприклад, Н. О. Лопашенко підкреслює, що злочинна шкода може заподіюватися не лише фізичній особі, але й особі юридичній, державі та суспільству². Важко погодитися з подібним підходом, хоча б з позиції формальної логіки. Так, якщо поділяти точку зору щодо можливості визнання суспільства потерпілим від злочинів, то вказівка у законодавчій формулі злочину на його суспільну небезпечність дозволяє зробити висновок, що потерпілим від будь-якого злочинного діяння завжди є суспільство. Адже, якщо це так, то потерпілим від злочину є необхідним елементом будь-якого складу злочину. Вважаємо, що це надто широкий підхід до проблеми потерпілого, оскільки при вбивстві конкретної людини або крадіжки у певної особи немає необхідності визнавати потерпілим від злочину кожного разу все суспільство. Напевно, шкода від злочину у цих випадках все ж таки несумісна з масштабністю всього суспільства.

Поняття потерпілого невіддільне від поняття шкоди³. Про це, зокрема, свідчить етимологічне походження слова «потерпілий». Воно утворюється від дієслова «терпіти», яке означає зазнавати шкоди⁴. Тому ще однією конститутивною ознакою потерпілого від злочину є *характер та вид шкоди*, заподіяної потерпілому. Як справедливо стверджує Г. П. Новосьолов: «Ні кримінально-процесуальна або будь-яка інша наука, а кримінальне право повинно визначатися з тим, що складає сутність шкоди, які можливі її види і різновиди, чи може вона заподіюватися не лише фізичним, але й юридичним особам, що саме служить критеріями її розмежування за ступенем тяжкості тощо»⁵.

Слід зауважити, що зі змістом цієї ознаки потерпілого (заподіяної шкоди) пов'язується чимало дискусійних питань. Наприклад, одне з них міститься в обґрунтуванні віднесення до потерпілих певних соціальних суб'єктів, яким заподіяння шкоди лише загрожувало. Так, одна група дослідників вважає, що при незакінченому злочині все одно потерпілий є (А. В. Брусніцин, П. С. Дагель, А. Н. Красиков, П. С. Яні та ін.)⁶. Друга група вчених (В. М. Савицький, І. І. Потеружа, Д. Б. Булгаков) стверджує, що характеристикою заподіяної шкоди повинна бути її об'єктивна реальність, а не

¹ Крючков В. Личное дело: В 2-х ч. – Ч. 1. – М.: Олимп, 1996. – С. 111-112.

² Див.: Лопашенко Н. А. Невершеннолетний как потерпевший и субъект в преступных посягательствах // Правовая политика и правовая жизнь. – 2001. – № 1. – С. 134. Такої ж думки дотримується М.В. Сенаторов. Див. його монографію: Потерпілий від злочину у кримінальному праві. – С. 84-85.

³ Див.: Таганцев Н. С. Русское уголовное право: Часть Общая. – Т. 1. Тула: Автограф, 2001. – С. 511.

⁴ Див.: Новий тлумачний словник української мови у чотирьох томах (42000 слів) / Укладачі: В. Яременко, О. Сліпущко. – К.: АКОНІТ, 1998. – Т.4 (РОБ – Я). – С. 514.

⁵ Новоселов Г. П. Учение об объекте преступления: Методологические аспекты. – С. 66.

⁶ Див.: Дагель П. С. Потерпевший в советском уголовном праве. – С. 20; Красиков А. П. Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве. – С. 40-41; Яни П. С. Законодательное определение потерпевшего от преступления // Российская юстиция. – 1995. – № 4. – С. 40-41; Брусницын А. В. Проблемы защиты жертв преступлений в свете действующего и проектируемого законодательства // Российский следователь. – 2000. – № 6. – С. 9

потенційність¹, оскільки у протилежному випадку спостерігається розширювальне тлумачення закону². Так, на думку Д. Б. Булгакова, навряд чи доречно особу визнавати потерпілою, якщо їй всього лише щось загрожує, але ж реальної шкоди не заподіюється. У противному разі виникає абсурдна ситуація – прикладом, якщо винний готувався до вбивства потенційної жертви і придбав для цього зброю – можлива жертва вже повинна визнаватися потерпілим, навіть якщо нічого про підготовку діяльність суб'єкта не знає³.

З нашою точки зору треба погодитися з тим, що визначальним моментом для потерпілого є саме порушення його права, при якому шкода за своїм характером може бути як реальною, так і потенційною⁴. Адже готуванням до злочину, а тим більш замахом на нього, потерпілому завдається моральна шкода, що полягає у психічних стражданнях, і причинених діяннями, які посягають на нематеріальні блага громадянина (життя, здоров'я, гідність, ділову репутацію, недоторканість приватного життя тощо)⁵. До того ж саме на такий підхід орієнтує й ст. 16 КК України, в якій передбачається кримінальна відповідальність за вчинення незакінченого злочину. Тобто законодавець вважає, що створення умов для заподіяння шкоди, а також заподіяння шкоди неповною мірою теж є суспільно небезпечною шкодою, що спричиняється об'єкту кримінально-правової охорони. Таким чином, для визнання того чи іншого соціального суб'єкта потерпілим від злочину не має значення, чи заподіюється злочинним діянням фактична шкода або – створюється лише загроза реального заподіяння шкоди⁶.

Кримінальним законом не вирішується питання щодо змісту окремих видів шкоди, яка може заподіюватися потерпілому в результаті вчинення злочину. Аналіз спеціальної літератури та нормативно-правової бази дозволяє нарахувати понад десятка видів шкоди: фізична, майнова, моральна, психічна, соціальна, економічна, організаційна, політична, ідеологічна, культурно-історична, етногенетична, гуманітарна, екологічна, емоційні страждання та ін⁷. Все це свідчить про те, що прояви шкоди, яка заподіюється злочином, вельми різноманітні. При цьому норми кримінально-процесуального права називають лише три види шкоди – моральну, фізичну та майнову. Тому дуже часто, формулюючи кримінально-правове поняття потерпілого від злочину, дослідники виходять з цієї тріади, текстуально означаємо в законі. Уявляється, що такий підхід є занадто вузьким. У зв'язку з цим вважаємо за необхідне зазначити, що, по-перше, приписами кримінального процесу сьогодні не охоплюються всі види шкоди, які у дійсності можуть заподіюватися внаслідок вчинення злочину; по-друге, перелік видів шкоди повинен бути «відкритим», на що доцільно вказати у тексті самого закону.

Не дискутуючи з приводу обов'язковості включення до закону тих чи інших видів шкоди, лише вкажемо на те, що, на наш погляд, заслуговує на увагу, принаймні, вказівка у законі на такий вид шкоди, як соціальна. На цій шкоді акцентується увага, зокрема, в Рекомендації № R (85) 11 Комітету міністрів Ради Європи «Про становище потерпілого

¹ Див.: Булгаков Д. Б. Потерпевший в уголовном праве и его криминологическая характеристика. – С. 13.

² Див.: Савицкий В. М., Потерпужа И. И. Потерпевший в советском уголовном процессе. – М.: Юрид. лит., 1963. – С. 8-9.

³ Див.: Булгаков Д. Б. Потерпевший в уголовном праве и его криминологическая характеристика. – С. 12.

⁴ Див.: Анощенкова С. В. Уголовно-правовое учение о потерпевшем. – С. 107.

⁵ Див.: Брусницын А. В. Проблемы защиты жертв преступлений в свете действующего и проектируемого законодательства. – С. 8.

⁶ Подібну позицію займає також А.А. Гаджієва. Більш докладно див. Гаджієва А. А. Понятие потерпевшего в уголовном праве: проблемы, дискуссии, обсуждения // Государство и право. – 2006. – № 4. – С. 106.

⁷ Например, див.: Фаргиев И. А. Потерпевший от преступления (уголовно-правовые вопросы): Учеб. пособие. – Хабаровск: РИЦ ХГАЭН, 2001. – С. 11; Анощенкова С. В. Уголовно-правовое учение о потерпевшем. – С. 110; Сенаторов М. В. Потерпелый від злочину у кримінальному праві. – С. 86; Квашин В.Е. Основы виктимологии. Проблемы защиты прав потерпевших от преступлений. – С. 138-141; Будякова Т. Потерпевший: уголовно-правовой, уголовно-процессуальный и виктимологический анализ понятия // Уголовное право. – 2006. – № 3. – С. 109-111 та ін.

у межах кримінального права і процесу» прийнятої від 28 червня 1985 р. У преамбулі Рекомендації говориться, що «...важливо приділяти значну увагу у системі кримінального правосуддя фізичній, психологічній, матеріальній і соціальній шкоді, нанесеній потерпілому»¹. Змістом соціальної шкоди охоплюються випадки заподіяним шкоди правам та інтересам особливих груп потерпілих, які внаслідок об'єктивних причин не можуть розуміти фактичних обставин вчиненого стосовно них злочину, і отже, зазнавати фізичних і моральних страждань, як інші особи у тих самих обставинах². До таких потерпілих, які не можуть розраховувати на компенсацію моральної шкоди, відносяться неповнолітні, особи, які страждають на психічні захворювання або мають розумову неповноцінність та ін., що не здатні розуміти, наприклад, характер ганебної стосовно них інформації або дій³.

З огляду на існування різних видів шкоди можна зробити висновок, що у будь-якому разі потерпілий у кримінальному праві – це соціальний суб'єкт, чий встановлений й охоронюваний законом права, свободи й законні інтереси порушуються злочинним діянням шляхом заподіяння фактичної шкоди або створення загрози реального заподіяння шкоди майнового, фізичного, морального, соціального та іншого характеру.

Ще однією атрибутивною ознакою потерпілого від злочину є заподіяння шкоди або створення загрози заподіяння такої шкоди певному соціальному суб'єкту не будь-якої неправомірною дією чи бездіяльністю, а *саме злочинном*. Вчені майже одноставні щодо того, що єдиним юридичним фактом, закон пов'язує появу фігури потерпілого, є вчинення злочину⁴, хоча існує й думка, що потерпілим у кримінально-правовому значенні слова слід визнавати й особу, якій шкода заподіюється як злочинном, так й іншим суспільно небезпечним діянням⁵. Однак, постраждалий від діяння осіб, які не відносяться до суб'єктів кримінальної відповідальності, відповідно не має всього того комплексу прав, яким наділяється потерпілий від злочину (наприклад, постраждалий не має права вимагати притягти особу, яка заподіяла йому шкоду, до кримінальної відповідальності, примиритися на підставах, передбачених КК, з такою особою та ін.). До того ж у подібних випадках відшкодування шкоди відбувається у порядку цивільно-правового провадження. Отже, мав рацію П. С. Дагель, який зазначав, що якщо немає злочину, то немає й потерпілого у кримінально-правовому смислі цього слова⁶. З цього випливає, що не є потерпілими від злочину ті соціальні суб'єкти, яким шкоду заподіяно малозначним діянням; поведінкою без вини (казусом); діями неосудного; вчинком особи, яка не досягла віку, з якого можлива кримінальна відповідальність; при необхідній обороні, крайній необхідності, фізичному примусі, виконанні наказу чи розпорядження, діянні, пов'язаному з ризиком; іншими посяганнями, які вчинені при обставинах, що виключають їх злочинність.

На підставі викладеного *потерпілим від злочину є соціальний суб'єкт, (фізична особа, юридична особа та в окремих випадках її структурні підрозділи – філіали й представництва, організації, що виконують статутні завдання без створення*

¹ Рекомендація № R (85) 11 Комітета міністрів Совета Європи « О положеннии потерпевшего в рамках уголовного права и процесса » от 28 июня 1985 г. // <http://www.lawmix.ru/abro>

² Див.: Будякова Т. Потерпевший: уголовно-правовой, уголовно-процессуальный и виктимологический анализ понятия. – С. 110.

³ Див.: Будякова Т. Потерпевший: уголовно-правовой, уголовно-процессуальный и виктимологический анализ понятия. – С. 110; Гуцин Д. И. Юридическая ответственность за моральный вред (теоретико-правовой анализ). – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2002. – С. 127.

⁴ Більш докладно див.: Див.: Будякова Т. Потерпевший: уголовно-правовой, уголовно-процессуальный и виктимологический анализ понятия. – С. 109; Минская В. С., Чечель Г. И. Виктимологические факторы и механизмы преступного поведения. С. 13; Анощенкова С. В. Уголовно-правовое учение о потерпевшем. – С. 114 – 115 та ін.

⁵ Див.: Картов Н., Панасюк Т. Кримінально-правовий, кримінально-процесуальний та віктимологічний аналіз поняття «потерпілий» // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 5 (137). – С. 145.

⁶ Див.: Дагель П. С. Потерпевший в советском уголовном праве. – С. 20.

юридичної особи, та держава), чії встановлені й охоронювані законом права, свободи і законні інтереси порушуються злочинним діянням шляхом заподіяння фактичної шкоди або створення загрози реального заподіяння шкоди майнового, фізичного, морального, соціального та ін. характеру.

Потерпілі від злочину можуть бути класифіковані за і різними підставами. Класифікація має на меті систематизацію потерпілих за певними ознаками, ґрунтуючись на їх схожості та відмінності. Розподіл множинності потерпілих сприяє поглибленню знань про суб'єктів, які зазнають шкоди, визначенню соціальної сутності злочинів, встановленню суспільно небезпечних наслідків злочинних діянь, а також вирішенню тих проблем, що якимось чином пов'язані з фігурою потерпілого. В цьому виявляється теоретична цінність класифікації. У свою чергу практична значущість, класифікації потерпілих від злочину міститься, зокрема, в удосконаленні практики та підвищенні ефективності застосування кримінально-правових норм; запобіганні вторинній віктимізації потерпілих; підвищенні ефективності загальної системи протидії злочинам тощо.

У правовій літературі зазначається, що класифікації може охопити як саму категорію «потерпілий», так і його кримінально-значущі ознаки¹. До того ж можна здійснити розподіл потерпілих за різними критеріями у залежності від ознак вчиненого проти них злочину².

Отже, в якості класифікаційних підстав розподілу потерпілих, перш за все, можна визначити сутнісні ознаки самого поняття потерпілого від злочину. До їх числа відносяться: соціальна природа потерпілого; характер та вид заподіяної шкоди. Так, за своєю соціальною природою, як зазначалося вище, потерпілими виступають: фізичні особи; юридичні особи та їх структурні підрозділи – філіали й представництва; організації, що виконують статутні завдання без створення юридичної особи; держава. У залежності від характеру шкоди потерпілі розділяються на тих, кому злочинним діянням заподіяна реальна шкода, і тих, які поставлені під загрозу заподіяння реальної шкоди. Виходячи з виду заподіяної або потенційної шкоди, всіх потерпілих від злочину доцільно класифікувати на тих, кому: 1) заподіяна фізична, майнова, моральна, організаційна, політична та ін. шкода; 2) реально загрожує фізична, майнова, моральна, організаційна, політична та ін. шкода.

У науці кримінального права існують й інші види класифікації потерпілих від злочину. Так, повертаючись до класифікації потерпілих за ознаками вчиненого проти них злочинного діяння, відмітимо, що в якості підстави розподілу обрати, зокрема, тяжкість злочину, родовий об'єкт злочинного діяння. Залежно від тяжкості вчиненого злочину виділяються: а) потерпілі від особливо тяжких злочинів; б) потерпілі від тяжких злочинів; в) потерпілі від злочинів середньої тяжкості; г) потерпілі від злочинів невеликої тяжкості.

За родовим об'єктом злочинів можна виділити: а) потерпілих від злочинів проти основ національної безпеки України; б) потерпілих від злочинів проти життя та здоров'я особи; в) потерпілих від злочинів проти волі, честі та гідності особи; г) потерпілих від злочинів проти свободи та статевої недоторканості особи; д) потерпілих від злочинів проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина; е) потерпілих від злочинів проти власності та ін. Як справедливо зазначається у юридичній літературі, дослідження груп потерпілих, утворених при такому поділі, має важливо значення для вирішення питань звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим³ та інших питань, пов'язаних із застосуванням кримінального закону.

¹ Див.: Анощенкова С. В. Уголовно-правовое учение о потерпевшем. – С. 191.

² Більш докладно див.: Сенаторов М. В. Потерпілий від злочину в кримінальному праві. – С. 87-88.

³ Там само. – С. 88.

Для правильної кваліфікації низки злочинів має неабияке значення встановлення певних ознак потерпілого, як-от: правове становище, соціальна роль, стать, вік, стан здоров'я, певні стосунки з винним, особливий стан потерпілого тощо. Так, наприклад, категорія «вік» використовується у кримінальному законі для викремлення осіб, які не досягли повноліття, а саме: «неповнолітній» (ч. 3 ст. 130, ч. 2 ст. 133, ст. 137, ч. 2 ст. 140, ст. 141, ч. 2 ст. 142, ч. 2 ст. 147, ч. 2 ст. 149 та ін.), «малолітня дитина» («малолітній», «малолітня») (п. 2 ч. 2 ст. 115, ч. 2 ст. 146, ч. 4 ст. 152, ч. 3 ст. 153 та ін.), «діти, які не досягли віку, з якого законодавством дозволяється працевлаштування» (ст. 150 КК), «дитина» (ст. 148 КК), «новонароджена дитина» (ст. 117, ч. 2 ст. 135 КК), «особа, яка не досягла статевої зрілості» (ст. 155 КК) та ін. Правове становище і соціальна роль відбивають такі характеристики потерпілого, як його громадянство, службове становище, професійну або громадську діяльність, дієздатність, процесуальний статус та ін. Зокрема, за правовим становищем і соціальною роллю можна виділити наступні види потерпілих: Президент України, Голова Верховної Ради України, народний депутат України, Прем'єр-міністр України, член Кабінету Міністрів України, Голова або судді Конституційного Суду України чи Верховного Суду України, або вищих спеціалізованих судів України, Генеральний прокурор України та ін. (ст. 112 КК), особа, яка виконує службовий або громадський обов'язок (п. 8 ч. 2 ст. 115 КК), службова особа або громадянин, який виконує громадський обов'язок (статті 350, 352 КК), представник влади (ст. 294, ст. 296 КК), працівник правоохоронного органу (статті 112, 345, 347, 348 КК), представник громадськості, який виконує обов'язки з охорони громадського порядку (ч. 3 ст. 296 КК), військовослужбовець (ч. 2 ст. 342, ст. 348 КК), начальник (ст. 405 КК), військовополонений (ст. 431 КК), підозрюваний, обвинувачений, підсудний (ст. 374 КК), суддя, народний засідатель або присяжний (статті 377, 378, 379 КК) тощо.

Звісно ж, класифікація потерпілих за цими ознаками вельми умовна і невичерпна. Однак вона все одно дозволяє скласти загальне уявлення про роль та значення потерпілого в механізмі злочинної поведінки.

2.2. Потерпілий в системі ознак складу злочину

Визнаючи, що потерпілий від злочину є самостійним і кримінально-правовим поняттям, доцільно з'ясувати його природний зв'язок зі злочинним діянням, як правовою категорією, та визначити місце потерпілого у системі ознак складу злочину, як правовою моделлю злочину. Від того, як вирішуються питання такого співвідношення, багато в чому залежить кримінально-правове поняття потерпілого, його статус¹. Про тісний зв'язок фігури потерпілого з нормативним визначенням злочину, свідчать, зокрема, висловлювання щодо необхідності переосмислення поняття злочину таким чином, щоб потерпілий вважався невід'ємним елементом в його визначенні². Розвиваючи цю точку зору, Д. В. Булгаков звертає увагу на те, що нова кримінально-правова доктрина, проголошуючи захист прав і законних інтересів потерпілого одним із найважливіших своїх завдань і дійсною гарантією поновлення соціальної справедливості у суспільстві, перенесла тим самим акцент з розуміння потерпілого тільки як факультативної ознаки об'єкта злочину на сприйняття його в якості обов'язкового елемента складу злочину³. Вочевидь, у наведеному судженні Д. Б. Булгаков мав на увазі злочин, як правову категорію, оскільки в межах складу злочину, як буде показано нижче, потерпілий залишається факультативною ознакою.

¹ Див.: Анощенкова С. В. Уголовно-правовое учение о потерпевшем. – С. 33.

² Див.: Галушко Д. М. Проблема жертвы в науках уголовно-правового цикла // Труды МГЮА. – № 9. – М.: Моск. гос. юрид. акад., 2002. – С. 154.

³ Див.: Булгаков Д. Б. Потерпевший в уголовном праве и его криминологическая характеристика. – С. 18-19.

Величезною заслугою науки кримінального права є виявлення єдиної загальної структури всіх злочинів та побудова на цій основі складу кожного злочину, який можна розглядати як спрощену правову модель реального злочину, необхідну для встановлення його відповідності нормі кримінального закону та визнання вчиненого підставою кримінальної відповідальності. Але ж розв'язання цього завдання неможливе без здійснення логіко-правової систематизації ознак злочину, які є структурними одиницями складу злочинного діяння, згруповані й прив'язані до певних елементів злочину¹.

У теорії кримінального права всі ознаки злочину, що у своїй сукупності являють його склад, поділяють на ознаки: а) об'єкта злочину; б) об'єктивної сторони; в) суб'єкта злочину та г) суб'єктивної сторони². Ознаки певного виду злочину в якості структурних одиниць складу злочину характеризуються тим, що всі вони передбачені у кримінальному законі або однозначно випливають з нього при тлумаченні, відображають типові і найбільш характерні риси реальної людської поведінки, що визнана суспільно небезпечною, є необхідними та достатніми для констатації такої поведінки, дозволяють провести відмінність злочину від незлочинного діяння або ж одного злочину від іншого³.

У межах загального вчення про склад злочину всі відомі ознаки складу окремих злочинів були узагальнені та отримали назви: об'єкт злочину, предмет злочину, суспільно небезпечне діяння, суспільно небезпечні наслідки, причинний зв'язок, обстановка, спосіб, засоби та знаряддя вчинення злочину, вік та осудність особи, яка вчинила злочин, вина, мотив, мета та ін. Теорією кримінального права був також проведений розподіл складу злочину на види. Так, залежно від того, чи входить та або інша ознака до складу будь-якого злочину чи ні, прийнято поділяти: обов'язкові ознаки, тобто ті, що характеризують будь-який злочин і містяться в усіх без виключення складах злочинів, та факультативні ознаки, тобто ті, які властиві тільки деяким злочинним діянням і включені лише до їх складу (наприклад, спосіб або обстановка вчинення злочину). Виходячи з виду суспільної небезпечності, що характеризує ту чи іншу ознаку, виокремлюють: а) ознаки, що визначають типову суспільну небезпечність злочину (конститутивні ознаки); б) ознаки, що вказують на підвищену суспільну небезпечність злочину (ознаки, які обтяжують відповідальність); в) ознаки, що характеризують понижену суспільну небезпечність (ознаки, які пом'якшують відповідальність).

Аналіз законодавчих приписів про кримінальну відповідальність та положень теорії кримінального права дозволяє розглянути потерпілого від злочину крізь призму загального вчення про склад злочину.

Якщо у диспозиціях статей Особливої частини КК не вживається сам термін «потерпілий» або не вказується на певний його вид, то шляхом соціально-правового аналізу кримінально-правової норми, що передбачає відповідальність за певний вид злочину, можна виявити того, хто врешті-решт може потерпати від злочину. Однак з цього не випливає, що потерпілий є обов'язковою ознакою будь-якого складу злочину. В цьому аспекті потерпілий схожий із суспільно небезпечними наслідками. Відомо, що немає жодного злочину, вчинення якого не приводило б до негативних змін в охоронюваних кримінальним законом в об'єктах. Проте наслідки розглядаються в якості ознаки складу злочину лише в тих випадках, коли на них безпосередньо зазначається в законі або ж висновок щодо їх обов'язковості випливає з тексту закону. Аналогічно

¹ Див.: *Енциклопедія уголовного права*. – Т. 4. Состав преступления / Под ред. Малинина М. Б. – СПб., 2005. – С. 7.

² Див.: *Кудрявцев В. Н.* Общая теория квалификации преступлений. 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2001. – С. 59-60; *Енциклопедія уголовного права*. – Т. 4. – С. 3.

³ Див.: *Трайнин А. Н.* Общее учение о составе преступления. – М.: Госюриздат, 1957. – С. 73-86; *Кудрявцев В. Н.* Общая теория квалификации преступлений. – М.: Юрид. лит., 1972. – С. 94; *Карпушин М. П., Курляндский В. И.* Уголовная ответственность и состав преступления. – М.: Юрид. лит., 1974. – С. 163-164; *Гаухман А. Д.* Квалификация преступления: закон, теория, практика. – М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2001. – С. 48 та ін.

можна стверджувати й про потерпілого від злочину, оскільки ознакою складу злочину він стає лише у тих випадках, коли на нього певним чином вказано у законодавчому формулюванні злочину.

Більшість потерпілих, які зазначені у законі, впливають на визначення рівня (ступеня тяжкості) суспільної небезпечності злочинного діяння. Прикладом, у ч. 1 ст. 152 КК вказівкою на потерпілу особу відображено типову суспільну небезпечність злочину, а у ч. 3 цієї ж статті вказівкою на потерпілого – неповнолітнього чи неповнолітню відображено підвищену суспільну небезпечність злочину, оскільки згвалтуванням неповнолітнього чи неповнолітньої порушуються не лише суспільні відносини щодо охорони статевої свободи людини, а й відносини, що забезпечують нормальний фізичний, моральний та соціальний розвиток неповнолітніх осіб, їх статево недоторканість¹.

Крім того, потерпілий як ознака складу злочину дозволяє відрізнити один злочин від іншого, а також злочинні діяння від незлочинних. Так, перешкоджання законній діяльності професійних спілок, політичних партій, громадських організацій є злочином, передбаченим у ст. 170 КК, а перешкоджання діяльності інших юридичних осіб є або злочином, передбаченим іншою статтею (наприклад, ст. 206 «Протидія законній господарській діяльності» чи ст. 296 «Хулганство»), або ж взагалі є незлочинною дією.

Таким чином, викладене свідчить, що всі ті вимоги, як кримінально-правова наука пред'являє до будь-якої ознаки складу злочину, безвідносно від того, чи є вона обов'язковою або ж факультативною, цілком поширюється і на потерпілою від злочину. Це дає підстави стверджувати, що потерпілий є ознакою складу окремих злочинів.

В юридичній літературі на цей час залишається дискусійним питання про місце потерпілого у складі злочину. Одні вчені стверджують, що потерпілий від злочину характеризує об'єкт злочину². Він є «конструктивною складовою об'єкта»³. Інші вважають, що потерпілий і об'єкт злочину – це практично тотожні за змістом поняття⁴. «Оскільки поняття шкоди є базовим для визначення не лише потерпілого, але й об'єкта злочину, зв'язок між потерпілим й об'єктом при вчиненні злочину не може не існувати»⁵. З точки зору третіх, потерпілого слід відносити до ознак об'єктивної сторони складу злочину⁶, оскільки «об'єктивний характер шкоди свідчить про входження потерпілого до об'єктивної сторони і про тісний зв'язок з об'єктом злочину»⁷. Четверті встановлюють зв'язок потерпілого через заподіяну шкоду як і об'єктом злочину, так і з об'єктивною стороною, оскільки «фізична сторона шкоди, заподіяної потерпілому, входить до об'єктивної сторони, а соціальні властивості шкоди – до об'єкта злочину»⁸.

Слід погодитися з тим, що правильне визначення місця потерпілого від злочину у системі ознак складу злочину залежить від змісту, яким наділяються об'єктивні елементи злочину, і, перш за все, його об'єкт. Так, якщо визначати об'єкт злочину як певну взаємодію між соціальними суб'єктами, як суспільне відношення, на яке посягає злочин, то, вочевидь, потерпілий є ознакою, що характеризує це відношення, розкри-

¹ Див.: Кримінальне право України: Особлива частина: Підручник / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, С. Б. Гавриш та ін.; За ред. проф. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 3-є вид. перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 96.

² Див.: Фролов Е. А. Объект уголовно-правовой охраны и его роль в организации борьбы с посягательствами на социалистическую собственность. – С. 30; Батюкова В. Е. Потерпевший в уголовном праве. – С. 87.

³ Присяжнюк Т. І. Потерпілий від злочину: проблеми правового захисту: Монографія. – К.: Центр учбової літератури, 2007. – С. 98.

⁴ Див.: Новоселов Г. П. Учение об объекте преступления. Методологические аспекты. – С. 53, 66.

⁵ Уголовное право: Общ. ч.: Учебник. 2-е изд., стер. / Под ред. И. Я. Козаченко, З. А. Незнамовой. – М.: НОРМА-ИНФРА-М, 2000. – С. 65.

⁶ Див.: Радутний О. Е. Кримінальна відповідальність за незаконне збирання, використання та розголошення відомостей, що становлять комерційну таємницю (аналіз складів злочинів): Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2002. – С. 164.

⁷ Дагель П. С. Потерпевший в советском уголовном праве. – С. 19–20.

⁸ Фаргиев И. А. Потерпевший от преступления (уголовно-правовые вопросы). – С. 20.

ваючи його зміст. Наприклад, зі ст. 231 «Незаконне збирання з метою використання або використання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю», випливає, що потерпілим від незаконного збирання з метою використання або використання відомостей, що становлять комерційну таємницю, є суб'єкт господарської діяльності. Отже, об'єкт зазначеного злочину слід шукати у площині тих суспільних відносин, учасниками яких є суб'єкти господарської діяльності. Якщо ж стверджувати, що об'єктом злочину є люди (окремі фізичні особи або ж певного роду множинність осіб), яким злочин заподіює «чи створює загрозу заподіяння шкоди, то поняття об'єкти та потерпілого скоріш за все співпадуть. Якщо вважати, що об'єкт – це благо, суб'єктивне право чи інтерес, на який посягає злочин, то потерпілого як володільця блага, суб'єктивного права чи інтересу необхідно відносити до ознак об'єктивної сторони складу злочину¹.

У науці кримінального права існує чимало теорій об'єкти злочину, оскільки й досі не вироблено єдиного погляду на його сутність. Серед них помітними є:

- 1) теорія кримінального закону;
- 2) теорія правового обов'язку;
- 3) нормативна теорія;
- 4) теорія правоохоронюваного інтересу;
- 5) теорія правового блага (цінності);
- 6) теорія суспільних відносин;
- 7) антропологічна теорія;
- 8) теорія суб'єктивного права та ін.²

Що ж стосується дослідження з приводу визначення місця потерпілого у складі злочину, то важко однозначно відповісти, яка з перелічених теорій точніше за все відображає сутність об'єкта злочину. Вочевидь, точну відповідь можна надати лише у разі проведення поглибленого комплексного вивчення сутності об'єкта злочину з використанням знань як кримінального права, так і філософії, соціології, загальної теорії права тощо. Тут лише зазначимо, що в законодавстві про кримінальну відповідальність по-різному відображається об'єкт злочинів. В одних випадках – шляхом вказівок на матеріальні чи ідеальні блага (наприклад, у статтях 111 «Державна зрада», 159 «Порушення таємниці голосування», 170 «Перешкоджання законній діяльності професійних

¹ Див.: *Сентаров М. В.* Потерпілий від злочину в кримінальному праві. – С. 110-111.

² Більш докладно див.: *Фейербах А.* Уголовное право: Учебник. Кн. I: Философская или всеобщая часть уголовного права. – СПб.: Медицинская тип., Тип. Гос. Комерц-коллегии, Тип. Имп. Воспит. дома, 1810. – С. 21; *Спасович В. Д.* Учебник уголовного права. Т. I. Вып. 1. – СПб.: Типография Иосафата Огризко, 1863. – С. 84-85; *Калмыков П. Д.* Учебник уголовного права: Часть об. и особ. – СПб.: Тип. т-ва «Обществ. польза», 1866. – С. 25-26; *Пусторослев П. П.* Понятие о преступлении. – М.: Типография Императорского Московского н-та, 1891. – С. 205; *Белогриц-Котляревский А. С.* Учебник русского уголовного права: Общ. и Особ. части. – Киев: Южно-рус. кн-во Ф. А. Иогансона, 1903. – С. 161; *Сергиевский Н. Д.* Уголовное право. Пособие к лекциям. 10-е изд., испр. и доп. – СПб.: Типография М. М. Стасюлевича, 1913. – С. 243; *Лист Ф.* Учебник уголовного права: Общ. ч. – М.: Тов. тип. А. И. Мамонтова, 1903. – С. 67; *Таганцев Н. С.* Русское уголовное право: Часть общ. – С. 394; *Каиржанов Е. К.* Интересы трудящихся и уголовный закон. – Алма-Ата: Казахстан, 1973. – С. 43-44; *Наумов А. В.* Российское уголовное право: Общ. ч.: Курс лекций. – 2-е изд. перераб. и доп. – М.: БЕК, 1999. – С. 157-158; Курс уголовного права: Общ. ч.: Учебник / Под ред. *Н. Ф. Кузнецовой и И. М. Тяжковой.* – С. 202; *Познышев С. В.* Основные начала науки уголовного права: Общ. часть уголовного права. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: Изд. А. А. Карцева, 1913. – С. 132-133; *Фесенко Е. В.* Об'єкт злочину з погляду реалій // Юридичний вісник України. – 1997. – 14-20 серп.; *Матишевський П. С.* Кримінальне право України: Заг. ч.: Підручник. – К.: А.С.К., 2001. – С. 96-101; *Расторопов С.* Понятие объекта преступления: история, состояние, перспектива // Уголовное право. – 2002. – № 1. – С. 40; *Зателетин О.* К вопросу о понятии объекта преступления в уголовном праве // Уголовное право. – 2003. – № 1. – С. 30-31; *Мокринский С. П.* Наказание, его цели и предположения: В 3 ч. Ч. 3: Казуальный и потенциальный моменты действия. – Томск: Т-во Печатня С. П. Яковлева, 1902. – С. 441-442; *Пионтковский А. А.* Уголовное право РСФСР. Часть общая. – М.: Госполитиздат, 1925. – С. 129-130; *Кудрявцев В. Н.* К вопросу о соотношении объекта и предмета преступления // Сов. государство и право. – 1951. – № 8. – С. 51-60; *Новоселов Г. П.* Учение об объекте преступления. Методологические аспекты та ін.

спілок, політичних партій, громадських організацій», 179 «Незаконне утримування, осквернення або знищення релігійних святинь», 245 «Знищення або пошкодження лісових масивів», 293 «Групове порушення громадського порядку» КК), в інших – на суб'єктивні права (статті 157 «Перешкоджання здійсненню виборчого права», 374 «Порушення права на захист» КК), юридичні обов'язки (статті 131 «Неналежне виконання професійних обов'язків, що спричинило зараження особи вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби», 140 «Неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником», 160 «Злісне невиконання обов'язків по догляду за дитиною або за особою, щодо якої встановлена опіка чи піклування», 197 «Порушення обов'язків щодо охорони майна» КК), інтереси (статті 189 «Вимагання», 206 «Протидія законній господарській діяльності», 356 «Самоуправство», 365 «Перевищення влади або службових повноважень», 367 «Службова недбалість» КК), регулятивні норми (статті 173 «Грубе порушення угоди про працю», 236 «Порушення правил екологічної безпеки», 271 «Порушення вимог законодавства про охорону праці» КК), потерпілих (статті 112 «Посягання на життя державного чи громадського діяча», 156 «Розбещення неповнолітніх» КК). Досліджуючи це різноманіття законодавчих відображень об'єктів злочину у диспозиціях кримінального закону, здається, можна дійти висновку, що в якості об'єкта злочину можуть виступати і блага, і права, і обов'язки, і норми, й інтереси, і навіть потерпілий. Однак, на наш погляд, правильну відповідь треба шукати дещо в іншій площині. Так, встановлюючи, в який спосіб у законі про кримінальну відповідальність відображені об'єкти злочинів, аналізу були піддані законодавчі визначення злочинів. Відомо, що такі визначення складаються з типових ознак злочину, які законодавець вважає найбільш характерними та суттєвими і які, з його точки зору, необхідним чином (для однозначного сприйняття закону при його застосуванні) відбивають множинність суспільно небезпечних діянь певного виду. Звідси випливає, що благо, суб'єктивне право, юридичний обов'язок, інтерес, регулятивна норма, потерпілий тощо, на які вказується у кримінальному законі, слід розглядати не як об'єкти злочинів, а лише як певні їх ознаки (інформаційні сигнали), через які законодавець відображає ці об'єкти. Справедливим у цьому зв'язку уявляється висловлювання В. Я. Тація: «У статтях КК найчастіше містяться вказівки не на сам об'єкт злочину, а на окремі елементи охоронюваних законом суспільних відносин ... чи на різні правові норми, що регулюють відповідні суспільні відносини»¹. Погоджується з цією думкою й С. В. Анощенкова, яка пише: «...ніякі цінності, блага, люди або їх спільність, узяті відокремлено, поза зв'язку із суспільними відносинами, не можуть розглядатися як об'єкт злочину. Вони можуть бути представлені як елементи (ознаки) об'єкта, але не як сам об'єкт»².

У реальній дійсності благо, суб'єктивне право, юридичний обов'язок, інтерес, регулятивна норма, потерпілий перебувають у певному зв'язку. З цього випливає, що якщо у диспозиції статті КК міститься вказівка лише на одну з названих ознак, то це дає можливість встановити, спираючись на системний зв'язок складових певного явища, й інші ознаки, що не названі в диспозиції, а через них – і об'єкт злочину в цілому. Наприклад, у ст. 206 КК «Протидія законній господарській діяльності» зазначено, що злочинне діяння посягає на таке благо, як законна господарська діяльність. Це формулювання дозволяє стверджувати, що разом з цим благом порушується: а) інтерес суб'єкта господарювання вільно здійснювати свою діяльність; б) його суб'єктивне право (зокрема, свобода суб'єкта господарювання у виборі виду підприємницької діяльності, форм і засобів її здійснення, контрагентів тощо), яке врегульовано нормами Конституції України (ч. 3 ст. 42) та Господарського кодексу України; в) відповідний

¹ Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, А. М. Кривченко та ін.; За ред. проф. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 101.

² Анощенкова С. В. Уголовно-правовое учение о потерпевшем. – С. 40.

цьому праву обов'язок контрагентів дотримуватися нормативних приписів. І крім того, заподіюється шкода певному соціальному суб'єкту – суб'єкту господарювання, який виступає одним із потерпілих від злочину, передбаченого у ст. 206 КК.

Також важливим є те, що завдяки вказівкам на благо, суб'єктивне право, юридичний обов'язок, інтерес, норму та потерпілого законодавець може характеризувати як основні, так і додаткові об'єкти злочинів. Так, у ст. 112 КК «Посягання на життя державного чи громадського діяча» вказівкою на потерпілих – Президента України, Голову Верховної Ради України, народного депутата та інших охарактеризовано основний об'єкт злочину, а вказівкою на благо – життя окреслено додатковий обов'язковий об'єкт злочину.

У контексті теорії суспільних відносин як об'єкта злочину, яку доцільно, на наш погляд, визначити все ж таки базовою при визначенні місця потерпілого у складі злочину, потерпілий – це складова частина, елемент суспільних відносин, охоронюваних кримінальним законом, на які посягає злочинець. Слід зазначити, що ідея згаданої теорії з'явилась наприкінці ХІХ століття. І. Я. Фойницький свого часу писав: «Будь-який злочин має два об'єкти: посередній – заповідь, що порушується, та безпосередній – те відношення, яке охороняється цією заповіддю та складає її реальний прояв»¹. На думку С. П. Мокринського, «об'єктом волі є певне втілення правового блага, те фактичне відношення, змінити яке мала на увазі особа, що вирішила вчинити злочин»².

Ідея про об'єкт, як про певне суспільне відношення, знайшла своє відображення й в перших законодавчих актах радянських держав, утворених на теренах колишньої Російської імперії після Жовтневої революції 1917 р. (прикладом, пункти 1 і 5 Керівних начал з кримінального права РРФСР 1919 р.)³. Цю ідею підтримали, обґрунтували та розвинули у подальшому радянські вчені А. А. Піонтковський, В. М. Кудрявцев, В. С. Никифоров, С. О. Фролов, В. К. Глістін та багато інших⁴.

В. Я. Тацієм наводиться перелік визначень «суспільних відносин», що зустрічалися у радянській літературі. Так, під суспільними відносинами розумілися «відносини, що складаються між людьми», «відносини між людьми у процесі їх суспільного життя», «сукупність зв'язків, що виникають між соціальними групами людей», «різноманітні зв'язки, які складаються між людьми в різних сферах суспільного життя», «об'єктивована, успадкована, сукупна жива, чуттєва та інша діяльність людей, що виступає як співробітництво багатьох індивідів у зв'язку з їх ставленням одного до іншого», «об'єктивна та стійка структура суспільних зв'язків, яка формується (складається і змінюється) відповідно до видів й предметів людської діяльності та проявляється, передусім, як масові інтереси людей», «соціальні зв'язки, що визначаються характером об'єкта й суб'єкта діяльності»⁵. Не дивлячись на деякі відмінності у цих формулюваннях, слід зазначити, що науковці радянської доби виходили з того, що суспільні відносини – це певні зв'язки між суб'єктами, які складаються у процесі їх матеріальної і духовної діяльності⁶. У сучасній кримінально-правовій науці цю позицію

¹ Фойницький І. Я. Курс уголовного права: Часть Особ. Посягательства личные и имущественные: Учебник, 6-е изд. – СПб.: Типография М. М. Стасюлевича, 1912. – С. 5.

² Мокринский С. П. Наказание, его цели и предположение. – С. 441-442.

³ Див.: Руководящие начала по уголовному праву РСФСР // Собрание узаконений и распоряжений рабочего и крестьянского правительства. – 1919. – № 66. – С. 589-590.

⁴ Див.: Пионтковский А. А. Уголовное право РСФСР. – С. 129-130; Кудрявцев В. Н. К вопросу о соотношении объекта и предмета преступления. – С. 51-60; Никифоров В. С. Объект преступления по советскому уголовному праву. – С. 8-29; Фролов Е. А. Объект уголовно-правовой охраны и его роль в организации борьбы с посягательствами на социалистическую собственность. – С. 8-10; Глистин В. К. Проблема уголовно-правовой охраны общественных отношений (объект и квалификация преступлений). – Л.: ЛГУ, 1979. – С. 19-31.

⁵ Див.: Тацкий В. Я. Объект и предмет преступления в советском уголовном праве. – Х.: Вища шк., 1988. – С. 14.

⁶ Більш докладно див.: Сенаторов М. В. Потерпілий від злочину в кримінальному праві. – С. 122.

поділяють В. В. Сташис, М. І. Панов, В. І. Борисов, П. С. Матишевський та інші.¹ Підкреслюючи домінуючий характер таких суджень, В. Я. Тацій зазначає: «Об'єктом будь-якого злочину є охоронювані законом про кримінальну відповідальність суспільні відносини»².

Традиційно в науці кримінального права об'єкт злочину розглядається крізь призму його структури. Дійсно, з точки зору правильного визначення сутності об'єкта злочину принциповим є положення про те, що суспільні відносини становлять собою єдину систему взаємопов'язаних і взаємодіючих між собою структурних елементів³. Саме те, що суспільні відносини є системою нормативних взаємодій між суб'єктами з приводу чогось, що їх зв'язує, і що обмежується певними нормами (іноді навіть і неформальними – звичаї, норми моралі, релігійні норми тощо), дозволяє відрізнити ці відносини від іншої соціальної взаємодії: (наприклад, почуття, побудовані на дружніх стосунках або поваги однієї людини до іншої).

У теорії кримінального права існує думка, що до складу поняття суспільного відношення як об'єкта злочину входить низка елементів. Так, на погляд Я. М. Брайнина, цими елементами є: а) суб'єкти, або учасники цих відносин; б) їх дії чи ставлення один до одного; в) охоронювані законом інтереси суб'єктів суспільного відношення та г) матеріальне вираження вказаних інтересів у вигляді предметів, речей або інших матеріальних цінностей⁴. Досліджуючи проблему кримінальної відповідальності за злочини проти особи, її прав та законних інтересів, О. В. Кузнецов відмічає: «Об'єкт злочину ... містить в собі: а) суспільні відносини, що складають сутність певної особи; б) особу як суб'єкта, учасника цих відносин, їх носія; в) інтереси, що лежать в основі вказаних відносин, або суб'єктивні права громадян»⁵. На думку В. М. Кудрявцева, одним з елементів структури суспільних відносин, що знаходяться під охороною кримінального закону, виступає так звана «фактична оболонка». Підкреслюючи значення цього елемента суспільних відносин, він писав: «... для регулювання та охорони фактичних відносин встановлюються правові відносини, що забезпечують певну поведінку їх учасників. Об'єктом суспільних відносин, які є основним ядром об'єкта злочинного посягання»⁶.

Однак пануючим у кримінально-правовій літературі є підхід, згідно з яким структура об'єкта злочину утворюється з трьох елементів: 1) предмета, з приводу якого існують відносини; 2) учасників суспільних відносин; 3) соціального зв'язку між ними⁷.

¹ Більш докладно див.: *Сташис В. В., Панов М. І.* Непосредственный объект и его значение для квалификации преступлений // Проблемы правопедания: Респ. межвед. научн. сб. – Вып. 50. – Киев, 1989. – С. 83-90; *Борисов В. И.* Объект преступного нарушения правил охраны труда // Проблемы социалистической законности: Респ. межвед. науч. сб. – Вып. 25. – Х., 1991. – С. 76; *Матишевский П. С.* Преступления против собственности и смежные с ними преступления. – К.: Юринком, 1996.

² Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, А. М. Кривоченко та ін.; За ред. проф. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – С. 101.

³ Див.: *Гуторова Н. О.* Кримінально-правова охорона державних фінансів України. – Харків: Вид-во Нац. ун-та внутр. справ, 2001. – С. 65.

⁴ Див.: *Брайнин Я. М.* Уголовная ответственность и ее основание в советском уголовном праве. – М.: Юрид. лит., 1963. – С. 167.

⁵ *Кузнецов А. В.* Уголовное право и личность. – М.: Юрид. лит., 1977. – С. 64.

⁶ *Кудрявцев В. Н.* Объективная сторона преступления. – М.: Госюриздат, 1960. – С. 146.

⁷ Більш докладно див.: *Глистин В. К.* Проблема уголовно-правовой охраны общественных отношений (объект и квалификация преступлений); *Тацій В. Я.* Объект и предмет преступления в советском уголовном праве. – С. 21-65; *Фролов Е. А.* Объект уголовно-правовой охраны и его роль в организации борьбы с посягательствами на социалистическую собственность. – С. 13; *Борисов В. И.* Основные проблемы охраны безопасности производства в уголовном законодательстве Украины: Дис. ... д-ра юрид. наук. Укр. юрид. акад. – Х., 1993. – С. 171, та ін.

Наприклад, Є. О. Фролов зазначав, що будь-які суспільні відносини по суті полягають у тому, що ті або інші учасники соціального життя під впливом своїх потреб та інтересів виявляються пов'язаними між собою з приводу того об'єктивно існуючого матеріального чи нематеріального явища, яке здатне задовольнити їх потреби. Даний зв'язок знаходить своє вираження у взаємодії зазначених суб'єктів, що вирішальним чином визначає можливість поведінки кожного з них, визначає їх реальні соціальні можливості¹.

Таким чином, у структурі суспільних відносин слід вирізняти такі елементи: а) предмет, із приводу якого існують відносини (чинники, що визначають факти виникнення й існування такого взаємозв'язку); б) носії (суб'єкти) відносин; в) суспільно значуща діяльність (соціальний зв'язок) як зміст таких відносин².

Як справедливо зауважує М. В. Сенаторов, порівняння ознак суспільних відносин з ознаками, які в кримінальному законі характеризують об'єкти злочинів, дозволяє констатувати, що перші є родовими щодо других³. Так, суб'єктивне право, юридичний обов'язок та інтерес охоплюються поняттям соціального зв'язку; матеріальне (нематеріальне) благо представляє собою вид предмета суспільного відношення; потерпілий – це різновид суб'єкта суспільного відношення; норма, на яку в кримінальному законі вказується під час опису об'єкта злочинного діяння, є видом нормативного припису, що регулює суспільне відношення. Як бачимо, будь-яка відображена у кримінальному законі ознака, що характеризує об'єкт злочину, знаходить своє місце у структурі суспільних відносин, виявляючись одним з елементів цієї соціальної системи.

На підставі викладеного можна зробити декілька висновків. По-перше, найбільш обґрунтованою з позицій сучасної теорії кримінального права та чинного законодавства на сьогоднішній день залишається теорія суспільних відносин, як об'єкта злочину. По-друге, об'єктом будь-якого злочину є конкретний вид суспільних відносин, що знаходиться під охороною кримінального закону. По-третє, у диспозиціях статей Особливої частини КК об'єкти злочинів описуються через вказівки на матеріальні чи нематеріальні блага, суб'єктивні права, юридичні обов'язки, інтереси, регулятивні норми. До цих ознак належить й потерпілий від злочину. По-четверте, у складі суспільних відносин виділяються такі елементи, як предмет відносин; учасники відносин, їх суб'єкти; взаємозв'язок суб'єктів між собою.

Не дивлячись на розбіжності щодо виокремлення тих чи інших елементів у структурі суспільних відносин, як об'єкта, злочину, всі автори одноставно визнають, що обов'язковим елементом даної структури є суб'єкти (учасники) відносин. В. Я. Тацій з цього питання зазначає, що безсуб'єктних відносин у реальній дійсності не існує. Якщо немає учасників відношення, то, вочевидь, не існує й самого відношення, яке завжди є певним соціальним зв'язком між його учасниками⁴.

Учасники будь-яких суспільних відносин є носіями відповідних охоронюваних законом прав, обов'язків та інтересів, що існують з приводу тих чи інших благ (предметів відносин). При цьому суб'єктів суспільних відносин можна умовно 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. При цьому більшість охоронюваних кримінальним законом суспільних відносин за своєю природою є абсолютними, тобто одному учасникові відносин належить певне благо,

¹ Див.: Фролов Е. А. Объект уголовно-правовой охраны и его роль в организации борьбы с посягательствами на социалистическую собственность. – С. 12-13.

² Більш докладно див.: Глистин В. К. Проблема уголовно-правовой охраны общественных отношений (объект и квалификация преступлений). – С. 21; Гуророва И. О. Кримінально-правова охорона державних фінансів України. – С. 66; Тацій В. Я. Об'єкт і предмет злочину в кримінальному праві України: Навч. посіб. – Харків: Укр. юрид. акад., 1994. – С. 10-11 та ін.

³ Див.: Сенаторов М. В. Потерпілий від злочину в кримінальному праві. – С. 123.

⁴ Див.: Тацій В. Объект и предмет преступления в советском уголовном праве. – С. 21.

право чи інтерес, а на всіх інших учасників покладений обов'язок не порушувати ту чи іншу соціальну цінність. До таких відносин належать, зокрема, відносини щодо охорони життя та здоров'я, волі, честі та гідності, статевої свободи і статевої недоторканості людини.

Суб'єкти суспільних відносин, що знаходяться під охороною кримінального закону, які мають певні блага, права та інтереси, у випадку вчинення злочинів виступають потерпілими від них. Потерпілого, як одного з учасників охоронюваного суспільного відношення, розглядав ще Б. С. Никифоров: «І в загальному визначенні злочину, ... і у визначеннях окремих груп злочинів, а також при поділі злочинів на групи важливе, хоча й не виняткове значення у складі об'єкта, має ознака носія охоронюваних кримінальним законом інтересів, конкретний учасник ... суспільних відносин. До вчинення злочину – це охоронюваний погрозою застосування покарання «суб'єкт». Після вчинення злочину – це охоронюваний за допомогою застосування покарання потерпілий – не тільки в конкретному процесуальному вигляді фізичної або юридичної особи, яку або представника якої можна викликати в суд, допитати і т. ін., а й в узагальненому сенсі – у значенні власника відповідних інтересів, забезпечених заборонаю або велінням кримінального закону»¹. Про потерпілого як про учасника суспільного відношення зазначав й Є. О. Фролов: «... потерпілий – це конкретний учасник суспільних відносин, носій різних соціальних можливостей, одна або декілька з яких виявились порушеними внаслідок вчинення злочину»². Аналогічну позицію займає і В. Я. Тацій. Він пише: «... учасник охоронюваних суспільних відносин, якому заподіяна шкода, завжди виступає як потерпілий від злочину. Такими суб'єктами відносин можуть бути не лише окремі громадяни, але й їхні колективи, юридичні особи та ін.»³ Отже, «яке б бачення об'єкта злочину не сповідувалося, не можна заперечувати присутність у ньому суб'єктного елемента», – підводить підсумок С. В. Анощенкова⁴.

У межах проблематики співвіднесення потерпілого від злочину з об'єктом злочинного діяння дискусійним залишається питання про зв'язок між потерпілим і предметом злочину. В юридичній літературі існує думка про те, що потерпілий від злочину є різновидом предмета злочину. Так, при посяганнях на особу під ознакою «предмет злочину» розуміється людина, шляхом впливу на тіло якої відбувається посягання проти об'єкта. У таких випадках термін «предмет злочину» замінюють поняттям «потерпілий»⁵. З точки зору А. Д. Гаухмана, «предмет злочину – це матеріальний субстрат, предмет матеріального світу, живий чи неживий, у зв'язку з ким або з приводу якого вчиняється злочин, на який безпосередньо впливає злочинець, вчиняючи злочин. Коли таким предметом є людина, то він зветься потерпілим у кримінально-правовому сенсі»⁶. Близьку до цієї позицію свого часу займав В. К. Глістин, стверджуючи, що суспільні відносини можуть виникати і з приводу соціальних суб'єктів. Він писав: «У КК РРФСР міститься низка норм, які регламентують охорону суспільних відносин, в які особа включена як предмет. У таких випадках, як викрадення чи підміна, незаконне позбавлення волі, залишення в небезпеці, ненадання допомоги хворому, ненадання капітаном судна допомоги особам, які зазнали лиха, і в ряді інших, відносини між учасниками охороняються з приводу особи»⁷. В. Я. Тацій зазначив, що «дійсно, людина, яка

¹ Никифоров Б. С. Объект преступления по советскому уголовному праву. – С. 49.

² Фролов Е. А. Объект уголовно-правовой охраны и его роль в организации борьбы с посягательствами на социалистическую собственность. – С. 30.

³ Тацій В. Я. Объект и предмет преступления в советском уголовном праве. – С. 30.

⁴ Див.: Анощенкова С. В. Уголовно-правовое учение о потерпевшем. – С. 49.

⁵ Див.: Курс уголовного права: Общая часть: Учебник. Т. 1: Учение о преступлении / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. – М.: Зерцало, 1999. – С. 210-211.

⁶ Гаухман А. Д. Квалификация преступлений: закон, теория, практика – С. 84.

⁷ Глистин В. К. Проблема уголовно-правовой охраны общественных отношений (объект и квалификация преступлений). – С. 41.

є, як правило, суб'єктом суспільного відношення, може у деяких випадках бути його предметом»¹. В якості приклада ним наводяться суспільні відношення, на які посягає такий злочин, як викрадення чи підміна дитини². Однак, на нашу думку, приводом існування відносин, які аналізуються В. К. Глістіним і В. Я. Тацієм, є не соціальні суб'єкти, а певні матеріальні або ідеальні блага. Так, при підміні дитини такими благами є нормальний соціальний та моральний розвиток неповнолітнього, його особиста недоторканість; при незаконному позбавленні волі – особиста воля; при залишенні у небезпеці, ненаданні допомоги хворому, а також ненаданні капітаном судна допомоги особам, які зазнали лиха, – безпека життя та здоров'я людей. Ті ж суб'єкти, яких зазначені вчені розглядають як предмети суспільних відносин (дитина; особа, яка незаконно позбавлена волі; особа, яка перебуває в небезпечному для життя та здоров'я стані; хворий; особи, що зазнали лиха), насправді є учасниками цих відносин, власниками відповідних благ, потерпілими від злочинів³.

Деякі вчені, підтримуючи позицію, що потерпілий від злочину – «олюднений» предмет злочину, зауважують, що потерпілого не називають предметом лише з естетичних міркувань. Наприклад, А. В. Наумов відмічає, що для багатьох злочинів особа потерпілого набуває кримінально-правового значення, аналогічного значенню предмета злочину⁴. Як бачимо, подібні думки ставлять під сумнів твердження про те, що потерпілого від злочину в межах загального вчення про склад злочину слід розглядати як самостійну ознаку.

Інші вчені, навпаки, вважають, що потерпілого від злочину не слід ототожнювати з його «предметною» частиною, яка має вигляд матеріальних і нематеріальних цінностей, оскільки він виступає в якості ознаки об'єкта злочину, яка характеризує суб'єктний склад суспільних відносин⁵.

Розв'язання питання співвідношення поняття потерпілого від злочину та предмета злочинного діяння безпосередньо залежить від установа змісту, вкладеного в них. Однак проблема ускладнюється тим, що у кримінально-правовій доктрині немає єдиного підходу до визначення предмета злочину. Є сенс стисло викласти основні погляди на цю проблему.

На думку Є. О. Фролова, предметом злочину слід вважати не будь-який предмет суспільних відносин, а лише той, що зазнав фізичного впливу з боку злочинця. Тобто, під предметом злочину слід розуміти такі предмети (тіла), які служать матеріальним (речовим) приводом, умовою чи свідченням існування певних суспільних відносин, і за допомогою вилучення, знищення чи видозмінення яких заподіюється збиток об'єкту кримінально-правової охорони⁶.

Ще більш широкий підхід у визначенні предмета злочину запропонований М. О. Беляєвим. На його погляд, предметом посягання може бути не лише предмет суспільних відносин, але й будь-який інший елемент об'єкта злочину, на який вплинув злочинець⁷. Цю позицію поділяє М. Й. Коржанський, який зазначає: «... предметом злочину слід визнати матеріальний об'єкт, в якому проявляються суспільні відносини, й впливаючи на який, суб'єкт змінює їх. Однак таке визначення предмета буде неповним, якщо не враховувати, що під матеріальним об'єктом в даному визначенні розуміється як об'єкт, так і суб'єкт, оскільки людською діяльністю є активність суб'єкта, котра

¹ Тацій В. Я. Объект и предмет преступления в советском уголовном праве. – С. 43.

² Там само. – С. 43.

³ Див.: Сенаторов М. В. Потерпілий від злочину в кримінальному праві. – С. 102.

⁴ Див.: Наумов А. В. Российское уголовное право: Общ. ч.: Курс лекций. – С. 96-97.

⁵ Див.: Анощенкова С. В. Уголовно-правовое учение о потерпевшем. – С. 50.

⁶ Див.: Фролов Е. А. Объект уголовно-правовой охраны и его роль в организации борьбы с посягательствами на социалистическую собственность. – С. 29.

⁷ Див.: Курс советского уголовного права: В 6-ти т. – Т. 1: Ч. Общ. / Под ред. А. А. Пионтковского. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1968. – С. 303.

спрямована, як на об'єкти, так і на інших суб'єктів. Цю обставину необхідно врахувати, тому що суспільні відносини можуть бути порушені впливом як на матеріальний об'єкт, так і на суб'єкт відношення, тобто шляхом впливу на будь-яку сторону суспільного відношення»¹.

Іншу позицію відстоював Б. С. Никифоров, який вважав, що предметом злочину є предмет охоронюваних кримінальним законом суспільних відносин. У зв'язку з цим особливої актуальності набувають такі судження автора: «... при поглибленому дослідженні об'єкта саме як суспільного відношення проблема предмета злочину в її теперішньому вигляді по суті знімається, тому що усувається необхідність в самостійному вивченні предмета злочину як явища, що перебуває за межами об'єкта і веде самостійне стосовно нього існування. При цьому, зрозуміло, не можна вважати, що зникає сам цей «предмет», внаслідок чого злочин стає «безпредметним». При більш глибокому підході виявляється таке: те, що прийнято іменувати предметом, співвідноситься з об'єктом не як частини неназваної єдності, розташовані зовнішньо одна до іншої, а як складова частина цілого – із самим цим цілим, яке, окрім «предмета», містить й інші елементи»².

На позиції ототожнення предмета злочину та предмета охоронюваних кримінальним законом суспільних відносин так само наполягав В. К. Глістін, зазначаючи, що предметом суспільних відносин можуть визнаватися не лише матеріальні речі (тіла, фізичні предмети), але й ідеальні блага (соціальні чи духовні блага, цінності). Отже, матеріальні відносини існують з приводу майна чи іншого природного багатства, ідеологічні – з приводу соціальних, духовних благ або цінностей, охоплюючи більш-менш великі соціальні інститути³. Ті ж предмети, що перебувають поза структурою охоронюваних відносин, однак виступають компонентами злочинів, на думку В. К. Глістіна, слід відносити до так званих знарядь впливу на суспільні відносини (знарядь зламу суспільних відносин) і розглядати їх серед елементів об'єктивної сторони злочину. При вказівці на блага, з приводу яких або у зв'язку з якими існують охоронювані кримінальним законом відносини, вченим не вживався термін «предмет злочину». Такі блага В. К. Глістін називав «предметом суспільних відносин»⁴.

На наш погляд, речі, які не входять до структури суспільних відносин, але з якими чинне кримінальне законодавство пов'язує певні правові наслідки, В. К. Глістін справедливо відносить до об'єктивної сторони злочину, не дивлячись на те, що такі предмети можуть перебувати в певному зв'язку з об'єктом злочину. Аналогічно цьому у тісному зв'язку з об'єктом злочинного діяння перебувають й суспільно небезпечні наслідки, проте з цього не слід робити висновку, що вони є компонентами саме об'єкта злочинного діяння.

Критично переосмислюючи викладені точки зору та розвиваючи їх положення, можна підвести підсумок, що предметом злочину, як ознаки складу злочинного діяння, є матеріальне чи ідеальне благо (рід або явище), з приводу якого існують охоронювані кримінальним законом суспільні відносини, і на яке вказується в цьому законі при формулюванні певного виду злочину або яке впливає зі змісту закону під час тлумачення. У свою чергу, предмети, які не входять до структури охоронюваних суспільних відносин, однак з певними властивостями яких закон пов'язує наявність у діяннях особи ознак конкретного складу злочину, доцільно розглядати як засоби вчинення злочину⁵. Під такою ознакою складу злочину потрібно розуміти предмети матеріального світу, які використовує злочинець, вчиняючи суспільно небезпечне діяння, і на які вказано в кримінальному законі при формулюванні певного виду злочину або ж які впли-

¹ Коржанский Н. И. Объект и предмет уголовно-правовой охраны. – С. 99.

² Никифоров Б. С. Объект преступления по советскому уголовному праву. – С. 130.

³ Див.: Глістін В. К. Проблема уголовно-правовой охраны общественных отношений (объект и квалификация преступления). – С. 44, 48.

⁴ Там само. – С. 43-58.

⁵ Див.: Фесенко Є. В. Злочини проти здоров'я населення та системи заходів з його охорони. – С. 11.

вають зі змісту закону при тлумаченні. Так, наприклад, підроблені гроші, державні цінні папери та білети державної лотереї (ст. 199 КК «Виготовлення, зберігання, придбання, перевезення, пересилання, ввезення в Україну з метою збуту або збут підроблених грошей, державних цінних паперів чи білетів державної лотереї»), підроблені документи на переказ, платіжні картки чи інші засоби доступу до банківських рахунків та іншими засобами доступу до банківських рахунків, обладнанням для їх виготовлення») не входять до складу охоронюваних суспільних відносин, але з їх властивостями кримінальний закон пов'язує наявність у діяч особи ознак складу певного злочину. Тому їх доцільно розглядати як засоби вчинення злочину.

Уявляється, що викладений підхід до встановлення суті предмета злочину має певні переваги перед іншими. По-перше, він дозволяє найбільш повно розкрити сутність, і насамперед, соціальну природу предмета злочину, яким, як зазначалося вище, виступає матеріальне чи ідеальне благо (річ або явище) і з приводу якого соціальні суб'єкти вступають у суспільні відносини. По-друге, зазначений підхід сприяє відмежуванню предмета злочину від інших ознак складу злочину, зокрема, потерпілого від злочину та засобів вчинення злочину. По-третє, завдяки цьому підходу досить точно визначається місце предмета злочину в системі ознак складу злочину, а саме у групі ознак, що, як і потерпілий, характеризують об'єкт злочину.

Таким чином, виходячи із запропонованого визначення предмета злочину, можна зробити висновок, що між предметом злочину та потерпілим від злочину існує різниця. Потерпілий – це суб'єкт охоронюваних законом суспільних відносин, на які посягає злочин; учасник соціальної взаємодії. Не існує жодного охоронюваного кримінальним законом суспільного відношення, в якому соціальний суб'єкт виступав би предметом такого відношення. Потерпілому, якщо він передбачений кримінальним законом, злочин завжди заподіює шкоду, а предмет – у разі вчинення злочину може й не зазнавати ніяких негативних змін, незважаючи на те, що на нього вказує кримінальний закон. Наприклад, при вчиненні крадіжки, грабежу чи розбою потерпілий зазнає шкоди, а предмет злочину (майно), як правило, залишається незмінним. Отже, поняття потерпілого від злочину та предмета злочину не співпадають ані за змістом, ані за обсягом. З позиції структури об'єкта злочину потерпілий – це суб'єкт (учасник) охоронюваних кримінальним законом суспільних відносин, блага, праву чи інтересу якого злочином заподіюється реальна шкода або створюється загроза заподіяння такої.

Крім того, у науці кримінального права висловлювалася думка, що ознакою складу злочину виступає не потерпілий від злочину, а «ознака, що характеризує особу потерпілого»¹. Ця позиція викликає заперечення, оскільки аналіз законодавства про кримінальну відповідальність дає можливість зробити висновок, що законодавець, формулюючи в диспозиції закону злочин, вказує не на ознаки, які характеризують особу потерпілого, а безпосередньо називає види потерпілих – державний чи громадський діяч, заручник, пацієнт, суддя, народний засідатель, присяжний тощо (ст. 112 «Посягання на життя державного чи громадського діяча», ч. 2 ст. 115 «Умисне вбивство», статті 141 «Порушення прав пацієнта», 377 «Погроза або насильство щодо судді, народного засідателя чи присяжного» КК та ін.).

Формулювання суспільно небезпечних діянь, що наведені в нормах Особливої частини КК України 2001 р., дозволяє відносити потерпілого до ознак складу певного злочину у 120 випадках². В усіх цих складах потерпілий є обов'язковою ознакою. Разом із тим значна кількість складів такої ознаки не мають (наприклад, склади злочинів, що випливають з норми ст. 248 КК «Незаконне полювання», ст. 290 «Знищення, підробка або заміна номерів вузлів та агрегатів транспортного засобу» тощо). Вони не вводять-

¹ Дагель П. С. Потерпевший в советском уголовном праве. – С. 22.

² Станом на 1 березня 2007 року.

ся до складу злочину (правової моделі) за відсутності необхідності. Це означає, що в одних складах злочинів потерпілий – обов'язкова ознака, а в інших – необов'язкова. Потерпілий, зазначає Т. І. Присяжнюк: «може не бути конструктивним елементом складу злочину»¹. Таким чином, потерпілі, які є ознаками складу певних видів злочинів, у межах загального вчення про склад злочину охоплюються поняттям «потерпілий від злочину». В межах цього вчення потерпілий належить до групи факультативних ознак складу злочину.

2.3. Проблема згоди «потерпілого» у кримінальному праві

Проблема кримінально-правового значення згоди «потерпілого» на заподіяння шкоди його правоохоронюваним інтересам є далеко не новою для кримінального права. Ще в XIX столітті російський криміналіст Н. Розін, який присвятив цій проблемі ґрунтовне дослідження, відзначав, що ставлення у європейській кримінально-правовій доктрині і в європейських кримінальних законах до згоди «потерпілого» визначалося двома течіями. Одні відстоювали значення моральних засад, в силу яких права людини визнаються невідчужуваними і на них не поширюється влада їх носія, а тому згода на заподіяння їм шкоди не може усувати відповідальності. Інші ж, ґрунтуючись на ідеях суб'єктивного ідеалізму, вважали, що від деяких прав їх суб'єкт може відмовитися і дати свою згоду на заподіяння їм шкоди². Варто відзначити, що і в подальшому розвитку кримінально-правової науки дискусія про значення згоди «потерпілого» збереглася, а її учасники дотримуються приблизно тих же двох позицій, що і їх попередники в минулому. На наш погляд, вирішення питання про значення згоди «потерпілого» для кримінального права вимагає попереднього з'ясування юридичної природи дій особи щодо заподіяння «потерпілому» шкоди за його згодою.

Уявляється, що за своєю природою заподіяння шкоди «потерпілому» за його згодою є здійсненням іншою особою суб'єктивного права самого «потерпілого». Саме тому встановлення правомірності заподіяння шкоди особі в процесі здійснення іншою особою її суб'єктивного права, повинне підкорятися загальним правилам, які регулюють правомірну поведінку людей у випадках, коли одна особа за згодою іншої вчиняє стосовно останньої певні дії. Очевидно, що такими правилами є положення цивільного законодавства, які регулюють договірні відносини між приватними особами. Саме тому, на наш погляд, заподіяння певної шкоди суб'єктивному праву особи з її згоди є незлочинним остільки, оскільки воно визнається правомірним з позицій приватного (цивільного) права.

Відомо, що особисті немайнові та майнові відносини регулюються цивільним правом (стаття 1 ЦК України). При цьому суб'єкти цивільних відносин набувають і здійснюють цивільні права за своєю волею і в своєму інтересі, а обмеження таких прав може здійснюватися лише на основі закону й тільки в тій мірі, в якій це необхідно з метою захисту основ конституційного ладу, моральності, здоров'я, прав і законних інтересів інших осіб, забезпечення оборони країни й безпеки держави. За загальним правилом, припинення суб'єктивного права можливе або за розпорядженням особи, якій воно належить (наприклад, особа приймає рішення про знищення будинку, що належить їй на праві власності), або з об'єктивних причин, що не залежать від волі особи (наприклад, руйнування такого будинку стихійними силами природи). Тільки у випадках, встановлених законом, припинення суб'єктивного права можливе за розпорядженням органів державної влади. У тих випадках, коли особа сама розпорядила-

¹ Присяжнюк Т. І. Потерпілий від злочину: проблеми правового захисту: Монографія. – С. 97.

² Див.: Розин Н. К вопросу о согласии пострадавшего // Вестник права. Журнал юридического общества при Императорском Санкт-Петербургском университете. XXIX. – 1899. – № 9 (ноябрь). – С. 107.

ся своїм правом, вона може або самотійно виконати ті дії, в яких полягає реалізація права (у наведеному прикладі – самотужки знести власний будинок), або ж доручити виконання дій по реалізації свого суб'єктивного права іншому суб'єктові (у нашому випадку – доручити знести свій будинок іншій особі). В останньому випадку, коли особа розпоряджається своїм суб'єктивним правом таким чином, при якому доручає (вимагає, просить, укладає угоду) іншій особі деякою мірою зменшити належні їй блага і тим самим обмежити або припинити право на них, можна говорити про цивільно-правовий правочин.

Відповідно до ч. 1 ст. 202 ЦК «правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків». Оскільки ж у ситуації, коли одна особа доручає іншій змінити або припинити її суб'єктивні права шляхом заподіяння шкоди відповідним благам, погоджується воля як мінімум двох суб'єктів і такий правочин відповідно до ч. 2 ст. 202 ЦК вже буде йменуватися договором. При цьому договір між приватними особами, при виконанні якого одна особа реалізує право іншої на заподіяння шкоди певним її інтересам, з погляду цивільного права буде правомірним, якщо дотримані встановлені цивільним законодавством загальні вимоги, обов'язкові для чинності правочину, інакше кажучи, якщо правочин (договір) відповідає встановленим цивільним законодавством ознакам.

Як прийнято вважати в науці цивільного права, правочин становить собою єдність чотирьох елементів: 1) суб'єктів – осіб, що беруть участь у ньому; 2) суб'єктивної сторони – єдності волі й волевиявлення; 3) форми та 4) змісту. При цьому недолік будь-якого або декількох елементів правочину приводить до його недійсності. Недійсність правочину означає, що за ним не визнається значення юридичного факту, у зв'язку з чим недійсний правочин не може породжувати юридичні наслідки, які сторони мали на увазі при його укладенні¹, у тому числі, недійсний правочин не може виступати й підставою правомірного заподіяння шкоди за згодою «потерпілого».

Суб'єктами правомірного правочину можуть виступати будь-які учасники цивільно-правових відносин, що володіють дієздатністю. Відповідно до статей 34 й 35 ЦК цивільна дієздатність фізичної особи в повному обсязі виникає по досягненню нею вісімнадцятирічного віку або з моменту вступу в шлюб, якщо це відбулося до досягнення 18-річчя, або з моменту емансипації (для осіб, що працюють за трудовим договором або записаних батьком або матір'ю дитини). Відповідно до статей 31 та 32 ЦК цивільно-правова дієздатність малолітніх і неповнолітніх фізичних осіб є обмеженою. Отже, обмеженою є і їхня можливість на розпорядження своїми благами шляхом надання згоди на заподіяння шкоди своїм благам іншими особами. Зокрема, особи у віці до 18 років вправі дати згоду, наприклад, на розтрату їх заробітку, стипендії або іншого доходу (п. 1 ч. 2 ст. 32 ЦК). У той же час законодавчо визначений обсяг дієздатності малолітніх (осіб у віці до 14 років) практично виключає можливість укладення ними правочину, спрямованого на заподіяння шкоди їхнім інтересам.

Дієздатність юридичних осіб визначається цілями діяльності юридичної особи, окресленими в установчих документах, з одного боку, і повноваженнями органу юридичної особи, що має право на здійснення угод від імені юридичної особи, з іншого. Вона виникає й припиняється одночасно з виникненням і припиненням правоздатності юридичної особи. Оскільки в досліджуваному нами аспекті юридична особа може виступати лише суб'єктом давання згоди на заподіяння шкоди своїм інтересам, але ніяк

¹ Див.: Гражданское право: Учебник. Часть I. Издание третье, переработанное и дополненное / Н. Д. Егоров, И. В. Елисеев, А. А. Иванов и др. Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: ПРОСПЕКТ, 1998. – С. 236; Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, І. В. Жилінкова та ін.; За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасиво-Фатеевої, В. Л. Яроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Т. 1. С. 222-224.

не суб'єктом заподіяння такої шкоди¹, то дієдатною вона повинна бути саме в момент надання такої згоди.

Відомо, що цивільним законом передбачена можливість позбавлення дієдатності фізичних осіб, які внаслідок психічного захворювання не можуть усвідомлювати значення своїх дій або керувати ними (ст. 39 ЦК) і обмеження дієдатності фізичних осіб, які внаслідок психічного захворювання не можуть повною мірою усвідомлювати значення своїх дій або керувати ними, а також осіб, які внаслідок зловживання спиртними напоями або наркотичними засобами ставлять свою сім'ю у скрутне матеріальне становище (ст. 36 ЦК). Відповідно, перша категорія осіб не вправі укласти будь-які правочини, у тому числі й спрямовані на заподіяння шкоди; друга ж – може самостійно укласти тільки дрібні побутові правочини, що істотно обмежує їхню можливість укладання правочинів, спрямованих на заподіяння шкоди.

Суб'єктивна сторона правомірною правочину полягає в тому, що волевиявлення кожного його учасника повинне бути вільним і відповідати його внутрішній волі. Необхідною умовою цього є відсутність яких-небудь факторів, які могли б спотворити уявлення особи про суть правочину або його окремих елементів (омана, обман тощо) або створити видимість внутрішньої волі при її відсутності (погроза, насильство тощо). Волевиявлення повинне правильно відображати внутрішню волю й довести її до відома учасників правочину². Тільки в цих випадках правочин, спрямований на заподіяння шкоди, може бути визнаний правомірним. У тих же випадках, коли між волею й волевиявленням є розбіжності, правочин, укладений за таких умов, визнається недійсним, а, отже, і не може виступати обставиною, що виключає кримінальну відповідальність за заподіяну шкоду. Тому, не може йти мова про згоду «потерпілого» у випадках, коли він, наприклад, під погрозою застосування до нього фізичного насильства вимушено передає свою річ іншій особі. Очевидно, що в таких випадках особа, яка домоглася такої «згоди», підлягає кримінальній відповідальності залежно від обставин справи, наприклад, за грабїж, або за розбій, або за вимагання.

Форма правочину є зовнішнім втіленням волевиявлення його суб'єктів. Відповідно до ст. 205 ЦК правочин може відбуватися усно або в письмовій формі. Тому заподіяння шкоди певному благу «потерпілого» з його усної згоди при дотриманні всіх інших необхідних умов може визнаватися обставиною, що виключає злочинність діяння. І лише в тому випадку, коли цивільне законодавство вимагає обов'язкової письмової форми правочину, укладення його в усній формі свідчить про його незаконність, а його виконання не виключає кримінальної відповідальності за заподіяну шкоду. Так, наприклад, відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 208 ЦК у простій письмовій формі повинен укладатися правочин між громадянами на суму, що перевищує не менш ніж у двадцять разів неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Тому знищення чужого майна з усної згоди його власника за умови, якщо вартість цього майна перевищує у двадцять і більше разів неоподатковуваний мінімум доходів громадян, не може бути визнано правомірним.

Нарешті, за своїм змістом правочин повинен відповідати цілій низці вимог. По-перше, зміст правочину не може суперечити ЦК та іншим актам цивільного законодавства, інакше такий правочин визнається нікчемним. Так, відповідно до ч. 3 ст. 52 Основ законодавства України про охорону здоров'я заборонена евтаназія, тобто задоволення прохання хворого про прискорення його смерті якими-небудь діями або засобами, у тому числі припиненням штучних заходів щодо підтримання життя. Отже, всякий

¹ Цей висновок випливає з того, що будь-яке заподіяння шкоди юридичною особою лежить за межами кримінального права, оскільки така особа не є суб'єктом злочину. Якщо ж юридична особа за згодою «потерпілого» «заподіє» певну шкоду, питання про правомірність заподіяння такої шкоди повинно розглядатися в аспекті правомірності конкретних фізичних осіб.

² Див.: Гражданское право: Учебник. Часть I. Издание третье, переработанное и дополненное / Н. Д. Егоров, И. В. Елисеєв, А. А. Иванов и др. Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: ПРОСПЕКТ, 1998. – С. 237.

правочин, предметом якого є заподіяння шкоди життю людини, є нікчемним, оскільки суперечить актам законодавства. Відповідно, він не може виступати і обставиною, що виключає злочинність діяння.

По-друге, за своїм змістом правочин не може завідомо суперечити основам правопорядку або моральності, бо в іншому випадку він буде визнаний нікчемним. Це положення дає підставу для висновку про те, що згода «потерпілого» не може виключати кримінальної відповідальності, наприклад, за безпідставне заподіяння особі тілесного ушкодження, її продаж з метою експлуатації, наругу над могилою та інші подібні дії, які суперечать моральним засадам суспільства. Тому, якщо, наприклад, одна особа за згодою іншої заподіює шкоду її здоров'ю в публічному місці, більше того, таке заподіяння носить характер болісного, то в цьому випадку не можна стверджувати про те, що згода потерпілого виключає злочинність скоєного, оскільки крім шкоди безпосередньо здоров'ю заподіюється шкода ще й основам суспільної моралі. Однак, якщо ж шкода здоров'ю за згодою «потерпілого» заподіюється таким чином, що при цьому не порушуються основи суспільної моралі, у цьому випадку є всі підстави стверджувати про незлочинність вчиненого.

По-третє, зміст правочину повинен бути спрямований на реальне настання правових наслідків, обумовлених ним. Фіктивний та удаваний правочини є недійсними (статті 234 та 235 ЦК). Тому не може виключати кримінальної відповідальності, наприклад, згода особи на організацію її закордонної туристичної поїздки, у той час, як фактично особа вивозилася за кордон з метою її наступного продажу.

Всі перераховані вище вимоги до суб'єктного складу правочину, його суб'єктивної сторони, форми та змісту повинні бути сукупно дотримані для того, щоб заподіяння шкоди однією особою іншій при здійсненні її суб'єктивного права було визнано правомірним і віднесене до обставин, що виключають кримінальну відповідальність. Інакше кажучи, здійснення суб'єктивного права іншої особи з її згоди або прохання може визнаватися обставиною, що виключає кримінальну відповідальність за заподіяння шкоди інтересам цієї іншої особи, лише за умови, якщо домовленість між ними відповідала ознакам правомірності, які встановлені цивільним законодавством.

Висновок про те, що дії особи, пов'язані із заподіянням шкоди правам (інтересам) «потерпілого» з його згоди або на його прохання мають цивільно-правову природу, зовсім не виключає того, що подібні дії одночасно не можуть розглядатися й у системі обставин, що виключають злочинність діяння. Саме тому, згода «потерпілого» може бути розглянута як юридична підстава виключення кримінальної відповідальності за заподіяння шкоди його правам і законним інтересам.

Вище вже відзначалося, що згода «потерпілого» відноситься до числа підстав, що породжують виникнення у іншої особи права на заподіяння шкоди правам та законним інтересам того, хто дав таку згоду. Звичайно, висловлення такої згоди, у свою чергу, обумовлюється рядом обставин (факторів), що впливають на виникнення зазначеної згоди, і які можна було б іменувати фактичною підставою для здійснення особою діяння, пов'язаного із заподіянням шкоди правам і законним інтересам іншої особи, що дала згоду на такі дії. У свою чергу, саму згоду такої особи доцільно віднести до юридичної підстави заподіяння такої шкоди. Це викликано тим, що така згода повинна відповідати ряду юридично значимих ознак, відсутність яких виключає правомірність заподіяння зазначеної шкоди.

На наш погляд, підставами здійснення вчинків, що виключають злочинність діяння, виступають такі фактори об'єктивної дійсності, які необхідні й достатні для виправдання здійснення суб'єктом дій, що зовні підпадають під ознаки діяння, передбаченого кримінальним законом. Необхідними ці фактори (явища, процеси, події, вчинки тощо) визнаються тому, що без них здійснення зазначених дій неприпустиме, а їхня достатність означає, що в цей момент є така їхня сукупність, яка пояснює й виправдує заподіяння

шкоди об'єктам кримінально-правової охорони¹. Таким чином, фактична підстава становить собою різні фактори об'єктивної дійсності, що обумовлюють можливість (необхідність) заподіяння шкоди об'єкту кримінально-правової охорони. Фактична підстава визначається тією обстановкою, що складається перед здійсненням діяння, пов'язаного із заподіянням шкоди. Правовою ж підставою є сама згода «потерпілого», яка має відповідати умовам, які були розглянуті вище.

Отже, правомірність заподіяння шкоди при згоді «потерпілого» обумовлюється двоєдиною підставою, що включає факт об'єктивної дійсності (фактична підстава) і згоду «потерпілого» (юридична, правова підстава). Єдність фактичної і юридичної підстав виправдує заподіяння шкоди правам і законним інтересам потерпілого.

При цьому сам правомірний вчинок, пов'язаний із заподіянням шкоди правам і законним інтересам «потерпілого» з його згоди, може бути представлений як система його елементів (суб'єкта, об'єкта, об'єктивної та суб'єктивної сторони), що характеризується юридичними ознаками та має суспільно корисний або соціально прийнятний (допустимий) зміст.

Суб'єктом правомірного вчинку при заподіянні шкоди «потерпілому» з його згоди є особа фізична, осудна й така, що досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність за заподіяну шкоду. Суб'єкт правомірного вчинку може бути як конкретизованим, так і неконкретизованим «потерпілим», який дає згоду на заподіяння шкоди. Якщо суб'єкт заподіяння шкоди при наданні згоди був конкретизований, то лише він може бути визнаний суб'єктом правомірного вчинку. Якщо ж суб'єкт заподіяння шкоди не був конкретизований, то в його якості може виступити будь-яка особа, яка відповідає *загальним* (фізична особа, вік, осудність) і (або) *спеціальним* (професія, правовий статус тощо) ознакам суб'єкта такого вчинку.

Об'єктом правомірного вчинку при заподіянні шкоди за згодою «потерпілого» визнається та цінність (благо), яким суб'єкт заподіює певну шкоду для досягнення поставленої мети. Специфіка об'єктів правомірних вчинків щодо заподіяння шкоди за згодою «потерпілого» полягає в тому, що вони завжди входять до числа об'єктів кримінально-правової охорони від подібних посягань. Питання про правомірність розглянутих вчинків лише тому й виникає, що їхнім об'єктом виступають саме ті цінності (блага), які поставлені під охорону кримінального закону (наприклад, життя, здоров'я, особиста свобода, власність особи тощо). Отже, якщо шкода заподіюється благам, які не охороняються кримінальним законом, то не виникає й проблеми визначення обставин, що виключає злочинність діяння.

Об'єкт правомірного вчинку повинен відповідати тому об'єкту, на заподіяння шкоди якому особа дала згоду. Обсяг заподіяння шкоди зазначеному об'єкту повинен відповідати меті заподіяння шкоди та не виходити за межі згоди «потерпілої» особи.

Об'єктивна сторона правомірного вчинку при заподіянні шкоди за згодою «потерпілого» являє собою процес правомірного заподіяння шкоди об'єкту, розглянутий із зовнішньої сторони. Цей процес починається зі здійснення дії або бездіяльності, вчинених певним способом й у певних об'єктивно-предметних умовах обстановки, і завершується настанням певного правомірного результату (шкоди).

Розглянуте діяння з об'єктивної сторони виражається, насамперед, у дії або бездіяльності. Звідси висновок, що першою ознакою діяння є його активність або пасивність. Друга ознака розглянутого діяння – його збіг за фактичними ознаками із зовнішніми ознаками якого-небудь злочину, передбаченого в КК (наприклад, збіг ознак дії особи, що заподіює шкоду, з фактичними ознаками дії при знищенні або пошкодженні майна, його викраденні тощо). Спосіб здійснення дії (бездіяльності) у складі правомірного вчинку на заподіяння шкоди за згодою «потерпілого» може бути визначений як певний порядок, метод, послідовність рухів і прийомів, застосовуваних

¹ Баулін Ю. В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния. – Х.: Основа, 1991. – С. 150.

суб'єктом при здійсненні правомірної дії або бездіяльності для досягнення поставленої правової мети.

Таким чином, дія (бездіяльність) як елемент об'єктивної сторони правомірного вчинку при заподіянні шкоди за згодою «потерпілого» може бути визначена як *активна або пасивна поведінка належного суб'єкта, вчинена певним способом і спрямована на заподіяння шкоди об'єкту вчинку для досягнення поставленої правової мети*.

Результатом такої дії є зміни в об'єкті правомірного вчинку. Такий результат може бути різного характеру: 1) *матеріальний*: а) особистий або фізичний (шкода здоров'ю певного ступеня тяжкості, фізичний біль і тощо) і б) майновий (знищення або пошкодження майна) 2) *нематеріальний* (моральний, соціальний, політичний, організаційний тощо).

Заподіяння такої шкоди має певні межі, які визначаються межами згоди «потерпілого» і необхідністю досягнення соціально-значимого результату (мети правомірного вчинку). Залежність між межами заподіяння шкоди і її підставою полягає в тому, що *заподіювана об'єкту шкода повинна відповідати її підставі*. Отже, заподіювана шкода повинна порівнюватися одночасно як з фактичною (обставини), так і з правовою (згода потерпілого) підставами, узятими в єдності. Нарешті, заподіювана шкода повинна порівнюватися й з метою вчинку. Як ми вже відзначали, заподіяння шкоди не є самоціллю, а виступає засобом досягнення суб'єктом права поставленої мети. З цього погляду заподіювана шкода лише в тому випадку може вважатися припустимою і правомірною, якщо вона відповідала як її підставі, так і цілям правомірного вчинку.

Суб'єктивний контроль. Об'єктивний процес здійснення дії (бездіяльності) і заподіяння шкоди об'єкту вчинку так чи інакше регулюється психічною діяльністю суб'єкта. Для вчинків, що виключають злочинність діяння, характерна свідомо вольова регуляція, що супроводжує всі етапи зовнішньої поведінки, аж до настання результату.

Інтелектуальний момент суб'єктивного контролю характеризує, насамперед, усвідомлення суб'єктом фактичних, об'єктивних ознак здійснюваної дії (бездіяльності) і заподіяваного нею результату. Іншими словами, вчиняючи ту чи іншу дію, суб'єкт усвідомлює, що він фактично коїть. Суб'єкт правомірного вчинку надалі передбачає, що в результаті вчиненого ним діяння буде заподіяна шкода тому або іншому об'єкту, обумовленому згодою «потерпілого». Іншими словами, свідомістю суб'єкта повинні охоплюватися фактичні властивості і об'єкта, і шкоди, заподіяваної цьому об'єкту, і розвиток у загальних, родових рисах причинного зв'язку між вчиненим діянням і його результатом.

Вольовий момент такого контролю полягає в бажанні суб'єкта заподіяти певну шкоду тому або іншому об'єкту вчинку, оскільки така шкода виступає необхідним засобом досягнення правової мети, пов'язаної з реалізацією чужого суб'єктивного права.

Заподіяння шкоди за згодою «потерпілого» – це правомірні засоби досягнення правової мети, якщо така шкода не виходить за передбачені (обговорені) межі. Встановлення цих меж вимагає врахування сукупності деяких вимог (правил). До їх числа належать вимоги (правила), щодо обґрунтованості необхідності заподіяння шкоди, її максимальної допустимості, розумної достатності і відповідності правовій меті вчинку.

Правило про *необхідність* заподіяння шкоди полягає у визнанні її виправданості, якщо вона відповідним чином обґрунтована. Таким обґрунтуванням виступає єдність підстави правомірного вчинку (факту об'єктивної дійсності та згоди «потерпілого»). Відсутність такої єдності свідчить про неправомірність заподіяння шкоди, що тягне відповідальність на загальних підставах.

Вимога *максимальної допустимості* шкоди полягає в тому, що така шкода в кожному разі повинна порівнюватися з її *правовою* підставою (згодою «потерпілого») і не перевершувати її. Заподіяння ж шкоди, неспіврозмірної з її правовою підставою, тобто з виходом за межі згоди розцінюється за певних умов як перевищення меж допустимої шкоди.

Правило *розумної достатності* шкоди ґрунтується на тому, що виправданою повинна визнаватися шкода (яка не перевищує максимально припустиму), що в обстановці, яка склалася, була розумно достатньою для досягнення правової мети вчинку. Так, якщо стан здоров'я особи свідчить, що достатньо лише максимально припустимої шкоди (наприклад, хірургічне втручання), то вона і повинна визнаватися правомірним за собом досягнення правової мети. Однак, коли достатньою виявляється шкода, хоча й вимушено заподіяна, але така, що явно перевищує розмір максимально допустимої, має місце (за наявності всіх умов) перевищення меж допустимої шкоди. Якщо ж для досягнення правової мети досить заподіяти шкоду, явно менш значну, ніж максимально допустима (обговорена), то правомірною повинна визнаватися лише ця достатня шкода. У протилежному випадку, коли особа свідомо заподіює шкоду, явно більшу, ніж це було достатньо за даних обставин, має місце перевищення меж достатньої шкоди. Таке правило поширюється на випадки, коли розмір заподіяної шкоди був чітко обговорений (конкретизований). Якщо ж розмір заподіяної шкоди не був обговорений, то він повинен співвідноситися з правомірною метою заподіяння такої шкоди.

Правило про *відповідність шкоди правовій меті* зводиться до того, що заподіювана шкода не повинна виходити за межі правової мети вчинку. Такою визнається шкода, що не перевищує максимально припустиму і достатню для досягнення правової мети. Тому, якщо в основі заподіяння шкоди лежать не міркування досягнення цієї мети, а головним чином прагнення заподіяти як можна більшу шкоду, то така шкода визнається неправомірною, вона тягне за собою відповідальність на загальних підставах.

Викладене вище дозволяє зробити висновок про те, що перевищення меж шкоди має місце лише при недотриманні умови про співрозмірність цієї шкоди.

Отже, для констатації перевищення меж *дозволеної* шкоди варто встановити, що: 1) були правова й фактична підстави для здійснення дії (бездіяльності), пов'язаної із заподіянням шкоди об'єкту вчинку; 2) ця дія (бездіяльність) була розпочата вчасно й для досягнення передбаченої законом правової мети; 3) шкода була заподіяна належному об'єкту; 4) заподіяна шкода не відповідала лише вимозі про її співрозмірність.

Незважаючи на те, що перевищення меж дозволеної шкоди має місце лише при порушенні однієї умови її правомірності, це не виключає можливості розрізняти види такого перевищення. Правомірною може визнаватися тільки така шкода, що одночасно відповідає як правовій, так і фактичній її підставі. Звідси висновок, що перевищення меж дозволеної шкоди може мати місце в наступних випадках: 1) коли заподіяна шкода співрозмірна із правовою її підставою, але не відповідає фактичній; 2) коли ця шкода хоча й відповідає фактичній підставі, але не співрозмірна з правовою. У випадку, коли заподіяна шкода одночасно не відповідала як правовій, так і фактичній її підставі це означає, що шкода взагалі була заподіяна за відсутності для цього підстави, тобто без необхідності. У цьому випадку відповідальність за заподіяну шкоду повинна наступати як за звичайний умисний злочин.

Правова підстава визначає межі допустимої, а фактична – межі достатньої шкоди. Звідси висновок, що невідповідність шкоди її правовій підставі являє собою перевищення меж допустимої шкоди, а невідповідність шкоди фактичній підставі – перевищення меж достатньої шкоди. З урахуванням цього *перевищення меж допустимої шкоди можна визначити як свідоме заподіяння суб'єктом шкоди, що не відповідає тому розміру, на заподіяння якої було дано згоду «потерпілим»*. У той же час *перевищення меж достатньої шкоди – це свідоме заподіяння суб'єктом шкоди, більш ніж достатньої для досягнення правової мети, визначеної за згодою «потерпілого»*.

Незважаючи на те, що без оцінки згоди «потерпілого» на предмет її законодавчого визнання не обходиться жодне сучасне монографічне дослідження обставин, що виключають злочинність діяння, і те, що більшість криміналістів у цей час підтримують

цю ідею¹, згоду «потерпілого», проте, не було передбачено в КК України 2001 р. У зв'язку з цим у кримінально-правовій науці залишається дискусійним питання про те, чи має кримінально-правове значення згода «потерпілого», якщо вона не передбачена в КК? Так, на думку А. В. Наумова, хоча згода потерпілого прямо не передбачена кримінальним законом як обставина, що виключає злочинність діяння, вона не може не мати кримінально-правового значення в тих випадках, коли мова йде про вирішення питання про підстави кримінальної відповідальності або про звільнення від неї. Однак, аналізуючи юридичний зміст зазначених обставин, заснованих на нормах не кримінального, а інших галузей права, правозастосувач «виходить» на кримінально-правові підстави, найчастіше на відсутність кримінально-правової вини (умисної або необережної). Отже, ці обставини побічно перетворюються в кримінально-правові, тобто такі, що мають кримінально-правове значення². Інші автори (наприклад, Ю. М. Ткачевський) вважають, що обставини, які не передбачені кримінальним законом, не мають юридичного значення³.

У зв'язку з цим і виникає питання про доцільність закріплення в КК згоди «потерпілого» як обставини, що виключає злочинність діяння. З цієї проблеми в кримінально-правовій науці також висловлюються різні позиції. Одні криміналісти (наприклад, В. А. Блінніков⁴, С. Г. Келіна⁵, В. В. Орехов⁶, С. В. Пархоменко⁷, М. В. Сенаторов⁸) вважають, що положення про згоду «потерпілого», як обставину, що виключає злочинність діяння, повинні знайти своє закріплення в кримінальному законодавстві. Інші ж (наприклад, Ю. М. Ткачевський, І. М. Тяжкова⁹, А. Н. Сумачев¹⁰) не вбачають у цьому необхідності. І. Є. Звечаровський вважає, що відображення в КК згоди «потерпілого» на заподіяння шкоди якщо й можливе, то лише в негативній формі, а саме: «заподіяння шкоди за згодою потерпілого ... не виключає злочинності скоєних при цьому дій (бездіяльності), якщо ці дії (бездіяльність) вчинені винно і є суспільно небезпечними та забороненими кримінальним законом»¹¹.

На наш погляд, викладені вище аргументи дозволяють зробити висновок про необхідність закріплення в кримінальному законі положень про згоду «потерпілого» як обставину, що виключає злочинність діяння. У зв'язку з цим виникає питання про вироблення найбільш обґрунтованих законодавчих формулювань для таких положень. На наш погляд, беручи до уваги соціально-правове призначення нормативного при-

¹ Судження протилежного роду були характерні в основному для літератури радянського періоду (Див., наприклад: Советское уголовное право: Часть Общая. – М., 1969. – С. 790; Советское уголовное право: Часть Общая. – М., 1974. – С. 181-182; Козак В. Н. Вопросы теории и практики крайней необходимости. – Саратов, 1981. – С. 46, 52-56.)

² Наумов А. В. Уголовное право. Общая часть. Курс лекций. – 2-е изд. перераб. и доп. – М.: БЕК, 1996. – С. 345.

³ Див., наприклад: Курс уголовного права: Общ. ч. – Т. 1: Учение о преступлении: Учебник для вузов / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой и И. М. Тяжковой. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. – С. 446.

⁴ Блинников В. А. Обстоятельства, исключающие преступность деяния в уголовном праве России. – Ставрополь, 2001. – С. 223-224.

⁵ Курс российского уголовного права. Общая часть / Под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова. – М.: Спарк, 2001. – С. 423.

⁶ Орехов В. В. Необходимая оборона и иные обстоятельства, исключающие преступность деяния. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – С. 165.

⁷ Див.: Пархоменко С. В. Деяния, преступность которых исключается в силу социальной полезности и необходимости. Санкт-Петербург: Изд-во Р. Аскарлова. Юридический центр Пресс, 2004 г. – С. 169-170.

⁸ Див.: Сенаторов М. В. Потерпий від злочину в кримінальному праві. – Х.: Право, 2006. – С. 204-205.

⁹ Уголовное право России. Часть Общая: Учебник для вузов / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. – М.: Зерцало, 2005. – С. 376-377.

¹⁰ Сумачев А. Н. Публичность и диспозитивность в уголовном праве: Монография. – М.: Юрист, 2003. – С. 102-103.

¹¹ Российское уголовное право. Курс лекций. Т. 1. Преступление / Под ред. А. И. Коробеева. – Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1999. – С. 575; Уголовное право России. Часть Общая: Учебник / Под ред. И. Э. Звечаровского. – М.: Юрист, 2004. – С. 296.

пису про заподіяння шкоди за згодою «потерпілого», його варто помістити в розділі VIII Загальної частини КК України після статті про крайню необхідність. Згода «потерпілого» як обставина, що виключає злочинність діяння, повинна відповідати всім ознакам (умовам), встановленим нами раніше. В узагальненому вигляді зазначені умови можуть бути представлені в нормативному положенні, наприклад, наступного змісту:

«Стаття 39¹. Заподіяння шкоди за згодою особи

1. Не є злочином заподіяння шкоди охоронюваним кримінальним законом правам та інтересам особи, якщо ця шкода заподіяна з її належної згоди.

2. Згода на заподіяння шкоди визнається належною, якщо вона дана дієздатною особою та відповідала вимогам, передбаченим законодавством України».

2.4. Потерпілий і проблеми звільнення від кримінальної відповідальності

Однією з новел КК України 2001 року стало надання кримінально-правового значення примиренню потерпілого з особою, яка вчинила злочин. Відповідно до статті 46 КК дана обставина є складовою частиною підстави звільнення винного від кримінальної відповідальності. Зокрема, згадану статтею передбачено, що «особа, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона примирилася з потерпілим та відшкодувала завдані нею збитки або усунула заподіяну шкоду». Наука кримінального права негайно відгукнулася на цю новелу. Їй були присвячені не тільки спеціальні розділи в загальних дослідженнях, що стосуються проблем звільнення від кримінальної відповідальності¹ та кримінально-правового статусу потерпілого², але й декілька спеціальних дисертаційних досліджень³. Проте, варто зазначити, що наукові розробки проблем надання кримінально-правового значення примиренню винного з потерпілим почалися ще задовго до законодавчого вирішення цього питання.

Введення у кримінальний закон звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням з потерпілим має, як зазначається в літературі, певні специфічні причини⁴. Пов'язане воно, в першу чергу, з тим, що протягом 90-х років ХХ ст. у ході реформ кримінального законодавства і зміни пріоритетів кримінально-правової політики, проблема охорони інтересів потерпілого набула особливої актуальності. Так, Г. М. Міньковський, розглядаючи концептуальні положення сучасної кримінальної політики, відзначив, що слід орієнтуватися на задоволення, відшкодування чи пом'якшення шкоди, спричиненої потерпілому⁵. С. Г. Келіна, аналізуючи положення, що вимагали закріплення у новому кримінальному законодавстві, також підкреслювала

¹ Див., наприклад: Баулін Ю. В. Звільнення від кримінальної відповідальності. – К.: Атіка, 2004. – 296 с.; Ковітіді О. Ф. Звільнення від кримінальної відповідальності за нормами Загальної частини КК України. – Сімферополь: Квадранал, 2005. – 224 с.

² Див., наприклад: Сенаторов М. В. Потерпілий від злочину в кримінальному праві. – Х.: Право, 2006. – 208 с.; Присяжнюк Т. І. Потерпілий від злочину: проблеми правового захисту. – К.: Центр учбової літератури, 2007. – 240 с.

³ Див., наприклад: Перепади О. В. Кримінально-правові аспекти примирення між особою, яка вчинила злочин, та потерпілим (порівняльний аналіз законодавства України та ФРН). – Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – К.: ІДП НАН України, 2006. – 18 с.; Яценко А. М. Примирення з потерпілим у механізмі кримінально-правового регулювання: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – К.: Київськ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка, 2006. – 20 с.; Мандриченко Ж. В. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим. – Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Одеса.: Одеська нац. юрид. акад., 2007. – 16 с.;

⁴ Див., наприклад: Лесниевски-Костарева Т. А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. – М.: Норма, 2000. – С. 209.

⁵ Див.: Міньковський Г. М. Правовая политика в сфере борьбы с преступностью и проблемы законодательного регулирования этой борьбы // Проблемы формирования уголовной политики РФ и ее реализации органами внутренних дел. – М., 1995. – С. 26-27.

необхідність регламентації примирення сторін¹. Однак надмірне перебільшення значення захисту прав потерпілого, а також і примирення з потерпілим як підстави звільнення від кримінальної відповідальності викликали в науковій літературі і серйозні заперечення. Зокрема, зауважували, що це є привнесенням приватного елементу у галузь класичного публічного права². З такою думкою погоджується і Т. А. Леснієвські-Костарева, відзначаючи, що «сфера приватних засад отримала офіційний статус у чинному кримінальному законі»³.

Слід також відзначити, що інститут примирення з потерпілим певним чином є відображенням властивих закордонному законодавству альтернативних заходів та примирювальних процедур. Так, в англосаксонському праві поширеним є інститут припинення кримінального переслідування стосовно особи, яка вчинила злочин, у зв'язку з примиренням з потерпілим. У сучасній західній науці такі концепції примирення злочинця з потерпілим є популярними і розглядаються як доцільна альтернатива кримінальному переслідуванню⁴.

Правильне застосування ст. 46 КК України передбачає точне встановлення передбачених нею передумов та підстав звільнення від кримінальної відповідальності. На це особливу увагу звертає Пленум Верховного Суду України в Постанові № 12 від 25 грудня 2005 р. «Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності» (далі – Постанова ПВСУ № 12 від 23 грудня 2005 р.).

Передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності за ст. 46 КК є вчинення нею вперше злочину невеликої тяжкості. Особа вважається такою, що вчинила злочин невеликої тяжкості, якщо її діяння було кваліфіковано за статтею або відповідною частиною статті КК, санкція якої передбачає максимальне покарання у виді позбавлення волі на строк не більше двох років або інше, більш м'яке покарання, тобто покарання, яке в ст. 51 КК передбачене в пунктах 1-10. КК 2001 р. налічує понад 210 злочинів, які згідно ч. 2 ст. 12 КК відносяться до злочинів невеликої тяжкості. Вони знаходять своє місце у всіх розділах Особливої частини, крім Розділу І «Злочини проти основ національної безпеки України»⁵.

Злочином невеликої тяжкості як передумовою застосування ст. 46 КК визнається не тільки закінчений злочин, але й замах на такий злочин, оскільки згідно ст. 16 КК санкцією незакінченого злочину є санкція відповідної статті Особливої частини КК, що передбачає закінчений злочин невеликої тяжкості. Разом з тим не може визнаватися зазначеною передумовою готування до такого злочину, оскільки згідно ч. 2 ст. 14 КК готування до злочину невеликої тяжкості не тягне за собою кримінальної відповідальності.

При визначенні особи такою, що вперше вчинила злочин невеликої тяжкості, необхідно виходити, перш за все, з етимологічного значення цього поняття, а саме: такою визнається особа, яка фактично вчинила злочин перший раз. Разом з тим, при вирішенні цього питання слід враховувати і кримінально-правовий зміст поняття «вчинення злочину вперше». Це означає, що особа визнається такою, що вчинила злочин

¹ Див.: *Келина С. Г.* Освобождение от уголовной ответственности как правовое последствие совершения преступления // Уголовное право: новые идеи. – М., 1994. – С. 78.

² Див.: *Красиков А. Н.* Примирение с потерпевшим и согласие потерпевшего – «частный сектор» в публичном уголовном праве // Правоведение. – 1998. – № 1. – С. 179-180.

³ *Лесниевски-Костарева Т. А.* Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. – М.: Норма, 2000. – С. 210.

⁴ Докладніше див.: *Головко А. В.* Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. – Спб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 25-204. *Перепадья О. В.* Кримінально-правові аспекти примирення між особою, яка вчинила злочин, та потерпілим (порівняльний аналіз законодавства України та ФРН). – Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – К.: ІДП НАН України, 2006. – 18 с.

⁵ Кримінальний кодекс України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К.: «А.С.К.», 2001. – С. 229-241.

невеликої тяжкості вперше і у випадку, якщо злочин фактично був вчинений нею хоча і не перший раз, але на день його вчинення існували юридичні підстави, що виключали можливість визнання вчинення злочину повторним або рецидивом злочинів. Це має місце, зокрема, якщо за раніше вчинений злочин а) особу було звільнено від кримінальної відповідальності на підставах, встановленими КК (у тому числі у зв'язку із закінченням строків давності), згідно закону про амністію чи на підставі акту про помилування; б) особа хоча і була засуджена, однак на момент вчинення нового злочину судимість було погашено або знято; в) особа не підлягає кримінальній відповідальності, оскільки злочинність раніше вчиненого діяння скасована новим кримінальним законом.

Вчинення триваючого злочину (наприклад, ухилення від сплати аліментів на утримання дітей – ч. 1 ст. 164 КК) або продовжуваного злочину (наприклад, вчинення у кілька прийомів шахрайства – ч. 1 ст. 190 КК) не є перепоною для застосування ст. 46 КК, оскільки зазначені злочини не утворюють повторності злочинів.

При ідеальній сукупності двох або більше злочинів невеликої тяжкості (наприклад, використання завідомо підробленого документа (ч. 3 ст. 358 КК) при придбанні права на майно шляхом обману (ч. 1 ст. 190 КК) також немає законодавчих перепон для констатування передумови, передбаченої ст. 46. У такому випадку дії особи не утворюють повторності злочинів: особа вчиняє одне діяння, що лише кваліфікується за двома статтями КК, кожна з яких передбачає злочин невеликої тяжкості¹. І, навпаки, у випадках реальної сукупності злочинів невеликої тяжкості (наприклад, особа спочатку вчинила заподіяння майнової шкоди шляхом обману – ст. 192 КК, а через деякий час порушила порядок зайняття господарською діяльністю – ч. 1 ст. 202 КК), вчинення другого злочину невеликої тяжкості не може вважатися таким, що він вчинений вперше, оскільки в цьому випадку один злочин передує другому у часі, тобто це свідчить про сукупність злочинів (абз. 2 п. 3 Постанови ПВСУ № 12 від 23 грудня 2005 р.).

Особа, стосовно якої розслідується або розглядається в суді кримінальна справа за вчинений раніше нею злочин, у цей період може вчинити злочин невеликої тяжкості (наприклад, порушення безпеки дорожнього руху, що спричинило потерпілому середньої тяжкості тілесне ушкодження (ч. 1 ст. 286 КК)). У такому випадку висновок про наявність передумови для звільнення її від кримінальної відповідальності за новий злочин на підставі ст. 46 КК може бути зроблений лише після винесення рішення у першій справі. Якщо відносно цієї особи буде винесений виправдувальний вирок, то це буде підставою вважати, що злочин невеликої тяжкості вчинений нею вперше. Якщо ж особу буде звільнено від кримінальної відповідальності за перший злочин, то це є перепоною вважати вчинений потім злочин невеликої тяжкості вперше. Це пояснюється тим, що особа повинна саме на день вчинення такого злочину бути звільнена за раніше вчинений злочин від кримінальної відповідальності за підставами, передбаченими законом, або судимість на цей час за нього повинна бути погашена або знята. Така ситуація може мати місце і у випадку вчинення злочину невеликої тяжкості особою, яка ухиляється від слідства або суду за раніше вчинений злочин, у зв'язку з яким порушена кримінальна справа.

Якщо особу було звільнено від кримінальної відповідальності за ст. 46 КК, виходячи з того, що вона вперше вчинила злочин невеликої тяжкості, а після цього було встановлено, що вона раніше вчинила інший злочин, який свідчить, що особа вчинила останній злочин не в перший раз, то це є підставою для відміни постанови суду про звільнення від кримінальної відповідальності за нововиявленими обставинами у порядку, передбаченому ст. 400 КПК.

Хоча ст. 46 КК і не передбачає формальних обмежень щодо кола злочинів невеликої тяжкості, вчинення яких може виступати зазначеною передумовою, але такі обмежен-

¹ Інша думка викладена О. О. Житним: *Житний О. О.* Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям. – Х.: Вид-во НУВС, 2004. – С. 66-67.

ня фактично існують, виходячи із змісту ст. 46 КК та її цільового призначення. Зміст ст. 46 КК свідчить, що передумовою звільнення від кримінальної відповідальності, може бути лише такий злочин невеликої тяжкості, яким шкода заподіяна певному потерпілому, тобто фізичній особі, якій заподіяна моральна, матеріальна або фізична шкода і яка визнана потерпілою відповідно до ч. 2 ст. 49 КПК, про що особа, яка проводить дізнання, слідчий і суддя виносять постанову, а суд – ухвалу (абз. 2 п. 4 Постанови ПВСУ № 12 від 25 грудня 2005 р.). Отже, не є передумовою звільнення від кримінальної відповідальності за ст. 46 КК вчинення злочину невеликої тяжкості, яким заподіяна шкода державі або суспільству, а також інтересам окремих підприємств, установ, організацій, громадським об'єднанням громадян тощо, які не визнаються чинним законодавством потерпілими від злочину.

Виходячи із цільового призначення ст. 46, яка передбачає відмову саме держави від свого повноваження щодо покладання кримінальної відповідальності на осіб, винних у вчиненні злочинів, видається, що перелік злочинів невеликої тяжкості, які можуть бути передумовою звільнення від кримінальної відповідальності за ст. 46, обмежується як за колом їх суб'єктів, так і за колом потерпілих. Так, напевно чи є такою передумовою вчинення зазначених злочинів особами, які були уповноважені на виконання функцій публічної влади, зокрема: 1) представники влади (наприклад, при зловживанні владою, якщо це спричинило істотну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян – ч. 1 ст. 364 КК; при завідомо незаконному затриманні або незаконному приводі – ч. 1 ст. 371 КК тощо); 2) військовослужбовці (наприклад, при невиконанні наказу – ч. 1 ст. 403 КК). Так само, не є зазначеною передумовою вчинення злочину невеликої тяжкості, потерпілими від якого є зазначені особи, тобто представник влади (наприклад, при вчиненні йому опору під час виконання службових обов'язків – ч. 1 ст. 342 КК, працівник правоохоронного органу при умисному знищенні або пошкодженні його майна у зв'язку з виконанням службових обов'язків – ч. 1 ст. 347 КК тощо) або військовослужбовець (наприклад, начальник у разі погрози йому з боку підлеглого – ч. 1 ст. 405 КК).

З урахуванням зазначених вище обмежень КК містить близько 110 злочинів невеликої тяжкості, в яких закон або прямо вказує на певну потерпілу особу, або однозначний висновок про таку особу можна зробити шляхом тлумачення відповідної статті (частини статті) КК. До зазначеного вище переліку злочинів можуть увійти і ті злочини, при вчиненні яких у кримінальній справі будуть встановлені і визнані згідно закону певні потерпілі особи, які не підпадають під зазначені вище обмеження.

Підстава звільнення особи від кримінальної відповідальності за ст. 46 КК становить собою певну посткримінальну поведінку, яка включає в себе два складових елементи, взятих у своїй єдності, а саме: 1) примирення особи, яка вчинила злочин невеликої тяжкості, з потерпілим від цього злочину та 2) відшкодування зазначеною особою завданих нею збитків або усунення заподіяної шкоди. Відсутність хоча б одного із зазначених елементів виключає підставу звільнення від кримінальної відповідальності за ст. 46 КК. Виключенням з цього правила може бути добровільна відмова потерпілого від компенсації заподіяної йому шкоди або відсутність фактичної шкоди (збитків), наприклад, при замаху на злочин. У цьому разі для наявності підстави звільнення достатньо самого факту примирення (абз. 3 п. 3 Постанови ПВСУ № 12 від 25 грудня 2005 р.)

«Примирення винної особи з потерпілим (потерпілими) належить розуміти як акт прощення її ним (ними) у результаті вільного волевиявлення, що виключає будь-який неправомірний вплив, незалежно від того, яка зі сторін була ініціатором, та з яких мотивів» (абз. 3 п. 4 Постанови ПВСУ № 12 від 25 грудня 2005 р.). Результатом цього є угода зазначених осіб, відповідно до якої потерпілий не наполягає на притягненні до кримінальної відповідальності винної особи, а остання відшкодовує завдані нею збитки або усуває заподіяну шкоду. Про факт примирення винна особа та потерпілий

повинні сповістити особу, що проводить дізнання, слідчого, прокурора або суд, які оформляють цей факт у належній процесуальній формі (наприклад, протоколом). При цьому потерпілий може просити не порушувати кримінальну справу або припинити провадження по ній щодо даної особи чи звільнити саме цю особу від кримінальної відповідальності (якщо злочин вчинено у співучасті, але з іншими співучасниками примирення не досягнуто).

Мотиви сторін при досягненні примирення кримінально-правового значення не мають, так само як й ініціатива такого примирення. Його ініціаторами може бути як одна із сторін, так й обидві їх близькі чи знайомі, працівники правоохоронних органів, суд тощо. Однак, примирення з боку потерпілого повинне бути результатом його вільного волевиявлення. Неприпустимим є неправомірний вплив на нього як з боку слідчого, прокурора чи судді, так і з боку винного чи з його згоди інших осіб (наприклад, залякування потерпілого чи його близьких, погрози на їх адресу тощо). У такому випадку примирення з боку потерпілого визнається не добровільним, а вимушеним. При встановленні фактів неправомірного впливу на потерпілого суд не вправі звільнити винного від кримінальної відповідальності за ст. 46 КК.

Якщо потерпілими від злочину є кілька осіб, то винний повинен досягти примирення з кожним із потерпілих. Недосягнення примирення хоча б з одним потерпілим виключає можливість застосування ст. 46 до особи, яка вчинила злочин щодо кількох потерпілих.

Інколи примирення винного може відбуватись не з самим потерпілим, а з його представниками або особами, які мають права потерпілого. Так, угоду про примирення від імені потерпілого, який не досяг чотирнадцяти років на день укладання цієї угоди, укладають лише його законні представники – батьки, усиновителі або опікуни. Потерпілий віком від чотирнадцяти до вісімнадцяти років може укласти зазначену угоду лише за згодою своїх законних представників. У справах про злочин невеликої тяжкості, внаслідок якого сталася смерть потерпілого (наприклад, при умисному вбивстві при перевищенні меж необхідної оборони – ст. 118 КК), потерпілими практика визнає близького родича вбитого, з яким і може бути досягнуто примирення. При цьому закон не зобов'язує суд, а також слідчого чи прокурора в таких справах самостійно розширювати коло потерпілих та поза їх волевиявленням визнавати їх такими.

Особа, яка вчинила злочин, при укладенні угоди про примирення може перебувати в процесуальному статусі свідка, підозрюваної, обвинуваченої або підсудної особи. В кримінально-правовій літературі висловлювалася думка, що в деяких випадках від кримінальної відповідальності може бути звільнена навіть особа, що вже відбуває призначене їй 100 судом покарання, за умови, якщо наглядова інстанція, знайшовши в матеріалах справи заяву від потерпілого з проханням про звільнення злочинця від кримінальної відповідальності, відміння вирок суду і звільняє особу від кримінальної відповідальності¹. З такою думкою не можна погодитись, зокрема тому, що, по-перше, мова йтиме вже не про звільнення від кримінальної відповідальності, а про звільнення від покарання; а, по-друге, такий порядок звільнення суперечить діючому кримінально-процесуальному законодавству².

Відшкодування завданих злочином збитків потерпілому або усунення заподіяної шкоди є другим обов'язковим елементом підстави звільнення особи від кримінальної відповідальності за ст. 46 КК. Закон не вимагає, щоб таке відшкодування або усунення шкоди було здійснено у повному обсязі. Важливо, щоб винним були задоволені претензії

¹ Шумский Г. А. Прекращение уголовного дела в связи с примирением потерпевшего и обвиняемого // Деятельность милиции по усилению охраны общественного порядка и борьбы с преступностью в новых социально-экономических условиях. – М., 1998. – С. 123.

² Див. також: Егоров В. С. Теоретические вопросы освобождения от уголовной ответственности. – М., 2002. – С. 185.

потерпілого. При цьому задоволення, наприклад, матеріальних претензій може мати місце і частками протягом періоду часу, визначеного сторонами.

Відшкодування збитків чи усунення шкоди здійснюється, як правило, самим винним. Однак це можуть зробити й інші особи за ініціативою винного (абз. 6 п. 3 Постанови ПВСУ № 12 від 25 грудня 2005 р.), за виключенням випадків, коли усунення шкоди пов'язано з його особистістю (наприклад, публічне принесення ним вибачення потерпілому за заподіяну шкоду). Відшкодування збитків та усунення шкоди або домовленість винного з потерпілим про таке відшкодування (усунення) є обов'язковою частиною угоди про примирення потерпілого з винним (за виключенням випадків, коли потерпілий вибачив винному заподіяну шкоду). Якщо потерпілий (або один із потерпілих, якщо їх декілька) незадоволений відшкодуванням заподіяної йому моральної чи фізичної шкоди, а також матеріальних збитків, що виникли або можуть виникнути у зв'язку із злочинним посяганням на нього (навіть, якщо вимоги потерпілого є завищеними), то застосування ст. 46 КК є неприпустимим.

При досягненні домовленості з цього приводу фактичне відшкодування збитків чи усунення шкоди або їх частини може мати місце як після вчинення злочину і до видалення суду в нарадчу кімнату для постановлення рішення у справі, так і після прийняття постанови про закриття провадження у кримінальній справі.

Особа, що підлягає звільненню від кримінальної відповідальності на підставі ст. 46 КК – це фізична, осудна особа, що досягла віку, з якого можливе притягнення її до кримінальної відповідальності за вчинення нею вперше злочину невеликої тяжкості та посткримінальна поведінка якої відповідає ознакам, передбаченим у ст. 46 КК. Якщо злочин вчинено у співучасті, то питання про звільнення від кримінальної відповідальності вирішується індивідуально стосовно кожного окремого співучасника. Таке звільнення може мати місце лише відносно тих співучасників, які примирилися з потерпілим (потерпілими). У випадку, якщо потерпілий не погоджується на примирення з будь-яким із співучасником, до останнього не може бути застосована ст. 46 КК.

Стаття 46 КК передбачає імперативне і безумовне звільнення особи від кримінальної відповідальності за наявності зазначеної вище передумови та підстави такого звільнення. Процесуальний порядок такого звільнення передбачений ст. 8 КПК. Крім того, слід мати на увазі, що ч. 1 ст. 27 КПК передбачає, що «справи про злочини, передбачені статтею 125, частиною 1 статті 126 Кримінального кодексу України, а також справи про злочини, передбачені статтею 356 Кримінального кодексу України щодо дій, якими заподіяно шкоду правам та інтересам окремих громадян, порушуються не інакше як за скаргою потерпілого, якому і належить у такому разі право підтримувати обвинувачення. В цих справах дізнання і досудове слідство не провадяться. Зазначені справи підлягають закриттю, якщо потерпілий примириться з обвинуваченим, підсудним. Примирення може статися лише до видалення суду в нарадчу кімнату для постановлення вироку». Таким чином, положення ч. 1 ст. 27 КПК певним чином доповнюють положення ст. 46 КК.

ПРАВОВАЯ СИСТЕМА УКРАИНЫ: ИСТОРИЯ, СОСТОЯНИЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ

Правовая система Украины: история, состояние и перспективы : в 5 т. – Харьков : Право, 2011. Т. 5: Уголовно-правовые науки. Актуальные проблемы борьбы с преступностью в Украине / под. общ. ред. В. В. Сташиса. – 904 с.

Раздел 1 ПРЕСТУПНОСТЬ В УКРАИНЕ

1.3.6. Преступления в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов или прекурсоров

Наркомания является одной из острейших проблем нашего времени. Вызывают беспокойство масштабы и темпы ее распространения. Доминирующей тенденцией развития наркотических проблем в Украине является постоянное увеличение зарегистрированного количества больных наркотической зависимостью. По данным Министерства здравоохранения Украины в наркологических заведениях количество зарегистрированных больных с наркотическими расстройствами в 1998 г. составляло 62 107 человек, в 1999 г. – 69 254, в 2000 г. – 75 327, в 2001 г. – 79 919, в 2002 г. – 83 868 человек, что по сравнению с 1998 г. больше на 35 %¹. По данным Департамента информационных технологий МВД Украины, в 2003 г. находилось на учете – 119 965 потребителей наркотиков, в 2004 г. – 124 805 человек, в 2009 году – 164 771 человек, а в 2010 – 152 878. Тенденция роста уровня наркотизации населения сохранилась и в последующие годы. Из общего количества лиц, находящихся на учете, свыше 90 % – молодежь в возрасте до 30 лет. Это означает, что сегодня каждый пятидесятый гражданин Украины в возрасте от 13 до 30 лет употребляет наркотики. По данным того же департамента, наибольшее количество наркопотребителей в 2010 г. зарегистрировано в Луганской области – 15 332, в Донецкой – 15 304, в Одесской – 12 313, г. Киеве – 11 270, Закарпатье – 836.

Наркомания стала источником зла для современного человечества. Она препятствует прогрессу общества, охватывает все слои населения, разрушает физическое и моральное здоровье молодежи, угрожает стабильности генофонда Украины, является криминогенным фактором, содействующим совершению преступлений. В 2010 г. наркоманами совершено 8 929 преступлений, в том числе 44 из них – несовершеннолетними. Организация Объединенных Наций провозглашала 1991-2000 гг. Десятилетием борьбы со злоупотреблениями наркотиками и призвала мировое сообщество к решительной, конструктивной борьбе с этой разновидностью социальной патологии.

Украина на организационном уровне осуществляет немало мероприятий по предотвращению наркопреступлений, определению комплексных методов борьбы с ними. В частности, это отразилось в поддержке международных инициатив, ратификации

¹ Вісн. Верхов. Суду України. – 2003. – № 6 (40). – С. 35.

известных конвенций ООН 1961, 1971, 1988 гг.¹, разработке Концепции реализации государственной политики в сфере борьбы с незаконным обращением наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров на 2002–2010 года, в которой делается ударение на дальнейшем обострении проблем, связанных с незаконным обращением (культивирование наркосодержащих растений, разработка, производство, отпуск, изготовление, хранение, распределение, торговля, использование, перемещение на территории Украины и за ее пределами) наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, создающие непосредственную угрозу генофонду нации, обеспечению правопорядка, национальной безопасности страны². Кабинет Министров Украины 22 ноября 2010 года издал Распоряжение № 2140-р «Об утверждении плана мероприятий по выполнению Концепции реализации государственной политики в сфере борьбы с распространением наркомании, незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров на 2011 – 2015 года»³.

Как отмечается в постановлении Пленума Верховного Суда Украины от 26 апреля 2002 г. № 4 «О судебной практике в делах о преступлениях в сфере обращения наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов или прекурсоров», распространение наркомании и рост преступности, связанной с незаконным обращением наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов или прекурсоров, приобретают все большие масштабы и становятся серьезным социальным фактором, отрицательно влияющим на жизнь, здоровье и благополучие людей⁴.

Наркомания – не только социальное, но и экономическое явление, поскольку незаконное обращение наркотических средств⁵ – это теневой бизнес, который дает возможность получать сверхприбыли, привлекать к нему новых участников, расширять социальную сферу наркоманов. Если в начале 90-х гг. XX в. доходы преступных организаций, занимающихся производством и сбытом наркотических средств только в Западной Европе оценивались в 200 млрд долларов США, а в мире (по разным оценкам) – от 500 млрд до 1,5 трлн долларов США, то в середине прошлого десятилетия они, по оценкам экспертов, составляли около 600 млрд долларов США, а к началу XXI века их сумма оценивается в 300–800 млрд долларов США⁶. Наркобизнес – это одна из наиболее прибыльных и привлекательных сфер преступной деятельности.

На протяжении последних лет наметилась тенденция к уменьшению количества зарегистрированных преступлений в сфере оборота наркотических средств в структуре преступности в Украине. Так, в 1998 г. Выявлено 39 940 таких преступлений и их доля в общем количестве зарегистрированных преступлений составляла 8,7 %. В 2001 г. этих преступлений было совершено уже 47 717 (или 11,3 %), в 2005 г. – 65 017 (или 13,4 %), в 2006 г. – 64 630 (или 15,4 %), за девять месяцев 2007 г. – 50 649 (или 16,4 %). Поэтому распространенность преступлений в сфере оборота наркотических средств требует консолидации усилий научных работников и практиков и их концентрации на поиске эффективных средств борьбы с наркопреступлениями.

¹ Україна в міжнародно-правових відносинах. Боротьба із злочинністю та взаємна правова допомога: зб. док. (на укр. і рус. языках). – К.: Юрінком, 1996. – Кн. 1. – С. 155–284.

² Концепція реалізації державної політики у сфері боротьби з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсоров на 2002–2010 роки: схвал. розпорядженням Кабміну України від 24 січ. 2002 р. № 26-р // Офіц. вісн. України. – 2002. – № 5. – Ст. 197.

³ Урядовий кур'єр від 08.12.2010 – № 230.

⁴ Постановления Пленума Верховного Суда Украины по уголовным делам / Верхов. Суд України; за заг. ред. В. Т. Малайченко. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – С. 193.

⁵ Здесь и далее, если иное специально не предусмотрено, под «наркотическими средствами» понимаются также психотропные вещества, их аналоги или прекурсоры.

⁶ См.: Пономаренко Ю. А. Уголовно-правовая борьба с легализацией доходов от наркобизнеса: украинские перспективы в контексте иностранного международного опыта / Ю. А. Пономаренко // Сб. науч. пр. Харьк. Центра по изуч. организ. преступности совместно с Америк. Ун-том в Вашингтоне. – Х.: Харьк. Центр по изуч. организ. преступности совместно с Америк. Ун-том в Вашингтоне, 2003. – Вып. 6. – С. 190–191.

Раздел XIII Особенной части действующего УК Украины содержит 16 статей (статьи 305–320), предусматривающих составы преступлений в сфере незаконного обращения наркотических средств. Представляется, что, существует потребность привести общее определение наркотических преступлений и охарактеризовать их существенные признаки, а также определенным способом классифицировать эти преступления.

Преступления, предусмотренные разделом XIII Особенной части УК Украины, посягают на здоровье населения, которое *является родовым объектом* этих преступлений. Оно охватывает безопасность фактического биофизиологического и психического состояний населения от незаконного воздействия наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров. Обязательным признаком рассматриваемых преступлений является наличие предметов, представляющих повышенную опасность для здоровья людей. Они выступают предметами или средствами совершения этих преступлений. Такими предметами являются:

- 1) наркотические средства (статьи 305-309, 313-320 УК);
- 2) психотропные вещества (статьи 305-309, 313-315, 317-320 УК);
- 3) прекурсоры (статьи 305, 306, 311, 312, 318, 320 УК);
- 4) аналоги наркотических средств и психотропных веществ (статьи 305-309, 313-315, 317, 320 УК);
- 5) снотворный мак или конопля (ст. 310 УК).

Понятие и признаки первых четырех видов этих предметов определены в Законе Украины от 22 декабря 2006 г. «О наркотических средствах, психотропных веществах и прекурсорах»¹. При этом все эти предметы (кроме аналогов) предусмотрены в Перечне наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров (далее – Перечень), составленном согласно законодательству и международным обязательствам Украины и утвержденном постановлением Кабинета Министров Украины от 6 мая 2000 г. № 770². Перечень состоит из четырех таблиц (табл. I, II, III и IV), каждая из которых включает список № 1 и список № 2, а табл. I – еще и список № 3. Эти списки содержат перечень наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, обращение которых в Украине или вообще запрещено (например, списки № 1 и 2 табл. I), либо ограничено, поскольку относительно внесенных в перечень наркотических средств устанавливаются меры контроля разной степени суровости.

Наркотические средства – это включенные в Перечень вещества естественного или синтетического происхождения, препараты, растения, которые представляют опасность для здоровья населения в случае злоупотребления ими. Наркотические средства растительного происхождения – это производные разных сортов конопли (анаша, марихуана, гашиш и др.), опийные препараты, кокаин; синтетические наркотики – это наркотики, синтезированные в химических лабораториях (часто в кустарных) из разных химических веществ (например, перветин, метадон, фентанил, фенамин, мелоквалон и др.).

Психотропные вещества – это включенные в Перечень вещества естественного или синтетического происхождения, препараты, природные материалы, которые способны вызвать состояние зависимости и оказывать депрессивное или стимулирующее влияние на центральную нервную систему или вызывать нарушение восприятия, эмоций, мышления или поведения и представляют опасность для здоровья населения в случае злоупотребления ими. К психотропным веществам относят мескалин, амфетамин, барбитал, диазепам, феназепам, ЛСД и др.

Прекурсоры наркотических средств и психотропных веществ (далее – прекурсоры) – это вещества и их соли, используемые при производстве, изготовлении наркотических средств и психотропных веществ, включенных в Перечень. Так, к прекурсорам относят ацетон, этиловый эфир, соляную кислоту, серную кислоту, толуол.

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1999. – № 36. – Ст. 317.

² Офіц. вісн. України. – 2000. – № 19. – Ст. 789.

Аналоги наркотических средств и психотропных веществ – это запрещенные к обращению в Украине вещества естественного или синтетического происхождения, не включенные в Перечень, химическая структура и свойства которых подобны химической структуре и свойствам наркотических средств и психотропных веществ, психоактивное действие которых эти вещества отражают. Обычно изготовление наркотиков-аналогов имеет место при создании нового фармацевтического препарата, в процессе которого определяется и изучается ряд веществ, которые имеют подобные свойства, но несколько отличаются своей молекулярной структурой.

Мак снотворный или опийный – разные сорта мака, которые содержат алкалоиды опиума (морфин, кодеин, тебаин и др.). Наиболее распространенным является изготовление маковой соломки. Это собранные любым способом стебли и коробочки разного сорта снотворного мака (за исключением самих маковых семян) в целом виде или измельченные вплоть до порошкообразного состояния. Нередко из маковой соломки разными способами (например, путем выделения наркотически активных алкалоидов водой или органическими растворителями) получают опий экстракционный в растворенном, смолоподобном или твердом состоянии.

Конопля (каннабис) (распространенные названия – посевная (обыкновенная, культурная), иногда индийская) – одногодичное растение, в котором плодоносные и цветущие верхушки (соцветия), пыльца и смола содержат тетрагидроканнабинол – наркотически активный алкалоид. Наркотические средства конопляной группы – марихуана, гашиш, смола каннабиса, гашишное масло, все изомеры тетрагидроканнабинола.

Ряд составов преступлений в сфере незаконного обращения наркотических средств в качестве квалифицирующих признаков предусматривают совершение незаконных действий, если их предметом были особо опасные наркотические средства и психотропные вещества, а также наркотические средства, психотропные вещества, их аналоги или прекурсоры в крупных и особо крупных размерах.

Названия (международные незарегистрированные и химические) особо опасных наркотических средств и психотропных веществ представлены соответственно в списках № 1 и 2 табл. I Перечня. Так, к особо опасным наркотическим средствам отнесены, например, героин, кокаиновый куст, лист коки, маковая соломка (концентрат из маковой соломки), эфедрин, опий. В свою очередь, особо опасными психотропными веществами признаны, например, катинон, ЛСД, ЛСД-25, парагексил, МДМА и др.

Небольшие, крупные и особо крупные размеры наркотических средств, психотропных веществ или прекурсоров, которые находятся в незаконном обращении, определяются на основании приказа Министра здравоохранения Украины от 1 августа 2000 г. № 188, которым утверждены таблицы (I, II и III). Например, незаконное обращение героина признается в крупных размерах, если его вес составляет от 1,0 до 10 г, в особо крупных – от 10,0 г и больше; маковой соломки высушенной: в крупных размерах – от 0,5 кг до 5 кг, в особо крупных – от 5 кг и больше; опия экстракционного: в крупных размерах – от 50 г до 250 г, в особо крупных – от 250 г и больше. Так же определены крупные и особо крупные размеры незаконного обращения психотропных веществ и прекурсоров.

Объективная сторона рассматриваемых преступлений заключается в общественно опасных и противоправных действиях, которые наносят вред здоровью населения. Уголовная ответственность за эти преступления отвечает международным договорам Украины, предусматривающих обязательства государств преследовать лиц, виновных в незаконном обращении предметов, которые представляют повышенную опасность для здоровья населения, прежде всего наркотических средств. К ним принадлежат: Единая конвенция о наркотических средствах 1961 г.¹, Конвенция о психотропных веществах 1971 г.², Конвенция ООН о борьбе против незаконного обращения наркотиче-

¹ Україна у міжнародно-правових відносинах. – К. : Юрінком, 1996. – С. 155.

² Там же. – С. 209.

ских средств и психотропных веществ 1988 г.¹ Как правило, эти преступления совершаются только путем действия. Основные составы преступлений в сфере незаконного обращения наркотических средств обычно конструируются в качестве формальных (исключение составляют похищение, присвоение наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, или завладение ими путем мошенничества или злоупотребления служебным положением). Там, где закон предусматривает материальные составы, обязательным признаком объективной стороны преступлений является наличие причинной связи. При последствиях в виде фактического причинения вреда необходимо установить, что именно данное действие, предусмотренное диспозицией статьи, находится в причинной связи со следствием, то есть порождает его.

Субъективная сторона преступлений с формальным составом характеризуется прямым умыслом. Большое значение для квалификации преступления имеет установление наличия цели сбыта наркотических средств и других предметов или цели легализации доходов, добытых от незаконного обращения наркотиков. В преступлениях с материальным составом вина предусматривается только в виде прямого умысла (например, похищение, присвоение наркотических средств, завладение ими путем мошенничества или злоупотребления служебным лицом своим служебным положением).

Субъектами рассматриваемых преступлений могут быть любые вменяемые лица, которые, как правило, достигли шестнадцатилетнего возраста. Лишь за похищения (кражу, грабеж, разбой) и вымогательство наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов предусмотрена ответственность лиц, которые достигли четырнадцатилетнего возраста.

УК Украины 2001 г. предусмотрел новые меры по усилению борьбы с наркотическими преступлениями. Так, А. А. Музыка, сравнивая соответствующие статьи УК 1960 г. и УК 2001 г., пришел к выводу о том, что частично усилены санкции за действия, предусмотренные ч. 1 ст. 306 УК (использование доходов (средств и имущества), добытых от веществ, их аналогов или прекурсоров), поскольку раньше они наказывались лишением свободы на срок от трех до десяти лет с конфискацией имущества (ч. 1 ст. 229¹² УК 1960 г.), а теперь нижняя и верхняя границы лишения свободы за это преступление увеличены и составляют от пяти до двенадцати лет. Однако за большинство действий, связанных с незаконным оборотом наркотиков, в результате последней кодификации уголовного законодательства произошло относительное смягчение санкций. Так, размер наказания в виде лишения свободы, предусмотренного ст. 306 УК 2001 г. и ее аналогом – ст. 229¹ УК 1960 г., имеет такое соотношение: от 3 до 8 и от 3 до 10 лет (ч. 1); от 5 до 10 и от 5 до 12 лет (ч. 2); от 8 до 12 и от 8 до 15 лет (ч. 3)¹.

Критериями классификации предусмотренных действующим уголовным законодательством наркопреступлений могут быть их различные признаки. Но вместе с тем при определении таких критериев нужно учитывать общее понятие незаконного обращения наркотических средств как определенной деятельности. Благодаря этому разделению наркопреступлений на группы *в зависимости от определенных стадий «технологического процесса» обращения наркотиков*, которые предусмотрены УК Украины. Центральными стадиями такого процесса являются получение наркотиков (изготовление или незаконное приобретение), их сбыт и легализация наркоприбылей. Предшествует изготовлению (производству) стадия подготовки к изготовлению наркотиков, затем следует стадия непосредственного их изготовления (производства). Иногда наркотики не изготавливаются, а незаконно приобретаются, поэтому это также является самостоятельной стадией их обращения. Как правило, сбыт наркотиков происходит не в том месте, где они были изготовлены или приобретены, а в ином, для чего требуется их перемещение в пространстве к рынкам сбыта (большие города и др.). Поэтому перевозка, транспортировка наркотиков также является самостоятельной ста-

¹ Україна у міжнародно-правових відносинах. – К. : Юрінком, 1996. – С. 244.

дией их обращения. Завершающими стадиями этого преступного технологического процесса выступают сбыт наркотиков и легализация добытых от такой деятельности преступных доходов. Исходя из вышеизложенного, можно различать такие виды наркопреступлений:

а) *связанные с подготовкой к изготовлению (производству) наркотических средств*: контрабанда прекурсоров (ст. 305 УК), посев или выращивание снотворного мака или конопли (ст. 310 УК), незаконное производство, изготовление, приобретение, хранение, перевозка или пересылка прекурсоров, а также незаконный сбыт прекурсоров (ст. 311 УК), похищение, присвоение, вымогательство прекурсоров или завладение ими путем мошенничества или злоупотребления служебным положением (ст. 312 УК), похищение, присвоение, вымогательство оборудования, предназначенного для изготовления наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, или завладение им путем мошенничества или злоупотребления служебным положением и другие незаконные действия с таким оборудованием (ст. 313 УК), незаконное изготовление, подделка, использование или сбыт подделанных документов на получение прекурсоров (ст. 318 УК);

б) *связанные с изготовлением (производством) наркотических средств*: незаконное производство, изготовление и хранение с целью сбыта наркотических средств (ст. 307 УК), организация или содержание мест для незаконного производства или изготовления наркотических средств (ст. 317 УК);

в) *связанные с незаконным приобретением наркотических средств или их завладением*: незаконное приобретение с целью сбыта наркотических средств (ст. 307 УК), похищение, присвоение, вымогательство наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов или завладение ими путем мошенничества либо злоупотребления служебным положением (ст. 308 УК), незаконное изготовление, подделка, использование или сбыт подделанных документов на получение наркотических средств, психотропных веществ (ст. 318 УК);

г) *связанные с перемещением наркотических средств*: контрабанда наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов (ст. 305 УК), незаконная перевозка, пересылка с целью сбыта наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов (ст. 307 УК);

д) *связанные со сбытом наркотических средств*: незаконный сбыт наркотических средств (ст. 307 УК), организация или содержание мест для незаконного употребления наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов (ст. 317 УК);

е) *связанные с использованием средств, полученных от незаконного обращения наркотических средств*: использование средств, полученных от незаконного обращения наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов или прекурсоров (ч. 2 ст. 306 УК).

Раздел 3 ПОЛИТИКА ГОСУДАРСТВА В СФЕРЕ БОРЬБЫ С ПРЕСТУПНОСТЬЮ В УКРАИНЕ

3.1. Общие положения

Известно, что одной из внутренних функций современного государства является обеспечение режима законности и правопорядка, которая в правовом государстве трансформируется в функцию обеспечения правозаконности и правопорядка и направлена на утверждение господства права во всех сферах жизни. Одним из главных направлений деятельности государства при выполнении указанной функции является, в частности,

повышение роли правосудия, совершенствование организации работы правоохранительных органов, особенно в борьбе с организованной преступностью¹. Реализация этой функции справедливо рассматривается отечественными криминалистами как направленная внутренняя, а при некоторых условиях – и внешней политики государства², причем отмечается, что это направление является одним из приоритетных³.

Современная теория и практика предупреждения и борьбы с преступностью уже давно не строят иллюзий относительно того, что единственными или основными средствами в этой сфере являются исключительно правовые средства. Очевидно, что эффективность влияния на преступность зависит в первую очередь и в большей мере не от них, а от экономических, социальных, информационных, технических, культурно-просветительских и других средств. Однако и правовые способы влияния на преступность продолжают играть достаточно значимую роль. В этом аспекте правовая политика⁴ государства в сфере предупреждения преступности и борьбы с ней (ст. 116 Конституции Украины) является необходимой составляющей государственной политики.

А. А. Митрофанов считает, что правовая политика государства в сфере противодействия преступности (иначе говоря, предупреждения преступности и борьбы с ней) является частью внутренней правовой политики государства, направленной на противодействие преступности⁵. Более подробно признаки политики в сфере борьбы с преступностью описывает П. А. Фрис, который понимает ее как проводимую Украинским государством генеральную линию, определяющую основные направления, цели и средства влияния на преступность путем формирования уголовного, уголовно-процессуального и уголовно-исполнительного законодательства, регулирование практики их применения, а также разработку и реализацию мер, направленных на предупреждение преступлений⁶. Таким образом, правовая политика государства в области предупреждения преступности и борьбы с ней включает в себя широкий комплекс правовых средств, предусматриваемыми разными отраслями права уголовно-правового цикла, а также криминологических средств, направленных на ограничение числа совершаемых преступлений и адекватное государственное реагирование на уже совершенные. Иногда это направление государственной правовой политики именуется уголовной (или уголовно-правовой) политикой. Так, И. Е. Звечаровский считает, что уголовная политика – это основанное на объективных законах развития общества направление деятельности специально уполномоченных государственных органов и организаций по охране прав и свобод человека и гражданина, общества и государства в целом от преступных посягательств путем применения наказания и других мер уголовно-правового характера к лицам, совершившим такие посягательства, а также путем предупреждения преступлений с помощью правового воспитания, угрозы применения уголовного наказания и мер профилактики индивидуального и специально-криминологического характера⁷.

¹ Загальна теорія держави і права / Цвік М. В., Петришин О. В., Авраменко А. В. та ін.; за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Х.: Право, 2009. – С. 100-101.

² См.: Фрис П. А. Кримінально-правова політика Української держави: теоретичні, історичні та правові проблеми / П. А. Фрис. – К.: Атіка, 2005. – С. 8.

³ См.: Митрофанов А. А. Основні напрямки кримінально-правової політики в Україні: формування та реалізація / А. А. Митрофанов. – Одеса: Вид-во Одес. юрид. ін-ту НУВС, 2004. – С. 11.

⁴ В современной литературе под правовой политикой понимается та часть государственной политики, которая осуществляется при помощи правовых средств (см., напр.: Коробова, А. П. Некоторые спорные проблемы учения о правовой политике / А. П. Коробова // Правоведение. – 1997. – № 4. – С. 148; Матузов, Н. И. Понятие и основные приоритеты российской правовой политики / Н. И. Матузов // Там же. – С. 8).

⁵ Митрофанов А. А. Основні напрямки кримінально-правової політики в Україні: формування та реалізація / А. А. Митрофанов. – Одеса: Вид-во Одес. юрид. ін-ту НУВС, 2004. – С. 20.

⁶ Фрис П. А. Кримінально-правова політика Української держави: теоретичні, історичні та правові проблеми / П. А. Фрис. – К.: Атіка, 2005. – С. 12.

⁷ Звечаровский И. Э. Современное уголовное право России: понятие, принципы, структура / И. Э. Звечаровский. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2001. – С. 74.

Однако отождествлять весь комплекс правовых мер, направленных на противодействие преступности, с уголовно-правовой политикой, на наш взгляд, неоправданно. Уголовно-правовая политика хотя и является одной из весомых составляющих политики государства в сфере предупреждения преступности и борьбы с ней, однако не исчерпывает всего объема последней. В связи с этим представляется, что указанные два понятия должны разграничиваться между собой.

Правовая политика государства в сфере предупреждения преступности и борьбы с ней – это достаточно широкое понятие, которое включает в себя всю совокупность правовых средств, направленных на определение преступности и наказуемости деяний, привлечение к уголовной ответственности лиц, которые их совершили, осуждение таких лиц и назначения им наказания, либо применение иных мер уголовно-правового характера, исполнение назначенного наказания, предупреждение совершения новых преступлений, и др. Очевидно, эти средства предусматриваются различными отраслями права, которые хотя и являются генетически общими¹, однако имеют определенные, довольно существенные различия. Это уголовное право (область материального права), уголовно-процессуальное и уголовно-исполнительное право.

Важную роль в предупреждении преступности играет также криминологическая политика. Необходимо отметить, что наряду с таким подходом к определению составляющих политики государства в сфере предупреждения преступности и борьбы с ней в литературе указывают и на другой взгляд, связанный с попыткой придать особый статус политике в сфере профилактики преступлений. При этом данный вид социальной политики, которая именуется криминологической, иногда включается в уголовную (уголовно-правовую) политику, как один из ее элементов²; иногда такую политику называют самостоятельным видом «социальной политики ликвидации преступности», который существует наряду с уголовной (уголовно-правовой) политикой³. Не вступая в дискуссию по этому вопросу, отметим следующее. На наш взгляд, если не отождествлять криминологическую политику с политикой государства в сфере противодействия преступности, которая включает в себя весь комплекс направлений и средств, в том числе и меры общесоциального характера, то ее часть, которая осуществляется средствами права, как раз и является составляющей политики государства в сфере предупреждения преступности и борьбы с ней.

Подобное понимание содержания политики государства в сфере борьбы с преступностью поддерживается многими исследователями. Например, по мнению Н. О. Лопашенко уголовно-правовая политика является определяющей частью политики государства в борьбе с преступностью; именно на ее основе формируются стратегия и тактика уголовно-исполнительной, уголовно-процессуальной и криминологической политики. Приоритет уголовной политики обусловлен тем, что только в ее рамках решаются такие принципиальные для каждого государства проблемы, как установление оснований и принципов уголовной ответственности, определение круга преступных деяний, видов наказаний и других мер уголовно-правового характера. Уголовная политика, считает Н. О. Лопашенко, может быть определена как часть внутренней политики государства, направление ее деятельности в сфере охраны демократического общественного порядка от преступных посягательств, которая заключается в формулировании идей и принципиальных положений, форм и методов уголовно-правового влияния на преступность с целью ее снижения и уменьшения негативного влияния на социальные процессы⁴. Подобным образом понимает уголовно-правовую политику Д. А. Шестаков, который считает, что под уголовно-правовой полити-

¹ См.: Панов М. И. Понятійні апарати наук кримінального циклу: співвідношення і взаємозв'язок / М. І. Панов // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2000. – № 4 (23). – С. 37.

² См., напр.: Российское уголовное право: курс лекций. Т. 1: Преступление / под ред. А. И. Коробеева. – Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1999. – С. 54–58.

³ См.: Звечаровский И. Э. Современное уголовное право России: понятие, принципы, структура / И. Э. Звечаровский. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2001. – С. 74–75.

⁴ Лопашенко Н. А. Основы уголовно-правового воздействия: уголовное право, уголовный закон, уголовно-правовая политика / Н. А. Лопашенко. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. – С. 268–269.

кой понимается та часть общей политики реагирования на преступность, которая заключается в регулировании государством уголовно-правовой реакции на преступность¹.

Итак, правовая политика государства в сфере предупреждения преступности и борьбы с ней состоит из уголовно-правовой, уголовно-процессуальной, уголовно-исполнительной и криминологической политики.

Раздел 6 ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ОРГАНОВ ДОСУДЕБНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ ПО ПРЕДОТВРАЩЕНИЮ ПРЕСТУПНОСТИ И БОРЬБЕ С НЕЙ

6.1. Проблемы применения уголовно-правовых норм органами досудебного следствия

Известно, что воплощение нормативных предписаний права, которые относятся к сфере должного, в общественную жизнь, то есть в сферу сущего, требуют определенного механизма перевода нормативных предписаний в правомерное поведение субъектов соответствующих правоотношений, т.е. реализации права. В связи с этим в общей теории права «по характеру правореализующих действий, обусловленных содержанием правовой нормы»², или «в зависимости от видов юридических норм»³, либо в зависимости от способа осуществления правовых предписаний⁴ традиционно выделяют три формы реализации права: использование, соблюдение и выполнение. Наряду с ними «особенной (неординарной) формой реализации правовых норм» называют применение права. Некоторые же правоведы ничего особенного, неординарного в применении права не усматривают, относя его на общих основаниях к формам реализации права наряду с использованием, соблюдением и выполнением⁵. При этом первые три из названных форм реализации права считаются такими, которые касаются преимущественно или исключительно частных субъектов, и понимаются в целом одинаково. Практически общепризнано, что «использование – форма реализации, которая выражается в осуществлении возможностей, которые вытекают из разрешений. Характерная особенность данной формы реализации – активное поведение субъектов; причем она касается субъективных прав, прав на собственное активное поведение, на использование предоставленных правом юридических возможностей (использование, например, права на защиту, права юридического распоряжения объектами собственности, изобретательскими правами). Соблюдение – форма реализации, которая выражается в том, что субъекты согласовывают свое поведение с юридическими запретами. Характерная особенность данной формы – пассивное поведение субъектов: они не совершают действий, запрещенных юридическими нормами, то есть выполняют возложенные на них пассивные обязанности. Выполнение – форма реализации, которая выражается в действиях субъектов по осуществлению обязующего правового предписания. Характерная особенность данной формы – активное поведение субъектов: они совершают действия, которые предписываются юридическими нормами, то есть выполняют воз-

¹ Шестаков Д. А. Российская уголовно-правовая политика под углом зрения исторической тенденции к смягчению репрессии / Д. А. Шестаков // Правоведение. – 1998. – № 4. – С. 156.

² Проблемы общей теории государства и права: учеб. для вузов / Н. В. Варламова, В. В. Лазарев, В. В. Лапаева и др.; под общ. ред. В. С. Нерсесянца. – М.: Норма-Инфра-М, 1999. – С. 423.

³ Алексеев С. С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. – М.: Статут, 1999. – С. 115.

⁴ Загальна теорія держави і права: підручник / М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, А. А. Богачова та ін.; за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Х.: Право, 2002. – С. 361.

⁵ Проблемы общей теории государства и права: учеб. для вузов / Н. В. Варламова, В. В. Лазарев, В. В. Лапаева и др.; под общ. ред. В. С. Нерсесянца. – М.: Норма-Инфра-М, 1999. – С. 423.

ложенные на них обязанности, связанные с активным поведением»¹. Что же касается применения права, то оно большинством ученых оно понимается как особая форма его реализации, иногда – как сложная форма, потребности в которой появляются тогда, когда адресаты правовых норм не могут реализовать свои права и обязанности непосредственно². Подчеркнем, что в таких определениях нет никаких отличий в том, о реализации каких норм идет речь: частного или публичного права.

Вместе с тем, очевидно, что такие отличия есть. Не нуждается в специальном доказывании тот факт, что частное и публичное право как самостоятельные сферы права имеют свои уникальные свойства³. И даже тогда, когда для обозначения схожих правовых явлений в публично-правовой и частноправовой сферах употребляются одинаковые термины, содержание обозначаемых ими понятий различается. Так, норма частного права имеет свойства, отличные от нормы публичного права; правоотношения в публичном праве не тождественны правоотношениям в частном праве; ответственность в частном праве – это иная ответственность, чем ответственность в публичном праве и т.д. При этом не отрицаются, конечно, некие общие, универсальные объединяющие признаки публично-правовых и частноправовых явлений.

Поскольку уголовно-правовые общественные отношения являются классическим образцом публично-правовых отношений, а нормы уголовного права в рафинированном виде представляют собой нормы публичного права, причем они обращены прежде всего к государству как субъекту уголовно-правовых общественных отношений, то и реализовываться они (эти нормы) могут лишь путем применения их государством в лице соответствующих органов государственной власти. Все особенности применения норм публичного права в целом присущи и применению норм уголовного права. В связи с этим можно утверждать, что применение норм уголовного права – это одна из форм реализации норм публичного права, которая по своим характеристикам не является тождественной соответствующей форме реализации норм частного права. Кроме того, применение норм уголовного права отличается и от других форм реализации норм публичного права. С учетом изложенного, применение норм уголовного права можно понимать как форму его реализации, а именно как форму фактического воплощения предписаний уголовно-правовых норм в общественные отношения, которое осуществляется доминирующим субъектом уголовно-правовых отношений (государством) посредством поведения уполномоченных им органов и заключается в квалификации совершенного преступления и определения уголовно-правовых последствий его совершения для подчиненного субъекта таких отношений – лица, которое его совершило.

Тот факт, что нормы уголовного права могут реализовываться исключительно путем их применения, а другие способы реализации права (соблюдение, выполнение, использование) не применяются, не подвергается сомнению большинством правоведов. Вместе с тем высказывается мнение о том, что «уже тот факт, что уголовно-правовые нормы осуществляются в жизни по-разному, то есть в разных формах, позволяют считать реализацию уголовно-правовой нормы сложным и многоплановым явлением»⁴.

¹ Алексеев С. С. Теория права / С. С. Алексеев. – М.: БЕК, 1994. – С. 176–177.

² См.: Дюрягин И. Я. Применение норм советского права. Теоретические вопросы / И. Я. Дюрягин. – Свердловск, 1973. – С. 7–9; Павлишин О. В. Основні напрямки вдосконалення застосування норм права в Україні / О. В. Павлишин // Часопис Київ. ун-ту права. – 2004. – № 4. – С. 33; Сливка, С. С. Застосування норм права як особлива форма його реалізації / С. С. Сливка // Життя і право. – 2004. – № 4. – С. 33.

³ Подробнее об этом см.: Баулін Ю. В. Методологічне значення поділу права на приватне та публічне для кримінально-правових досліджень / Ю. В. Баулін // Методологічні проблеми правової науки : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (13–14 груд. 2002 р., Харків). – Х. : Право, 2003. – С. 285–287; Він же. Кримінальне право України як публічна галузь права / Ю. В. Баулін // Вісн. Конституц. Суду України. – 2005. – № 2. – С. 83–85; Він же. Уголовное право как отрасль материального публичного права / Ю. В. Баулин // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы Второй междунар. науч.-практ. конф. – М. : ТК Велби : Проспект, 2005. – С. 285–286.

⁴ Наумов А. В. Применение уголовно-правовых норм (По материалам следственной и прокурорско-судебной практики) : учеб. пособие / А. В. Наумов. – Волгоград : Волгоград. ВСШ МВД СССР, 1973. – С. 36.

Такое суждение обусловлено спецификой понимания А. В. Наумовым объекта уголовно-правового регулирования. Как известно, он относит к нему не только общественные отношения, которые складываются между государством и субъектами, совершившими преступления, а и «общественные отношения, связанные с воздержанием от совершения преступления», а также общественные отношения, складывающиеся при наличии предусмотренных уголовным законом обстоятельств, включающих преступность деяния (необходимая оборона, задержание лица, совершившего преступление, крайняя необходимость и т.п.). Если настолько широко понимать предмет уголовно-правового регулирования и к нормам уголовного права относить нормы, регулирующие правомерное поведение частных лиц, то, действительно, можно считать, что они реализуются не только путем применения, но и в других обозначенных выше трех формах.

Однако указанный взгляд на объект уголовно-правового регулирования вызывает возражения. На наш взгляд, объектом уголовно-правового регулирования являются исключительно публично-правовые общественные отношения, которые возникают в связи с совершением преступлений, а нормы уголовного права как нормы публичного права регулируют исключительно деятельность государства в этих отношениях. Поскольку же нормы публичного права, которые обращены к доминирующему субъекту публично-правовых отношений, могут быть реализованы только путем применения, то и нормы уголовного права не могут реализовываться иным способом, как их применение.

Исходя из такого понимания сущности применения норм уголовного права и его соотношения с другими формами реализации норм права, необходимо, прежде всего, определить, какой субъект уполномочен применять нормы уголовного права.

Прежде всего, публично-правовой характер уголовного права и общественных отношений, которые им регулируются, свидетельствует о том, что применение норм уголовного права является специфической деятельностью лишь одного из субъектов таких отношений, а именно: доминирующего субъекта – государства. Любые другие субъекты в публичном праве, в отличие от права частного, правоприменения не осуществляют¹. В связи с этим, на наш взгляд, подлежат критической оценке суждения тех криминалистов, которые признают возможным применение норм уголовного права или участие в их применении других субъектов. В частности, по мнению В. Г. Беляева правоприменительный процесс нельзя сводить только к одностороннему подчинению лица, которое совершило преступление, к внешнему влиянию на него, поскольку «обвиняемый, подсудимый, осужденный – не просто объект или всего лишь жертва правоприменения». Он указывает, что цели и задачи правоприменения требуют и от самого осужденного (по логике его собственных, государственно и общественно значимых интересов) первой и главной активности в достижении целей уголовного закона. Поэтому в интересах правосудия, государства, общества нужно, чтобы обвиняемый, подсудимый, осужденный был субъектом правоприменения и правоприменительного процесса и владел бы уставными и всеми другими правовыми средствами для реального и позитивного участия в успехе правоприменения². Предоставить правоприменительные функции потерпевшему от преступления предлагает и М. Г. Сорочинский, который пишет, что «одним из основных направлений реформирования уголовного права Украины на современном этапе должно стать... *в частности, повышение роли потерпевшего на всех этапах применения норм уголовного права, то есть, как на этапе признания определенных действий преступными, так и на этапе применения уголовного наказания или освобождения от него*³ (курсив наш. – Ю. Б.). Еще дальше

¹ Подробнее об этом см.: Наден О. В. Застосування кримінального права в системі форм реалізації права / О. В. Наден // Вісн. Харк. нац. ун-ту внутр. справ. – Х., 2006. – № 33. – С. 37–44.

² Беляев В. Г. Применение уголовного закона : учеб. пособие / В. Г. Беляев. – Волгоград : ВЮИ МВД России, 1998. – С. 10.

³ Сорочинський М. Г. Застосування кримінального права судом: захист прав потерпілого та попере-дження злочинності / М. Г. Сорочинський // Актуальні проблеми політики : зб. наук. пр. / голов. ред. С. В. Ківалов ; відп. за вип. Л. І. Кормич. – Одеса: Юрид. а-ра, 2002. – Вип. 13–14. – С. 588.

в этом плане идет М. Т. Тащилин, который предлагает целую концепцию закрепления на законодательном уровне полномочий потерпевшего от преступления относительно его участия в применении норм уголовного права¹.

На наш взгляд, идеи В. Г. Беляева, М. Г. Сорочинского и М. Т. Тащилина не согласовываются с публично-правовым характером уголовного права, не соответствуют присущему ему императивному методу регулирования уголовно-правовых общественных отношений. Именно поэтому они, по нашему мнению, не могут быть поддержаны и потому сделанный выше вывод о том, что нормы уголовного права могут применяться исключительно государством остается в силе.

Для выяснения того, что же следует понимать под применением государством норм уголовного права нужно, на наш взгляд, обратиться к содержанию положений соответствующего законодательства Украины, прежде всего – самого УК Украины.

В действующем УК Украины понятие «применение уголовного права (норм уголовного права)» не только не определяется, но и не используется. При этом УК широко оперирует термином «применение» в сочетании с другими терминами. В частности, часть 4 статьи 3 УК предусматривает: «Применение закона об уголовной ответственности по аналогии запрещено». В подпункте «г» п. 1, п.п. 13, 14, 15 Заключительных и Переходных положений УК Украины конкретизируются правила действия уголовного закона во времени относительно *применения отдельных статей или частей статей* УК Украины 1960 г. и УК Украины 2001 г. В статьях 50 и 51 УК Украины речь идет о применении наказания в общем, а в статьях 57, 58, 60, 61 и некоторых других – о применении отдельных видов наказаний. В статьях 49 и 80 УК Украины речь идет о применении давности, в статьях 74, 81, 82 – о применении освобождения от наказания или его отбывания. Положения статей 93, 94, 95 УК Украины предусматривают словосочетания «применение мер принуждения медицинского характера», в статье 96 – «применение принудительного лечения», в статьях 97 и 105 – «применение мер принуждения воспитательного характера». Как видим, в УК речь идет о применении не норм уголовного права, а положений закона об уголовной ответственности.

Очевидно, что такое отличие (конечно же, при условии его критического восприятия) не может препятствовать использованию упомянутых положений УК Украины для выяснения понятия применения норм уголовного права. Так, С. С. Сливка, обращая внимание на вышеуказанное обстоятельство, отмечает, что в юридической практике «прежде всего речь идет о применении законодательных и подзаконных актов, поскольку правоохранительные органы и другие субъекты, применяющие нормы права, ориентируются на нормативные акты, а не на право и его принципы. Таким образом, термин «применение правовых норм», который закрепился в теории права и правоприменительной деятельности, можно считать, в определенной мере, условным. Если же законы и подзаконные акты имеют правовой характер, то сам термин адекватен его содержанию и значению»².

Приведенное утверждение, естественно, применимо относительно тех случаев, когда положения нормативно-правового акта определенной отраслевой принадлежности отражают нормы одноименной отрасли права. С этой точки зрения, применение положений уголовного закона, которые отражают нормы уголовного права, действительно, является применением норм уголовного права. Однако комплексный характер основных отраслей законодательства, прежде всего кодифицированных, все же свидетельствует в пользу необходимости четкого размежевания понятий «применение нормы права» и «применение закона». Известно, что не все нормы, закрепленные в УК Украины, являются нормами уголовного права. Так, не являются уголовно-правовыми,

¹ Тащилин М. Т. Назначение наказания судом с участием присяжных заседателей по уголовному праву Российской Федерации: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / М. Т. Тащилин. – Краснодар : Кубан. гос. ун-т, 2003. – С. 18–27.

² Сливка С. С. Застосування норм права як особлива форма його реалізації / С. С. Сливка // Життя і право. – 2004. – № 4. – С. 30.

например, гражданско-правовые и административно-правовые положения об обстоятельствах, исключающих преступность деяния (статьи 36–43), административно-правовые положения о принудительных мерах медицинского характера и принудительном лечении (статьи 92–96) и некоторые другие¹. Применение указанных статей является применением уголовного закона, но не норм уголовного права.

Е. В. Благов, который провел фундаментальное исследование проблем применения норм уголовного права, тем не менее считает, что такое применение имеет место также и в тех случаях, когда осуществляется «деятельность в области оценки действий, которые в силу малозначительности не представляют собой общественной опасности, и обстоятельств, которые исключают преступность деяния»². На мой взгляд, положения уголовного закона, которые определяют деяния, не являющиеся преступлениями (вследствие малозначительности, наличия обстоятельств, исключающих преступность деяния и т.п.), как уже отмечалось, не являются нормами уголовного права. Именно поэтому их применение нельзя отнести к применению норм уголовного права.

Следовательно, для определения понятия «применение норм уголовного права» могут быть использованы лишь те положения УК Украины, в которых речь идет о применении уголовного закона в той части, в которой он отражает нормы уголовного права. И, напротив, не могут быть использованы те положения, в которых речь идет о «применении мер принуждения медицинского характера», «применении принудительного лечения», «применении мер принуждения воспитательного характера», поскольку, как уже отмечалось, применение этих положений УК Украины не является применением норм уголовного права.

Системный анализ уголовно-правовых положений УК Украины, в которых идет речь об их применении, приводит к выводу о том, что путем применения норм уголовного права определяются, во-первых, преступность тех или иных общественно опасных деяний, во-вторых – уголовно-правовые последствия их совершения. Первый вывод подтверждается содержанием ч. 4 ст. 3 УК Украины, в соответствии с которой «применение закона об уголовной ответственности по аналогии запрещено». Известно, что под применением уголовного закона по аналогии понимается, прежде всего, признание преступлением тех действий, которые непосредственно в нем как таковые не предусмотрены. Запрещая такое применение, законодатель тем самым предусматривает, что применять уголовный закон для признания тех или иных деяний преступлением возможно лишь относительно тех деяний, которые прямо в нем предусмотрены. Вывод о том, что применение уголовного закона состоит в признании содеянного преступлением подтверждается также содержанием п.п. «г» п. 1 Заключительных и Переходных положений УК Украины, а также п. 18 этих положений, согласно которому «при решении вопроса об отнесении преступлений, предусмотренных Уголовным кодексом Украины 1960 г., которые были совершены до вступления в силу этого Кодекса, к преступлениям небольшой тяжести, средней тяжести, тяжким или особо тяжким нужно руководствоваться статьей 12 этого Кодекса, если это смягчает уголовную ответственность лиц, совершивших преступления до вступления в силу этого Кодекса. В других случаях необходимо применять соответствующие положения Уголовного кодекса Украины 1960 года» (курсив мой. – Ю. Б.). Понятно, что «соответствующими» являются, прежде всего, положения о преступности (в частности, о категоризации преступлений), которые содержались в УК Украины 1960 г., – ч.1 ст. 25, ст. 71, ст. 252.

Второй составной частью применения нормы уголовного права, как это вытекает из содержания положений действующего УК Украины, является определение уголовно-правовых последствий для лица, признанного виновным в совершении преступления.

¹ См.: Баулин Ю. В. Співвідношення кримінального права та кримінального законодавства. «Актуальні проблеми юридичної науки: стан і перспективи»: Матер. наук.-практ. конф. – Х.: НЮАУ, 2004.

² Благов Е. В. Применение уголовного права (теория и практика) / Е. В. Благов. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. – С. 66, 69, 70, 73. 111.

В ч. 2 ст. 1 УК України прямо указано, що «Уголовный кодекс Украины определяет, какие общественно опасные деяния являются преступлениями и какие наказания применяются к лицам, которые их совершили». Указание на применение наказания за содеянное как основного составного элемента уголовной ответственности или же на применение положений об освобождении от уголовной ответственности или от наказания содержится также в статьях 49, 50, 51, 57, 58, 60, 61, 74, 80, 81, 82 УК Украины.

Итак, в самом уголовном законе речь идет о том, что норму уголовного права можно применить как в той части, которая определяет преступность содеянного, так и в той части, которая определяет уголовно-правовые последствия признания такого деяния преступлением. Иначе говоря, сам закон дает основания для вывода о том, что в уголовно-правовой норме могут применяться оба ее структурных элемента – и гипотеза, и диспозиция¹. Понятно, что диспозиция нормы уголовного права не может быть применена без применения ее гипотезы, поскольку именно в гипотезе определяются условия применения диспозиции. Однако может ли быть применена гипотеза нормы уголовного права (то есть тот ее структурный элемент, в котором определяются признаки преступления) без применения ее диспозиции? На этот вопрос в науке уголовного права даются разные ответы.

Одни авторы считают, что норма уголовного права применяется только одновременно и в части гипотезы, и в части диспозиции². Другие же придерживаются мысли о том, что применение уголовно-правовой нормы возможно лишь в части гипотезы путем квалификации содеянного. В. Г. Гончаренко, Г. Г. Ружицкий и А. Р. Хурцидзе пишут: «Одним из наиболее сложных и существенных моментов уголовного судопроизводства является применение норм уголовного права, другими словами – вопрос уголовно-правовой квалификации»³. Определенные аргументы в пользу второй точки зрения можно найти и в законодательстве. Согласно ч. 1 ст. 98 УПК Украины «при наличии поводов и оснований, указанных в ст. 94 этого Кодекса, прокурор, следователь, орган дознания или судья обязаны вынести постановление о возбуждении уголовного дела, указав поводы и основания к возбуждению дела, *статью уголовного закона, по признакам которой возбуждается дело*, а также дальнейшее его направление» (курсив наш. – Ю. Б.). И хотя в законе не употребляется соответствующий термин, однако, очевидно, что здесь имеется в виду применение нормы уголовного права только в части квалификации содеянного, то есть применение гипотезы нормы уголовного права без ее диспозиции (санкции). Впрочем, такое применение нормы уголовного права отличается и от того применения, которое осуществляется судом при постановлении приговора в уголовном деле. Обращая на это внимание, Я. О. Мотовиловкер писал, что, указывая статью уголовного закона, в соответствии с которой возбуждается производство по уголовному делу, следователь или орган, который проводит дознание, еще не совершает относительно конкретного лица какого-либо действия или предписания. О применении уголовного закона пока что и речи быть не может⁴. Поддерживая первую часть приведенного суждения, вместе с тем нельзя полностью разделить категоричность выводов во второй его части. Действительно, квалификация деяния на стадии досудебного расследования по своим уголовно-

¹ Автор исходит из того, что уголовно-правовая норма состоит из двух элементов: гипотезы и диспозиции (см.: Баудин Ю. В Уголовное право как система уголовно-правовых норм // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: Мат. 4-й Междунар. Наук.-практ. конф. / ред. колл.: А. И. Рарог (отв. ред.) и др. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – С. 43-45).

² См., напр.: Пономаренко Ю. А. Чинність і дія кримінального закону в часі / Ю. А. Пономаренко. – К.: Атіка, 2005. – С. 114.

³ Гончаренко В. Г. Загальнонотеретичні, процесуальні та організаційні питання впровадження автоматизації застосування норм кримінального права / В. Г. Гончаренко, Г. Г. Ружицький, А. Р. Хурцидзе // Вісн. Київ. ун-ту ім. Т. Шевченка. Юрид. науки. – 1998. – Вип. 35. – С. 66.

⁴ Мотовиловкер Я. О. О соотношении понятий «применение уголовно-правовой нормы» и «юридическая квалификация деяния» / Я. О. Мотовиловкер // Правовые вопросы борьбы с преступностью : сб. ст. / под ред. В. Д. Филимонова. – Томск : Изд-во Томского гос. ун-та, 1988. – С. 122.

правовым результатам значительно отличается от квалификации, осуществляемой судом при постановлении приговора. Первая квалификация является только предварительной, вторая же – окончательной. Однако и та, и другая остаются официальной (поскольку осуществляются от имени государства) квалификацией совершенного лицом деяния. Поэтому заслуживает поддержки вывод, что в процессе уголовно-правовой квалификации применяется гипотеза уголовно-правовой нормы¹.

В зависимости от того, какие именно из действий, описанных в статьях уголовного закона, принимались во внимание отдельными авторами, предложено разграничивать понятия «квалификация преступлений» и «уголовно-правовая квалификация». В частности, под первой понимается лишь установление соответствия совершенного лицом общественно опасного деяния признакам определенного состава преступления². Под второй же понимаются не только случаи квалификации преступлений, но и квалификация деяний, которые вследствие малозначительности или обстоятельств, исключающих преступность деяния, не являются преступлениями³. Иными словами, речь идет о квалификации «какого-либо деяния, содержащего хотя бы формальные признаки преступления... Такой квалификации подлежат и случаи необходимой обороны, и малозначительные посяательства, и причинение вреда при отсутствии определенных элементов или признаков состава преступления»⁴. Однако, за пределами внимания исследователей проблем уголовно-правовой квалификации до сих пор остаются вопросы квалификации такой разновидности юридических фактов, которые описываются гипотезами норм уголовного права, как положительные постуголовные факты (действия и события). Кроме того, не бесспорными представляются суждения некоторых исследователей (Е. В. Благов и др.) и о том, что применение нормы уголовного права (в частности, ее гипотезы) имеет место при так называемой «негативной» квалификации преступления, то есть при квалификации определенного действия как непроступного. Представляется, что появление указанных взглядов стало результатом рассмотрения большинством исследователей вопросов уголовно-правовой квалификации в отрыве от проблем применения норм уголовного права, так сказать, на «инструментальном» уровне, без выяснения теоретических положений о норме уголовного права, ее структуре и назначении.

Итак, предварительно можно отметить, что под применением гипотез норм уголовного права понимается квалификация юридических фактов, предусмотренных в них. Поскольку основным юридическим фактом, который содержится в гипотезах норм уголовного права, есть правопорождающий юридический факт – преступление, то применение таких гипотез, в первую очередь, заключается в квалификации преступлений. Такое утверждение является практически общепризнанным в литературе и, на наш взгляд, не может вызывать какие-нибудь серьезные возражения.

Однако, некоторые авторы в понимании применения гипотез норм уголовного права идут значительно дальше. Так, Е. В. Благов усматривает данную деятельность не только как процесс и результат квалификации определенного действия как преступления, но и принятие и закрепление решения об установлении фактических обстоятельств дела, содержащихся в гипотезе, которые исключают определение меры уголовно-

¹ См., напр.: Галкин В. М. Применение гипотезы уголовно-правовой нормы / В. М. Галкин // Проблемы совершенствования советского законодательства : тр. ВНИИСЗ. – М., 1979. – Т. 15. – С. 156. Благов Е. В. Применение уголовного права (теория и практика) / Е. В. Благов. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. – С. 86.

² См., напр.: Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений / В. Н. Кудрявцев. – М.: Юрид. лит., 1972. – С. 7–8; Куринов Б. А. Научные основы квалификации преступлений / Б. А. Куринов. – М.: Изд-во МГУ, 1976. – С. 7–11; Тарарухин С. А. Квалификация преступлений в судебной и следственной практике / С. А. Тарарухин. – Киев: Юринком, 1995. – С. 8.

³ См.: Благов Е. В. Применение уголовного права (теория и практика) / Е. В. Благов. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. – С. 86–87.

⁴ Навроцкий В. О. Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації / В. О. Навроцький. – К.: Атіка, 1999. – С. 119.

правового характера, предусмотренных в санкции»¹. Такой вывод является логическим следствием понимания Е. В. Благовым норм уголовного права, к которым относит не только те нормы, которые определяют преступность деяния, но и те, которые определяют обстоятельства, ее исключающие². Фактически такой же позиции придерживается и В. О. Навроцкий, который отмечает, что «квалификация совершенного как преступления, предусмотренная определенной уголовно-правовой нормой, не обязательно влечет за собой привлечение к уголовной ответственности. Это, в частности, имеет место ... при признании того, что посягательство вследствие малозначительности не представляет общественной опасности; при наличии обстоятельств, которые исключают преступность (общественную опасность и противоправность) деяния»³.

Такие суждения вызывают следующие возражения. Представляется очевидным вывод о том, что уголовно-правовой может быть лишь квалификация того юридического факта, который описан в гипотезах норм именно уголовного права. Квалификация же других юридических фактов, предусмотренных в правовых нормах другой отраслевой принадлежности, даже если эти нормы вследствие комплексности законодательства отображены в статьях УК Украины, не является уголовно-правовой. Если исходить из того, что гипотезы норм уголовного права содержат указание (через описание их признаков) лишь на преступление как на основание уголовной ответственности и определенный постуголовный юридический факт, который является основанием полного или частичного освобождения от уголовной ответственности, то уголовно-правовая квалификация – это исключительно квалификация преступлений и квалификация указанных постуголовных юридических фактов. В связи с этим не является уголовно-правовой квалификация тех юридических фактов, которые хотя и описаны в статьях уголовного закона, однако относятся по своей отраслевой принадлежности к нормам, которые по своей природе не являются уголовно-правовыми. Поэтому не является, на мой взгляд, уголовно-правовой квалификация определенного действия как малозначительного (ч. 2 ст. 11 УК Украины) или как правомерной необходимой обороны (ч. 1 ст. 36 УК Украины), правомерного задержания лица, которое совершило преступление (ч. 1 ст. 38 УК Украины) и т.п. Действительно, это квалификация, которая осуществляется с применением статей уголовного закона, однако отраслевая принадлежность норм права, отраженных в этих статьях, не дает оснований называть ее (квалификацию) уголовно-правовой. Изложенное свидетельствует о том, что в приведенных и подобный им случаях гипотеза нормы уголовного права не применяется. Точно так не является уголовно-правовой и квалификация такого деяния, которое не отвечает всем признакам конкретного состава преступления.

Таким образом, применение гипотезы нормы уголовного права имеет место в том случае, когда фактически содеянное отвечает признакам юридического факта, описанного именно в данной гипотезе. При этом если речь идет о типичной (традиционной) норме уголовного права, то есть такой, которая предусматривает полномочие государства относительно возложения уголовной ответственности на лицо, совершившее преступление, то при применении гипотезы такой нормы осуществляется уголовно-правовая квалификация только одного юридического факта, а именно – преступления. Когда же речь идет о применении нетипичных (альтернативных) норм уголовного права, то есть таких, что предусматривают полное или частичное освобождения от уголовной ответственности за содеянное преступление⁴, то применение их гипотез предопределяет уголовно-правовую квалификацию двух юридических фактов – собственно

¹ Благов Е. В. Применение уголовного права (теория и практика) / Е. В. Благов. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. – С. 90.

² Там же. – С. 36.

³ Навроцкий В. О. Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації / В. О. Навроцький. – К.: Атіка, 1999. – С. 78.

⁴ См. подробнее: Наден О. В. Структура норм кримінального права // Проблеми законності. Вип. 79: респ. міжвідом. наук. зб. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2006. – С. 121-129.

самого преступления, а также посткриминального юридического факта, с наличием которого эта норма (в частности, ее диспозиция) и связывает возможность полного или частичного освобождения от уголовной ответственности. Так, нормами уголовного права, гипотеза которых содержит описание двух юридических фактов – преступления и положительного посткриминального юридического факта – являются нормы о полном освобождении от уголовной ответственности.

Рассмотрим в качестве примера положения ст. 45 УК Украины «Освобождение от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием». Гипотеза этой нормы имеет примерно такой вид: «Если лицо впервые совершило преступление небольшой тяжести (первый юридический факт), а после этого деятельно раскаялось в его совершении, то есть искренне покаялось, активно содействовало раскрытию преступления и полностью возместило причиненные им убытки или устранило причиненный вред (второй юридический факт), то...». Итак, для того чтобы применить данную гипотезу, нужно последовательно осуществить две квалификации: сначала квалификацию преступления (предпосылку освобождения от уголовной ответственности), а потом – квалификацию положительного посткриминального поведения (основания освобождения от уголовной ответственности). При этом вторая квалификация, вопреки тому, что она не является квалификацией преступления, тем не менее является уголовно-правовой квалификацией, поскольку в этом случае происходит процесс установления соответствия признаков реально совершенного посткриминального действия признакам юридического факта, описанного в норме уголовного права.

Изложенное дает основание для вывода, что в некоторых случаях применение гипотез норм уголовного права, которые предусматривают освобождение от уголовной ответственности, возможно при разрыве во времени уголовно-правовой квалификации предусмотренных ею юридических фактов. Именно это имеет место в отдельных случаях частичного освобождения от уголовной ответственности. Так, нормы уголовного права, которые предусмотрены в ст. 82 УК Украины, предусматривают возможность условно-досрочного освобождения осужденного от отбывания наказания. Гипотезы таких норм (на примере п. 1 ч. 2 ст. 82 УК Украины) имеют приблизительно такой вид: «Если лицо, которое совершило преступление небольшой или средней тяжести или неосторожное тяжкое преступление (первый юридический факт), отбыло не меньше половины срока назначенного за это преступление наказания в виде исправительных работ, служебных ограничений для военнослужащих, ограничения свободы, содержание в дисциплинарном батальоне военнослужащих или лишения свободы и добросовестным поведением и отношением к работе доказало свое исправление (второй юридический факт), то...». Понятно, что квалификация каждого из названных юридических фактов будет осуществляться с разрывом во времени. Первый из них получит квалификацию при вынесении судом обвинительного приговора, второй – только через определенное время, при вынесении постановления об условно-досрочном освобождении от наказания. Причем, как правило, квалификацию первого и второго юридических фактов будут осуществлять разные суды.

Однако такой механический разрыв во времени двух квалификаций юридических фактов не отрицает того, что осуществленная ранее квалификация преступления имеет свое значение при применении нормы о частичном освобождении от уголовной ответственности например при условно-досрочном освобождении от наказания. Ведь для того, чтобы применить такую норму, суд должен установить, что совершенное преступление квалифицировано именно так, как того требует предпосылка такого освобождения. Тот факт, что квалификация разных юридических фактов в таком случае может осуществляться разными судами, также не противоречит тому, что имеет место применение гипотезы одной уголовно-правовой нормы. Сказанное объясняется тем, что субъектом ее применения является не конкретный правоохранительный орган, а государство в целом, которое могут персонифицировать (представлять) разные суды,

что не противоречит, а, напротив, подтверждает именно государственно-правовой характер применения нормы уголовного права в целом и ее гипотезы в частности.

Итак, под уголовно-правовой квалификацией следует понимать квалификацию только тех юридических фактов, которые предусмотрены гипотезами норм уголовного права. И, напротив, нет оснований для отнесения к уголовно-правовой квалификации определенного действия как непроступного, даже если такая квалификация осуществляется с применением статей закона Украины об уголовной ответственности. В зависимости от того, какой именно из юридических фактов, предусмотренных гипотезой нормы уголовного права, подлежит квалификации, уголовно-правовая квалификация может быть двух видов: квалификация преступлений и квалификация посткриминальных юридических фактов. И тот, и другой вид уголовно-правовой квалификации осуществляется исключительно на стадии досудебного расследования органами, которые его осуществляют, – следователем или прокурором. Причем, при применении традиционных норм уголовного права, то есть норм, которые предусматривают возложение уголовной ответственности, осуществляется только один вид уголовно-правовой квалификации, а именно – квалификация преступлений. При применении же так называемых альтернативных норм уголовного права, то есть норм, которые предусматривают полное или частичное освобождения от уголовной ответственности, осуществляются сразу или с определенным разрывом во времени оба названных вида уголовно-правовой квалификации.

Раздел 13

НАУЧНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ СУБЪЕКТОВ ПРЕДУПРЕЖДЕНИЯ ПРЕСТУПНОСТИ И БОРЬБЫ С НЕЙ В УКРАИНЕ

13.2 Уголовно-правовая наука в Украине: состояние и перспективы

Эффективность деятельности специально уполномоченных субъектов по предотвращению преступности и борьбе с ней в Украине в значительной мере зависит от состояния и уровня научного сопровождения этих процессов. Ведь и положения уголовного законодательства, и практика его применения, будучи предметом научного осмысления, в определенной мере отражают уровень соответствующей науки в стране. Более того, те динамические процессы, которые происходят в структуре преступности, проблемы, возникающие при применении законодательства, и определяют и перспективные направления научных исследований. Постоянными, однако, являются проблемы предмета и методов уголовно-правовой науки, проблемных вопросов, вызванных вызовами современности, эффективности применения мер по борьбе с преступностью и др.

Роль уголовно-правовой доктрины в научном обеспечении деятельности субъектов по предотвращению преступности и борьбы с ней особенно ярко проявилась в период подготовки и принятия действующего УК Украины. В проекте этого кодекса, который был разработан рабочей группой, большинство в которой составляли ученые-криминалисты, были учтены достижения современной науки уголовного права Украины. В частности, в содержание УК включены важнейшие результаты научных разработок отечественных криминалистов, а именно:

- уточнено основание уголовной ответственности – совершение лицом общественно опасного деяния, которое содержит состав преступления, предусмотренный УК Украины;
- расширены случаи обратного действия уголовного закона; такое действие имеют не только законы, которые устраняют преступность или наказуемость деяния, но и законы, которые иным образом улучшают правовое положение лица. Специально указывается, что законы имеют обратное действие и относительно лиц, которые отбывают наказание, а также отбыли наказание, но имеют судимость;

– введен реальный (национальный) принцип действия уголовного закона в пространстве (иностранцы и лица без гражданства, которые постоянно не проживают в Украине, подлежат уголовной ответственности по законодательству Украины в случае совершения ими за пределами Украины особо тяжкого преступления против интересов Украины или ее граждан);

– установлено законодательное определение времени и места совершения преступления. Преступление признается совершенным на территории Украины, если оно было начато, продлено или прекращено на территории Украины. Временем совершения преступления считается время совершения уголовно противоправного действия, независимо от времени наступления его общественно опасных последствий;

– регламентирован институт выдачи преступника;

– признана правовая сила обвинительного приговора суда иностранного государства при квалификации нового преступления, назначении наказания, освобождении от уголовной ответственности или наказания;

– введено понятие повторности, совокупности и рецидива преступлений;

– расширен перечень обстоятельств, исключающих преступность деяния (за счет включения статей о физическом и психическом принуждении, выполнении законного приказа или распоряжения, действия, связанного с риском, выполнении специального задания по предупреждению или раскрытию преступной деятельности организованной группы);

– уточнена структура Общей и Особенной частей УК за счет увеличения числа разделов, более точного отнесения статей к тому или другому разделу, их размещения «блоками» и т.п.

Вместе с тем современное состояние науки уголовного права, тенденции преступности, требования действующего законодательства, международные обязательства Украины и другие факторы определяют, на мой взгляд, такие направления перспективного развития уголовно-правовых исследований.

Первое направление касается разработки фундаментальных и прикладных проблем научного обеспечения политики государства в сфере предотвращения преступности и борьбы с ней в Украине. Только в последние годы в уголовно-правовой науке появились отдельные исследования этой важной проблемы. Незначительное внимание к ней можно объяснить тем, что до недавнего времени вообще отрицалось понятие «уголовно-правовая политика». Но, исходя из того, что политика – это управление общественными отношениями (Д. Выдрин), такой подход нуждается в основательном исследовании, прежде всего исследовании стратегии и тактики противодействия преступности в Украине на современном этапе развития государства, который характеризуется глобализацией общественных процессов и стремлением Украины к евроинтеграции. Отсюда вытекает углубленный интерес к политике нашей страны в сфере борьбы с преступностью, которая должна иметь научную основу. Основным заданием правоведов является разработка Концепции основ политики государства в сфере контроля и противодействия преступности в Украине, которая могла бы быть предложена государственным органам и соответствующим организациям гражданского общества для обсуждения и принятия (после доработки) к выполнению. На базе этой Концепции можно было бы разработать модель Комплексной программы предотвращения преступности и борьбы с ней в Украине сроком на 10 или более лет, которая бы предусматривала научно обоснованные мероприятия по реализации указанной Концепции. Такой подход обусловливается и тем, что еще в 2005 г. истек срок подход обусловливается и тем, что еще в 2005 г. истек срок выполнения Комплексной программы профилактики преступности на 2001-2005 годы, утвержденной Указом Президента Украины от 25 декабря 2000 г. Поэтому необходимо проанализировать, каким образом выполнена эта программа, сделать соответствующие выводы и сформулировать предложения. Ученые-криминалисты, предлагая модель новой Комплексной программы контроля и противодействия преступности в Украине, способны отобразить в ней новейшие научные и практические подходы в этой сфере.

Жизнь показывает, что без научного подхода к определению стратегии и тактики борьбы с преступностью, она (эта жизнь) каждый раз будет напоминать нам о допущенных ошибках и упущениях. Более того, возможно, именно научный подход к правотворчеству в области уголовного права станет одной из преград для внесения необоснованных и неоправданных изменений и дополнений к УК Украины. Неизвестно, сколько лет будет действовать УК 2001 г. (известно, что УК 1960 г. действовал 40 лет), но, безусловно, жизнь будет вносить в повестку дня необходимость его изменений и дополнений. Поэтому главным заданием уголовно-правовой науки является определение научной позиции относительно проблемы соотношения стабильности и динамизма уголовного закона.

Второе направление, которое постоянно актуально для уголовно-правовой науки – это проблемы криминализации и декриминализации. Давно настало время «приземлить» достаточно абстрактную теорию криминализации, перевести ее на язык конкретного законотворчества. При этом такое «приземление» имело бы пользу не только для наших законотворцев, но и для ученых, которые нередко в своих диссертационных исследованиях слишком поверхностно, без достаточной аргументации предлагают изменения и дополнения в УК Украины.

Отдельным вопросом проблемы криминализации является, с одной стороны, ее чрезмерность, а с другой – недостаточность. Изучение проблем чрезмерности криминализации требует внимания к проблеме, о которой много говорят, но мало исследуют. Это проблема оптимального соотношения общих и специальных составов преступления. Так, в политической среде нередко говорится о необходимости создания законодательной базы в части определения ответственности за так называемое «рейдерство», попытку осуществления противозаконного контроля, установление цензуры в средствах массовой информации, недопущение использования территории Украины для перевозки наркотиков и контрабандных товаров в соседние государства, усовершенствование законодательной базы в сфере борьбы с отмытием доходов, полученных преступным путем, и т.п. Очевидно, что в действующем УК предусмотрена ответственность за перечисленные преступления. Возникает вопрос: нужно ли устанавливать новые нормы, вместо того, чтобы применять действующие? Кроме того, нужно учитывать, что нередко введение специального состава преступления мотивируют необходимостью обеспечения специальной превенции, психологическим влиянием специального закона на определенную категорию возможных субъектов преступления и т.п. Возникает и общий вопрос: на кого рассчитан текст диспозиции и санкции определенной статьи УК – на правоприменителя или на ту категорию лиц, которые могут выступать потенциальными преступниками в будущем? С точки зрения уголовно-правового регулирования правоотношения между государством и преступником уголовно-правовая норма (гипотеза и диспозиция (санкция) обращена к правоприменителю, а именно, к уголовному суду, который в конечном итоге квалифицирует совершенное преступление и определяет его уголовно-правовые последствия. С точки зрения психологического, информационного и ценностно-ориентационного влияния такая норма обращена к определенной категории лиц, на которых она распространяет свое действие. Проблема заключается в том, каким образом и в каком объеме сформулировать уголовно-правовую норму так, чтобы она отвечала требованиям точности, лаконичности, доступности, ясности и информативности. Здесь и есть поле для научных исследований и обоснования соответствующих предложений.

Введение специального состава преступления создает (иногда безосновательно) конкуренцию между общим и специальным составами преступления. Эта конкуренция еще больше усложняется, если за специальный состав преступления определено более мягкое наказание сравнительно с наказанием, предусмотренным за общий состав преступления. Очевидно, это наказание должно быть более суровым, чем наказание, установленное общей нормой, поскольку в противном случае возникает вопрос: а зачем вообще предусматривать специальный состав преступления? Итак, проблема чрезмерной и недостаточной криминализации всегда является актуальным полем для научных исследований.

Третье перспективное направление научных исследований касается уголовно-правовых последствий совершения преступления. Здесь выделяются такие проблемы, как определение вида и перечня уголовных наказаний, пенализация преступлений, освобождение лица от уголовной ответственности за содеянное преступление, внедрение альтернативных мер реагирования на преступления и т.п.

Первая составляющая этого направления исследований – проблема видов уголовных наказаний. Действующий УК, как известно, предусматривает 12 видов наказаний, разделяя их на основные, дополнительные и смешанные. Анализ основных видов наказаний дает основания для вывода о том, что, в сущности, украинский законодатель устанавливает два вида основных наказаний: штраф и лишение свободы. Действительно, УК предусматривает обычный штраф, исправительные работы и служебные ограничения для военнослужащих, которые фактически являются видом штрафа в рассрочку. Кроме того, УК содержит пять видов лишения свободы, а именно: арест, ограничение свободы, содержание в дисциплинарном батальоне военнослужащих, лишение свободы на определенный срок, пожизненное лишение свободы. С учетом ст. 75 УК, которая предусматривает освобождение от отбывания наказания с испытанием (в сущности, это разновидность так называемой probation), в Украине, как и в большинстве стран Европы, установлено три вида наказания: штраф, лишение свободы и probation. Наряду с этим есть и новый вид наказания – общественные работы, которое учитывает новейшие европейские тенденции в реагировании общества на преступность. Задача науки заключается в том, чтобы исследовать возможные новые виды уголовных наказаний, которые бы отвечали современным представлениям о реакции общества на совершение преступлений. Особенно это касается несовершеннолетних преступников.

Вторая составляющая этого направления – создание приемлемой теории пенализации преступлений. Известно, что действующий УК вызывает много сетований со стороны судей относительно тех наказаний, которые предусмотрены в санкциях многих статей УК, особенно тех, которые предусматривают распространенные преступления небольшой и средней тяжести (например, хулиганство, а также преступления, которые совершаются несовершеннолетними). Известно, например, что суду практически невозможно назначить уголовное наказание лицу, которое в возрасте от 14 до 16 лет совершило хулиганство. Понятно, что законодатель, с одной стороны, недостаточно использовал возможности таких видов наказания, как общественные работы, арест, ограничение свободы и штраф, а с другой – предусмотрел слишком много обстоятельств, исключающих возможность применения этих наказаний. Это привело к тому, что во многих случаях суд вынужден назначать или лишение свободы на определенный срок, или ограничение свободы за совершения преступлений небольшой и средней тяжести. Задача науки, таким образом, заключается в том, чтобы разработать научно обоснованную теорию пенализации преступлений и в ее рамках, в первую очередь, обосновать предложения по совершенствованию санкций статей УК, которые предусматривают преступления небольшой и средней тяжести. Это приведет к гуманизации и смягчению уголовной ответственности за рассматриваемые преступления.

Наряду с этим заслуживает внимания разработка альтернативных мер воздействия на лиц, совершивших преступления небольшой и средней тяжести. Здесь – поле для основательных исследований проблем освобождения от уголовной ответственности, возобновляемого правосудия, медиации и др.

Наконец, третья составляющая указанного направления – это проблема усиления борьбы с преступностью мерами уголовного права. Довольно часто в политической среде и среди ученых, да и среди обычных граждан звучат призывы к усилению борьбы с теми или иными видами преступлений. Однако, что означает призыв усилить борьбу с преступностью или усилить ответственность за отдельные виды преступлений? Предусмотреть в УК более суровые санкции, назначать более суровые наказания или сокращать практику освобождения от уголовной ответственности? Или, может быть, увеличить раскрываемость

преступлений? Известно, что каждая программная задача должна основываться на определенных научных принципах. Не является исключением здесь и давно известный лозунг об усилении борьбы с преступностью. Борьба (противодействие) с преступностью требует мобилизации усилий государства и гражданского общества. Каждый из субъектов такой борьбы имеет свои задачи и полномочия, способен активизировать и сделать более эффективной собственную деятельность по выполнению определенных задач в пределах предоставленных полномочий. Не исключено, что эти задачи и полномочия должны быть пересмотрены, изменены, дополнены и т.п. Задача науки заключается в обосновании критериев определения эффективности деятельности органов уголовной юстиции, способов взаимодействия с гражданским обществом в деле противодействия преступности и т.п.

Четвертое перспективное направление научных исследований в области уголовного права заключается в решении уголовно-правовых проблем международного сотрудничества в сфере борьбы с преступностью, а также адаптации (гармонизации) УК с уголовным законодательством стран Европейского Союза.

Проблема обеспечения международного сотрудничества касается, прежде всего, организационных усилий государства. Но такие усилия должны находить основу и в законотворчестве, и в правоприменении. В частности, в области уголовного права еще ждет своих исследователей выяснение правовой ситуации, предусмотренной в ст. 9 УК, – исследование проблем учета правовых последствий осуждения лица за пределами Украины. Эта статья содержит серьезный правовой потенциал углубления сотрудничества между государствами относительно лиц, совершивших преступления за их границами и были осуждены судами иностранных государств. Но положение о том, что приговор суда иностранного государства учитывается при квалификации нового преступления, назначении наказания, освобождении от уголовной ответственности или наказания, нуждается в глубоком научном исследовании, причем специалистами не только по уголовному, а и по уголовно-процессуальному, уголовно-исполнительному и международному уголовному праву. Кроме того, актуальной остается проблема применения ст. 7 УК, которая предусматривает: если граждане Украины и лица без гражданства, которые постоянно проживают в Украине, за совершенные преступления отбыли наказания за пределами Украины, они не могут быть привлечены в Украине к уголовной ответственности за эти преступления. Действительно, проблемы, которые здесь возникают, нуждаются как в общетеоретическом решении, так и обосновании конкретных рекомендаций относительно применения указанных положений УК. Часть 5 ст. 3 УК предусматривает, что УК должен отвечать положениям международных договоров, участниками которых является Украина. С этих позиций актуальным является исследование проблем согласованности УК с теми положениями международных договоров, которые ратифицированы Украиной, особенно в последние годы. Речь идет о конвенциях относительно транснациональной преступности, коррупции, торговли людьми, борьбы с отмыванием доходов, полученных преступным путем, и т.п.

Особого внимания заслуживает такая составляющая научного исследования, как проблема адаптации уголовного законодательства Украины к законодательству Европейского Союза в сфере безопасности и уголовного правосудия. Это отвечает евроинтеграционным направлениям внешней политики нашего государства и потребностям подготовки высококвалифицированных юридических кадров для работы в этом направлении.

В конце концов, развитие науки уголовного права в Украине невозможно без коллективных усилий, ознакомления с достижениями европейской уголовно-правовой науки. Такое ознакомление возможно путем не только межличностного общения, главным образом, путем ознакомления с достижениями теории уголовного права, созданной учеными Европы. Это требует интенсивного перевода известных работ в области правоправедения, проведение общих конференций, семинаров и др. Только при условии, что уголовно-правовые исследования отечественных ученых будут отвечать общеевропейским научным тенденциям, можно ожидать в будущем соответствующих научных подходов к решению сложных проблем борьбы с преступностью и международного сотрудничества в этой сфере.

Розділ II

Статті, тези наукових
доповідей та повідомлень

О РЕФОРМЕ СОВЕТСКОГО УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В СОВРЕМЕННЫХ УСЛОВИЯХ

О реформе советского уголовного законодательства в современных условиях // Тезисы выступлений к областной конференции молодых ученых и соискателей. – Х. : Харьковские высшие курсы МВД СССР, 1990. – С. 68–69.

Процессы перестройки государственной и общественной жизни показали, что действующее уголовное законодательство во многом уже не отвечает новым политическим, экономическим и духовным реалиям. Принятое тридцать лет назад, оно претерпело (особенно в последнее десятилетие) значительные изменения и дополнения, причем не всегда достаточно оправданные. Все это обусловило постановку вопроса о необходимости проведения коренной реформы уголовного законодательства.

Обсуждение проекта Основ уголовного законодательства, а также основных направлений работы по подготовке республиканских уголовных кодексов выдвинуло на первый план ряд фундаментальных проблем, решение которых является необходимым для качественного проведения реформы. К их числу относится, прежде всего, разработка концепции построения нового советского уголовного законодательства. Эта концепция предполагает решение таких вопросов, как уголовно-правовое обеспечение приоритетов общечеловеческих ценностей; приведение национального законодательства в соответствие с международными договорами, заключенными Союзом ССР и некоторыми союзными республиками (УССР, БССР); обеспечение единства уголовно-правового регулирования на всей территории СССР и разграничение компетенции между Союзом ССР и союзными республиками; определение соотношения общесоюзных уголовных законов, республиканских УК, соотношения этих кодексов между собой и др.

Новое политическое и правовое мышление исходит из признания приоритета общечеловеческих ценностей, главной из которых является личность, ее естественные права и свободы. Эти ценности нашли свое отражение во Всеобщей декларации прав человека, итоговом документе Венской встречи представителей государств-участников Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе и др. Очевидно, что наше государство должно ориентироваться на европейские и мировые стандарты, в т.ч. и в области уголовно-правовой охраны важнейших ценностей человеческой цивилизации. Это требует коренного пересмотра точки зрения на само предназначение уголовного права в обществе, переосмысления его места и роли в правовой системе формирующегося правового государства, пересмотра ряда общих, принципиальных положений уголовного законодательства, критической оценки системы его Особенной части, анализе уголовно-правовых запретов с точки зрения научно-обоснованной теории криминализации и декриминализации общественно опасных деяний, совершенствования уголовно-правовых мер воздействия на правонарушителя и т.д.

Важным является и вопрос о разграничении компетенции Союза ССР и союзных республик в области уголовного законодательства. Это законодательство в советской федерации мыслится лишь как союзно-республиканское, при этом компетенция Союза ССР должна быть определена Конституцией СССР исчерпывающим образом. В таком случае союзные республики вправе будут решать по своему усмотрению любые вопросы уголовно-правового характера, не отнесенные к ведению СССР.

В соответствии с п. 4 ст. 73 Конституции СССР единство уголовно-правового регулирования на всей территории СССР обеспечивают прежде всего Основы, которые регулируют общие положения, и потому обеспечение единства Особенных частей кодексов достигается принятием общесоюзных законов, предусматривающих ответственность за отдельные преступления, Проблема, однако, состоит в том, какие вопросы должны решаться Основами и за какие преступления может быть установлена ответственность общесоюзными уголовными законами.

Очевидно, что проведение реформы уголовного законодательства требует большой подготовительной работы, в основу которой должны быть положены научные разработки, материалы судебной практики и криминальной статистики, представительные социологические исследования, изучение опыта других стран и т.д. Поэтому начатая подготовка реформы уголовного законодательства является необходимой и своевременной.

ПРО МЕТОДОЛОГІЮ ДОСЛІДЖЕННЯ ПРИНЦИПІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

Про методологію дослідження принципів кримінального права // Проблеми методології сучасного правознавства : матеріали міжнар. наук.-теорет. конф. (9–10 жовтня 1996 р., Київ). – К. : Укр. Правнична Фундація, 1996. – С. 132–135.

1. Принципи кримінального права – це система постійних основних (вихідних) об'єктивних вимог (засад), які закріплені у законодавстві або витікають з нього і відповідно до яких ця галузь права будується та функціонує. Цим визначається значення дослідження принципів кримінального права. І хоч вивченню цих принципів приділена певна увага, але по суті їх розробка у сучасних нових умовах розвитку країни знаходиться на початковій стадії.

2. Необхідною передумовою дослідження принципів кримінального права є вихідна позиція дослідника щодо: розуміння права взагалі та місця кримінального права в системі права України зокрема; взаємозалежності принципів кримінального права від закономірностей розвитку України на певному етапі її розвитку; розгляду кримінального права як явища, що має свій юридичний зміст та форму, які підпорядковуються своїм принципам; розгляду кримінального права як галузі, яка не тільки декларована у законодавстві, але й є реально діючою тощо.

3. Кримінальне право як засіб та міра захисту особистості, суспільства та держави від злочинних посягань є одна із публічних галузей права, підсистема у системі права України. Нормальне будовання та функціонування кримінального права як підсистеми можливо лише за умови, якщо принципи галузі забезпечують органічне її входження у регулятивно-охоронну систему права України як її невід'ємна частина. В свою чергу, ця система будується на принципах, які більш-менш відображають існуючі закономірності розвитку України як країни, яка прагне перейти до відкритого правового громадянського суспільства. Ці принципи є загальними і для окремих галузей, у тому числі і для кримінального права, але вони (наприклад, принципи законності, справедливості, гуманізму тощо) хоч і однойменні з загальними принципами права, але зміст кожного з них наповнюється галузевою кримінально-правовою специфікою. Зокрема, у кримінальному праві ці принципи відображають взаємовідносини особи, що вчинила злочин, і держави, яка покликана вирішити питання щодо кримінальної відповідальності цієї особи. Не виключено, що на певному етапі на перший план можуть виходити одні принципи (наприклад, справедливість), а в іншому – другі (наприклад, гуманізм), що потребує й відповідної побудови всіх інститутів кримінального права.

4. Кримінальне право як самостійна галузь є регулятивно-охоронюваною системою більш низького порядку, якій притаманні свої юридичні зміст та форма. Змістом кримінального права визнається система кримінально-правових норм, побудова та функціонування яких підпорядкована певним принципам. Юридичною формою, тобто способом існування, вираження та перетворення норм кримінального права і їх джерелом є кримінальне законодавство, яке, у свою чергу, будується функціонує на власних принципах. Тому є підстави виділяти та досліджувати окремо принципи кримінально-правових норм кримінального законодавства.

5. Первинним елементом юридичного змісту кримінального права є кримінально-правова норма. Сукупність цих норм визначальним чином структурована. Традиційно ці норми групуються навколо понять злочину та кримінальної відповідальності (покарання). Однорідна сукупність кримінально-правових норм утворює інститут, а сукупність інститутів – галузь; проміжними структурами є субінститути та підгалузі. Система принципів юридичного змісту кримінального права в певній мірі відбиває структуру цих норм і ускладнюється в міру того, як ускладнюються підрозділи норм, що слідкують один за одним. Тому логічно виділяти принципи субінститутів (наприклад, принцип сукупності норм про затримання злочинця), інститутів (наприклад, принципи сукупності норм про співучасть у злочині, множинність злочинів, призначення покарання, тощо), підгалузей (наприклад, принципи сукупності норм про злочин, про кримінальну відповідальність), й, нарешті, галузі кримінального права. Очевидно, що принципи більш низького рівня повинні відповідати принципам більш високого рівня, а взагалі всі вони повинні відповідати принципам, що є загальними для всієї галузі кримінального права.

6. У кримінальному законодавстві, яке є юридичною формою норм кримінального права, в свою чергу, відокремлюють внутрішню та зовнішню форми. Головний елемент внутрішньої форми – це змістовний аспект нормативного припису кримінального закону. Зовнішня форма виступає як юридичне письмово-документальне відображення норм кримінального права, що знаходить своє виявлення головним чином у КК України. Іншими словами, нормативний припис – це не тільки виявитель змісту кримінального закону, а й сам його текст, який має вираження у розділах, статтях, частинах, пунктах КК.

Кримінальне законодавство хоч й залежить від змісту кримінально-правових норм, але має відносну самостійність. Така самостійність визначається тим, що побудова та функціонування КК підраядковується вимогам доцільності, простоти, зручності та іншим міркуванням, у тому числі й нерозвиненістю системи права, незнанням місця розміщення норм у системі права, незавершеністю наукових розробок з цієї проблеми, помилкою або некомпетентністю правотворчих органів тощо. І все ж структура кримінального закону безпосередньо виражає структуру кримінально-правових норм і таким чином є структурою форми його змісту. Тому вона може бути виражена у вигляді декількох ієрархічно-взаємопов'язаних рівней, які однойменні з рівнями кримінально-правових норм. Ця структура КК так само підпорядкована своїм принципам, через що є підстави виділяти принципи побудовання та функціонування субінститута, інститута, підгалузі та галузі кримінального законодавства. Ці принципи відрізняються від принципів сукупності норм кримінального права й мають свою відносну самостійність.

Очевидно, що лише у єдності принципів кримінального права та кримінального законодавства дається повне уявлення про кримінальне право як галузь у системі права України.

7. Кримінальне право – це не тільки право, що записано, про- декларовано у КК, а таке, що знаходить свою дію у тому, що його приписи впливають на поведінку людей, у тому числі й на правозастосовчу практику уповноважених органів та службових осіб держави. Такий вплив має свої закономірності, які повинні в тій чи іншій мірі знаходити своє відображення у принципах впливу кримінального права на поведінку людей, у тому числі й на практику застосування кримінального права. Очевидно, що ці групи принципів потребують свого спеціального дослідження.

8. Кримінальне право є система динамічна. Це вимагає його постійного удосконалення. В теперішній час йде підготовка нового КК України, розробляється концепція розвитку кримінального законодавства на десятиріччя. Очевидно, що всі ці процеси повинні базуватися на певних принципах.

9. Таким чином, дослідження складної проблеми принципів кримінального права передбачає виявлення специфічного кримінально-правового змісту однойменних принципів системи права України; дослідження принципів різних структурних рівней юридичного змісту та форми кримінального права, співвідношенні між особою та загальними принципами галузі; виявлення принципів впливу кримінального права на поведінку людей, а також принципів застосування кримінального права, його удосконалення та прогнозування.

ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ ПРАВ ТА СВОБОД ЛЮДИНИ (МЕТОДОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ)

Проблеми кримінально-правового захисту прав та свобод людини (методологічний аспект) // Теоретичні та практичні питання реалізації Конституції України: проблеми, досвід, перспективи : матеріали наук.-практ. конф. (25 червня 1997 р., Київ). – Х. : Право, 1998. – С. 168–170.

1. Кримінально-правовий захист прав людини включає в себе наступне: 1) встановлення відповідних кримінально-правових норм (сфера належного); 2) здійснення цих норм (сфера сутнього); а) в поведінці приватних осіб з дотримання кримінальних заборон, виконання кримінально-правових обов'язків та використання кримінально-правових прав і б) у поведінці уповноважених органів держави (посадових осіб) з використання своїх державно-владних повноважень у кримінально-правовій сфері.

2. Кримінально-правовий захист прав та свобод людини від злочинних посягань передбачає захист від трьох видів посягань: 1) від посягань з боку себе подібних; 2) від посягань з боку держави та її агентів; 3) захист законних інтересів держави від посягань з боку її агентів та приватних осіб.

3. Кримінально-правовий захист індивідуальних та колективних прав людини від посягань з боку себе подібних передбачає: 1) повноту та обґрунтованість встановлення кримінально-правових заборон у сфері забезпечення безпеки індивіда та суспільства; 2) закріплення широких кримінально-правових рамок у сфері самостійного захисту приватних та колективних інтересів у кримінально-правовій сфері; 3) правове забезпечення державного контролю над злочинністю; 4) законне та обґрунтоване застосування КК уповноваженими органами та посадовими особами держави. В цьому випадку держава виступає як гарант прав людини.

4. Принципам кримінально-правового захисту людини від посягань з боку держави та її агентів повинно бути правило, згідно з яким кримінальний закон і відповідні органи держави повинні бути байдужі у всіх випадках, коли особистість самовизначається і при цьому не порушує інтересів себе подібних. Тому мають бути встановлені серйозні обмеження в діяльності органів державної влади в сфері прав людини. У цьому випадку держава виступає як противник громадянина, як потенційний порушник його прав. У зв'язку з цим виникає проблема кримінально-правовою обмеження спрямувань усіх гілок державної влади – законодавчої, виконавчої та судової в частині можливих порушень прав людини.

5. Кримінально-правовий захист законних інтересів держави від посягань з боку її агентів та приватних осіб обумовлюється зацікавленістю громадянського суспільства у сильній правовій державі, але лише у тій мірі, в якій посягання на інтереси такої держави прямо або непрямо супроводжуються посяганнями на права людини. З цієї

точки зору обґрунтованою є кримінально-правова відповідальність за посягання на інтереси держави як «зсередини» (зловживання та перевищення влади, хабарництво тощо), так і «ззовні» (посягання на державну безпеку, авторитет органів влади, порядок управління тощо).

6. Всі соціальні інститути суспільства повинні охоронятися кримінальним законом лише у тій мірі, в якій вони пов'язані із захистом прав, свобод та законних інтересів людини. З цієї точки зору і повинна перевірятися обґрунтованість встановлення кримінально-правових заборон.

ЗАХИСТ КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОМ ПРАВА ЛЮДИНИ НА ЖИТТЯ

Захист кримінальним законом права людини на життя// Актуальні проблеми формування правової держави в Україні. До 50-ї річниці Конвенції про захист прав людини та основних свобод : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. : у 2 ч. Ч. 2. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2000. – С. 121–124.

1. Частина 1 ст. 2 Європейської Конвенції з прав людини передбачає: «Право кожної людини на життя захищається законом». Держави-учасниці Конвенції, таким чином, зобов'язалися законодавче забезпечити природне право людини на життя. Згідно з ч. 2 ст. 27 Конституції України «обов'язок держави – захищати життя людини». Це й зумовлює законодавчий захист життя людини від протиправних посягань на нього.

Суб'єктом таких посягань може бути, сама держава, яка представлена її органами й агентами, а також інші особи (приватні особи, посадові особи підприємств, установ та організацій). У зв'язку з цим захист кримінальним законом права людини на життя означає встановлення таких положень, які б: а) забороняли державі позбавити людину життя; б) передбачали кримінальне покарання агентів держави та інших осіб за посягання, що спричиняють смерть людини; в) санкціонували право людини на самозахист від протиправних посягань на її життя з боку вищезазначених осіб.

2. Заборона держави позбавляти людину права на життя сформульована в статтях Протоколу № 6 до зазначеної Конвенції. Вони передбачають: «Смертна кара скасовується. Жодна людина не може бути засуджена до такого покарання або страчена» (ст. 1): «Держава може передбачити у своєму законодавстві смертну кару за діяння, вчинені під час війни або неминучої загрози війни; таке покарання застосовується лише у випадках, передбачених законом і згідно з його положеннями» (ст. 2).

Як чинний КК, так і стаття 50 проекту КК України не називають такого виду покарання, як смертна кара. Виникає, однак, питання щодо можливості у майбутньому передбачити у кримінальному законі смертну кару на підставі статті 2 протоколу № 6, а саме за діяння, вчинені під час війни чи неминучої загрози війни. Відповідно до рішення Конституційного Суду України від 29 грудня 1999 року «Конституція України не містить будь-яких положень про можливість застосування смертної кари як винятку з положення статті 27 Конституції України про невід'ємне право на життя кожної людини». Повноваження держави обмежити права і свободи людини в умовах воєнного чи надзвичайного стану передбачені частиною 2 статті 64 Конституції України. Але при цьому право людини на життя (стаття 27 Конституції) відноситься до переліку прав, що не можуть бути обмежені навіть в умовах воєнного стану. Таким чином, виходячи з наведених положень Конституції України в їх тлумаченні Конституційним Судом, в кримінальному законодавстві України не може бути встановлена смертна кара без попереднього внесення відповідних змін до Конституції.

3. Кримінально-правовий захист права людини на життя полягає в передбаченості в КК низки складів злочинів, суб'єктами яких можуть бути агенти держави, що можуть

призвести до позбавлення життя людини. Це зловживання представником влади цією владою або службовим становищем, якщо воно спричинило тяжкі наслідки; перевищення влади або службових повноважень, якщо воно супроводжувалося насильством або застосуванням зброї; службова недбалість, якщо вона спричинила тяжкі наслідки, у тому числі смерть людини; примушування давати показання шляхом незаконних дій працівником правоохоронного органу; розголошення відомостей про заходи безпеки щодо осіб, узятих під захист, тощо.

4. Право на самозахист життя людини від протиправних посягань передбачено в ч. 3 ст. 27 Конституції України, згідно з якою «кожен має право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань». Це право поширюється і на самозахист від злочинних посягань агентів держави, оскільки вони зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ч. 2 ст. 19 Конституції України). Особа має право будь-якими незабороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань (ч. 5 ст. 55 Конституції України). Межі цього захисту конкретизовані в ст. 15 КК України, яка регламентує право кожного на необхідну оборону.

5. Захист кримінальним законом права людини на життя від посягань з боку собі подібних знаходить своє вираження перш за все у встановленні покарання за просте, кваліфіковане та привілейоване вбивство. Життя людини виступає тут головним і єдиним безпосереднім об'єктом посягання з боку будь-якої осудної особи, яка досягла 14 або 16 річного віку. Разом з тим КК містить ряд складів злочинів, у яких життя людини є додатковим обов'язковим безпосереднім об'єктом. Це, наприклад, посягання на життя державного діяча чи працівника правоохоронного органу, члена громадського формування охорони громадського порядку або військовослужбовця, посягання на життя судді у зв'язку з його діяльністю, пов'язаною зі здійсненням правосуддя, тощо. Караність таких посягань більш сувора, ніж звичайних посягань на життя людини, оскільки вони заподіюють шкоду не одному, а двом об'єктам. Захист права на життя здійснюється також шляхом конструювання складних злочинів, у яких об'єднуються умисна чи необережна дія (бездіяльність) особи, яка пов'язана, як правило, з необережним убивством (наприклад, тяжке тілесне ушкодження, якщо воно спричинило смерть потерпілого; незаконний аборт, якщо він спричинив смерть потерпілої; залишення у небезпеці, якщо воно спричинило смерть особи, залишеної без допомоги, тощо).

6. Під захистом кримінального закону знаходиться життя людини й у випадках посягання на неї з боку приватних осіб, а також посадових осіб підприємств, установ та організацій. Багато складів злочинів як кваліфікуючу обставину передбачають настання тяжких чи особливо тяжких наслідків, перш за все смерті однієї людини або декількох осіб (наприклад, незаконне позбавлення волі або захоплення заручників, що спричинило тяжкі наслідки; а зґвалтування, що спричинило особливо тяжкі наслідки, тощо). Караним визнається також порушення екологічних вимог, якщо це створило небезпеку для життя людей або спричинило їх загибель (наприклад, у випадках нежиття заходів щодо ліквідації наслідків екологічного забруднення, приховування або перекручення відомостей про екологічний стан або захворюваність населення, забруднення землі, надр, атмосфери, вод або порушення правил їх охорони тощо). Створення небезпеки для життя людини або загибель людей визнаються ознаками основного і, відповідно, кваліфікованого складів злочинів проти громадської безпеки, безпеки виробництва, безпеки руху й експлуатації транспорту, здоров'я населення, встановленого порядку несення військової служби.

7. Частина 2 ст. 2 Конвенції передбачає винятки, за наявності яких позбавлення життя людини не розглядається як порушення її права на захист життя законом. Вони мають місце, якщо позбавлення життя людини є наслідком неминучої потреби застосувати силу : а) при захисті будь-якої людини від незаконного насильства; б) при

здійсненні законного арешту або при запобіганні втечі людини, яка законно перебуває під вартою; с) у діях, законного вчинених з метою придушення бунту або заколоту. По суті, йдеться про правомірне позбавлення волі (або так звані підстави для захисту чи виправдувальні обставини) або обставини, що виключають злочинність діяння.

Таким чином Європейська конвенція зобов'язує держави врегулювати в законі вищенаведені винятки.

8. Урегулювання застосування сили як виняткового заходу агентами держави при здійсненні законного арешту, запобіганні втечі людини з-під варти та з метою придушення бунту або заколоту традиційно передбачається в законодавстві, що визначає статус відповідних органів держави та її уповноважених агентів.

Що стосується можливості позбавлення життя при захисті будь-якої особи від незаконного насильства, то суб'єктом такого захисту може бути як приватна особа, так і агент держави. КК України традиційно передбачає дії саме приватної особи при застосуванні сили в стані необхідної оборони (ст. 15). При цьому підставою такої оборони є суспільне небезпечне посягання, яке потребує свого негайного відвернення чи припинення (тобто позбавлення життя того, хто посягає), повинно бути наслідком неминучої потреби застосувати силу. Однак, якщо Конвенція передбачає захист саме людини від незаконного насильства, то КК України об'єктом захисту називає не лише особу, але й інтереси суспільства та держави. Таким чином, за КК України людина може бути позбавлена життя і при захисті громадських інтересів, які не пов'язані із захистом людей від незаконного насильства, а також при захисті інтересів держави.

ЄВРОПЕЙСЬКА КОНВЕНЦІЯ З ПРАВ ЛЮДИНИ І ЗАГАЛЬНА ЧАСТИНА ПРОЕКТУ НОВОГО КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Європейська конвенція з прав людини і Загальна частина проекту нового Кримінального кодексу України // Держава та регіони. Серія «Право». – 2001. – № 1. – С. 84–91.

Принцип правової держави, якою Україна проголошена в Конституції, передбачає сумлінне виконання такою державою своїх міжнародних зобов'язань. Таким зобов'язанням, зокрема, є приведення національного законодавства, у тому числі і кримінального, у відповідність до Європейської конвенції по захисту прав і основних свобод людини (далі – Європейська конвенція прав людини).

Зрозуміло, що проблема відповідності кримінального законодавства міжнародним зобов'язанням України є достатньо складною. Відомо, наприклад, що зовсім не вимагається, щоб всі положення Європейської конвенції прав людини знайшли текстове відтворення у законодавстві України, але відтворення її принципів і положень в інтерпретації Європейського суду з прав людини повинно знайти закріплення у національному законодавстві України. Європейський суд у рішенні від 27.09.1995 року у справі Маккан та інші проти Об'єднаного Королівства нагадав, що «Конвенція не зобов'язує Високі сторони інкорпорувати її норми до національного законодавства». Тому достатньо, якщо національне законодавство по суті забезпечує охорону права, передбаченого Конвенцією.

Предметом цієї статті є лише деякі положення Загальної частини прийнятого У другому читанні проекту Кримінального кодексу України, над яким після робочої групи Кабінету Міністрів України ґрунтовно попрацювали народні депутати України з точки зору відповідності цих положень Європейській конвенції з прав людини.

Відповідно до частини 1 статті 9 Конституції України «чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України». Цьому відповідає положення, яке закріплене в частині 3 статті 3 проекту КК України: «Закони України про кримінальну відповідальність повинні відповідати положенням, що містяться в чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України».

Звертає на себе увагу та обставина, що проект КК України, прийнятий у другому читанні, відійшов від терміну «кримінальний закон», вживаючи замість нього термін «закон про кримінальну відповідальність». Вважаю, що така термінологія не відповідає змісту Кримінального кодексу, який передбачав не лише заходи кримінальної відповідальності, а й, наприклад, правомірну поведінку у стані необхідної оборони, крайньої необхідності, виправданого ризику тощо, а також примусові заходи медичного та виховного характеру. Очевидно, що термін «закон про кримінальну відповідальність» з'явився через непорозуміння. Це пояснюється тим, що народними депутатами України вносилася пропозиція змінити назву «Кримінальний кодекс» на

«Кодекс законів про кримінальну відповідальність» і відповідно до цього у Комітеті Верховної Ради України були внесені зміни до розділу II, який назвали «Законодавство про кримінальну відповідальність». Але після того, як пропозиція щодо назви кодексу в сесійному залі не була підтримана, забули внести відповідні зміни до розділу II, який поки що живає термін «закон про кримінальну відповідальність». Тому вірніше було б сказати, що саме кримінальні закони повинні відповідати міжнародним договорам України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Одним з центральних понять проекту Кримінального кодексу є визначення злочину. Європейська конвенція з прав людини зі злочином пов'язує дуже багато питань, які безпосередньо впливають на захист прав і свобод людини. І хоча є деякі сумніви щодо адекватності перекладу Конвенції українською та російською мовами, все ж відповідно до статті 7 Конвенції злочином визнається дія або бездіяльність, які на час вчинення становили кримінальний злочин за: 1) національними законами, або 2) міжнародним правом, або 3) згідно із загальними принципами права, визнаними цивілізованими націями.

Таким чином, мова йде не лише про національну кримінальну протиправність діяння, але й про міжнародну, більше того – про загальновизнану цивілізованими націями кримінальну протиправність діяння. Разом з тим, стаття 11 проекту КК злочинном визнає передбачене цим Кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дію або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину. Таким чином, за прямим приписом проекту злочином визнається діяння, яке на час його вчинення є таким за Кримінальним кодексом, тобто лише за національним кримінальним законодавством. У цьому зв'язку виникає питання: чи не суперечить таке визначення злочину тому, яке дане в статті 7 Конвенції?

При відповіді на це питання слід враховувати, по-перше, положення частини 3 статті 3 проекту про те, що кримінальний закон повинен відповідати міжнародним зобов'язанням України, які передбачають, зокрема, обов'язки України встановити в національному законодавстві кримінальну відповідальність за діяння, передбачені міжнародними угодами (так звані конвенційні злочини або злочини міжнародного характеру). По-друге, проект КК вперше передбачає в Особливій частині спеціальний розділ «Злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку», який якраз і містить відповідальність за діяння, які визнані злочинами цивілізованими націями згідно із загальними принципами права. Нарешті, з урахуванням того, що Конвенція була прийнята 50 років тому і держави з того часу зробили великі кроки щодо об'єднання зусиль по боротьбі з міжнародними злочинами, то лише теоретично можна уявити, що КК України може не передбачати у якості злочину діяння, визнане таким цивілізованими націями.

Відповідно до пункту 2 статті 6 Конвенції «кожна людина, звинувачена у вчиненні кримінального злочину, вважається невинуватою доти, доки її вину не буде доведено згідно з законом». По суті, у цьому положенні знайшла своє відображення презумпція невинуватості особи у вчиненні злочину. Така презумпція закріплена також і в частині 1 статті 62 Конституції України, згідно якої «Особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено у законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду».

В проекті закріплено положення, яке пристосовано до завдань Кримінального кодексу: відповідно до частини 2 статті 3 проекту КК «ніхто не може бути визнаний винним у вчиненні злочину і підданий кримінальному покаранню інакше як за вироком суду й відповідно до закону». Інколи ця формула піддається критиці з тих позицій, що вона не відтворює текстуально частину 1 статті 62 Конституції України. Вважаю, однак, що формула презумпції невинуватості повинна знайти своє відображення в Кримінально-процесуальному, а не в Кримінальному кодексі України.

Наступне положення стосується принципу «ніхто не може бути двічі покараний за одне й те ж саме». Пункт 1 статті 4 Протоколу № 7 Конвенції передбачає: «Жодна людина не може бути вдруге притягнута до відповідальності або покарання в кримінальному порядку судом однієї й тієї самої держави за злочин, за який вона вже була остаточно виправдана або засуджена відповідно до закону і кримінально-процесуального права цієї держави».

Частина 1 статті 61 Конституції України закріпила положення, що «ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення». З цими положеннями перекликається припис частини 3 статті 2, яка передбачає, що «ніхто не може бути підданий кримінальній відповідальності за той самий злочин більше одного разу».

Наведені положення також іноді критикуються з точки зору необхідності закріпити в КК положення, яке б прямо корелювало положенням Конституції, а саме: «Ніхто не може бути двічі притягнутий до кримінальної відповідальності за той самий злочин». На мій погляд, з цим можна погодитися. По-перше, інколи кажуть, що якщо забороняється лише двічі притягувати особу до кримінальної відповідальності, то тричі, чотири рази чи більше буцім-то можна. Але не треба виривати формулювання частини 1 статті 62 з усього тексту Конституції, яка проголошує Україну правовою, демократичною державою, в якій органи державної влади, їх посадові особи зобов'язані діяти на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією і законами України. Відомо, що Конституція і закони України передбачають одноразову індивідуальну відповідальність особи за вчинений злочин. По-друге, у цьому випадку, як і багатьох інших, діє відомий принцип «тим паче»: якщо особу не можна двічі притягувати до кримінальної відповідальності, то, тим паче, її не можна притягувати до кримінальної відповідальності тричі, чотири рази і т. д.

Але все ж таки перевага запропонованої формули полягає в іншому. Якщо в проєкті КК мова йде лише про заборону кримінальної відповідальності більше одного разу за той самий злочин, то в запропонованому формулюванні йдеться про заборону притягувати двічі до кримінальної відповідальності за той самий злочин. З точки зору тлумачення Конституційним Судом України понять «кримінальна відповідальність» і «притягнення до кримінальної відповідальності» – останнє, тобто притягнення до кримінальної відповідальності, має місце вже з моменту пред'явлення обвинувачення у вчиненні злочину, а моментом настання кримінальної відповідальності визнається момент набрання обвинувальним вироком законної сили. Таким чином, формулювання принципу «не можна карати двічі за одне й те ж саме» у запропонованому варіанті є більш демократичним. Але наслідки цього принципу мають своє продовження.

Виходячи з принципу, що особа не може бути більше одного разу притягнута до кримінальної відповідальності за один і той самий злочин, частина 2 статті 7 проєкту КК передбачає положення про те, що громадяни України та особи без громадянства, які постійно проживають в Україні, якщо вони вчинили злочини за межами України і за вчинені злочини зазнали покарання за межами України, не можуть бути знову притягнені в Україні до кримінальної відповідальності за ці злочини.

Це положення бажано змінити і привести у відповідність до статті 4 Протоколу № 7 Конвенції. У цій статті йдеться про те, що ніхто не може бути вдруге притягнутим до кримінальної відповідальності або покараний судом однієї й тієї самої держави за злочин відповідно до закону саме цієї держави. Таким чином, згідно Конвенції, особа може бути притягнута до кримінальної відповідальності і піддана покаранню за один і той самий злочин не лише двічі, але й тричі і більше разів, але за умови, що це буде зроблено судами різних держав відповідно до законів кожної держави.

Гадаю, що таке положення не суперечить Конституції України. По-перше, в частині 1 статті 61 Конституції йдеться про юридичну відповідальність за правопо-

рушення. Звичайно, мається на увазі юридична, у тому числі кримінальна відповідальність, визначена Україною, а не іншою державою. По-друге, пункт 22 частини 1 статті 92 Конституції передбачає, що виключно законами України визначаються діяння, які є злочинами, та відповідальність за них.

Наведене положення дає підстави повернутися в проекті КК до частини 3 статті 5 чинного Кримінального кодексу України і закріпити положення: «якщо громадяни України і особи без громадянства, що постійно проживають в Україні, за вчинені злочини за межами України були піддані покаранню, то суд може відповідно пом'якшити призначене їм покарання або повністю звільнити винного від відбування покарання».

В пункті 1 статті 7 Конвенції сформульований загальний принцип, за яким «жодна людина не може бути обвинувачена у вчиненні кримінального злочину на підставі будь-якої дії або бездіяльності, які на час їх вчинення не становили кримінального злочину за національними законами або за міжнародним правом». Нагадаю, що частина 2 статті 58 Конституції України закріпила цей принцип таким чином: «Ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення». Конкретизація цього положення, яке повністю відповідає наведеним положенням Конвенції, має місце в частині 2 статті 4 проекту КК: «Злочинність і караність діяння визначаються законом про кримінальну відповідальність, який діяв на час вчинення цього діяння».

Проект КК України вперше легально визначив поняття часу вчинення злочину. Нагадаю, що ця проблема має велике значення для випадків так званих дистанційних злочинів, в яких існує часова різниця між вчиненою дією і її злочинними наслідками.

Відомо, що це питання по різному вирішується як в теорії, так і в законодавстві. Так, кримінальні кодекси одних країн передбачають, що часом вчинення злочину, до об'єктивної сторони складу якого включаються суспільно небезпечні наслідки, визнається час настання цих суспільно небезпечних наслідків. Наприклад, у частині 1 статті 13 КК Узбекистану закріплено, що «часом вчинення злочину визнається час виконання суспільно небезпечного діяння, якщо стаття цього Кодексу визначає момент закінчення злочину моментом здійснення дії або бездіяльності. Часом вчинення злочину визнається час настання злочинних наслідків, якщо стаття цього Кодексу визначає закінчення злочину моментом настання таких наслідків». Подібного змісту положення міститься і в КК Туркменистану. Такий же висновок можна зробити і на підставі тлумачення положень КК Фінляндії та Ізраїлю. Навпаки, кримінальними кодексами Білорусі, Іспанії, Південної Кореї, Російської Федерації, ФРН, Франції передбачено, що часом вчинення злочину визнається час вчинення кримінально протиправного діяння незалежно від часу настання його суспільно небезпечних наслідків.

В частині 3 статті 4 проекту КК України передбачено, що часом вчинення злочину визнається час вчинення передбаченої кримінальним законом дії або бездіяльності. На мій погляд, кращий варіант передбачає КК Польщі, в якому диференційовано підхід до визначення моменту вчинення злочину: якщо для встановлення кримінального закону, який підлягає застосуванню до вчиненого діяння, то часом його вчинення визнається час вчинення злочинної дії чи бездіяльності, а якщо для встановлення початкового моменту відліку строку давності притягнення до кримінальної відповідальності – момент настання суспільно небезпечних наслідків.

Пункт 1 статті 7 Конвенції передбачає положення щодо неможливості зворотної дії закону у часі, якщо він посилює покарання. «Не може також призначатися покарання більш тяжке, ніж те, яке застосовувалося на час вчинення кримінального злочину». Очевидно, що більш м'яке покарання нового закону може бути застосовано; заборона зворотної дії у часі поширюється лише на більш суворий кримінальний закон.

Це положення знайшло своє відображення, перш за все, в Конституції України. Частина 1 статті 58 Конституції передбачає: «Закони та інші нормативно-правові акти

не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи». У повній відповідності до цього частина 2 статті 5 проекту КК України закріплює положення: «Закон про кримінальну відповідальність, що встановлює злочинність діяння чи посилює кримінальну відповідальність, не має зворотної дії в часі». І навпаки, закон про кримінальну відповідальність, що скасовує злочинність діяння чи пом'якшує покарання, має зворотню дію в часі.

Наведені формулювання дають можливість зробити декілька зауважень. По-перше, відповідно до Конституції України в них вживається поняття «зворотна дія кримінального закону в часі» замість поняття «зворотна сила кримінального закону». По-друге, практичне застосування закріплених приписів знову ж таки потребує з'ясування поняття кримінальної відповідальності. Якщо виходити з тлумачення цього поняття Конституційним Судом України, який пов'язує кримінальну відповідальність із засудженням особи та відбуванням нею покарання, то виникає питання: який закон слід вважати пом'якшувачим кримінальну відповідальність? Чи можна віднести до таких законів той, що пом'якшує становище особи, якій ще не призначено покарання, або який, наприклад, скорочує перелік зобов'язань умовно засудженого або поліпшує умови умовно-дострокового звільнення від відбування покарання? Чи можна віднести до таких законів той, що змінює строки давності або погашення судимості? Чи йдеться в аналізованій статті проекту про закони, які пом'якшують або посилюють покарання? Тобто виникає давня проблема: як співвідносяться між собою кримінальна відповідальність та покарання?

З огляду на це, здається, що може і не треба було Верховній Раді України змінювати редакцію цієї статті, а залишити редакцію проекту, прийнятого у першому читанні: «Кримінальний закон, який скасовує злочинність діяння, пом'якшує покарання або іншим чином поліпшує становище особи, що вчинила злочин, має зворотню дію в часі, тобто поширюється на осіб, що вчинили відповідні діяння до набрання таким законом чинності, а також на осіб, які відбувають або відбули покарання, але мають судимість». Таке положення цілком відповідає вищенаведеним конституційним приписам.

І, на мій погляд, зовсім вже зайвою є частина 3 статті 6 проекту, яка передбачає, що «закон про кримінальну відповідальність, який частково пом'якшує відповідальність, а частково її обтяжує, має зворотну силу лише у тій частині, яка пом'якшує відповідальність». Очевидно, що це положення повторює положення частин 1 і 2 цієї ж статті, а тому заслуговує на увагу пропозиція щодо його виключення з проекту. Крім того, непослідовно знову вживати термін «зворотна сила» кримінального закону.

Частина 1 статті 2 Європейської конвенції з прав людини передбачає: «Право кожної людини на життя захищається законом». Держави-учасниці Конвенції, таким чином, зобов'язалися законодавчо забезпечити природне право людини на життя. Згідно частини 2 статті 27 Конституції України «обов'язок держави – захищати життя людини». Це і зумовлює законодавчий захист життя людини від протиправних посягань на нього.

Суб'єктом таких посягань може бути сама держава, яка представлена її органами та агентами, а також інші особи (приватні особи та посадові особи підприємств, установ і організацій). У зв'язку з цим захист права людини на життя кримінальним законом означає встановлення таких положень, які б: 1) забороняли державі позбавити людину життя; 2) передбачали кримінальне покарання агентів держави та інших осіб за посягання, що спричиняють смерть людини; 3) санкціонували право людини на самозахист від протиправних посягань на її життя з боку вищезазначених осіб.

Заборона держави позбавляти людину права на життя сформульована в статтях 1 та 2 Протоколу № 6 до зазначеної Конвенції. Вони передбачають: «Смертна кара скасовується. Жодна людина не може бути засуджена до такого покарання або страчена» (стаття 1). «Держава може передбачити у своєму законодавстві смертну кару за діяння, вчинені під час війни або неминучої загрози війни; таке покарання застосовується лише у випадках, передбачених законом і згідно з його положеннями...» (стаття 2).

Як чинний КК, так і стаття 50 проекту КК України не передбачають такого виду покарання як смертна кара. Виникає, однак, питання щодо можливості у майбутньому передбачити у кримінальному законі смертну кару на підставі статті 2 протоколу № 6, а саме за діяння, вчинені під час війни чи неминучої загрози війни. Відповідно до рішення Конституційного Суду України від 29 грудня 1999 року «Конституція України не містить будь-яких положень про можливість застосування смертної кари як винятку з положення статті 27 Конституції України про невід'ємне право на життя кожної людини». Повноваження держави обмежити права і свободи людини в умовах воєнного чи надзвичайного стану передбачені частиною 2 статті 64 Конституції України. Але при цьому право людини на життя (стаття 27 Конституції) відноситься до переліку прав, що можуть бути обмежені навіть в умовах воєнного стану. Таким чином, виходячи з наведених положень Конституції України в їх тлумаченні Конституційним Судом, в кримінальному законодавстві України не може бути встановлена смертна кара без попереднього внесення відповідних змін до Конституції.

Частина 2 статті 2 Конвенції передбачає виключення, при наявності яких позбавлення життя людини не розглядається як порушення її права на захист життя законом. Ці виключення мають місце, якщо позбавлення життя людини є наслідком неминучої потреби застосувати силу: а) при захисті будь-якої людини від незаконного насильства; б) при здійсненні законного арешту або при запобіганні втечі людини, що законно перебуває під вартою; в) при діях, законно вчинених з метою придушення бунту або заколоту. По суті, мова йде про правомірне позбавлення волі або так звані підстави для захисту чи виправдувальні обставини, або обставини, що виключають злочинність діяння.

Таким чином, Конвенція зобов'язує державу врегулювати в законі наведені вище виключення.

Врегулювання застосування сили як виключного заходу агентами держави при здійсненні законного арешту, запобіганні втечі людини з-під варти та з метою придушення бунту або заколоту традиційно передбачаються в законодавстві, що визначає статус відповідних органів держави та її уповноважених агентів. Треба відзначити, що в декількох попередніх варіантах проекту КК України було закріплено загальне положення щодо незлочинності дій уповноважених осіб при застосування зброї, сили та спеціальних засобів, якщо вони діяли відповідно до закону.

Що стосується можливості позбавлення життя при захисті будь-якої особи від незаконного насильства, то суб'єктом такого захисту може бути як приватна особа, так і агент держави. Проект КК України традиційно передбачає дії саме приватної особи при застосуванні сили в стані необхідної оборони (стаття 35). При цьому підставою такої оборони є суспільно небезпечне посягання, яке потребує свого негайного відвернення чи припинення, тобто позбавлення життя того, хто посягає, повинно бути наслідком неминучої потреби застосувати силу. Однак, якщо Конвенція передбачає захист саме людини від незаконного насильства, то за проектом КК України об'єктом захисту виступає не лише особа, але й інтереси суспільства та держави. Таким чином, з точки зору проекту КК України, людина може бути позбавлена життя і при захисті суспільних інтересів, які не пов'язані із захистом людей від незаконного насильства, а також при захисті інтересів держави.

Пункт 2 статті 4 Конвенції передбачає: «жодна людина не може бути приневолена до примусової чи обов'язкової праці». Пункт 3 цієї ж статті пояснює далі, що: «для цілей цієї статті термін «примусова чи обов'язкова праця» не охоплює:

а) будь-яку роботу, виконання якої звичайно вимагається під час; ув'язнення, призначеного згідно з положеннями статті 5 цієї Конвенції, або під час умовного звільнення з-під такого ув'язнення;

б) будь-яку службу військового характеру або, у разі відмови від неї з релігійних чи політичних мотивів у країнах, де така відмова визнається, службу, визначену замість обов'язкової військової служби;

в) будь-яку іншу службу, яка має виконуватись на випадок надзвичайного стану або стихійного лиха, що загрожує життю чи благополуччю суспільства;

г) будь-яку роботу чи службу, яка становить собою звичайні громадянські обов'язки.

Цікаво відзначити, що пункт 2 статті 2 ратифікованої Україною Конвенції № 29 МОП «Про примусову або обов'язкову працю» 1930 року, передбачає, що не є примусовою працею будь-яка робота чи служба, яка вимагається від будь-якої особи внаслідок вироку, винесеного рішенням судового органу, за умови, що ця робота або служба виконуватиметься під наглядом і контролем державної влади, і що зазначену особу не буде відступлено чи передано в розпорядження приватних осіб, компаній або товариств. Тобто, за цією Конвенцією не визнається примусовою працею не лише праця засуджених до позбавлення волі, а взагалі будь-яка праця на підставі судового рішення.

Європейська конвенція з прав людини не визнає примусовою чи обов'язковою працею будь-яку роботу, виконання якої звичайно вимагається під час ув'язнення, призначеного згідно з положеннями статті 5 цієї Конвенції, або під час умовного звільнення з-під такого ув'язнення. Це положення, фактично відтворене в пункті 3 статті 8 ратифікованого Україною Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1960 року, передбачає, що не є примусовою працею робота, що виконується особою, яка перебуває в ув'язненні на підставі законного розпорядження суду, або особою, що умовно звільнена від такого ув'язнення, тобто знову ж таки пов'язує це питання лише із засудженням до позбавлення волі.

Уявляється тому, що збереження в майбутньому КК виправних робіт буде суперечити положенню, закріпленому в частині 3 статті 3 проекту КК, відповідно до якого кримінальне законодавство України повинно відповідати міжнародним договорам України, згода на обов'язковість яких дана Верховною Радою України. Відомо, що праця ні за яких умов не може бути засобом виправлення людини, а повинна бути її вільною справою. Не випадково стаття 131-8 КК Франції передбачає, що «покарання виконанням роботи в суспільних інтересах не може бути призначено проти волі осудженого, який від неї відмовляється або який не присутній в судовому засіданні. Голова суду до оголошення судової постанови інформує підсудного про його право відмовитися від виконання роботи в суспільних інтересах і отримує його відповідь». Подібне положення містить і ст. 49 КК Іспанії, у відповідності з якою роботи на користь суспільства не можуть призначатися без згоди осудженого.

Очевидно, що виправні роботи як вони передбачені в проекті КК, не є роботами в суспільних інтересах або на користь суспільства. Тому, можливо, слід повернутися до одного з перших варіантів проекту КК, в якому передбачалися громадські роботи як основний вигляд покарання, відмовившись від виправних робіт.

Стаття 1 Першого протоколу до Конвенції передбачає: «Кожна фізична або юридична особа має право вільно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений свого майна інакше, як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом або загальними принципами міжнародного права. Попередні положення, однак, жодним чином не обмежують право держави запроваджувати такі закони, які, на її думку, необхідні для здійснення контролю за використанням майна відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів чи штрафів».

Наявність у Конвенції такого положення ставить під сумнів існування такого виду покарання, що передбачений проектом КК, як загальна конфіскація майна. Відомо, що межі цього покарання поширюються і на майно засудженого, яке здобує правомірним шляхом. Здається, що в законі повинна бути передбачена лише спеціальна конфіскація, тобто конфіскація знарядь і засобів вчинення злочину майна, здобутого злочинним шляхом, у тому числі шляхом відмивання чи легалізації «брудних» грошей.

ПРОЕКТ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: ВИХІДНІ ПОЛОЖЕННЯ

Проект Кримінального кодексу України: вихідні положення // Наук. вісн. Дніпропетр. юрид. ін-ту МВС України. – Дніпропетровськ : Дніпропетр. юрид. ін-т МВС України, 2001. – № 1 (4). – С. 36–44.

Проект нового Кримінального кодексу України, підготовлений робочою групою Кабінету Міністрів України, прийнятий у першому читанні Верховною Радою України 9 вересня 1998 р. У другому читанні Загальна частина проекту нового КК прийнята 9 червня 2000 р., а Особлива частина – 14 вересня 2000 р. Сьогодні йде підготовка проекту КК до третього читання. На сучасному етапі роботу з підготовки проекту КК проводять в основному не фахівці-науковці, як на попередніх етапах, а народні депутати України.

Проект нового КК України ґрунтується на певних вихідних положеннях, які ми розглянемо нижче.

Перш за все уроки застосування та реформування чинного Кримінального кодексу України, а також восьмирічний досвід підготовки проекту нового КК змусили у проекті нового КК відмовитися від ряду положень. Проект нового КК України виходить з необхідності:

1) *деїдеологізації* кримінального законодавства, що означає усвідомлення необхідності і можливості вирішувати за допомогою КК суто практичних, утилітарних завдань. Наївно очікувати перевиховання злочинців, викорінення злочинності, виховання громадян у дусі законслухняності тощо шляхом застосування КК;

2) *деміфологізації* кримінального законодавства. Не варто розраховувати на кримінально-правові засоби як на панацею від складних економічних і соціальних проблем розвитку України. Слід виходити з того, що кримінальне право є останнім, крайнім заходом боротьби з негативними явищами в економіці та суспільному житті. Саме тому не можна захоплюватися надто популярною в буденній правосвідомості ідеєю посилення кримінальної репресії.

Разом з тим в останніх законодавчих актах про внесення змін до чинного КК простежується протилежна тенденція – прагнення вирішити засобами кримінального права ті чи інші проблеми сучасного українського суспільства. При цьому Верховна Рада України, очевидно, додержується буденної суспільної правосвідомості, не оцінюючи її критично. Так, нещодавно КК доповнено новою статтею про відповідальність за невіплату заробітної плати, пенсій, стипендій та інших обов'язкових платежів. З одного боку, такі діяння дійсно порушують конституційні права громадян, а з іншого, навряд чи кримінально-правова заборона вирішить соціально-економічну проблему, якщо вона не буде лише додатком до економічних, фінансових та інших засобів впливу. А при ефективності таких засобів не виникатиме необхідності і в самій кримінально-правовій забороні;

3) *декриміналізації*, тобто виключення зі складу злочинних діянь таких, які не мають суспільної небезпеки, тобто не заподіюють суттєвої шкоди економічним, політичним, соціальним чи іншим інтересам особи, суспільства й держави. Так, зокрема, не виправдало себе визнання таких діянь, як спекуляція, одержання незаконної винагороди від громадян за виконання робіт, пов'язаних з обслуговуванням населення, порушення правил торгівлі, незаконної торговельної діяльності, потрави посівів і пошкодження насаджень тощо;

4) *детінізації* економічного життя країни. Очевидно, що хоча засоби виведення з «тіні» накопичених капіталів більшою мірою лежать поза межами кримінального права, але й кримінально-правовим засобом теж належить певне місце у цьому процесі.

Другою вихідною засадою проекту нового КК є забезпечення наступності положень, які витримати випробування часом і відповідають цивілізованим нормам кримінального права. Тому в ньому збережено відомі і чинному законодавству положення про підстави кримінальної відповідальності, межі чинності кримінального законодавства, форми вини, відповідальність за незакінчений злочин тощо. Як такий, що витримав випробування часом і показав свою ефективність, збережено підхід до систематизації статей в Особливій частині КК України за родовим об'єктом посягання. Збережено й більшість складів злочинів, які, як показала практика, досить вдало були сформульовані у чинному законодавстві.

Проект нового КК виходить з необхідності забезпечення пріоритетного кримінально-правового захисту прав і свобод людини й громадянина. У цьому зв'язку глави, в яких йдеться про злочини проти життя та здоров'я, волі, честі та гідності людини, не лише поміщено в Особливій частині одразу ж за тими, де мова йде про злочини проти основ національної безпеки України, а й значно розширено за рахунок включення до них нових видів посягань проти цих благ. Це, зокрема, порушення прав пацієнта (ст. 141), незаконне проведення дослідів над людиною (ст. 142), порушення порядку трансплантації органів або тканин людини (ст. 143), насильницьке донорство (ст. 144), досліді з клонування людини (ст. 146), експлуатація дітей (ст. 151), примушування до заняття проституцією (ст. 158) тощо.

Проект нового КК виходить з вимоги відповідності кримінального законодавства України Конституції України та її міжнародно-правовим зобов'язанням. Згідно з цим вихідним положенням проект максимальну ув'язано з положеннями Конституції України, які мають значення для розвитку кримінального законодавства. Це перш за все положення ст. 8 Конституції України про визнання та дію в Україні принципу верховенства права, а також про необхідність відповідності законів України Конституції. Згідно з ч. 1 ст. 3 Конституції України, людина, її життя та здоров'я, честь і гідність, недоторканність та безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Тому проектом КК України передбачено широке коло злочинів проти цих благ, а також досить суворі заходи відповідальності за них (аж до довічного позбавлення волі).

Відповідно до ст. 75 Конституції лише Верховна Рада є законодавчим органом в Україні, і лише вона, відповідно до п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції, може законодавчо визначити діяння, які є злочинами, та відповідальність за них. Ґрунтуючись на цих конституційних приписах, ч. 1 ст. 3 проекту КК України встановлює, що все кримінальне законодавство України становить лише КК, який приймається Верховною Радою України.

Окремими статтями проекту КК встановлено відповідальність за порушення проголошених Конституцією прав людини й громадянина, зокрема права людини на життя (ст. 27), повагу до гідності, свободу від катування, жорстокого, нелюдського та такого, що принижує гідність поводження чи покарання (ст. 28), права на свободу та особисту недоторканність (ст. 29) тощо. Порушення всіх цих та інших прав людини, проголошених Конституцією, визнається злочинами (відповідно вбивство, образа, на-

клеп, заподіяння тілесних ушкоджень тощо) і тягне за собою кримінальну відповідальність.

Згідно з приписом ч. 2 ст. 58 Конституції про те, що «...ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення», сформульовано підставу кримінальної відповідальності як «вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, *передбаченого кримінальним законом*» (ч. 1 ст. 2). Стосовно предмета кримінального права у проекті КК також конкретизовано конституційний припис щодо дії закону в часі та надання зворотної дії законам, що скасовують або пом'якшують відповідальність (ч. 1 ст. 58). Відповідно до положень ст. 60 передбачено виключення кримінальної відповідальності особи, яка відмовилася виконувати явно незаконний наказ чи розпорядження, а також встановлено кримінальну відповідальність за віддання чи виконання такого наказу. Передбачається виключення кримінальної відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо членів сім'ї чи близьких родичів (ч. 1 ст. 63 Конституції) тощо.

У проекті нового КК України забезпечується відповідність положень кримінального законодавства умовам *перехідної (від планово-адміністративної до ринкової) економіки*. Так, розд. VII «Злочини у сфері господарської діяльності» Особливої частини проекту передбачає декілька груп посягань. Перша група – це посягання у сфері підприємницької діяльності: фіктивне підприємництво (ст. 210), протидія законній підприємницькій діяльності (ст. 211), фіктивне банкрутство (ст. 225), доведення до банкрутства (ст. 226), приховування банкрутства (ст. 227) тощо. Другу групу становлять злочини у сфері фінансової діяльності: ухилення від повернення виручки в іноземній валюті (ст. 212), незаконне відкриття та використання за межами України валютних рахунків (ст. 213), порушення законодавства про бюджетну систему (ст. 215), незаконне переведення в готівку безготівкових коштів (ст. 220) та ін. Третя група – це порушення прав споживачів товарів та послуг: обман покупців або замовників (ст. 232), фальсифікація засобів вимірювання (ст. 233), випуск та реалізація недоброякісної продукції (ст. 234) та ін.

Очевидним є симбіоз у цій главі як статей, що передбачають відповідальність за злочини, які можуть скоюватися в умовах ринкової економіки (наприклад, ухилення від сплати податків, порушення антимонопольного законодавства тощо), так і таких, протидія яким є актуальною на нинішньому етапі і які, очевидно, з розвитком ринкової економіки в Україні мають бути декриміналізовані (ухилення від повернення виручки в іноземній валюті (ст. 212), незаконне відкриття та використання за межами України валютних рахунків (ст. 213), незаконне переведення в готівку безготівкових коштів (ст. 220), злочини, пов'язані з приватизацією державного майна (ст. 240-242) та ін.

Вихідною засадою проекту нового КК України є врахування нових явищ у сучасній злочинності, у тому числі організованих. У проекті уточнюється визначення поняття співучасті у злочині як умисної спільної участі кількох суб'єктів злочину у скоєнні умисного злочину (ч. 1 ст. 25). Окрім того, дається розгорнуте визначення видів співучасників: виконавця, організатора, підбурювача та пособника. При цьому значно розширюється поняття «організатор», в основному за рахунок включення до нього ознак, які раніше характеризували пособництво – забезпечення фінансування, чи організація приховування злочинної діяльності організованої групи, чи інше забезпечення діяльності цієї групи. Уточнено та розширено і визначення поняття «пособник». Ним визнається особа, яка «...порадами, вказівками, наданням засобів чи знарядь або усуненням перешкод чи *іншим чином* сприяла вчиненню злочину іншими співучасниками, а також особа, яка до завершення злочину обіцяла переховати злочинця, знаряддя чи засоби вчинення злочину, сліди злочину чи предмети, здобуті злочинним шляхом, чи збути такі предмети або *іншим чином сприяти приховуванню злочину*».

До проекту введено скоєння вчинення злочину групою осіб, групою осіб за попередньою змовою та організованою групою, а також визначено їхні ознаки. Вперше в історії кримінального законодавства України закріплено правила відповідальності співучасників, у тому числі правила про кваліфікацію їхніх дій, межі відповідальності співучасників при скоєнні виконавцем незакінченого злочину, а також при ексцесі виконавця.

У проекті містяться різні підходи до визначення відповідальності організаторів та учасників організованої групи та злочинної організації. Організатор такої групи (організації) підлягає відповідальності за всі злочини, скоєні організованою групою чи злочинною організацією, якщо вони охоплювалися його умислом; інші учасники – лише за злочини, у вчиненні яких вони брали участь (ст. 29 проекту). Деталізовано поняття та кримінально-правові наслідки добровільної відмови співучасників від доведення злочину до кінця (ст. 30).

У проекті нового КК України *передбачається сувора відповідальність за скоєння тяжких і особливо тяжких злочинів з наданням можливості застосування до осіб, які скоїли злочини середньої тяжкості та невеликої тяжкості, покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, й навіть звільнення від кримінальної відповідальності*. У цьому зв'язку слід звернути увагу на те, що вперше в історії кримінального законодавства України у проекті проводиться чітка класифікація злочинів: злочини невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжкі та особливо тяжкі. Ця класифікація не є самоціллю, вона охоплює весь зміст Загальної частини кодексу і, залежно від віднесення злочину до тієї чи іншої категорії, визначає кримінально-правові наслідки його вчинення.

Проектом КК передбачено нові підстави звільнення від кримінальної відповідальності осіб, які скоїли злочини середньої та невеликої тяжкості, а саме: дійове каяття (ст. 44) та примирення винного з потерпілим (ст. 45).

Широкого розвитку отримали так звані заохочувальні норми кримінального права, які можна розподілити за 4 групами:

- 1) такі, що заохочують правомірну поведінку (наприклад, необхідна оборона, затримання злочинця тощо);
- 2) заохочують добровільну відмову особи від продовження злочинної діяльності;
- 3) заохочують діяльне розкаяння після вчинення злочину;
- 4) спеціальні, які заохочують посткримінальну поведінку особи, що відбуває покарання.

У проекті КК *широко охоплено досягнення сучасної науки кримінального права* України та інших країн, судової та слідчо-прокурорської практики застосування кримінального законодавства України, практики Конституційного Суду України, досвіду законопроектних робіт з реформування кримінального законодавства країн СНД та далекого зарубіжжя, зокрема:

– уточнено підставу кримінальної відповідальності: «...вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого КК України» (ч. 1 ст. 2);

– розширено випадки зворотної дії кримінального закону (ст. 5) – вона надається не лише законам, що усувають злочинність чи караність діяння, а й законам, що іншим чином поліпшують становище особи. Спеціально вказується, що закони мають зворотну дію також щодо осіб, які відбувають або відбули покарання, але мають судимість;

– введено реальний (національний) принцип дії кримінального закону у просторі (іноземці та особи без громадянства, що постійно не проживають в Україні, підлягають кримінальній відповідальності за законодавством України у випадку скоєння ними за межами України особливо тяжкого злочину проти інтересів України чи її громадян (ст. 8);

– встановлено законодавче визначення часу й місця вчинення злочину: «Злочин визнається скоєним на території України, якщо його було почато, продовжено або

припинено на території України» (ч. 2 ст. 6). Часом вчинення злочину вважається час вчинення кримінально протиправного діяння, незалежно від часу настання його суспільно небезпечних наслідків (ч. 3 ст. 4);

- регламентується інститут видачі злочинця;
- визнається правова сила обвинувального вироку суду іноземної держави при кваліфікації нового злочину, призначенні покарання, звільненні від кримінальної відповідальності або покарання;
- вводяться поняття повторності, сукупності та рецидиву злочинів (ст. 31-34);
- розширюється перелік обставин, що виключають злочинність діяння (за рахунок включення статей про фізичний та психічний примус, виконання наказу або розпорядження, діяння, пов'язане з ризиком, виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи (ст. 35-42);
- уточнюється структура Загальної та Особливої частин КК за рахунок збільшення кількості глав, більш точного віднесення статей до тієї чи іншої глави, «блочності» їх розміщення тощо.

Проектом нового КК здійснюється *поступова гуманізація системи покарань, приведення її у відповідність до стандартів світової спільноти з урахуванням, матеріальних можливостей держави* (як уже відзначалося, не передбачається смертна кара).

Проект нового КК України, як і більшість сучасних європейських кримінальних кодексів, передбачає, по суті, два основних види покарання, які можуть бути застосовані до осіб, що скоїли злочини: позбавлення волі та штраф. До різновидів позбавлення волі належать: арешт, обмеження волі, направлення військовослужбовців до дисциплінарного батальйону, позбавлення волі на певний строк та довічне позбавлення волі. При цьому лише одне покарання – направлення військовослужбовця до дисциплінарного батальйону – є спеціальним видом позбавлення волі, а всі інші – загальними видами покарань. Штраф, як самостійний вид покарання, представлений як звичайним штрафом (грошовим стягненням, яке обчислюється встановленими законом неоподатковуваними мінімумами доходів громадян і накладається судом у випадках та в розмірах, встановлених в Особливій частині проекту КК), так і його спеціальними видами – виправними роботами та службовими обмеженнями для військовослужбовців. Виправні роботи також являють собою грошове стягнення, яке вираховується у встановлених процентах від місячного заробітку засудженого, і накладається судом у випадках, передбачених КК та у часових межах, встановлених в його Особливій частині. Подібним чином характеризується і службове обмеження для військовослужбовців.

По суті виправні роботи – це така різновидність штрафу, яка умовно може бути названа штрафом у вигляді штрафо-місяця. Подібне розрізнення звичайного штрафу і його різновиду – штрафу у вигляді штрафо-дня – має місце у КК Франції 1992 р. Штрафо-день полягає в тому, що засуджений повинен внести до бюджету суму, загальний розмір якої визначається в результаті призначення суддею щоденного внеску впродовж визначеної кількості днів. Розмір кожного штрафо-дня визначається з урахуванням доходів і зобов'язань підсудного і не може перевищувати 2 тис. франків, число ж штрафо-днів визначається з урахуванням обставин злочинного діяння і не може бути більшим за 360. Загальна сума повинна бути виплачена до настання строку, що відповідає кількості призначених штрафо-днів (ст. 1315 КК Франції). Повна чи часткова несплата цієї суми тягне за собою ув'язнення засудженого на строк, що відповідає половині невиплачених штрафо-днів (ст. 13125 КК Франції).

Очевидно, що виправні роботи, як їх передбачено проектом КК, не є роботами на користь суспільства. Тому не виключено, що потрібно повернутися до одного з перших варіантів проекту КК, яким передбачалися громадські роботи як основний вид покарання, відмовившись від виправних робіт.

Проект нового КК України значною мірою враховує правосвідомість населення щодо злочинності і караності та професійну правосвідомість суддів і працівників кримінальної юстиції, які застосовують кримінальний закон. Нарешті, вихідною задачею нового КК України є також взаємодія Кримінального кодексу з галузями кримінальної спрямованості та іншими галузями публічного і приватного законодавства. При цьому слід мати на увазі, що Кримінальний кодекс є юридичною формою вираження публічних кримінально-правових норм. У свою чергу, кримінальне право належить до охоронної підсистеми права, завдання якої полягає у врахуванні об'єктивних закономірностей, які визначають співвідношення Кримінального кодексу як публічно-правового акта охоронної галузі з іншими галузями публічного та приватного законодавства. При цьому галузі публічного законодавства, у свою чергу, відносять до регулятивної (наприклад, більшість актів адміністративного, фінансового та процесуального законодавства) або охоронної підсистем законодавства. Проблема полягає в тому, що деякі сучасні акти, наприклад приватного законодавства (Цивільний, Трудовий, Житловий кодекси тощо) ще не прийняті Верховною Радою України. В такому разі не можна виключати, що прийняття цих та інших актів законодавства потягне за собою необхідність внесення відповідних змін до Кримінального кодексу України.

СТРУКТУРА ЗАГАЛЬНОЇ ЧАСТИНИ НОВОГО КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Структура Загальної частини нового Кримінального кодексу України // Конституція України – основа модернізації держави та суспільства : матеріали наук. конф. (21–22 червня 2001 р., Харків). – Х. : Право, 2001. – С. 323–325.

1. Новий КК України, прийнятий 5 квітня 2001 року, дотримується традиційної побудови кримінального закону. КК поділяється на Загальну та Особливу частини, кожна з яких має свою логіку та структуру.

Загальна частина нового КК України порівняно з КК 1960 року є більш дробною (замість 5 вона складається з 15 розділів). В ній можна виділити шість блоків норм, розташованих у певному порядку.

2. Перший блок – це норми, положення яких мають загальне значення для всього Кодексу. Ці норми об'єднуються у розділі I «Загальні положення» та розділі II «Закон про кримінальну відповідальність». Оцінюючи цей блок, слід звернути увагу на нове поняття, що введено до КК, а саме поняття «закон про кримінальну відповідальність». Появі цього поняття є певне пояснення: деякі народні депутати України пропонували змінити назву Кримінального кодексу України на Кодекс законів України про кримінальну відповідальність. Їх пропозицію підтримав профільний Комітет Верховної Ради України і відповідно до неї змінив назву розділу II «Кримінальний закон» на «Закон про кримінальну відповідальність». Разом з тим Верховна Рада України не підтримала Комітет у частині зміни назви Кодексу, залишивши назву «Кримінальний кодекс України». Але при цьому народні депутати України не внесли зміни в назву та зміст розділу II. Найголовніше, однак, те, що в приписах цього розділу фігурує не кримінальний закон, а саме закон про кримінальну відповідальність. Таким чином, спірне в науці положення про те, що таке кримінальна відповідальність, перенесено з площини наукової дискусії до КК. А це, в свою чергу, може мати непередбачені наслідки. Наприклад, ч. 1 ст. 5 КК передбачає, що «закон про кримінальну відповідальність, який скасовує злочинність діяння або пом'якшує кримінальну відповідальність, має зворотну дію у часі, тобто поширюється на осіб, що вчинили відповідні діяння до набрання таким законом чинності, у тому числі на осіб, які відбувають покарання або відбули покарання, але мають судимість». Виникає питання, який закон можна визнавати таким, що пом'якшує кримінальну відповідальність, – той, що пом'якшує умови відбування покарання, або й той, що будь-яким чином поліпшує становище особи, яка вчинила злочин, у тому числі й умови погашення та зняття судимості? Відповідь на це питання вимагає звернення до рішення Конституційного Суду України, яким встановлено, що кримінальна відповідальність починається з моменту набрання законної сили обвинувальним вироком суду. Таким чином, пом'якшення кримінальної відповідальності може стосуватися особи, відносно якої набрав законної сили обвинувальний вирок суду. Крім того, такий закон може мати зворотну дію лише в межах існування кримінальної відповідальності. Відомо, що визначення моменту

закінчення кримінальної відповідальності є питанням дискусійним. Мабуть, виходячи із ч 2 ст. 5 КК, таким моментом будуть вважати день закінчення строку погашення судимості або зняття судимості.

3. Другий блок об'єднує норми Загальної частини, які стосуються вчення про злочин, тобто про матеріально-правову підставу кримінальної відповідальності. Ці норми об'єднуються в шести розділах, а саме: розділі III «Злочин, його види та стадії», розділі IV «Особа, яка підлягає кримінальній відповідальності (суб'єкт злочину)», розділі V «Вина та її форми», розділі VI «Співучасть у злочині», розділі VII «Повторність, сукупність та рецидив злочинів» і, нарешті, розділі VIII «Обставини, що виключають злочинність діяння». Звертає на себе увагу розділ III «Злочин, його види та стадії». Очевидно, що згадування про стадії вчинення злочину у цьому розділі є недоречним. Місце стадіям вчинення злочину – після розділу про вину та перед розділом про співучасть у злочині. І в цьому була б логіка: після визначення ознак типового явища – закінченого злочину треба було б помістити нетипову ситуацію, а саме: розділ про незакінчений злочин (як це і передбачалося у проекті КК, прийнятому Верховною Радою України у першому читанні). Привертає увагу і те, що вперше обставини, що виключають злочинність діяння, передбачені в окремому розділі, який завершує блок норм про злочин. Таким чином, ці обставини поширюють свою дію не тільки на закінчений злочин (як це має місце в КК 1960 р.), а й на незакінчений злочин, співучасть у злочині та множинність злочинів.

4. Третій блок норм Загальної частини – це норми розділу IX «Звільнення від кримінальної відповідальності». Це принципова відмінність у структурі Загальної частини КК. Відомо, що в КК 1960 року норми про звільнення від кримінальної відповідальності знаходять своє місце у розділі V «Про призначення покарання та про звільнення від покарання».

Новий КК, однак, чітко розділяє поняття «звільнення від кримінальної відповідальності» та «звільнення від покарання». Межа, яка розділяє ці поняття, – це набрання законної сили обвинувальним вироком суду. Звідси, звільнити від кримінальної відповідальності можна лише до цього моменту. Крім того, звільнення від кримінальної відповідальності можливе лише при наявності двох умов: 1) матеріально-правової підстави для такої відповідальності (а цьому присвячені, як зазначалося, розділи III-VIII КК) та 2) підстави для звільнення особи від винесення щодо неї обвинувального вироку суду (наприклад, примирення з потерпілим, дійове каяття, перебіг строків давності, зміна обстановки тощо). Саме з цих причин розділ IX «Звільнення від кримінальної відповідальності» розміщений перед розділом X «Покарання та його види», тобто перед нормами, що являють вчення про кримінальне покарання.

5. Четвертий блок норм Загальної частини – це норми, що становлять собою інститут покарання: розділ X «Покарання та його види», розділ XI «Призначення покарання», розділ XII «Звільнення від покарання та його відбування» і, нарешті, розділ XIII «Судимість». Норми цього блоку регулюють весь комплекс правовідносин, що виникають у зв'язку з призначенням покарання та звільненням від нього. При цьому розділ XII передбачає ситуації, при яких засуджений може бути звільнений взагалі від призначення покарання (наприклад, ч. 4 ст. 3), або від його відбування (ст. 75), або від подальшого відбування призначеного судом покарання (ст. 81).

6. П'ятий блок норм – це норми, що об'єднані у розділі XIV КК «Примусові заходи медичного характеру та примусове лікування».

Нарешті, завершує Загальну частину шостий блок – розділ XV «Особливості кримінальної відповідальності та покарання неповнолітніх». Наявність цього розділу підкреслює гуманістичну направленість КК, оскільки норми вказаного розділу передбачають привілейовані положення щодо осіб, які вчинили злочини у віці до 18 років. Крім того, наявність цього розділу передбачає можливу спеціалізацію судів у справах неповнолітніх або появу сімейних судів.

ОПЫТ ПОДГОТОВКИ И РЕАЛИЗАЦИИ НАЦИОНАЛЬНОЙ ПРОГРАММЫ БОРЬБЫ С КОРРУПЦИЕЙ В УКРАИНЕ

Опыт подготовки и реализации национальной программы борьбы с коррупцией в Украине // Коррупция в органах государственной власти: природа, меры противодействия, международное сотрудничество : сб. ст. / под ред. П. Н. Панченко, А. Ю. Чуровой, А. И. Мизерия. – Н. Новгород, 2001. – С. 110–116.

Первая национальная программа борьбы с коррупцией на Украине (далее – Программа) была утверждена Указом Президента Украины 10 апреля 1997 года. Эта программа подлежала включению в Комплексную целевую программу борьбы с преступностью на 1996–2000 годы. Программа предусматривала комплекс мер, имеющих целью преодоление коррупции. Структурно она состояла из трех разделов: «Профилактические меры», «Организационно-правовые меры», «Информационно-аналитическое обеспечение борьбы с коррупцией и связанной с ней преступностью».

Ряд мер, предусмотренных Программой, не был выполнен и не дал ощутимого сокращения коррупции. Напротив, она стала одним из факторов, которые создают угрозу национальной безопасности и демократическому развитию общества и государства. Поэтому был сделан вывод о том, что обеспечить системный подход и эффективную организацию деятельности по предупреждению коррупции и противодействию ей возможно лишь при наличии комплексной, научно обоснованной концепции. С этой целью Указом Президента Украины от 24 апреля 1998 г. была утверждена Концепция борьбы с коррупцией на 1998–2005 годы (далее – Концепция). Структурно Концепция состояла из введения и семи разделов: раздел I. «Общие положения»; раздел II. «Социальные предпосылки коррупции. Причины и условия коррупционных деяний»; раздел III. «Предупредительное влияние на социальные предпосылки коррупционных деяний. Предупреждение коррупционных деяний»; раздел IV. «Совершенствование законодательства об ответственности за коррупционные деяния»; раздел V. «Деятельность государственных органов по выявлению коррупционных деяний и привлечению виновных к ответственности»; раздел VI. «Система обеспечения борьбы с коррупцией»; раздел VII. «Система реализации Концепции».

Концепция предусматривает осуществление неотложных мер по предупреждению и противодействию коррупции, а также мер, которые требуют более длительной разработки и внедрения на протяжении 2–3 лет. Остальные меры должны осуществляться постоянно, с тем, чтобы к 2005 году создать на Украине эффективную систему борьбы с коррупцией, которая бы позволила добиться реальных результатов.

Положения концепции учитываются при формировании и проведении государственной политики, при разработке и совершенствовании общегосударственных планов и программ борьбы с коррупцией, отраслевых программ, при принятии новых законов и т. д. Вместе с тем, ощутимых результатов в деле противодействия коррупции достиг-

нуть пока не удалось. Причин такого положения, по-видимому, много. Одной из них является все же необходимость некоторых новых методологических подходов к такому явлению, как коррупция и методам противодействия ей. Это должны учитывать и национальные программы противодействия коррупции.

Исходя из этого, программы противодействия коррупции должны преследовать, в частности, внедрение таких мер:

- 1) пересмотр политико-юридического содержания понятия коррупции;
- 2) перенесение рассмотрения проблемы на уровень крупномасштабных взаимоотношений между государством и гражданским обществом, в частности, в сфере обеспечения общественного контроля над государственной деятельностью на Украине;
- 3) углубление реализации конституционного принципа деления властей в украинском государстве, из чего вытекает, в частности, необходимость создания специальных структурных подразделений государства;
- 4) дальнейшее реформирование судебной системы на Украине с целью радикализации процесса создания эффективной публичной структуры защиты гражданских прав и свобод на Украине;
- 5) осуществление программы культурно-образовательных мер относительно создания стабильных морально-этических образцов государственной службы, а также внедрение в практику преподавания (повышения квалификации) перспективной политико-юридической модели государственного должностного лица.

Пересмотр политико-юридического понятия коррупции. Для разработки детализированной системы мероприятий по преодолению явлений коррупции в украинском госаппарате необходимо сначала определиться с обновленным понятием коррупции.

Действующее законодательство определяет коррупцию как сумму традиционно неприязнательных (преимущественно, по модели взяточничества) злоупотреблений властью, на преодоление которых направляется прозрачная система организационно-правовых мероприятий. Однако на самом деле современная коррупция является сложным по содержанию и структуре феноменом украинского государственно-политического бытия. В этом смысле она есть не столько механическая сумма (набор) конкретных мелких или существенных злоупотреблений властью, сколько явление общей деградации этноса государственной службы – процесс, последствия которого сегодня рельефно проявляются не только на индивидуальном, местном или региональном, но и на общегосударственном уровне.

В политическом контексте сегодняшнего дня коррупция должна толковаться как этически порочный способ профессиональной жизни должностного лица, в котором государственная служба, выполнение тех или других законодательно очерченных полномочий рассматривается агентом государства, чиновником как форма специфического «бизнеса», рискованная и порой острая игра власти на частных и общественных интересах, целью и последствием которой является не только персональное обогащение коррупционеров, но и общая деградация государственного служения обществу, деформация имиджа государственной службы, политическая эксплуатация гражданского общества государством.

Следствием коррупции является не только понижение авторитета государственной власти, но и антагонизм между органами государственной власти и населением, политическая пассивность граждан, абсентеизм, профессиональная неискренность в культурно-образовательной и воспитательной сферах, коллаборационизм, сдача в плен и массовое дезертирство в военное или другое кризисное для страны время и тому подобное.

Поскольку, по данным политической науки, способ жизни в индустриально развитых странах быстро и постоянно усложняется, усложняется в них также и явление преступности, модифицируется практика, стиль злоупотребления государственной властью. Таким образом, коррупция если и не является исключительным или прямым следствием осложнения экономических, культурных и политических процессов в современном украинском государстве, то все же претерпевает на себе последствия глу-

боких структурных изменений в этих участках. Следовательно, необходимо признать, что современная коррупция является феноменом уголовно рафинированным, сложным к осмыслению и разработке действенных средств противодействия и предотвращения ее. Как правило, акты коррупции совершаются умственно способными людьми, коэффициент интеллекта которых является значительно более высоким, чем средний. Поэтому для правильного (адекватного требованиям сегодняшнего дня) определения общего понятия и квалификации состава правонарушения (преступления) под названием «коррупция» необходимо привлечь лучшие юридические силы, провести мониторинг зарубежного опыта борьбы с ней и т. п.

Необходимо согласиться с тем, что юридически и политически правильное осознание даже элементарного понятия коррупции не является общедоступным и требует тренированного интеллекта. Оно требует развитой политической и юридической культуры, концептуального мышления, высокого уровня овладения юридической наукой и др.

Борьба с коррупцией в системе мероприятий по совершенствованию отношений гражданского общества и государства. Наиболее эффективным средством политической борьбы с коррупцией является существенное сужение круга вопросов, которые решаются исключительно через реализацию государственных программ, способом разнообразных административных согласований или общей властной поддержки на общенациональном и местном уровнях.

Быстрое и неподдельное строительство гражданского общества приводит к уменьшению как фактической, так и потенциальной угрозы коррупции. В то же время расширение сектора государственного регулирования общественных по своей природе процессов приводит, напротив, к увеличению реального уровня коррупции или к существенной эскалации ее угрозы.

Исходя из этих соображений, программа борьбы с коррупцией должна взять в качестве образца классическое правило либеральной демократии: государство, его аппарат, правительственные структуры должны делать для граждан только то, что люди поодиночке или объединяясь в общественные ассоциации не могут сделать сами. Иначе говоря, в настоящее время стоит задача уменьшить государственный патернализм, как можно большее количество проблем общественной динамики и общественного развития отнести к компетенции гражданского общества и его структурным подразделениям – общественным организациям, органам местного самоуправления, гражданам непосредственно.

Для существенного уменьшения проявлений коррупции на всех уровнях государственного управления необходимо разработать и внедрить диверсифицированную сеть общественного контроля над государственной деятельностью, сделав тем самым политическую и административную активность органов государственной власти и их должностных лиц открытой для общественности, а самих государственных руководителей – реально доступными для общения с гражданами и контроля со стороны их ассоциаций. С этой целью необходимо разработать и принять комплексный (органический) закон «Об общественном контроле над государственной деятельностью», а также законы «Об организованной политической оппозиции» и «О статусе общественных правозащитных организаций». Речь идет, собственно, о создании правовой базы общественного контроля над государственной деятельностью общей компетенции.

В то же время не менее важным заданием в этом плане остается создание специального законодательства о парламентском контроле над деятельностью Президента Украины, премьер-министра Украины, Кабинета министров Украины, силовых министерств и ведомств, отдельных высших должностных лиц, а также за работой Службы безопасности и Прокуратуры Украины.

Стратегическим направлением борьбы с коррупцией должно стать расширение общенациональной сети неправительственных общественных организаций: ассоциаций потребителей, независимых профсоюзов, организаций ветеранов, молодежи, женщин и других общественных организаций по интересам. Только создание широкой общественной ин-

фраструктуры контроля над государственной деятельностью на Украине позволит сделать средства предотвращения коррупции адекватными масштабам ее угрозы.

Углубление конституционного разделения государственной власти. Специальные подразделения по борьбе с коррупцией. Национальная программа борьбы с коррупцией должна опираться также на углубление конституционного принципа разделения государственной власти. С этой целью необходимо разработать и принять законодательные акты о статусе специальных органов и институтов парламентского контроля над государственной деятельностью, нормативно закрепить формы, методы и процедуры их работы.

В частности, требует обновления действующее законодательство о комитетах Верховной Рады Украины как постоянно действующих подразделениях парламентского контроля над государственной деятельностью. В повестке дня государственных мероприятий стоит также создание и принятие закона о временных контрольных, ревизионных и следственных комиссиях Верховной Рады Украины, а также о контрольных комиссиях местных советов. В очереди неотложных политических заданий Украины стоит также принятие Закона Украины «О порядке смещения Президента Украины с поста в порядке импичмента», Закона Украины «О порядке обжалования решений и действий (бездействия) государственных органов и должностных лиц на Украине в международные органы судебной защиты прав и свобод человека» и т. п. На законодательном уровне необходимым является также внедрение детализированных механизмов юридической ответственности за политику и конкретную деятельность тех высших должностных лиц государства, которые, по Конституции Украины, избираются, назначаются или утверждаются Верховной Радой Украины.

Актуальной является также реорганизация специальных подразделений Службы безопасности Украины (СБУ) по борьбе с коррупцией. Речь идет в первую очередь о создании элитных подразделений этих служб, агенты которых имели бы полномочие вести следствие и вводить оперативно-розыскные мероприятия, подобные тем, которые предусмотрены компетенцией специальных агентов ФБР в США. Со временем эти подразделения должны стать главным инструментом беспристрастного и объективного разоблачения фактов коррупции, как в высших эшелонах государственной власти Украины, так и на уровне регионального политического истеблишмента.

Созданию специальных подразделений СБУ должна предшествовать разработка законодательной базы их деятельности, внесение изменений в Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы Украины, установление порядка финансирования этих органов, их техническое обеспечение, а также установление правил отчетности их руководства перед Кабинетом министров Украины, Верховной Радой Украины и т. п.

Кроме того, необходимо осуществить обстоятельный просмотр норм Уголовного и Уголовно-процессуального кодексов Украины в направлении внедрения, к сожалению, более известного за границей, института правового компромисса, собственно дополнительных оснований для освобождения от уголовной ответственности или смягчения ее относительно лиц, которые согласились на активную помощь следствию в делах о коррупции. Заслуживает внимания также законодательное внедрение других существенных (материальных, финансовых) стимулов для граждан, которые согласились оказать информационную и другую возможную помощь в расследовании дел о коррупции.

В общем, конкретные мероприятия, которые вытекают из национальной программы борьбы с коррупцией, должны характеризоваться политической откровенностью, общественной открытостью, нравственностью, четкой законодательной регламентацией, целеустремленным прагматизмом и здравым смыслом.

Углубление реформы судебной системы. В этом подразделе национальной программы борьбы с коррупцией должно предусматриваться создание и углубление организационно-политической отрешенности судов от иных государственных органов с одновременным дальнейшим подъемом роли суда как традиционного и главного средства публичной защиты гражданских прав и свобод.

На высшем судебном уровне предусматривается постепенная трансформация конституционного статуса суда как одной из ветвей государственной власти в направлении углубления его статуса как высшего публичного арбитра между государством и гражданским обществом на Украине. Предусматривается, что в обновленном виде судебная власть станет ограничителем административно-бюрократической экспансии государства, которое по своей политической позиции гаранта стабильности, порядка и защищенности всегда объективно противостоит гражданской свободе, свободной предпринимательской инициативе, правам и свободам человека.

На местном уровне суд также должен постепенно переходить от преобладающего выполнения функции органа государственного наказания за преступления и правонарушения к все более широкому осуществлению им функций публичной защиты гражданских прав и свобод, авторитетного подтверждения гражданских представлений о справедливости, гарантирования частной инициативы граждан от административного произвола. Из простой ветви госаппарата, которым он фактически является сегодня, реформированный суд должен стать инстанцией, в которой будут защищаться интересы свободной общественности, поддерживаться человеческая честь и достоинство, пресекаться любые властные злоупотребления.

Для действительного достижения этой цели судьбы должны превратиться в профессиональную касту, которая не только пользуется исключительным общественным доверием и олицетворяет в себе высшие моральные добродетели, но в то же время является материально независимой от капризных обстоятельств жизни. Судьи должны получать действительно совсем другое, чем они имеют теперь, финансовое вознаграждение за свою деятельность. Между судьей и чиновником должна пролечь, очевидно, понятная организационная, финансовая и политическая дистанция. Только тогда станет возможным изъять суд из традиционного властного триумвирата украинской провинции. Не исключено, что процедура отбора конкретных лиц на должности судей при этом существенно усложнится, а моральные, политические и профессиональные требования относительно их обстоятельно возрастут. Но вряд ли здесь существует какая-то альтернатива.

При этом контроль над правосудием должна обеспечивать, прежде всего, сама судебная система. Если система обновленных судов будет создана, ее коллективный этнос, как показывает международный опыт, окажется во многом достаточной гарантией для самоочищения. Вместе с тем, полезной может стать и деятельность специальных подразделений СБУ по преодолению коррупции в судах. Фактически это есть один из противовесов исполнительной власти в системе разделения властей.

Культурно-образовательные мероприятия в борьбе с коррупцией. Смысл культурно-образовательных мероприятий в борьбе с коррупцией сводится, главным образом, к воспитанию у подрастающего поколения украинских граждан нового (нетоталитарного) образа государства и политической власти, новых представлений относительно заданий и функций полиции, правоохранительных органов и т. п.

Главные воспитательные акценты в подготовке кадров государственного управления должны сместиться от индоктринации в сознание будущих управленцев модели общественной динамики по схеме: «команда-подчинение» к постепенному внедрению динамичной модели либеральной демократии и свободы, принципов самоуправления, гарантирования служебной субординации и дисциплины должностных лиц средствами надлежащего уровня образования, создания условий для их интеллектуального развития, приобщения к лучшим достояниям мировой политической и правовой культуры, воспитания политического стиля непринужденного служения обществу.

Психология государственного служащего, которая сегодня все еще слишком часто остается психологией «хозяина жизни», должна быть постепенно модифицирована в психологию общественного благодетеля, который должен надеяться в большинстве своих акций на общественную симпатию и поддержку.

ПОНЯТТЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ТА ЙОГО ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ ПРАКТИКИ ЗАСТОСУВАННЯ НОВОГО КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Поняття кримінальної відповідальності та його значення для практики застосування нового Кримінального кодексу України // Новий Кримінальний кодекс України: Питання застосування і вивчення : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (25–26 жовтня 2001 р., Харків). – К. : Юрінком Інтер, 2002. – С. 39–42.

1. Новий КК, як і КК 1960 року, не визначає поняття кримінальної відповідальності, хоча воно вживається майже у всіх розділах його Загальної частини. Відомо також, що поняття кримінальної відповідальності є дискусійним в науці кримінального права. Для визначення цього поняття з метою правильного застосування нового КК треба, передусім, з'ясувати, в яких випадках і в якому сенсі сам новий КК його вживає.

2. Перш за все, КК вживає поняття кримінальної відповідальності як синонім санкції відповідної кримінально-правової норми. Саме про таку відповідальність (санкцію) йдеться, наприклад, у ст. 16 КК, яка передбачає, що «кримінальна відповідальність за готування до злочину і замах на злочин настає за статтями 14 або 15 і за тією статтею Особливої частини цього Кодексу, яка передбачає відповідальність за закінчений злочин». По суті, про кримінальну відповідальність-санкцію йдеться і в назві та змісті розділу II Загальної частини КК «Закон про кримінальну відповідальність». Вочевидь, тут йдеться про встановлення законом кримінально-правових наслідків у разі вчинення особою злочину. Відповідно до ч. 3 ст. 3 КК «злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом»; у ст. 5 КК йдеться про закон про кримінальну відповідальність, який пом'якшує або посилює таку відповідальність тощо.

3. Таким чином, кримінальна відповідальність як санкція кримінально-правової норми характеризується сукупністю положень КК, що викладені не тільки в санкції відповідної статті Особливої частини, а й у відповідних розділах Загальної частини КК (розділ X «Покарання та його види», розділ XI «Призначення покарання», розділ XII «Звільнення від покарання та його відбування», розділ XIII «Судимість»). Очевидно, що санкція, яка розуміється таким чином, означає передбаченість КК видів обмеження прав і свобод особи, яким вона може бути піддана у разі вчинення злочину. Як і будь-яка інша санкція, кримінальна відповідальність у такому розумінні є по суті загрозою, яка може бути реалізована у майбутньому. Тобто, вона є потенційною, можливою у майбутньому, кримінальною відповідальністю. Наприклад, якщо закон визначає злочинність діяння, то йдеться про встановлення юридичної підстави для майбутньої кримінальної відповідальності. Так само, якщо закон встановлює або посилює караність діяння, то йдеться про встановлення або посилення обмежень прав і свобод особи, яким

вона в майбутньому може бути піддана у разі вчинення злочину. Нарешті, в розділі IX Загальної частини КК «Звільнення від кримінальної відповідальності», а також у відповідних статтях Особливої частини КК, які передбачають так звані заохочувальні (компромисні) норми, мова, вочевидь, йде про звільнення особи, яка вчинила злочин, від потенційної, можливої у майбутньому, відповідальності.

4. Кримінальну відповідальність – санкцію кримінально-правової норми (потенційну кримінальну відповідальність) можна визначити як передбачене Кримінальним кодексом обмеження прав і свобод особи, яким вона може бути піддана у майбутньому в разі вчинення нею злочину. Суб'єктом встановлення такої відповідальності є Верховна Рада України, яка виключно в законі (КК) визначає діяння, які є злочинами, та відповідальність за них (п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України). Об'єктом зазначеної кримінальної відповідальності є певні права та свободи особи, які підлягають обмеженню. Невизначене коло таких осіб характеризується ознаками, що притаманні суб'єкту певного злочину, за який встановлено дану відповідальність.

Кримінальна відповідальність – санкція існує з моменту набрання чинності відповідним законом про кримінальну відповідальність до моменту втрати ним чинності (за винятком випадків зворотної дії такого закону у часі).

5. Наведене розуміння потенційної кримінальної відповідальності має значення, наприклад, для визначення видів законів про кримінальну відповідальність. Такими, зокрема, є закони, що: 1) встановлюють або скасовують злочинність діяння, тобто підставу кримінальної відповідальності; 2) посилюють або пом'якшують караність злочинного діяння; 3) встановлюють або скасовують інші, крім покарання, кримінально-правові наслідки злочинного діяння; 4) передбачають передумови та підстави звільнення особи, яка вчинила злочин, від кримінальної відповідальності.

6. Інший зміст кримінальної відповідальності КК вкладає у випадки реального застосування до особи, яка вчинила злочин, державного примусу. Такий примус в одних випадках може обмежуватися лише засудженням винної особи, яке дістає вияв у обвинувальному вирокі суду і не пов'язане з призначенням їй кримінального покарання (наприклад у випадках, передбачених в ч. 4 і ч. 5 ст. 74 КК). В інших – цей примус дістає вияв у засудженні особи, поєднаному з призначенням їй конкретної міри покарання, від реального відбування якого вона, однак, звільняється (наприклад у випадках, передбачених ч. 1 ст. 75 КК). Нарешті, типовим проявом такого виду кримінальної відповідальності є засудження винної особи, призначення їй покарання і відбування нею цього покарання (повністю чи частково).

Цей вид відповідальності можна назвати реальною кримінальною відповідальністю. І хоча КК вживає щодо неї такі поняття, як «вирок суду» (ч. 1 ст. 50 КК), «призначення покарання» (розділ XI «Призначення покарання» Загальної частини) та «відбування покарання» (розділ XII «Звільнення від покарання та його відбування»), але все ж таки він розглядає їх як прояв реальної кримінальної відповідальності, а не санкції, передбаченої в законі.

Про це свідчить, зокрема, п. 11 розділу II Прикінцевих та перехідних положень КК, в якому передбачено, що «правила, встановлені Кримінальним кодексом України 1960 року щодо давності, умовно-дострокового звільнення від відбування покарання, заміни невідбутої частини покарання більш м'яким, погашення і зняття судимості, поширюється на осіб, які вчинили злочини до набрання чинності цим Кодексом, за винятком випадків, коли цим Кодексом пом'якшується кримінальна відповідальність зазначених осіб». Іншими словами, КК виходить з того, що особи, які відбувають покарання, і навіть особи, як після відбування покарання перебувають в статусі осіб, що мають судимість, несуть реальну кримінальну відповідальність.

7. Таким чином, реальна кримінальна відповідальність розглядається як публічно-правовий захід державного примусу до особи, яка вчинила злочин, тобто засудження

такої особи судом від імені держави, а також обмеження її прав і свобод, що здійснюється спеціальними органами держави, уповноваженими на виконання обвинувального вироку суду.

Суб'єктом покладання такої відповідальності є, перш за все, суд, який засуджує особу, визнану винною у злочині, а також встановлює в рамках санкції кримінально-правової норми (в рамках кримінальної відповідальності – санкції) конкретну міру обмежень прав і свобод певній особі, яка вчинила злочин. Далі, при відбуванні особою покарання суб'єктом, який реально обмежує її права та свободи, виступає спеціальний орган держави, уповноважений на виконання обвинувального вироку суду. Вочевидь, що об'єктом реальної кримінальної відповідальності є піддані обмеженню певні права і свободи конкретної особи, яка вчинила злочин, з числа тих осіб, на яких поширювалася потенційна кримінальна відповідальність.

Реальна кримінальна відповідальність має чітко визначений початковий та кінцевий моменти. Вона починається з моменту набрання законної сили обвинувальним вироком суду. Принаймні, таку позицію зайняв Конституційний Суд України в Рішенні від 27 жовтня 1999 р., яким дане офіційне тлумачення частини 3 статті 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканність).

Якщо обвинувальний вирок суду був пов'язаний з призначенням покарання відповідно до вимог КК (частина 1 статті 50 КК) і це покарання підлягає відбуванню, то кримінальна відповідальність особи має місце протягом усього часу відбування призначеного покарання і часто навіть після цього, але до моменту погашення або зняття судимості. Висновок про такий кінцевий момент кримінальної відповідальності випливає з положень частини 1 статті 5 КК, відповідно до якої закон, що пом'якшує кримінальну відповідальність, поширюється на осіб, які відбувають покарання або відбули покарання, але мають судимість. Тобто КК виходить з того, що і особи, які мають судимість, зазнають реальної кримінальної відповідальності.

8. З огляду на те, що в чинному КК поняття «кримінальна відповідальність» живається у двох значеннях, а саме, як санкція відповідної кримінально-правової норми (потенційна кримінальна відповідальність) і як фактичне застосування державного примусу до особи, яка вчинила злочин (реальна кримінальна відповідальність), то можна, таким чином, визначити загальне поняття кримінальної відповідальності, що випливає з чинного КК. Кримінальна відповідальність – це обмеження прав і свобод особи, винної у вчиненні злочину, яке передбачене Кримінальним кодексом України і застосовується судом, а також спеціальними органами держави, уповноваженими на виконання обвинувального вироку суду.

СИСТЕМА ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ОСОБИСТОЇ ВОЛІ ЛЮДИНИ

Система злочинів проти особистої волі людини // Злочини проти особистої волі людини : міжнар. наук.-практ. семінар (19–20 вересня 2000 р., Харків). – Х. : ПФ «Книжкове вид-во «Листвиця Марії», 2002. – С. 23–26.

1. Особиста воля – це свобода людини розпоряджатися собою за своїм розсудом, діяти відповідно до своїх інтересів і цілей, здійснювати вільний вибір. Змістовим стрижнем особистої волі людини є її свобода волі. Особиста воля людини має такі складові частини: 1) свобода особи обирати місце свого перебування; 2) свобода особи бути самою собою, перебувати у вільному стані, обирати за своїм розсудом спосіб життя (свобода невимушеного стану); 3) свобода вільно, без примусу здійснювати вчинки за своїм розсудом.

2. Посягання, що завдають істотної шкоди або загрожують спричиненням такої шкоди будь-якій з названих складових частин, є суспільно небезпечними посяганнями на особисту волю людини, а у випадках, якщо вони передбачені кримінальним законом, – злочинними посяганнями на особисту волю людини. Отже, можна виділити три групи злочинів проти особистої волі людини: 1) посягання на свободу вибору особою місця свого перебування; 2) посягання на свободу вільного стану особи; 3) посягання на свободу особи здійснювати вчинки за своєю волею. Єдиним чи основним безпосереднім об'єктом цих посягань визнається саме особиста воля людини.

Відомо, однак, що особиста воля у багатьох злочинах виступає додатковим обов'язковим чи факультативним безпосереднім об'єктом. Так, вона є додатковим обов'язковим об'єктом при ознаки незаконному арешті, затриманні або приводі, примушенні давати показання, розбої, насильницькому грабежі, вимаганні, зґвалтуванні тощо. Додатковим факультативним безпосереднім об'єктом особиста воля людини може бути при вчиненні, наприклад, хуліганства, залишення у небезпеці і т.ін.

3. Першу групу становлять посягання на свободу вибору особою місця свого перебування, тобто посягання, які виражаються у незаконному захопленні людини, її триманні проти волі у певному місці, переміщенні у будь-яке місце тощо. У чинному КК і проекті нового КК України до цієї групи злочинів належать: 1) незаконне позбавлення волі; 2) захоплення заручників; 3) незаконне поміщення до психіатричної лікарні; 4) викрадення чужої дитини; 5) торгівля людьми.

КК багатьох країн передбачають й інші злочини, які посягають на свободу вибору місця перебування особи, а саме: викрадення людини, а також насильницьке вивезення людини за межі країни (КК ФРН), незаконне переслідування (КК Польщі) тощо. Звертає на себе увагу та обставина, що багато КК передбачають відповідальність за викрадення людини поряд з незаконним позбавленням волі. І хоча до проекту нового КК України стаття про викрадення людини не була включена, вважаю, що все ж таки є підстави для того, щоб повернутися до обговорення цього питання.

4. Друга група посягань – це посягання на свободу людини перебувати у вільному стані, обирати вільний, за своїм розсудом, спосіб життя. Таке посягання полягає перш за

все у погрозі вчинити злочин проти даної особи, її сім'ї чи родичів. Ці та подібні дії порушують вільний стан людини, викликають у неї тривогу, хвилювання, побоювання за себе, свою сім'ю, близьких осіб. Таке психічне насильство значною мірою визначає лінію поведінки потерпілого, нав'язує йому спосіб життя, якого він не бажає. Наприклад, ст. 241^а КК ФРН передбачає покарання за взяття особи під підозру за політичними мотивами, а ст. 193 КК Іспанії визнає кара ним таке діяння, як проникнення у чужий будинок, квартиру, житлове приміщення чи огорожену територію або незалишення цих місць на вимогу уповноваженої особи. Чинний КК та проект нового КК України передбачають лише один склад злочину, який своїм безпосереднім об'єктом має свободу людини перебувати у вільному стані, а саме – погрозу вчинити вбивство. Але, по-перше, цей склад злочину вміщено у розділі «Злочини проти життя та здоров'я людини», по-друге, в проекті КК йдеться лише про погрозу вчинити вбивство. Здається, що криміналізації підлягає погроза взагалі вчинити злочин проти людини. З цієї точки зору заслуговує на увагу ст. 169 КК Польщі, яка передбачає покарання за «погрозу іншій особі заподіянням їй самій, сім'ї чи близьким особам шкоди, яка є злочином проти особистості, сексуальної свободи, гідності або власності».

5. Нарешті, третя група посягань – це посягання на свободу особи вільно здійснювати свої вчинки за своїм розсудом. Це так зване примушення. Чинний КК України передбачає декілька складів злочинів, об'єктивна сторона яких виражається у примушенні особи до вчинення певних дій чи бездіяльності (наприклад, примушення жінки до вчинення абортів, примушення жінки до статевого зв'язку, протидія законній підприємницькій діяльності та ін.), але особиста воля особи виступає в них як додатковий безпосередній об'єкт.

КК багатьох інших країн (Примірний КК США, КК штату Нью-Йорк (США), КК Польщі, КК Іспанії, КК ФРН та ін.) передбачають загальний склад такого злочину, як примушення особи з метою перешкодити вчиненню нею діяння, не забороненого законом, або примушення особи вчинити діяння проти її волі чи припинити діяння, що правомірно вчиняється даною особою. І хоча ні чинний КК, ні проект нового КК України не передбачають такого загального складу злочину, видається, що вимога повноти кримінально-правової охорони особистої волі людини потребує поміщення його в КК.

6. Особиста воля є однією із життєво важливих цінностей людини. Посягання на таку волю заслуговують на те, щоб передбачити їх в окремому розділі КК. Вважаю, що до таких посягань слід віднести, крім тих, що передбачені в чинному КК, ще принаймні два злочини: погрозу вчинити злочин та примушення особи до вчинення дії або бездіяльності.

УГОЛОВНОЕ ПРАВО УКРАИНЫ: СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ

Уголовное право Украины: современное состояние и перспективы развития// Уголовное право в XXI веке : материалы Междунар. науч. конф., состоявшейся на юрид. фак. МГУ им. М. В. Ломоносова 31 мая – 1 июня 2001 г. – М. : МГУ, 2002. – С. 30–35.

1. В XXI век Украина вступила с новым Уголовным кодексом. Этот УК был принят Верховной Радой Украины 5 апреля 2001 г. и подписан президентом Украины 18 мая того же года. Дата вступления в силу нового УК – 1 сентября 2001 г., он пришел на смену УК Украины 1960 г., который, как известно, действовал свыше 40 лет (с 1 апреля 1961 г.). Несмотря на то, что в последнее десятилетие этот кодекс неоднократно подвергался многочисленным изменениям и дополнениям, в настоящее время он уже в значительной мере не учитывает реалий сегодняшнего дня. Это связано, в частности, с несоответствием Конституции Украины 1996 г. Международно-правовым обязательствам страны, с устаревшей системой наказаний, противоречивостью, нарушением структурной целостности и др.

2. Новый УК Украины отличается от УК 1960 г. своим объемом, структурой и содержанием. Так, новый кодекс содержит 447 статей. Это на 81 статью больше, чем содержал прежний УК (366 статей). Общая часть увеличена на 49 статей и составляет 108 статей (почти вдвое больше, чем Общая часть УК 1960 г.), а Особенная часть увеличена на 32 статьи и составляет 339 статей.

3. Уголовный кодекс построен в соответствии с линейной и дробной структурой, с отдельной нумерацией разделов для Общей и Особенной частей. Так, Общая часть содержит 15 разделов, а часть Особенная – 20 разделов без выделения отдельных глав.

Разделы Общей части построены в соответствии с определенной системой, суть которой сводится к следующему. Вначале предусмотрены положения, которые являются принципиальными и общими для всего кодекса (задачи УК, основания уголовной ответственности, законодательство об уголовной ответственности); затем – предписания, характеризующие материально-правовое основание уголовной ответственности (понятие преступления, его виды и стадии; субъект преступления и вина, соучастие в преступлении и множественность преступлений, а также обстоятельства, исключающие преступность деяния). На третьем месте – раздел IX Освобождение от уголовной ответственности» (общие положения и отдельные пять оснований такого освобождения). Место этого раздела определено перед наказанием потому, что освобождение от уголовной ответственности может иметь место лишь до вступления и законную силу обвинительного приговора суда, а наказание всегда предполагает вынесение такого приговора. Поэтому на четвертом месте – разделы УК о понятии и видах наказания, назначении наказания и об освобождении от наказания и от его отрицании. Затем – разделы о судимости, принудительных мерах медицинского характера и принудитель-

ном лечении и в завершении Общей части – раздел XV «Особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних».

4. Структура Особенной части УК построена в целом по родовому объекту. Причем названия разделов сформулированы либо по принципу «Преступления против ...», либо «Преступления в сфере...».

Расположение разделов Особенной части подчинено также определенной логике. На первом месте помещен раздел «Преступления против основ национальной безопасности Украины», который объединяет шесть статей, предусматривающих посягательства на внутреннюю и внешнюю безопасность страны. Помещение этого раздела в начале Особенной части вызвало бурные дискуссии, однако, в конце концов, законодатели согласились с тем, что надежная защита основных прав и свобод человека и гражданина находится в непосредственной зависимости от состояния национальной безопасности страны.

Завершает Особенную часть раздел XX «Преступления против мира, безопасности человечества и международного правопорядка». Помещение данного раздела в конце УК вовсе не свидетельствует о недооценке степени общественной опасности предусмотренных в нем преступлений. Разработчики кодекса исходили на того, что названные преступления – явление все же довольно редкое, а УК предназначен в первую очередь для защиты национальных интересов и, кроме того, не имеет принципиального значения для оценки тех или иных деяний место расположения раздела о них в структуре УК: важны полное описание признаков таких деяний и строгость санкций, предусматривающих наказание за их совершение.

Что же касается остальных 18 разделов Особенной части, то они сгруппированы последовательно в три мысленных блока. Первый блок – это преступления против личности, а именно: преступления против жизни и здоровья лица; против свободы, чести и достоинства личности; против половой свободы и половой неприкосновенности лица и др. Второй блок – это преступления против общества (общественных интересов), а именно – преступления против собственности; в сфере хозяйственной деятельности; против окружающей природной среды; против общественной безопасности и др. Наконец, третий блок – это преступления против государства (государственных интересов), а именно: преступления в сфере охраны государственной тайны, неприкосновенности государственных границ, обеспечения призыва и мобилизации; против авторитета органов государственной власти, органов местного самоуправления и объединения граждан; в сфере служебной деятельности; против правосудия, преступления против установленного порядка несения военной службы.

5. Содержание УК во многом соответствует подходам и решениям, которые имеют место в УК России, а также в Уголовном кодексе других стран СНГ. Этому факту есть известные объяснения. Главное, однако, что отличает содержание УК Украины, – это подчинение в своей основе принципам правового государства в деле преследования преступников. Особенности проявления этих принципов в УК Украины заключаются в следующем:

1) принцип правового обеспечения фундаментальных прав и свобод человека и гражданина проявляется, в частности, в: а) уголовно-правовой охране всех основных прав и свобод человека и гражданина (раздел II Конституции Украины); б) распространении действия национального уголовного закона на случаи совершения иностранцами и лицами без гражданства за пределами Украины особо тяжких преступлений против прав и свобод граждан Украины; в) придании обратной силы закону, который устраняет преступность деяния или смягчает уголовную ответственность (ч. 1 ст. 5 УК);

2) принцип определенности основания уголовной ответственности нашел свое отражение не только в определении того, что таким основанием признается наличие в общественно опасном деянии состава преступления (ч. 1 ст. 2 УК), но и в отказе от

административной и дисциплинарной преюдиции; запрете привлекать лицо к уголовной ответственности за одно и то же преступление более одного раза (ч. 3 ст. 2 УК); в более полном и точном определении покушения на преступление как «совершение лицом с прямым умыслом деяния (действия или бездействия), непосредственно направленного на совершение преступления, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части УК, если при этом преступление не было доведено до конца по причинам, независящим от его воли» (ч. 1 ст. 15 УК); в определении специального субъекта преступления как лица, совершившего преступление, субъектом которого может быть лишь определенное лицо (ч. 2 ст. 18 УК); и определении оконченного и неоконченного покушения на преступление (ч. 2 и 3 ст. 15 УК); в формулировании самостоятельных составов преступлений в случаях уклонения лица от отбывания назначенного судом наказания и др.;

3) принцип личной ответственности физических лиц нашел своё воплощение во введении в УК понятия субъекта преступления и определении его как физическое, вменяемое лицо, совершившее преступление в возрасте, с которого (по УК) может наступать уголовная ответственность. В соответствии с этим указание на субъекта преступления введено в понятие преступления и соучастия в преступлении;

4) принцип виновной ответственности развит в положениях, в которых сформулировано условие вины – вменяемость лица (ч. 2 ст. 19 УК) и само понятие вины как психического отношения лица к совершаемому действию или бездействию, предусмотренному кодексом, и его последствиям, в форме умысла или неосторожности (ст. 23 УК);

5) принцип правовой обеспеченности оснований для защиты от обвинения развит в разделе «Обстоятельства, исключающие преступность деяния», где наряду с известными предусмотрено такое обстоятельство, как выполнение специального задания по предупреждению и раскрытию преступной деятельности организованной группы или преступной организации (ст. 43 УК), признаки мнимой обороны (ст. 37 УК) и др.;

6) принцип справедливости и индивидуализации наказания нашел свое воплощение не только в признании наказанием лишь предусмотренных законом ограничений прав и свобод осужденного (а не их лишения), в признании одной из целей наказания кары (ч. 2 ст. 50 УК) и развернутых положениях об общих началах назначения наказания, но и в отказе от формального определения пределов назначения наказания, например, за неоконченное преступление и при рецидиве преступлений. Кроме того, из УК исключены положения о том, что суд определяет осужденному к лишению свободы вид исправительного учреждения, поскольку это становится прерогативой комиссии специалистов, порядок работы которой будет определен уголовно-исполнительным законодательством;

7) принцип гуманизма нашел свое отражение в отмене смертной казни как вида уголовного наказания, в снижении санкций за многие неосторожные преступления, преступления в сфере хозяйственной деятельности и воинские преступления;

8) наконец принцип, в соответствии с которым лишь суд определяет наличие основания уголовной ответственности и уголовно-правовые последствия совершенного преступления, нашел свое развитие в положении о том, что освобождение от уголовной ответственности осуществляется исключительно судом (ч. 2 ст. 44 УК).

6. Дальнейшее развитие уголовного права Украины может быть с известной долей вероятности спрогнозировано на отдаленную и ближайшую перспективы. В стратегическом плане представляется, что в уголовном праве Украины продолжается процесс его дальнейшей эволюции в сторону либеральной модели. Об этом свидетельствует декриминализация многих деяний, отказ от смертной казни, введение новых видов наказаний, гуманизация уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних и др.

Вместе с тем, процесс этот проходит и, видимо, будет проходить, противоречиво. На повестке дня – отказ от идеологических догм (в частности, от придания уголовно-

правового значення чесному відношенню к труду, от института освобождения от уголовной ответственности с передачей на поруки, от признания общественной опасности личности и др.). Еще жив миф о преувеличенных возможностях уголовного права решать насущные экономические и социальные проблемы (так, например, УК Украины предусматривает уголовную ответственность за систематическое занятие проституцией (ст. 303), неоказание помощи лицу, находящемуся в опасном для жизни состоянии (ст. 136 УК) и др.).

В ближайшей перспективе – гармонизация принятого УК с другими отраслями законодательства, практика применения нового УК. Всё это может повлечь за собой внесение в него необходимых изменений и дополнений, о чем свидетельствует также и опыт России. Однако это естественный процесс диалектического единства стабильности законодательства и его динамики.

УГОЛОВНЫЙ КОДЕКС УКРАИНЫ: ОСОБЕННОСТИ И НОВЕЛЛЫ

Уголовный кодекс Украины: особенности и новеллы // Новое уголовное законодательство стран СНГ и Балтии : сб. науч. ст. ; под ред. проф. А. А. Кругликова и проф. Н. Ф. Кузнецовой – М. : «Лекс Эст», 2002. – С. 355–379 (в соавторстве с В. И. Борисовым).

Новый Уголовный кодекс Украины принят Верховной Радой Украины 5 апреля 2001 года и введен в действие с 1 сентября 2001 года. Его принятие стало значительным событием в политической, экономической и общественной жизни Украины.

Необходимость подготовки нового УК была обусловлена тем, что правовое демократическое государство не может нормально развиваться без законодательной базы, которая надлежащим образом регулировала бы и охраняла соответствующие общественные отношения. Очевидно, что такой базой в сфере противодействия преступности является, прежде всего, Уголовный кодекс.

Известно, что значительный рост преступности в первые годы независимости Украины, распространение ее организованных форм, возрастание уровня «профессионализма» преступников, тенезация экономики, коррупция среди должностных лиц и другие преступления остро поставили вопрос о необходимости создания нового законодательства об уголовной ответственности, которое бы удовлетворяло потребностям общества, учитывало достижения науки уголовного права и отвечало современным реалиям.

УК 1960 года хотя и подвергался в последние годы значительным изменениям и дополнениям, однако перестал отвечать сформировавшимся в Украине общественным отношениям, так как: 1) имел ряд серьезных пробелов; 2) за период своего существования претерпел (особенно в последние годы) многочисленные и не всегда обоснованные изменения и дополнения, которые нарушили его целостность, системность и последовательность; 3) не учитывал международные обязательства Украины в связи со вступлением ее в Совет Европы и присоединением к ряду договоров в сфере борьбы с преступностью; 4) требовал пересмотра перечня и содержания уголовно-правовых запретов; 5) нуждался в совершенствовании системы наказаний и др.

Работа над проектом нового Уголовного кодекса была достаточно продолжительной и напряженной. В течение всего времени работы с 1992 года в проект УК были внесены многочисленные предложения по его совершенствованию, которые поступили от научных и учебных заведений Украины, России, Белоруссии, всех правоохранительных и правоприменительных органов Украины, отдельных юристов. Проект прошел терминологические экспертизы, неоднократно обсуждался не только с представителями соответствующих ведомств юридического профиля, но и с экспертами Совета Европы. Он рассматривался на научно-практических конференциях и семинарах, которые прошли в Харькове, Киеве и других городах Украины.

Такое широкое обсуждение позволило сформулировать базовые концептуальные положения, на которых строится новый УК Украины. Назовем некоторые из них.

Первое. Новый УК исходит из необходимости соответствия уголовного законодательства Украины Конституции страны и ее международно-правовым обязательствам. Поэтому УК максимально согласован с положениями Конституции Украины, которые имеют приоритетное значение для уголовного законодательства.

Это, прежде всего, положения Конституции о признании и действии в Украине принципа верховенства права, а также о необходимости соответствия законов Украины ее Конституции. В соответствии с ч. 1 ст. 3 Конституции человек, его жизнь и здоровье, честь и достоинство, неприкосновенность и безопасность признаются в Украине высшей социальной ценностью. Поэтому новый УК предусмотрел довольно широкий круг преступлений против этих благ, а также достаточно суровые меры ответственности за их совершение (вплоть до пожизненного лишения свободы).

В соответствии со ст. 75 Конституции лишь Верховная Рада Украины является законодательным органом в Украине, и только она на основании п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституции полномочна в законах определять, какие действия признаются преступлениями, и ответственность за них. Основываясь на этих конституционных предписаниях, ч. 1 ст. 3 УК устанавливает, что уголовное законодательство Украины составляет лишь Уголовный кодекс, принятый Верховной Радой Украины.

Отдельными статьями УК установлена ответственность за нарушение провозглашенных Конституцией прав человека и гражданина, в частности, права человека на жизнь (ст. 27 Конституции), права на уважение к достоинству, свободу от пыток, жестокого, нечеловеческого и унижающего достоинство обращения или наказания (ст. 28), права на свободу и личную неприкосновенность (ст. 29) и др. Посягательство на эти и иные права и свободы человека, провозглашенные Конституцией, признаются преступными (соответственно убийство, нанесение телесных повреждений, пытки и т.п.) и влекут за собою уголовную ответственность.

В соответствии с предписаниями ч. 2 ст. 58 Конституции Украины о том, что «никто не может отвечать за действия, которые во время их совершения не признавались законом правонарушениями», сформулировано материально-правовое положение о том, что преступность и наказуемость деяния определяются законом об уголовной ответственности, который действовал во время совершения этого деяния (ч. 2 ст. 4). УК также конкретизировал применительно к предмету уголовного законодательства конституционное положение о действии закона во времени и об обратном действии закона во времени, который устраняет или смягчает ответственность (ч. 1 ст. 58). Далее, в соответствии с положениями ст. 60 Конституции Украины предусмотрено исключение уголовной ответственности лица, которое отказалось выполнить явно преступный приказ или распоряжение, а также установлена уголовная ответственность за выполнение такого приказа. Конституционным предписаниям отвечают также многие статьи Особенной части УК, о чем речь пойдет ниже.

Второе. Новый УК широко учитывает достижения современной науки уголовного права, судебную и следственно-прокурорскую практику применения уголовного законодательства Украины, практику Конституционного Суда, опыт реформирования уголовного законодательства в странах СНГ и далекого зарубежья. Исходя из этого, в частности:

- уточнены основания уголовной ответственности – совершение лицом общественно опасного деяния, которое содержит состав преступления, предусмотренный УК Украины (ч. 1 ст. 2);
- расширены случаи обратного действия уголовного закона во времени (ст. 5);
- введен реальный (национальный) принцип действия уголовного закона в пространстве в отношении иностранцев и лиц без гражданства, которые постоянно не проживают в Украине и совершили за ее пределами особо опасные преступления против прав и свобод граждан Украины или против интересов Украины (ст. 8);

– установлено законодательное определение времени и места совершения преступления. Преступление признается совершенным на территории Украины, если оно было начато, продолжено, заочно или прекращено на территории Украины (ч. 2 ст. 6). Под временем совершения преступления признается время совершения лицом предусмотренного законом об уголовной ответственности действия или бездействия (ч. 3 ст. 4);

– регламентируется институт выдачи преступника (ст. 10);

– определяются юридические последствия осуждения лица за пределами Украины (ст. 9);

– введены понятия повторности, совокупности и рецидива преступлений (раздел VII);

– расширен перечень обстоятельств, исключающих преступность деяния (раздел VIII);

– уточнена структура Общей и Особенной частей УК за счет увеличения числа разделов, более точного отнесения статей к тому или иному разделу, «блочности» их размещения и т.п.

Третье. В УК произошла довольно обширная декриминализация и криминализация преступлений, многие уголовно-правовые нормы претерпели существенные изменения. Так, в Особенной части декриминализовано свыше 30 составов преступлений. Вместе с тем, УК пополнился и новыми составами. Это, в частности, нарушение установленного законом порядка трансплантации органов или тканей человека (ст. 143), насильственное донорство (ст. 144), эксплуатация детей (ст. 150), нарушение неприкосновенности частной жизни (ст. 182), проституция или принуждение либо вовлечение в занятие проституцией (ст. 303), принуждение несовершеннолетних к применению допинга (ст. 333), экоцид (ст. 441) и многие другие. Определенная часть статей УК описывает по-новому преступления, ответственность за которые предусматривалась в УК 1960 года. В Особенной части увеличено число специальных составов преступлений, когда законодатель, ориентируясь на объект и предмет преступления, потерпевшего, на характер деяния посчитал важным изменить определения преступления, описание видов и способов их совершения, ограничить вину – умыслом, а субъекта – признаками специального.

Четвертое. Исходным положением нового УК является также обеспечение преемственности положений, которые выдержали испытание временем и отвечают цивилизованным нормам уголовного права. Поэтому в нем сохранены известные ранее действовавшему законодательству положения об основаниях уголовной ответственности, границах действия уголовного закона, формах вины, ответственности за незаконченное преступление и т.п. Как выдержавший испытание во времени и выявивший свою эффективность сохранен и подход к систематизации статей в Особенной части УК Украины, в основном, по родовому объекту уголовно-правовой охраны. Сохранены и многие виды преступлений, которые, как показала практика, достаточно удачно были сформулированы в УК 1960 года.

Пятое. Новый УК предусматривает суровую ответственность за совершение тяжких и особо тяжких преступлений с предоставлением возможности применения к лицам, которые совершили преступления средней и небольшой тяжести, наказаний, не связанных с лишением свободы, и даже освобождения от уголовной ответственности.

В связи с этим следует обратить внимание на то, что впервые в истории уголовного законодательства Украины проводится четкая классификация преступлений на преступления небольшой, средней тяжести, тяжкие и особо тяжкие. Эта классификация не является самоцелью, она проходит красной нитью через все содержание Общей части УК. Иными словами, в зависимости от отнесения преступления к той или иной категории определяются уголовно-правовые последствия его совершения.

Шестое. Новый УК исходит из необходимости обеспечения приоритетной уголовно-правовой защиты прав и свобод человека и гражданина. В этой связи разделы, которые содержат преступления против жизни и здоровья человека, расположены в Особенной части сразу же за преступлениями против основ национальной безопасности Украины. Кроме того, эти разделы значительно расширены за счет включения в них новых видов посягательств на указанные блага. Это, в частности, «Нарушение прав пациента» (ст. 141), «Незаконное проведение опытов над человеком» (ст. 142), «Нарушение установленного законом порядка трансплантации органов или тканей человека» (ст. 143), «Насильственное донорство» (ст. 144), «Эксплуатация детей» (ст. 150) и др.

Седьмое. Новый УК обеспечивает соответствие положений уголовного законодательства условиям перехода экономики от планово-административной к рыночной. Раздел VII Особенной части УК «Преступления в сфере хозяйственной деятельности» предусматривает несколько групп посягательств. Одна из них – это посягательства в сфере предпринимательской деятельности: «Фиктивное предпринимательство» (ст. 205), «Противодействие законной хозяйственной деятельности» (ст. 206), «Фиктивное банкротство» (ст. 18) и др. Следующую группу составляют преступления в сфере финансовой деятельности: «Уклонение от возвращения выручки в иностранной валюте» (ст. 207), «Незаконное открытие или использование за пределами Украины валютных счетов» (ст. 208), «Нарушение законодательства о бюджетной системе Украины» (ст. 210) и др. К числу рассматриваемых относятся и посягательства на интересы потребителей товаров и услуг: «Обман покупателей и заказчиков» (ст. 225), «Фальсификация способов измерения» (ст. 226), «Выпуск или реализация недоброкачественной продукции» (ст. 227) и другие.

Наконец, восьмое. УК Украины соответствует другим отраслям публичного и частного права Украины. Проблема, однако, состоит в том, что некоторые современные акты, например, Трудовой кодекс, Жилищный кодекс и другие еще не приняты Верховной Радой Украины. Нельзя поэтому исключать, что принятие этих и иных законодательных актов может вызвать необходимость внесения соответствующих изменений в Уголовный кодекс Украины.

Эти и другие исходные положения УК в значительной мере повлияли на его структуру и содержание.

Новый УК Украины содержит 447 статей и состоит из Общей и Особенной частей. В сравнении с УК 1960 года новый Кодекс увеличен на 81 статью, в том числе в Общей части – на 49 статей, в Особенной – на 32. УК имеет достаточно дробную линейную структуру с отдельной нумерацией разделов для Общей и Особенной частей. Общая часть содержит 15 разделов, а часть Особенная – 20 разделов без выделения отдельных глав.

Общая часть построена в соответствии с определенной системой, суть которой сводится к следующему. В начале предусмотрены положения, которые являются принципиальными и общими для всего Кодекса (задачи УК, основание уголовной ответственности, законодательство об уголовной ответственности); потом – предписания, которые характеризуют материально-правовое основание уголовной ответственности (понятие преступления, его виды и стадии; субъект преступления и вина, соучастие в преступлении и множественность преступлений, а также обстоятельства, исключающие преступность деяния). На третьем месте – раздел IX «Освобождение от уголовной ответственности» (общие положения и отдельные пять видов такого освобождения). Место этого раздела определено перед наказанием потому, что освобождение от уголовной ответственности может иметь место лишь до вступления в законную силу обвинительного приговора суда, а наказание всегда предполагает вынесение такого приговора. Поэтому на четвертом месте – разделы УК о понятии и видах наказания, назначении наказа-

ния, об освобождении от наказания и от его отбывания, а также о судимости. Потом – раздел о принудительных мерах медицинского характера и принудительном лечении и, в завершении Общей части, раздел XV «Особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних».

Общая часть нового УК в сравнении с Общей частью УК 1960 года по количеству статей увеличена, как уже было отмечено, почти вдвое. Такое увеличение объясняется тем, что за более чем 40-летний срок действия прежнего Кодекса достижения науки, а также тенденции судебной практики показали необходимость дальнейшей детализации положений Общей части с тем, чтобы восполнить пробелы, которые в ней имели место. Кроме того, появились новые институты, которые требовали специального регулирования (например, институт множественности преступлений), возникла необходимость формулирования новых норм (например, о правовых последствиях приговора суда иностранного государства, выдаче преступника, мнимой обороне, оправданном риске, добровольном отказе соучастников и др.). Состоялась дальнейшая дифференциация системы Общей части. Появились самостоятельные разделы, посвященные, например, освобождению от уголовной ответственности, принудительным мерам медицинского характера, особенностям уголовной ответственности несовершеннолетних и др.

Принципиально новые положения имеют место практически в каждом из указанных выше разделов Общей части.

Так, в ч. 1 ст. 1 Раздела I «Общие положения» по-новому определены задачи УК, а именно: 1) правовое обеспечение охраны прав и свобод человека и гражданина, собственности, общественного порядка и общественной безопасности, окружающей среды, конституционного строя Украины от преступных посягательств; 2) обеспечение мира и безопасности человечества и 3) предупреждение преступлений.

В ч. 1 ст. 2 УК четко зафиксировано, что единым основанием уголовной ответственности является совершение лицом общественно опасного деяния, которое содержит состав преступления, предусмотренного Уголовным кодексом, а ч. 3 этой статьи закрепляет, что «никто не может быть привлечен к уголовной ответственности за одно и то же преступление больше одного раза». Таким образом, впервые в УК легализовано понятие «состава преступления» как единого основания уголовной ответственности. Кроме того, развито положение ч. 1 ст. 61 Конституции Украины относительно того, что «никто не может быть дважды привлечен к юридической ответственности одного вида за одно и то же правонарушение». Следует иметь в виду, что в соответствии с решением Конституционного Суда Украины от 27 октября 1999 года по делу о депутатской неприкосновенности, под привлечением к уголовной ответственности понимается предъявление лицу постановления о привлечении его в качестве обвиняемого. Таким образом, в соответствии с ч. 3 ст. 2 УК запрещается больше одного раза привлекать лицо к уголовной ответственности за совершение одного и того же преступления. Последствие этого есть и установление в ч. 3 ст. 7 УК положения о том, что если гражданин Украины и лицо без гражданства, которое постоянно проживает в Украине, совершили преступления за пределами страны и за содеянные преступления понесли уголовное наказание за ее пределами, то они не могут быть привлечены в Украине к уголовной ответственности за эти преступления.

Раздел II «Закон об уголовной ответственности» предусматривает, что Уголовный кодекс есть единый источник норм уголовного права, при этом этот Кодекс должен основываться на Конституции Украины и общепризнанных принципах и нормах международного права. Сформулировано положение, что применение уголовного закона по аналогии запрещено. Признается, что под временем совершения преступления следует понимать время совершения лицом предусмотренного законом об уголовной ответственности общественно опасного действия или бездействия. Это имеет практическое

значение для определения времени совершения так называемых дистанционных преступлений.

Новый УК значительно расширил возможности обратного действия уголовного закона во времени. Если по УК 1960 года такое действие имел лишь закон, устраняющий наказуемость деяния или смягчающий наказание, то в соответствии с ч. 1 ст. 5 УК 2001 года к таковым отнесены законы, которые устраняют преступность деяния или смягчают уголовную ответственность. Как видно, имеется разница между законом, смягчающим наказание, и законом, смягчающим уголовную ответственность. Последним по УК 2001 г. признан закон, который смягчает не только наказуемость преступного деяния, но и иные уголовно-правовые последствия совершения такого деяния (например, уменьшает давностные сроки или сроки погашения судимости, смягчает основания или предпосылки условно-досрочного освобождения от отбывания наказания и т.п.). В то же время ч. 1 ст. 58 Конституции Украины предусматривает, что обратное действие во времени имеют законы, которые, в частности, не только смягчают, но и устраняют юридическую ответственность лица, в том числе уголовную. Очевидно, что устранение преступности деяния (ч. 1 ст. 5 УК) и устранение юридической ответственности (ч. 1 ст. 58 Конституции) – нетождественные понятия. Устранение уголовной ответственности имеет место не только при исключении преступности деяния, но и при наличии основания для обязательного освобождения лица, совершившего преступление, от уголовной ответственности.

В ст. 8 впервые предусмотрен реальный, или национальный, принцип действия уголовного закона в пространстве. В соответствии с этим принципом иностранцы и лица без гражданства, которые постоянно не проживают в Украине, подлежат уголовной ответственности по УК страны, если они совершили за пределами страны особо опасные преступления против прав и свобод граждан Украины или интересов Украины.

Статья 9 предусматривает возможность учета судом Украины приговора суда иностранного государства за преступление, совершенное за пределами страны. При этом такой учет является обязательным при квалификации нового преступления (например, по признаку совершения преступления лицом, ранее судимым за определенное преступление), назначении наказания (например, признания преступления, совершенным повторно, или рецидива преступлений обстоятельствами, которые отягчают наказание – п. 1 ч. 1 ст. 67), освобождении от уголовной ответственности (например, отказ в таком освобождении по причине совершения не впервые преступления определенной тяжести), освобождении от наказания (например, увеличение срока фактического отбывания наказания осужденным при решении вопроса об его условно-досрочном освобождении от отбывания наказания). При применении ст. 9 уже сейчас возникают трудности, связанные с отсутствием информации у органов досудебного следствия и суда об осуждении гражданина Украины, иностранца или лица без гражданства судом иностранного государства за совершенное ими преступление за пределами Украины. Кроме того, даже при наличии такого приговора требуют своего решения вопросы о квалификации совершенного деяния за пределами страны по УК Украины, отнесении совершенного преступления к категории определенной тяжести, соотношении назначенного наказания судом иностранного государства с системой наказания по УК Украины, о сроках погашения судимости и другие.

В соответствии с ч. 2 ст. 25 Конституции страны гражданин Украины не может быть выдан другому государству. Основываясь на этом, ч. 1 ст. 10 УК устанавливает, что «граждане Украины и лица без гражданства, которые постоянно проживают в Украине и совершили преступления за пределами Украины, не могут быть выданы иностранному государству для привлечения к уголовной ответственности и предания суду». При применении этого положения важное значение имеет решение Конституционного Суда Украины от 11 июля 2001 по делу о Римском уставе. В соответствии с этим решением

положения ч. 2 ст. 25 Конституции касаются лишь экстрадиции гражданина Украины другому равносубверенному государству, то есть запрет выдачи касается лишь национальной, а не международной юрисдикции. Следовательно, выдача гражданина Украины и лица без гражданства, постоянно проживающего в Украине, которые совершили преступления за ее пределами, может иметь место, например, международному суду, образованному по соглашению государств-участников на основе международного права.

Блок норм, которые посвящены материально-правовым основаниям уголовной ответственности, начинается со ст. 11 УК, которая по-новому определяет понятие преступления: им признается «предусмотренное настоящим УК общественно опасное виновное деяние (действие или бездействие), совершенное субъектом преступления». В связи с этим в ч. 2 ст. 11 УК конкретизирован такой признак преступления, как общественная опасность деяния: таковым признается деяние, причинившее или могущее причинить существенный вред физическому или юридическому лицу, обществу или государству. В ст. 12 УК впервые четко проведена классификация преступлений на четыре вида, в зависимости от степени их тяжести, которая определяется степенью строгости соответствующей санкции Особенной части УК. Эта классификация используется практически во всех институтах Общей части Уголовного кодекса, а именно: при определении ответственности за приготовление к преступлению, за преступление, совершенное преступной организацией, при освобождении от уголовной ответственности, при назначении наказания по совокупности преступлений и совокупности приговоров, при назначении более мягкого наказания, чем предусмотрено законом, при освобождении от отбывания наказания, при условно-досрочном освобождении от отбывания наказания, судимости и др.

При этом отнесение преступлений к категориям небольшой и средней тяжести, тяжким и особо тяжким преступлениям не зависит от формы их вины. Иначе говоря, определенная категория преступления включает и умышленные, и неосторожные преступления. Между тем при применении некоторых статей УК определение формы вины для конкретной категории преступлений приобретает принципиальное значение. Так, при назначении наказания по совокупности преступлений окончательное наказание может быть назначено судом в пределах максимального срока, установленного для данного вида наказания в Общей части УК, если хотя бы одно из преступлений является умышленным тяжким или особо тяжким (ч. 2 ст. 70). Точно так же, возможность условно-досрочного освобождения от отбывания наказания и замены неотбытой части наказания более мягким связывается с фактическим отбыванием определенного срока назначенного судом наказания, при этом длительность этого срока зависит от того, назначено это наказание за умышленное или неосторожное тяжкое или особо тяжкое преступление (ч. 3 ст. 81). Таким образом, для применения указанных положений УК суд должен в обвинительном приговоре четко указать – *за умышленное или неосторожное преступление назначено наказание.*

Новые положения закреплены в УК, которые касаются таких элементов состава преступления, как его субъект и вина.

В ст. 18 впервые определяется общий и специальный субъект преступления. При этом УК исходит из принципиального положения, что таким субъектом может быть лишь физическое лицо, которое достигло определенного возраста и вменяемое (общий субъект). Специальным субъектом признается определенное лицо, признаки которого или прямо сформулированы в соответствующей статье (части статьи) УК, или наличие которых выводится путем толкования закона.

УК впервые определяет, что вменяемым признается лицо, которое во время совершения преступления могло осознавать свои действия (бездействие) и руководить ими. Вменяемость является полной (ч. 1 ст. 19) и ограниченной (ч. 1 ст. 20). При этом

признание лица ограниченно вменяемым учитывается судом при назначении наказания и может быть основанием для применения к нему принудительных мер медицинского характера. Изменился и перечень преступлений, уголовная ответственность за совершение которых может наступать с пониженного 14-летнего возраста (общий возраст – 16 лет). С одной стороны, этот перечень сократился за счет исключения таких преступлений, как умышленное убийство при превышении пределов необходимой обороны и убийство по неосторожности, а с другой – УК расширил указанный перечень такими преступлениями, как диверсия, бандитизм, террористический акт, захват заложников, насильственное удовлетворение половой страсти в извращенной форме, угон или захват железнодорожного подвижного состава, воздушного, морского или речного судна, незаконное завладение транспортным средством и простое хулиганство (ч. 2 ст. 22).

В ст. 23 УК впервые формулируется понятие вины как психического отношения лица к совершаемому действию или бездействию, предусмотренному УК, и их последствиям, выраженное в форме умысла или неосторожности. Закон не формулирует общих понятий умысла и неосторожности, а определяет только их виды (прямой и косвенный умысел, преступная самонадеянность и преступная небрежность). Это обязывает правоприменительные органы в каждом уголовном деле устанавливать и доказывать наличие определенного вида умысла или неосторожности в деянии лица.

Известно, что основанием уголовной ответственности признается совершение не только оконченного преступления, но и неоконченного, а также преступления, совершенного в соучастии. УК и в этой части предусматривает ряд новых положений. Так, в ч. 1 ст. 13 впервые сформулировано понятие оконченного преступления – деяния, которое содержит все признаки преступления, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части УК. В свою очередь, неоконченным преступлением признается приготовление к преступлению и покушение на преступление. В ст. 14 дается не только более совершенное понятие приготовления к преступлению, но и предусматривается новое принципиальное положение, в соответствии с которым приготовление к преступлению небольшой тяжести не влечет за собою уголовной ответственности, т.е. признается действием не преступным.

Уточнено понятие покушения на преступление, которым признается «совершение лицом с прямым умыслом деяния (действия или бездействия), непосредственно направленного на совершение преступления, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части настоящего Кодекса, если при этом преступление не было доведено до конца по причинам, не зависящим от его воли» (ч. 1 ст. 15). Части 2 и 3 этой статьи отдельно определяют понятия оконченного и неоконченного покушения на преступление. В соответствии со ст. 16 УК ответственность за покушение наступает по ст. 15 и той статье Особенной части, которая предусматривает ответственность за оконченное преступление. Приведенные положения обуславливают необходимость указания на часть 2 или 3 ст. 15 УК в формуле квалификации преступления. Это объясняется тем, что, во-первых, каждое обвинение должно быть четким и ясным. Указание, во-вторых, на оконченное или неоконченное покушение обеспечивает право лица на защиту от определенного обвинения. В-третьих, суд при назначении наказания за покушение на преступление должен, в частности, учитывать степень осуществления лицом преступного намерения (ч. 1 ст. 68), о чем свидетельствует и тот факт, оконченное или неоконченное покушение оно совершило.

Значительными новеллами характеризуется Раздел VI «Соучастие в преступлении». Во-первых, внесены изменения в понятие соучастия, которым признается «умышленное совместное участие нескольких субъектов преступления в совершении умышленного преступления». Минимальное число соучастников (субъектов преступления) зависит от формы соучастия. Так, для совершения преступления группой лиц по предварительному сговору таким минимальным числом является два субъекта, а для совершения

преступления организованной группой или преступной организацией – три субъекта преступления. Положение о том, что соучастниками могут быть лишь субъекты преступления, ставит ряд новых проблем относительно уголовно-правовой оценки выполнения объективной стороны соответствующего преступления лицами, относительно которых впоследствии устанавливается, что они не могут быть субъектами преступления (не достигли необходимого возраста, невменяемые). Во-вторых, получили дальнейшее развитие признаки отдельных видов соучастников: исполнителя, организатора, подстрекателя и пособника. В-третьих, при определении четырех форм совершения преступления в соучастии обозначены их количественные и качественные отличия. Так, например, «преступление признается совершенным организованной группой, если в его приготовлении или совершении принимали участие несколько лиц (три или более), которые предварительно сорганизовались в устойчивое объединение для совершения этого и иного (иных) преступлений, объединенных единым планом с распределением функций участников группы, направленных на достижение этого плана, известного всем участникам группы» (ч. 3 ст. 28). Иными признаками характеризуется преступление, совершенное преступной организацией. Такая форма соучастия имеет место там, где преступление «совершено устойчивым иерархическим объединением нескольких лиц (три или более), члены которого или структурные части которого по предварительному сговору сорганизовались для совместной деятельности с целью непосредственного совершения тяжких или особо тяжких преступлений участниками этой организации, или руководства либо координации преступной деятельности иных лиц, или обеспечения функционирования как самой преступной организации, так и других преступных групп» (ч. 4 ст. 28). В-четвертых, УК с учетом достижений науки уголовного права и судебной практики предусмотрел положения об уголовной ответственности отдельных соучастников, в том числе организаторов и участников организованной группы или преступной организации (ст. 29, 30). Наконец, в-пятых, УК впервые предусмотрел ст. 31, посвященную добровольному отказу соучастников.

Раздел VII «Повторность, совокупность и рецидив преступлений» предусматривает легальное определение повторности преступлений как «совершение двух или более преступлений, предусмотренных одной и той же статьей или частью статьи Особенной части УК (ч. 1 ст. 32). Здесь надо заметить, что в случаях, предусмотренных в Особенной части УК, повторность преступлений может иметь место и при совершении двух или более преступлений, предусмотренных различными статьями УК (ч. 3 ст. 32). В этой же статье дается законодательное отграничение повторности преступлений от продолжаемого преступления (ч. 2 ст. 32 УК) и перечень обстоятельств, которые исключают повторность преступлений, а именно: освобождение лица от уголовной ответственности по основаниям, установленным законом; погашение или снятие судимости за ранее совершенное преступление. В ст. 34 УК дано понятие рецидива преступлений: таковым признается совершение нового умышленного преступления лицом, которое имеет судимость за умышленное преступление.

Блок рассматриваемых норм завершает новый раздел VIII «Обстоятельства, исключающие преступность деяния». В нем предусмотрены семь таких обстоятельств. Среди них – три обстоятельства, которые были известны и УК 1960 года (необходимая оборона, задержание преступника и крайняя необходимость, которые имеют дополнительные отличительные черты), а четыре обстоятельства – новые: это – физическое и психическое принуждение; выполнение приказа или распоряжения; действия, связанные с риском; выполнение специального задания по предупреждению или пресечению преступной деятельности организованной группы или преступной организации.

Обстоятельства, исключающие преступность деяния, находят свое место не только в указанном разделе, но и предусмотрены либо находят свое отражение в иных положениях УК, а также определены другими отраслями законодательства. Так, ис-

полнение служебных полномочий как обстоятельство, исключающее преступность применения физической силы, специальных средств и оружия, предусмотрено в законах Украины «О милиции», «О службе безопасности Украины», «Об оперативно-розыскной деятельности» и др. Правомерность причинения вреда объектам уголовно-правовой охраны в процессе профессиональной деятельности основывается на нормативно-правовых актах, регламентирующих разные виды такой деятельности. Вообще, обстоятельства, исключающие преступность деяния, а тем самым и уголовную ответственность за причиненный вред, составляют определенную систему, которая отражает дихотомию УК: преступление – не преступление. Закрепление в УК исчерпывающего перечня преступлений и наличие открытой системы обстоятельств, исключающих уголовную ответственность за вред, причиненный объектам уголовно-правовой охраны, является материально-правовым основанием функционирования процессуального принципа состязательности сторон – обвинения и защиты.

В разделе IX, который предусматривает освобождение от уголовной ответственности, установлены три принципиальных положения:

а) освобождение осуществляется лишь в случаях, предусмотренных УК Украины (таких случаев в Общей части 9, а в Особенной части – 14), а также на основании закона Украины «Об амнистии» или акта помилования;

б) освобождение в случаях, предусмотренных Уголовным кодексом, осуществляется исключительно судом;

в) порядок освобождения от уголовной ответственности устанавливается законом.

В блоке норм, посвященных наказанию и освобождению от него, новыми являются следующие положения:

1) установлены 12 видов наказаний, среди которых восемь – основных, два – дополнительных и два – смешанных; четыре вида наказания являются новыми: общественные работы, служебные ограничения для военнослужащих, арест и ограничение свободы;

2) расширены границы назначения окончательного наказания по совокупности преступлений в виде лишения свободы до 15 лет и по совокупности приговоров – до 25 лет;

3) введен единый институт освобождения от отбывания наказания с испытанием вместо условного осуждения и отсрочки исполнения приговора;

4) установлена зависимость сроков погашения судимости в основном не от назначенного наказания, а, прежде всего, от тяжести совершенного преступления.

В блоке норм, которые касаются принудительных мер медицинского характера и принудительного лечения, заслуживают внимания такие новые положения:

1) расширен круг лиц, к которым могут быть применены принудительные меры медицинского характера за счет ограниченно вменяемых;

2) введен новый вид принудительных мер медицинского характера – предоставление амбулаторной психиатрической помощи в принудительном порядке;

3) ограничен круг лиц, к которым может быть применено принудительное лечение, а именно лишь к лицам, которые нарушили уголовно-правовой запрет и имеют болезнь, которая представляет опасность для общества здоровья иных лиц.

Наконец, в блоке норм, посвященных особенностям уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних, новыми являются такие положения:

1) ограничено количество видов наказаний (до пяти), которые могут быть применены к несовершеннолетним преступникам, а именно: штраф, общественные работы, исправительные работы, арест, лишение свободы на определенный срок;

2) установлены более привилегированные условия применения указанных наказаний к несовершеннолетним;

3) предусмотрено освобождение от уголовной ответственности и наказания с применением пяти видов принудительных мер воспитательного характера;

4) уменьшены давностные сроки, а также сроки погашения судимости в сравнении со взрослыми преступниками и др.

Особенная часть УК 2001 г. содержит 339 статей. По сравнению с УК 1960 года, Особенная часть которого на 5 апреля 2001 года имела 307 статей, Особенная часть увеличилась на 32 статьи. Однако фактически Особенная часть пополнилась 78 статьями, так как законодатель вместо декриминализованных деяний включил в новый УК еще 46 статей.

Решая один из принципиальных вопросов Особенной части УК – о построении ее системы, разработчики УК пришли к выводу о необходимости деления Особенной части на разделы без последующей их дифференциации на другие структурные составляющие. В целом система Особенной части построена по родовому объекту. Тем самым была выдержана линейная система построения Особенной части Кодекса. В УК 2001 года Особенная часть состоит из 20 разделов, тогда как УК 1960 года имел 11 глав. Такая детализация была обусловлена рядом обстоятельств.

Во-первых, необходимостью выделения общественных отношений, которые требуют обособленной уголовно-правовой защиты. В соответствии с этим были сконструированы разделы: «Преступления против окружающей среды» (VIII), «Преступления в сфере использования электронно-вычислительных машин (компьютеров), систем и компьютерных сетей» (XVI), «Преступления против мира, безопасности человечества и международного правопорядка» (XX). Эти разделы содержат значительное количество статей, которыми впервые устанавливается уголовная ответственность за ряд общественно опасных деяний.

Во-вторых, в науке уголовного права было приведено достаточно аргументов о необходимости дифференциации *чрезмерно крупных* глав на более мелкие, с тем, чтобы подчеркнуть важность защиты тех или иных общественных отношений. Речь идет, в первую очередь, о главе 3 УК 1960 года «Преступления против жизни, здоровья, свободы и достоинства личности», которая разукрупнена на три раздела: «Преступления против жизни и здоровья личности» (II), «Преступления против свободы, чести и достоинства личности» (III), «Преступления против половой свободы и половой неприкосновенности личности» (IV), а также о главе X «Преступления против общественной безопасности, общественного порядка и народного здоровья», на базе которой были сконструированы самостоятельные разделы: «Преступления против общественной безопасности» (IX), «Преступления против безопасности производства» (X), «Преступления против безопасности движения и эксплуатации транспорта» (XI), «Преступления против общественного порядка и нравственности» (XII), «Преступления в сфере обращения наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов или прекурсоров и другие преступления против здоровья населения» (XIII).

Вместе с тем, в отличие от действовавшего законодательства, в одном разделе УК 2001 года объединены нормы, которыми установлена ответственность за посягательства на собственность, независимо от ее форм. Равенство форм собственности обусловило равный подход к ее охране от преступных посягательств.

Достаточно дискуссионными оказались вопросы о последовательности расположения разделов Особенной части. Условно все разделы сгруппированы последовательно в три блока. Первый блок включает разделы, которыми охраняются интересы личности и права человека, а именно: преступления против жизни и здоровья личности; против свободы, чести и достоинства личности; против половой свободы и половой неприкосновенности личности и др. Второй блок – это преступления против общества (общественных интересов), а именно – преступления против собственности; в сфере хозяйственной деятельности; против окружающей природной среды; против общественной безопасности и др. Наконец, третий блок – это преступления против государства (государственных интересов), а именно: преступления в сфере охраны госу-

дарственной тайны, неприкосновенности государственных границ, обеспечения призыва и мобилизации; против авторитета органов государственной власти, органов местного самоуправления и объединения граждан; в сфере служебной деятельности; против правосудия; против установленного порядка несения воинской службы (воинские преступления).

Особенная часть УК открывается разделом «Преступления против основ национальной безопасности Украины». Некоторые ученые, народные депутаты Украины, практики высказывались против расположения этого раздела на первом месте в системе Особенной части УК, предлагали переместить его в блок разделов, охраняющих государство. Однако разработчики проекта УК, который готовился по заданию Кабинета Министров Украины, заняли в вопросе о месте данного раздела иную позицию. Назначение этого раздела более значимое, чем просто защита интересов государства. Речь идет о защите Украины как определенной социальной общности людей, проживающих на одной территории и заинтересованных в своем суверенитете, сохранении формы государственного правления, целостности и неприкосновенности государства. Названные ценности являются составными частями понятия «основы национальной безопасности Украины». Они провозглашены в ст. 1 и 2 Конституции страны. Кроме того, надо заметить, что только в обществе, где обеспечены социальная стабильность, государственные порядок и безопасность, общественное согласие, возможно реальное обеспечение защиты личных, физических и духовных прав человека и гражданина, основные из которых закреплены в ст. 3 Конституции Украины. Защита этих прав предусмотрена разделами II-V Особенной части УК.

Завершает систему Особенной части раздел «Преступления против мира, безопасности человечества и международного правопорядка». Следует подчеркнуть, что в отличие от подобных разделов (глав) УК других государств, в этот раздел включены также нормы, призванные охранять международный правопорядок. Это, в частности, «Преступления против лиц и учреждений, имеющих международную защиту» (ст. 444), «Незаконное использование символики Красного Креста и Красного Полумесяца» (ст. 445).

Особое место в системе Особенной части нового УК занимает раздел VII «Преступления в сфере хозяйственной деятельности», так как в нем в наибольшей мере отражены те негативные явления, которые сопровождают процессы экономических реформ в Украине, борьба с которыми нуждается в решительном применении уголовно-правовых средств. Не случайно и от специалистов, и от народных депутатов поступило много разнообразных, подчас противоположных по сути, предложений по формированию норм этого раздела.

Все статьи, включенные в этот раздел, можно разделить на три группы. Первая – содержит статьи, устанавливающие ответственность за общественно опасные деяния, которые не были предусмотрены УК 1960 года, несмотря на то, что в последние годы его глава VI «Хозяйственные преступления» постоянно менялась и дополнялась новыми статьями. Это – «Незаконные действия с документами на перевод, платежными карточками и иными средствами доступа к банковским счетам, оборудованием для их изготовления» (ст. 200), «Незаконные изготовления, хранение, сбыт или транспортировка с целью сбыта подакцизных товаров» (ст. 204), «Уклонение от возвращения выручки в иностранной валюте» (ст. 207), «Легализация (отмывание) денежных средств и другого имущества, добытых преступным путем» (ст. 209), «Нарушение правил сдачи драгоценных металлов и драгоценных камней» (ст. 214), «Незаконное изготовление, сбыт или использование государственного пробирного клейма» (ст. 217), «Незаконные действия при банкротстве» (ст. 221), «Фальсификация измерительных средств» (ст. 226), «Незаконное использование товарного знака» (ст. 229), «Нарушение антимонопольного законодательства» (ст. 230), «Незаконная приватизация государственного, ком-

мунального имущества» (ст. 233), «Незаконные действия с приватизационными бумагами» (ст. 234), «Несоблюдение лицом обязательных условий по приватизации государственного, коммунального имущества или предприятий и их дальнейшего использования» (ст. 235).

Необходимость, например, включения в УК статьи, которая предусматривает ответственность за легализацию (отмывание) денежных средств и другого имущества, добытых преступным путем, обусловлена тем, что такие действия в последнее время значительно распространились и создают почву для движения теневого капитала со всеми негативными последствиями, отсюда вытекающими.

Вторую группу составляют статьи, заменившие статьи УК 1960 года, но с существенными изменениями и дополнениями, которые были внесены в них. Это – «Изготовление, хранение, приобретение, перевозка, пересылка, ввоз в Украину с целью сбыта или сбыт поддельных денег, государственных ценных бумаг или билетов государственной лотереи» (ст. 199), «Контрабанда» (ст. 201), «Нарушение порядка занятия хозяйственной или банковской деятельностью» (ст. 202), «Фиктивное предпринимательство» (ст. 205), «Незаконное открытие или использование за пределами Украины валютных счетов» (ст. 208), «Уклонение от уплаты налогов, сборов, иных обязательных платежей» (ст. 212), «Нарушение порядка осуществления операций с металлоломом» (ст. 213), «Фиктивное банкротство» (ст. 218), «Обман покупателей и заказчиков» (ст. 225), «Выпуск или реализация недоброкачественной продукции» (ст. 227).

Например, по сравнению со ст. 148-2 УК 1960 года, ст. 212 «Уклонение от уплаты налогов, сборов, иных обязательных платежей» дополнена ч. 4, согласно которой лицо, впервые совершившее деяния, предусмотренные ч. 1 и 2 этой статьи, освобождается от уголовной ответственности, если оно до привлечения его к уголовной ответственности уплатило налоги, сборы (обязательные платежи), а также возместило вред, причиненный государству их несвоевременной уплатой.

Наконец, третью группу составляют статьи, которые также повторяют статьи УК 1960 года, но включены в новый УК без существенных изменений. Это – «Занятие запрещенными видами хозяйственной деятельности» (ст. 203), «Противодействие законной хозяйственной деятельности» (ст. 206), «Нарушение законодательства о бюджетной системе Украины» (ст. 210), «Издание нормативно-правовых или распорядительных актов, изменяющих доходы и расходы бюджета вопреки установленному законом порядку» (ст. 211).

Некоторые статьи УК 1960 года не вошли в новое уголовное законодательство Украины, так как деяния, предусмотренные ими, в условиях новых общественных отношений потеряли опасность или не требуют мер уголовно-правового влияния для борьбы с ними, или представляют собой специальные деяния по отношению к более общим, ответственность за которые предусмотрена статьями УК 2001 года. Это – «Преступно-небрежное использование или хранение сельскохозяйственной техники» (ст. 147-2), «Преступно-небрежное хранение зерна и семян масличных культур» (ст. 147-3), «Изготовление спиртных напитков и торговля ими» (ст. 149), «Спекуляция» (ст. 154), «Получение незаконного вознаграждения от граждан за выполнение работ, связанных с обслуживанием населения» (ст. 155-2), «Нарушение правил торговли» (ст. 155-3), «Искусственное повышение и поддержание высоких цен на товары народного потребления и услуги населению» (ст. 155-5), «Незаконная торговая деятельность» (ст. 155-6), «Нарушение установленного порядка промышленной переработки или уничтожения конфискованных спирта, алкогольных напитков или табачных изделий» (ст. 155-9).

Предложенная система Особенной части нового УК отвечает, на наш взгляд, достижениям науки уголовного права Украины и тем изменениям, которые произошли в социальной и экономической жизни страны. Кроме того, такая система удобна для

практического применения УК, ибо она позволяет следователю, прокурору, судье, другим лицам (как юристам, так и не юристам) легко ориентироваться в Кодексе, отыскивая ту или иную статью, необходимую для применения.

Значительная работа проведена по приведению *Особенной части УК в соответствии с Конституцией Украины*. Согласно *принципу конституционного соответствия УК не должен как в целом, так и в части отдельных его институтов противоречить Конституции*. Те его конституционные положения, в которых указано на необходимость защиты прав человека, личности, общественных и государственных интересов, нашли отражение в нормах Особенной части, направленных на охрану жизни и здоровья человека, личной свободы, избирательных, трудовых и других личных прав и свобод человека, предпринимательской деятельности, окружающей среды, безопасности производства, мира и безопасности человечества и других благ. Приведение текста Особенной части УК в соответствии с Конституцией Украины было связано, в частности, с формулированием названий определенных разделов, дополнением статей, которые воспроизводили соответствующие статьи УК 1960 года, введением новых статей. Так, раздел I Особенной части до принятия в 1996 года Конституции Украины имел в первых вариантах проекта УК название «Преступления против основ безопасности Украины». На основании п. 17 ст. 92 Конституции ему было дано название «Преступления против основ национальной безопасности Украины». Исходя из положений ст. 11 и 24 Конституции в ст. 161 УК 2001 года «Нарушение равноправия граждан в зависимости от их расовой, национальной принадлежности или отношения к религии» было расширено (по сравнению со ст. 66 УК 1960 года) описание возможных ограничений прав человека в зависимости также от «признаков расы, цвета кожи, политических, религиозных и других убеждений, пола, этнического и социального происхождения, имущественного состояния, места проживания, по языковым или другим признакам». Проект дополнен новыми статьями, большинство из которых защищает уголовно-правовыми мерами права и свободы человека и гражданина. Так, в соответствии со ст. 44 Конституции в УК введена ст. 174 «Принуждение к участию в забастовке или препятствование участию в забастовке», в соответствии со ст. 32 Конституции – ст. 182 «Нарушение неприкосновенности частной жизни», со ст. 53 Конституции – ст. 183 «Нарушение права на получение образования», со ст. 49 Конституции – ст. 184 «Нарушение права на безвозмездную медицинскую помощь».

Таким образом, можно утверждать, что УК 2001 года в целом отвечает принципу конституционного соответствия. Его статьи достаточно полно отражают конституционные положения относительно необходимости охраны личных прав и свобод человека и гражданина, интересов общества и государства.

Исходя из того, что УК Украины должен основываться на общепризнанных принципах и нормах международного права, была проделана значительная работа по приведению его норм в соответствие с международными договорами, согласие на обязательность которых дано Верховной Радой Украины. Под этим углом зрения были сформулированы в Особенной части ст. 127 «Пытки», ст. 209 «Легализация (отмыwanie) денежных средств и другого имущества, добытых преступным путем» и другие. Вопрос соответствия УК международным обязательствам Украины был предметом обсуждения экспертов Совета Европы и разработчиков УК на совещаниях, состоявшихся в 1996 году в Киеве, в 1997 году в Гааге (Нидерланды), на научно-практических конференциях и семинарах в Харькове. Представители Нидерландов, Италии, Швеции, Португалии и других стран в своих замечаниях дали положительную оценку проекту УК.

В связи с угрожающим ростом организованной преступности в Украине, в особенности в сфере экономики, возникла необходимость установления положений, которые бы дали возможность правоохранительным органам значительно повысить эффективность борьбы с преступлениями, совершаемыми организованными преступными груп-

пами и преступными организациями. Во-первых, в Общей части УК сформулированы понятия «организованная группа» и «преступная организация» (ст. 28). Во-вторых, такое обстоятельство, как совершение преступления организованной группой, дано во многих статьях Особенной части как квалифицирующее. В-третьих, в раздел IX Особенной части «Преступления против общественной безопасности» введены статьи, которые дают возможность бороться с организованной преступностью на стадии формирования преступных группировок, до совершения ими действий, направленных непосредственно против личности, собственности, других интересов. Так, с учетом опыта других стран в борьбе с организованной преступностью в УК введена ст. 255, в которой предусмотрена ответственность за создание преступной организации с целью совершения тяжкого или особо тяжкого преступления, а также за руководство такой организацией или за участие в ней, или за участие в преступлениях, совершаемых такой организацией. В раздел IX УК введена также ст. 256, которая поможет вести борьбу с заранее не обещанным содействием участникам преступных организаций и сокрытием их преступной деятельности. Обсуждение текстов этих статей с представителями правоохранительных органов подтвердило целесообразность введения в УК норм, направленных на борьбу с организованной преступностью.

Необходимо также остановиться на решении в новом УК Украины вопросов уголовной ответственности за терроризм. Актуальность борьбы с актами терроризма очевидна. Не случайно в Комплексной целевой программе борьбы с преступностью в Украине на 1996-2000 годы был выделен п. 71, которым предусматривалось исследование проблемы и создание государственной программы борьбы с терроризмом и преступлениями террористической направленности. Что касается УК 2001 года, то в нем предусмотрена целая система норм, которыми установлена уголовная ответственность за такие преступления. Это непосредственно ст. 258 «Террористический акт», которая расположена в разделе IX «Преступления против общественной безопасности». «Террористический акт, – сказано в ч. 1 этой статьи, – есть применение оружия, совершение взрыва, поджога либо иных действий, создававших опасность для жизни или здоровья человека или причинение значительного имущественного ущерба либо наступление иных тяжких последствий, если такие действия были совершены в целях нарушения общественной безопасности, устрашения населения, провокации военного конфликта, международного осложнения, или в целях воздействия на принятие решений либо совершение или несвершение действий органами государственной власти или органами местного самоуправления, должностными лицами этих органов, объединениями граждан, юридическими лицами, или привлечения внимания общественности к определенным политическим, религиозным либо иным взглядам виновного (террориста), а также угроза совершения указанных действий с той же целью». Кроме того, ответственность за преступления террористической направленности установлена в ст. 112 «Посягательство на жизнь государственного или общественного деятеля», ст. 113 «Диверсия», ст. 147 «Захват заложников», ст. 260 «Создание не предусмотренных законом военизированных или вооруженных формирований», ст. 261 «Нападение на объекты, на которых имеются предметы, представляющие повышенную опасность для окружающих» (например, на атомные электростанции), ст. 443 «Посягательство на жизнь представителя иностранного государства».

Этот далеко не полный перечень показывает, что УК практически охватывает все возможные виды проявления терроризма: политического, общеуголовного, экономического, международного и т.д.

В конструировании диспозиций Особенной части УК нашли отражение наиболее характерные тенденции, свойственные развитию уголовного законодательства государств, которые ранее входили в состав СССР. Так, УК 2001 года в статьях Особенной части отказался от указаний на административную преюдицию как условие уголовной

ответственности. Значительная часть норм Особенной части УК 1960 года, которыми были предусмотрены формальные составы преступлений (это касается и норм с административной преюдицией), *трансформирована* в новом УК в нормы, которые имеют материальные составы преступлений. Наблюдается значительное расширение в Особенной части числа *бланкетных норм*. Особенно это характерно для норм раздела «Преступления в сфере хозяйственной деятельности». Определенная позиция просматривается и в отношении *оценочных понятий*. Она связана с их ограничением, уточнением или разъяснением понятий, используемых в той или другой статьях. Поэтому многие статьи Особенной части УК 2001 года сопровождаются примечаниями, в которых даны разъяснения понятий, используемых в соответствующих статьях.

Характерной особенностью Особенной части УК 2001 года является расширение в ней количества норм, которыми *поощряется деятельное раскаяние* после совершения преступления. Возможность освобождения лица от уголовной ответственности после совершения им преступления предусмотрена, в частности, в ч. 2 ст. 111 «Государственная измена», ч. 2 ст. 114 «Шпионаж», ч. 3 ст. 175 «Невыплата заработной платы, стипендии, пенсии или других, установленных законами выплат», ч. 4 ст. 212 «Уклонение от уплаты налогов, сборов, других обязательных платежей», ч. 2 ст. 255 «Создание преступной организации», ч. 5 ст. 258 «Террористический акт» и других статьях. Расширение института поощрения в Особенной части УК отвечает идее гуманизации уголовного законодательства и имеет перспективу распространения.

В санкциях норм Особенной части УК нашло свое отражение концептуальное положение, которое было заложено еще в первые годы разработки проекта УК, относительно *гуманизации системы наказаний*.

Во-первых, все санкции Особенной части построены по схеме: от менее суровых наказаний – к более суровым. Смысл такого построения заключается в том, что суд, отказываясь от назначения менее сурового наказания, должен привести мотивы относительно необходимости обращения к более суровому наказанию. Учитывая, что санкции предусматривают, как правило, в альтернативе не два, а три, а то и больше видов наказания, то, безусловно, движение к наиболее суровому наказанию должно будет требовать поиска достаточно взвешенных и обоснованных для этого аргументов.

Во-вторых, характерной особенностью санкций статей Особенной части является также снижение для большинства преступлений наказаний в виде лишения свободы и введение в санкции наказаний, *альтернативных лишению свободы*. Так, существенно снижены наказания за хозяйственные, должностные, воинские, неосторожные преступления. Наказание в виде лишения свободы на срок до 15 лет сохранено, как правило, за преступления, которые связаны с *посягательством на жизнь человека, а также за корыстно-насильственные преступления*.

Новый УК Украины в целом отражает достижения современной науки уголовного права, основывается на Конституции Украины и общепризнанных принципах и нормах международного права, утверждает принципы гуманизма и законности. Его введение в действие должно улучшить общественную ситуацию, поднять авторитет государственных институтов, создать условия для нормального осуществления правосудия и развития Украины на пути к демократическому, социальному, правовому государству.

ДЕЯКІ ПРИНЦИПОВІ НОВЕЛИ ЗАГАЛЬНОЇ ЧАСТИНИ КК УКРАЇНИ ТА ПРОБЛЕМИ ЇХ ЗАСТОСУВАННЯ

Деякі принципи новели Загальної частини КК України та проблеми їх застосування // Наук. вісн. Юрид. акад. Мін-ва внутр. справ України: зб. наук. пр. – Дніпропетровськ, 2002. – № 3 (9). – С. 105–111.

1. КК України 2001 р. базується на положеннях, частина з яких успадкована від КК 1960 р., але більшість з них є новими для кримінального законодавства України. Принципові новели стосуються вчень про кримінальний закон, злочин та кримінальну відповідальність. Перший рік застосування нового КК висвітлив деякі труднощі у прийнятті його нових положень; проблеми з цього приводу, мабуть, будуть виникати і в майбутньому.

2. Відповідно до ч. 1 ст. 3 КК України ґрунтується на Конституції України та загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права. Однак, якщо виявиться, що КК не відповідає положенням Конституції України, остання підлягає безпосередньому застосуванню, оскільки відповідно до ст. 8 Конституції України її норми є нормами прямої дії. Наприклад, вже зараз вказується на те, що ст. 5 КК у частині визначення законів, що скасовують кримінальну відповідальність, не повною мірою відповідає ч. 1 ст. 58 Конституції України. Зазначена стаття Конституції України передбачає, що зворотню дію в часі мають закони, які, зокрема, скасовують юридичну відповідальність особи. У той же час ч. 1 ст. 5 КК виходить з того, що зворотню дію в часі має, зокрема, закон про кримінальну відповідальність, який скасовує злочинність діяння. Вочевидь, скасування злочинності (ч. 1 ст. 5 КК) і скасування юридичної відповідальності (ч. 1 ст. 58 Конституції України) – юридично не тотожні поняття. Скасування кримінальної відповідальності має місце не тільки в разі скасування підстави для такої відповідальності (злочинності діяння), але й, наприклад, за наявності підстави для обов'язкового звільнення особи, яка вчинила злочин, від кримінальної відповідальності (ст. 45, 46, 49, а також тринадцять так званих «заохочувальних» статей Особливої частини КК). Таким чином, якщо злочин був учинений під час дії КК 1960 р., а підстави для звільнення від кримінальної відповідальності, передбачені КК 2001 р., виникли з 1 вересня 2001 р., то КК України 2001 р. в цій частині має зворотню дію на підставі ч. 1 ст. 58 Конституції України.

3. Новий КК значно розширив можливості зворотної дії кримінального закону в часі. Якщо за КК 1960 року таку дію мав лише закон, що скасовував злочинність діяння чи пом'якшував покарання, то відповідно до ч. 1 ст. 5 КК до таких віднесені закони, які скасовують злочинність діяння або пом'якшують кримінальну відповідальність. Очевидно є різниця між законом, який пом'якшує кримінальну відповідальність, та законом,

який пом'якшує покарання. Закон, що пом'якшує кримінальну відповідальність, – це такий закон, який пом'якшує не тільки караність злочинного діяння, але й інші кримінально-правові наслідки такого діяння (наприклад, зменшує строки давності або погашення судимості, поліпшує умови та підстави для умовно-дострокового звільнення від відбування покарання тощо) Цей висновок підтверджує і п. 11 розділу II Прикінцевих та перехідних положень КК України 2001 р., відповідно до якого «правила, установлені Кримінальним кодексом України 1960 року щодо давності, умовно-дострокового звільнення від відбування покарання, заміни невідбутої частини покарання більш м'яким, погашення і зняття судимості, поширюються на осіб, які вчинили злочини, до набрання чинності цим Кодексом, за винятком випадків, коли цим Кодексом пом'якшується кримінальна відповідальність зазначених осіб».

Взагалі, можна зробити висновок, що відповідно до ч. 1 ст. 5 КК, по суті, зворотню дію в часі має закон, що будь-яким чином поліпшує становище особи, яка вчинила злочин.

4. У статті 7 закріплена дія кримінального закону в просторі відповідно до принципу громадянства: громадяни України та особи без громадянства, що постійно проживають в Україні, які вчинили злочини за межами України, підлягають кримінальній відповідальності за КК України, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. На перший погляд здається, що зазначені особи підлягають кримінальній відповідальності за діяння, визнані злочинами лише за КК України, тобто з порушенням принципу «подвійної протиправності». Але звернення до ч. 2 ст. 7 КК показує, що таке порушення відсутнє, оскільки там мова йде про осіб, зазначених у ч. 1 ст. 7, які вчинили злочини і зазнали покарання за межами України. Вочевидь, у цьому контексті можна говорити про вчинення діяння, яке і за межами України визнане іноземною державою злочинном, за який суд призначив покарання.

Таким чином, системне і логічне тлумачення ст. 7 КК свідчить про те, що дія КК України за принципом громадянства можлива лише за умови «подвійної» протиправності, тобто якщо діяння, учинене за межами України, визнається злочином як за КК України, так і за кримінальним законом іноземної держави.

5. Стаття 9 КК передбачає можливість урахування судом України вироку суду іноземної держави за злочин, учинений за межами України. При цьому таке урахування є обов'язковим під час кваліфікації нового злочину (наприклад, за ознакою вчинення злочину особою, раніше судимою за злочин), призначення покарання (наприклад, визнання злочину вчиненим повторно або рецидиву злочинів обставинами, що обтяжують покарання, – п. 1 ч. 1 ст. 67 КК), звільнення від кримінальної відповідальності (наприклад, відмова у такому звільненні з причин першого вчинення злочину певної тяжкості), звільнення від покарання (наприклад, збільшення строку фактичного відбуття покарання засудженим під час вирішення питання про умовно-дострокове звільнення від відбування покарання).

При застосуванні статті 9 КК виникають труднощі щодо обізнаності органів досудового слідства і суду про засудження громадянина України або особи без громадянства судом іноземної держави за вчинення ними злочину за межами України. Крім того, навіть за наявності такого вироку потребують вирішення питання про кваліфікацію вчиненого діяння за КК України, віднесення його до певної категорії, співвідношення призначеного покарання із системою покарань за КК України, строк погашення судимості тощо. Уявляється, що відповіді на ці та інші питання повинні знайти своє місце в КПК України.

6. Згідно з ч. 2 ст. 25 Конституції України громадянин України не може бути виданий іншій державі. Відповідно до цього ч. 1 ст. 10 КК встановлює: «Громадяни України та особи без громадянства, які постійно проживають в Україні, які вчинили злочини

поза межами України, не можуть бути видані іноземній державі для притягнення до кримінальної відповідальності та віддання до суду». Застосовуючи це положення КК, треба враховувати висновок Конституційного Суду України від 11 липня 2001 року у справі про Римський статут. Згідно з цим рішенням положення ч. 2 ст. 25 Конституції України стосуються екстрадиції громадянина України до іншої рівносуверенної держави, тобто заборона видачі стосується лише національної, а не міжнародної юрисдикції. Видача громадянина України та особи без громадянства, які вчинили злочини поза межами України, може мати місце, наприклад, у міжнародному Суді, утвореному за згодою держав-учасниць на основі міжнародного права. Така практика не буде суперечити Конституції України та відповідатиме ч. 1 ст. 10 КК.

7. КК уперше зробив чітку класифікацію злочинів на чотири групи залежно від ступеня їх тяжкості, що визначається ступенем суворості відповідної санкції статті Особливої частини КК. При цьому різниця між злочинами невеликої і середньої тяжкості, тяжкими та особливо тяжкими злочинами не залежить від форми вини цих злочинів, тобто певна група включає і умисні, і необережні злочини. Між тим, для застосування деяких статей КК певна форма вини має суттєве значення. Так, під час призначення покарання за сукупністю злочинів остаточне покарання може бути призначене судом, у межах максимального строку, встановленого для даного виду покарання в Загальній частині КК, якщо хоча б один із злочинів є умисним тяжким чи особливо тяжким (ч. 2 ст. 70 КК). Так само можливість умовно-дострокового звільнення від покарання та заміни невідбутої частини покарання більш м'яким пов'язується з фактичним відбуттям призначеного судом покарання, строк якого залежить від того, призначене це покарання за умисний чи необережний тяжкий або особливо тяжкий злочин. Таким чином, для застосування зазначених положень КК суд повинен в обвинувальному вирокі чітко зазначити, яке покарання він призначає за умисний чи необережний злочин. А це знов піднімає давню проблему визначення умисних і необережних злочинів. Вирішення цієї проблеми має значення і в інших випадках.

Так, готування до злочину можливе лише щодо прямоумисних злочинів, при цьому готування до злочину невеликої тяжкості не тягне за собою кримінальної відповідальності (ч. 2 ст. 19 КК). Співучасть можлива лише у разі вчинення умисного злочину (ст. 26 КК). Рецидив злочинів полягає у вчиненні умисного злочину особою, яка має судимість тільки за умисний злочин (ст. 34 КК) тощо.

8. Частини 2 і 3 ст. 15 КК окремо визначають поняття закінченого та незакінченого замаху на злочин. Відповідно до статті 16 КК відповідальність за замах настає за статтею 15 КК та тією статтею Особливої частини КК, яка передбачає відповідальність за закінчений злочин. Виникає питання, чи необхідно кваліфікуючи замах на злочин, вказувати на частину 2 або 3 ст. 15 КК, чи достатньо взагалі вказати на ст. 15 КК. Уявляється, що диференціація частин 2 та 3 статті 15 КК у формулі кваліфікації повинна бути. Це пояснюється, по-перше, тим, що обвинувачення повинно бути ясним. По-друге, обвинувачена особа має право на захист, який можна здійснити лише у разі чіткого формулювання обвинувачення. По-третє, на підставі ч. 1 ст. 68 КК, призначаючи покарання за незакінчений злочин, суд серед інших обставин повинен урахувати ступінь здійснення особою злочинного наміру, про що свідчить, зокрема, і той факт, закінчений чи незакінчений замах на злочин вона вчинила. Нарешті по-четверте, новий КК не тільки стосовно замаху на злочин диференціює його види, а й, наприклад, при визначенні умислу та необережності. Очевидно, що формулюючи обвинувачення, необхідно чітко вказувати не форму вини, а її певний вид (прямий чи непрямий умисел, злочинна самовпевненість чи злочинна недбалість).

9. КК вперше сформулював поняття спеціального суб'єкта – фізичної осудної особи, що вчинила у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність, злочин, суб'єктом якого може бути лише певна особа (ч. 2 ст. 18 КК). Вказівка на те, що

спеціальним суб'єктом злочину може бути лише певна особа, дає можливість зробити висновок, що такою треба визнавати не тільки особу, ознаки якої чітко визначені в диспозиції відповідної статті Особливої частини КК (як це було, до речі, передбачено в проекті КК, прийнятому в другому читанні). Висновок про спеціального суб'єкта злочину може бути зроблений і на основі тлумачення відповідних положень закону у разі, якщо ознаки такого суб'єкта чітко не визначені в самому законі. Так, очевидно, що стаття 137 КК хоча й не називає прямо спеціального суб'єкта, але тлумачення слів «невиконання або неналежне виконання професійних чи службових обов'язків щодо охорони життя та здоров'я неповнолітніх» дає можливість зробити висновок, що суб'єктом цього злочину може бути лише певна особа, а саме: особа, на яку покладено виконання певних професійних чи службових обов'язків. Так само, шляхом тлумачення можна дійти висновку про спеціального суб'єкта ст. 141, 142, 143, 144, 151 тощо.

10. Стаття 26 КК передбачає, що співучастю у злочині є умисна спільна участь декількох суб'єктів злочину у вчиненні умисного злочину. Мінімальна кількість співучасників (суб'єктів злочину) залежить від форми співучасті. Згідно зі статтею 28 для вчинення злочину групою осіб та групою осіб за попередньою змовою такою мінімальною кількістю є два суб'єкти злочину, а для вчинення злочину організованою групою та злочинною організацією – три таких суб'єкти. У літературі вже з'явилися коментарі, згідно з якими для співучасті достатньо лише одного суб'єкта злочину, який учинює умисний злочин щонайменше з однією особою, не обов'язково суб'єктом злочину. Така пропозиція може розглядатися лише як рекомендація щодо зміни поняття співучасті у майбутньому, але вона прямо суперечить чинному КК. Положення закону про те, що співучасниками можуть бути лише суб'єкти злочину, ставить ряд нових запитань щодо кримінально-правової оцінки виконання об'єктивної сторони відповідного злочину особами, які згодом не визнаються суб'єктами цього злочину. Наприклад, як кваліфікувати дії підбурювача чи пособника, які не усвідомлювали, що особа, яку вони схилили до вчинення злочину чи сприяли їй у вчиненні цього злочину, не досягла віку, з якого вона може підлягати кримінальній відповідальності за даний злочин, або згодом було встановлено, що в момент вчинення відповідного суспільно небезпечного діяння вона перебувала у стані неосудності? На нашу думку, найкращим варіантом відповіді на це запитання є позиція М. С. Таганцева, який вважав, що зазначені дії повинні розглядатися як дії опосередкованого «виконавця». Взагалі слід мати на увазі, що новий КК значно звузив обсяг поняття співучасті у злочині, яке, як і раніше, не співпадає з будь-яким збігом злочинів та не відповідає буденному його вживанню.

КК вперше передбачив спеціальний розділ VIII Загальної частини «Обставини, що виключають злочинність діяння», у якому передбачено сім таких обставин. Наявність такого розділу лише підкреслює той факт, що КК в частині формулювання підстави кримінальної відповідальності побудований на дихотомії: злочин – не злочин. Очевидно, що обставини, які виключають злочинність діяння, знаходять своє місце не тільки в зазначеному розділі, а й передбачені чи впливають з інших положень КК, а також визначені іншими галузями законодавства. Так, згідно з частиною 2 ст. 1 та ч. 2 ст. 2 КК вчинення суспільно небезпечного діяння, яке не визначене КК як злочин, тобто не містить складу злочину, передбаченого КК, є обставиною, що виключає кримінальну відповідальність за скоєне, оскільки застосування кримінального закону за аналогією заборонено (ч. 4 ст. 3 КК). Частина 2 ст. 11 передбачає таку обставину, що виключає злочинність діяння, як його малозначність. Згідно з ч. 2 ст. 19 КК обставиною, що виключає суб'єкта злочину, а тим самим і кримінальну відповідальність, визнається неосудність особи, а зі змісту ст. 22 випливає, що такою ж обставиною визнається недосягнення особою, яка вчинила передбачене КК суспільно небезпечне діяння, віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність за таке діяння. На підставі ч. 2 ст. 2, ч. 1 ст. 11 та розділу V «Вина та її форми» можна зробити висновок, що обстави-

ною, яка виключає злочинність вчиненого суспільно небезпечного діяння, передбаченого КК, за відсутності вини є так званий казус (випадок).

Відповідно до ч. 4 ст. 331 КК обставинами, що виключають злочинність незаконного перетинання державного кордону України, є використання права притулку або наявність мети набуття статусу біженця, а також прибуття в Україну жертв злочинів, пов'язаних із торгівлею людьми. Згідно з ч. 1 ст. 433 КК обставиною, що виключає злочинність діяння за незаконне відібрання майна у населення в районі воєнних дій, визнається воєнна необхідність. Наведені приклади свідчать, що обставини, які виключають злочинність діяння, передбачені як в Загальній, так і в Особливій частині КК,

Крім того, перелік таких обставин, передбачених у КК, не є вичерпним. Вони знаходять своє відображення і в інших нормативно-правових актах. Так, виконання службових повноважень як обставина, що виключає злочинність застосування фізичної сили, спеціальних засобів та зброї, передбачена в Законах України «Про міліцію», «Про Службу безпеки України», «Про оперативно-розшукову діяльність» тощо. Правомірність заподіяння шкоди об'єктам кримінально-правової охорони в процесі професійної діяльності засновується на нормативно-правових актах, що регламентують різні види такої діяльності, тощо. Взагалі, обставини, що виключають злочинність діяння, а тим самим і кримінальну відповідальність за заподіяну шкоду, складають певну систему, яка відображає ту дихотомію, про яку зазначено вище. Передбаченість КК вичерпного переліку злочинів та наявність незакритої системи обставин, що виключають кримінальну відповідальність за шкоду, заподіяну об'єктам кримінально-правової охорони, є матеріально-правовою підставою реалізації процесуального принципу змагальності сторін – обвинувачення та захисту.

ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ ЗЛОЧИНІВ, ВЧИНЕНИХ ЗЛОЧИННОЮ ОРГАНІЗАЦІЄЮ

Проблеми кваліфікації злочинів, вчинених злочинною організацією// Проблеми відповідальності за злочини проти громадської безпеки за новим Кримінальним кодексом України : матеріали міжнар. наук.-практ. семінару (1–2 жовтня 2002 р., Харків) / Ред. кол.: Сташис В. В. (голов. ред.) та ін. – Х. : Східно-регіон. центр гуманіт.-освіт. ініціатив, 2003. – С. 163–165.

1. Проблема кваліфікації злочинів, вчинених злочинною організацією, є загальною для всього КК. Це обумовлюється трьома обставинами: а) в жодній статті КК не передбачено такої особливо кваліфікованої ознаки, як вчинення злочину злочинною організацією, а ч. 4 ст. 28 КК визначає поняття злочину, вчиненого злочинною організацією; б) ч. 1 ст. 255 КК передбачає відповідальність, зокрема, за участь у злочинній організації та за участь у злочинах, вчинюваних такою організацією; в) нарешті, ст. 30 КК передбачає кримінальну відповідальність організаторів та інших учасників злочинної організації за злочини, вчинені такою організацією.

Дискусійним є питання кваліфікації дій учасника злочинної організації, який вчинив злочин: за ч. 1 ст. 255 КК (участь у злочині, що чиниться злочинною організацією) або, крім того, і за статтею КК, яка передбачає відповідальність за вчинений злочин, тобто за сукупністю злочинів.

2. Є підстави вважати, що ч. 1 ст. 255 КК є своєрідною спеціальною статтею стосовно інших статей, що передбачають відповідальність за вчинення злочинів учасниками злочинної організації. Дійсно, якщо злочин вчинюється злочинною організацією, то, очевидно, що суб'єктом такого злочину може бути лише учасник такої організації, тобто своєрідний спеціальний суб'єкт.

3. Якщо виходити з того, що ч. 1 ст. 255 КК є спеціальною стосовно інших статей, то при кваліфікації дій учасника злочинної організації, який вчинив злочин, повинно діяти правило про пріоритет спеціальної норми. Це правило повністю спрацювало б лише у випадку, якщо участь у злочині, вчиненому злочинною організацією, каралася б позбавленням волі на строк від 10 до 15 років або довічним позбавленням волі з конфіскацією майна за корисливі злочини. В такому випадку всі злочини, навіть на-вмисне убивство за обтяжуючих обставин, підлягали б кваліфікації тільки за ч. 1 ст. 255 КК без додаткової кваліфікації за іншими статтями КК.

У чинному ж КК ч. 1 ст. 255 передбачає покарання від 5 до 12 років позбавлення волі. Таким чином, якщо учасник злочинної організації вчинив злочин, який карається більш м'яким покаранням, то тільки в цьому випадку його дії підлягають кваліфікації за ч. 1 ст. 255 КК без додаткової кваліфікації за іншими статтями КК.

Якщо ж покарання за вчинений злочин є більш суворим, ніж позбавлення волі від 5 до 12 років, то в такому випадку вчинене учасником злочинної організації підлягає кваліфікації за сукупністю злочинів: 1) за участь у злочині, вчиненому злочинною

організацією; 2) за вчинений злочин, що карається суворіше, ніж позбавлення волі від 5 до 12 років.

4. Якщо склад особливо тяжкого злочину передбачає таку кваліфіковану ознаку, як вчинення цього злочину організованою групою, а у справі встановлено, що такий злочин вчинено злочинною організацією, то дії учасника злочинної організації підлягають кваліфікації за ознакою «вчинення злочину організованою групою». Це пояснюється дією принципу «матрьошки», а саме: менша за ступенем небезпечності форма співучасті своїми основними ознаками входить до більшої за ступенем небезпечності форми співучасті. Порівняння ч. 3, 4 ст. 28 КК дозволяє зробити висновок, що більшість ознак вчинення злочину організованою групою є складовими ознаками вчинення злочину злочинною організацією. Якщо вчинення злочину організованою групою карається суворіше, ніж участь у злочині, вчиненому злочинною організацією (ч. 1 ст. 255 КК), то вчинення такого злочину учасником злочинної організації повинно розглядатися як вчинення злочину учасником організованої групи і відповідно кваліфікуватися, наприклад, за ч. 3 ст. 305 (контрабанда наркотичних засобів, вчинена організованою групою, карається позбавленням волі на строк від 8 до 12 років з конфіскацією майна) або ч. 3 ст. 307 (збут наркотичних засобів, вчинених організованою групою, карається так само).

5. Відсутність у КК спеціального розділу, присвяченого правилам кваліфікації злочинів, призводить до тих дискусій, що точаться, зокрема, щодо кваліфікації злочинів, вчинених злочинною організацією. Однак, відоме велике значення правильної кваліфікації скоєного, тому заслуговує на увагу і підлягає подальшому обговоренню пропозиція доцільності законодавчого закріплення правил кваліфікації злочинів. У такому разі дискусії про кваліфікації злочинів, вчинених злочинною організацією, могли б точитися в правовому просторі, визначеному законом.

ДЕСЯТЬ УРОКОВ ИЗ ПЕРВОНАЧАЛЬНОГО ОПЫТА ПРИМЕНЕНИЯ НОВОГО УГОЛОВНОГО КОДЕКСА УКРАИНЫ

Десять уроков из первоначального опыта применения Уголовного кодекса Украины // Пять лет действия УК РФ: итоги и перспективы : материалы 11 междунар. науч.-практ. конф., состоявшейся на юрид. фак. МГУ им. М. В. Ломоносова 30–31 мая 2002 г. – М. : «Лекс Эст», 2003. – С. 67–71.

УК Украины вступил в действие с 1 сентября 2001 г. Всего несколько месяцев его применения показали, что новый Кодекс выгодно отличается от прошлого как по структуре, так и по содержанию. Он действительно восполнил имевшиеся пробелы и в целом соответствует современным представлениям о преступности и наказуемости деяний, а также предусматривает новые уголовно-правовые меры реагирования на преступления и др.

Вместе с тем первоначальный опыт применения нового УК позволяет извлечь и некоторые уроки, знание которых при принятии и введении в действие нового уголовного законодательства способно предупредить возможные ошибки, снижающие эффективность уголовноправовой охраны интересов личности, общества и государства. Эти уроки касаются как организационной, так и сущностной стороны дела.

Урок первый: недооценка комплексного подхода при подготовке и принятии УК наряду со смежными нормативно-правовыми актами приводит к неоправданным затруднениям на практике, иногда лишает возможности применять отдельные статьи Кодекса. Речь идет о согласовании УК в первую очередь с УПК, УИК и КоАП, а также с законодательством, определяющим содержание бланкетных диспозиций статей Особой части УК, что требует его непрерывного мониторинга.

В ситуациях, когда некоторые диспозиции статей КоАП и УК совпадают, возросла роль ч. 2 ст. 11 УК о малозначительности деяния. Поскольку Уголовный кодекс отказался от административной преюдиции реальным отграничителем административного правонарушения от преступления является оценка правоприменителем степени опасности совершенного деяния, что вряд ли является обоснованным.

Урок второй: поспешность при принятии Кодекса и короткое время, отведенное для введения его в действие, в значительной мере снижают эффективность его применения. До последнего дня внесение в проект УК не всегда согласованных поправок привело к тому, что проект УК, принятый Верховной Радой Украины 5 апреля 2001 г., в третьем окончательном чтении претерпел весьма значительные изменения в сравнении с первоначальной редакцией. При этом не было возможности системно оценить его не только с точки зрения системного подхода и законодательной техники, но и литературного изложения. Официальный текст УК, подписанный 18 мая 2001 Президентом Украины, был опубликован в первых числах июня. Неудачным было избрание летнего (отпускного) времени для ознакомления с УК судьями и работниками правоохранительных органов.

Кроме того, они были отвлечены важной работой, связанной с проведением в это же время малой судебной реформы, а также амнистии, объявленной 5 июля 2001 г. Наконец, практически трехмесячный срок, отведенный для введения в действие Кодекса, явно недостаточен для ознакомления с ним и обеспечения его эффективности.

Урок третий: недооценка положений УК об обратном действии его отдельных норм во времени на первоначальном этапе способно существенно затруднить применение нового УК.

Статья 5 УК определила два вида законов, которые имеют обратное действие во времени: устранившие преступность деяний и смягчающие уголовную ответственность. Однако практические работники во многом оказались неготовыми к пониманию ст. 5 УК, особенно в части понимания закона, смягчающего уголовную ответственность. В связи с этим важное значение приобрели Заключительные и Переходные положения нового УК. Кроме того, были востребованы научные разработки о понятии уголовной ответственности, ее начальном и конечном моменте, усилении и смягчении такой ответственности и др. Следует иметь в виду, что положения об обратном действии УК во времени имеют долговременное значение, особенно в части определения давности привлечения к уголовной ответственности и сроков погашения судимости.

Урок четвертый: следует учитывать, что Переходные положения нового УК по существу являются своеобразной амнистией, и это обязывает соответствующим образом к ним относиться.

Во-первых, если в Переходных положениях дается перечень статей старого УК, которые предусматривают декриминализованные в новом УК деяния, то такой перечень или должен быть достаточно полным и по возможности исчерпывающим, или от него следует вообще отказаться, поскольку действует ст. 5 УК. Во-вторых, целесообразно положения о декриминализации деяний, а также об исключении определенных видов наказания вводить в действие со дня официального опубликования УК. Это объясняется тем, что: а) не следует искусственно признавать преступниками лиц, деяния которых государство официально объявило непроступными; б) экономит государственные ресурсы и в) исключает возможные злоупотребления в период между опубликованием УК и введением его в действие. В-третьих, для решения вопросов, связанных с освобождением от наказаний, не предусмотренных в новом УК, с заменой одних наказаний другими и снижением размеров наказания, в Переходных положениях желательно было бы устанавливать официальный срок.

Урок пятый: целесообразным является издание акта об амнистии после официального опубликования нового УК и до введения его в действие. Но издание такого акта поставило вопрос о влиянии закона об амнистии на обратное действие нового УК во времени. Вот пример: 1 июля 2001 г. лицо совершает злостное хулиганство, которое в соответствии с УК 1960 г. относится к числу тяжких. 5 июля 2001 г. опубликован закон об амнистии, который не распространяется на лиц, совершивших тяжкие преступления. 1 сентября 2001 г. новый УК относит злостное хулиганство к преступлениям средней тяжести. В практике Верховного Суда Украины возник вопрос, можно ли применить амнистию в сентябре 2001 г. к лицу, совершившему злостное хулиганство 1 июня 2001 г., как к лицу, совершившему в соответствии с новым УК нетяжкое преступление? Представляется, что своеобразность и уникальность закона об амнистии заключается в том, что он всегда носит обратный характер и ни при каких условиях не может распространяться наперед (за исключением условной амнистии).

Урок шестой: научное сопровождение проекта УК должно иметь место до принятия его в качестве закона и введен в действие, а также определенное время спустя. Недооценка научного подхода на этапе принятия УК приводит к тому, что поправки в проект УК вносятся на основе политических компромиссов без учета концепции, системы и содержания УК. Нередко законодатели рассчитывают на УК, как на панацею от нравственных, социальных, экономических и политических болезней общества. Это приводит к криминализации деяний, разрешенных иным законодательством, к прене-

брежению правилами законодательной техники и т.п., что способно затруднить или вовсе заблокировать возможность применения отдельных статей УК.

Урок седьмой: недопустимо искусственное, неоправданное создание конкуренции уголовно-правовых норм, так как это часто приводит не к усилению, а к ослаблению роли уголовного закона в деле защиты прав и свобод человека, а также создает предпосылки для ошибок и злоупотреблений на практике. В условиях, когда единственной правовой формой уголовно-правовых предписаний является УК, наличие конкурирующих норм является скорее его недостатком, чем преимуществом (конкуренции часто можно избежать путем конструирования, например, основных, привилегированных и квалифицированных составов). Вместе с тем, поскольку еще не преодолено стремление создавать конкуренцию норм, следует руководствоваться определенными правилами преодоления конкуренции норм, которые необходимо закрепить в УК, а не представлять это правоприменителю.

Урок восьмой: при определении строгости норм уголовно-правового реагирования на преступления нельзя, с одной стороны, игнорировать правосознание общества, а с другой – идти на поводу крайних взглядов. Так, отмена смертной казни за квалифицированное убийство привела не к росту, а сокращению в Украине на 5% таких убийств. Одновременно с этим в обществе снова поднимается вопрос о введении смертной казни за торговлю наркотиками и терроризм.

Несмотря на большую работу по либерализации санкций, значительная их часть предусматривает все же как альтернативу лишение свободы. Первые месяцы применения УК привели к выводу о необходимости пересмотра таких санкций в сторону сокращения сроков лишения свободы. Практика также показала, что новые виды наказаний (общественные работы и арест) часто не применяются потому, что не предусмотрены в санкциях преступлений небольшой и средней тяжести, а ведь именно для этих категорий преступлений такие наказания и предназначались.

Урок девятый: поощрительные нормы, в том числе предусматривающие освобождение от уголовной ответственности, должны устанавливаться не только в целях раскрытия (пусть и тяжких) преступлений, но учитывать и интересы потерпевшего, а также общественные и государственные интересы. Так, ч. 2 ст. 255 предусматривает императивное освобождение от уголовной ответственности члена преступной организации за участие в этой организации, в преступлениях, совершенных преступной организацией, а также за содействие встрече (сходке) представителей преступных организаций или организованных групп, если такой участник добровольно заявил о создании преступной организации или участие в ней и активно способствовал ее раскрытию. Очевидно, что закон предусматривает обязательное и безусловное освобождение лица от уголовной ответственности независимо от того, совершило ли оно и могло ли совершить тяжкое и особо тяжкое преступление (причем не одно) в составе преступной организации, что вряд ли является оправданным и справедливым.

Урок десятый: не следует спешить с внесением изменений и дополнений в новый УК. До настоящего времени в него внесены два изменения (ужесточены санкции статей УК о хулиганстве и заведомо ложном сообщении об угрозе безопасности граждан) и одно дополнение (установлена уголовная ответственность за нарушение законодательства, регулирующего производство, экспорт и импорт дисков для лазерных систем считывания, экспорт и импорт оборудования или сырья для их производства). И если из среды практических работников звучат призывы к немедленному внесению изменений и дополнений в УК, то среди ученых-криминалистов доминирует позиция, что такие изменения следует делать лишь в том случае, когда допущенные технические ошибки блокируют применение отдельных статей УК. Что же касается иных возможных изменений, то следует: 1) осуществить мониторинг практики применения УК; 2) обобщить предложения относительно возможных изменений в УК; 3) на основе выработанных критериев осуществить в обозримом будущем системное внесение изменений и дополнений в УК.

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ: СУТНІСТЬ, ЗМІСТ ТА ПРАВОВА ФОРМА

Кримінальна відповідальність: сутність, зміст та правова форма // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2003. – № 2–3 (33–34). – Х. : Право, 2003. – С. 626–633.

Кримінальна відповідальність є однією з головних категорій кримінального права поряд із злочином та покаранням. Відомо, однак, що навколо поняття кримінальної відповідальності вже тривалий час точаться дискусії. Одна з причин цього поля в тому, що нерідко КК та інші нормативно-правові акти, а також дослідники вкладають різний зміст в один і той самий термін «кримінальна відповідальність».

Видається, що сутність кримінальної відповідальності є обмеження прав і свобод правопорушника. Таке розуміння сутності зазначеної категорії впливає із її природи як категорії кримінального права – однієї із галузей публічного права.

Відомо, що публічно-правові відносини (в тому числі в охоронюваній частині правопорядку) є владновідносинами, тобто відносинами влади та підкорення, методом регулювання яких є імперативний метод, а єдиним центром такого регулювання є держава¹.

Саме в межах таких правовідносин встановлюється і реалізується кримінальна відповідальність за злочин. Оскільки метою такої відповідальності є покарання, а також виправлення злочинця і попередження злочинів, то кримінальна відповідальність не може бути нічим іншим, як обмеженням прав і свобод правопорушника.

Разом з тим таке обмеження життєво важливих благ людини на підставі принципів правової держави можливе з урахуванням поділу державної влади на законодавчу, судову та виконавчу (ст. 6 Конституції України). Іншими словами, вид і міра обмежень прав і свобод людини, винної у злочині, мають бути визначені законодавцем (законодавчий аспект кримінальної відповідальності), призначені судом (судовий аспект) і здійснені спеціальними органами виконавчої влади (виконавчий аспект).

Кожен з цих видів діяльності має свій зміст і правову форму, які, однак, все ж таки відображають єдину для них сутність кримінальної відповідальності, а саме: обмеження прав і свобод правопорушника.

Зміст зазначеної діяльності може бути представлений як взаємодія його складових елементів, до яких належать її суб'єкти, об'єкти та саме діяння.

З цієї точки зору суб'єктом встановлення кримінальної відповідальності виступає, як відомо, лише парламент – Верховна Рада України.

Відповідно до п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України виключно законами України визначаються діяння, які є злочинами, та відповідальність за них. Таким законом в Україні є Кримінальний кодекс. Згідно з ст. 3 КК законодавство України про кримінальну відповідальність становить лише Кримінальний кодекс. Закони України про кримінальну відповідальність, прийняті після набрання чинності КК, включаються

¹ Див., напр.: Харитонова О. Поняття і ознаки публічних правовідносин // Вісник Академії правових наук України. – 2002. – № 1 (28). – С. 36 – 46.

до нього. Далі, предметом Кримінального кодексу є визначення того, «які суспільно небезпечні діяння є злочинами та які покарання застосовуються до осіб, що їх вчинили» (ч. 2 ст. 1 КК).

Об'єктом такої, законодавчо визначеної кримінальної відповідальності, є права і свободи тих осіб, які потенційно визначені в КК як можливі злочинці. Висновок про це можна зробити на підставі аналізу низки норм КК. По-перше, КК визначає, які суспільно небезпечні діяння є злочинами. Згідно з ч. 1 ст. 11 КК злочином є передбачене КК суспільно небезпечне винне діяння, вчинене суб'єктом злочину. В свою чергу суб'єктом злочину визнається фізична осудна особа, яка досягла віку, з якого відповідно до КК може наставати її кримінальна відповідальність (ч. 1 ст. 18 КК). Таким чином, обов'язковим елементом будь-якого виду злочину, визначеного парламентом, є вказівка на певне коло фізичних осіб, спроможних бути суб'єктом такого виду злочину. Саме обмеження прав і свобод цих осіб і є об'єктом законодавчо визначеної кримінальної відповідальності.

По-друге, КК також визначає, які покарання застосовуються до осіб, що вчинили злочини. Таке визначення має місце в два етапи. На першому етапі КК визначає види покарань, які потім може застосовувати суд. Стаття 51 КК передбачає 12 видів таких покарань. Згідно з ч. 1 ст. 50 КК покарання полягає в передбаченому законом (перш за все КК) обмеженні прав і свобод засудженого. Але ще до того, як з'явиться фігура засудженого, КК встановлює вичерпний перелік покарань, характеризує кожне з них (які саме і наскільки можуть бути обмежені саме права і свободи майбутніх засуджених). На другому етапі законодавець передбачає певні види покарань у санкціях відповідних статей Особливої частини КК.

З наведеного можна зробити висновок, що законодавець ототожнює кримінальну відповідальність і санкцію кримінально-правової норми. Така санкція включає в себе не тільки відповідну частину статті Особливої частини КК (санкцію статті), а й весь комплекс нормативних приписів щодо покарання, передбачених в Загальній частині КК. Таким чином, правовою формою законодавчо визначеної кримінальної відповідальності є санкція кримінально-правової норми, де гіпотезою виступають ознаки певного виду злочину.

Діяльність парламенту по встановленню кримінальної відповідальності здійснюється в рамках конституційних правовідносин. Саме стосовно такої діяльності вживають поняття криміналізації (передбаченості ознак діяння як злочину), пеналізації (встановлення кримінальної відповідальності – покарання), а також диференціації такої відповідальності. Суб'єктом криміналізації, пеналізації і диференціації кримінальної відповідальності є саме Верховна Рада України. Вона встановлює і диференціює вид та міру обмежень прав і свобод людини, яка в майбутньому може бути визнана судом винною в учиненні конкретного злочину. Вочевидь, що початковим моментом зазначеної відповідальності є день набрання чинності законом про кримінальну відповідальність, а кінцевим моментом – день втрати ним такої чинності (за винятком зворотної дії закону в часі – ст. 5 КК).

Кримінально-правовим наслідком набрання чинності законом про кримінальну відповідальність не є встановлення кримінально-правових відносин, як іноді вважають, між державою та певним колом осіб, серед яких тільки і можуть бути «рекрутовані» конкретні особи в майбутньому як суб'єкти злочину. Звідси не вчинення зазначеними особами злочинів, передбачених у гіпотезі кримінально-правової норми, не свідчить і про те, що вони зазнають позитивну кримінальну відповідальність, як іноді вважають. Кримінальна відповідальність як атрибут публічного права може бути лише негативною.

Для конкретної особи така відповідальність індивідуалізується судом.

Згідно з ст. 62 Конституції України особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде дове-

дено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду. Таким чином, суб'єктом індивідуально визначеної кримінальної відповідальності є тільки суд. Об'єктом такої індивідуалізації є конкретні права і свободи особи, яка визнана судом винною в учиненні певного злочину, що і є підставою покладання на злочинця кримінальної відповідальності. Необхідною умовою індивідуалізації судом кримінальної відповідальності є юридична кваліфікація вчиненого даною особою злочину. Від цього залежить, які права і свободи злочинця і наскільки може обмежити суд, тому що санкція кримінально-правової норми є типізованою і залежить від того виду злочину, в учиненні якого визнано винною дану особу.

Діяльність суду по індивідуалізації кримінальної відповідальності регламентується положеннями КК про поняття і мету покарання (ст. 50), загальні засади і порядок (правила) призначення покарання (ст.ст. 65-72, 103 КК). Вочевидь, що індивідуалізована судом кримінальна відповідальність ототожнюється в основному з поняттям покарання, визначеним у ч. 1 ст. 50 КК як захід примусу, що застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною в учиненні злочину, і полягає в передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого.

Юридичною формою індивідуалізації кримінальної відповідальності є обвинувальний вирок суду. Відповідно до чинного КК можна визначити три види індивідуалізації кримінальної відповідальності. Перший вид – це обмеження особи, винної в учиненні злочину, у праві на «добре ім'я», тобто обмеження її гідності. Згідно з ч. 4 ст. 74 КК особа, яка вчинила злочин невеликої або середньої тяжкості, може бути за вироком суду звільнена від покарання, якщо буде визнано, що з урахуванням бездоганної поведінки і сумлінного ставлення до праці цю особу на час розгляду справи в суді не можна вважати суспільно небезпечною. Відповідно до ч. 5 ст. 74 КК особа також може бути за вироком суду звільнена від покарання на підставах, передбачених статтею 49 цього Кодексу. В зазначених випадках суд виносить обвинувальний вирок, в якому визнає дану особу винною в учиненні певного злочину, але не призначає їй покарання за умов, передбачених в ч. 4 чи ч. 5 ст. 74 КК.

Другий вид індивідуалізації судом кримінальної відповідальності – це винесення обвинувального вироку з призначенням особі певного виду і міри покарання, від відбування якого вона звільняється (умовно чи безумовно). Наприклад, згідно з ч. 1 та ч. 2 ст. 75 КК якщо суд при призначенні покарання у виді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, а також позбавлення волі на строк не більше п'яти років, враховуючи тяжкість злочину, особу винного та інші обставини справи, дійде висновку про можливість виправлення засудженого без відбування покарання, він може прийняти рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням. У цьому разі суд ухвалює звільнити засудженого від відбування призначеного покарання, якщо він протягом визначеного судом іспитового строку не вчинить нового злочину і виконає покладені на нього обов'язки. Вочевидь, що у зазначеному випадку йдеться про умовне звільнення від відбування призначеного покарання.

Відповідно до ч. 3 ст. 84 військовослужбовці, засуджені до службового обмеження, арешту або тримання в дисциплінарному батальйоні, в разі визнання їх непридатними до військової служби за станом здоров'я, звільняються від покарання. В цьому випадку звільнення від відбування призначеного покарання є безумовним.

Третій (і найбільш типовий) вид індивідуалізації судом кримінальної відповідальності – це винесення обвинувального вироку з призначенням даній особі певного виду і міри покарання, поєднане з необхідністю його відбування.

Індивідуалізація судом кримінальної відповідальності здійснюється в межах кримінально-правових відносин. Ці відносини виникають з моменту вчинення особою злочину. На цьому етапі виконавча влада здійснює кримінальне переслідування цієї особи в рамках кримінально-процесуальних відносин. Суд в обвинувальному вироку

констатує, що дана особа дійсно вчинила певний злочин, і індивідуалізує їй кримінальну відповідальність у порядку, визначеному вище. Така індивідуалізація здійснюється в рамках кримінального правовідношення в порядку встановленому нормами кримінально-процесуального права. Індивідуалізація визнається завершеною з дня набрання законної сили обвинувальним вироком суду. У визначеному вигляді вона існує до дня звернення цього вироку до виконання.

Кримінально-правовим наслідком індивідуалізації кримінальної відповідальності є, за загальним правилом, виникнення судимості у засудженої особи.

Виконавчий аспект кримінальної відповідальності має дві сторони: з одного боку, це діяльність спеціальних органів виконавчої влади (суб'єкт діяльності) по виконанню обвинувального вироку суду, тобто діяльність, пов'язана з реальним обмеженням визначених судом прав і свобод засудженої особи. З іншого боку, це перетерплення цієї особою обмеження її тих прав і свобод (об'єкт діяльності), які індивідуалізовані судом. Іноді цей процес правильно називають «виконання – відбування покарання»¹. Це явище можна ще назвати і реальною кримінальною відповідальністю². Реальна кримінальна відповідальність здійснюється на підставі норм кримінально-виконавчого права.

В процесі виконання – відбування покарання існують законодавчо встановлені підстави для пом'якшення реальної кримінальної відповідальності (наприклад, умовно-дostroкове звільнення від подальшого відбування покарання, амністія, помилування тощо).

Початковим моментом реальної кримінальної відповідальності слід вважати день звернення обвинувального вироку суду до виконання, а кінцевим моментом – за загальним правилом, останній день відбування особою призначеного покарання. В тих випадках, коли після відбування покарання особа якийсь час перебуває в статусі такої, що має судимість (ст. 89 КК), є підстави вважати, що вона продовжує перебувати в кримінально-правових відносинах з державою і тому тимчасово перетерплює кримінальну відповідальність, пов'язану з обмеженням її права на «добре ім'я», встановлену обвинувальним вироком суду (ч. 1 ст. 88 КК). Адже така особа ще деякий час після відбуття покарання вважається такою, що є засудженою за вчинений злочин, злочинцем, і це має певні юридичні наслідки у випадках, передбачених законами України (ч. 2 ст. 88 КК). Але й у цьому випадку закон передбачає можливість дострокового припинення такої відповідальності на підставі дострокового зняття судимості (ст. 91 КК). Якщо ж у майбутньому закон відмовиться від інституту судимості (що часто пропонується), то реальна кримінальна відповідальність матиме закінчення в останній день відбування засудженням покарання.

Отже, викладене дає підстави зробити такі висновки. Сутністю кримінальної відповідальності як категорії публічного права є обмеження прав і свобод злочинця. Така відповідальність існує в трьох аспектах: законодавчому, судовому та виконавчому. Зміст кримінальної відповідальності становить взаємодія трьох її складових елементів – суб'єктів, об'єктів та діяння. Правовою формою законодавчо визначеної кримінальної відповідальності є санкція кримінально-правової норми, передбаченої КК; індивідуально визначеної судом – обвинувальний вирок суду і реально здійснюваної – діяльність органів виконавчої влади, спеціально уповноважених на виконання обвинувального вироку суду. Таким чином, кримінальна відповідальність – це передбачені КК вид та міра обмеження прав і свобод злочинця, що індивідуалізується судом та здійснюється спеціальними органами держави.

¹ Див.: Степанюк А. Х. Актуальні проблеми виконання покарань (сутність та принципи кримінально-виконавчої діяльності: теоретико-правове дослідження) // Автореф., дис. ... д-ра юрид. наук. – Х., 2002. – С. 16.

² Див.: Баулін Ю. В. Поняття кримінальної відповідальності та його значення для практики застосування нового Кримінального кодексу України // Новий Кримінальний кодекс України: питання застосування і вивчення. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції «Питання застосування нового Кримінального кодексу України». 25-26 жовтня 2001 р. – Київ-Харків, 2002. – С. 41.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ЗАХОДИ ПРОТИДІЇ НАРКОКОРУПЦІЇ

Кримінально-правові заходи протидії наркокорупції // Відповідальність посадових осіб за корупційну діяльність : зб. матеріалів міжнар. наук.-практ. семінару (11–12 травня 2001 р., Харків) / ред. кол.: Сташис В. В. (голов. ред.) та ін. – Х. : Східно-регіон. центр гуманітар.-освіт. ініціатив, 2003. – С. 24–27.

Стрімке зростання злочинності, пов'язаної з незаконним обігом наркотичних засобів, характерне не тільки для України, а й для багатьох країн світу. Про це свідчать глобальні зв'язки міжнародних наркокартелів, які глибоко інтегровані в міжнародні ринки грошей, товарів та послуг. Все це, як відомо, змусило світове співтовариство почати спільно боротися з цим злом.

Наркозлочинність сама по собі вже не може бути неорганізованою. Зростає кількість осіб, засуджених за придбання та зберігання наркотиків, при цьому, однак, частка засуджених торговців наркотиками стрімко падає. Це свідчить про те, що ринок незаконного обігу наркотиків вже організувався у структуровану систему, яка численними корупційними зв'язками пов'язана з посадовими особами. Є багато доказів того, що основу незаконного обігу наркотиків становить наркокорупція.

Глобалізація економічних, інформаційних та інших зв'язків між країнами, географічне положення України, переорієнтація транзиту наркотиків через Росію в Україну тощо повинні змусити державу акцентувати увагу на протидії наркокорупції. Це викликано, зокрема, і тим, що величезні прибутки наркокартелів дозволяють їм використовувати для підкупу посадових осіб усіх рівнів, у тому числі й у сфері правоохоронних органів, абсолютно будь-які суми грошей, які недоступні іншим галузям злочинного бізнесу з причин їх значно нижчої рентабельності порівняно з наркобізнесом.

Звичайно, головними засобами протидії наркокорупції є не кримінально-правові, а інші засоби. Так, ставиться питання про необхідність створення єдиного в державі спеціального органу по протидії незаконному обігу наркотиків. Завданням такого органу є боротьба з наркокорупцією, інформаційна аналітика, моніторинг фінансових питань, стеження за транспортними комунікаціями тощо. Поставлене також питання про обов'язкове щомісячне тестування державних службовців на вживання наркотиків, введення різноманітних державних і громадських служб, які б дозволяли громадянам повідомляти про факти торгівлі, вживання чи розповсюдження наркотиків, корупційні зв'язки посадових осіб з представниками наркобізнесу тощо.

Серед засобів протидії наркокорупції певне місце посідають і кримінально-правові засоби, хоча вони мають обмежене значення. Якщо під наркокорупцією розуміти корисливе використання посадовими особами свого посадового становища для просування на ринку незаконних наркопослуг (в найширшому розумінні цього слова), то можливості кримінального права у протидії цьому зводяться в основному до такого: 1) криміналізація відповідних суспільно небезпечних діянь посадових осіб, у тому числі співучасті у формі організованої групи чи злочинної організації; 2) пеналізація цих

діянь та 3) їх кваліфікація; 4) застосування покарання за вчинення цих діянь; 5) відбування призначеного покарання; 6) кримінально-правове забезпечення діяльності співробітників правоохоронних органів та спеціальних агентів по викриттю посадових осіб, винних у наркокорупції; 7) кримінально-правове регулювання звільнення від кримінальної відповідальності винних посадових осіб, які дали згоду на співробітництво з державними органами в розкритті відповідних злочинів, пов'язаних з незаконним обігом наркотичних засобів.

Серед перелічених кримінально-правових заходів протидії наркокорупції звертає на себе увагу, перш за все, криміналізація відповідних дій у сфері, що розглядається. Так, очевидно, що КК

України 2001 р. передбачає багато нових можливостей щодо притягнення до кримінальної відповідальності посадових осіб, винних у наркокорупції. Це, наприклад, ст. 255 «Створення злочинної організації», ст. 256 «Сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх діяльності». Нові можливості виникають у зв'язку з визначенням організатора як особи, яка організувала приховування злочинної діяльності організованої групи або злочинної організації (ч. 3 ст. 27 КК) тощо.

Важливою є проблема пеналізації корупційних дій посадових осіб у сфері незаконного обігу наркотичних засобів. По-перше, новий КК, як і КК 1960 р., передбачає досить суворі санкції за їх відповідні дії. По-друге, нерідко такі дії підлягають кваліфікації за сукупністю злочинів, що в кінцевому рахунку тягне за собою підвищену кримінальну відповідальність. У зв'язку з цим не можна погодитися з пропозиціями щодо подальшого посилення такої відповідальності. Так, у Росії пропонується передбачити смертну кару за оптову торгівлю наркотиками та їх транзит, за утримання наркопритонів, за втягнення малолітніх у споживання наркотиків. В Україні ставляться питання про встановлення довічного позбавлення волі за такі дії. Подібні пропозиції орієнтовані лише на таку мету покарання, як кара і, мабуть, загальне попередження, але навряд чи встановлення суворих санкцій само по собі достатнє для досягнення зазначених цілей.

Кримінально-правове забезпечення діяльності правоохоронних органів по попередженню та розкриттю корупційних зв'язків посадових осіб з організованим наркобізнесом здійснюється за допомогою норми, яка передбачає нову обставину, що виключає злочинність діяння, а саме – виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 43 КК). Ця норма легалізує можливість вимушеного заподіяння шкоди правоохоронним інтересам особою, яка, відповідно до закону, виконує спеціальне завдання, беручи участь в організованій групі чи злочинній організації.

Ефективним заходом, який би надав можливість контролювати корупційні зв'язки посадових осіб та розкривати їх, було б законодавче закріплення умов правомірності, так званого, виправданого потурання злочину, що вчиняється. До цього близько примикає і, так зване, контрольоване вчинення злочину. Легалізація таких дій дозволить, з одного боку, відокремити їх від провокації вчинення злочину, а з іншого – надасть відповідним органам та посадовим особам правові підстави для викриття злочинів, у тому числі пов'язаних з наркокорупцією.

Нарешті, в КК необхідно передбачити гарантії для тих осіб, які виявили бажання співпрацювати з державними органами у справі викриття осіб, що вчинили або вчиняють злочини, в тому числі пов'язані з наркокорупцією. По суті, йдеться про так званий компроміс у кримінальному праві. З боку держави зазначена гарантія могла б бути закріплена як обов'язкове звільнення від кримінальної відповідальності або обов'язкове пом'якшення покарання, перехід до більш м'якого покарання, ніж передбачене законом тощо. Відповідні гарантії могли б бути передбачені і в КПК та інших нормативно-правових актах.

МЕТОДОЛОГІЧНЕ ЗНАЧЕННЯ ПОДІЛУ ПРАВА НА ПРИВАТНЕ І ПУБЛІЧНЕ ДЛЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ

Методологічне значення поділу права на приватне і публічне для кримінально-правових досліджень // Методологічні проблеми правової науки : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (13–14 грудня 2002 р., Харків). – Х. : Право, 2003. – С. 285–287.

Традиційним є поділ системи права на окремі галузі права залежно від предмета та методу правового регулювання. Між тим заслуговує на увагу інший підхід, відповідно до якого система права поділяється на дві частини (сфери, супергалузі) – приватне і публічне право залежно від методу правового регулювання – диспозитивного чи імперативного. Ці дві сфери права мають різні режими та правові засоби правового регулювання. Наприклад: якщо приватному праву притаманна координація поведінки суб'єктів, то публічному – субординація; у першому випадку – багаточентровість регулювання, у другому – наявність єдиного центру – держави; якщо джерелом приватного права здебільшого є договір, то джерелом публічного – закон; у приватному праві поведінка сторін підкоряється принципу «дозволено все, що не заборонено законом», у публічному, навпаки, – «дозволено тільки те, що передбачено законом» тощо. На жаль, наведені та інші кардинальні відмінності між приватним та публічним правом залишаються майже не поміченими представниками не тільки публічного права, але й загальної теорії права. А втім наведена різниця має принципове методологічне значення для всіх правничих наук, у тому числі й для науки кримінального права,

З цього випливає, наприклад, необхідність розрізняти кримінальне право як галузь публічного права та КК України як нормативно-правовий акт, який містить норми різних галузей права. Такий висновок зумовлений і тим, що приватна та публічна сфери права на другому етапі свого поділу залежно від предмета регулювання поділяються на певні галузі права. І якщо сфера приватного права охоплюється цивільним правом, то до галузей публічного права правильно відносять конституційне, адміністративне, фінансове, кримінальне і судове, а також міжнародне публічне право, що має суттєві особливості. Норми зазначених галузей права своєї зовнішньої форми набувають у відповідних нормативно-правових актах, зокрема, норми кримінального права – у КК України. Разом з тим зовнішня форма є відносно самостійною щодо змісту (норм права) і підпорядковується своїм закономірностям. Це призводить до того, що практично всі більш-менш значущі закони, у тому числі й кодифіковані акти, містять норми галузей як публічного, так і приватного права, тобто такі акти є змішаними, комплексними. Не є винятком із нього і КК України. Він містить не тільки норми кримінального права, що визначають злочинність діяння та його караність, але й норми інших галузей права. Наприклад, норми стосовно необхідності оборони та крайньої необхідності є нормами приватного права. Так само не є кримінально-правовими норми, що регламентують застосування примусових заходів медичного та виховного характеру. Таким чином, правова природа зазначених і будь-яких інших явищ визначається не місцем їх регулювання у тому чи іншому нормативно-правовому акті, а належністю до сфери приватно-

го чи публічного права. Це пояснюється тим, що Кримінальний кодекс, як і Цивільний, є комплексними нормативно-правовими актами, у той час як галузі права, зокрема кримінальне і цивільне, комплексними не можуть бути за своєю природою.

Кримінальне право як галузь права відносять до охоронюваної підсистеми у національній системі права України. Воно займає певне місце серед галузей як приватного, так і публічного права. Ці галузі містять переважно більшість регулятивних норм. Разом з тим кожна регулятивна галузь як приватного, так і публічного права, має свої охоронювальні норми, які підлягають застосуванню у випадках, наприклад, цивільно-правового делікту чи фінансового правопорушення. Вочевидь, є суттєва різниця між злочином та іншими правопорушеннями, що мають місце в певних сферах приватного та публічного права. У зв'язку з цим заслуговує на увагу позиція щодо необхідності виділення поряд із приватним і публічним правом окремо галузі кримінального права. В такому разі матиме перспективу ідея виділення поряд із злочином і кримінального проступку; перегляду потребуватиме і теорія криміналізації; актуальним, як і раніш, буде дослідження різниці між неправдою кримінальною та цивільною тощо.

Особливість кримінального права як охоронюваної підсистеми права впливає і на характеристику кримінально-правової норми. Якщо такою є правило правомірної поведінки певних суб'єктів права, то, зрозуміло, у кримінальному праві мова може йти лише про правомірну поведінку суду по покладанню кримінальної відповідальності на особу, яка вчинила злочин. Суд підкоряється режиму публічного права, відповідно до якого йому дозволено робити лише те, що передбачено КК, інше – заборонено. Звідси випливає, що кожна кримінально-правова норма складається з двох елементів: гіпотези та диспозиції. Гіпотеза передбачає юридичний факт, що породжує кримінально-правові відносини, а саме: ознаки злочину як підстави кримінальної відповідальності. У свою чергу диспозиція приписує владні повноваження суду по покладанню на винного кримінальної відповідальності чи звільнення від неї або її пом'якшення. Вочевидь, що наявність такої норми, її застосування, відбування призначеного судом покарання здійснює емоційно-психологічний вплив як на законослухняних громадян, так і на тих, хто схильний до вчинення злочину. Однак такий вплив не можна ототожнювати з регулюванням кримінально-правової норми, яке має певне юридичне визначення.

Публічно-правова природа кримінального права чинить вплив і на зміст кримінально-правових відносин. Мабуть, слід повернутися до колись відхиленої концепції про кримінально-правові відносини як владні відносини. Такий підхід відповідає правовому режиму, який притаманний публічному праву. Відомо, що в публічно-правових відносинах відсутня рівність сторін, тут є відносини влади та підкорення тощо, тобто те, що властиве кримінально-правовим відносинам. При цьому слід розрізняти кримінальні матеріально-правові та процесуальні відносини, у межах останніх реалізується право обвинуваченого на захист. З іншого боку, якщо особа визнається винною у вчиненні злочину обвинувальним вирок суду, що набрав законної сили, і засуджений після цього зазнає встановлених судом обмежень своїх прав і свобод, то чи не є кримінально-виконавчі правовідносини матеріальним вираженням правовідносин кримінальної відповідальності? Якщо визнати, що реальна кримінальна відповідальність проявляє себе у відбуванні засудженим покарання, то, вочевидь, що таке відбування здійснюється в рамках відповідних правовідносин. Адже не випадково раніше кримінально-виконавче право було складовою частиною права кримінального.

Поділ системи права на приватне і публічне є об'єктивним, принциповим та фундаментальним. Тому недостатньо лише формально визнати такий поділ, а у своїх дослідженнях залишатися на колишніх позиціях. Завдання галузевих наук, зокрема кримінально-правової, полягає в тому, щоб такий поділ провести послідовно через усі інститути галузі права. Це надасть можливості багато в чому по-новому дослідити, здавалося б, відомі проблеми і обґрунтувати висновки, що матимуть значення як для подальшого розвитку правової науки, так і для практики законотворення та застосування права.

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ НОВОГО КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Проблеми застосування нового Кримінального кодексу України // Юрист України. – 2003. – № 1. – С. 27–29.

1 вересня 2003 року виповнився другий рік дії нового Кримінального кодексу України. Практика застосування його показала, що сподівання, які поклалися на новий КК, в цілому виправдалися. Новий КК є більш досконалим за змістом і структурою, в ньому більш послідовно і всебічно захищені основні права та свободи людини і громадянина, цінності суспільства та інтереси держави. Новий КК відповідає нормам Конституції та міжнародним зобов'язанням України. Правоохоронні органи та суди, таким чином, мають можливість ефективно захищати інтереси людини, суспільства та держави від злочинних посягань.

На базі нового КК видано кілька підручників із Загальної та Особливої частини кримінального права, декілька науково-практичних коментарів. Проведено кілька конференцій, семінарів та круглих столів, на яких обговорювалась практика застосування нового КК.

Дворічний досвід застосування КК виявив і деякі проблеми, які потребують свого обговорення та вирішення. На деякі з цих проблем звертається увага в цій статті.

Так, життя підтвердило висновок про те, що ефективність дії нового КК залежить не тільки від його досконалості, але й від своєчасного та комплексного реформування всієї системи нормативно-правових актів як кримінального циклу, так і суміжних галузей законодавства. Мова йде про узгодження нового КК з КПК, КВК та КУпАП України, а також із законодавством, яке значною мірою визначає зміст бланкетних диспозицій статей Особливої частини КК.

Відомо, наприклад, що КК відмовився від адміністративної преюдиції. В той же час кілька складів злочину (наприклад, передбачених ст. 310 та 331 КК) за своїми ознаками співпадають з ознаками, таких адміністративних правопорушень, як незаконні посів або вирощування снотворного маку чи конопель (ст. 106¹ КУпАП), незаконне перетинання державного кордону України (ст. 204¹ КУпАП). В таких випадках питання про розмежування злочину чи адміністративного проступку вирішує правозастосувач. При цьому він повинен керуватися відповідними положеннями КУпАП та КК України. Так, ч. 2 ст. 9 КУпАП передбачає, що адміністративна відповідальність за правопорушення, що передбачені КУпАП, настає, якщо ці правопорушення за своїм характером не тягнуть за собою, відповідно до чинного законодавства, кримінальної відповідальності. В свою чергу, частина 2 ст. 11 КК закріплює положення, що «не є злочином дія або бездіяльність, що хоча формально і містять ознаки будь-якого діяння, передбаченого цим Кодексом, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі». Таким чином, правозастосувач повинен враховувати необхідні об'єктивні та суб'єктивні ознаки скоєного, щоб оцінити, становить чи не становить кримінальну ступінь суспільної

небезпеки вчинене діяння, і на підставі цієї оцінки віднести його до категорії адміністративного правопорушення чи злочину. Вочевидь, що зазначене розмежування повинен був зробити законодавець.

Далі, не можна визнати положення ч. 3 ст. 11¹ КПК, такими, що відповідають ст. 49 КК, яка передбачає звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із давністю. Так, ч. 3 ст. 11¹ КПК передбачає: «Якщо в ході дізнання та досудового слідства протягом строків, зазначених у частині першій статті 49 Кримінального кодексу України, не встановлено особу, яка вчинила злочин, прокурор або слідчий за згодою прокурора направляє кримінальну справу до суду для вирішення питання про її закриття за підставою, передбаченою частиною другою цієї статті, тобто у зв'язку із закінченням строків давності». Це положення статті 11¹ КПК не відповідає вимогам ст. 49 КК, оскільки звільнення від кримінальної відповідальності має виключно індивідуальний характер. Для закриття провадження у справі за підставами, передбаченими ст. 49 КК, необхідно встановити конкретну особу, яка вчинила певний злочин. З урахуванням її кримінальної біографії, встановленні того, чи вчинено злочин одноособово або групою осіб тощо необхідно кваліфікувати вчинений злочин даною особою; на підставі цього обчислити строк давності; встановити, чи не був перерваний цей строк вчиненням нового злочину тощо.

Не врегульовано механізм застосування ст. 9 КК, яка передбачає, що «вирок суду іноземної держави може бути врахований, якщо громадянин України, іноземець або особа без громадянства були засуджені за злочин, вчинений за межами України, та знову вчинили злочин на території України. Відповідно до частини першої цієї статті рецидив злочинів, невідбуте покарання або інші правові наслідки вироку суду іноземної держави враховуються при кваліфікації нового злочину, призначенні покарання, звільненні від кримінальної відповідальності або покарання».

На разі у Верховній Раді України готується до другого читання проект нового КПК України. В ньому потрібно передбачити не тільки процесуальний механізм застосування статті 9 КК, а й реалізацію положень КК про звільнення від кримінальної відповідальності, видачу злочинця, розширити перелік злочинів, щодо яких провадження у кримінальній справі повинно порушуватися не інакше, як за скаргою потерпілого тощо.

Багато статей Особливої частини КК мають бланкетні диспозиції, зміст яких певною мірою визначається регулятивним законодавством. Якщо взяти до уваги, що таке законодавство піддається частій зміні, то доречним було б проведення певного моніторингу цього законодавства. Це дало б можливість органам дізнання та досудового слідства, прокурору та суду застосовувати КК в точній відповідності до змісту відповідних статей КК.

Практика застосування нового КК засвідчила про важливість положень ст. 5 КК щодо зворотної дії у часі кримінального закону. При цьому не всі правозастосувачі зорієнтувалися в тому, що ч. 1 ст. 5 КК значно розширила зворотню дію закону у часі і це викликало багато запитань. Так, якщо згідно ч. 2 ст. 6 КК 1960 року зворотню дію мали закони, що усувають караність діяння або пом'якшують покарання, то відповідно до ч. 1 ст. 5 КК зворотню дію у часі має закон, який скасовує злочинність діяння або пом'якшує кримінальну відповідальність. Вочевидь, при застосуванні ч. 1 ст. 5 КК необхідно звернути увагу на деяку невідповідність між цією статтею і ч. 1 ст. 58 Конституції України, яка передбачає таке: закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони скасовують або пом'якшують відповідальність особи». Конституція України, таким чином, виділяє два види законів, які мають зворотню дію в часі: 1) закони, що пом'якшують відповідальність особи та 2) закони, що скасовують таку відповідальність. В той же час, ч. 1 ст. 5 КК поряд із законом, що пом'якшує кримінальну відповідальність, називає закон, який скасовує злочинність діяння. У зв'язку з цим правильно вказують, що поняття закону, що скасовує злочинність діяння, та такого, що скасовує кримінальну відповідальність, не є тотожними. Вочевидь, що відповідно до закону скасування кримінальної відповідальності

особи може мати місце не тільки у разі скасування злочинності діяння (його декриміналізації), але й у передбачених КК випадках обов'язкового звільнення особи від кримінальної відповідальності за вчинений злочин, тобто без декриміналізації діяння (наприклад, у зв'язку з дійовим каяттям чи примиренням винного з потерпілим, за давністю тощо). Останні закони, таким чином, також мають зворотну дію в часі.

Вочевидь також, що поняття закону, який пом'якшує кримінальну відповідальність, є значно ширшим ніж закону, що пом'якшує покарання. Це впливає з того, що новий КК, ґрунтуючись на Конституції України, велику увагу приділяє кримінальній відповідальності, відмежовуючи її від кримінального покарання.

Так, відповідно до п. 22 ст. 92 Конституції України «виключно законами України визначаються ... діяння, які є злочинами ... та відповідальність за них». Таким чином, Конституція України передбачає, що саме закон визначає відповідальність за злочини. Так само і розділ II Загальної частини КК має назву «Закон про кримінальну відповідальність», яким визнається виключно КК. При застосуванні ст. 5 КК потрібно виходити з того, що КК передбачає, по суті, два види кримінальної відповідальності:

1) кримінальну відповідальність, що встановлена КК в санкції кримінально-правової норми (її можна назвати потенційною кримінальною відповідальністю, оскільки вона звернена до невизначеного кола осіб і загрожує кожному, хто вчинить діяння, яке визнається злочином) і

2) кримінальну відповідальність, що визначена судом і здійснюється щодо винної особи спеціальними органами держави (таку відповідальність можна назвати реальною, оскільки вона звернена до певної особи, визнаної винною у вчиненні злочину і щодо якої спеціальні органи виконавчої влади здійснюють обмеження її прав і свобод на підставі обвинувального вироку суду).

Звідси і закон, що пом'якшує або посилює кримінальну відповідальність, поширюється не тільки на осіб, які вчинили відповідні діяння до набрання чинності такт законом, а й на осіб, які відбувають покарання, і навіть ш тих, хто відбув покарання, але має судимість. У цьому зв'язку важливе значення має п. 11 Розділу II Прикінцевих та перехідних положень, застосування якого викликало труднощі на практиці. Згідно із зазначеним пунктом «правила, встановлені Кримінальним кодексом України 1960 року щодо давності, умовно-дострокового звільнення від відбування покарання, заміни невідбутої частини покарання більш м'яким, погашення і зняття судимості, поширюються на осіб, які вчинили злочини до набрання чинності цим Кодексом (тобто КК 2001 року – Ю.Б.), за винятком випадків, якщо цим Кодексом пом'якшується кримінальна відповідальність зазначених осіб». Згідно з цим пунктом загальне правило полягає в тому, що відносно осіб, які там зазначені, повинні застосовуватися правила, передбачені КК 1960 року. Виключення становлять лише випадки, якщо КК 2001 року пом'якшує кримінальну відповідальність зазначених осіб (наприклад, скорочуються строки давності, пом'якшуються умови чи підстави умовно-дострокового звільнення від відбування покарання, встановлені більш пільгові умови погашення чи зняття судимості тощо).

Нарешті, важливе положення знайшло своє закріплення в ч. 3 ст. 5: «закон про кримінальну відповідальність, який частково пом'якшує відповідальність, а частково її посилює, має зворотну дію в часі лише у тій частині, яка пом'якшує відповідальність». В деяких випадках КК 2001 року посилює кримінальну відповідальність і одночасно її пом'якшив (наприклад, збільшив максимум певного виду покарання в санкції, але зменшив мінімум у порівнянні з КК 1960 року). В таких випадках суд повинен керуватися мінімумом, що встановлений КК 2001 року, і максимумом покарання, передбаченого КК 1960 року.

До речі, положення про зворотну дію у часі кримінального закону поставили багато і процесуальних питань (наприклад, за яким КК – новим чи старим – порушувати кримінальну справу, який порядок перекваліфікації дій на стадії досудового слідства

та в суді тощо). Всі ці питання необхідно врегулювати в майбутньому КПК. Крім того, слід мати на увазі, що проблема зворотної дії кримінального закону в часі має постійне значення. Це обумовлене тим, що в майбутньому будуть розкриватися злочини, вчинені під час чинності КК 1960 року, і це буде ставити питання про те, чи має КК 2001 року зворотну дію в часі. Крім того, вже на сьогодні прийнято 10 законів, якими внесені певні зміни та доповнення до Особливої частини КК України, які також породжують проблеми, пов'язані із застосуванням старого та нового кримінальних законів.

Відомо, що одним із проявів принципу законності у застосуванні КК є чіткість, однозначність та визначеність обвинувачення в злочині, який інкримінується винній особі. Один із шляхів досягнення цієї мети полягає в тому, що КК передбачив окрему відповідальність за незакінчений злочин. Зокрема, ч. 2 та 3 статті 15 КК передбачають поняття закінченого та незакінченого замаху на злочин, що має певне значення, оскільки ч. 1 ст. 68 КК встановлює, що при призначенні покарання за незакінчений злочин суд враховує, зокрема, ступінь здійснення злочинного наміру. Звідси, при кваліфікації замаху на злочин треба вказувати, за якою частиною ст. 15 (ч. 2 або ч. 3) кваліфікується вчинений незакінчений злочин. Так само статті 24 та 25 КК не тільки називають, але й визначають в окремих частинах поняття прямого та непрямого умислу, а також злочинної недбалості та самовпевненості. Тому вже недостатнім є при кваліфікації злочину вказувати лише на форму вини – умисну чи необережну, а необхідно інкримінувати вид умисної або необережної форми вини.

В практиці виникли питання при застосуванні розділу VI Загальної частини КК «Співучасть у злочині». Перш за все, по-новому у відповідності до ст. 26 КК сформульоване поняття співучасті у злочині, якою визнається умисна спільна участь декількох суб'єктів злочину у вчиненні умисного злочину. Практика поставила питання, як кваліфікувати скоєне, якщо в ході досудового слідства з'ясувалося, що один із двох обвинувачених визнаний неосудним, або встановлено, що на час спільного вчинення умисного злочину він не досяг віку, з якого можливо настання кримінальної відповідальності за цей злочин? Вочевидь, що в такому разі скоєне не може розглядатися як співучасть у вчиненому злочині, а є виконанням злочину однією особою з використанням особи, яка не підлягає кримінальній відповідальності за скоєне.

Так само, ч. 1 ст. 28 КК визначає, що злочин визнається вчиненим групою осіб, якщо в ньому брали участь два або більше виконавців без попередньої змови між собою. Разом з тим, ч. 2 ст. 28 КК при визначенні вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб не вказує, що ці особи повинні бути лише співвиконавцями. Серед практичних працівників і науковців погляди на поняття вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб поділилися. Одні вважають, що при оцінці вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою це може бути лише група співвиконавців, інші ж виходять з того, що за змістом закону в такому випадку це може бути і група співвиконавців, і група з розподілом ролей. На наш погляд, саме останній підхід є вірним, оскільки він відповідає ознакам співучасті у злочині, вказаним у статтях 26, 27 КК, за змістом яких спільна участь у злочині передбачає як співвиконавство, так і розподіл ролей.

В практиці застосування нового КК виникли також проблеми, пов'язані з призначенням покарання деяким категоріям засуджених та обчисленням строків погашення судимості.

Так, при засудженні неповнолітнього віком від 14 до 16 років за хуліганство, що передбачене ч. 1 ст. 296 КК, суд часто не має змоги призначити покарання. Це пояснюється тим, що, як правило, такі особи не мають самостійного доходу, власних коштів чи майна і тому до них не можливо застосовувати штраф від 500 до 1000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Крім того, до таких осіб не можуть також бути застосовані такі види покарань, як арешт та обмеження волі в силу прямої заборони, передбаченої в ч. 3 ст. 60 та ч. 3 ст. 61 КК України. Цей недолік в законодавчому регулюванні пока-

рання виник внаслідок недостатнього врахування кримінологічних даних щодо осіб, які скоюють хуліганство. Вочевидь, що лише законодавець в змозі усунути зазначений недолік.

При обчисленні строків погашення судимості в практиці застосування КК виникло питання щодо обчислення зазначених строків відносно осіб, які до дня погашення судимості вчинили новий злочин, за який були звільнені від кримінальної відповідальності. Проблема полягає в тому, що відповідно до частини 5 статті 90 КК «якщо особа, що відбула покарання, до закінчення строку погашення судимості знову вчинить злочин, перебіг строку погашення судимості переривається і обчислюється заново. У цих випадках строки погашення судимості обчислюються окремо після фактичного відбуття покарання (основного та додаткового) за останній злочин» (курсив мій – Ю.Б.). А як же бути у випадках, коли особа не відбувала покарання за новий злочин: з якого моменту треба обчислювати строк погашення судимості в такому разі?

Українськими криміналістами було запропоновано два шляхи розв'язання цієї проблеми. Перший з них полягає у тому, що ч. 5 ст. 90 КК пропонується тлумачити буквально і на цьому підґрунті формулюється такий висновок: оскільки закон пов'язує переривання і обчислення строку судимості заново лише з випадками відбуття покарання за новий злочин, то в ситуаціях, коли особа під час строку судимості вчинила новин злочин, за який вона не відбувала покарання, строк судимості не переривається. Відповідно ж до другого підходу ч. 5 ст. 90 навпаки пропонується тлумачити розширювально. Вважається, що в цій частині передбачений лише окремий (хоч і найбільш поширений, закономірний) випадок, коли за вчинений злочин особа засуджується і відбуває покарання. Менш типові ситуації (звільнення від кримінальної відповідальності, від покарання чи його відбування) законодавець не передбачив, однак у таких випадках строк судимості за попередній злочин має заново обчислюватися з дня набуття законної сили правозастосовчим актом, винесеним судом по даній справі – постановою (ухвалою) про звільнення від кримінальної відповідальності чи обвинувальним вироком, за яким особа звільняється від покарання чи його відбування.

Уявляється, що і та, й інша позиція мають право на існування за умови їх належної аргументації. Однак дана проблема потребує свого розв'язання не шляхом того чи іншого тлумачення чинного закону, а шляхом внесення до нього змін. На мій погляд, законодавець не зовсім виправдано пов'язав у ч. 5 ст. 90 КК відновлення перебігу строку судимості з відбуттям особою покарання за новий злочин. Адже одним із принципових положень нового КК є те, що інститут судимості в ньому пов'язаний не з відбуттям покарання за злочин, а із самим злочином, точніше – з його категоризацією. Тому, очевидно, було б правильним передбачити, що перерваний строк судимості за перший злочин починає спливати заново з дня вчинення нового злочину, який цей строк перервав. Саме такий підхід закладений законодавцем у ч. 3 ст. 49 КК щодо переривання строку давності – нове його обчислення починається не з дня відбуття покарання за злочин, який перервав цей строк, а з дня вчинення цього злочину.

ОРГАНИЗОВАННЫЙ НАРКОБИЗНЕС В УКРАИНЕ: ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА И ПРОТИВОДЕЙСТВУЮЩИЕ СТРАТЕГИИ

Организованный наркобизнес в Украине: общая характеристика и противодействующие стратегии // Организованная преступность, терроризм и коррупция: Исследования, обзоры, законодательство, статистика, информация. Вып. 4 : Криминолог. ежекварт. альм. – М. : Юристъ, 2003. – № 4. – С. 31–43.

This article examines several aspects of the international narco-business industry. The author defines three conceptions of the «drug shadow market» and lays out their characteristics. The author enumerates several reasons for the low level of success in combating illicit drug trafficking and identifies basic strategies organized narco-business employs to thwart law enforcement efforts

Известно, что наркотизм проник во все уголки земли. Этому способствовала, в первую очередь, разветвленная сеть организованного наркобизнеса. Проблема противодействия, вытеснения и в конечном счете ликвидации такого бизнеса приобрела всемирный характер. Это предполагает достижение согласия в том, что представляет собой организованный наркобизнес, и выработку согласованных противодействующих ему стратегий.

Известно, что потребность в наркотиках существует, но государство, по крайней мере, до сих пор, не соглашается на легализацию их продажи. Это, тем не менее, общественная потребность, которая законным путем не может быть удовлетворена, и в итоге возникает производственная деятельность преступного характера¹.

Наркобизнес – общественно опасная противоправная предпринимательская деятельность, осуществляемая в организованных формах и направленная на извлечение максимальной прибыли в сфере незаконного производства, транспортировки (в том числе контрабанды) и сбыта наркотиков, затрагивающая экономические, политические и социальные устои государства и общества².

На Всемирной конференции по организованной транснациональной преступности, проводившейся на уровне министров (Неаполь, 21–23 ноября 1994 г.), экономико-правовое содержание незаконного оборота наркотиков было определено как индустрия наркобизнеса. На IX Конгрессе ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями (1995 г.) еще раз была подтверждена необходимость применения этого определения в системе международного права.

¹ См.: Организованная преступность и переход к рыночным отношениям // Советское государство и право. – 1992. – № 2. – С. 87.

² См.: Ивасенко В. Б. Незаконный оборот наркотиков и криминальный рынок // Проблемы борьбы с криминальным рынком, экономической и организованной преступностью. Материалы конференции. М.: Российская криминологическая ассоциация, 1999. С. 30.

Вновь введенное понятие рассматривается специалистами как обобщенная характеристика экономики и уровня организации деятельности по незаконному распространению наркотиков, отвечающая уровню индустриального производства с отдельными стадиями их изготовления, транспортировки, складирования, торговли и т.п. на оптовом и розничном уровнях. Главным условием и двигателем индустрии наркобизнеса являются прибыли, получаемые от торговли наркотиками.

Международные и национальные эксперты, разработавшие данное определение, отмечают несколько аспектов, характеризующих ядро индустрии наркобизнеса.

1. Производители наркотиков, особенно наркотиков растительного происхождения, и потребители конечного продукта ограничены в возможностях влиять на этот криминальный процесс. Все нити управления находятся в руках организаторов незаконного оборота наркотиков.

2. Становление индустрии наркобизнеса прямо способствовало укреплению транснациональных преступных сообществ.

3. Индустрия наркобизнеса обусловила появление системы отмывания денег и продолжает ее развивать.

4. Появляется все больше признаков, указывающих на усиление связей индустрии наркобизнеса с другими видами незаконной торговли, в первую очередь оружием, и с терроризмом.

5. Полученные от незаконного распространения наркотиков деньги стали главным средством подкупа чиновников в государственном аппарате с целью обеспечения безопасных условий транснациональным преступным организациям в местах их базирования¹.

Существуя в обстановке жесткого правового запрета, наркобизнес, тем не менее, представляет собой экономическое явление, развивающееся хоть и в «тени», но в соответствии с известными экономическими законами. Если абстрагироваться от преступной сути наркобизнеса и оценивать его исключительно как разновидность хозяйственной деятельности, то окажется, что эта отрасль весьма прибыльна и рентабельна².

В связи с этим возникает потребность создания модели наркобизнеса, которая адекватно отражала бы его социально-экономическую сущность и которая позволила бы выработать эффективную комплексную программу воздействия на него.

Один из вариантов такой предложенной модели – рынок в широком смысле этого слова.

Взяв за основу современную теорию изучения рыночных отношений, можно представить три концепции «черного рынка» наркотиков.

1. Концепция товара. Имеется в виду, что потребитель будет благоприятно относиться к товару, поскольку он достаточно хорошего качества и предлагается по умеренной цене. Следовательно, требуются лишь незначительные усилия для достижения желаемых объема продаж и размера прибыли.

Как правило, именно на основе концепции товара строят свою преступную коммерческую деятельность медицинские работники, организующие подпольную торговлю наркотическими средствами и рецептами на них (как сами, так и через посредников). Эта часть наркорынка имеет дело с товаром, качество которого гарантировано государственными организациями-изготовителями, т. е. с лекарственными препаратами (морфином, опионом, промедолом и др.). Стоимость таких препаратов на «черном рынке» в 1990 г. превысила государственные розничные цены на них в 800-1000 раз.

¹ См.: Болотский Б. С., Волеводз А. Г., Воронова Е. В., Качаев Б. Ф. Борьба с отмыванием доходов от индустрии наркобизнеса в странах Содружества. М., 2001. С. 11 – 12.

² См.: Прохоров А. А., Прохорова М. А. Незаконный оборот наркотиков в структуре организованной преступности: состояние, тенденции, перспективы// Право и политика. – 2001. – № 6. – С. 83.

2. Концепция маркетинга – относительно новое направление в деятельности наркомафии, основывающееся на определении потребностей и на реальных потребительских оценках ассортимента и качества товара, и признающее необходимость приспособления производства и сбыта к выявленным потребностям и оценкам, причем лучше и эффективнее, чем это делают конкуренты. Это предполагает глубокое изучение существующих рыночных механизмов для последующего воздействия на них с целью максимизации объема продаж наркотиков на целевом «черном рынке».

3. Концепция сбыта. Её могут придерживаться нелегальные производители наркотиков в стремлении максимально эффективно организовать деятельность по сбыту своих товаров на «черном рынке». Предполагается, что потребители будут покупать предлагаемые наркотики в достаточном количестве только в том случае, если их производителями будут приложены определенные усилия для продвижения своего товара на «черный рынок» и увеличения объема его продажи.

На практике реализация этой концепции связана в известной степени с навязыванием покупки: продавец стремится во что бы ни стало заключить сделку, а удовлетворение потребностей покупателя для него второстепенно. В условиях нормального рынка такая практика может привести производителя к самодискредитации и последующему разорению. Эффективность же концепции сбыта в течение длительного времени на наркотическом «черном рынке» объясняется несколькими обстоятельствами: а) многие покупатели считают, что они в состоянии защитить свои интересы; б) покупатели, не удовлетворенные покупкой, вскоре забывают о своем чувстве неудовлетворенности (морально-нравственные нормы «черного рынка» позволяют относительно безнаказанно обманывать, обвешивать покупателя, фальсифицировать товар и т.п.); в) потребители наркотиков редко делятся своими впечатлениями друг с другом; г) потребители практически лишены возможности без ущерба для себя обратиться за защитой своих интересов (в случае немедицинского потребления наркотиков) в государственные органы и общественные организации.

Для научной разработки стратегии борьбы с наркобизнесом предлагается создать государственную программу воздействия на «черный рынок» наркотиков, имеющую конечной целью его полную ликвидацию. Программу рекомендуют строить на концепции противодействующего маркетинга, поскольку иррациональность спроса на наркотики немедицинских потребителей с точки зрения благополучия государства и общества не вызывает сомнений. Задача ликвидации или снижения такого спроса составляет фундамент противодействующего маркетинга, представляющего наркотики как вредный и социально нежелательный товар.

Таким образом, стремление государства полностью контролировать наркорынок и влиять на него фактически можно свести к решению маркетинговых задач, возникающих в условиях обычного рынка в случаях чрезмерного или иррационального спроса. В первом случае задачей маркетинга является снижение спроса на наркотики путем проведения демаркетинговых мероприятий, во втором – ликвидация спроса на них путем «противодействующего» маркетинга¹.

Исследования различными авторами организованных форм наркобизнеса показывают, что они (формы) характеризуются примерно одинаковым набором признаком (черт). Так, В. И. Брылев и Л. А. Андреева выделяют, например, такие признаки:

1. Латентность наркобизнеса. В ходе анализа дел, оперативного учета материалов уголовных дел, результатов изучения данной проблемы было определено, что наркобизнес имеет высокий уровень латентности, особенно в отношении хорошо замаскированных лидеров преступных сообществ и основных каналов сбыта.

¹ См.: Горкин А.Б. Борьба с наркобизнесом: социально-экономические и юридические аспекты // Советское государство и право. – 1991. – № 1. – С. 48.

2. Сочетание отдельных видов общеуголовных и экономических преступлений на различных уровнях. Анализ практики органов внутренних дел показал, что в наркобизнесе наиболее крупные организованные преступные структуры возникают и стабильно функционируют именно на стыке указанных направлений организованной преступной деятельности.

Таким образом, преступная деятельность, связанная с незаконным оборотом наркотиков, представляет собой, как правило, не набор отдельных преступлений, а единую систему организованных преступлений¹.

3. Преступный наркобизнес включает в себя цепь преступных действий: изготовление, хранение, перевозку (пересылку), сбыт наркотических средств, иногда содержание притонов.

Статистическая структура наркобизнеса по Украине за 1995-2000 г. такова: всего за указанный период было выявлено и раскрыто правоохранительными органами 10 5105 наркопреступлений, из них 46 246 (или 44 %) были связаны со сбытом наркотиков или психотропов. Из этого числа на долю незаконного производства, изготовления, приобретения, хранения, перевозки наркотических средств и психотропных веществ, совершенных с целью их продажи, приходится 80 % наркобизнесовых преступлений, культивирование снотворного мака и конопли – 13 %, хищение указанных средств и веществ – 4 %, контрабанды наркотиков и психотропов, а также незаконных операций, связанных с их сбытом, – 3 %.

Обобщение сведений, содержащихся в статистических карточках на лицо, совершившее наркопреступление, показывает, что в состав 15 536 украинских наркодельцов, привлеченных к уголовной ответственности в 1995-2000 г. за участие в наркобизнесе, в основном (73,5 %) входят розничные торговцы наркотиками или психотропами, которые впервые стали заниматься этим преступным ремеслом. Среди них 62,5 % мужчины и 37,5 % женщин, почти все они (96,2 %) граждане Украины².

4. Связь наркобизнеса с профессиональной преступностью. По официальным статистическим данным, в общем массиве преступлений, совершаемых организованными группами, преступные деяния, связанные с наркотиками, составляют в России всего около 3 %. В то же время до 50 % преступлений связано со сбытом наркотиков. Однако анализ оперативной информации свидетельствует, что эти данные не отражают реальной картины и фактически «удельный вес» групповых преступлений в сфере незаконного оборота составляет около 80 %.

Исследователи, например, отмечают, что в настоящее время в России идет процесс формирования наркомафии – многопрофильной структуры, включающей в себя организацию производства, переработки, транспортировки и распространения наркотических средств в общенациональных масштабах. Наркомафия состоит из трех частей, представляющих классическую мафиозную пирамиду: розничные торговцы (только в Москве их несколько тысяч); оптовики, перевозчики (с группами охраны товара в пути) и торговцы на местах; лица, занимающиеся планированием операций с наркотиками и отмыванием полученных денег³.

Исследования, проведенные на Украине, также подтверждают, что основными негативными чертами современной наркопреступности являются все более усиливающийся профессионализм и организованность, консолидация криминальной среды

¹ См.: *Брылев В. И.* Некоторые проблемы раскрытия, расследования и предупреждения преступлений в сфере наркобизнеса. Цит. по: *Андреева Л. А.* Уголовно-правовое противодействие незаконному обороту наркотических средств и психотропных веществ. СПб., 1998. С. 10.

² См.: *Хрупа Н. С.* Наркобизнес, отмывание доходов, в том числе международного масштаба, деятельность правоохранительных органов по борьбе с этими проявлениями: направления, результативность, предложения // Правові проблеми зі злочинністю. Книга перша. Харків, 2002. С. 55 – 56.

³ См.: *Тарасов К. С.* «Божий дар», ставший проклятием. История наркотиков и наркобизнеса в Латинской Америке. М., 2000. С. 39.

в сфері нелегального наркооборота с виділенням в нем исполнительських, посередницьких, керівних (елітарних) звеньев, розділення сфер і зон впливу між окремими преступними спільнотами, що визначає існування і інтенсивне розвиток на Україні виробничого і торговельного наркобізнесу.

В результаті останній все більш отримує такі риси: умислене об'єднання преступних елементів, займаються виробництвом і торгівлею наркотиками, в групі; систематичність такої преступної діяльності, яка для багатьох сільських і міських наркодельців стає основним або додатковим джерелом існування; конспіративність; підкореність авторитетам кримінальної середовища; створення власної клієнтурі для реалізації виготовлюваних наркотиків і психотропів; преступна спеціалізація по деяким напрямкам наркобізнесу; прагнення до озброєності, технічної захищеності від протидіюючої правоохоронної системи¹.

5. Високий рівень організованості кримінальних формувань. Преступні організації, займаються наркобізнесом, характеризуються всіма типовими рисами, що відрізняють сучасну організовану преступність: 1) чітка ієрархія; 2) наявність керівного ядра; 3) ролює поширення функцій членів організації; 4) жорстка дисципліна і суворе конспірація; 5) зв'язи з корумпованими чиновниками різних служб правоохоронних органів і державного апарату; 6) наявність комерційних каналів легалізації преступних доходів, прикриття преступної діяльності; 7) транснаціональність. Наркобізнес функціонує в різних регіонах і державах, набуваючи з кожним роком все більш і більш транснаціональний характер, що серйозно посилює його преступні позиції, підвищує ступінь суспільної небезпеки.

Сотрудники спецподрозділу Головного управління Служби безпеки України в Криму провели операцію по затриманню наркодельців. Більше всього клопот доставляє «середньоазійський слід» поставки наркотиків на півострів і далі, в країни Західної Європи. 1,2 кг героїну вилучили у четверих членів міжнародної преступної групи, доставляючих смертельну зельє з Узбекистану. Така ж участь брала група, поширюючу в Криму наркотики із Таджикистану².

Представитель Мелопольського управління поліції (Краков) по зв'язках з громадственстю Дариуш Новак повідомив, що в період декількох місяців співробітники ПСБ в тісному контакті з поліцією і прикордонниками Словаччини вивчали діяльність міжнародної преступної групування, займаються контрабандою наркотиків в «промислових» масштабах. Її взяли під нагляд після затримання словацькими службами в січні 2002 г. четверих польських громадян, які везли 42 кг гашишу з Венгрії в Словаччину (країною призначення була Польща). Вскрито було встановлено, що «поле діяльності» преступної групування набагато ширше. По попереднім даним МВД України, один із злоумисленників був громадянином України. За останній час це одна із найбільших із затриманих партій наркотиків, перетнувши українську кордон (84 кг героїну)³.

Сотрудниками відділу по боротьбі з корупцією і організованою преступністю Управління Служби безпеки України в Харківській області була отримана інформація про існування міжнародної преступної групи, в яку входили громадяни Узбекистану і Росії. Преступники організували незаконні поставки в Україну великої кількості героїну. Спочатку наркокурьери великим оптом до-

¹ См.: Хруна Н. С. Указ.соч. С. 55-56.

² См.: В Криму в якості «складів» для героїну наркодельці використовували дупла кипариса // Факти і коментарії. – 2001. – № 60.

³ См.: На українсько-польській кордоні затримана найбільша за останні роки партія героїну – 84 кілограмів вартістю шість мільйонів доларів // Факти і коментарії. – 2002. – № 66.

ставляли зелье из Таджикистана в Ангарск Иркутской области, а уже оттуда в Белгород, чтобы в дальнейшем мелкими партиями сбывать в Харькове.

Сотрудники отдела по борьбе с коррупцией и организованной преступностью Управления СБУ с помощью коллег из белгородского управления ФСБ России провели оперативную комбинацию, в результате которой наркокурьер, гражданка России Любовь Адушинова, была задержана в Белгороде, в гостинице «Южная». При ней обнаружили почти 300 граммов героина, а также более 3 тыс. долларов и 15 тыс. российских рублей. А вскоре в камере предварительного заключения оказался и один из организаторов преступной группы, гражданин Узбекистана Михаил Грабар, который, находясь продолжительное время в Харькове, занимался организацией сбыта тяжелых наркотиков в Украине.

Решением Федерального суда Западного округа Белгорода Любовь Адушинова и Михаил Грабар признаны виновными в незаконном сбыте наркотиков и приговорены соответственно к восьми и семи годам лишения свободы¹.

Большинство крупных организаций, занимающихся наркобизнесом, имеют международную основу: производитель наркотиков находится в одной стране, криминальная сеть организована в другой, распространители действуют в третьей, отмывание преступных доходов осуществляется еще в какой-то отдельной стране. Поэтому задержание и арест правонарушителей, занимающихся незаконным распространением наркотиков только в одной стране, не могут решить проблему в целом.

6. Отмывание незаконных доходов. Наличие этой важнейшей подсистемы, направленной на легализацию (отмывание) огромных доходов, полученных незаконным путем, характерно для всей преступной деятельности криминального сообщества в сфере наркобизнеса и составляет один из важнейших ее этапов.

Наиболее опасный вид – «криминальные инвесторы» – лица, вкладывающие деньги в преступный бизнес с целью получения прибыли. Как правило, это бывшие грабители и гангстеры, отошедшие от дел, возможно даже отбывшие уголовное наказание и мечтающие вложить деньги, полученные преступным путем, в прибыльный бизнес. Таким образом, в наркобизнесе порой «отмываются» доходы, полученные в результате иной преступной деятельности². Следует отметить, что сущность наркобизнеса как раз и заключается в обращении капитала, приобретенного преступными объединениями в результате незаконного оборота наркотиков, в легальные и нелегальные сферы общественной жизни.

7. Политизация наркобизнеса, проявляющаяся в стремлении проникнуть в государственную структуру в целях лоббирования своих интересов³.

В последние годы четко проявилось стремление лидеров организованной преступности, накопивших огромный капитал, вторгнуться в политику, лоббируя свои интересы во властных структурах всех уровней, подкупая соответствующих представителей власти, должностных лиц, влияя на ход выборов депутатов, губернаторов, мэров и других представителей власти, пытаясь продвинуть своих кандидатов либо непосредственно войти в политические структуры.

Другой путь проникновения «во власть» складывается под влиянием уголовного террора, заказных убийств, когда преступному воздействию подвергаются представители исполнительной власти, несговорчивые предприниматели, руководители крупных предприятий, банкиры и т.п. Криминальному террору подвергаются и правоохранительные органы, в том числе судебные. Распространены факты запугивания и подкупа потерпевших и свидетелей с целью склонить их к отказу от участия в уголовном процессе или даче ложных показаний и т.п.⁴

¹ См.: Белгородское «гнездо» харьковских наркоторговцев ликвидировано // *Время*. – 2001. – № 79.

² См.: *Ведерникова О. Н.* Теория и практика борьбы с преступностью в Великобритании. М., 2001. С. 241.

³ См.: *Брылев В. И.* Наркобизнес – структурно-функциональная разновидность организованной преступной деятельности // *Закономерности преступности, стратегия борьбы и закон*. М., 2001. С. 360 – 361.

⁴ См.: *Гриб В.Г.* Противодействие организованной преступности. М., 2001. С. 4.

Исследования показывают, что, несмотря на многие объединяющие признаки организованных форм наркобизнеса, есть все основания выделять несколько типов (форм) наркобизнеса, каждый из которых характеризуется совокупностью определенных, только им присущих признаков. Так, выделяют три типа преступной кооперации в этой сфере¹.

1. Организованная преступная группа – это такая группа, которая включает организатора (организаторов) и нескольких участников, осуществляющих в тесном взаимодействии преступные деяния в сфере незаконного оборота наркотиков.

В Днепропетровске сотрудники СБУ задержали шесть членов преступной группы, которые занимались распространением психотропных препаратов. Злоумышленники распространяли медицинские препараты, в состав которых входили психотропные вещества, через сеть аптечных киосков Днепропетровска, а также на рынках города. Среди задержанных – медработники и бывшие фармацевты. При задержании сотрудники спецподразделения по борьбе с коррупцией и организованной преступностью изъяли у них препараты на сумму свыше 1 тыс. долл., в том числе 50 г эфедрина, 90 г психотропных веществ².

На заседании экономического и социального совета ООН в мае 2001 г. отмечалось, что в Украине обезврежено 1650 групп наркодельцов³.

2. Объединение нескольких организованных преступных групп – это объединение групп одной или различных направленностей с выраженным лидером, четким распределением функций при совершении наркотических и связанных с ними преступлений, а также с четкой иерархией с целью взаимоподдержки, защиты контролируемой территории (направления преступной деятельности в сфере наркооборота) от посягательств со стороны иных преступных образований, с коррумпированными связями, а также с оснащением техникой, автотранспортом, вооружением.

3. Преступная организация (сообщество) – сложное иерархическое образование, включающее непосредственных исполнителей наркотических и связанных с ними преступлений, а также надстроечные структуры с контролирующими, охранительными и идеолого-управленческими функциями.

На основании исследований и анализа оперативной и следственной практики сделан, например, вывод, что в России уже определен «криминологический портрет» – перечень основных черт, свойственных современным организованным преступным сообществам, в том числе в сфере наркотизма. Указывают на следующие отличительные особенности: иерархическая, многофункциональная, многозвенная структура преступного сообщества; в преступном сообществе не совпадают общеорганизационные и исполнительские функции; имеются коррумпированные связи в аппарате власти, управления, правоохранительных органах; существует система безопасности организованных преступных формирований (группы разведки и контрразведки, вооруженной охраны, прикрытие во властных структурах); сформирован организованный, планируемый бюджет преступного сообщества; деятельность масштабна, т. е. носит межрегиональный и даже международный характер, имеет корыстно-насильственную направленность и тесно связана с теневой экономикой; осуществляется криминальный контроль над легальной экономической деятельностью на определенной территории, а также над профессиональной преступной деятельностью нелегального характера (часто это проституция, азартные игры и т.д.); систематически проводится работа по легализации (отмыванию) преступно нажитых средств; стремление к власти, т. е. политизация с целью оказать влияние на экономическую, финансовую, уголовную по-

¹ Автор использовал типы криминальной кооперации, предложенные В.Г. Грибом в кн.: «Противодействие организованной преступности».

² См.: Затримано групу розповсюджувачів психотропних препаратів // Урядовий кур'єр. – 2001. – № 237.

³ См.: Шість тонн наркоти // Киевские ведомости. – 2001. – 14 мая.

литику, уйти от социального контроля и приобрести престиж в среде высокопоставленных лиц государства.

Все это свидетельствует о том, что организованные формы наркобизнеса могут иметь разные уровни организации и структурирования, что должно быть учтено в Уголовном кодексе при описании этих форм и определении дифференциации ответственности участников преступных объединений за совершение ими наркоманийных и других преступлений.

Несмотря на резко обострившуюся криминальную ситуацию, меры борьбы с незаконным оборотом наркотических средств остаются малоэффективными; законодательные и правоохранительные органы не смогли быстро отреагировать на происходящие изменения и своевременно перестроить свою работу, а поэтому нередко допускают серьезные просчеты.

Борьба с наркопреступностью в силу многих причин не лишена противоречий как следствие ужесточения борьбы с наркопреступностью и противодействия этому¹.

Наиболее слабым звеном в деятельности правоохранительных органов является низкая активность разведывательной и контрразведывательной деятельности по выявлению и привлечению к ответственности коррумпированных связей организаторов наркобизнеса в государственных структурах, а также отсутствие надежных и хорошо законспирированных источников оперативной информации среди ближайшего окружения лидеров наркообъединений².

Противодействие наркокартелям, наркосиндикатам и прочим наркоструктурам со стороны государства и международных органов существенно осложнено тем, что эти объединения обладают мощными средствами и ресурсами для производства, продажи и потребления наркотиков: «учеными, летчиками, радиооператорами и парламентскими лоббистами...военизированными подразделениями, организованными подразделениями, огромным арсеналом оружия... подводными лодками и спутниками-шпионами»³.

Некоторые считают, что ужесточение ответственности есть не что иное, как симптом поражения уголовно-правовой репрессии в борьбе с наркоманией и наркобизнесом. Усиление юридической ответственности не принесло ожидаемых результатов. Феномен наркомании представляет собой результат взаимодействия целого комплекса социальных и личностных факторов, поэтому уголовно-правовые средства по своей природе не способны сколько-нибудь эффективно воздействовать на него. Что же касается торговли наркотиками, то ужесточение борьбы с ней, помимо нескольких громких и эффективных дел, не повлекло улучшения статистики, в соответствии с которой удельный вес данных правонарушений достигает 90 процентов⁴.

Имеется много причин считать, почему война с наркобизнесом не удалась. Одной из наиболее важных из них была неспособность правоохранительных органов и военных уменьшить, прервать или разрушить сети транспортировки наркотиков в США и Западную Европу. Вероятно, эта неспособность объясняется непониманием в полной мере особенностей структуры таких сетей и их возможностей по противостоянию или преодолению ограничительных мер правоохранительных органов и военных.

Доминирующими, особенно в случае транспортировки и распространения кокаина, были крупные иерархические, вертикально интегрированные организации, включающие картели и контролирующие наркорынок. Правительственная стратегия была

¹ См.: Галузин А. Эффективна ли ст. 228 УК в борьбе с организованной наркопреступностью? // Законность. – 2001. – № 7. – С. 31.

² См.: Брылев В. И. Некоторые вопросы противодействия наркобизнесу на современном этапе // Власть : криминологические и правовые проблемы. Российская криминологическая ассоциация. М., 2000. С. 137.

³ Прохоров А. А., Прохорова М. А. Незаконный оборот наркотиков в структуре организованной преступности : состояние, тенденции, перспективы // Право и политика. – 2001. – № 6. – С. 83.

⁴ См.: Х. А. де ла Куэста Арцаменди. Уголовно-политические аспекты борьбы с наркобизнесом в странах Западной Европы // Вопросы уголовной политики. Красноярск, 1991. С.112.

нацелена на лидеров этих организаций, так называемых главарей. Хотя руководящая верхушка картелей Медельин и Кали была обезглавлена, это лишь незначительно повлияло на приток наркотиков в США. Критики усилий, направленных на сокращение поставок наркотиков, заявляют, что такой результат не является неожиданным. По их мнению, вмешательство в поставки наркотиков, косвенное или прямое, ведет лишь к повышению цен на них, что в свою очередь делает наркорынок более привлекательным и поощряет новые поставки.

Отмечают, что факт опоры на сетевые структуры игнорируется иногда многими обозревателями, занимающимися криминальными организациями. В правоохранительных кругах и среди академических аналитиков существует тенденция рассматривать централизованные иерархии в качестве синонимов организованной преступности и считать сетевые структуры неорганизованной преступностью. Вместе с тем очевидно, что сетевая структура является чрезвычайно сложной организованной формой.

Считают, что общество находится на четвертой стадии развития, когда сетевые структуры становятся доминирующей организованной формой, которая имеет значительные преимущества перед более традиционными бюрократическими иерархиями¹.

Нет особенных доказательств и того, что милитаризация приведет к укреплению контроля над незаконным оборотом наркотиков, в то же время она может оказать разрушительное воздействие².

Деятельность армии по установлению контроля показывает принципиальную особенность борьбы с наркобизнесом: усиление действий не однозначно повышению их эффективности³.

К основным факторам, которые оказывают воздействие на распространение наркомафии в Украине, относится наличие значительной сырьевой базы для изготовления наркотиков, в частности конопли и мака, выращивание которых не только насыщает внутренний рынок наркотиками и сырьем для их изготовления, но и привлекает наркокурьеров из других регионов, что стимулирует контрабанду. Поэтому каждый год из незаконного оборота изымается около 20 т опийной маковой соломки и марихуаны.

Недостаточной является и работа правоохранительных органов по противодействию наркобизнесу, перекрытию каналов поступления наркотиков на рынок Украины и транзита их через ее территорию. Слабы и оперативные позиции среди наркобизнесовых группировок, поэтому не выявлено ни одной преступной организации с разветвленной системой производства, поставки, сбыта наркотиков и «отмывания грязных» наркоденег.

Недостаточная работа ведется и в Закарпатской, Ривненской областях и г.Севастополе. В минувшем году в этих регионах было ликвидировано лишь соответственно 7, 8 и 2 таких преступных формирования. В Одесской, Полтавской, Харьковской, Черкасской областях и еще 11 регионах в 2001 г. не выявлено ни одной группы наркодельцов с признаками организованности, хотя везде наблюдается их преступная консолидация и налаженная сеть индустрии наркобизнеса⁴.

Можно отметить ряд причин неэффективности реагирования правоохранительных органов на оборот наркотиков и борьбы с ним.

1. Недооценивается значимость выявления и привлечения к уголовной ответственности сбытчиков наркотиков, а также лиц, совершающих склонение к потреблению

¹ См.: Характеристика многофункциональных сетей наркоторговли // Уголовное право. – 2000. – № 2. – С. 112.

² См.: Проблемы милитаризации борьбы с наркобизнесом в странах Латинской Америки // Борьба с преступностью за рубежом. – 1999. – № 4. – С. 3.

³ См.: Там же. С. 7.

⁴ Рішення Координаційного комітету від 24 січня 2002 року № 1/2002 – рк «Про стан протидії незаконному обігу наркотиків, психотропних речовин і прекурсорів та зловживання ними, ефективності заходів, спрямованих на запобігання негативного впливу наркоманії на молодь протягом 2000 – 2001 років».

наркотиков. Латентность преступлений, связанных со склонением к потреблению наркотиков, очень значительна. В 2000 г. в России зарегистрировано 648 таких преступлений, а к уголовной ответственности за этот период привлечены всего 61 человек. Вместе с тем проводимые исследования свидетельствуют, что каждый наркоман, занимающийся сбытом наркотиков, в среднем в течение года вовлекает в потребление наркотиков 5-6 лиц.

2. Отсутствует система мер профилактики наркомании, лечения и социальной адаптации наркоманов.

3. В деятельности правоохранительных органов не принимается во внимание влияние наркотической зависимости на совершение этими лицами других, в том числе корыстных, преступлений, отсутствует система мер по профилактике таких преступлений. Так, существует достаточно широкая практика назначения судами наказания, не связанного с лишением свободы, в отношении лиц, впервые совершивших преступления, связанные с незаконным оборотом наркотиков без цели их сбыта. С этими лицами после вынесения приговора не проводится профилактическая работа, и в результате в дальнейшем они повторно совершают преступления¹.

Отсутствие объективной возможности уничтожить наркобизнес или по крайней мере значительно ослабить его позиции, непосредственно воздействуя на эту отрасль теневой экономики, заставляет искать различные пути выхода из сложившейся ситуации².

Одни ученые, особенно некоторые ученые-экономисты, считают, что только легализация наркотиков способна уничтожить наркобизнес. «Запретить рынок – не значит уничтожить его. Запретить рынок – значит отдать запрещенный, но активно развивающийся рынок под полный контроль криминальных корпораций. Мало того, запретить рынок – значит обогатить криминальный мир сотнями миллиардов долларов, открыть криминальным силам широкий доступ к общественным благам, которые будут перекачиваться наркоманом-потребителем в карманы поставщиков-мафиози. И, наконец, самое главное, запретить рынок – значит дать криминальным корпорациям возможности и ресурсы для целенаправленного, программного, политического влияния на те или иные общества и государства»³.

Многие, однако, исходя из того, что главным в обеспечении безопасности от наркотической угрозы является наличие политической воли государств, интеграция всех сил и средств, принимающих участие в этом процессе, улучшение положения в экономической и социальной сферах, а также дальнейшее научное и материально-финансовое обеспечение правоохранительных органов⁴.

Известно, что конечная стратегическая цель борьбы с организованным наркобизнесом – ликвидация этой нелегальной формы бизнеса. Её достижение предполагает постановку и решение ряда других, более частных, но важных целей, достижение которых является средством решения стратегической задачи. Такими целями, в частности выступают: 1) выявление организаторов наркобизнеса; 2) разрушение деятельности всех преступных группировок, связанных с торговлей наркотиками, устранение их лидерства в незаконном обороте наркотиков; 3) подрыв интеграции организаций наркобизнеса, в том числе в международном масштабе; 4) эффективное уголовное преследование и наказание организаторов и участников наркобизнеса; 5) подрыв экономической базы наркобизнеса.

¹ См.: *Королев В. В.* Некоторые тенденции незаконного оборота наркотиков и проблемы реагирования на него в России // Реагирование на преступность : концепция, закон, практика. М., 2002. С. 182–183.

² См.: *Прохоров А. А., Прохорова М. А.* Указ. соч. С. 83.

³ См.: *Прохоров А. А., Прохорова М. А.* Указ. соч. С. 83.

⁴ См.: *Ивасенко В. В.* Незаконный оборот наркотиков и политическая безопасность России // Власть: криминологические и правовые проблемы. Российская криминологическая ситуация. М., 2000. С. 135–136.

Рассмотрим основные составляющие стратегий, призванных противодействовать организованному наркобизнесу.

1. Национальные стратегии противодействия организованному наркобизнесу.

1.1. Противодействие росту наркотизма.

1.1.1. Противодействие спросу на наркотики. Представляется, что, определяя основное направление деятельности, связанной с протоборством этому явлению, необходимо исходить из следующей посылки. Главным инвестором и главным потребителем услуг наркобизнеса является розничный покупатель наркотиков. Именно потребители определяют наличие спроса на товар (в нашем случае – наркотические средства и психотропные вещества), ради удовлетворения которого и функционирует сложная система наркомафии и наркобизнеса. Спрос и предложение, являясь основными элементами рыночного механизма, находятся в сложной диалектической взаимосвязи. В то же время в силу своей противоположности они обладают относительной самостоятельностью. И коль скоро государство и общество не способны оказывать существенного воздействия на предложение (хотя определенными ресурсами для этого они, безусловно, обладают), необходимо основное внимание уделить спросу с целью его снижения, что выбьет почву из-под ног наркодельцов, т. е. разобрать концептуальный подход к формированию и реализации системы профилактики наркотизма¹.

Необходимо подчеркнуть, что борьба с наркоманией – это прежде всего, ограничение сферы распространения наркотиков и среды потребителей. Ведь именно спрос на наркотики порождает их распространение (незаконный оборот)².

Усилия социальных и медицинских служб, а также средств массовой информации должны быть нацелены на снижение нелегального спроса на наркотические средства. Необходима действенная профилактическая работа, организованная на основе комплексного подхода и ориентированная на решение более серьезных задач, нежели простое ангинаркотическое просвещение.

1.1.2. Противодействие предложению наркотиков. Незаконное предложение наркотиков это противоправная деятельность, направленная на совершение незаконных операций с наркотиками; по их культивированию, изготовлению, транспортировке к местам сбыта, торговле и иным формам их незаконного распространения (склонения к потреблению, в том числе через рекламу, притоносодержание). В широком смысле сокращение объема незаконного предложения наркотиков составляет всю деятельность по контролю над наркотиками, кроме той, что связана с сокращением спроса³.

Бесспорно, что магистральным направлением деятельности правоохранительных органов в борьбе с распространением наркомании является изобличение сбытчиков наркотических веществ, выявление источников и каналов их сбыта, в южных республиках – своевременное выявление и уничтожение посевов наркотикосодержащих культур.

Однако сложность борьбы со сбытчиками наркотических веществ состоит в том, что это, как правило, строго законспирированные, обладающие значительными средствами и широкими связями группы лиц, способные на все ради получения крупных нетрудовых доходов от реализации наркотиков⁴.

1.1.3. Борьба со злоупотреблением наркотическими средствами. Особую дискуссию вызывает проблема декриминализации немедицинского потребления, в ходе которой высказываются противоположные мнения. Так, одни считают необходимым криминализировать немедицинское потребление наркотиков, поскольку проводимая ранее декриминализация существенно провоцирует наркопреступность. Другие по-

¹ См.: Прохоров А. А., Прохорова М. А. Указ. соч. С. 83.

² См.: Наркомания и преступность: состояние, проблемы и пути решения в Беларуси. С. 50.

³ См.: Противодействие незаконному обороту наркотических средств и психотропных веществ / Под ред. А. Н. Сергеева. М., 2001. С. 299-300.

⁴ См.: АLEXIN А. Г. О некоторых вопросах усиления борьбы с наркоманией уголовно-правовыми мерами // Вестник МГУ. – Сер. 11. Право. 1998. – № 2. – С. 59.

лагают, что уголовная и административная ответственность за немедицинское потребление наркотиков являлась достаточно эффективным профилактическим средством, сдерживавшим наркотизацию населения, особенно на ранней стадии приобщения к наркотикам.

Интересно отметить, что большинство респондентов отрицательно относятся к декриминализации немедицинского потребления наркотиков и их легализации. Категорически возражали против этих тенденций 80 % всех опрошенных и 90 % допускающих немедицинское потребление наркотиков. Считают, что легализация наркотиков и декриминализация их немедицинского потребления есть проявление демократизации, которое якобы укрепит здоровье нации, 5 и 14 % соответственно.

В тоже время некоторые исходят из того, что необходимо ликвидировать систему тотальных запретов в отношении наркотиков и создать механизм контроля за их потреблением и распространением подобный тем, которые применяются в отношении других вредных для здоровья веществ. При этом особое значение следует придавать предупредительным мерам, разъяснительной работе, пропаганде здорового образа жизни. Важную роль должны играть декриминализация и контролируемое распределение слабых наркотиков, а также веществ, их заменяющих¹.

1.1.4. Предупреждение наркотизма. Предупреждение наркотизма как социально-го явления предполагает осуществление комплекса мероприятий, затрагивающих сферу экономики, политики, права, культуры, образования, медицины и т.д. Основными направлениями предупреждения наркотизма являются: совершенствование порядка регулирования законного оборота наркотических средств; борьба с их незаконным оборотом; профилактика незаконного потребления наркотиков; лечение и социальная реабилитация больных наркоманией и лиц, злоупотребляющих наркотическими средствами. В реализации мероприятий, обеспечивающих указанные направления предупреждения наркотизма, должны быть задействованы на всех уровнях органы законодательной и исполнительной власти, медицинские учреждения, органы образования, средства массовой информации, правоохранительные органы и т.д.

Выявление наркоманов и лиц, злоупотребляющих наркотиками, не стало пока задачей национального масштаба. Её решение возложено на ограниченное число работников специальных служб МВД и Минздрава. Руководители предприятий, учреждений, организаций, учебных заведений, общественных объединений, отдельные граждане в решении этой проблемы не принимают должного участия. В силу такого положения проблема наркомании остается в большей степени периодически обсуждаемой на разных уровнях, в том числе в средствах массовой информации, но ее решение не переведено пока в плоскость практических согласованных решений на всех уровнях государственной и общественной жизни. Как представляется, названная причина является одной из основных, влияющих на развитие процесса наркотизации населения стран СНГ, в первую очередь молодежи. Предупреждение наркомании не может быть делом ограниченного круга специалистов в этой области. Эта работа должна стать делом всего общества².

2. Мониторинг наркоситуации в стране и регионах.

Под мониторингом наркоситуации понимается непрерывное наблюдение, фиксация и оценка основных параметров (формализованных показателей) незаконного оборота и потребления наркотиков с целью выявления их соответствия ожидаемым (прогнозируемым) результатам борьбы с наркопреступностью в определенных пространственно-временных границах, выбора и корректировки на этой основе наиболее эффективных средств и методов предупредительного воздействия. Оптимальным

¹ См.: *Де ла Куэста Арцаменди Х. А.* Указ. соч. С. 113.

² См.: Наркомания и преступность: состояние, проблемы и пути их решения в Беларуси // Юстиция Беларуси. – 2000. – № 2. – С. 51.

предлагается проведение длящегося (пять-десять лет), основного (один раз в год) и текущего (один раз в квартал) мониторинга наркоситуации¹.

В г. Харькове в течение последних лет социологами Университета внутренних дел проводился социологический мониторинг, цель которого – контроль за показателями и изучение механизма распространения наркотиков среди молодежи².

В целях прогнозирования негативных тенденций в динамике незаконного оборота наркотиков и принятия адекватных мер реагирования на них рекомендуется проведение совместного анализа криминогенной ситуации в регионах, связанной с этим видом преступности и распространением немедицинского потребления наркотиков, органами безопасности, МВД и прокуратуры.

Актуальным является обмен информацией на базе имеющихся в указанных ведомствах информационных систем, взаимное использование их информационных массивов. На этой основе целесообразным было бы ежегодное составление единого аналитического обзора современного состояния наркоситуации как в стране, так и в отдельных регионах.

Кабинет Министров Украины своим распоряжением от 24 января 2002 г. одобрил Концепцию реализации государственной политики в сфере борьбы с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров на 2002-2010 гг. Эта Концепция, в частности, предусматривает необходимость проведения постоянного мониторинга и анализа состояния и фактического распространения наркомании и незаконного оборота наркотических средств, связанного с этим ущерба обществу, а также корректирования на основе этого мониторинга и анализа программ противодействия распространению наркомании и преступности, связанной с незаконным оборотом наркотических средств, на национальном и региональном уровнях. Концепция предусматривает также создание единой информационной сети учета преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, на базе межведомственного автоматизированного банка данных «Наркобизнес» при МВД Украины.

3. Осуществление эффективного контроля за незаконным оборотом наркотических средств

3.1. Совершенствование деятельности специальных подразделений с незаконным оборотом наркотиков по выявлению и пресечению деятельности преступных организаций наркобизнеса. Необходимо обеспечить дальнейшую активизацию работы по выявлению и пресечению деятельности преступных групп и сообществ, действующих в сфере незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, прежде всего посредством международных и межрегиональных связей, уделяя особое внимание изобличению лидеров и организаторов наркоторговли.

При этом нужно учитывать новые тенденции в развитии наркобизнеса. В частности, специалисты обращают внимание, что правительства и правоохранительные органы должны мыслить и действовать в большей степени в сетевых категориях. Им необходимо развить такую же гибкость действия в национальном и транснациональном масштабе путем создания неформальных правоохранительных сетей, основанных на доверии, которое демонстрируется наркосетями. Такие стратегии требуют определения критических узлов (где избыточность минимальна), так и критических связей, особенно тех, которые замыкаются на правительственные органы и легитимный финансовый сектор. Они должны воздействовать на сетевые культуры как извне, путем изъятия и уничтожения ключевых узлов и связей, так и изнутри, используя такие приемы, как дезинформация и создание недоверия. Хотя данный подход не гарантирует

¹ См.: *Брылев В. И.* Некоторые вопросы противодействия наркобизнесу на современном этапе. С. 138–139.

² См.: Аналитический обзор научной и публицистической информации о борьбе правоохранительных органов Украины с организованными формами преступными наркобизнеса. С. 5.

успеха, он по крайней мере согласуется с первым представлением об активной стратегии, которая заключается в том, чтобы знать противника и соответственно адаптировать свои действия¹.

Неблагоприятная ситуация с наркотиками в Украине вызвала необходимость создания в апреле 1994 г. Управления по борьбе с незаконным оборотом наркотиков (УБНОН), которое получило статус самостоятельного структурного подразделения в составе уголовной милиции МВД Украины. В положении «Об Управлении по борьбе с незаконным оборотом наркотиков МВД Украины» определены основные задачи Управления: реализация государственной политики по борьбе с незаконным оборотом наркотиков в Украине, осуществление комплексных мер противодействия распространению наркомании и связанной с ней преступности, выявление преступных групп и дельцов наркобизнеса, сбытчиков наркотических средств, которые имеют межрегиональные и международные связи. Назрела необходимость создания правительственной организации, которая могла бы осуществить общую стратегию противодействия наркобизнесу.

Поскольку наркобизнес тесно связан с коррупцией, в том числе и в правоохранительных органах, необходимо изучать складывающуюся наркоситуацию, а также сообщать о принятых мерах по разоблачению коррумпированных связей сотрудников правоохранительных органов с дельцами наркобизнеса².

3.2. Уголовное преследование участников организованного наркобизнеса. Осуществление эффективного уголовного преследования участников организованного наркобизнеса предполагает соответствующую подготовку и переподготовку кадров, специализирующихся на борьбе с незаконным оборотом наркотических средств. В частности, это требует глубокого усвоения новых положений УК в части установления уголовной ответственности за организованный наркобизнес, освоения новых методик расследования преступлений в этой сфере, особенно связанных с легализацией преступных доходов, полученных от наркобизнеса. Заслуживает внимания предложение о создании межведомственной оперативно-следственной группы для выявления, пресечения и расследования легализации (отмывания) денежных средств и иного имущества, полученного в результате деятельности участников организованного наркобизнеса.

Конечной целью уголовного преследования участников организованного наркобизнеса должно быть не только предание их суду, но и изъятие ценностей и денежных средств, добытых в результате наркобизнеса, обеспечение конфискации их имущества, а также изъятие наркоденог, легализованных (отмытых) в результате осуществленных операций в легальном бизнесе.

3.3. Создание национальной правовой базы противодействия организованному наркобизнесу. Значимым фактором среди средств борьбы с незаконным оборотом наркотиков является формирование развитой законодательной базы.

В качестве методов противодействия наркобизнесу правовые средства играют важную роль только в тесном взаимодействии с иными мерами воздействия со стороны государства, социальных институтов общества, негосударственных организаций, всех заинтересованных лиц. Правильно отмечается, что незаконный оборот наркотиков – проблема социальная, и решать ее нужно сообща³.

В частности, необходима разработка новых и принятие уже имеющихся законопроектов, направленных на исключение возможности влияния дельцов наркобизнеса

¹ См.: Характеристика многофункциональных сетей наркоторговли // Уголовное право. – 2000. – № 2. – С. 112.

² См.: Боголюбова Т. А. Привлечение к ответственности участников организованных преступных формирований по делам, связанным с незаконным оборотом наркотиков // Преступность в России и проблемы борьбы с ней / Под ред. А.И. Долговой. М., 2001. С. 166 – 168.

³ См.: Молодёжь и наркотики (социология наркотизма) / под ред. В. А. Соболева и И. П. Рущенко. Харьков. 2000. С. 270.

и их представителей на политику государства, путем установления надежного заслона выдвижению этой категории лиц на ключевые должности в органах государственной власти и управления, законодательной и судебной ветвях власти.

4. *Международные стратегии противодействия организованному наркобизнесу.*

4.1. *Необходимость объединения усилий международного сообщества в деле противодействия организованному наркобизнесу.* Поскольку организованная преступность в сфере наркобизнеса стала вездесущей и весьма изобретательной, осуществление эффективных контрмер стало императивом международной безопасности. Индивидуальные национальные меры противодействия уже недостаточны.

Специальная сессия Генеральной Ассамблеи ООН 10 июня 1998 г. призвала мировое сообщество к сотрудничеству в сфере борьбы с незаконным оборотом наркотиков и связанной с ним организованной преступностью¹.

Безусловным шагом вперед на этом пути явилось межгосударственное соглашение стран СНГ, подписанное руководителями правоохранительных органов, об объединении усилий в борьбе с наркобизнесом, а также резолюция «О международном сотрудничестве правоохранительных органов в борьбе с наркотиками», единогласно принятая Генеральной Ассамблеей Международной организации уголовной полиции – Интерполом на своей 63-й сессии, состоявшейся в Риме в конце 1994 г².

Решение проблемы следует искать в едином подходе к борьбе с наркобизнесом, в объединении всех сил и средств. Только единая антинаркотическая политика во всех странах мирового сообщества, хорошо организованное взаимодействие правительственных и общественных организаций могут дать заметный эффект. Хорошую основу для этого создает принятая ООН в 1990 г. Всемирная программа действий против незаконного оборота наркотиков и психотропных веществ, которая наряду со всеобъемлющей Межведомственной программой контроля, разработанной международной конференцией против наркотиков и наркобизнеса (1987 г.), и конвенциями ООН позволяет успешно развивать процессы многостороннего сотрудничества³.

Приоритетными направлениями работы в сфере международного сотрудничества являются :

– заключение международных договоров в сфере борьбы с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров;

– приведение законодательства Украины в соответствие с международным, адаптация национального законодательства в соответствии с законодательством Европейского Союза, которое регулирует отношения в сфере борьбы с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров;

– налаживание взаимодействия с соответствующими органами других государств, международными организациями для проведения совместных операций, применение других мер в сфере борьбы с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров;

– интеграция Украины в мировое информационное пространство, обмен информацией по вопросам борьбы с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров;

– внедрение в случае необходимости института офицеров связи по вопросам борьбы с транснациональной преступностью, связанной с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров.

4.2. *Повышение риска деятельности транснациональных преступных организаций наркобизнеса независимо от того, какое государство для них является базовым.*

¹ См.: Котляр О. В Харкові відкривається Центр профілактики наркоманії // Преступление и наказание. – 2001. – № 44.

² См.: Аршеневский Ю. Призрак белой смерти // Преступление и наказание. – 1996. – № 7. – С. 8.

³ Там же.

Практика показывает, что для реализации своих преступных замыслов транснациональные организованные группировки имеют, в частности, следующие намерения. Во-первых, ставится задача увеличить расстояние между местом осуществления незаконной деятельности и местом, откуда они руководят этой деятельностью, что мешает правоохранительным органам «добираться» до центра организации. Во-вторых, устанавливается цель диверсификации действий в ряде стран для расширения возможностей и сокращения «риска воздействия со стороны правоохранительных органов».

Преступные группировки научились использовать пробелы и законодательные расхождения в уголовном законодательстве, существующие ныне в некоторых географических регионах, и их деятельность распространилась на сектора, где риск подвергнуться аресту и получить значительный срок наказания довольно низок, особенно по сравнению с привлекательностью экономической выгоды. Типичный пример этой тенденции – мошенничество, направленное против интересов Европейского Союза¹.

4.3. Усиление международной кооперации для судебного преследования и наказания организаторов и участников преступных организаций наркобизнеса. Для более тесного взаимодействия всех стран следует положительно решить вопрос о слиянии национальных и международных подразделений по борьбе с наркобизнесом. Это позволит исключить дублирование деятельности со стороны аналогичных «наркоподразделений» в рамках Интерпола, Европола и подразделений, существующих под эгидой Шенгенского соглашения. В целях совершенствования информационного обеспечения процесса раскрытия и расследования преступлений в сфере наркобизнеса важно создать всеобъемлющую единую межгосударственную информационную систему (специального банка данных), которая содержала бы полные сведения для процесса распознавания наркобизнеса не только на национальном (межведомственном), но и на международном уровне².

Общепризнано также, что достижение широкого соглашения между государствами в такой сфере, как контролируемые поставки, повысит возможности воздействия па криминальные организации наркобизнеса.

4.4. Разработка и реализация системы мер по выявлению механизмов и способов отмывания наркоденог, изъятию ценностей и денежных средств у наркодельцов, конфискации их имущества. Выделяют, например, следующие основные направления международного сотрудничества государств в этой области:

- оперативное направление информации о получении документальных доказательств о банках, компаниях, которые были использованы для легализации незаконных доходов, полученных от наркобизнеса;
- преследование международных денежных транзакций через специально созданные лжебанки и лжефирмы;
- оперативное направление и распространение информации о конкретных способах легализации незаконных доходов от наркобизнеса³.

4.5. Применение международных санкций в отношении государств, препятствующих борьбе с незаконным оборотом наркотических средств. Эффективным инструментом в борьбе с незаконным оборотом наркотиков могут стать международные санкции в отношении тех государств, которые целенаправленно препятствуют этому процессу⁴.

¹ См.: Романова А. И. Наркотики: преступления, ответственность. Владивосток, 2000. С. 40.

² См.: Брылев В. И. Некоторые вопросы противодействия наркобизнесу на современном этапе. С. 138-139.

³ См.: Аналитический обзор научной и публицистической информации о борьбе правоохранительных органов Украины с организованными формами наркобизнеса. С. 7-8.

⁴ См.: Мазуренко Е. А. Вопросы борьбы с незаконным оборотом наркотиков: мнение учёных и специалистов-участников межвузовской научно-практической конференции // Хозяйство и право. – 2001. – № 8. – С. 168.

4.6. *Эффективное использование международно-правовой базы для борьбы с организованным наркобизнесом.* Основополагающими международно-правовыми актами, регламентирующими борьбу с наркотизмом, являются принятые ООН Единая конвенция о наркотических средствах 1961 г. (с поправками, внесенными в 1972 г.), Конвенция о психотропных веществах 1971 г. и Конвенция Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ 1988 г. В этих конвенциях предусмотрены апробированные международной практикой борьбы с наркотизмом положения, регламентирующие многочисленные и разнообразные грани этой борьбы, в том числе определяющие оптимальный круг деяний, связанных с наркотическими средствами и психотропными веществами, представляющими реальную общественную опасность.

Очевидно, что имплементация международно-правовых норм в национальное законодательство определяется волею отдельных государств, желающих сотрудничать с международным сообществом в деле борьбы с организованным наркобизнесом. При этом очевидно усиление внимания мирового сообщества к проблемам противодействия наркотизму, что выражается в проведении на протяжении XX в. многочисленных международных форумов, посвященных этим проблемам, и принятии ряда конвенций, содержащих разнообразные нормы, направленные на борьбу с наркотизмом¹.

Международно-правовые нормы постепенно, но последовательно пробивают себе дорогу во внутригосударственные правовые системы. Такое положение стимулируется тем, что от степени адаптации международно-правовых, в частности конвенционных, норм в национальное законодательство во многом зависят международные отношения государств и их интеграция в мировое сообщество.

Важность и значимость международного аспекта противодействия наркобизнесу определяется тремя основными моментами. Во-первых, в международно-правовых нормах аккумулирован и системно отражен и закреплен опыт противодействия наркотизму, накопленный и апробированный мировым сообществом. Во-вторых, соответствующие нормы являются импульсом к развитию и совершенствованию национально-правовых норм, а само мировое сообщество выступает инициатором этого процесса. Наконец, в-третьих, международно-правовые нормы, как универсальные по масштабу, закономерно, хотя и постепенно, в большей или меньшей степени интегрируются во внутригосударственное законодательство, в котором они обретают «реальную жизнь»².

¹ См.: Анисимов А.Н. Наркотики : правовой режим. Международно – правовые и внутригосударственные проблемы регулирования производства, применения и распространения наркотических и психотропных веществ. Л., 1974. С. 8 -72.

² См.: Гасанов Э. Г. Борьба с наркотической преступностью. Международный и сравнительно-правовой аспекты. М., 2000. С. 207.

СПЕЦІАЛЬНИЙ ВИД ЗВІЛЬНЕННЯ ГРОМАДЯНИНА ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ДЕРЖАВНУ ЗРАДУ

Спеціальний вид звільнення громадянина України від кримінальної відповідальності за державну зраду // Проблеми пенітенціарної теорії і практики : щоріч. бюл. Київ. ін-ту внутр. справ / Ред. кол.: О. Ф. Штанько (голов. ред.) та ін. – К. : КІВС, 2004. – № 9. – С. 21–29.

Будь-який вид звільнення від кримінальної відповідальності передбачений КК України, характеризується властивими йому передумовою та підставою звільнення. Так, передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності є вчинення нею певного злочину, а підставою – або певна посткримінальна поведінка такої особи, яка заохочується державою (наприклад, добровільна відмова від доведення злочину до кінця, примирення з потерпілим тощо), або настання певної події (наприклад, зміна обстановки, сплив строку давності тощо), з якою КК пов'язує звільнення особи від кримінальної відповідальності¹. Звільнення від кримінальної відповідальності передбачене не тільки Загальною частиною КК. Зокрема, Особлива частина КК передбачає 14 спеціальних видів звільнення особи від кримінальної відповідальності, більшість з яких недостатньо досліджені у сучасній науковій літературі. Однак деякі спеціальні види звільнення особи від кримінальної відповідальності, передбачені Особливою частиною КК, становлять великий інтерес не тільки як об'єкт теоретичного дослідження, а й для застосування на практиці. До таких видів звільнення особи від кримінальної відповідальності належить, зокрема, звільнення громадянина України від кримінальної відповідальності за вчинення державної зради, що передбачене ч. 2 ст. 111 КК: «Звільняється від кримінальної відповідальності громадянин України, якщо він на виконання злочинного завдання іноземної держави, іноземної організації або їх представників ніяких дій не вчинив і добровільно заявив органам державної влади про свій зв'язок з ними та про отримане завдання».

Так, *передумовою* звільнення громадянина від кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 111 є вчинення ним злочину, передбаченого у частині 1 цієї статті, тобто державної зради: «Державна зрада, тобто діяння, умисно вчинене громадянином України на шкоду суверенітетові, територіальній цілісності та недоторканності, обороноздатності, державній, економічній чи інформаційній безпеці України: перехід на бік ворога в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту, надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України».

Разом з цим, з'ясування такої передумови потребує звернення до підстави звільнення від кримінальної відповідальності, оскільки ч. 2 ст. 111 передбачає таке звільнення не за всі форми державної зради, що означені у ч. 1 ст. 111, а лише за такі, що пов'язані

¹ Баулін Ю. В. Звільнення від кримінальної відповідальності. – К.: Атіка, 2004. – С. 72–74.

з отриманням громадянином України злочинного завдання іноземної держави, іноземної організації або їх представників.

Таким чином, для визначення передумови цього спеціального виду звільнення особи від кримінальної відповідальності необхідно дослідити передбачені законом форми вчинення державної зради з тим, щоб з'ясувати, при вчиненні яких з них можливе отримання громадянином України злочинного завдання і, відповідно, можливе його звільнення від кримінальної відповідальності за вчинену державну зраду.

Відомо, що диспозиція ч. 1 ст. 111 передбачає три альтернативних форми вчинення державної зради: 1) перехід на бік ворога в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту, 2) шпигунство та 3) надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги у проведенні підривної діяльності проти України.

Перехід на бік ворога полягає в наданні безпосередньої допомоги ворогові у випадку, коли Україна перебуває в умовах воєнного стану або збройного конфлікту. Види такого переходу можуть бути різними: перехід до ворога через лінію фронту; вступ до армії ворожої держави; участь за її завданням у бойових діях проти України; надання згоди на співробітництво агентам такої держави тощо. Перехід на бік ворога може полагати як у переході на територію ворожої держави (так званий фізичний перехід), так і в наданні згоди здійснення допомоги такій державі або її представникам у проведенні підривної діяльності проти України на території України (так званий інтелектуальний перехід)¹. Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони цієї форми державної зради є час вчинення злочину – в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту.

Оскільки мова йде про перебування України у воєнному стані чи участь її у збройному конфлікті, очевидно, що супротивником, тобто ворогом України є не потенційний, а дійсний супротивник, з яким ведеться війна чи виник збройний конфлікт². Таким ворогом, вочевидь, може бути і інша держава, і певного роду іноземна чи міжнародна організація, наприклад, військовий блок тощо.

З приводу моменту закінчення державної зради у зазначеній формі існують різні судження. Зокрема, М. І. Хавронюк вважає, що перехід на бік ворога є закінченим злочиним з моменту, коли громадянин України виконав в інтересах ворога певні дії на шкоду Україні, а тому, на його думку, «одні лише факт надання згоди виконати такі дії (наприклад, поступити на службу до поліції) є лише готуванням до вчинення злочину і залишає можливість добровільно відмовитися від доведення злочину до кінця»³. В. Я. Тацій дотримується такої ж думки, вважаючи, що «у цій формі державна зрада визнається закінченою з моменту, коли особа почала надавати допомогу ворогові»⁴. У той же час, П. С. Матишевський зазначав, що цей злочин належить до злочинів з формальним складом, тобто визнається закінченим з моменту передбачених законом дій незалежно від того, чи була заподіяна шкода державній безпеці України⁵. Подібна думка висловлювалася в науковій літературі і раніше. Так, Г. З. Анашкін стверджував, що «згода, надана іноземній розвідці громадянином... вже утворює склад закінченого злочину у вигляді переходу на бік ворога»⁶. Остання позиція видається більш прийнятною, оскільки визначення цієї форми державної зради дійсно сформульоване як злочин

¹ Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К.: Видавничий дім «Ін Юре», 2003. – С. 328.

² Анашкін Г. З. Ответственность за измену родине и шпионаж. – М.: Юрид. лит., 1964. – С. 116.

³ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К.: Атіка, 2003. – С. 230.

⁴ Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К.: Видавничий дім «Ін Юре», 2003. – С. 328.

⁵ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / За ред. проф. В. С. Яценка. – К.: А.С.К., 2002. – С. 230.

⁶ Анашкін Г. З. Ответственность за измену родине и шпионаж. – М.: Юрид. лит., 1964. – С. 116.

з формальним складом і це означає, що перехід на бік ворога є закінченим злочином вже з моменту здійснення такого переходу – тобто дачі згоди громадянином України на співробітництво з ворогом на шкоду інтересам України. Те, що згода з боку громадянина України на проведення такої діяльності є вирішальним фактором для цієї форми державної зради, визначається і тим, що, наприклад, одне лише просте фізичне переміщення за лінію фронту (фізичний перехід) не можна визнати вчиненням даного злочину, якщо такий перехід не підтверджений згодою громадянина України на співробітництво з ворогом.

Необхідно, далі, встановити, чи передбачає ця форма державної зради надання злочинного завдання громадянину України іноземною державою, іноземною організацією або їх представниками, адже від цього залежить, чи може бути ця форма державної зради передумовою його звільнення від кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 111.

Уявляється, що перехід на бік ворога може бути вчинений: а) за власною ініціативою громадянина України, без попереднього надання йому злочинного завдання (суб'єкт виражає згоду на співробітництво за своєю ініціативою), і б) шляхом попереднього отримання злочинного завдання, наприклад, отримання пропозиції перейти на бік ворога, на яку суб'єкт погоджується.

Слід погодитися з М. І. Хавронюком, що громадянин, який вчинив державну зраду за власною ініціативою, без відповідного завдання, має притягатися до відповідальності за державну зраду і норма ч. 2 ст. 111 на такого громадянина не поширюється¹, оскільки відсутня необхідна для цього передумова.

Таким чином, вчинення державної зради у формі переходу на бік ворога особою може бути передумовою звільнення громадянина України від кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 111 лише у випадку, коли такий перехід було здійснено за попередньою пропозицією ворога України і така пропозиція була поєднана із наданням громадянину України злочинного завдання.

Шпигунство – друга форма державної зради. Уявлення про зміст цієї форми державної зради певним чином дає ст. 114 КК, згідно з якою шпигунство – це передача або збирання з метою передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомостей, що становлять державну таємницю.

Відомості, що становлять державну таємницю, – це вид таємної інформації, що визнана у порядку, встановленому законом, державною таємницею і підлягає охороні державою. Вичерпний перелік таких відомостей міститься в Законі України «Про державну таємницю» від 21 січня 1994 р.² Згідно з цим Законом державною таємницею визнається певний вид таємної інформації, що охоплює відомості в сфері оборони, економіки, науки і техніки, зовнішніх відносин, державної безпеки й охорони правопорядку, розголошення яких може завдати шкоди національній безпеці України та які визнані у порядку, встановленому цим Законом, державною таємницею і підлягають охороні державою. Ці відомості мають гриф секретності, який визначає її ступінь. Спеціальним уповноваженим органом державної влади в сфері забезпечення охорони державної таємниці є Служба безпеки України.

Шпигунство може виражатися у двох формах: 1) передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомостей, що становлять державну таємницю; 2) збиранні таких же відомостей з метою передачі іноземній державі, її організації або їх представникам.

Передача зазначених відомостей має місце у випадках, коли особа вручає їх іноземній державі або її представнику. Способи передачі можуть бути різними (усна,

¹ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К.: Атіка, 2003. – С. 234.

² Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 49. – Ст. 428.

письмова, безпосереднє ознайомлення з будь-якими матеріалами, передача по радіо, телефону, спеціальним зв'язком, з використанням тайників, електронною поштою, за допомогою кур'єрів тощо). Для відповідальності немає значення, передаються першоджерела (наприклад, оригінали документів, креслення, зразки пального) чи їх копії, або лише відомості про них (зліпки, макети, опис технічних систем, будь-яких об'єктів та ін.). Тому будь-які дії, виражені як у формі передачі в буквальному розумінні цього слова, так і у створенні умов для ознайомлення агента іншої держави з ними, підпадають під поняття передачі¹.

Збирання відомостей, що становлять державну таємницю, – це будь-які випадки пошуків таких відомостей. Нерідко для отримання зазначених відомостей використовується найскладніша сучасна техніка (спеціально обладнані літаки, кораблі або автомашины, спеціально встановлені на суші чи на морі прилади для отримання розвідувальної інформації, вхід до інформаційних мереж тощо).

Збирання відомостей, що становлять державну таємницю, з метою подальшої передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам, як правило, полягає в їх пошуку і добуванні (шляхом розпитування певних осіб, візуального спостереження та підслухування, зняття інформації з каналів зв'язку, проникнення до комп'ютерних систем, виготовлення копій документів тощо), придбанні будь-яким способом (таємне чи відкрите викрадення, купівля, обмін документів чи зразків зброї, боєприпасів, макетів секретного об'єкта тощо) з наступним зосередженням їх в одному чи кількох місцях.

Більшість дослідників цієї проблеми погоджуються, що передача зазначених відомостей є закінченим злочином з моменту їх вручення адресату, тобто з моменту, коли у адресата є фактична можливість розпорядитися цими даними на власний розсуд, а збирання є закінченим злочином вже з моменту початку самого пошуку відомостей, що становлять державну таємницю, тобто початок збирання хоча б частини необхідних відомостей з метою їх передачі².

Чи властиве зазначеним діям попереднє отримання громадянином України певного злочинного завдання, пов'язаного, вочевидь, із передачею чи збиранням з метою передачі відомостей, що становлять державну таємницю? Безумовно, для шпигунства також є характерним те, що воно може вчинятись як за попередньою пропозицією іноземної держави, іноземної організації чи їх представників, так і з власної ініціативи громадянина України. Пропозиція щодо вчинення шпигунства повинна бути поєднана із отриманням громадянином України конкретного злочинного завдання: які саме відомості особа повинна зібрати чи передати. Проте, лише отримання завдання і згода на його виконання без вчинення об'єктивно виражених дій по збиранню зазначених відомостей не утворюють закінченого злочину шпигунства. Отримання злочинного завдання і надання згоди на його виконання тут можна розцінювати як готування до державної зради у формі шпигунства. Таке готування може виступати передумовою звільнення від кримінальної відповідальності лише за умови, що громадянин України ніяких дій на виконання отриманого завдання не вчинив. Вочевидь, що вчинення замаху на шпигунство, і тим більше, закінчене шпигунство вже передбачає вчинення певних дій на виконання злочинного завдання, а тому передумовою звільнення від відповідальності за ч. 2 ст. 111 бути не може.

Таким чином, передумовою звільнення громадянина України від кримінальної відповідальності за державну зраду у формі шпигунства може бути лише готування до

¹ Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К.: Видавничий дім «Ін Юре», 2003. – С. 332.

² Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К.: Атіка, 2003. – С. 245; Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К.: Видавничий дім «Ін Юре», 2003. – С. 333.

шпиунства у випадку попереднього отримання ним злочинного завдання і надання відповідної згоди на його виконання, але без вчинення конкретних дій по збиранню чи передачі відомостей, що становлять державну таємницю.

Надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України є третя форма державної зради, яка полягає в будь-якій допомозі зазначеним суб'єктам у проведенні підривної діяльності проти інтересів України.

Підривною визнають будь-яку діяльність, яка пов'язана зі спробою зміни системи вищих органів державної влади неконституційним шляхом, з втручанням у зовнішню чи внутрішню політику України, зі спробою зміни території України чи зниження її обороноздатності, зі створенням на території України умов для діяльності іноземних розвідок¹ тощо.

Допомога в проведенні підривної діяльності може виявлятися в сприянні резидентам (таємним представникам іноземних розвідок), укритті розвідника або його знарядження, вербуванні агентів для проведення підривної діяльності проти України тощо. Цією формою охоплюються і випадки, коли особа за завданням іноземних держав або їх представників організовує (або вчиняє) на шкоду Україні будь-який інший злочин проти основ національної безпеки України (наприклад, диверсію, посягання на життя державного чи громадського діяча тощо). Слід погодитись із думкою П. С. Матишевського, що, по суті, це є загальна форма державної зради, а перехід на бік ворога і шпиунство, що названі окремо в тексті статті, є найбільш поширеними її різновидами, а тому ця форма державної зради має місце лише тоді, коли відсутні ознаки її конкретних різновидів².

Закінченням цей злочин у даній формі визнається з моменту виконання певного діяння, яким особа надала допомогу іноземній державі, іноземній організації чи їх представникам³.

При цій формі державної зради також має значення, як діяла особа – а) за попереднім завданням іноземної держави чи б) з власної ініціативи. В діях особи, яка надала таку допомогу з власної ініціативи, без попереднього отримання злочинного завдання, відсутня передумова звільнення від відповідальності за ч. 2 ст. 111.

При цьому за вчинення замаху на надання такої допомоги та за закінчений злочин у цій формі особа також не може бути звільнена від відповідальності, адже замах і закінчений злочин у формі надання допомоги передбачають виконання певних дій, спрямованих на виконання злочинного завдання, що, природно, унеможливорює застосування в цих випадках ч. 2 ст. 111.

Таким чином, передумовою звільнення громадянина України від кримінальної відповідальності за державну зраду у формі надання допомоги іноземній державі, іноземній організації чи їх представникам у проведенні підривної діяльності проти України за ч. 2 ст. 111 може бути лише готування до надання такої допомоги у виді отримання злочинного завдання та згоди на його виконання.

Підставою звільнення від кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ч. 1 ст. 111, є така посткримінальна поведінка суб'єкта, що включає в себе два обов'язкових елементи: 1) невчинення громадянином України ніяких дій на виконання злочинного завдання і 2) добровільна заява органам державної влади про свій зв'язок з іноземною державою, іноземною організацією чи з їх представниками та про отримане завдання. Відсутність хоча б одного із зазначених елементів поведінки громадя-

¹ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К.: Атіка, 2003. – С. 231.

² Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / За ред. проф. В. С. Яценка. – К.: А.С.К., 2002. – С. 230.

³ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К.: Атіка, 2003. – С. 232

нина України унеможливує звільнення його від кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ч. 1 ст. 111 КК України.

Невчинення громадянином України ніяких дій на виконання злочинного завдання характеризується як чиста бездіяльність особи щодо виконання отриманого злочинного завдання.

Вочевидь, що суб'єктом отримання злочинного завдання є громадянин України, тобто особа, яка набула громадянство України у порядку, встановленому законами і міжнародними договорами України. Вичерпний перелік осіб, які є громадянами України, встановлено Законом України «Про громадянство»¹ тощо. Суб'єкт отримання злочинного завдання відповідно є і суб'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 111, а отже повинен бути осудною особою, яка досягла до вчинення злочину шістнадцяти років.

Суб'єктом дачі злочинного завдання є іноземна держава, іноземна організація або їх представник. Іноземна держава – це будь-яка держава, крім України. Під іноземною організацією розуміється будь-яка організація іноземної держави, незалежно від її професійної й іншої спрямованості, яка проводить підривну діяльність проти України (іноземні політичні партії, газети, що друкують підривні матеріали проти України, тощо), а також певні міжнародні чи міждержавні організації, в тому числі злочинні (міжнародні терористичні організації, військові блоки тощо). Представниками іноземної держави і іноземної організації є: офіційні особи (члени урядових делегацій, працівники дипломатичного корпусу, працівники іноземних спецслужб, члени іноземних недержавних організацій та ін.), а також інші (неофіційні) особи, які діють за їх дорученням.

Предметом злочинного завдання – є вчинення дій на шкоду інтересам України, тобто суверенітету, територіальній цілісності та недоторканності, обороноздатності, державній, економічній чи інформаційній безпеці України.

Суверенітет держави означає верховенство державної влади, її самостійність усередині країни, незалежність у міжнародних відносинах тощо. *Територіальна цілісність* держави передбачає нерозривний взаємозв'язок, єдність всіх складових територій держави, її *територіальну недоторканність*, тобто захищеність території країни в існуючих кордонах від будь-яких посягань. *Обороноздатність* означає підготовленість держави до захисту від зовнішньої збройної агресії або збройного конфлікту. *Державна безпека* – це захищеність суверенітету, конституційного ладу, територіальної цілісності України, правопорядку, державної таємниці, державного кордону тощо. *Економічна безпека* передбачає захищеність інтересів України у сфері економіки, її стабільності та методів проведення економічної політики. *Інформаційна безпека* передбачає захищеність інформації, належної Україні, її державної таємниці, інформаційних і комунікаційних систем від різного роду посягань².

Спосіб отримання злочинного завдання може бути будь-який, наприклад, здійснюватися усно, письмово, по радіо, телефону, за допомогою пошти, телеграфу, переходування в тайнику тощо.

Невчинення громадянином України жодних дій на виконання злочинного завдання означає його повну бездіяльність після отримання такого злочинного завдання і надання згоди на його виконання. Якщо особа вже дала таку згоду, а потім вчинила будь-яке діяння на виконання цього завдання, наприклад, розробила план чи підшукала співучасників тощо, це свідчить про відсутність підстави для звільнення від кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 111.

Добровільна заява громадянина України органам державної влади про свій зв'язок з іноземною державою, іноземною організацією або їх представниками та про отримане завдання характеризується такими ознаками:

¹ Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 14. – Ст. 65.

² Закон України «Про основи національної безпеки України» від 19 червня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 39. – Ст. 351; Ліпкан В. А. Національна безпека України: нормативно-правові аспекти забезпечення. – К.: Текст, 2003.

Суб'єкт заяви – громадянин України, який вчинив злочин, передбачений ч. 1 ст. 111; адресат, якому спрямована заява – відповідні компетентні органи державної влади, під якими, перш за все, слід розуміти органи Служби безпеки України, а також інші органи державної виконавчої та судової влади України за кордоном – дипломатичні представництва та консульські установи України в цій країні. У відповідних випадках зазначеними органами можуть виступати, наприклад, і органи місцевого самоврядування, службові особи яких зобов'язані передати зазначену інформацію про зроблену заяву відповідним органам державної влади.

Зміст заяви повинен включати в себе відомості про те, з якою іноземною державою чи іноземною організацією або їх конкретними представниками мав зв'язок той, хто робить заяву, в чому конкретно такий зв'язок виразився, де і коли, а також яким способом і з ким був встановлений та підтримувався цей зв'язок; де, коли, від кого і яким чином було отримане завдання; в чому полягав зміст цього завдання, способи та час його виконання тощо; поведінка особи після отримання завдання; мотиви зробленої заяви тощо. Заява повинна містити вичерпний перелік інформації щодо зв'язку громадянина України з іноземною державою, іноземною організацією або їх представниками, отриманого ним злочинного завдання та своєї поведінки після отримання такого завдання. Утаювання будь-якої інформації щодо зазначених обставин або обманна заява унеможливають звільнення особи від кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 111.

Добровільність заяви означає, що особа за своєю волею, а не вимушено, робить зазначену заяву. Мотиви добровільної заяви значення не мають (каяття чи страх перед покаранням тощо).

Форма заяви може бути будь-яка (усна чи письмова), із використанням засобів зв'язку чи без такого використання тощо.

Зазначена заява повинна бути зроблена до вчинення будь-яких дій на виконання злочинного завдання іноземної держави, іноземної організації або їх представників.

Як було зазначено вище, передумовою звільнення від кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 111 може бути лише державна зрада у формі переходу на бік ворога в умовах воєнного стану або збройного конфлікту, а також готування до шпигунства та готування до надання допомоги іноземній державі, іноземній організації чи їх представникам у проведенні підривної діяльності проти України, якщо ці діяння були вчинені за попередньою пропозицією-завданням іноземної держави, іноземної організації чи їх представників і виразилися лише у наданні згоди на співробітництво.

Стосовно двох останніх передумов цього виду звільнення виникає питання про конкуренцію підстави звільнення від відповідальності, передбаченої ч. 2 ст. 111, та добровільної відмови (ч. 2 ст. 17). Так, М. І. Хавронюк зазначає, що якщо громадянин України, встановивши «зв'язок і отримавши відповідне злочинне завдання, не вчинив ніяких дій і добровільно відмовився від продовження реалізації свого наміру, то – незалежно від того, заявив він вказаним органам державної влади про вказаний зв'язок чи ні, – підстав для притягнення його до кримінальної відповідальності за ст. 111 немає, а справа має бути закрита відповідно до ч. 2 ст. 17 та п. 2 ст. 6 КПК»¹.

Автор цієї статті виходить з того, що добровільна відмова є підставою саме звільнення від відповідальності, а не виключення її. А тому у зазначених вище випадках повинні бути застосовані правила конкуренції загальної та спеціальної норм щодо звільнення особи від відповідальності. За загальним правилом, як відомо, повинна застосовуватись спеціальна підстава звільнення від кримінальної відповідальності, передбачена ч. 2 ст. 111 КК.

Тут можливі заперечення: ст. 17 встановлює більш сприятливі для особи умови звільнення, оскільки при добровільній відмові непотрібно повідомляти компетентні

¹ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К.: Атіка, 2003. – С. 234.

органи про отримання злочинного завдання, достатньо просто відмовитись від подальших дій на його виконання. Враховуючи, однак, великий ступінь суспільної небезпечності передбаченого ч. 1 ст. 111 злочину, законодавець спеціально встановив для особи звільнення від відповідальності лише у випадку, коли вона не просто відмовилася від вчинення таких дій, але й надала відповідну інформацію органам державної влади, інформацію, що може допомогти їм у розкритті злочинної діяльності інших осіб тощо. Тому в даному випадку, навіть за готування до державної зради у вказаних вище формах особа може бути звільнена від кримінальної відповідальності лише на підставі ч. 2 ст. 111 КК.

Особою, яка підлягає імперативному і безумовному звільненню від кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 111, є суб'єкт зазначених дій, передбачених ч. 1 ст. 111, тобто громадянин України – осудна особа, яка досягла 16 років до дня вчинення зазначених видів злочинних діянь і посткримінальна поведінка якої відповідає ознакам, передбаченим ч. 2 ст. 111.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ФОРМИ ВЧИНЕННЯ НАРКОЗЛОЧИНІВ ОРГАНІЗОВАНИМ НАРКОБІЗНЕСОМ¹

Кримінально-правові форми вчинення наркозлочинів організованим наркобізнесом // Питання боротьби зі злочинністю : зб. наук. пр. – Х. : Право, 2004. – Вип. 9. – С. 3–40.

1.1. Організований наркобізнес – складова організованої злочинності

Наркобізнес є однією із складових організованої злочинності, її проявом, а отже, наділений усіма рисами, характерними для організованої злочинності в цілому. Тому для повного розуміння такого явища як наркобізнес, а також його визначення необхідно, в першу чергу, дослідити ознаки, притаманні організованій злочинності, та з'ясувати співвідношення цих явищ.

Термін «організована злочинність» не вживається у Кримінальному кодексі, але часто застосовується як криміналістами, так і кримінологами, а також практичними працівниками. Саме тому визначення організованої злочинності становить наукову проблему, складність вирішення якої зумовлюється її багатогранністю. Дослідники в цій галузі відзначають, що «навіть чи можна дати вичерпне визначення цього виду злочинності або таке, в якому були б повністю відображені найбільш істотні її ознаки»².

Різноманітність визначень, що зустрічаються в науковій літературі, є закономірним відображенням наукового пошуку, який ведуть представники різних наук. Деякі дослідники пропонують визначити це поняття шляхом наведення переліку злочинів, сукупність яких утворює організовану злочинність, та аргументують такий підхід застосуванням його у законодавстві та практиці інших країн. Так, законодавство Португалії класифікує організовану злочинність за видами злочинів, до яких, зокрема, відносить наркобізнес, виготовлення та збут фальшивих банкнот, підробку документів, нелегальну торгівлю зброєю, незаконні операції з нерухомістю, квартирні крадіжки, приховування краденого, збройні пограбування, угон та незаконний продаж автомобілів, залучування підприємців, тероризм³.

В. В. Лунев, аналізуючи тенденції розвитку організованої злочинності, вказує на малопродатність такого підходу до визначення її поняття. Він зазначає, що, обравши якийсь злочин як головний засіб досягнення своєї мети, організовані злочинці об'єктивно та суб'єктивно не в змозі зупинитися перед вчиненням будь-якого іншого діяння, у

¹ Дослідження виконане згідно з Комплексною цільовою програмою профілактики злочинності на 2001 – 2005 рр., затвердженою Указом Президента від 25 грудня 2000 р. Інститут вивчення проблем злочинності Академії правових наук України з 1 квітня 2002 р. по 31 грудня 2003 р. виконував роботу «Проведення досліджень з питань боротьби з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів», зареєстровану 19 вересня 2002 р. Українським інститутом науково-технічної і економічної інформації (державний реєстраційний номер 0102 U 005758). Публікується перший розділ цього дослідження.

² Єфремов С. Поняття організованої злочинності // Право України. – 2002. – № 9. – С. 89.

³ Див. Організована преступность / Под ред. А. И. Долговой, С. В. Дьякова. – М., 1993. – С. 147-148.

зв'язку з чим їх діяльність з часом генералізується. Тому дати вичерпний перелік злочинів, що складають організовану злочинність, апriorі неможливо¹.

Деякі автори намагаються виразити сутність організованої злочинності через її найбільш значущі ознаки. Так, вона визначається як явище, що на якісно новій основі об'єднує загальнокримінальну та корисливо-господарську злочинність, при якій тяжкі, насамперед корисливі, злочини вчиняються очолюваними лідерами чи лідируючим ядром досить стабільними, мобільними, ієрархічними за побудовою і глибоко законспірованими організаціями, що постійно прагнуть до розширення масштабів своєї діяльності²; як кримінальне явище, що відзначається корисливою діяльністю різних злочинних формувань, які поширюють свою владу (контроль) у певних соціальних сферах або на певній території³, тощо.

Слід зазначити, що, незважаючи на всі розбіжності висловлюваних у літературі визначень організованої злочинності, всі вони так чи інакше вказують на дві основні ознаки.

Першою з них є ознака, яка розкриває зміст терміну «організована» злочинність, існування якої неможливе без стійких високоорганізованих формувань. У різних працях, присвячених організованій злочинності, насамперед характеризуються злочинні організації або злочинні групи, розкривається їх специфіка як особливого різновиду спільної злочинної діяльності, показуються їх взаємозв'язки. Так, на думку В. І. Куликова, основними факторами, що справді відображають організовану злочинність як специфічне кримінальне явище, є організована злочинна діяльність та організована злочинна група, які повинні бути відправними при її визначенні⁴.

Другою є ознака, що розкриває зміст терміну «злочинність», тобто визначення організованої злочинності як сукупності, системи певних злочинів. Зокрема, таке визначення дає В. Д. Малков, який зазначає, що терміном «організована злочинність» слід визначати цілісну сукупність організованих злочинів, оскільки саме окремі злочини можуть бути груповими, організованими⁵. Для таких злочинів, зокрема, вчинюваних у сфері наркобізнесу, ця ознака є характерною. Якщо зазвичай злочини вчиняються незалежно один від одного різними суб'єктами, то під час здійснення організованої злочинної діяльності вони тісно пов'язані між собою, причому не лише суб'єктом, а й єдиним наміром – отримати максимум наживи⁶. Таким чином, зміст організованої злочинності становить не проста множина злочинів, а певна їх сукупність, об'єднана метою організованої злочинної діяльності чи її характером (вони визначаються як промисел, своєрідний бізнес, незаконне підприємство тощо).

Визначення організованої злочинності, які враховують зазначені найголовніші ознаки, є найбільш придатним. Слід погодитись із думкою Н. Ф. Кузнецової та Г. М. Міньковського, які визначають організовану злочинність як вид злочинності, сукупність злочинів, що вчиняються учасниками стійких ієрархізованих, планово діючих злочинних об'єднань, і водночас зазначають, що їх діяльність має характер бізнесу, спрямованого на одержання максимального прибутку⁷, а також із думкою С. Єфремова, який вказує, що організована злочинність є системою злочинів, вчинених у

¹ Луцев В. В. Преступность XX века: Мировые, региональные и российские тенденции. – М., 1999. – С. 285.

² Див.: Антонян Ю. М., Пахомов В. Д. Организованная преступность и борьба с ней // Сов. гос. и право. – 1989. – С. 49.

³ Див. Организованная преступность / Под ред. А. И. Долговой, С. В. Дьякова. – С. 143.

⁴ Див. Основы борьбы с организованной преступностью / Под ред. В. С. Овчинского, В. Е. Эминова, Н. П. Яблокова. – М., 1996. – С. 155.

⁵ Малков В. Д. Организованная преступность как объект криминологического изучения // Проблемы повышения эффективности борьбы с организованной преступностью. – Сб. науч. трудов. – М., 1998. – С. 5-6.

⁶ Див. Єфремов С. Поняття організованої злочинності // Право України. – 2002. – № 9. – С. 90.

⁷ Див. Криминология / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой, Г. М. Миньковского. – М., 1994. – С. 297-298.

межах організованої злочинної діяльності злочинних організацій або організованих груп¹. При цьому необхідно відзначити, що організованими формами здійснення такої діяльності є, окрім злочинних організацій та організованих груп, також і групи осіб за попередньою змовою. Такі злочинні групи мають нижчий ступінь згуртованості та організації, але, безумовно, вони також є складовою частиною організованої злочинності, окремою формою її існування.

Така сукупність злочинів, що складає організовану злочинність, повинна об'єднуватись або певним наміром (отримання наживи тощо), або мати загальний характер та відбивати сутність незаконного підприємництва, бізнесу. Як свідчить практика, часто організована злочинна діяльність відбувається у певній «спеціалізованій» галузі, сфері. Саме такі прояви, різновиди організованої злочинності дістали назву «торгівля зброєю», «торгівля людьми», «наркобізнес» чи «наркоронок» тощо.

Незаконний обіг наркотиків був одним із перших структурних проявів організованої злочинності в СРСР, витоки якого сходять до 20-30-х рр. ХХ століття. Історично склалось так, що пов'язана з наркотиками злочинність завжди була організованою: одна людина сіяла мак, інша – збирала врожай, третя – переробляла, четверта – перевозила, п'ята – збувала наркотичні засоби тощо. Випадки поодинокого вчинення злочинів у сфері обігу наркотичних засобів не є характерними, хоча інколи і зустрічалися. Існування організованих злочинних груп, що займалися торгівлею наркотиками на території СРСР та мали міжнародні зв'язки, ще у 60-70-ті рр. відмічав у своїх роботах А. А. Габіані. Професійно організовану форму, за думкою Г. М. Меретикова, вітчизняний наркобізнес починає набувати в основному з 1986 р.² Саме тому в період стрімкого зростання організованої злочинності в СРСР, і пізніше – у пострадянських державах, цей надприбутковий різновид кримінального бізнесу набув загрозливих масштабів навіть за офіційною статистикою³. Великий ступінь організованості цього виду злочинної діяльності зумовив до того ж зростання рівня латентності цих злочинів, що суттєвим чином впливає на офіційну статистику. З огляду на це визначення наркобізнесу, як і організованої злочинності, протягом останнього часу привертає посилену увагу як науковців, так і практиків.

З приводу визначення наркобізнесу та його основних характерних рис у літературі висловлювалися різні думки. Зокрема, А. А. Бесєдін пропонував внести в КК правову норму, що давала б визначення наркобізнесу як протиправної діяльності, пов'язаної із вирощуванням (заготівлею) наркотичних рослин, виробництвом, транспортуванням наркотичних засобів, торгівлею ними з метою наживи, та передбачала б сувору кримінальну відповідальність за цей небезпечний злочин⁴.

В. Б. Івасенко зазначає, що наркобізнес – це суспільно небезпечна протиправна підприємницька діяльність, здійснювана організованою злочинністю, спрямована на одержання максимального прибутку у сфері незаконного виробництва, транспорту-

¹ Див. *Єфремов С.* Поняття організованої злочинності // *Право України.* – 2002. – № 9. – С. 91.

² Цит за: *Маслов А. В.* Наркобізнес: оружие массового поражения // *Закон и право.* – 2001. – № 12. – С. 7.

³ З 1989 р. по 1997 р. зафіксовано офіційне зростання чисельності злочинів, пов'язаних із незаконним обігом наркотиків більш ніж на 1370%, тобто у 14 разів. – Див. *Прохофов А. А., Прохофова М. А.* Незаконний оборот наркотиків в структурі організованої преступности: состояние, тенденции, перспективы // *Право и политика.* – 2001. – № 6. – С. 84. Спеціальні дослідження свідчать, що реальна кількість споживачів наркотиків в Україні перевищила півмільйона осіб. Наркомани та особи, які перебувають у стані наркотичного збудження, щорічно вчиняють більше 14 тис. злочинів. Тенденція до зростання чисельності злочинів, пов'язаних з незаконним обігом наркотиків, зберігається і зараз. – Див. *Білоконь М.* Наркобізнес шукає прогалину // *Юридичний вісник України.* – 2003. – 13-19 грудня. – С. 6

⁴ Див. *Бесєдін А. А.* О совершенствовании законодательства по борьбе с наркобизнесом // *Правовая система Украины: Теория и практика. Тезисы допов. і наук, повідомл. наук.-практ. конференції (Київ, 7-8 жовтня 1993 р.).* – К., 1993. – С. 372-373.

вання (в тому числі контрабанди) та збуту наркотиків і небезпечна для економічних, політичних та соціальних засад держави та суспільства¹.

Деякі дослідники визначають наркобізнес більш широко, а саме як законну та незаконну економічну діяльність, пов'язану з культивуванням, виробництвом і торгівлею наркотичними засобами, психотропними чи сильнодіючими речовинами, з метою отримання прибутку². Вони також відмічають, що у більш загальному розумінні термін «наркобізнес» іноді трактується також як обіг грошової маси та прибутку, вилученої у населення шляхом незаконного розповсюдження наркотиків.

Таким чином, основними обставинами, на які звертають увагу дослідники, аналізуючи наркобізнес, є сутність його як певної економічної діяльності та протиправність такої діяльності. Для конструювання ж найбільш повного визначення наркобізнесу потрібно розглянути це явище більш детально, що дає змогу виділити чотири найбільш важливі риси, які характеризують наркобізнес.

По-перше, термін «бізнес» з англійської означає підприємницьку діяльність; діло, заняття, яке є джерелом прибутку³. Слід погодитись, що наркобізнес – це є дійсно певна економічна діяльність, яка передбачена КК. Існуючи в «обстановці жорсткої правової заборони», наркобізнес тим не менш являє собою економічне явище, яке розвивається хоч і в «тіні», але відповідно до відомих економічних законів. Якщо абстрагуватися від злочинної суті наркобізнесу та оцінювати його виключно як різновид господарської діяльності, то з'ясується, що галузь ця – дуже прибуткова та рентабельна⁴.

По-друге, дійсно суттєвою ознакою наркобізнесу є його організованість. Як вже зазначено, наркобізнес є проявом організованої злочинності, а тому характеризується як діяльність злочинних організацій, організованих груп або груп осіб за попередньою змовою. Для характеристики організованого наркобізнесу суттєвою є в цьому аспекті вказівка на кількісний склад учасників такого бізнесу та обумовленість їх взаємної діяльності, спрямованої на вчинення певних наркозлочинів. Очевидно, що найменшим числом є два таких учасники, бо лише вони можуть створити певну організовану форму для зайняття наркобізнесом.

По-третє, слід відмітити таку ознаку наркобізнесу, як його кримінальну протиправність. Оскільки наркобізнес являє собою діяльність по вчиненню злочинів в сфері незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, відповідальність за які передбачена розділом XIII Особливої частини КК, така діяльність є кримінально протиправною.

Іншими словами, йдеться про вчинення певних наркозлочинів. Як справедливо вказав В. Б. Івасенко, така діяльність може здійснюватись в сфері незаконного виробництва, транспортування (в тому числі контрабанди) та збуту (торгівлі) наркотиків⁵. Поняття виробництва наркотиків слід розуміти в широкому розумінні, що охоплює собою і їх вирощування, придбання, зберігання тощо, а транспортування охоплює будь-яке переміщення наркотиків. По суті, мова йде про технологічний процес від виробництва до збуту наркотиків з метою отримання прибутку⁶.

¹ Див. *Івасенко В. Б.* Незаконний оборот наркотиків і кримінальний ринок // Проблеми боротьби з кримінальним ринком, економічної і організованої преступністю. Матеріали конференції. – М., Російська кримінологічна асоціація. – С. 30.

² Див. *Драган Г. Н., Калачев Б. Ф.* Наркоманія і наркобізнес: виявлення і пресечення незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ/ Под ред. д.ю.н. проф. П. Г. Пономарева. – М.: Новый Юрист, 1998. – С. 6.

³ Большой энциклопедический словарь. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Большая Российская энциклопедия; СПб.: Норинт, 1998. – С. 127.

⁴ Див. *Прохоров А. А., Прохорова М. А.* Незаконний оборот наркотиків в структурі організованої преступности: состояние, тенденции, перспективы // Право и политика. – 2001. – № 6. – С. 84.

⁵ Див.: *Івасенко В. Б.* Незаконний оборот наркотиків і кримінальний ринок // Проблеми боротьби з кримінальним ринком, економічної і організованої преступністю. Матеріали конференції. – С. 30.

⁶ Див.: *Беседин А. А.* О совершенствовании законодательства по борьбе с наркобизнесом // Правова система України: теорія і практика. Тези доповідей і наукових повідомлень науково-практ. конференції (Київ, 7-8 жовтня 1993 р.) – С. 273.

Слід зазначити, що відповідальність за діяння, пов'язані з незаконним обігом наркотичних засобів, передбачена й іншими галузями законодавства, зокрема адміністративним. Але все ж таки наркобізнес є різновидом організованої злочинності, тобто вчиняється така діяльність злочинними групами певного ступеня організованості, і, отже, відповідальність за такі діяння є більш суворою, ніж передбачена КК. Саме тому визначається така ознака наркобізнесу, як його кримінальна протиправність.

Нарешті, *по-четверте*, наркобізнес – це така діяльність, метою якої є отримання прибутку, що надалі може використовуватися для задоволення особистих потреб ділків наркобізнесу (для збагачення), наступного фінансування налагодженого наркобізнесу, підтримки наркокорупції тощо. Але в більшості випадків кінцевою метою наркобізнесу є легалізація його злочинного прибутку шляхом переведення в законну економічну діяльність.

Таким чином, *організований наркобізнес* – це передбачена КК попередньо обумовлена взаємна діяльність двох або більше осіб, що пов'язана з виробництвом, переміщенням та збутом наркотиків з метою отримання та легалізації злочинного прибутку.

1.2. Поняття та види наркозлочинів, вчинюваних організованими формами наркобізнесу

Наркозлочини, які складають зміст наркобізнесу, – це передбачені розділом XIII Особливої частини КК суспільно небезпечні винні діяння, вчинені організованими формами наркобізнесу, а саме: вчинювані за попередньою змовою групою осіб, організованою групою та злочинною організацією. Розділ XIII Особливої частини чинного КК містить 16 складів злочинів у сфері незаконного обігу наркотичних засобів (статті 305-320). Але, виходячи із наведеного вище визначення організованого бізнесу, слід зазначити, що не всі ці злочини безпосередньо охоплюються поняттям наркобізнесу. Зокрема, наркобізнес складають лише такі злочини, які пов'язані з отриманням у кінцевому підсумку прибутку від збуту наркотичних засобів споживачам та легалізації такого прибутку (наркогрошей чи майна). Іншими словами, отримання прибутку від систематичного вчинення злочинів, пов'язаних з незаконним обігом наркотичних засобів, є метою здійснення наркобізнесу, а вчинення підпорядкованих цій меті злочинів є засобом її досягнення.

Крім того, оскільки предметом цього дослідження є аналіз наркозлочинів, вчинених саме організованими формами наркобізнесу, на особливу увагу заслуговують саме такі склади наркозлочинів, за які встановлюється підвищена, більш суворі відповідальність у випадках вчинення їх за попередньою змовою групою осіб чи організованою групою. Це не означає, що інші наркозлочини (наприклад, схилення до вживання наркотичних засобів чи незаконне введення в організм таких засобів тощо) не можуть бути вчинені організованими формами наркобізнесу. Однак закон прямо не передбачає більш суворої відповідальності за такі діяння порівняно з діяннями однієї особи. У разі вчинення таких злочинів групою осіб за попередньою змовою чи організованою групою ця обставина має бути врахована судом при призначенні покарання у якості обтяжуючої (п. 2 ч. 1 ст. 67 КК). Що ж до вчинення будь-яких злочинів злочинною організацією, то ця обставина не передбачається як кваліфікуюча при конструюванні складів наркозлочинів взагалі. Але КК містить ст. 255, яка встановлює відповідальність за створення злочинної організації і охоплює собою також всі наркозлочини, вчинені такою організацією.

Отже, зміст наркобізнесу безпосередньо становлять такі наркозлочини, які мають на меті отримання прибутків від незаконного обігу наркотиків, наприклад такі, як незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання чи збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ст. 307), викраден-

ня, привласнення, вимагання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів чи заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем (ст. 308) тощо. Тому, перш за все, необхідно дати загальне визначення і охарактеризувати суттєві ознаки наркотичних злочинів, котрі вчиняються у сфері наркобізнесу і відповідальність за які передбачена КК, класифікувати їх певним чином і, нарешті, розглянути ці злочини з урахуванням особливостей вчинення їх групою осіб за попередньою змовою, організованою групою, злочинною організацією.

Наркозлочини, вчинювані організованими формами наркобізнесу, можна визначити, як передбачені КК злочини, пов'язані із незаконним обігом наркотиків, що вчиняються групою осіб за попередньою змовою, організованою групою чи злочинною організацією з метою отримання та легалізації злочинного прибутку.

Види наркозлочинів, вчинюваних організованими формами наркобізнесу. Слід відзначити, що дослідження видів наркозлочинів, вчинюваних саме організованими формами наркобізнесу, у вітчизняній науці ще не здійснювалось, однак у літературі існують різні класифікації злочинів у сфері незаконного обігу наркотиків взагалі. Зокрема, Є. В. Фесенко пропонує класифікувати ці злочини відповідно до видового об'єкта¹. Згідно з цим критерієм він виділяє:

а) злочини, що посягають на встановлений порядок поведження із засобами або речовинами, що можуть викликати наркоманію (наприклад, це злочинні діяння, передбачені статтями 305, 307, 308, 309, 314, 316, 320 КК);

б) злочини, що посягають на встановлений порядок поведження з предметами, які можуть бути сировиною або технологічними компонентами для виготовлення (вироблення) наркотичних засобів. До них належать злочини, передбачені статтями 310, 311, 312 КК;

в) злочини, що посягають на встановлений порядок, спрямований на локалізацію шляхів поширення наркоманії. Це злочини, передбачені статтями 313, 315, 317, 318, 319 КК;

г) злочини, що посягають на встановлений порядок, спрямований на створення умов для боротьби зі злочинністю, пов'язаною з наркотизмом. Зокрема, це злочини, передбачені ст. 306 КК.

Існують також і інші класифікації злочинів у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів, які в основному враховують як класифікуючий критерій видовий об'єкт чи предмет цих злочинів². Отже, здійснюючи класифікацію видів наркозлочинів за ознакою вчинення їх організованими формами наркобізнесу, можна застосувати якісно інший підхід, для чого необхідно врахувати певні обставини.

Так, критеріями класифікації вищезначених наркозлочинів можуть бути різні ознаки цих злочинів. Але водночас при визначенні таких критеріїв необхідно врахувати загальне поняття організованого наркобізнесу як певної економічної діяльності, що складається з незаконного обігу наркотиків. Логічним тому є поділ наркозлочинів, вчинюваних організованими формами наркобізнесу, на групи залежно від певних стадій технологічного процесу наркобізнесу, які передбачені КК. Наркобізнес охоплює собою всі стадії незаконного обігу наркотиків – від виробництва до вживання, а також і деякі додаткові стадії створення умов для поширення такого обігу. Центральними стадіями такого процесу є отримання наркотиків (виготовлення або незаконне їх придбання), збут наркотиків та легалізація наркоприбутків. Передує виготовленню (виробництву) стадія підготовки до виготовлення наркотиків, потім йде стадія безпосереднього їх виготовлення (виробництва), іноді наркотики не виготовляються, а неза-

¹ Див. Фесенко Є. В. Кримінально-правовий захист здоров'я населення. Коментар законодавства та судової практики. – К.: Істина, 2001. – С. 19.

² Див.: Кримінальне право України. Особлива частина / За ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К.-Х.: Юрінком Інтер, 2001. – С. 322.

конним чином придбаються, тому це також є самостійною стадією наркобізнесу. Як правило, збут наркотиків не відбувається у тому місці, де їх було виготовлено чи придбано, а необхідне їх переміщення у просторі до ринків збуту (таких, як великі міста, тощо). Тому перевезення, транспортування наркотиків є також самостійною стадією наркобізнесу. Завершальними стадіями цього злочинного технологічного процесу є стадія збуту наркотиків та стадія легалізації здобутих від такої діяльності незаконних прибутків.

При здійсненні класифікації злочинів, вчинюваних організованими формами наркобізнесу, слід враховувати також, що диспозиції статей розділу XIII КК, про які йде мова, передбачають в одній статті КК, як правило, альтернативні діяння, пов'язані з наркотиками. Наприклад, ч. 1 ст. 307 передбачає такі діяння, як незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання з метою збуту, а також незаконний збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів. Зрозуміло, що тут йде мова про діяння, котрі відрізняються один від одного за своїм змістом. Тому вони повинні розглядатись і аналізуватись окремо, відповідно до запропонованої вище логіки дослідження. І нарешті, при здійсненні такого аналізу беруться до уваги лише ті кваліфікуючі ознаки наркозлочинів, які передбачають організовані форми наркобізнесу, тобто вчинення наркозлочинів за попередньою змовою групою осіб та організованною групою.

Отже, враховуючи все зазначене, можна виділити такі види наркозлочинів, вчинюваних організованими формами наркобізнесу:

а) наркозлочини, пов'язані з підготовкою до виготовлення наркотичних засобів. Це є зокрема: посів або вирощування снотворного маку чи конопель, вчинене за попередньою змовою групою осіб з метою збуту (ч. 2 ст. 310); незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання прекурсорів, вчинене за попередньою змовою групою осіб з метою збуту, а також незаконний збут прекурсорів (ч. 2 ст. 311); ті ж діяння, вчинені організованою групою (ч. 3 ст. 311); викрадення, привласнення, вимагання прекурсорів або заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживанням службовим становищем, вчинене за попередньою змовою групою осіб з метою їх збуту (ч. 2 ст. 312) або організованою групою (ч. 3 ст. 312); викрадення, привласнення, вимагання обладнання, призначеного для виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, чи заволодіння ним шляхом шахрайства або зловживанням службовим становищем та інші незаконні дії з таким обладнанням, вчинені за попередньою змовою групою осіб (ч. 2 ст. 313) або організованою групою (ч. 3 ст. 313); незаконне виготовлення, підроблення, використання чи збут підроблених документів на отримання прекурсорів, вчинене за попередньою змовою осіб (ч. 2 ст. 318).

б) наркозлочини, пов'язані з виготовленням (виробництвом) наркотичних засобів: незаконне виробництво, виготовлення та зберігання з метою збуту наркотичних засобів, вчинене за попередньою змовою групою осіб (ч. 2 ст. 307) або організованою групою (ч. 3 ст. 307); організація або утримання місць для незаконного виробництва чи виготовлення наркотичних засобів, вчинене групою осіб (ч. 2 ст. 317).

в) наркозлочини, пов'язані із незаконним придбанням наркотичних засобів чи їх заволодінням: незаконне придбання з метою збуту наркотичних засобів, вчинене за попередньою змовою групою осіб (ч. 2 ст. 307) або організованою групою (ч. 3 ст. 307); викрадення, привласнення, вимагання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів чи заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживанням службовим становищем, вчинене за попередньою змовою групою осіб (ч. 2 ст. 308) або організованою групою (ч. 3 ст. 308); незаконне виготовлення, підроблення, використання чи збут підроблених документів на отримання наркотичних засобів, психотропних речовин або прекурсорів, вчинене за попередньою змовою групою осіб (ч. 2 ст. 318).

г) наркозлочини, пов'язані з переміщенням наркотичних засобів: контрабанда наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів, вчинена за попередньою змовою групою осіб (ч. 2 ст. 305) або організованою групою (ч. 3 ст. 305); незаконне перевезення, пересилання з метою збуту наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, вчинене за попередньою змовою групою осіб (ч. 2 ст. 307) або організованою групою (ч. 3 ст. 307).

г) наркозлочини, пов'язані із збутом наркотичних засобів: незаконний збут наркотичних засобів, вчинений за попередньою змовою групою осіб (ч. 2 ст. 307) або організованою групою (ч. 2 ст. 307); організація або утримання місць для незаконного вживання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, вчинене групою осіб (ч. 2 ст. 317).

д) наркозлочини, пов'язані із використанням коштів, здобутих від незаконного обігу наркотичних засобів: використання коштів, здобутих від незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, вчинене за попередньою змовою групою осіб (ч. 2 ст. 306).

1.3. Вчинення наркозлочинів за попередньою змовою групою осіб

Вчинення наркозлочинів за попередньою змовою групою осіб є, по-перше, найбільш поширеною організованою формою наркобізнесу, що підтверджується і статистичними даними. Зокрема, відомості, отримані в результаті узагальнення статкарток на вчинені наркозлочини, показують, що з 46 246 злочинів у сфері наркобізнесу частка групових складає 46,3 % або 21 412 злочинів такого роду. З них за попередньою змовою групою осіб було вчинено 18 350 бізнес-наркооперацій, організованою злочинною групою – лише 3 062 наркозлочини¹. По-друге, зазначена форма співучасті є найменшою структурною ланкою організованого наркобізнесу, якій, однак, притаманні основні риси, що характеризують і інші, більш розвинені форми співучасті (вчинення наркозлочинів організованими групами та злочинними організаціями). Так, ч. 2 ст. 28 КК встановлює, що злочин визнається вчиненим за попередньою змовою групою осіб, якщо його спільно вчинили декілька осіб (дві або більше), які заздалегідь, тобто до початку злочину, домовилися про спільне його вчинення.

Оскільки вчинення наркозлочину групою осіб за попередньою змовою є однією з форм співучасті, їй притаманні об'єктивні та суб'єктивні ознаки, властиві співучасті. Так, об'єктивними ознаками вчинення наркотичного злочину за попередньою змовою групою осіб є кількісна та якісна ознаки.

Кількісна ознака – вчинення злочину декількома суб'єктами злочину. Для цієї форми організованого наркобізнесу формулювання «декілька суб'єктів» означає два або більше суб'єкта, тобто фізичних, осудних осіб, які досягли віку, з якого можлива кримінальна відповідальність за наркотичний або (і) інший злочин, для вчинення якого ці суб'єкти зорганізувалися (ст. 18 КК).

Що стосується віку осіб, які можуть бути відповідальними за вчинення наркотичних злочинів у складі групи за попередньою змовою, то в основному це особи, які досягли 16 років до вчинення такого злочину. Виняток становлять такі злочини, як крадіжка, грабж, розбій і вимагання наркотичних засобів, відповідальність за які можлива з 14 років.

Якісна ознака – спільне вчинення злочину. Спільне вчинення злочину – це здійснення його загальними зусиллями, діями чи бездіяльністю всіх членів групи, кожен з

¹ Див.: Хрута Н. С. Наркобізнес, отмывание доходов, в том числе международного масштаба, деятельность правоохранительных органов по борьбе с этими проявлениями: направления, результативность, предложения // Правові проблеми боротьби зі злочинністю. Кн. 1. – Х., 2002. – С. 57.

яких тим чи іншим чином бере участь у вчиненні злочину. Дослідники у цій сфері, зокрема Л. Д. Гаухман, Н. П. Водько¹ та ін., «спільність» як ознаку об'єктивної сторони вчинюваних злочинів розглядають окремо щодо матеріальних та формальних складів злочинів. Вони зазначають, що в злочинах з формальним складом спільність означає вчинення злочину взаємопов'язаними та взаємообумовленими діями (чи бездіяльністю) учасників, а у злочинах з матеріальним складом спільність складає сукупність трьох необхідних елементів: а) злочин вчиняється взаємопов'язаними та взаємообумовленими діями (чи бездіяльністю) учасників, б) вони спричиняють єдиний для всіх учасників злочинний результат, в) між діями кожного співучасника та злочинним результатом наявний причинний зв'язок. Погоджуючись у цілому з цим, слід мати на увазі, що більшість наркозлочинів є злочинами із формальним складом, і тому для встановлення такої ознаки, як спільність вчинення злочину, достатньо встановити спільність діяння членів групи. При цьому не є обов'язковим внесення рівного вкладу кожним у вчинення злочину. Залежно від ступеню участі кожного у вчиненні злочину судом здійснюється індивідуалізація покарання співучасників.

При визначенні такої ознаки, як спільність вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою, серед дослідників-науковців та практиків немає єдиної думки щодо вирішення питання, пов'язаного з тим, які ролі можуть виконувати вказані суб'єкти в цій групі: чи всі вони повинні бути виконавцями або ж ролі між ними можуть бути розподілені (наприклад, один є організатором, другий – посібником, а третій, наприклад, виконавцем наркотичного злочину).

Судова практика Верховного Суду України схиляється до тієї точки зору, що група за попередньою змовою повинна складатися тільки із виконавців (співвиконавців) злочину. При цьому можливий технічний розподіл ролей, при якому кожен співучасник хоча і виконує свою, певну роль в одному злочині, однак всі вони юридично виконують роль виконавця злочину. Так, з урахуванням конкретних обставин справи і змісту загального умислу осіб, які вчиняють збут наркотиків за попередньою змовою, до таких дій можуть бути віднесені передача другому співучаснику предмета злочину, подолання перешкод на місці злочину з метою полегшити вчинення збуту іншим виконавцем тощо.

Деякі вчені також вважають, що в групі за попередньою змовою може бути тільки співвиконавство², інші – як співвиконавство, так і розподіл ролей між суб'єктами злочину³. Позиція щодо визнання можливості співучасті з розподілом ролей нарівні з співвиконавством при вчиненні злочину групою осіб видається більш прийнятною. Наприклад, вчинення злочину, передбаченого ст. 310 КК «Посів або вирощування сноаторного маку чи конопель», можливе при такому рольовому розподілі: організатор злочину замовляє посів і вирощування цих рослин з метою їх придбання, а виконавець (виконавці) висівають та вирощують рослини маку чи конопель. Законодавче визначення цієї форми співучасті містить формулювання, що злочин вчиняють «декілька осіб», на відміну від формулювання «декілька виконавців» у визначенні групи осіб за попередньої змови (ч. 1 ст. 28 КК). Це може також бути додатковим аргументом на користь такої позиції.

¹ Див. Водько Н. П. Уголовно-правовая борьба с организованной преступностью: Научно-практическое пособие. – М.: Юриспруденция, 2000. – С. 8.

² Див.: Галиакбаров Р. Р. Борьба с групповыми преступлениями. Вопросы квалификации. – Краснодар, 2000. – С. 63-64; Малыгин В. И. Квалификация преступлений. Теоретические вопросы. – Куйбышев, 1987. – С. 65. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / За ред. С. С. Яценка. – К., 2002. – С. 54

³ Див.: Кригер Г. А. Соучастие в преступлении // Советское уголовное право. – М., 1981. – С. 108; Тельнов П. Ф. Ответственность за соучастие в преступлении. – М., 1978. – С. 129; Матшевський П. С. Кримінальне право України. Загальна частина. – К.: А.С.К., 2001. – С. 171; Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. Загальна частина / Під ред. Потебенька М. О., Гончаренка В. Г. – К.: Форум, 2001. – С. 203; Козлов А. П. Соучастие: традиции и реальность. – СПб.: Юридический Центр Пресс, 2001. – С. 241.

Суб'єктивними ознаками вчинення наркозлочину за попередньою змовою групою осіб є *умисна* спільна участь у вчиненні злочину. Така участь у вчиненні злочину означає спільність наміру всіх членів групи, попередню змову на спільне вчинення злочину, яка включає загальне усвідомлення кожним учасником того, що у вчиненні злочину беруть участь кілька осіб, що вони діють спільно, взаємопоєднано, що один допомагає другому і кожен з них розраховує на таку взаємодопомогу. Це також і усвідомлення згуртованості, єдності всіх учасників злочину, розуміння того, що злочин чиниться гуртом (що надає сили, впевненості), і кожен співучасник, розуміючи спільність вчинення злочину, розраховує на підтримку, на взаємодопомогу, на сприяння йому з боку іншого співучасника. Між співучасниками повинна бути попередня змова, тобто домовленість про спільне вчинення наркозлочину, і це означає необхідність саме двостороннього суб'єктивного зв'язку між членами групи.

Домовленість – це угода, досягнута шляхом попередніх переговорів. Попередня змова (домовленість) означає, що двоє чи більше суб'єктів наркозлочину заздалегідь або напередодні домовились про спільне вчинення злочину. Змова на вчинення наркотичного злочину, як правило, має місце в усній формі, хоча в окремих випадках не можна виключати конклюдентних дій (наприклад, показ сценарію злочину руками, підморгування і т. п.), а також письмової форми угоди. Предметом такої змови є спільне вчинення наркозлочину.

Попередня змова (домовленість) повинна мати місце заздалегідь, тобто до початку наркозлочину. Ця змова може відбутися прямо перед злочином, але до замаху на нього¹. Такої точки зору дотримуються також І. К. Туркевич і М. І. Гошовський, говорячи про те, що змова може мати місце до початку посягання, зокрема, на стадії готування, а також безпосередньо перед замахом чи вчиненням закінченого злочину². За часом ця домовленість може бути складена за досить тривалий час – за кілька днів, тижнів чи місяців до вчинення злочинів. Вона може бути складеною і за кілька годин чи хвилин до початку вчинення злочину³. Деякі науковці висловлюють думку, що попередня домовленість можлива «на стадії готування злочину, а також у процесі замаху на злочин»⁴.

Загально визнано, що злочин вважається таким, що почався, з моменту виконання хоча б одним з учасників групи об'єктивної сторони наркотичного злочину, який передбачено відповідною статтею (частиною статті) Особливої частини КК. Наприклад, незаконне перевезення наркотичних засобів починається з моменту руху транспортного засобу, в якому знаходяться ці наркотики. Отже, попередня змова між двома або більше співвиконавцями цього злочину повинна відбутися не пізніше цього моменту. Тобто попередня змова може відбуватись лише до початку безпосереднього вчинення злочину, до початку виконання його об'єктивної сторони, а, отже, і до початку замаху на злочин. Якщо ж, наприклад, транспортування наркотичних засобів почав один суб'єкт, а потім до нього в процесі транспортування приєднався другий, тоді змова, яка виникла між ними, не може вважатися попередньою. Це буде змова, яка виникла в процесі вчинення незаконного перевезення наркотичних засобів, і в цілому така співучасть повинна бути кваліфікована як вчинення злочину групою співвиконавців без попередньої змови.

Вчинення умисного злочину є другою суб'єктивною ознакою вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою. Розглядаючи цю суб'єктивну ознаку співучасті

¹ Див. *Бажанов М. І.* // Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник. – К. – Х.: Юрінком Інтер-Право, 2001. – С. 203.

² Див. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України/ Під заг. ред. Потєбенька М. О., Гончаренка В. Г. – С. 203.

³ Див. Кримінальне право і законодавство України. Частина Загальна. Курс лекцій/ За ред. М. І. Коржанського. – К.: Атіка, 2002. – С. 293.

⁴ Див.: Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник/ За ред. Кондратьєва Я. Ю. – К.: Правові джерела, 2002. – С. 191.

щодо вчинення наркозлочинів групою осіб за попередньою змовою, слід відзначити, що всі наркозлочини, які складають основу кримінального наркобізнесу, вчиняються тільки умисно, а отже, щодо усіх цих злочинів є можливим визначення як вчинення їх за попередньою змовою групою осіб. Саме тому у випадках, коли вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб не передбачено як кваліфікуюча ознака, наприклад, у статтях 314, 315, 316, 317 КК тощо, наявність такої обставини повинна враховуватись як обтяжуючої (п. 2 ст. 67 КК) при призначенні покарання.

Таким чином, вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб у сфері наркобізнесу означає вчинення наркозлочину спільними зусиллями двох або більше суб'єктів цього злочину, що попередньо домовились про вчинення цього наркотичного злочину з метою отримання злочинного наркочибутку.

1.4. Вчинення наркозлочинів організованою групою

Новий КК України у ч. 3 ст. 28 зазначив, що злочин вважається вчиненим організованою злочинною групою, якщо в його готуванні чи вчиненні брали участь декілька осіб (три і більше), які попередньо зорганізувалися у стійке об'єднання для вчинення цього та іншого (інших) злочинів, об'єднаних єдиним планом з розподілом функцій учасників групи, спрямованих на досягнення цього плану, відомого всім учасникам групи.

Вчинення наркозлочину організованою групою, як форма співучасті, має свої об'єктивні та суб'єктивні ознаки. До об'єктивних належать кількісна та якісна ознаки.

Кількісною ознакою вчинення злочину організованою групою є вчинення злочину декількома (трьома і більше) суб'єктами злочину. Іноді в літературі висловлюються заперечення проти вказання у законі кількості учасників на «три і більше». Вважають, що така позиція суперечить положенням соціальної психології, адже найменшою реальною групою у психологічному плані називається діада, тобто два взаємодіючих індивіда. З огляду на це та на традиції вітчизняного кримінального законодавства, а також законодавства сусідніх країн (і, зокрема РФ, у кримінальному законодавстві якої відсутня вказівка на кількість учасників у визначеннях організованої групи та злочинної організації (п. 3 ст. 35, п. 4 ст. 34 КК РФ)), науковцями та практиками і висловлюються зауваження щодо такого формулювання кількісного складу організованої групи¹.

Слід зазначити, що вказання на мінімальну чисельність суб'єктів – «три» дійсно є однією із новел КК і свідчить про виконання Україною міжнародно-правових зобов'язань, пов'язаних з підписанням Палермської конвенції ООН проти транснаціональної злочинності. Під організованою групою в Конвенції розуміється структурно оформлена група у складі трьох або більше осіб, яка існує протягом певного часу і діє узгоджено з метою вчинення одного або декількох серйозних або конвенційних злочинів, для того щоб одержати, прямо чи побічно, фінансову або іншу матеріальну вигоду². Саме таке визначення кількісної характеристики організованої групи, регламентоване міжнародним правом, знайшло відображення і в чинному кримінальному законодавстві України.

Отже, згідно з діючим законодавством кількісний склад організованої групи в наркобізнесі складає три або більше суб'єкти відповідного наркозлочину.

Якісна ознака цієї форми організованого наркобізнесу — спільна участь декількох осіб, що попередньо зорганізувалися у стійке об'єднання, у готуванні або вчиненні злочинів.

¹ Див. Гриб В. Г. Противодействие организованной преступности: Учебное пособие. – М.: ИНФРА-М., 2001. – С. 16-17.

² Див.: Михайлов В. Палермская конвенция ООН против транснациональной преступности // Российская юстиция. – 2001. – № 7. – С. 21.

Саме ознака стійкості об'єднання учасників такої групи визначає зміст спільної участі суб'єктів у вчиненні злочину організованою групою.

Стійкість організованої групи, на думку М. І. Бажанова, поняття оціночне і встановлюється кожного разу, виходячи з конкретних обставин справи¹. Іноді поняття стійкості групи розглядають, виходячи з семантичного значення слова «стійкий». Але, як здається, визначення стійкості організованої групи з використанням цього підходу є не досить зручним і не розкриває самого поняття стійкості. Слід зазначити, що використання в законі оціночних понять взагалі не сприяє чіткості визначень. Крім того, не можна не погодитися з Т. А. Хмелевською, яка вважає, що оціночне поняття, яке використовується у визначенні організованої групи, ставить питання його кваліфікації залежно від позиції правозастосовчих органів, що, в свою чергу, знижує ефективність кримінально-правових засобів боротьби з організованою злочинністю².

Більшість дослідників, вказуючи на оціночний характер застосованого у визначенні організованої групи поняття стійкості, намагаються розкрити його зміст за допомогою інших ознак, таких, як усталеність, згуртованість, стабільність, міцний зв'язок. При цьому зміст цих термінів також є оціночним, що змушує наводити їх тлумачення, вдаючись все до нового та нового вживання оціночних, не роз'яснених законом понять. Так, на думку М. І. Мельника³, групу слід вважати стійкою за умови, що якщо вона є стабільною і згуртованою, а особи, які до неї входять, мають єдині наміри щодо вчинення злочинів. Стійкість організованої групи означає, що вона має відносно постійний склад учасників з наявністю спільних зв'язків між ними і високого ступеня організованості, однакості при прийнятті рішень і послідовності у вчиненні злочинних дій.

Зазначають, що як конструктивна ознака організованої групи стійкість означає тривалість та усталеність злочинного зв'язку між учасниками, що досягається в ході неодноразового вчинення злочинів⁴, а стабільність групи виражається в її міцності та сталості. Ці ознаки проявляються в тривалості, системності і детальній організації функціонування групи, можливостях для заміни учасників, які вибули, в тому числі шляхом перекваліфікації тих учасників, що залишилися, вербуванні нових, прикриття своєї діяльності як власними силами, так і з допомогою сторонніх осіб (зокрема, шляхом підкупу посадових осіб), наявності необхідних для функціонування групи фінансових та інших матеріальних засобів, зброї, приміщень⁵ тощо. Згуртованість групи визначають як спаяність та однодушність, зазначаючи, що ці ознаки, як правило, проявляються в наявності: постійних міцних внутрішніх зв'язках між учасниками, загальних правил поведінки, організатора (керівника), чіткого визначення ролі кожного учасника, високого рівня узгодженості дій учасників, єдиного плану, доведеного до їх відома, який передбачає розподіл функцій учасників групи.

Використання такого підходу при визначенні стійкості організованої групи не дає очікуваного результату, оскільки при наявності переліку ознак, сформульованих як оціночні поняття, а тим більше вичерпного переліку таких ознак, що розкривали б зміст стійкості, встановити її наявність було б можливо лише за сукупності всіх цих ознак. Така ситуація означала б необхідність, по-перше, знову вдаватися до тлумачення, але вже не однієї, а декількох ознак, а, по-друге, правоохоронні органи змушені були б встановлювати в кожному випадку сукупність усіх ознак, оскільки відсутність будь-якої з них вже означатиме і відсутність стійкості і, отже, ознак організованої групи.

¹ Див.: Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник. – С. 204.

² Див. у праці: *Артюнов А. А.* Организованная группа: понятие, проблемы квалификации и ответственности // *Право и политика.* – № 8. – С. 73.

³ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К., 2001. – С. 100-101.

⁴ Див.: *Водько Н. П.* Уголовно-правовая борьба с организованной преступностью. – С. 21.

⁵ Див.: *Быков В.* Виды преступных групп // *Российская юстиция.* – 1997. – № 12. – С. 19.

Здається, що така позиція призводить до невизначеності у кримінальному праві, а, найголовніше, у використанні оціночних понять немає потреби, адже чинний КК розкриває зміст стійкості організованої групи через сукупність трьох нижчезазначених ознак: 1) об'єднання учасників групи єдиним планом, 2) розподіл функцій, спрямованих на досягнення єдиного плану, та 3) ознайомленість усіх учасників групи з цим планом злочинної діяльності. Розглянемо ці ознаки.

Об'єднання учасників групи єдиним планом. Об'єднання – означає певного роду спільну діяльність, тобто сукупність суб'єктів, що зібралися разом для спільної злочинної діяльності. Це не означає, що вони перебувають всі разом на місці вчинення злочину або під час вчинення злочину, але всі вони певним чином беруть участь у спільній злочинній діяльності, виконуючи різні функції. При цьому деякі члени організованої групи можуть не знати один одного в обличчя, бути об'єднані діяльністю організатора, але вони обов'язково повинні знати про існування один одного і усвідомлювати ролі, відведені їм у складі організованої групи.

План, яким об'єднані учасники організованої групи, не завжди має бути деталізований, однак загальна спрямованість злочинної діяльності саме в сфері наркобізнесу з метою отримання матеріальної або іншої вигоди повинна мати місце. КК передбачає певні ознаки, що характеризують такий план. Перш за все, цей план має бути єдиним для всіх учасників групи. Це означає, що він охоплює діяльність всіх учасників організованої групи, схвалений ними (або організатором) та є спільним для них.

Крім того, такий план повинен передбачати *певний розподіл функцій учасників групи*. При цьому розподіл функцій, передбачений таким планом, необхідно відрізнити від розподілу функцій (ролей) учасників організованої групи взагалі. Як правило, розподіл функцій, який передбачено єдиним планом, означає розподіл технічних функцій щодо вчинення злочинів, наприклад, визначено осіб, які здійснюватимуть незаконне заволодіння владнанням, призначеним для виготовлення наркотичних засобів; осіб, що здійснюватимуть вищевказані дії, або виробництва сировини для виготовлення цих наркотичних засобів; осіб, які безпосередньо їх виготовлятимуть, збуватимуть тощо (виконуватимуть функції виконавців злочинів). Розподіл же ролей (функцій) всередині самої групи означає, перш за все, наявність організатора та виконавців вчинення злочинів організованою групою.

Слід зазначити, що розподіл ролей (функцій) всередині організованої групи є її невід'ємною ознакою, що, в свою чергу, характеризує стійкість організованої групи. В структурах організованих груп були виявлені особи, які виконували функції організатора, лідера; ідеологічного забезпечення, охорони лідера; бойовиків; забезпечення дисципліни; переслідування осіб, які мали намір зупинити злочинну діяльність; забезпечення зв'язку з корумпованими представниками владних структур тощо.

Обов'язковою ознакою організованої групи, яка визначає необхідність наявності розподілу ролей в організованій групі, є наявність організатора такої групи. Саме ця особа – організатор, лідер – попередньо, заздалегідь, на стадії готування організовує інших учасників в стійке об'єднання для вчинення наркозлочинів. Таку позицію підтримують більшість науковців, зокрема А. Д. Гаухман та С. В. Максимов, які вважають, що стійкість характеризується наявністю організатора або керівника групи, адже організатор створює групу, здійснюючи підбір співвиконавців, розподіляє між ними ролі, встановлює дисципліну; забезпечує цілеспрямовану, сплановану та складну діяльність як групи в цілому, так і кожного її учасника¹.

Однак деякі автори вважають, що існують випадки, коли організована група може існувати без організатора, лідера (наприклад, у групі довго йшла боротьба за лідерство і одноособовий лідер ще не визначився) і у цих випадках, за наявності

¹ Гаухман А. Д., Максимов С. В. Уголовная ответственность за организацию преступного сообщества. – М., 1997. – С. 9.

стійкості та зорганізованості, група все ж таки може бути визнана організованою¹. Така думка видається невірною, такою, що не відповідає дійсності та зазначеним у законі ознакам.

Спрямованість на виконання єдиного і відомого всім учасникам групи плану означає, що здійснення цього плану повинно бути напрямком діяльності кожного із учасників групи в межах її злочинної діяльності. Спрямованість на досягнення єдиного плану в організованій групі означає не просто суб'єктивне спрямування до мети, а й конкретне втілення такого спрямування, виконання кожним із учасників групи певних дій, що свідчили б про виконання ним хоча б частково функції, відведеної йому планом злочинної діяльності організованої групи. Наприклад, особа, якій призначено займатись транспортуванням наркотичних засобів, придбає для виконання цієї функції автомобіль чи інший транспортний засіб; особа, що повинна знайти шляхи збуту наркотиків, проводить «переговори» з іншими представниками наркобізнесу тощо.

Ознайомленість усіх учасників групи з планом злочинної діяльності. Для встановлення такої ознаки, як ознайомленість усіх учасників групи зі злочинним планом, достатньо встановити, що їм у цілому була зрозуміла загальна злочинна спрямованість групи, учасниками якої вони є. При цьому кожному з них не обов'язково знати усі подробиці та деталі плану, головне знати про його наявність та загальний зміст.

Суб'єктивною ознакою, що характеризує вчинення умисних наркозлочинів організованою групою, є умисна спільна участь суб'єктів у їх вчиненні. Умисна спільна участь у вчиненні злочинів організованою групою втілюється у такій ознаці, як її попередня зорганізованість.

Попередня зорганізованість – це поняття, яке певною мірою відповідає поняттю попередньої змови. Розмежуванню цих термінів не сприяє і положення п. 2 ч. 2 ст. 67, що визначає як обтяжуючу покарання обставину вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою і конкретизує це вказівкою на ч. 2 або 3 ст. 28. Тобто ст. 67 КК застосовує поняття вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою також і до вчинення злочину організованою групою. Здається, що вчинення злочину організованою групою повинне бути враховане законодавцем при встановленні переліку обтяжуючих покарання обставин як самостійна обставина або принаймі поруч із такою обставиною, як вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою. При цьому попередня зорганізованість, властива організованій групі, якісно відрізняється від попередньої змови групи осіб, адже зорганізованість – це об'єднання, згуртованість осіб для здійснення певної мети, а не просто домовленість про спільне вчинення злочину.

Метою зорганізованості при здійсненні наркобізнесу є вчинення будь-яких з наркозлочинів, наприклад, контрабанди, збуту, а також інших злочинів, об'єднаних єдиним планом. Деякі дослідники зазначають, що метою зорганізованості може бути як вчинення одного складного злочину, так і (що найчастіше) постійне вчинення злочинів². Інші пропонують при характеристиці організованої групи виключити з її ознак спрямованість на вчинення кількох злочинів і визнати, що організована група спрямовується до вчинення тільки одного злочину, що потребує серйозної підготовки і відповідно високого ступеня організованості злочину³. Видається, що мета зорганізованості чітко визначена законом — «вчинення цього та іншого (інших) злочинів». Таке формулювання означає,

¹ Див. Арутюнов А. А. Незаконный сбыт наркотических средств организованными группами и преступными сообществами // Закон и право. – 2003. – № 9. – С. 23-24.

² Див. Быков В. Признаки организованной группы в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ // Уголовное право. – 2001. – № 3. – С. 8; Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник / За ред. Кондратьєва Я. Ю. – С. 192; Матишевський П. С. Кримінальне право України. Загальна частина. – С. 172; Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. Загальна частина / Під ред. Потєбенька М. О., Гончаренка В. Г. – С. 204.

³ Див.: Козлов А. П. Соучастие: традиции и реальность. – СПб.: Юридический Центр Пресс, 2001. – С. 278.

що організована група створюється для вчинення ряду злочинів, тобто постійного або тривалого здійснення злочинної діяльності.

Попередньо зорганізуватися в стійке об'єднання для вчинення наркотичного злочину означає утворити таке об'єднання до початку замаху на вчинення даного злочину, тобто на стадії готування до злочину. Слід сказати про певну непослідовність законодавця у формулюванні визначення цієї форми співучасті: «злочин визнається вчиненим... якщо в його готуванні або вчиненні... брали участь декілька осіб, які попередньо зорганізувалися для вчинення...». Здається, що оскільки попередня зорганізованість відбувається саме на стадії готування до певного злочину (злочинів), згадувати про участь у готуванні злочину при визначенні вчинення злочину є зайвим. Адже якщо участь у готуванні до злочину разом із вчиненням злочину визнається етапом, до початку якого (тобто і до початку готування) повинна відбутись попередня зорганізованість, виникають питання, на якому саме етапі попередньої злочинної діяльності повинна відбутись така зорганізованість, як буде кваліфіковано дії учасників групи, якщо вони зорганізувалися у стійке об'єднання, але не встигли вчинити злочину (злочинів), який був метою такої зорганізованості, тощо. Здається, що для вирішення цих та інших питань слід виключити із законодавчого визначення вчинення злочину організованою групою формулювання «участь у готуванні злочину».

Оскільки ж чинним КК участь у готуванні до вчинення наркозлочину визнається самостійною формою злочинної діяльності, ознаки її необхідно розглядати, насамперед виходячи із визначення готування, яке міститься у ст. 14: «готуванням до злочину є підшукування або пристосування засобів чи знарядь, підшукування співучасників або змова на вчинення злочину, усунення перешкод, а також інше умисне створення умов для вчинення злочину». Так, наприклад, готування до викрадення обладнання, призначеного для виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ст. 313), може полягати в тому, що особи усувають перешкоди, які створюють певні труднощі для вчинення даного злочину. Дії по усунуванню перешкод можуть виражатися у відключенні сигналізації на об'єкті, де знаходиться необхідне обладнання (на заводі, складі тощо); залишенні відчиненими дверей приміщення, з якого незабаром буде викрадатися обладнання; нейтралізації особи, яка здійснює охорону зазначених об'єктів, тощо. Прикладом готування до вчинення наркозлочинів у рамках наркобізнесу можна вважати діяльність осіб, що за планом організованої групи займалися закупівлею чи заготовлею насіння для вирощування снотворного маку чи конопель з метою подальшого їх вирощування, виробництва наркотиків та їх збуту іншими членами організованої групи.

Інколи дослідники називають і інші ознаки організованої групи¹, такі, як завершеність формування психологічної структури; можливість використання групою складних способів вчинення і приховування злочинів; встановлення в групі єдиної ціннісно-нормативної орієнтації; підтримування суворої дисципліни; заміна особистих відносин у групі на ділові, засновані на спільному вчиненні злочинів; розподіл злочинних доходів відповідно до становища кожного члена в структурі групи; створення в групі спеціального грошового фонду тощо. Безумовно, такі ознаки яскраво характеризують організованість групи і часто використовуються при кваліфікації та формулюванні обвинувачення членів такої групи на практиці. Але для визнання групи організованою достатньо встановити необхідні її ознаки, визначені законом і розглянуті вище.

Таким чином, *вчинення злочинів організованою групою в сфері наркобізнесу – це вчинення наркотичних та інших злочинів попередньо зорганізованими у стійку групу трьома або більше суб'єктами з розподілом функцій між ними, що об'єднані єдиним планом вчинення наркотичних злочинів і спрямовані на досягнення цього, відомого їм плану злочинної діяльності в сфері наркобізнесу для отримання та легалізації злочинного прибутку.*

¹ Див.: Бьков В. Признаки организованной группы в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ // Уголовное право. – 2001. – № 3. – С. 8.

1.5. Вчинення наркозлочинів злочинною організацією

Однією із найскладніших і найбільш небезпечних форм організованого наркобізнесу є вчинення наркозлочинів злочинною організацією, якою за ч. 4 ст. 28 КК визнається стійке, ієрархічне об'єднання декількох осіб (три і більше), члени якого або структурні частини якого за попередньою змовою зорганізувалися для спільної діяльності з метою безпосереднього вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів учасниками цієї організації, або керівництва чи координації злочинної діяльності інших осіб, або забезпечення функціонування як самої злочинної організації, так і інших злочинних груп.

Слід мати на увазі, що в КК немає спеціальних статей, які б передбачали як кваліфікуючу ознаку вчинення злочину, в тому числі і наркозлочину, злочинною організацією. Разом з тим, ст. 255 КК передбачає відповідальність за створення злочинної організації, в тому числі і з метою вчинення тяжкого чи особливо тяжкого наркозлочину, а також за керівництво такою організацією або участь в ній, або участь у злочинах, вчинюваних такою організацією. При цьому ст. 255 КК сформульована таким чином, щоб будь-який злочин, вчинений злочинною організацією, нею охоплюється.

В. Д. Малков зазначає, що злочинна організація – найбільш небезпечна форма об'єднань, що включає ряд організованих груп, з наявністю багатоступеневої системи управління, високого рівня конспірації і захисту за допомогою корупційних зв'язків. Він вважає, що їх основними рисами є стійкість; зорганізованість на конкретній злочинній платформі, масштабність злочинної діяльності (включаючи вихід за кордон, зв'язок з міжнародними злочинними організаціями), наявність «третейського суду», надання допомоги особам, які вчинили злочини. Такі спільноти монополізують окремі види злочинної діяльності у сфері тіньової економіки, легальної господарської діяльності¹ тощо. Н. П. Водько зазначає, що злочинну організацію характеризує, перш за все, спеціалізація її учасників загалом на однорідних злочинах; системність або їх безперервність, суворі ієрархічність структури і підпорядкованість учасників; надходження злочинних прибутків в одну касу, «общак»; вкладання коштів, здобутих злочинним шляхом, у незаконні економічні угоди, створення лжеструктур для відмивання злочинних прибутків тощо².

Названі ознаки дійсно характеризують злочинні організації певним чином, але найбільше уваги слід приділити ознакам, що прямо передбачені законом. Крім того, визначення вчинення злочинів злочинною організацією у КК РФ сформульовано дещо інакше, ніж у КК України, а тому дослідження російських вчених у цій роботі аналізуватимуться лише щодо таких ознак злочинної організації, які закріплені і українським законодавством.

Об'єктивні та суб'єктивні ознаки співучасті також знаходять своє відображення в законодавчому визначенні вчинення злочину злочинною організацією.

Так, об'єднання трьох і більше суб'єктів є кількісною об'єктивною ознакою цієї форми співучасті. Об'єднання трьох і більшої кількості суб'єктів означає, що для вчинення наркозлочину (наркозлочинів) зорганізувалися якнайменше три особи, кожна з яких діє відповідно до своєї ролі в наркоорганізації. Деякі дослідники зазначають, що на практиці членами злочинної організації є щонайменше шість суб'єктів, і така позиція має право на законодавче закріплення, оскільки злочинне об'єднання меншої кількості осіб навряд чи може відповідати таким ознакам, як структурованість, наявність

¹ Див. Малков В. Д. Организованная преступность как объект криминологического изучения // Проблемы повышения эффективности борьбы с организованной преступностью: Сб. науч. трудов. – М., 1998. – С. 7.

² Див. Водько Н. П. Уголовно-правовая борьба с организованной преступностью: Научно-практическое пособие. – С. 24.

складних ієрархічних зв'язків, законспірованість тощо¹. Деякі вітчизняні дослідники-кримінологи також дотримуються такої точки зору. Зокрема, І. К. Туркевич вказує, що мінімальна кількість злочинців, з яких може складатися злочинна організація, що вказана в законі (три особи) «по суті перекреслює ознаку ієрархічної структури» і мінімальна кількість учасників злочинної організації, які могли б створити ієрархію, повинна становити п'ять осіб². Така позиція є неприйнятною, оскільки її врахування призвело б до звуження випадків застосування норм КК щодо вчинення її злочинів злочинними організаціями.

Спільна участь у вчиненні наркозлочину злочинною організацією означає вчинення злочину у складі стійкого об'єднання.

Стійкість спільної участі у такому об'єднанні є якісною об'єктивною його ознакою, яка характеризується тривалістю злочинної діяльності, що здійснюється на постійній основі і забезпечується надійним захистом від розкриття. П. С. Матишевський розкриває поняття стійкості через такі ознаки³: а) наявність постійного осередку (членів) такого угруповання; б) наявність сталих зв'язків між її групами; в) наявність певного ступеня ієрархічного підпорядкування; г) здатність і готовність кожного члена угруповання виконати будь-яке завдання, що входить до спільної діяльності злочинної організації, стосовно вчинення нею тяжкого або особливо тяжкого злочину (злочинів). Стійкість злочинної організації розкривають також як створення такої організації для тривалої злочинної діяльності, на постійній основі, із забезпеченням надійного захисту від розкриття⁴.

На відміну від організованої групи, стійкість злочинної організації є стійкістю вищого рівня, має деякі особливі ознаки: ієрархічність, наявність структурних частин такої організації та декількох груп, на основі яких утворюється злочинна організація. Розглянемо ці ознаки.

Ієрархічність. Термін «ієрархія» етимологічно тлумачиться як розташування частин або елементів цілого у порядку від вищого до нижчого. Законом встановлені і певні ознаки такої ієрархічності – наявність окремих членів або структурних частин у складі єдиної злочинної організації. У науковій літературі поширені більш деталізовані визначення ієрархічності.

Зокрема, відзначають, що ієрархічність злочинної організації передбачає наявність відповідної системно-структурної побудови об'єднання, яка включає в себе наявність загального керівництва (лідерів), чітко визначену підпорядкованість рядових членів об'єднання його керівникам (у тому числі керівникам структурних частин), вертикальні зв'язки між вищими та нижчими структурами об'єднання, загальновизнані правила поведінки і забезпечення дотримання їх учасниками злочинної організації⁵. Для злочинної організації характерна жорстка дисципліна, безумовне виконання команд, які подаються представниками ланок вищого рівня.

І. К. Туркевич, М. І. Гошовський⁶ детальніше описують ієрархічну структуру злочинної організації. Вони виділяють три ланки такої структури: нижчу, середню та верхню, які перебувають у тісному зв'язку між собою. На нижній ланці – організовані групи, які безпосередньо вчиняють злочини (тобто виконавці), середню ланку структури складають групи, що займаються підбором виконавців злочинів, контролюють їх

¹ Див.: Грив В. Г. Противодействие организованной преступности. Учебное пособие. – С. 18.

² Туркевич І. К. Оцінка окремих положень Кримінального кодексу України з позиції кримінолога // Новий Кримінальний кодекс: Питання застосування і вивчення. – Х., 2001. – С. 230.

³ Див.: Матишевський П. С. Кримінальне право України. Загальна частина. – С. 173.

⁴ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. Загальна частина / Під ред. Потебенька М. О., Гончаренка В. Г. – С. 205.

⁵ Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник / За ред. Кондратьєва Я. Ю. – С. 194.

⁶ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. Загальна частина / Під ред. Потебенька М. О., Гончаренка В. Г. – С. 205.

діяльність, забезпечують прикриття, виконують функції розвідки і контррозвідки, формують «общак» (спільну касу) і розподіляють його в разі необхідності, виходять на корумповані зв'язки, відмивають кошти, здобуті злочинним шляхом, здійснюють персональну охорону (тобто посібники), і нарешті, верхню ланку становлять організатори і керівники, які планують діяльність злочинної організації в цілому, забезпечують її взаємодію з іншими злочинними формуваннями на регіональному, міжрегіональному та міжнародному рівнях.

Про наявність ієрархічної структури всередині злочинної організації свідчили ще дослідження кримінологів ВНАД МВС СРСР, які висунули гіпотезу про те, що злочинні співтовариства (об'єднання) являють собою своєрідну піраміду: підніжжя піраміди становлять виконавці-одинаки конкретних наркозлочинів, середина частина піраміди – це групи забезпечення і охорони, і нарешті, завершує піраміду елітарна група лідерів злочинної організації, відокремлена від безпосередніх виконавців наркозлочинів, які можуть взагалі не знати, від кого вони отримують злочинні завдання, бо лідери діють, як правило, через посередників (наприклад, через представників групи забезпечення). Злочинна еліта здійснює організаторські, управлінські та ідеологічні функції, згуртовує кримінальне середовище в межах регіону, поширює злочинну ідеологію¹.

Зорганізованість за попередньою змовою учасників об'єднання або його структурних підрозділів для спільної діяльності є визначальною суб'єктивною ознакою (тобто втіленням умисної спільної участі у вчиненні злочинів злочинною організацією). На думку П. С. Матишевського, вона передбачає наявність: а) певної кількості (від трьох і більше) осіб на чолі з незаперечним й авторитетним їхнім керівником (координатором); б) жорстокої дисципліни і додержання правил конспірації; в) погодженого плану щодо вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів². О. О. Магомедов та С. Н. Гаджиев також зазначають, що однією з найбільш значущих ознак попередньої зорганізованості є спрямованість на вчинення тяжких та особливо тяжких злочинів³.

Оскільки попередня зорганізованість визначається як суб'єктивна ознака, основними, відправними при її аналізі слід вважати такі ознаки, що характеризують суб'єктивне ставлення членів (структурних частин) злочинної організації до здійснення її діяльності, наприклад, мету, для реалізації якої необхідна така зорганізованість.

Мета зорганізованості прямо передбачена ч. 4 ст. 28:

а) безпосереднє вчинення тяжких або особливо тяжких наркозлочинів та інших тяжких або особливо тяжких злочинів учасниками наркоорганізації; або б) керівництво злочинною діяльністю в сфері наркобізнесу інших осіб; або в) координація злочинної діяльності в сфері наркобізнесу інших осіб; або г) забезпечення функціонування злочинної наркоорганізації; або ґ) забезпечення функціонування інших злочинних груп.

Мета безпосереднього вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів. Поняття тяжких та особливо тяжких злочинів, які вчиняються злочинною організацією, наведено в статті 12 КК. При класифікації злочинів враховуються максимальні покарання, передбачені в санкціях статей Особливої частини КК. Так, тяжким злочином є злочин, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк більше п'яти і не більше десяти років (ч. 4 ст. 12). Такими наркозлочинами, передбаченими чинним КК, є, наприклад: контрабанда наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів (ч. 2 ст. 305) – покарання від 5 до 10 років позбавлення волі; незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання чи збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ч. 2 ст. 307) – від 5 до 10

¹ Див.: Даньшин І. М. Про організовану злочинність в СРСР і заходи боротьби з нею // Радянське право. – 1990. – № 6. – С. 49-50.

² Див.: Матишевський П. С. Кримінальне право України. Загальна частина. – С. 173.

³ Див.: Магомедов А. А., Гаджиев С. Н. О некоторых уголовно-правовых аспектах организованной преступности // Проблемы повышения эффективности борьбы с организованной преступностью.: Сб. науч. трудов. – М., 1998. – С. 37.

років; викрадення, привласнення, вимагання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів чи заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем (ч. 2 ст. 308) – від 5 до 10 років; посів або вирощування снотворного маку чи конопель (ч. 2 ст. 310) – від 3 до 7 років; незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання прекурсорів (ч. 2 ст. 311) – від 3 до 8 років; викрадення, привласнення, вимагання прекурсорів або заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем (ч. 2 ст. 312) – від 3 до 7 років; викрадення, привласнення, вимагання обладнання, призначеного для виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, чи заволодіння ним шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем та інші незаконні дії з таким обладнанням (ч. 2 ст. 313) – від 2 до 6 років.

Особливо тяжким є злочин, за який передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк понад десять років або довічного позбавлення волі (ч. 5 ст. 12). Такими наркозлочинами, передбаченими чинним КК, є, наприклад: контрабанда наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів (ч. 3 ст. 305) – передбачене покарання від 8 до 12 років позбавлення волі; використання коштів, здобутих від незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів (ч. 2 ст. 306), – від 8 до 15 років; незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання чи збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ч. 3 ст. 307) – від 8 до 12 років; викрадення, привласнення, вимагання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів чи заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем (ч. 3 ст. 308) – від 7 до 12 років; незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання прекурсорів (ч. 3 ст. 311) – від 6 до 12 років; викрадення, привласнення, вимагання прекурсорів або заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем (ч. 3 ст. 312) – від 5 до 12 років; викрадення, привласнення, вимагання обладнання, призначеного для виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, чи заволодіння ним шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем та інші незаконні дії з таким обладнанням (ч. 3 ст. 313) – від 5 до 12 років; організація або утримання місць для незаконного вживання, виробництва чи виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ч. 2 ст. 317) – від 5 до 12 років.

Об'єднання, члени якого зорганізувались з метою вчинення злочинів невеликої або середньої тяжкості, не може бути визнано злочинною організацією, навіть якщо воно є стійким та ієрархічно структурованим. При наявності для цього підстав воно може розглядатися як організована група. Однак деякі науковці заперечують це, вказуючи на недосконалість закону в цьому аспекті¹. Зокрема, Н. П. Водько наводить приклад, що у випадку коли злочинним формуванням, яке характеризується високою стійкістю, згуртованістю та систематичним отриманням злочинних прибутків, вчиняється втягнення у заняття проституцією (яке не є тяжким злочином), кримінальна відповідальність за ознакою злочинної організації наставати не може і це є одним із недоліків такого законодавчого визначення злочинної організації. Разом з тим, слід відмітити, що спрямованість на вчинення членами злочинного об'єднання окрім тяжких (особливо тяжких) також злочинів середньої (невеликої) тяжкості, не створює підстав для невизнання такого об'єднання злочинною організацією.

Мету здійснення керівництва злочинною наркоорганізацією можна визначити, виходячи з етимологічного значення терміну «керувати», тобто спрямовувати чиюсь діяльність, вчити, як треба діяти, бути на чолі чого-небудь. М. І. Мельник² розкриває

¹ Див.: Водько Н. П. Уголовно-правовая борьба с организованной преступностью: Научно-практическое пособие. – С. 24; Козлов А. П. Соучастие: традиции и реальность. – С. 289-290.

² Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – С. 93.

поняття керування через дії, спрямовані на управління злочинною діяльністю. Він зазначає, що в свою чергу, управління включає в себе: а) визначення мети і напрямів діяльності злочинної організації, конкретних завдань, які висуваються перед групою чи організацією, їх структурними частинами або окремими учасниками; б) ініціювання здійснення певного виду злочинної діяльності чи вчинення конкретних злочинів, визначення їх об'єкта, способу вчинення; в) об'єднання і координацію дій окремих учасників, структурних частин об'єднань тощо.

Керівництво злочинною організацією може бути здійснене шляхом віддання наказів, розпоряджень, доручень, проведення інструктажів, організації звітів про виконання тих чи інших дій, прийняття рішень про застосування заходів впливу щодо членів злочинного об'єднання за невиконання доручень його керівництва або порушення прийнятих у ньому правил поведінки.

Мета координації означає прагнення до приведення у відповідність, внутрішню погодженість будь-яких (у даному випадку злочинних) дій. Наприклад, керівник злочинної організації повинен координувати дії першої або другої ланок організації з тим, щоб їх діяльність відповідала розробленому злочинному плану.

Під метою забезпечення функціонування як самої злочинної організації, так і інших злочинних груп розуміють прагнення до створення необхідних умов для існування цих об'єднань і здійснення ними злочинної діяльності. Створення таких умов може полягати у фінансуванні злочинної діяльності, приховуванні її, контррозвідувальному, розвідувальному, правовому, медичному, побутовому, інформаційному забезпеченні, забезпеченні особистої охорони організаторів та керівників злочинної організації чи інших злочинних груп, легалізації доходів, отриманих зазначеними об'єднаннями злочинним шляхом, забезпеченні їх прикриття від соціального контролю, у тому числі від притягнення учасників таких об'єднань до кримінальної відповідальності тощо.

Таким чином, *вчинення злочинів злочинною організацією у сфері наркобізнесу можна визначити як вчинення злочинів створеним за попередньою змовою стійким ієрархічним об'єднанням трьох і більше суб'єктів злочину для спільної діяльності в сфері наркобізнесу з метою безпосереднього вчинення ними тяжких чи особливо тяжких наркотичних злочинів, чи керівництва або координації злочинної діяльності в сфері наркобізнесу інших осіб, або забезпечення функціонування як самої злочинної організації, так і інших злочинних груп у сфері наркобізнесу.*

УГОЛОВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ: ПОНЯТИЕ, ВИДЫ И ПРЕДЕЛЫ

Уголовная ответственность: понятие, виды и пределы // Российское уголовное право: традиции, современность, будущее : материалы научной конференции, посвященной памяти профессора М. Д. Шаргородского (1–2 июля 2004 г., Санкт-Петербург) / под ред. Н. М. Кропачева, Б. В. Волженкина. – СПб. : Изд. дом С.-Петерб. гос. ун-та, Изд-во юрид. фак. С.-Петерб. гос. ун-та, 2005. – С. 103–107.

1. Не вызывает сомнения тот факт, что проблема уголовной ответственности является как традиционной для уголовно-правовой науки и законодательства, так и современной, а также перспективной. В свое время М. Д. Шаргородский посвятил свои исследования понятию и основанию уголовной ответственности, уголовно-правовым отношениям и др. При этом под уголовной ответственностью он понимал обязанность преступника претерпеть наказание. Его суждения и выводы перекликаются и с современными исследованиями. С ними можно соглашаться или не соглашаться, однако в любом случае они служат отправной базой для дальнейших исследований уголовной ответственности как одной из центральных категорий уголовного права.

2. Представляется, что проблема уголовной ответственности может быть продуктивно рассмотрена, если учесть, что она является категорией публичного права, отраслью которого является право уголовное. Публичное же право регулирует, как известно, властотношения, которые характеризуются рядом признаков. К ним, в частности, относятся такие, как юридическое неравенство сторон, подчиненность одной стороны другой, ограничение действий властвующей стороны принципом: «разрешено только то, что предусмотрено законом, все остальное запрещено» и др. С этой точки зрения *сущностью уголовной ответственности является ограничение государственной властью прав и свобод лица, совершившего преступление.*

В свою очередь, государственная власть подразделяется, как известно, на три ветви. Поэтому и уяснение *содержания уголовной ответственности* как совокупности взаимосвязанных между собою ее элементов не может не учитывать деление государственной публичной власти на законодательную, судебную и исполнительную.

3. Законодательно установленная уголовная ответственность заключается в том, что парламент устанавливает виды и размеры ограничений определенных прав и свобод будущих правонарушителей при совершении ими определенного вида преступлений, предусмотренных в УК. Иными словами, установленная законодателем уголовная ответственность сводится к установлению санкции уголовно-правовой нормы. При этом такую санкцию не следует сводить лишь к санкциям статьи Особенной части УК. Понимаемая мною санкция охватывает, кроме того, и все положения Общей части, которые предусматривают отдельные виды наказаний, их ограничений по кругу лиц, порядок назначения и т. п. Таким образом, *элементами содержания уголовной ответственности, устанавливаемой законодательной властью*, являются: субъект – парламент; объект – определенные виды прав и свобод будущих правонарушителей; фор-

ма их ограничения – санкция уголовно-правовой нормы. Такая ответственность устанавливается в рамках конституционных правоотношений. Пределами рассматриваемого вида уголовной ответственности является вступление в силу соответствующего уголовного закона и утрата им этой силы (за исключением обратной силы уголовного закона, смягчающего уголовную ответственность). Выделение законодательно установленной уголовной ответственности позволяет акцентировать внимание как законодателя, так и науки уголовного права на дальнейшей разработке проблем криминализации, ее связи с пенализацией, дифференциации уголовной ответственности, а также на разработке иных мер уголовно-правового воздействия на преступников.

4. Судебная уголовная ответственность или судом определяемая мера уголовной ответственности проявляется (применительно к конкретному преступнику) в индивидуализации судом вида и меры ограничения его прав и свобод в рамках, определенных законодательной властью. Именно суд в обвинительном приговоре констатирует виновность лица в совершении определенного преступления и определяет конкретные ограничения индивидуальных прав и свобод осужденного. Такая индивидуализация может выражаться в различных формах, а именно в вынесении обвинительного приговора суда: 1) без назначения наказания; 2) с назначением наказания, но с одновременным освобождением от его реального отбывания; 3) с обязательным реальным отбыванием назначенного наказания и др. Таким образом, *элементами содержания индивидуализированной судом уголовной ответственности* являются: субъект – суд; объект – индивидуальные права и свободы определенного преступника; форма их ограничения – обвинительный приговор суда. Индивидуализация такой ответственности осуществляется в рамках уголовно-правовых отношений в соответствии с процедурой, предусмотренной в УПК. Пределами такой ответственности являются: начальный момент – вступление в законную силу обвинительного приговора суда, конечный – день обращения этого приговора к исполнению. Выделение данного вида уголовной ответственности дает простор для разработки во всей полноте проблем индивидуализации судом уголовной ответственности лицу, совершившему преступление.

5. Уголовная ответственность, реализуемая специальными органами исполнительной власти государства, заключается в реальном ограничении прав и свобод преступника – лица, осужденного судом за конкретное преступление. Особенно ярко это проявляется при ограничении прав и свобод осужденного в процессе исполнения назначенного судом наказания. Следовательно, *элементами содержания рассматриваемого вида уголовной ответственности* являются: 1) субъект – специальные органы исполнительной государственной власти; 2) объект – права и свободы конкретного осужденного, подлежащие ограничению; 3) формы их ограничения, устанавливаемые уголовно-исполнительным законодательством и осуществляющиеся в деятельности специальных органов государства. Не случайно об этом виде уголовной ответственности говорят как об «исполнении — отбывании» наказания. Ограничение прав и свобод осужденного осуществляется в рамках материальных уголовно-правовых отношений в соответствии с процедурами, предусмотренными Уголовно-исполнительным кодексом. Пределы рассматриваемого вида уголовной ответственности: начальный момент – день обращения обвинительного приговора суда к исполнению, конечный – день освобождения лица от отбывания наказания. Выделение уголовно-исполнительного вида уголовной ответственности позволяет направить усилия науки уголовно-исполнительного права на исследование проблем ограничения прав и свобод осужденных, а законодателя – на регламентацию уголовно-исполнительных аспектов уголовной ответственности.

6. Рассмотрение уголовной ответственности как категории публичного права в трех ее разновидностях позволяет определить ее как *предусмотренное законодателем в*

уголовном кодексе ограничение прав и свобод лица, совершившего преступление, которое индивидуализируется в обвинительном приговоре суда и осуществляется специальными органами исполнительной власти государства.

7. Очевидно, что уголовная ответственность в ее судебном и уголовно-исполнительном виде реализуется в рамках материальных уголовных правоотношений. Эти категории настолько взаимосвязаны, что имеют один и тот же начальный и конечный моменты. Известно, что признать лицо виновным в совершении преступления может только суд в обвинительном приговоре, вступившем в законную силу. Логично сделать вывод, что именно этим же моментом и определяется момент возникновения уголовного правоотношения, порожденного сложным юридическим составом – совершением преступления, констатированного обвинительным приговором суда, вступившим в законную силу. Но этим самым моментом, как отмечено выше, определяется и начало уголовной ответственности, индивидуализированной судом. Таким образом, и *уголовное правоотношение, и уголовная ответственность конкретного лица возникают одновременно, а именно: с момента вступления в силу обвинительного приговора суда.*

В таком случае возникает вопрос: а какие же правоотношения существуют с момента совершения лицом деяния, подпадающего под признаки преступления? В целом эти правоотношения можно назвать правоотношениями уголовного преследования, которые регулируются отчасти уголовно-розыскным, а в основном – уголовно-процессуальным законодательством. Именно правоотношения уголовного преследования существуют между лицом, *обвиняемым* в совершении преступления, и специально уполномоченными органами государства до вступления в силу обвинительного приговора суда. После этого момента, в процессе отбывания наказания и до погашения или снятия судимости преступник находится с государством в материальных уголовно-правовых отношениях, в рамках которых и реализуется уголовная ответственность, т. е. ограничиваются права и свободы этого преступника. *В момент прекращения уголовно-правовых отношений (по общему правилу, в момент погашения или снятия судимости) прекращается и уголовная ответственность конкретного лица, признанного судом виновным в совершении определенного преступления.*

Значение приведенной выше взаимосвязи уголовной ответственности и уголовно-правовых правоотношения позволяет: 1) рассматривать судом индивидуализированную и исполнительную уголовную ответственность только в рамках материальных уголовно-правовых отношений; 2) согласовать понимание указанных видов уголовной ответственности с презумпцией невиновности лица; 3) обосновать освобождение лица от уголовной ответственности как разновидность прекращения уголовного преследования и др.

ПРОТИПРАВНІСТЬ ЯК ОЗНАКА ВБИВСТВ

Протиправність як ознака вбивств // Кримінально-правова охорона життя та здоров'я особи : матеріали наук.-практ. конф., Харків, 22–23 квіт. 2004 р. / Ред. кол.: Сташис В. В. (голов.ред.) та ін. – К. ; Х. : Юрінком Інтер, 2004. – С. 18–19.

1. У своєму науковому повідомленні я мав на меті привернути увагу учасників конференції на формулювання вперше в КК України визначення вбивства, як умисного протиправного заподіяння смерті іншій людині (ч. 1 ст. 115 КК). Однак мої роздуми як над розділом КК «Злочини проти життя та здоров'я особи», так і над розділами Особливої частини КК взагалі призвели до висновку, що ознака протиправності притаманна не тільки вбивству, але й будь-якому іншому злочину. Проблема, однак, полягає в тому, як розуміти ознаку протиправності.

2. Дійсно, що, наприклад, являє собою умисне чи необережне заподіяння тяжких тілесних або середньої тяжкості тілесних ушкоджень особі? Вочевидь, що це також протиправне умисне чи необережне заподіяння шкоди здоров'ю особи. У свою чергу, крадіжка – це протиправне таємне викрадення чужого майна тощо. Примітне те, що багато диспозицій статей Особливої частини КК містить вказівку на незаконність, забороненість, протиправність, «без належного дозволу» тощо. І це не випадково, адже будь-який злочин є діянням протиправним, навіть і в тих випадках, коли це спеціально не передбачено в диспозиції відповідної статті КК.

3. Що ж розуміти під протиправністю діяння, яке передбачене КК? Дореволюційні криміналісти, більшість радянських криміналістів до прийняття Основ кримінального законодавства Союзу РСР та союзних республік, сучасні західні вчені виходять з того, що протиправність, як ознака злочину, – це протиріччя діяння так званому об'єктивному правопорядку, тобто нормам і неюридичним регуляторам, що передбачають заборони (межі) в поведінці суб'єктів права. Саме порушення цих меж і визнається протиправним діянням.

4. Після заборони аналогії кримінальному закону в Основах кримінального законодавства в 1958 році став домінуючим погляд, який ототожнює протиправність діяння з кримінальною протиправністю, тобто з передбаченістю цього діяння в диспозиції кримінально-правової норми. Іншими словами, більшість сучасних вітчизняних криміналістів виходить з того, що саме КК, а не інша частина правопорядку, встановлює заборони (межі) в діянні суб'єктів права і порушення саме цих норм кримінального права і свідчить про протиправність діяння.

У такому випадку виникає запитання, навіщо ж у визначенні вбивства (і не тільки в ньому!) передбачати знову ознаку протиправності, якщо вбивство і так протиправне згідно з КК. А справа, на мій погляд, полягає в тому, що існує правомірне позбавлення життя іншої людини. При цьому така правомірність базується на нормах не кримінального права, а інших галузей права (необхідна оборона, крайня необхідність, затримання злочинця, виконання наказу тощо).

Виникає запитання, навіщо ж в КК подвоювати протиправність? Відповідь на це питання я вбачаю в тому, що поняття «протиправність діяння» та «передбачуваність діяння в КК» є зовсім не тотожними.

У зв'язку з цим хочу звернути увагу на підхід, який існує у сучасній західній доктрині, зокрема, в німецькій кримінально-правовій науці. Німецькі криміналісти серед елементів злочину, як підстави кримінальної відповідальності, виділяють три елементи: 1) протиправність діяння; 2) відповідність його фактичному складу; і 3) винність діяння (в останній час винність включають до елементів злочину). При цьому, протиправним визнається діяння, якщо воно: 1) протирічить правовому порядку; 2) якщо відсутні обставини, що виключають протиправність діяння.

Фактично такий же підхід можна побачити і у визначенні вбивства в ч. 1 ст. 115 КК. Тому доктринальне визначення вбивства може бути сформульоване як «протиправне умисне позбавлення життя іншої особи, вчинене суб'єктом злочину за відсутності обставин, що виключають протиправність такого діяння». Іншими словами, протиправність як ознака вбивства знаходить своє місце поза межами складу вбивства, поряд із цим складом.

І це є правилом для будь-якого злочину. Такий висновок вимагає переосмислення та перегляду багатьох принципів положень кримінально-правової науки щодо підстави кримінальної відповідальності.

УГОЛОВНОЕ ПРАВО КАК ОТРАСЛЬ МАТЕРИАЛЬНОГО ПУБЛИЧНОГО ПРАВА

Уголовное право как отрасль материального публичного права // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы Второй междунар. науч.-практ. конф. – М. : ТК Велби, изд-во Проспект, 2005. – С. 285–286.

1. Известно, что объективное деление системы права на две подсистемы (суперсистемы, суперотрасли и т.п.) – частное и публичное право – имеет принципиальное значение для решения практически всех теоретических и прикладных задач. Это обусловлено тем, что каждая из указанных подсистем характеризуется присущими только ей специфическими правовыми средствами, правовыми режимами, принципами и др.

Исследования уголовного права как отрасли публичного права еще не привлекло к себе такого же внимания, которое проявлено к методологическим проблемам частного права. Между тем, для уголовного права как отрасли публичного права характерным является императивный метод правового регулирования властеотношений, какими являются уголовно-правовые отношения; принцип субординации, неравенства сторон, их зависимость и подчиненность; подчинение властвующей стороны принципу «разрешено только то, что предписано законом» и т.д. Во всяком случае, исследование уголовного права под этим углом зрения способно привести к новым научным выводам, которые позволяют пересмотреть многие устоявшиеся позиции.

2. К отраслям публичного права традиционно относятся конституционное (государственное) право, административное и финансовое право, уголовное право, судебное право и международное публичное право. Очевидно, что среди указанных отраслей имеются отрасли как материального, так и процессуального права.

Известно, что материальной признается такая отрасль права, которая регулирует общественные отношения, реально сложившиеся между субъектами права и которые подлежат урегулированию с помощью определенных правовых средств. При наличии соответствующих юридических фактов на основании норм материального права у определенных субъектов правоотношений возникают соответствующие материальные субъективные права и обязанности. Процессуальные же формы и процедуры реализации норм материального права, т.е. реализация прав и обязанностей субъекта, регламентированы соответствующей процессуальной отраслью права.

3. С этой точки зрения, очевидно, что уголовное право относится к числу материальных отраслей публичного права. С момента вступления в законную силу обвинительного приговора суда, когда в соответствующей процессуальной форме установлено, что определенное лицо совершило преступление, предусмотренное УК, между этим лицом и государством возникают материальные уголовно-правовые отношения. В рамках этих правоотношений у названных субъектов возникают соответствующие материальные публичные права и обязанности. При этом, на стороне государства имеются только публичные права, точнее, публичные материальные полномочия, а на стороне преступника – только субъективные юридические обязанности. Так, государство в лице

суда полномочно осудить преступника за совершенное им преступление и определить ему меру уголовной ответственности, действуя при этом в рамках, обозначенных УК, и в соответствии с процессуальной формой, определенной в УПК. В тоже время у преступника возникает лишь юридическая публичная обязанность претерпеть все неблагоприятные правовые последствия совершенного им преступления, в том числе осуждение за совершенное преступление и ограничение своих прав и свобод, определенных обвинительным приговором суда.

4. Иногда считают, что в уголовно-правовых отношениях у преступника имеются также и публичные субъективные права, например, право на правильную квалификацию совершенного им преступления, освобождение от уголовной ответственности, назначение ему наказания, более мягкого, чем оно предусмотрено в санкции соответствующей статьи УК, условно-досрочное освобождение от отбывания наказания и замену наказания более мягким, досрочное снятие судимости и др.

В таких случаях, однако, не учитывается публичность уголовного права как отрасли права, для которой характерным является императивный метод регулирования уголовно-правовых отношений. Эти отношения относятся к числу властеотношений, для которых характерным является подчинение одной стороны (преступника) другой стороне (государству). При таком положении суд полномочен действовать на основании, в пределах и способом, предусмотренными Конституцией и УК, а преступник обязан претерпеть все неблагоприятные последствия совершения преступления, которые определяет ему суд. Разумеется, преступник имеет право ходатайствовать перед судом о той или иной квалификации им содеянного, об освобождении его от уголовной ответственности или об учете судом при определении меры уголовной ответственности тех или иных обстоятельств, о назначении ему более мягкого наказания, об условно-досрочном освобождении от дальнейшего отбывания наказания и т.п. Иногда эти права предлагают закрепить в УК. В таком случае, однако, не учитывается материальная сущность уголовного права. Перечисленные и иные субъективные права лица, обвиняемого в совершении преступления, и осужденного, относятся к числу процессуальных. Они предусмотрены в УПК и нет никакой необходимости регламентировать их в УК.

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО УКРАЇНИ ЯК ПУБЛІЧНА ГАЛУЗЬ ПРАВА

Кримінальне право України як публічна галузь права // Вісн. Конституц. Суду України. – 2005. – № 2. – С. 83–85.

1. Кримінальне право України як галузь права належить до сфери публічного матеріального права, а також до охоронювальної підсистеми права.

За методом правового регулювання (імперативний метод) ця галузь права віднесена до публічного права тому, що їй притаманні такі характерні риси, як: юридична нерівність сторін, підпорядкованість однієї сторони іншій, субординаційність їх відносин; наявність єдиного центру регулювання – держави з винятково юридичною формою кримінально-правових норм – закону; підпорядкування поведінки владної сторони принципу «дозволено тільки те, що передбачено законом» тощо.

2. Критерій віднесення кримінального права до матеріальних галузей права полягає в тому, що ця галузь права покликана упорядковувати реальні владні відносини, що складаються між державою та злочинцем, і які підлягають регулюванню специфічними правовими засобами. З моменту, коли відповідним державним органам стає відомо про вчинення особою діяння, яке ззовні містить склад певного злочину, виникають оперативно-розшукові, а згодом – і кримінально-процесуальні правовідносини, які врегульовані законодавством про оперативно-розшукову діяльність та кримінально-процесуальним правом України. У цей час ще не існують кримінально-правові відносини між державою та злочинцем, адже відповідно до статті 62 Конституції України та частини другої статті 2 Кримінального кодексу України особа визнається винною у вчиненні злочину тільки за обвинувальним вироком суду. До моменту набрання законної сили цим вироком між державою та особою, яка обвинувачується у вчиненні злочину, або є підсудною, існують процесуальні правовідносини, точніше, публічно-правові відносини кримінального переслідування. Саме в межах цих правовідносин у особи, яка обвинувачується у вчиненні злочину, виникають певні процесуальні права, наприклад клопотати перед відповідними посадовими особами та судом про правильну кваліфікацію вчиненого нею, про врахування судом тих чи інших обставин справи, які пом'якшують кримінальну відповідальність, тощо. Не можна погодитися з тим, що на цьому етапі підсудна особа має, наприклад, суб'єктивне право на призначення їй більш м'якого покарання, ніж передбаченого в санкції статті КК, за якою кваліфіковано її дії. В умовах кримінального процесу, який також є публічно-правовим, представник держави має владні повноваження, яким протистоять суб'єктивні процесуальні права учасників процесу, наприклад клопотати про вчинення певних дій або оскаржувати ті чи інші дії (бездіяльність) слідчого або суду. Однак ці суб'єктивні права є правами процесуальними, а не матеріальними. Пояснюється це тим, що в кримінально-правових матеріальних правовідносинах влади – підкорення державно-владні повноваження належать тільки відповідним державним органам та посадовим особам, а злочинцеві –

тільки юридичний обов'язок перетерплювати обмеження його прав і свобод, що визначаються в обвинувальному вирокі суду та реально здійснюються спеціальними органами державної виконавчої влади.

3. Система публічного права має важливу складову – охоронювальну підсистему, до якої належать норми, що визначають, які діяння є правопорушеннями та яким стягненням підлягають особи, що їх вчинили. Саме до охоронювальної системи публічного права належить і кримінальне право. Відповідно до пункту 22 частини першої статті 92 Конституції України тільки законами України визначаються діяння, які є злочинами, та відповідальність за них. Згідно з частиною другою статті 1 КК України саме КК визначає, «які суспільно небезпечні діяння є злочинами та які покарання застосовуються до осіб, що їх вчинили». Як уже зазначалося, вчинення особою злочину, що встановлюється обвинувальним вирокком суду, є юридичним фактом, який породжує матеріально-правові відносини, в межах яких суд визначає міру кримінальної відповідальності за вчинений злочин. З цього випливає, що структура такої кримінально-правової норми містить у собі два елементи, а саме: гіпотезу (якщо особа вчинила певний злочин) та диспозицію (то суд повноважний визначити їй міру кримінальної відповідальності відповідно до санкції статті КК та з урахуванням вимог Загальної частини КК). Це означає, що кримінально-правова норма має регулювати специфічними правовими засобами саме правомірну поведінку суду щодо кримінального правопорушника.

4. Отже, дискусійним є питання, поведінку яких суб'єктів регулюють норми кримінального права: можливих, потенційних, злочинців чи поведінку суду щодо дійсних злочинців або поведінку як перших, так і другого? Багато хто вважає, що норма кримінального права адресована як громадянам (можливим суб'єктам відповідних злочинів), так і правоохоронним органам. Це пояснюють тим, що КК забороняє певну поведінку людей під загрозою кримінального покарання і тому така загроза регулює поведінку тих, хто не вчиняє певного злочину. У разі якщо злочин все ж таки вчинено, кримінально-правова норма регулює поведінку суду. Видається, що КК взагалі не забороняє певної поведінки. Згідно з частиною першою статті 11 КК злочинно визнається винне суспільно небезпечне діяння суб'єкта, що передбачене КК. Таким чином, КК лише передбачає сукупність юридичних ознак (склад злочину), які характеризують певний вид діянь як злочинних. Завдання ж суду полягає у правильній кваліфікації фактично вчиненого суспільно небезпечного діяння, тобто правильне встановлення певної гіпотези кримінально-правової норми. Очевидно, що з цього погляду зазначені положення кримінально-правової норми звернуті саме до правозастосувача (суду). Тим більше це стосується диспозиції норми, що визначає повноваження суду відносно особи, яка вчинила злочин.

5. Не можна, однак, не бачити й того, що наявність тієї чи іншої кримінально-правової норми, її застосування органами кримінальної юстиції певним чином впливають на поведінку певного кола осіб, які утримуються від вчинення злочинів саме під загрозою бути підданими заходам кримінальної відповідальності. Але чи можна такий інформаційний, психологічний, емоційний та орієнтовно-ціннісний вплив на законослухняну поведінку певного кола осіб називати кримінально-правовим регулюванням цієї поведінки? Вважаю, що не можна. Це пояснюється тим, що правове регулювання суспільних відносин взагалі, як і кримінально-правове зокрема має своєю метою упорядкування певного виду таких відносин специфічними правовими засобами (визначення юридичних фактів, кола суб'єктів, на яких поширюється регулювання, наділення їх суб'єктивними правами та юридичними обов'язками тощо). Відповідно до частини другої статті 50 КК України покарання, яке застосовується до осіб, що вчинили злочини, має на меті не тільки кару, а й виправлення засуджених, а також запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так й іншими особа-

ми. Не можна виключати, що досягнення такої самої мети (виправлення та попередження злочинів) має місце і при зазначеному вище не правовому впливі на певне коло осіб. Але наявність та досягнення однієї й тієї самої мети різними засобами ще не свідчить про те, що в обох випадках йдеться про кримінально-правове регулювання суспільних відносин. Розуміється, виходячи з принципу законності законодавець зобов'язаний чітко, ясно та однозначно описувати в КК ознаки певного виду злочинів та кримінально-правові наслідки їх вчинення. Законодавчі формулювання мають бути зрозумілими не тільки для правозастосувачів, а й для тих осіб, на коло яких поширюється дія певної кримінально-правової норми. Це має важливе значення для загального та спеціального попередження злочинів. Однак ознайомлення певного кола осіб з кримінально-правовими нормами, їх обізнаність щодо застосування цих норм органами кримінальної юстиції і в кінцевому результаті – утримання від вчинення злочинів не є наслідком кримінально-правового регулювання такої поведінки зазначених осіб. Кримінальне право як галузь публічного права своїм предметом має регулювати специфічними правовими засобами тільки такі відносини, що складаються між державою та особою, яка вже вчинила злочин.

НОВИЙ КРИМІНАЛЬНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ В КОНТЕКСТІ СУЧАСНОЇ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ДУМКИ

Новий Кримінальний кодекс України в контексті сучасної кримінально-правової думки // Антологія української юридичної думки : в 10 т. Юридична наука незалежної України / Ред. кол.: Ю.С. Шемшученко (голова) та ін. – К. : Вид. Дім «Юрид. книга». – 2002–2005. – Т. 10. – 2005. – С. 591–626 (у співавторстві з В. Я. Тацієм, В. В. Сташисом).

Прийнятий 5 квітня 2001 р. Верховною Радою України Кримінальний кодекс України має важливе значення у боротьбі з кримінальною злочинністю в Україні. Необхідність його підготовки була обумовлена, насамперед, тим, що побудова та функціонування правової демократичної держави не може нормально відбуватися без існування відповідної законодавчої бази. Такою законодавчою базою в боротьбі зі злочинністю виступає Кримінальний кодекс. Значне зростання злочинності у перші роки незалежної України, проявлення її агресивних форм, поширення організованої злочинності та злочинності у сфері економіки поставили нагальні питання щодо створення кримінального законодавства, яке б відповідало сучасним реаліям і давало б можливості належного здійснення заходів боротьби із злочинністю. В умовах формування нових соціальних та економічних відносин чинний КК України, що був прийнятий у 1960 році, хоча й змінювався та доповнювався в останні роки, але в цілому мав серйозні вади і не відповідав в повній мірі як новим потребам суспільства і держави, так і сучасній теорії кримінального права, а саме: 1) мав низку серйозних прогалин; 2) за період свого існування був підданий (особливо в останні роки) численним і не завжди обґрунтованим змінам і доповненням, що порушили його цілісність і системність; 3) не враховував міжнародних зобов'язань України в зв'язку з вступом її в Раду Європи і приєднанням до ряду міжнародно-правових договорів у сфері боротьби зі злочинністю; 4) перелік і зміст кримінально-правових заборон вимагав перегляду; 5) мала потребу в удосконаленні відповідно до сучасних вимог і міжнародних стандартів система покарань тощо.

Широке обговорення проекту КК дало змогу сформулювати базові концептуальні положення Кримінального кодексу: а) визнання того, що законодавство України про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України, який ґрунтується на Конституції України та загальноєвропейських принципах і нормах міжнародного права; б) закріплення основоположних принципів цивілізованого кримінального права: нема злочину, немає покарання без вказівки на те в законі; застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією забороняється; підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого Кримінальним кодексом; в) закріплення в кодексі принципу особистої та винної відповідальності фізичних осіб; г) поширення в КК положень, спрямованих на посилення боротьби з організованою злочинністю; д) розширення

системи покарань, альтернативних позбавленню волі, формування санкцій Особливої частини від менш суворих покарань до більш суворих; е) остаточна відмова від смертної кари, як виключної міри покарання, встановлення довічного позбавлення волі лише за злочини, що пов'язані з умисним вбивством людини при обтяжуючих обставинах; є) зниження покарання у вигляді позбавлення волі за необережні злочини; ж) введення у Кодекс низки нових норм, що забезпечують можливість звільнення від кримінальної відповідальності та покарання; з) введення до Особливої частини низки заохочувальних норм, що стимулюють позитивну посткримінальну поведінку винного тощо.

Положення нового КК України враховують сучасну кримінально-правову думку, яка знаходить своє відображення не тільки в наукових доробках українських та зарубіжних криміналістів, але і в Конституціях країн з розвинутою демократією, рішеннях Конституційних судів з кримінально-правових питань та Європейського Суду з прав людини, багаторічній практиці судового застосування усталених кримінально-правових норм, вітчизняних та міжнародних політико-юридичних документах тощо.

КК України виходить з необхідності відповідності кримінального законодавства Конституції України та її міжнародно-правовим зобов'язанням. Тому КК максимально ув'язаний з положеннями Конституції України, які мають базове значення для розвитку кримінального законодавства.

Це, насамперед, положення Конституції України про визнання і дію в Україні принципу верховенства права, а також про необхідність відповідності законів України Конституції. Згідно з ч. 1 ст. 3 Конституції України людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Тому КК України передбачає широке коло злочинів проти цих благ, а також досить суворі заходи відповідальності за них (аж до довічного позбавлення волі).

Відповідно до ст. 75 Конституції лише Верховна Рада України є законодавчим органом в Україні, і тільки вона згідно з п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції уповноважена в законах визначати дії, що визнаються злочинами, і відповідальність за них. Ґрунтуючись на цих конституційних приписах, ч. 1 ст. 3 КК встановлює, що кримінальне законодавство України складає тільки Кримінальний кодекс, прийнятий Верховною Радою України.

Окремими статтями КК встановлена відповідальність за порушення проголошених Конституцією прав людини і громадянина, зокрема, права людини на життя (ст. 27 Конституції), права на повагу до гідності, свободу від катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання (ст. 28 Конституції), права на свободу та особисту недоторканність (ст. 29 Конституції) тощо. Порушення всіх цих та інших прав людини, проголошених Конституцією, визнається злочинним (відповідно вбивство, заподіяння тілесних ушкоджень, катування та ін.) і тягне за собою кримінальну відповідальність.

Згідно з приписами ч. 2 ст. 58 Конституції про те, що «ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушенням», сформульована підстава кримінальної відповідальності як «вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого цим Кодексом» (ч. 1 ст. 2). КК також конкретизував відповідно до предмета кримінального законодавства конституційний припис про чинність закону в часі і про надання зворотної дії законам, якщо вони пом'якшують або скасовують відповідальність (ч. 1 ст. 58). Далі, згідно з положенням ст. 60 Конституції передбачене виключення кримінальної відповідальності особи, яка відмовилася виконувати явно злочинні розпорядження чи накази, а також встановлена кримінальна відповідальність за їх виконання. Передбачається виключення кримінальної відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів (ч. 1 ст. 63 Конституції) і т.п.

КК України виходить з необхідності забезпечення пріоритетного кримінально-правового захисту прав і свобод людини і громадянина. У цьому зв'язку розділи, що містять злочини проти здоров'я, свободи, честі та гідності людини, не тільки розміщені в Особливій частині відразу ж за злочинами проти основ національної безпеки України, а й значно розширені за рахунок включення в них нових видів посягань на ці блага. Це, зокрема, «Порушення прав пацієнта» (ст. 141), «Незаконне проведення дослідів над людиною» (ст. 142), «Порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин людини» (ст. 143), «Насильницьке донорство» (ст. 144), «Експлуатація дітей» (ст. 150) та ін.

Вихідним для діючого КК є також забезпечення наступності положень, що витримали апробацію часом і відповідають цивілізованим нормам кримінального права. Тому в ньому збережені положення про підстави кримінальної відповідальності, межі чинності кримінального закону, форми вини, відповідальність за незакінчений злочин і інш. Як такий, що витримав апробацію часом і показав свою ефективність, збережений і підхід до систематизації статей в Особливій частині КК України за родовим об'єктом посягання. Збережено і багато складів злочинів, котрі, як показала практика, досить вдало були сформульовані в КК 1960 р.

Разом з тим, уроки застосування та реформування попереднього КК України, а також восьмирічний досвід підготовки проекту нового КК змусили відмовитися у новому КК від низки положень. По-перше, КК України виходить із необхідності деідеологізації кримінального законодавства, що означає усвідомлення необхідності і можливості вирішувати за допомогою КК суто практичних, утилітарних завдань. Наївно очікувати від застосування КК перевиховання злочинців, викорінення злочинності, виховання громадян у душі законслухняності тощо. По-друге, кримінальне законодавство повинно бути деміфіологізованим. Історія неодноразово довела, що не треба розраховувати на кримінально-правові засоби, як на панацею у вирішенні складних економічних і соціальних проблем розвитку України. Слід виходити з того, що кримінальне право є останнім, крайнім заходом боротьби з негативними явищами в економіці та суспільному житті. Саме тому не можна захоплюватися надто популярною в буденній правосвідомості ідеєю посилення кримінальної репресії. Нарешті, по-третє, КК виходить з необхідності досить широкої декриміналізації, тобто виключення з числі злочинних таких діянь, які не являють собою суспільної небезпеки, тобто не заподіюють суттєвої шкоди економічним, політичним, соціальним чи іншим інтересам особи, суспільства та держави. В Особливій частині декриміналізовано понад 30 діянь, як в КК 1960 р. визнавалися злочинами. Це обумовлено тим, що ці діяння, в умовах нових суспільних відносин втратили небезпечність або не вимагають заходів кримінально-правового впливу для боротьби з ними, або являють собою спеціальні діяння щодо більш загальних, відповідальність за які передбачена певними статтями КК 2001 р. Це – «Злочинно-недбале використання або зберігання сільськогосподарської техніки» (ст. 147 КК 1960 р.), «Злочинно-недбале зберігання зерна і насіння олійних культур» (ст. 147), «Виготовлення спиртних напоїв і торгівля ними» (ст. 149), «Спекуляція» (ст. 154), «Одержання незаконної винагороди від громадян за виконання робіт, пов'язаних з обслуговуванням населення» (ст. 155), «Порушення правил торгівлі» (ст. 155), «Штучне підвищення і підтримування високих цін на товари народного споживання та послуги населенню» (ст. 155), «Незаконна торговельна діяльність» (ст. 155), «Порушення встановленого порядку промислової переробки або знищення конфіскованих спирту, алкогольних напоїв або тютюнових виробів» (ст. 155) тощо. За деякі злочини з 14 підвищений до 16 років вік, по досягненні якого особи раніше підлягали відповідальності з 14 років. Йдеться про умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони, вбивстві з необережності, а також умисне легке тілесне ушкодження, що спричинило короточасний розлад здоров'я або короточасну втрату

працездатності. Нарешті, декриміналізовані дії членів сім'ї і близьких родичів особи, яка вчинила злочин, щодо заздалегідь необіцяного приховування злочину, вчиненого членом сім'ї або близьким родичем.

Ці та інші положення дозволили проекту КК України, що був підготовлений робочою групою Кабінету Міністрів України, пройти перше читання у Верховній Раді. Під час цього читання Верховна Рада розглянула також альтернативний проект КК, внесений народним депутатом І. М. Пилипчуком. Зі значною перевагою у першому читанні був прийнятий проект Кабінету Міністрів України. У другому читанні проект був прийнятий Верховною Радою у вересні 2000 р. Третє читання, яким був прийнятий новий Кримінальний кодекс, відбулося 5 квітня 2001 р.

Новий КК України містить 447 статей. Він традиційно складається із Загальної та Особливої частин. У порівнянні з КК 1960 р. новий КК збільшений на 81 статтю, в тому числі за рахунок статей Загальної частини – на 49 статей, за рахунок статей Особливої частини – на 32 статті.

При обговоренні питання щодо структури КК автори виходили з того, що в законодавстві існує два підходи до вирішення цього питання: побудова КК за лінійною та змішаною системою. Перевагу було віддано лінійній структурі, при якій всі нормативні приписи Загальної та Особливої частин КК розмішуються по розділам, без подальшої диференціації їх по главах. Це має особливо важливе значення для побудови Особливої частини КК, розділи якої в цілому побудовані за родовим об'єктом кримінально-правової охорони.

КК має досить дробову структуру, з окремою нумерацією розділів для Загальної (ст. 1-108) та Особливої (ст. 109-447) частин. Загальна частина містить 15 розділів, а Особлива частина – 20 розділів без виділення окремих глав.

Розділи **Загальної частини** побудовані відповідно до певної системи, сутність якої зводиться до наступного. Спочатку передбачені положення, які є принциповими і загальними для всього КК (завдання КК, підстави кримінальної відповідальності, законодавство про кримінальну відповідальність); потім – приписи, які характеризують матеріально-правові підстави кримінальної відповідальності (поняття злочину, його види і стадії, суб'єкт злочину і вина, співучасть у злочині і множинність злочинів, а також обставини, що виключають злочинність діяння). На третьому місці – розділ IX «Звільнення від кримінальної відповідальності» (загальні положення і окремі підстави такого звільнення). Місце цього розділу визначено перед покаранням тому, що звільнення від кримінальної відповідальності можливе лише до набрання законної сили обвинувальним вироком суду, а призначенню покарання завжди передують постановлення такого вироку. Тому на четвертому місці – розділи КК про поняття і види покарання, призначення покарання, звільнення від покарання та від його відбування, а також про судимість. Потім – розділ про примусові заходи медичного характеру та примусове лікування, і в завершенні Загальної частини – розділ XV «Особливості кримінальної відповідальності та покарання неповнолітніх».

Загальна частина нового КК порівняно з Загальною частиною чинного КК за кількістю статей збільшена, як вже було відзначено, майже удвічі. Крім того, якщо Загальна частина КК 1960 р. включала 6 розділів, то чинний КК містить 15 розділів. Таке збільшення пояснюється тим, що більш ніж 40-річний строк дії КК 1960 р. показав, а наукові дослідження і тенденції судової практики довели необхідність подальшої деталізації положень Загальної частини з тим, щоб заповнити прогалини, які в ній мають місце. Крім того, з'явилися нові інститути, які потребували спеціального регулювання (напр., інститут множинності злочинів), виникла необхідність формулювання зовсім нових норм (напр., про врахування правових наслідків вироку суду іноземної держави, уявну оборону, виправданий ризик, добровільну відмову співучасників та тощо). Таким чином, відбулася подальша диференціація системи Загальної частини.

З'явилися самостійні розділи, присвячені, наприклад, повторності, сукупності і рецидиву, звільненню від кримінальної відповідальності, примусовим та іншим заходам медичного характеру, особливостям кримінальної відповідальності неповнолітніх тощо. Система Загальної частини КК побудована в цілому відповідно до етапів реалізації кримінальної відповідальності, більш визначена і ясна, що дуже важливо при практичному застосуванні статей, які до неї включені. Ознайомлення з системою Загальної частини не лише практичного працівника, але й будь-якого громадянина дає йому можливість легко відшукати в кодексі норму, яка його цікавить.

Принципові нові положення, в основі яких лежать досягнення сучасної науки кримінального права та усталена практика застосування кримінально-правових норм, мають місце в кожному із зазначених вище розділів Загальної частини, які розглядаються нижче.

Розділ I «Загальні положення» включає в себе принципові положення щодо завдання Кримінального кодексу та підстави кримінальної відповідальності.

Так, у ч. 1 ст. 1 «Завдання Кримінального кодексу України» звертає на себе увагу положення про те, що КК має своїм завданням саме правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довілля, конституційного устрою України від злочинних посягань. Крім того, в цій частині сформульовано загальноприйняте триєдине завдання КК, а саме: правове забезпечення охорони основних цінностей суспільства, забезпечення миру і безпеки людства та запобігання злочинам. У ч. 2 ст. 1 КК знайшло своє закріплення основне призначення КК як форми вираження кримінально-правових норм: Кримінальний кодекс «визначає, які суспільно небезпечні діяння є злочинами та які покарання застосовуються до осіб, що їх вчинили».

Відомо, яким є дискусійним в науці питання щодо підстав кримінальної відповідальності: злочин, склад злочину, діяння, що відповідає складу злочину чи містить тощо. В ст. 2 КК закріпила матеріальну та процесуальну підставу такої відповідальності. Так, згідно ч. 1 ст. 2 КК єдиною матеріально-правовою підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбачений Кримінальним кодексом. Таким чином, матеріально-правова підстава кримінальної відповідальності включає в себе двоєдину складову: фактичну підставу (вчинення особою суспільно небезпечного діяння) та юридичну підставу (наявність у вчиненому діянні складу злочину, передбаченого КК). Вперше в КК легалізовано поняття складу злочину як юридичної підстави кримінальної відповідальності. В свою чергу, процесуальною підставою кримінальної відповідальності відповідно до ч. 2 ст. 2 КК визнається обвинувальний вирок суду: «особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду».

В ч. 2 ст. 2 КК розвинуте положення, сформульоване в ч. 1 ст. 61 Конституції України: «Ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення». Ця стаття передбачає загальновизнаний принцип права «двічі за одне і те саме не карають» (*non bis in dem*). Стосовно кримінальної відповідальності цей принцип закріплено в ст. 4 Протоколу № 7 до Європейської Конвенції про захист прав і основних свобод людини, а також у ч. 3 ст. 2 КК України. Так, ст. 4 зазначеного Протоколу передбачає: «Жодна людина не може бути вдруге притягнута до відповідальності або покарана у кримінальному порядку судом однієї і тієї самої держави за злочин, за який вона вже була остаточно виправдана або засуджена відповідно до закону і кримінально-процесуального права цієї держави». У свою чергу ч. 3 ст. 2 КК України передбачає положення, що «ніхто не може бути притягнений до кримінальної відповідальності за той самий злочин більше одного разу».

Слід мати на увазі, що відповідно до рішення Конституційного Суду України від 27 жовтня 1999 року в справі про депутатську недоторканість під притягненням до кримінальної відповідальності розуміється пред'явлення особи постанови про притягнення її як обвинуваченої. Таким чином, відповідно до ч. 3 ст. 2 КК забороняється особу більше одного разу притягувати до відповідальності у вчиненні одного й того ж злочину. Наслідком цього є відмова в новому КК від адміністративної преюдиції та встановлення у ч. 3 ст. 7 КК положення про те, що коли громадянин України або особа без громадянства, що постійно проживає в Україні, вчинили злочини за межами України і за вчинені злочини зазнали кримінального покарання за межами України, то вони не можуть бути притягнуті в Україні до кримінальної відповідальності за ці злочини.

Розділ II «Закон про кримінальну відповідальність» закріплює традиційний для країн колишнього СРСР принцип монізму кримінального законодавства. Стаття 3 КК визначає, що законодавство України про кримінальну відповідальність становить лише Кримінальний кодекс України. Закони України про кримінальну відповідальність, прийняті після набрання чинності КК України, включаються до нього після набрання ними чинності. Отже, незважаючи на пропозиції деяких вітчизняних криміналістів та закордонних експертів, які пропонували запровадити принцип дуалізму кримінального законодавства, КК України не сприймав ідеї поділу кримінального законодавства на основне та додаткове, а встановив, що єдиною юридичною формою норм кримінального права є Кримінальний кодекс України, який ґрунтується на Конституції України та загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права.

В Розділі II, далі, знайшов своє повне відображення принцип законності в кримінальному праві. Передусім, встановлено, що злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки КК України (ч. 3 ст. 3 КК). При цьому «злочинність і караність діяння визначаються законом про кримінальну відповідальність, який діяв на час вчинення цього діяння» (ч. 2 ст. 4 КК). В свою чергу «часом вчинення злочину визначається час вчинення особою передбаченої законом про кримінальну відповідальність дії чи бездіяльності» (ч. 3 ст. 4 КК). Таким чином, із трьох можливих варіантів визначення часу вчинення злочину (час вчинення діяння або час настання наслідків, передбачених законом, або змішаний варіант) КК закріпив перший варіант. Це має важливе значення для встановлення часу вчинення так званих дистанційних злочинів, в яких між вчиненням діяння та наслідками спливає більш-менш тривалий проміжок часу.

Принцип законності, далі, забороняє також надавати зворотну дію в часі закону про кримінальну відповідальність, «що встановлює злочинність діяння або посилює кримінальну відповідальність» (ч. 2 ст. 5 КК). Це означає, що не має зворотної дії у часі не тільки закон, який криміналізує діяння та посилює його караність, а й закон, що звужує підстави та умови звільнення від кримінальної відповідальності та покарання чи його відбування, погіршує умови погашення чи зняття судимості тощо. З іншого боку, зворотну дію у часі (ч. 1 ст. 5 КК) має не тільки закон, що скасовує злочинність діяння, а й закон, який пом'якшує кримінальну відповідальність (а не тільки караність діяння, як це було передбачено у ч. 2 ст. 6 КК 1960 р.). Це означає, що зворотну дію у часі мають закони, що декриміналізують діяння та пом'якшують покарання, розширюють підстави та умови звільнення від кримінальної відповідальності та покарання чи його відбування, покращують для особи умови погашення та зняття судимості тощо.

Нарешті, виходячи із принципу злочинності, КК забороняє застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією (ч. 4 ст. 3 КК). Тим самим будь-яка поведінка особи, яка не містить складу злочину, не може визнаватися злочинною та караною. Тільки законодавець має право заповнювати «прогалини у визначені караності» шляхом конструювання відповідного складу злочину. Заборона аналогії повністю виключає свавілля у кримінальному праві.

В розділі II по-новому вирішені і інші важливі питання. Так, ст. 8 вперше передбачає так званий реальний або національний принцип дії кримінального закону у просторі. Відповідно до цього принципу іноземці та особи без громадянства, які постійно не проживають в Україні, підлягають кримінальній відповідальності за КК України, якщо вони вчинили за межами України особливо тяжкі злочини проти прав і свобод громадян України або інтересів України.

Далі, новий КК вперше передбачає положення про видачу злочинців, при цьому виходить із принципового положення, що «громадяни України та особи без громадянства, що постійно проживають в Україні, які вчинили злочини поза межами України, не можуть бути видані іноземній державі для притягнення до кримінальної відповідальності та віддання до суду» (ч. 1 ст. 10 КК).

Нарешті, новий КК (ст. 9) вперше передбачає положення про врахування вироку суду іноземної держави при кваліфікації нового злочину, призначенні покарання, звільненні від кримінальної відповідальності або покарання.

Розділ III «Злочин, його види та стадії» відкриває блок норм, що регламентують юридичну підставу кримінальної відповідальності, а саме склад злочину. При цьому спочатку визначається, що є сам злочин. Частина 1 ст. 11 КК багато в чому по-новому визначає одну з центральних категорій кримінального права – злочин – як передбачене кримінальним кодексом суспільне небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину. Таким чином, КК 2001 р., продовжуючи традицію КК 1960 р., закріплює формально-матеріальне визначення поняття злочину. При цьому, насамперед, привертає на себе увагу та обставина, що злочином є діяння, саме передбачене, а не заборонене КК. Це дає підстави стверджувати, що гіпотези кримінально-правових норм, які передбачені в КК, не забороняють ті чи інші діяння, а передбачають ознаки відповідного складу злочину. Таким чином, можна зробити висновок про те, що кримінальну протиправність діяння можна трактувати як передбаченість цього діяння КК. Крім того, злочином визнається саме винне суспільно небезпечне діяння, тобто суспільна небезпечність як ознака злочину має не тільки об'єктивні, а й суб'єктивні характеристики. Ознака винуватості характеризує саме суб'єктивну сторону суспільної небезпеки даного діяння. Взагалі, КК вперше дозволяє легально визначити матеріальну ознаку злочину – його суспільну небезпечність. Визначення її можна зробити, аналізуючи поняття малозначності діяння, що передбачене ч. 2 ст. 11 КК. Якщо малозначне діяння не становить суспільної небезпеки, притаманної злочину, то, навпаки, злочином визнається лише таке суспільно-небезпечне діяння, яке заподіяло або могло заподіяти істотну шкоду фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі. Нарешті, в ч. 1 ст. 11 КК вперше вказується, що обов'язковою ознакою злочину є його належний суб'єкт.

Визначене КК поняття злочину має важливе кримінально-правове значення, оскільки об'єм цього поняття розкривається в Особливій частині КК: види складів відповідних злочинів повинні відповідати ознакам поняття злочину і перелік цих видів злочинів вичерпним чином передбачений КК.

Відомо, далі яке правове значення має класифікація злочинів. В літературі пропонувалися різні критерії такої класифікації. В ст. 12 КК поділ злочинів на 4 групи проведений залежно від ступеня їх тяжкості, формальним показником якої є санкція статті Особливої частини КК.

В ст. 12 КК вперше чітко проведена класифікація злочинів на злочини невеликої та середньої тяжкості, тяжкі злочини та особливо тяжкі злочини. Ця класифікація використовується практично у всіх інститутах Кримінального кодексу, а саме: при визначенні відповідальності за приготування до злочину, за злочин, вчинений злочинною організацією, при звільненні від кримінальної відповідальності, при призначенні покарання за сукупністю злочинів і сукупністю вироків, при призначенні більш м'якого

покарання, ніж передбачене законом, при звільненні від відбування покарання, при умовно-дostroковому звільненні від відбування покарання, судимості тощо. Передбачалося, що наведена класифікація злочинів буде використана і в КПК та ВКВ України.

В КК знайшли свою характеристику і окремі елементи, загальні для будь-якого складу злочину: об'єкт, суб'єкт, діяння та вина. Основні об'єкти кримінально-правової охорони передбачені в ч. 2 ст. 1 КК, а саме: права і свободи людини і громадянина, власність, громадський порядок та громадська безпека, довкілля, конституційний устрій України, мир і безпека людства. Інші об'єкти знайшли своє відображення в назвах розділів та статей Особливої частини КК, як-то: основи національної безпеки України, господарська діяльність, безпека виробництва, безпека руху та експлуатації транспорту, здоров'я населення, авторитет органів державної влади, місцевого самоврядування та об'єднання громадян тощо.

Новим є розділ IV «Особа, яка підлягає кримінальній відповідальності (суб'єкт злочину)». Значуще, що КК ототожнює суб'єкта злочину і суб'єкта, яка підлягає кримінальній відповідальності, і це є виправданим, оскільки одним з елементів підстави кримінальної відповідальності є саме суб'єкт злочину.

Принциповим є вирішення КК питання щодо визначення цього суб'єкта. Відомо, що сучасна наука кримінального права та деякі законодавства допускають дуалізм щодо суб'єкта злочину: ним визнається не тільки фізична, а й юридична особа. До речі, і альтернативний проект КК України, внесений на розгляд Верховної Ради України народним депутатом України І. М. Пилипчуком, також передбачав можливість визнання юридичної особи суб'єктом ряду злочинів. КК все ж таки закріплює принципове положення, що «суб'єктом злочину є фізична осудна особа, яка вчинила злочин у віці, з якого відповідно до цього Кодексу може наставати кримінальна відповідальність» (ч. 1 ст. 18 КК). Таким чином, КК виходить із принципу монізму в визначенні суб'єкта злочину: їм може бути лише фізична особа, і це повністю відповідає принципу особистої і винної відповідальності особи за заподіяну шкоду об'єктам кримінально-правової охорони. Далі, КК вперше легально виділяє із поняття суб'єкта злочину одну категорію – спеціального суб'єкта такого злочину. Їм визнається лише певна фізична осудна особа, яка вчинила злочин у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність (ч. 2 ст. 18 КК). Висновок про певну фізичну особу може бути зроблений як на підставі з'ясування ознак суб'єкта злочину, передбачених у диспозиції відповідної статті Особливої частини КК, так і на підставі відповідного тлумачення закону.

КК вперше визначає поняття осудності суб'єкта злочину, при цьому розрізняється два види: повну (ч. 1 ст. 19) та обмежену осудність (ч. 1 ст. 20), при якій особа внаслідок хворобливого стану психіки нездатна повною мірою усвідомлювати свої дії та (або) керувати ними. Такий стан під час вчинення злочину вельми поширений і давно вже назріла необхідність не тільки фактичного, але й юридичного його визнання. Обмежена осудність особи повинна враховуватися судом при призначенні покарання, а також може бути підставою для застосування примусових заходів медичного характеру (ч. 2 ст. 20 КК).

В ст. 22 КК зберігається існуючий в КК 1960 р. 16-річний загальний вік, з якого особа може бути притягнута до кримінальної відповідальності, а також знижений вік – 14 років за злочини, вичерпний перелік яких наведений у ч. 2 цієї ж статті. Новий КК у порівнянні з КК 1960 р. виключає можливість притягнення до кримінальної відповідальності, починаючи з 14 років, за вбивство через необережність та за умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони, оскільки відсутність життєвого досвіду і особливості розвитку мислення не дозволяють підліткам передбачати однакові з дорослими особами заходи перестороги. Разом з тим, законодавцем значно розширений (здається, не завжди обґрунтовано) перелік злочинів, відповідальність за вчинення яких може наставити з 14 років (наприклад, за диверсію, бандитизм, терористичний акт, захоплення заручників тощо).

Третім елементом складу злочину є об'єктивна сторона, обов'язковою та загальною ознакою якої є діяння. В КК відсутній спеціальний розділ, присвячений характеристиці діяння, але висновок про його ознаки можна зробити на основі системного аналізу КК. Таке діяння повинно бути суспільно небезпечним (ч. 1 ст. 1, ч. 1 ст. 2, ч. 1 ст. 11, ст. 24 КК); воно повинно бути передбачене КК (ч. 2 ст. 1, ч. 1 ст. 2, ч. 3 ст. 4, ст. 11); формами діяння є дія чи бездіяльність (ч. 2 ст. 4, ст. 11, ч. 1 ст. 15, ст. 19, ст. 23-25 КК); конкретні види суспільно-небезпечного діяння визначаються КК (ч. 1 ст. 1 КК).

Нарешті, четвертим обов'язковим елементом будь-якого складу злочину є вина. Розділ V так і називається «Вина та її форми». На відміну від КК 1960 р. статті, що регулюють найважливіші питання вини, виділено в окремий розділ, що підкреслює їх вирішальне значення для кримінальної відповідальності.

З відомих науці кримінального права теорій вини КК визнав психологічну теорію, визначивши вину як «психічне ставлення особи до вчинюваної дії чи бездіяльності, передбаченої цим Кодексом, та її наслідків, вираженої у формі умислу або необережності» (ст. 23 КК). Закон не формулює загальних понять умислу та необережності, але визначає їх види (прямий і непрямий умисел, злочинна самовпевненість та злочинна недбалість). Це зобов'язує правозастосовчі органи у кожній кримінальній справі встановлювати та доводити наявність певного виду умислу або необережності у злочинах з матеріальним складом.

КК не передбачає так званої складної (змішаної, подвійної, комбінованої тощо) форми вини, але у будь-якому випадку у складах злочину з найближчими і похідними наслідками, а також пов'язаних з порушенням певних правил тощо визнання суб'єкта винним у вчиненні таких злочинів може базуватися лише на встановленні ознак вини, визначених у ст. 23 КК. Точно так, хоча КК і не визначає поняття випадку (казусу), за що неодноразово був критикований деякими опонентами, однак принципові положення закону про те, що злочин визнається лише винне діяння, а поняття вини визначено у ст. 23 КК, ні при яких умовах не дозволяє констатувати склад злочину у суспільно небезпечному діянні суб'єкта, якщо не встановлено його психічного ставлення до цього діяння та його наслідків у вигляді певного виду умислу чи необережності. Нарешті, визначення у КК поняття вини та її форм дозволяє вирішити дискусійне в науці кримінального права питання щодо встановлення вини у так званих формальних складах злочинів. Вочевидь, що для констатації умислу достатньо, щоб суб'єкт усвідомлював суспільно небезпечний характер вчинюваної ним дії чи бездіяльності і бажав вчинити їх.

Відомо, що в Особливій частині КК склади злочинів конструюються в диспозиціях статей як закінчені злочини і як виконані безпосередньо суб'єктом злочину (виконавцем). Вочевидь, однак, що підставою кримінальної відповідальності є вчинення суб'єктом суспільно небезпечного діяння, яке містить ознаки складу не тільки закінченого, а й незакінченого злочину, а також складу злочину, вчиненого не тільки одноособово, а й у співучасті. З цієї точки зору КК визначає не тільки поняття закінченого злочину, а й кримінально карані попередні стадії умисного злочину (готування до злочину та замах на злочин), а також підстави відповідальності за вчинення злочину у співучасті.

Так, в ч. 1 ст. 13 КК вперше сформульоване поняття закінченого злочину як діяння, яке містить усі ознаки складу злочину, передбаченого відповідною статтею Особливої частини КК. Таким чином, ще раз підкреслено, що лише відповідна стаття Особливої частини КК передбачає склад закінченого злочину. Разом з тим, ознаки такого складу злочину знаходять своє місце не тільки у статті Особливої частини, а й в статтях Загальної частини КК, а деякі ознаки (наприклад, при бланкетних диспозиціях окремих статей Особливої частини КК) – і в інших нормативно-правових актах.

При визначенні незакінченого злочину КК лише називає його види – готування до злочину та замах на злочин (ч. 2 ст. 13 КК). Вочевидь, мова йде про готування до вчинення закінченого злочину та про замах на вчинення закінченого злочину. Таким чином,

незакінчений злочин можна визначити як суспільно небезпечне діяння суб'єкта, яке містить ознаки складу готування до злочину або замаху на злочин, передбачених ст. 14 або 15 та відповідною статтею Особливої частини КК.

При визначенні поняття готування до злочину закон сприйняв підхід закладений у ч. 1 ст. 17 КК 1960 р.: спочатку вказуються найбільш типові підготовчі дії, а потім формулюються їх загальне визначення як будь-якого іншого умисного створення умов для вчинення злочину. При цьому перелік типових підготовчих дій доповнений тими з них, які вже стали усталеними у судовій практиці та знайшли відповідне обґрунтування в науці кримінального права. Таким чином, ч. 1 ст. 14 КК передбачає такі види підготовчих дій: 1) підшукування засобів чи знарядь вчинення злочину; 2) пристосування засобів чи знарядь вчинення злочину; 3) підшукування співучасників; 4) змова на вчинення злочину; 5) усунення перешкод вчиненню злочину; 6) інше умисне створення умов для вчинення злочину.

Відомо, далі, що існує три законодавчих підходи до визначення кримінальної відповідальності за готування до злочину: 1) визнається караним у всіх випадках; 2) взагалі некаране, і 3) каране в певних випадках.

Новий КК дотримується змішаного підходу, при якому кримінально-караним визнається готування не до всіх злочинів, в лише до злочинів трьох категорій: умисних злочинів середньої тяжкості, тяжких та особливо тяжких злочинів. Згідно з ч. 2 ст. 14 КК «готування до злочину невеликої тяжкості не тягне за собою кримінальної відповідальності». Закон виходить з того, що таке готування є малозначним діянням і тому на підставі ч. 2 ст. 11 КК злочином не визнається.

Значно удосконаленим є визначення замаху на злочин. Частина 1 ст. 15 КК врахувала досягнення науки та практики застосування закону щодо того, що: 1) замах на злочин може бути вчинений не тільки дією, а й бездіяльністю; 2) діяння при замаху безпосередньо спрямоване на вчинення закінченого злочину, передбаченого відповідною статтею Особливої частини КК; і, нарешті, 3) замах на злочин може бути вчинений лише з прямим умислом. З урахуванням цього замахом на злочин визнається «вчинення особою з прямим умислом діяння (дії або бездіяльності), безпосередньо спрямованого на вчинення злочину, передбаченого відповідною статтею Особливої частини цього кодексу, якщо при цьому злочин не було доведено до кінця з причин, що не залежали від її волі». Крім того, ч. 2 та ч. 3 ст. 15 КК на відміну від інших КК передбачають два види замаху на злочин – закінчений та незакінчений, при цьому із критеріїв, такого поділу, які пропонуються в науці, закон вибрав суб'єктивний. Відповідно до цього «замах на вчинення злочину є закінченим, якщо особа виконала усі дії, які вважала необхідними для доведення злочину до кінця, але злочин не було закінчено з причин, які не залежали від її волі». З іншого боку, замах на злочин визнається незакінченим, «якщо особа з причин, що не залежали від її волі, не вчинила усіх дій, які вважала необхідними для доведення злочину до кінця». Законодавче визначення видів замаху зобов'язує правозастосовчі органи у кожному випадку встановлення замаху на злочин доказувати його вид, що повинно відбитися на кваліфікації дій винного (ч. 2 чи ч. 3 ст. 15 КК), а суд зобов'язаний врахувати при призначенні покарання, адже вчинення, наприклад, закінченого замаху на злочин свідчить про більшу ступінь реалізації злочинного наміру, що передбачено ч. 1 ст. 68 КК як обставина, яка враховується судом при призначенні покарання.

В ст. 16 КК знайшло окреме закріплення положення про те, що «кримінальна відповідальність за готування до злочину і замах на злочин настає за ст. 14 або 15 і за тією статтею Особливої частини цього Кодексу, яка передбачає відповідальність за закінчений злочин». Фактично в цій статті вирішується два питання: 1) формула кваліфікації незакінченого злочину включає в себе посилання на ст. 14 або 15 КК і відповідну статтю Особливої частини КК та 2) суд призначає покарання за незакінчений

злочин в межах санкції статті, яка передбачає відповідальність за певний закінчений злочин.

Новим є визначення в самому КК добровільної відмови особи від доведення злочину до кінця. Поняття такої відмови вибирає в себе три ознаки, які є вже ustalеними в науці кримінального права та в судово-слідчій практиці: «добровільною відмовою є остаточне припинення особою за своєю волею готування до злочину або замаху на злочин, якщо при цьому вона усвідомлювала можливість доведення злочину до кінця» (ч. 1 ст. 17 КК). Дискусійним є визначення кримінально-правових наслідків такої відмови. КК традиційно акцентує увагу лише на тому, що в разі добровільної відмови особа підлягає кримінальній відповідальності лише у тому разі, якщо фактично вчинене нею діяння містить склад іншого злочину (ч. 2 ст. 17 КК). При цьому відсутня відповідь на питання, чи звільняється від кримінальної відповідальності особа, яка добровільно відмовилася від доведення злочину до кінця, чи така відповідальність взагалі виключається? Відомо, що в літературі обґрунтовується як перша, так і друга позиція. Однак, навіть систематичне тлумачення ст. 17 КК призводить до висновку, що особа добровільно припиняє свої дії саме на стадії незакінченого злочину, про що йдеться як в назві статті, так і в її змісті. Таким чином, спочатку виникає підстава кримінальної відповідальності в діянні цієї особи, тобто вчинення нею суспільно небезпечного діяння, яке містить склад незакінченого злочину, і лише подальша добровільна відмова від доведення злочину до кінця є підставою її обов'язкового і безумовного звільнення від кримінальної відповідальності за незакінчений злочин. Такий висновок має важливе не тільки кримінально-правове, а й морально-політичне значення. Особа саме звільняється від кримінальної відповідальності за вчинений незакінчений злочин, а не виключається її відповідальність, яка може мати місце лише при незлочинній поведінці.

Значними новелами характеризується Розділ VI «Співучасть у злочині». По-перше, внесені зміни у поняття співучасті у злочини. По-друге, дістали подальшого розвитку ознаки окремих видів співучасників. По-третє, вперше легально визначені чотири форми вчинення злочину у співучасті. По-четверте, КК є урахуванням досягнень науки кримінального права та судової практики передбачає правила кримінальної відповідальності окремих співучасників, в тому числі організаторів та учасників організованої групи та злочинної організації. Нарешті, по-п'яте, КК вперше передбачає добровільну відмову співучасників. При формулюванні норм цього розділу враховувалось, що включені до них положення є ustalеними в теорії кримінального права, апробовані багаторічною практикою і дозволяють уникнути різних тлумачень у вирішенні питань про відповідальність за злочини, вчинені у співучасті.

У ст. 26 КК співучасть у злочині визначається, як «умисна спільна участь декількох суб'єктів злочину у вчиненні умисного злочину». Передусім, звертає на себе увагу подвійне вживання у визначенні співучасті слова «умисно», за що наведене визначення інколи піддається критиці. Разом з тим, слід мати на увазі, що тим самим КК поклав край необґрунтованій дискусії про те, чи може мати співучасть у вчиненні необережного злочину. Закон виправдано не розширив межі співучасті, закріпивши положення, що співучасть можлива лише при умисній спільній діяльності осіб і тільки при вчиненні саме умисного злочину. Крім того, наведене визначення має значення і для вирішення важливого у практиці питання про те, чи може мати місце співучасть, якщо у вчиненні умисного злочину спільно приймають участь несуб'єкти цього злочину (наприклад, несутудна особа чи особа, яка не досягла належного віку, тощо). Відомо, що така можливість знайшла своє обґрунтування в науці кримінального права під назвою групового способу вчинення злочину і була поширена у судовій практиці за радянські часи, а також має місце в сучасній російській практиці. Проте, ст. 26 КК чітко визначає, що співучасниками у вчиненні умисного злочину можуть бути лише суб'єкти цього злочину. Таким чином, виключається можливість конструювання співучасті з несуб'єктами відповідних злочинів.

Нарешті, в законі по-новому вирішене питання щодо мінімального кількісного складу співучасників. Ця кількість залежить від форми співучасті: для вчинення злочину групою осіб без попередньої та за попередньою змовою такою мінімальною кількістю визнаються два суб'єкта відповідного умисного злочину, а для вчинення злочину організованою групою та злочинною організацією – три таких суб'єкта. Остання позиція КК інколи піддається критиці з протилежних позицій: одні автори вважають, що для всіх форм співучасті мінімальну кількість співучасників повинні складати два суб'єкта злочину, а на думку інших – для вчинення злочину злочинною організацією необхідний мінімум п'ять і навіть шість осіб. КК виходить із міжнародних зобов'язань України, оскільки згідно з Палермською конвенцією щодо боротьби з транснаціональною злочинністю мінімальна кількість учасників організованої групи становить три особи.

КК хоча традиційно і виділяє чотири види співучасників злочину – виконавця, організатора, підбурювача та пособника, однак кожного з них характеризує багато в чому по-новому. Так, ч. 2 ст. 27 КК поряд з виконавцем називає і співвиконавця злочину; виділяється як безпосереднє виконавство (співвиконавство), так і опосередковане, тобто з використанням інших осіб, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне. Поняття організатора злочину розширене по двом напрямкам. По-перше, організатором визнається особа, яка організувала вчинення злочину (злочинів) або керувала його (їх) підготовкою чи вчиненням. По-друге, з урахуванням нових викликів злочинності організатором визнається також особа, «яка утворила організовану групу чи злочинну організацію або керувала нею, або особа, яка забезпечувала фінансування чи організувала приховування злочинної діяльності організованої групи або злочинної організації». Вочевидь, що останні форми організаторської діяльності для звичайних злочинів визнаються пособницькими, але, враховуючи велику суспільну небезпечність фінансування та приховування злочинної діяльності організованих злочинних угруповань, закон обґрунтовано визнає такі дії організаторськими. При визначенні підбурювача в ч. 4 ст. 27 КК спочатку називаються найбільш типові способи підбурювання (умовлення, підкуп, погроза, примус), а потім вказується, що підбурювачем також визнається особа, яка й «іншим чином схилила іншого співучасника до вчинення злочину». Вочевидь, що тут застосований метод визначення поняття, аналогічний тому, який використовується при визначенні готування до злочину (ч. 1 ст. 14 КК).

При визначенні інтелектуального та фізичного пособництва вчиненню злочину КК розширив перелік інтелектуальних дій пособника вказівкою на те, що пособником визнається і та особа, яка заздалегідь обіцяла придбати чи збути предмети, здобути злочинним шляхом, або іншим чином сприяти приховуванню злочину.

Новим є відмова КК від караності неповідомлення (навіть обіцяного до закінчення злочину) про достовірно відомий підготовлюваний або вчинюваний злочин (ч. 2 ст. 27 КК). Лише у випадках, якщо такі дії містять склад іншого злочину (наприклад, у сфері службової діяльності), особа підлягає кримінальній відповідальності. Крім того, спеціально зазначено, що не є співучастю, а визнається причетністю не обіцяне заздалегідь переховування злочинця, знярядь і засобів вчинення злочину, слідів злочину чи предметів, здобутих злочинним шляхом, або придбання чи збування таких предметів, що тягне за собою кримінальну відповідальність лише у випадках, спеціально передбачених ст. 198 КК (Придбання, отримання, зберігання чи збут майна, одержаного злочинним шляхом) та ст. 396 КК (Приховування злочину).

Стаття 28 КК передбачає чотири форми співучасті у злочині, які поділяються в залежності від суб'єктивного критерію – ступеня згуртованості співучасників, а саме: вчинення злочину групою осіб без попередньої змови між собою, групою осіб за попередньою змовою, організованою групою та злочинною організацією. Звертає на себе увагу та обставина, що в законі обґрунтовано передбачені саме різні форми співучасті

у злочині, тобто умисної спільної участі декількох суб'єктів злочину у вчиненні умисного злочину, а не ознаки окремих видів злочинних груп, як інколи вважають дослідники. Кожна із зазначених форм співучасті має свої особливості, з яких найбільш важливими є такі.

Характерними рисами першої форми співучасті у злочині – вчинення злочину групою осіб – є: 1) вчинення умисного злочину щонайменше двома суб'єктами цього злочину, при цьому кожен з них повинен виконувати роль виконавця, тобто всі вони визнаються співвиконавцями злочину, і 2) відсутність між ними попередньої змови, тобто відсутність змови на стадії готування до злочину. По суті мова йде про злочинну діяльність декількох виконавців, кожен з яких приєднується до злочинних дій іншого в процесі виконання першим об'єктивної сторони певного злочину (наприклад, самосуд над злочинцем, спільна участь у згвалтуванні у разі приєднання до вже розпочатого злочину тощо).

Друга форма співучасті у злочині – вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою – характеризується такими ознаками: 1) спільне вчинення певного умисного злочину щонайменше двома суб'єктами цього злочину та 2) наявність між ними попередньої змови до початку замаху на злочин, тобто змови про спільне вчинення даного злочину на стадії готування до нього.

Дискусія виникла навколо питання щодо того, які ролі повинні виконувати співучасники при даній формі співучасті у злочині: обов'язково всім виконувати ролі виконавців даного злочину чи ролі між ними можуть бути розподілені як визначено у ст. 27 КК. Виходячи із системного тлумачення ч. 2 ст. 28 КК, обґрунтованим видається висновок, згідно якого всі співучасники при даній формі співучасті можуть виконувати як ролі виконавців злочину, так і розподілити ролі між собою, тобто виступати поряд з виконавцем (співвиконавцями) у ролі організатора, підбурювача чи пособника. Такий висновок впливає із поняття співучасті (ст. 26 КК) та із видів співучасників (ст. 27 КК). Таким чином, спільне вчинення умисного злочину двома або більше суб'єктами такого злочину, які попередньо домовилися про спільне його вчинення, означає вчинення злочину як співвиконавцями, так і співучасниками з юридичним розподілом ролей.

Згідно з третьою формою співучасті «злочин 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) злочинів, об'єднаних єдиним планом з розподілом функцій учасників групи, спрямованих на досягнення цього плану, відомого всім учасникам групи» (ч. 3 ст. 28 КК). Найбільш дискусійним в сучасній науці кримінального права є визначення такої ознаки зазначеної форми співучасті, як вчинення злочину (злочинів) трьома або більше суб'єктами цих злочинів, які попередньо зорганізувалися у стійке об'єднання. Більшість дослідників пропонують нові оціночні ознаки при визначенні зорганізованого стійкого об'єднання, які, в свою чергу, потребують свого тлумачення. Видається, що ч. 3 ст. 28 КК дає вичерпний перелік ознак, які характеризують вчинення злочину трьома або більше суб'єктами, попередньо зорганізованих у стійке об'єднання. Це такі ознаки: 1) об'єднання зазначених суб'єктів – учасників групи – єдиним планом вчинення злочину (злочинів), 2) розподіл між ними функцій, спрямованих на досягнення цього плану, і 3) обізнаність всіх учасників групи про зазначений план. Встановлення цих ознак при вчиненні злочину (злочинів) трьома або більше його (їх) суб'єктами і буде свідчить про те, що вони вчинили його (їх) організованою групою.

Нарешті, четверта форма співучасті у злочині – вчинення злочину злочинною організацією – має місце там, де злочин «скоєний стійким ієрархічним об'єднанням декількох осіб (три і більше), члени якого або структурні частини якого за попередньою змовою зорганізувалися для спільної діяльності з метою: 1) безпосереднього вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів учасниками цієї організації, або 2) керівництва

чи координації злочинної діяльності інших осіб, або 3) забезпечення функціонування як самої злочинної організації, так і інших злочинних груп» (ч. 4 ст. 28 КК). Для цієї форми співучасті характерними є дві ознаки, а саме: вчинення злочину а) стійким та б) ієрархічним об'єднанням трьох і більше суб'єктів цього злочину. Стійкість об'єднання полягає в тому, що три чи більше суб'єкта злочину зорганізувалися за попередньою змовою для спільної діяльності для досягнення однієї з трьох цілей, передбачених у ч. 4 ст. 28 КК. Ієрархічність об'єднання учасників організації припускає щонайменше дві ланки підпорядкування між окремими учасниками злочинної організації або між структурними її частинами.

Вочевидь, що при оцінці ступеня суспільної небезпечності зазначених вище чотирьох форм співучасті у злочину закон виходить з того, що найбільш суспільно небезпечними є останні дві форми, а саме: вчинення злочину організованою групою та злочинною організацією. У зв'язку з цим поділяються і правила кримінальної відповідальності співучасників. Так, якщо ст. 29 КК передбачає правила, в основному загальні для кримінальної відповідальності всіх співучасників (наприклад, щодо ексцесу виконавця, залежності відповідальності співучасників від стадії вчинення злочину виконавцем, заборона ставлення в провину співучасникам ознак злочину, що характеризує особистість окремого співучасника, тощо), то в ст. 30 КК окремо виділяються обґрунтовані наукою та апробовані практикою спеціальні правила кримінальної відповідальності організаторів та учасників організованої групи і злочинної організації, а саме: «Організатор організованої групи чи злочинної організації підлягає кримінальній відповідальності за всі злочини, вчинені організованою групою чи злочинною організацією, якщо вони охоплювалися його умислом. Інші учасники організованої групи чи злочинної організації підлягають кримінальній відповідальності за злочини, у підготовці або вчиненні яких вони брали участь, незалежно від тієї ролі, яку виконував у злочині кожен із них».

Нарешті, в ст. 31 КК були конкретизовані та розвинуті, положення, сформульовані в науці щодо добровільної відмови співучасників від доведення злочину до кінця. В ч. 1 ст. 31 КК знайшов закріплення принцип, відповідно до якого виконавець (співвиконавець) не підлягає кримінальній відповідальності у разі добровільної відмови від доведення злочину до кінця лише за наявності умов, передбачених ст. 17 КК. У цьому випадку інші співучасники підлягають кримінальній відповідальності за готування до того злочину або замах на той злочин, від вчинення якого добровільно відмовився виконавець. У ч. 2 ст. 31 КК передбачені положення, які відображають особливості добровільної відмови організатора, підбурювача та пособника. Їхня добровільна відмова вважається наявною за умови, якщо вони відвернули вчинення злочину або своєчасно повідомили відповідні органи державної влади про злочин, що готується або вчиняється, а для пособника, крім того, і ненадання ним засобів чи знарядь вчинення злочину або неусунення перешкод вчиненню злочину.

Розділ VII «Повторність, сукупність та рецидив злочинів» передбачає легальне визначення повторності, як повторності тотожних злочинів, а саме: «вчинення двох або більше злочинів, передбачених тією самою статтею або частиною статті Особливої частини КК». При цьому, робиться одне виключення: повторність може визнаватися і при вчиненні двох або більше злочинів, передбачених різними статтями КК, але лише у випадках, передбачених в Особливій частині КК (повторність однорідних злочинів). Далі формулюється законодавче відмежування повторності злочинів від продовжуваного злочину, який складається з двох або більше тотожних діянь, об'єднаних єдиним злочинним наміром (ч. 2 ст. 32 КК), та наводиться перелік обставин, що виключають повторність злочинів, а саме: звільнення особи від кримінальної відповідальності за підставами, встановленими законом, та погашення чи зняття судимості за раніше вчинений злочин.

Традиційним є визначення сукупності злочинів як «вчинення особою двох або більше злочинів, передбачених різними статтями або різними частинами однієї статті Особливої частини цього Кодексу, за жоден з яких її не було засуджено» (ч. 1 ст. 33 КК). При цьому враховано усталене в практиці положення, що в сукупність не можуть входити злочини, за які особою було звільнено від кримінальної відповідальності за підставами, встановленими законом. При встановленні правил кваліфікації злочинів при їх сукупності КК виходить з того, що «кожен з них підлягає кваліфікації за відповідною статтею або частиною статті Особливої частини цього кодексу» (ч. 2 ст. 33 КК).

Нарешті, в ст. 34 КК визначено легальний рецидив злочинів, яким визнається «вчинення нового умисного злочину особою, яка має судимість за умисний злочин».

Завершує блок норм, що стосуються вчення про злочин, новий розділ VIII «Обставини, що виключають злочинність діяння». В ньому передбачено сім таких обставин. Серед них – три обставини, які були відомі і КК 1960 року (необхідна оборона, затримання злочинця та крайня необхідність), а чотири обставини – нові: фізичний або психічний примус, виконання наказу або розпорядження, діяння пов'язане з ризиком, виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації. Цей розділ ніби завершує систему норм про злочин і тим самим підкреслюється, що вказані в ньому обставини поширюються і на незакінчений злочин, і на співучасть у злочині тощо.

При цьому слід мати на увазі, що перелік обставин, які виключають злочинність діяння, в Розділі VIII передбачений невичерпним чином. По-перше, деякі обставини знаходять своє місце і в інших місцях КК (наприклад, ч. 2 ст. 11 КК щодо малозначності діяння, ч. 4 ст. 331 КК щодо випадків прибуття в Україну іноземців чи осіб без громадянства без відповідних документів чи дозволу тощо). По-друге, обставини, що виключають діяння, передбачені не тільки в КК, а й в інших нормативно-правових актах (наприклад, правомірне застосування сили, спеціальних засобів та зброї регламентовано законом України «Про міліцію» тощо). Таким чином, можна зробити висновок, що КК виходить із принципу дуалізму в законодавчому регламентуванні обставин, що виключають злочинність діяння, який вже давно був обґрунтований у вітчизняній кримінально-правовій науці.

Суттєві новації характерні для кожної обставини, що виключає злочинність діяння. Так, дещо по-іншому у порівнянні з КК 1960 р. визначається необхідна оборона, особливо в частині визначення межі заподіяння тому, хто посягає, шкоди, «необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони» (ч. 1 ст. 36 КК). В свою чергу, перевищенням меж необхідної оборони визнається тільки умисне заподіяння тому, хто посягає, саме тяжкої шкоди (смерті чи тяжких тілесних ушкоджень) і лише за умови, що така шкода явно не відповідає або небезпечності посягання, або обстановці захисту. При цьому перевищення меж необхідної оборони тягне кримінальну відповідальність лише у двох випадках, спеціально передбачених у статтях 118 та 124 КК (ч. 3 ст. 36 КК).

У ч. 4 ст. 36 КК знайшло закріплення положення, давно вже обґрунтоване в науці кримінального права, щодо врахування сильного душевного хвилювання при визначенні відповідальності того, хто захищається: «особа не підлягає кримінальній відповідальності, якщо через сильне душевне хвилювання, викликане суспільно небезпечним посяганням, вона не могла оцінити відповідність заподіяної нею шкоди небезпечності посягання чи обстановці захисту». Таким чином, сильне душевне хвилювання, викликане суспільно небезпечним посяганням, виступає підставою, що виключає перевищення меж необхідної оборони навіть у випадках заподіяння тяжкої шкоди, і тим самим кримінальну відповідальність за спричинення такої шкоди.

Нарешті, ще три такі підстави передбачені у ч. 5 ст. 36 КК, а саме: 1) напад озброєної особи, або 2) напад групи осіб, або 3) протиправне насильницьке вторгнення у житло чи інше приміщення. Якщо має місце хоча б одна із зазначених підстав оборони, то особа вправі застосувати зброю або будь-які інші засоби чи предмети для захисту і спричинити тому, хто посягає, шкоду без її обмежень, що виключає перевищення меж необхідної оборони і не має наслідком кримінальну відповідальність.

Таким чином, положення ст. 36 КК дають підстави виділити два види необхідної оборони: 1) загальний вид, при якому особа повинна дотримуватися меж необхідної оборони, передбачених ч. 1 ст. 36 КК, та 2) спеціальні чотири види, при яких виключається кримінальна відповідальність того, хто захищається, за перевищення меж необхідної оборони (ч. 4 та ч. 5 ст. 36 КК).

На основі узагальненої судової практики, що знайшла своє відображення у постановках Пленуму Верховного Суду СРСР та України, та положень сформульованих в теорії, в КК передбачена норма про уявну оборону. Такою «визнаються дії, пов'язані із заподіянням шкоди за таких обставин, коли реального суспільно небезпечного посягання не було і особа, неправильно оцінюючи дії потерпілого, лише помилково припустила наявність такого посягання» (ч. 1 ст. 37 КК). При цьому кримінально-правові наслідки різняться в залежності від того, яку помилку допустила особа – вибачальну чи невибачальну. При вибачальній помилці, яка визначена в ч. 2 ст. 37 КК, кримінальна відповідальність особи за заподіяну шкоду або взагалі виключається (казус), або особа підлягає відповідальності як за перевищення меж необхідної оборони. У випадку невибачальної помилки, коли «в обстановці, що склалася, особа не усвідомлювала, але могла усвідомлювати відсутність реального суспільно небезпечного посягання, вона підлягає кримінальній відповідальності за заподіяння шкоди через необережність» (ч. 4 ст. 37 КК). Слід врахувати, що визначення кримінально-правових наслідків при уявній обороні має універсальне значення і може бути використано у випадках уявної крайньої необхідності, затримання злочинця тощо.

На відміну від КК 1960 року чинний КК згідно з висновками наукових досліджень закріпив як самостійну обставину, що виключає злочинність діяння, «затримання особи, що вчинила злочин» (ст. 38 КК). Відомо, що згадування в назві цієї обставини «особи, яка вчинила злочин» інколи піддається критиці за те, що злочинцем може бути визнана лише особа на підставі обвинувального вироку суду, а в зазначених випадках затримується особа, яка лише може бути в майбутньому перебувати у статусі підозрюваної, обвинуваченої, підсудної та засудженої особи. При цьому, однак, не враховується, що презумпція невинуватості особи має загальний конституційний принцип у відношеннях держави та громадянина, а у випадках затримання злочинця потерпілими чи іншими особами останні розглядають того, хто вчинив очевидне для них суспільно небезпечне посягання, як злочинця, якого вони затримують для доставлення відповідним органам влади.

Найбільш суттєвою новизною у регулюванні крайньої необхідності (ст. 39 КК) є визначення її меж. По-перше, на відміну від попереднього КК висновок про межі заподіяння шкоди у стані крайньої необхідності можна зробити, лише виходячи із поняття перевищення цих меж, вперше визначеного в ч. 2 ст. 33 КК. По-друге, якщо ст. 16 КК 1960 р. визначала межі крайньої необхідності, як заподіяння шкоди менш значної, ніж відвернута шкода, то, виходячи з чинного КК, правомірним є заподіяння шкоди, якщо така шкода є рівнозначною у порівнянні з відвернутою шкодою. Вочевидь, що тим самим значно розширені межі заподіяння шкоди у стані крайньої необхідності. Принаймні, з точки зору чинного КК правомірним може визнаватися заподіяння смерті одній особі заради усунення небезпеки, що безпосередньо загрожує життю іншої особи. Більш того, з'явилася зовсім нова обставина, що виключає відповідальність особи за перевищення меж крайньої необхідності, а саме: «якщо внаслідок сильного душев-

ного хвилювання, викликаного небезпекою, що загрожувала, вона не могла оцінити відповідність заподіяної шкоди цій небезпеці» (ч. 3 ст. 39 КК). Видається, однак, що зазначене розширення меж крайньої необхідності потребує свого додаткового обґрунтування, яке поки ще відсутнє в сучасній кримінально-правовій науці.

Стаття 40 КК передбачає відомі обставини, що впливають на таку ознаку кримінально-правового діяння, як його вимушеність, а саме: фізичний та психічний примус. При цьому виділяється два види фізичного примусу – непереборний та переборний, які тягнуть за собою різні кримінально-правові наслідки. Непереборний фізичний примус, внаслідок якого особа не могла керувати своїми вчинками, виключає злочинність вчиненої дії чи бездіяльності, якими заподіяна шкода правоохоронним інтересам (ч. 1 ст. 40 КК). В той же час переборний фізичний примус, а також психічний примус, який в КК не поділяється на види, визнаються такими, внаслідок яких особа завжди зберігає можливість керувати своїми діями. В зв'язку з цим питання про кримінальну відповідальність особи за заподіяну шкоду правоохоронюваним інтересам під безпосереднім впливом зазначеного примусу повинно вирішуватися відповідно до положень КК про крайню необхідність (ч. 2 ст. 40 КК). Це означає два варіанти вирішення зазначеного питання: 1) якщо переборний фізичний, а також психічний примус створив стан крайньої необхідності, то, в залежності від того, перевищила чи не перевищила особа межі крайньої необхідності, кримінальна відповідальність цієї особи або зовсім виключається (злочин відсутній при заподіянні шкоди в межах крайньої необхідності), або вона підлягає відповідальності за перевищення меж крайньої необхідності (з урахуванням положень ч. 3 ст. 39 КК щодо сильного душевного хвилювання); 2) якщо зазначений примус не створив стану крайньої необхідності, то особа підлягає кримінальній відповідальності за заподіяну шкоду на загальних підставах, але вчинення злочину під впливом примусу повинно бути враховано судом як обставина, що пом'якшує покарання (п. 5 ч. 1 ст. 66 КК).

У ст. 41 КК, присвяченій виконанню наказу або розпорядження, фактично вирішуються три питання: 1) передбачена така обставина, що виключає злочинність діяння, як виконання законного наказу або розпорядження (ч. 1 та ч. 2 ст. 41 КК); 2) визначені кримінально-правові наслідки відмови особи від виконання злочинного наказу або розпорядження (ч. 3 ст. 41 КК); 3) визначені правила кримінальної відповідальності стосовно співучасників, серед яких одна особа віддала, а друга виконала явно злочинний наказ або розпорядження (ч. 4 та 5 ст. 41 КК).

Особа, яка одержала законний наказ або розпорядження (далі – наказ), зобов'язана його виконати, навіть якщо це пов'язано із заподіянням шкоди правоохоронюваним інтересам. В такому разі виключається кримінальна відповідальність цієї особи – виконавця наказу – за заподіяну шкоду. Разом з тим наказ визнається законним, якщо він має належний зміст та відповідну форму. Ознаки, що характеризують зміст законного наказу, передбачені ч. 1 та 2 ст. 41 КК: 1) наказ повинен відповідати повноваженням службової особи, яка його видала; 2) наказ повинен відповідати чинному законодавству; 3) наказ не повинен порушувати конституційні права та свободи людини і громадянина; 4) наказ повинен містити припис про вчинення дії або бездіяльності, пов'язаних із заподіянням шкоди правоохоронюваним інтересам (якщо наказ приписує вчинити звичайні, нормальні дії, він не має кримінально-правового значення). Ознакою, що характеризує форму законного наказу, є віддання його у належному порядку.

Частина 3 ст. 41 КК розвиває положення ст. 60 Конституції України, в якій закріплено, що «ніхто не зобов'язаний виконувати явно злочинні розпорядження чи накази». В зв'язку з цим ч. 3 ст. 41 передбачає, що «не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка відмовилася виконувати явно злочинний наказ або розпорядження». Далі, в ч. 2 ст. 60 Конституції України передбачається, що в разі виконання явно злочинного розпорядження чи наказу настає юридична відповідальність. Це по-

ложення Конституції України знайшло свій розвиток в ч. 3 та ч. 4 ст. 41 КК та у відповідних статтях Особливої частини КК. Так, службова особа, яка віддала явно злочинний наказ (розпорядження), підлягає кримінальній відповідальності за зловживання владою або службовим становищем (ст. 364 КК) і за підбурювання (організаторство) вчинення злочину, передбаченого в наказі.

Кримінальна відповідальність особи, яка виконала явно злочинний наказ, залежить від того, чи усвідомлювала вона злочинний характер наказу. Таким чином, КК виходить із концепції оцінки виконавцем відданого йому наказу. Якщо, виходячи із зробленої оцінки, для особи було очевидно, що наказ є злочинним, але вона, проте, виконала такий наказ, то така особа підлягає кримінальній відповідальності за вчинений злочин на загальних підставах як виконавець злочину. При цьому вчинення злочину на виконання такого наказу є обставиною, яка пом'якшує покарання (п. 6 ч. 1 ст. 66 КК).

Особа, яка одержала злочинний наказ (розпорядження) може і не усвідомлювати його злочинного характеру. Проте, якщо за обставинами справи вона повинна була і могла це усвідомлювати, то вчинене нею розглядається як необережний злочин, якщо, звичайно, таке необережне заподіяння шкоди передбачене в КК як злочин. Якщо особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати злочинного характеру наказу, то за діяння, вчинене з метою виконання такого наказу, кримінальній відповідальності підлягає тільки особа, що віддала злочинний наказ чи розпорядження (ч. 5 ст. 41 КК). У цьому випадку особа, яка виконала наказ, є своєрідним знаряддям в руках того, хто віддав злочинний наказ. Останній підлягає кримінальній відповідальності як виконавець того умисного злочину, вчинення якого передбачалося в наказі і який він вчинив «руками» невинуватого «виконавця».

В ст. 42 КК сформульована нова обставина, що виключає злочинність діяння, – виправданий ризик. Включенню цієї обставини до КК передували відповідні наукові та законопроекти розробки. І хоча ще не досить ясним є відмежування цієї обставини від крайньої необхідності, однак закон передбачає певні гарантії тим особам, які для досягнення значної суспільно корисної мети вимушені заподіювати шкоду правоохоронюваним інтересам. Головним є визначення підстави для виправданого ризикованого діяння, а саме: «якщо мету, що була поставлена, не можна було досягти в даній обстановці дією (бездіяльністю), не поєднуючи з ризиком, і особа, яка допустила ризик, обґрунтовано розраховувала, що вжиті нею заходи є достатніми для відвернення шкоди правоохоронюваним інтересам» (ч. 2 ст. 42 КК). І зовсім справедливим є невизнання ризику обґрунтованим, «якщо він завідомо створював загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи інших надзвичайних подій» (ч. 3 ст. 42 КК).

Нарешті, згідно з ч. 1 ст. 43 КК визнається правомірним і, отже, «не є злочином вимушене заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам особою, яка відповідно до закону виконувала спеціальне завдання, беручи участь в організованій групі чи злочинній організації з метою попередження чи розкриття їх злочинної діяльності». Вочевидь, ця норма є певною гарантією від притягнення до кримінальної відповідальності за заподіяну шкоду для осіб, які залучені уповноваженими державними органами для розкриття злочинної діяльності найбільш небезпечних злочинних угруповань. Виняток складають три види злочинів, вчинення яких, все ж такі тягнє за собою кримінальну відповідальність, зазначених осіб: 1) умисний особливо тяжкий злочин, поєднаний з насильством над потерпілим; 2) умисний тяжкий злочин, пов'язаний з спричиненням тяжкого тілесного ушкодження і 3) умисний особливо тяжкий та тяжкий злочин, пов'язаний з настанням інших тяжких або особливо тяжких наслідків. Але навіть якщо особа хоча і вчинить один із видів зазначених злочинів, їй ні за яких умов не може бути призначене покарання у виді довічного позбавлення волі. Якщо ж такій особі призначається позбавлення волі на певний строк, то його розмір не може перевищувати половини максимальної санкції, передбаченої за вчинення даного злочину (ч. 2 ст. 43

КК). Але навіть і у цьому випадку виконання спеціального завдання розглядається як обставина, що пом'якшує покарання (п. 9 ч. 1 ст. 66 КК).

Завершуючи характеристику обставин, що виключають злочинність діяння, слід відмітити, що ці обставини (як передбачені, так і не передбачені в КК) є матеріальною основою існування процесуального принципу змагальності сторін. Адже не випадково зазначені обставини в КК інших країн мають таку назву, як «підстави для захисту», «виправдувальні обставини» тощо. Дійсно, якщо сторона обвинувачення наводить докази наявності у діях винного елементів певного складу злочину, то для сторони захисту доведення наявності обставин, що виключають злочинність діяння, є підставою для клопотання перед судом про винесення виправдального вироку.

Розділ IX «Звільнення від кримінальної відповідальності» також вперше включений як самостійний до Кримінального кодексу. Він починається статтею про правові підстави та порядок звільнення від кримінальної відповідальності, в якій сформульовані два вихідних положення: 1) перелік правових підстав звільнення особи від кримінальної відповідальності є вичерпний лише у випадках, передбачених в КК, а також на підставі закону України про амністію чи акта помилування, та 2) звільнення від кримінальної відповідальності у випадках, передбачених КК, здійснюється виключно судом, а порядок такого звільнення встановлюється законом (ч. 2 ст. 44). У цьому розділі передбачені такі підстави звільнення від кримінальної відповідальності, як дійове каяття, примирення з потерпілим, передача винного на поруки, зміна обстановки та сплив строків давності. Слід, однак, мати на увазі, що інші підстави звільнення від кримінальної відповідальності, наприклад, в положеннях про добровільну відмову суб'єкта від доведення злочину до кінця, а також у 14 випадках, передбачених в Особливій частині КК. Тому цілком обґрунтованим є виділення єдиного інституту звільнення від кримінальної відповідальності в кримінальному праві України.

Розділ X «Покарання та його види» містить статті про поняття і мету покарання, систему покарань, їх класифікацію і порядок призначення, окремі види покарань (ст. 50-64).

У ст. 50 формулюється визначене в теорії загальне поняття покарання як заходу державного примусу, що застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні злочину і полягає в передбачених законом обмеженнях прав і свобод засудженого. Найбільш дискусійним в науці кримінального права є проблема цілей кримінального покарання. Відомо, що дискусія навколо цього питання точиться не одне століття. Особливу увагу в останні роки набула проблема кари як цілі покарання. Відомо, що багато КК відмовилися від неї. КК України передбачає змішані цілі покарання, а саме: метою покарання визнається все ж таки кара, а також виправлення засудженого та спеціальна і загальна превенція злочинів. При цьому зазначається, що покарання не має на меті завдання фізичних страждань або приниження людської гідності.

Стаття 51 передбачає дробину покарань із 12 видів, які розташовані в такому порядку: штраф, позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, громадські роботи, виправні роботи, службові обмеження для військовослужбовців, конфіскація майна, арешт, обмеження волі, тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців, позбавлення волі на певний строк, довічне позбавлення волі. Звертає на себе увагу та обставина, що зазначені види покарань розташовані в порядку від найменш суворого до більш суворого, що знайшло відображення і в альтернативних санкціях статей Особливої частини КК.

Вочевидь, новий КК України, як і багато сучасних європейських кримінальних кодексів, передбачає по суті три групи основних видів покарання, які можуть бути застосовані до осіб, що вчинили злочини: громадські роботи, штраф і позбавлення волі. До різновидів позбавлення волі належать: арешт, обмеження волі, тримання

в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців, позбавлення волі на певний строк і довічне позбавлення волі. При цьому лише одне покарання – тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців – є спеціальним, а всі інші види позбавлення волі – це загальні види покарань. Штраф як самостійний вид покарання представлений звичайним штрафом (тобто грошовим стягненням, яке обчислюється у встановлених законом неоподатковуваних мінімумах доходів громадян і накладається судом у випадках і розмірах, встановлених в Особливій частині КК) і його спеціальними видами – виправними роботами і службовими обмеженнями для військовослужбовців. Виправні роботи також являють собою грошове стягнення, що обчислюється в установлених відсотках від місячного заробітку засудженого і накладається судом у випадках, передбачених КК, і в часових межах, встановлених у його Особливій частині. Подібним чином характеризується і службове обмеження для військовослужбовців.

В ст. 51 КК всі види покарання, на відміну від КК 1960 р., розташовані в єдиній «драбині» безвідносно до того, чи відносяться вони до основних чи додаткових, загальних чи спеціальних. Питання про те, які з покарань є основними, а які додатковими і який у зв'язку з цим порядок їх застосування, вирішується в окремії 52-й статті, яка невідома КК 1960 р. В цій статті вирішуються вихідні питання, пов'язані з законодавчою класифікацією усіх видів покарань на основні і додаткові, зазначаються особливості порядку призначення основного і додаткового покарання.

Особливе значення має ч. 5 ст. 52 КК, згідно з якою ухилення він будь-якого виду покарання, призначеного вироком, визнається самостійним злочином проти правосуддя і повинне тягти кримінальну відповідальність за відповідною статтею Особливої частини КК (ст. 389 та 390 КК).

В розділі XI «Призначення покарання» (ст. 65-73 КК) передбачені загальні засади призначення покарання, обставини, які пом'якшують і обтяжують його; особливості призначення покарання за незакінчений злочин та за злочин, вчинений у співучасті; правила призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом; порядок призначення покарання за сукупністю злочинів і сукупністю вироків тощо. Розширені межі призначення остаточного покарання за сукупністю злочинів у виді позбавлення волі на певний строк до 15 років та за сукупністю вироків – до 25 років позбавлення волі.

Розділ XII «Звільнення від покарання та його відбування» (ст. 74-81 КК) регулює питання про звільнення від відбування покарання з випробуванням, про звільнення від виконання покарання з випробуванням вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до семи років, звільнення від покарання внаслідок спливу строків давності виконання обвинувального вироку, умовно-дострокового звільнення від відбування покарання та заміни невідбутої частини покарання більш м'яким, звільнення від відбування покарання у виді позбавлення волі вагітної жінки та жінки, яка має дітей до трьох років, звільнення від покарання за хворобою і, нарешті, звільнення від покарання на підставі амністії чи помилування.

Особливістю цього розділу є введення єдиного інституту звільнення від відбування покарання з випробуванням замість умовного засудження та відстрочки виконання вироку, які були відомі КК 1960 р.

У розділі XIII «Судимість» зосереджено всі норми, пов'язані з судимістю та її правовими наслідками (ст. 88-91 КК). КК розрізняє погашення та зняття судимості. Погашення судимості відбувається автоматично після відбуття покарання або закінчення зверх того визначених строків, а зняття судимості провадиться судом. Строки погашення судимості диференціюються не стільки від виду призначеного покарання, а здебільшого від класифікації (тяжкості) злочинів, визначеної в ст. 12 КК, причому допускається погашення судимості на відміну від КК 1960 р. і при відбутті засудженим покарання понад 10 років позбавлення волі (ч. 9 ст. 88 КК).

У розділ XIV «Примусові заходи медичного характеру та примусове лікування» новим є виділення статей про примусові заходи медичного характеру в окрему главу, що відповідає їх специфіці (ст. 92-96 КК). Новою є і саме визначення поняття та мети примусових заходів медичного характеру. Ця мета дозволяє не лише відмежувати ці заходи від мір покарання, але й відображає особливість їхньої мети порівняно з метою покарання (ст. 92 КК).

Розширене коло осіб, до яких можуть бути застосовані примусові заходи медичного характеру за рахунок обмежено осудних.

Введено новий вид примусових заходів медичного характеру – надання амбулаторної психіатричної допомоги у примусовому порядку.

Звужено коло осіб, до яких може бути застосовано примусове лікування, а саме: до осіб, які вчинили злочини та мають хворобу, що становить небезпеку для здоров'я інших осіб.

У розділі XV «Особливості кримінальної відповідальності та покарання неповнолітніх» (ст. 97-108 КК) зосереджені в одній главі всі статті про особливості відповідальності неповнолітніх, що дозволяє акцентувати увагу правозастосовчих органів на питаннях диференціації та індивідуалізації кримінальної відповідальності та покарання неповнолітніх з урахуванням їхнього вікового розвитку. Новітніми є такі положення: а) звужено коло видів покарань (до п'яти), що можуть застосовуватися до неповнолітніх злочинців, а саме: штраф, громадські роботи, виправні роботи, арешт, позбавлення волі на певний строк; б) встановлені привілейовані умови застосування зазначених покарань до неповнолітніх; в) передбачено звільнення від покарання із застосуванням п'яти видів примусових заходів виховного характеру; г) зменшені давнісні строки, а також строки погашення судимості порівняно з дорослими злочинцями тощо.

Особлива частина КК 2001 р. містить 339 статей, що розділені на 20 розділів.

Система Особливої частини КК побудована в цілому за родовим об'єктом. Причому назви розділів, відображаючи цю систему, сформульовані з використанням сполучень слів: «Злочини проти ...» або «Злочини у сфері ...».

Розташування розділів Особливої частини також підпорядковане певній внутрішній логіці. Розробка системи Особливої частини була обумовлена вирішенням низки теоретичних і практичних питань, пов'язаних з необхідністю поділу і розташування у певному порядку норм, що передбачають відповідальність за конкретні злочини. Від вдалого розміщення норм Особливої частини багато в чому залежить їх практичне застосування, теоретичне осмислення окремих складів злочинів, усвідомлення їх взаємозв'язку і особливостей. Запропонована в новому КК система Особливої частини відобразила не тільки певні теоретичні досягнення з питань її побудови, а й головним чином систему суспільних відносин і соціальних цінностей, що склалися в Україні в перші десять років її становлення як незалежної, демократичної держави, які і підлягають кримінально-правовій охороні.

На першому місці в системі Особливої частини КК розташований розділ I «Злочини проти основ національної безпеки України». Прийняттю такого рішення передувала дуже напружена дискусія. Деякі учені, народні депутати України, практики висловлювалися проти розташування цього розділу на першому місці в системі Особливої частини КК, пропонуючи перемістити його в блок розділів, що охороняють державу. Однак розробники проекту КК проявили достатню принциповість у питанні про місце даного розділу. Призначення цього розділу більш значуще, ніж просто захист інтересів держави. Йдеться про захист інтересів України як певної соціальної спільноти людей, що проживають на одній території і зацікавлені у своєму суверенітеті, збереженні форми державного правління, цілісності і недоторканності країни. Названі цінності є складовими частинами поняття «основи національної безпеки України». Вони проголошені в ст. 1 і 2 Конституції України. Крім того, слід зазначити, що тільки

в суспільстві, де забезпечені громадський порядок і безпека, можливо реальне забезпечення захисту особистих, фізичних і духовних прав людини і громадянина, основні з яких закріплені в ст. 3 Конституції України, і захист яких передбачений розділами II-V Особливої частини КК.

Що ж стосується інших 18 розділів Особливої частини, то вони згруповані послідовно в три умовно виділяємих блоки. Перший блок включає розділи, якими охороняються інтереси особи та права людини і громадянина, а саме: злочини проти життя та здоров'я особи; проти її волі, честі та гідності; проти статевої свободи та статевої недоторканності особи та ін. Другий блок – це злочини проти суспільства (суспільних інтересів), а саме: злочини проти власності; у сфері господарської діяльності; проти довкілля; проти громадської безпеки та ін. Нарешті, третій блок – це злочини проти держави (державних інтересів), а саме: злочини у сфері охорони державної таємниці, недоторканності державних кордонів, забезпечення призову та мобілізації; проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян; у сфері службової діяльності; проти правосуддя; проти встановленого порядку несення військової служби.

Система Особливої частини поповнилася новими розділами: «Злочини проти довкілля» (VIII), «Злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електров'язку» (XVI), «Злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку» (XX). Ці розділи містять значну кількість статей, якими уперше встановлюється кримінальна відповідальність за діяння, що є суспільно небезпечними. Так, у розділі VIII новими є ст. 236 КК «Порушення правил екологічної безпеки», ст. 237 КК «Невжиття заходів щодо ліквідації наслідків екологічного забруднення», ст. 253 КК «Проектування чи експлуатація споруд без систем захисту довкілля»; у розділі XVI – ст. 362 КК «Викрадення, привласнення, вимагання комп'ютерної інформації або заволодіння нею шляхом шахрайства чи зловживання службовим становищем», ст. 363 КК «Порушення правил експлуатації автоматизованих електронно-обчислювальних систем»; у розділі XX – ст. 437 КК «Планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни», ст. 439 КК «Застосування зброї масового знищення», ст. 442 КК «Геноцид» та ін. Більшість статей цього розділу включені в КК 2001 р. відповідно до міжнародних конвенцій і договорів, учасником яких є Україна.

Велика глава КК 1960 р. про відповідальність за злочини проти особи розділена на три самостійних розділи: «Злочини проти життя та здоров'я особи» (II), «Злочини проти волі, честі та гідності особи» (III), «Злочини проти статевої волі та статевої недоторканності особи» (IV).

Давно вже назріла і знайшла достатнє обґрунтування в наукових працях потреба у виділенні в самостійні розділи Особливої частини таких посягань, як «Злочини проти громадської безпеки» (IX), «Злочини проти безпеки виробництва» (X), «Злочини проти безпеки руху та експлуатації транспорту» (XI), «Злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші злочини проти здоров'я населення» (XIII).

На відміну від КК 1960 р., який окремо передбачав відповідальність за злочини проти державної і колективної власності та проти індивідуальної власності, у КК 2001 р. передбачає єдиний розділ VI «Злочини проти власності». Рівність форм власності, проголошена Конституцією і законодавством України, виключає необхідність диференціації відповідальності залежно від належності майна тому чи іншому власнику.

Завершує систему Особливої частини розділ «Злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку». На відміну від подібних розділів (глав) КК інших держав в цей розділ включені статті, що спрямовані на охорону міжнародного правопорядку. Це, зокрема, ст. 444 КК «Злочини проти осіб та установ, що мають міжнародний

захист» та ст. 445 КК «Незаконне використання символіки Червоного Хреста і Червоного Півмісяця».

Запропонована у КК 2001 р. система Особливої частини є більш зручної для практичного застосування, оскільки відразу ж дає можливість слідчому, прокурору, судді, іншим особам, як юристам, так і не юристам, легко орієнтуватися в КК, відшуковуючи ту чи іншу статтю, необхідну для застосування.

Особливе місце займає розділ VII «Злочини у сфері господарської діяльності», бо в ньому в найбільшій мірі відображені ті негативні явища, що супроводжують процеси економічних реформ в Україні, боротьба з якими потребує рішучого застосування кримінально-правових заходів. Не випадково і від фахівців, і від народних депутатів України надійшло багато різноманітних, під час протилежних за сутністю, пропозицій по формуванню норм цього розділу.

Усі статті, що включені в цей розділ, можна поділити на три групи. Перша – містить статті, які встановлюють відповідальність за суспільно небезпечні дії, що не були передбачені КК 1960 р., незважаючи на те, що в останні роки його глава VI «Господарські злочини» постійно змінювалася та доповнювалася новими статтями. Це – «Незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків, обладнанням для їх виготовлення» (ст. 200 КК), «Незаконні виготовлення, зберігання, збут або транспортування з метою збуту підакцизних товарів» (ст. 204 КК), «Ухилення від повернення виручки в іноземній валюті» (ст. 207 КК), «Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом» (ст. 209 КК), «Порушення правил здачі дорогоцінних металів, дорогоцінного каміння» (ст. 214 КК), «Незаконні виготовлення, збут або використання державного пробірного клейма» (ст. 217 КК), «Незаконні дії у разі банкрутства» (ст. 221 КК), «Фальсифікація засобів вимірювання» (ст. 226 КК), «Незаконне використання товарного знака» (ст. 229 КК), «Порушення антимонопольного законодавства» (ст. 230 КК), «Незаконна приватизація державного, комунального майна» (ст. 233 КК), «Незаконні дії щодо приватизаційних паперів» (ст. 234 КК), «Недотримання особою обов'язкових умов щодо приватизації державного, комунального майна або підприємств та їх подальшого використання» (ст. 235 КК).

Другу групу складають статті, які замінюють статті КК 1960 р., але і з суттєвими змінами та доповненнями, що були внесені до них. Це – «Виготовлення, зберігання, придбання, перевезення, пересилання, ввезення в Україну з метою збуту або збут підроблених грошей, державних цінних паперів чи білетів державної лотереї» (ст. 199 КК), «Контрабанда» (ст. 201 КК), «Порушення порядку зайняття господарською або банківською діяльністю» (ст. 202 КК), «Фіктивне підприємництво» (ст. 205 КК), «Незаконне відкриття або використання за межами України валютних рахунків» (ст. 208 КК), «Ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів» (ст. 212 КК), «Порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом» (ст. 213 КК), «Фіктивне банкрутство» (ст. 218 КК), «Обман покупців і замовників» (ст. 225 КК), «Випуск або реалізація недоброякісної продукції» (ст. 227 КК).

Нарешті, третю групу складають статті, які також замінюють статті КК 1960 р., але введені до нового КК без суттєвих змін. Це – «Зайняття забороненими видами господарської діяльності» (ст. 203 КК), «Протидія законній господарській діяльності» (ст. 206 КК), «Порушення законодавства про бюджетну систему України» (ст. 210 КК), «Видання нормативно-правових або розпорядчих актів, які змінюють доходи і видатки бюджету всупереч встановленому законом порядку» (ст. 211 КК).

В конструюванні диспозицій Особливої частини КК знайшли відображення найбільш характерні тенденції, властиві розвитку кримінального законодавства не тільки України, а й інших країн, які раніше входили до складу СРСР. Так, КК 2001 р. у статтях Особливої частини відмовився від вказівок на адміністративну преюдицію як

умову кримінальної відповідальності. Така умова приводила до того, що адміністративні проступки при повторному їх вчиненні автоматично визнавалися злочинними діями. Це означало невинуватість криміналізації певної частини діянь.

Значна частина норм Особливої частини КК 1960 р., якими були передбачені формальні склади злочинів (це стосується і норм з адміністративною преюдицією), трансформована в новому КК у норми, що мають матеріальні склади злочинів. Це є свідчення підвищення рівня суспільної небезпеки діяння для визнання його злочином.

Спостерігається значне розширення в Особливій частині кількості бланкетних диспозицій. Особливо це характерно для статей розділу «Злочини у сфері господарської діяльності».

Певну позицію можна побачити і щодо оціночних понять. Вона пов'язана з їх обмеженням, уточненням чи роз'ясненням. Тому багато статей Особливої частини КК України 2001 р. супроводжуються примітками, в яких роз'яснюються поняття, що використовуються в тій чи в іншій статті.

Характерною рисою Особливої частини нового КК є розширення в ній кількості норм (до 14), що заохочують соціально прийнятну поведінку особи після вчинення нею злочину. Можливість звільнення особи від кримінальної відповідальності передбачена не тільки у випадках, що були перелічені КК 1960 р. (наприклад, в ч. 2 ст. 111 КК «Державна зрада», ч. 2 ст. 114 КК «Шпигунство» тощо), але й в інших випадках (наприклад, ч. 3 ст. 175 КК «Невиплата заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших, установлених законом виплат», ч. 4 ст. 212 КК «Ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів», ч. 2 ст. 255 КК «Створення злочинної організації», ч. 5 ст. 258 КК «Терористичний акт», ч. 4 ст. 289 КК «Незаконне заволодіння транспортним засобом» тощо). Безумовно, що розвиток інституту заохочення в Особливій частині відповідає ідеї гуманізації кримінального законодавства і має перспективу щодо його поширення.

У санкціях норм Особливої частини КК знайшло своє відображення концептуальне положення щодо гуманізації системи покарань. По-перше, всі санкції Особливої частини побудовані за схемою: від менш суворих покарань до більш суворих. Смісл такої побудови в тому, що суд, відмовляючись від призначення менш суворого покарання, повинен навести мотиви щодо необхідності звернення до більш суворого покарання. Враховуючи, що санкції передбачають, як правило, в альтернативі не два, а три, а то і більше видів покарання, то, безумовно, рух до найбільш суворого покарання вимагає пошуку досить зважених і обґрунтованих для цього аргументів. По-друге, характерною рисою Особливої частини є також зниження для більшості злочинів покарання у виді позбавлення волі і введення в санкції покарань, альтернативних позбавленню волі. Так, істотно знижені покарання за господарські, військові, необережні злочини. Покарання у виді позбавлення волі на строк до 15 років збережено, як правило, за злочини, пов'язані з посяганням на життя людини, а також за корисливо-насильні злочини.

Таким чином, наведена характеристика основних положень нового КК України дозволяє зробити висновок, що чинний КК України відбиває досягнення сучасної науки кримінального права, ґрунтується на Конституції України та загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права, стверджує принцип гуманізму та законності.

ПЕРСПЕКТИВНІ НАПРЯМКИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ У КОНТЕКСТІ ПРОГРАМИ ДІЯЛЬНОСТІ КАБІНЕТУ МІНІСТРІВ УКРАЇНИ

Перспективні напрямки кримінально-правових досліджень у контексті Програми діяльності Кабінету Міністрів України // Проблеми правового забезпечення економічної та соціальної політики в Україні : матеріали наук.-практ. конф. (м. Харків, 24–25 травня 2005 р.) / відп. за вит. Ю. М. Грошевий, М. І. Панов. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2005. – С. 112–119.

Програма КМ України від 4 лютого 2005 р. містить багато положень, які мають безпосереднє значення для перспективних досліджень у галузі права, у тому числі кримінального. Вихідні положення Програми: забезпечення верховенства права в усіх сферах суспільного життя крізь призму справедливості; гарантування безпеки громадян і держави від внутрішніх та зовнішніх загроз у всіх сферах життєдіяльності; зміцнення законності та правопорядку, в тому числі посилення боротьби зі злочинністю; гарантування захисту законних прав та інтересів осіб, потерпілих від злочинів; забезпечення однакового застосування судами законів України; посилення співпраці з міжнародними правоохоронними органами у боротьбі з транснаціональними злочинами; рішуча боротьба з корупцією, забезпечення невідворотності виявлення зловживань та покарання державних службовців; притягнення до відповідальності суддів, які вчинили факти корупційних та інших діянь, пов'язаних з корупцією; створення надійної системи протидії тіньовій приватизації та запровадження ефективних механізмів боротьби із криміналізацією національної економіки тощо.

Зазначені та інші положення Програми Уряду ставлять перед правовою наукою, в тому числі й кримінально-правовою, перспективні завдання, вирішення яких можливе на базі концентрації зусиль вчених-криміналістів на перспективних напрямках кримінально-правових досліджень.

Перший напрям стосується розробки фундаментальних та прикладних проблем наукового забезпечення політики держави у сфері контролю та протидії злочинності. Лише в останні роки у кримінально-правовій науці з'явилися поодинокі дослідження цієї важливої проблеми. Незначну увагу до неї можна пояснити тим, що донедавна взагалі заперечувалося поняття «кримінально-правова політика». Але виходячи з того, що політика – це управління суспільними відносинами (Д. Видрін), такий підхід потребує ґрунтового дослідження перш за все стратегії і тактики протидії злочинності в Україні на сучасному етапі розвитку країни, який характеризується різносторонньою глобалізацією суспільних процесів та прагненням України до євроінтеграції. Звідси випливає поглиблений інтерес до кримінально-правової політики нашої держави, яка повинна мати наукове підґрунтя. Нагальним завданням правознавців є вироблення

Концепції основної політики держави на сучасному етапі її розвитку в сфері контролю та протидії злочинності в Україні, яка могла б бути запропонована державним органам та відповідним органам громадянського суспільства для обговорення і взяття (після доопрацювання) до виконання. На базі цієї Концепції можна було б розробити модель Комплексної програми контролю та протидії злочинності в Україні строком на 10 років, яка б передбачала науково обгрунтовані заходи по реалізації зазначеної Концепції. Такий підхід обумовлюється і тим, що в 2005 р., закінчується строк виконання Комплексної програми профілактики злочинності на 2001-2005 рр., затвердженої Указом Президента України від 25 груд. 2000 р. Тому необхідно проаналізувати, яким чином виконана ця Програма, та зробити відповідні висновки і сформулювати пропозиції. Вчені-криміналісти, пропонуючи модель нової Комплексної програми контролю та протидії злочинності в Україні, здатні відобразити в ній новітні наукові та практичні підходи в цій сфері.

Життя свідчить, що без наукового підходу до визначення стратегії і тактики боротьби зі злочинністю, воно (це життя) кожен раз буде нагадувати нам про допущені помилки і недоречності. Більш того, може, саме науковий підхід до правотворчості в галузі кримінального права стане однією з перепон для внесення необгрунтованих та невинуватих змін та доповнень до Кримінального кодексу України (далі – КК). Невідомо, скільки років буде діяти чинний КК 2001 р. (відомо, що КК 1960 р. діяв 40 років), але, безумовно, життя внесе до порядку денного необхідні до нього зміни та доповнення. Тому нагальним завданням є визначення наукової позиції щодо проблеми співвідношення стабільності й динамізму кримінального закону.

Другий напрям, який є постійно актуальним для кримінально-правової науки, це проблеми криміналізації та декриміналізації. Давно настав час, коли дещо абстрактну теорію криміналізації необхідно «приземлити», перекласти на мову конкретної законотворчості. При цьому таке приземлення мало б користь не тільки для наших законотворців, але й для науковців, які нерідко у своїх дисертаційних дослідженнях занадто поверхово, без достатньої аргументації пропонують зміни та доповнення до Кримінального кодексу України.

Окремим питанням проблеми криміналізації є, з одного боку, її надмірність, а з іншого – недостатність. Вивчення проблем надмірності криміналізації вимагає до уваги проблеми, про яку багато говорять, але мало досліджують. Це проблема оптимального співвідношення загальних і спеціальних складів злочину. Так, в Програмі Уряду ставляться завдання створення законодавчої бази в частині встановлення відповідальності за намагання здійснення протизаконного контролю, встановлення цензури у засобах масової інформації, недопущення використання території України для перевезення наркотиків та контрабандних товарів до сусідніх держав, вдосконалення законодавчої бази в сфері боротьби з відмиванням доходів, отриманих злочинним шляхом, тощо. Вочевидь, що і в чинному КК передбачена відповідальність за перелічені злочини. Виникає питання: чи потрібно встановлювати нові норми замість того, щоб систематично застосовувати чинні? Крім того, слід враховувати, що нерідко введення спеціального складу злочину мотивують необхідністю забезпечення спеціальної превенції, психологічним впливом спеціального закону на певну категорію можливих суб'єктів злочину тощо. Виникає загальне питання: на кого розрахований текст диспозиції та санкції певної статті КК – на правозастосувача чи на ту категорію осіб, які можуть виступати потенційними злочинцями у майбутньому? З точки зору кримінально-правового регулювання правовідносин між державою і злочинцем, кримінально-правова норма (гіпотеза і диспозиція (санкція) звернута до правозастосувача, до кримінального суду, який в кінцевому рахунку кваліфікує вчинений злочин і визначає його кримінально-правові наслідки. З точки зору психологічного, інформаційного та ціннісно-орієнтаційного впливу, така норма звернута до певної

категорії осіб, на яких вона розповсюджує свою дію. Проблема полягає в тому, яким чином і в якому обсязі сформулювати кримінально-правову норму так, щоб вона відповідала вимогам точності, лаконічності, доступності, ясності та інформативності. Тут і є поле для наукових досліджень і обґрунтування пропозицій.

Введення спеціального складу злочину створює (інколи безпідставно) конкуренцію між загальним та спеціальним складами злочину. Ця конкуренція ще більше ускладнюється, якщо за спеціальний склад злочину визначено більш м'яке покарання у порівнянні з покаранням, що передбачено загальним складом злочину. Вочевидь, що це покарання повинно бути більш суворим, ніж покарання, передбачене загальною нормою, оскільки в протилежному випадку виникає питання: а навіщо взагалі передбачати спеціальний склад злочину? Таким чином, проблема надмірної та недостатньої криміналізації завжди є актуальним полем для наукових досліджень.

Третій перспективний напрям наукових досліджень стосується кримінально-правових наслідків вчинення злочину. Тут виділяються такі проблеми, як визначення виду й переліку кримінальних покарань, пеналізація злочинів, звільнення особи від кримінальної відповідальності за вчинений злочин, запровадження альтернативних заходів реагування на злочини тощо.

Перша складова напрямку досліджень – це проблема видів кримінальних покарань. Чинний КК, як відомо, передбачає 12 видів покарань, поділяючи їх на основні, додаткові та змішані. Аналіз основних видів покарань дає підстави для висновку, що, по суті, український законодавець передбачає два види основних покарань: штраф і позбавлення волі. Дійсно, КК передбачає звичайний штраф, виправні роботи та службові обмеження для військовослужбовців, які фактично є штрафом у розстрочку. Крім того, КК передбачає п'ять видів позбавлення волі, а саме: арешт, обмеження волі, тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців, позбавлення волі на певний строк, довічне позбавлення волі. З урахуванням ст. 75 КК, яка передбачає звільнення від відбування покарання з випробуванням (по суті, це різновид так званої пробації). В Україні, як і в більшості країн Європи, передбачається три види покарань: штраф, позбавлення волі та пробація. Поряд із цим є і новий вид покарання – громадські роботи, яке враховує новітні європейські тенденції в реагуванні суспільства на злочинність. Завдання полягає в тому, щоб дослідити можливі нові види кримінальних покарань, які б відповідали сучасним уявленням про реакцію суспільства на вчинення злочинів, особливо це стосується неповнолітніх злочинців.

Друга складова цього напрямку – створення прийнятної теорії пеналізації злочинів. Відомо, що чинний КК викликає багато нарікань з боку суддів щодо тих покарань, які є в санкціях багатьох статей цього кодексу, особливо тих, що передбачають поширені злочини незначної та середньої тяжкості (наприклад, хуліганство, а також злочини, що вчиняються неповнолітніми). Відомо, що суду практично неможливо призначити кримінальне покарання особі, яка у віці від 14 до 16 років вчинила хуліганство. Явно, що законодавець, з одного боку, недостатньо використав можливості щодо таких видів покарання, як громадські роботи, арешт, обмеження волі та штраф, а з другого – передбачив багато обставин, які виключають можливість застосування цих покарань. Це призвело до того, що у багатьох випадках суд вимушений призначати або позбавлення волі на певний строк або обмеження волі за вчинення злочинів незначної і середньої тяжкості. Завдання, таким чином, полягає в тому, щоб розробити науково обґрунтовану теорію пеналізації злочинів, і в межах цієї теорії обґрунтувати пропозиції щодо удосконалення санкцій статей КК, які передбачають злочини незначної та середньої тяжкості. Це призведе до гуманізації та пом'якшення кримінальної відповідальності за вказані злочини.

Поряд з ним заслуговує на увагу розробка альтернативних заходів впливу на осіб, які вчинили злочини незначної і середньої тяжкості. Тут поле для ґрунтовних досліджень

проблем звільнення від кримінальної відповідальності, відновлюваного правосуддя, медіації тощо.

Нарешті, третя складова зазначеного напряму – це проблема посилення боротьби зі злочинністю заходами кримінального права. Так, у Програмі Уряду говориться, зокрема, про посилення відповідальності за продаж неповнолітнім тютюнових виробів та алкогольних напоїв.

Що означає заклик посилити боротьбу зі злочинністю або посилити відповідальність за окремі види злочинів? Передбачити в КК більш суворі санкції, призначати більш суворі покарання чи скорочувати практику звільнення від кримінальної відповідальності? Чи, може, збільшити відсоток розкриття злочинів? Відомо, що кожне програмне завдання повинно ґрунтуватися на певних наукових засадах. Не є виключенням тут і давно відоме гасло про посилення боротьби зі злочинністю. Боротьба (протидія) зі злочинністю вимагає мобілізації зусиль держави та громадянського суспільства. Кожний з цих суб'єктів такої боротьби має свої завдання та повноваження, зобов'язаний активізувати і зробити більш ефективною свою діяльність по виконанню певних завдань в межах визначених повноважень. Не виключено, що ці завдання та повноваження повинні бути переглянуті, змінені тощо. Завдання науки полягає в обґрунтуванні критеріїв визначення ефективності діяльності органів кримінальної юстиції, способів взаємодії з громадянським суспільством у справі протидії злочинності тощо.

Четвертий напрям наукових досліджень у галузі кримінального права, який безпосередньо впливає із Програми уряду, полягає в дослідженні кримінально-правових проблем міжнародного співробітництва у сфері боротьби зі злочинністю, а також адаптації (гармонізації) КК до законодавства ЄС.

Проблема забезпечення міжнародного співробітництва стосується, перш за все, організаційних зусиль держави. Але такі зусилля повинні знаходити основу і в законотворчості, і в правозастосуванні. Зокрема, в галузі кримінального права ще чекає своїх дослідників з'ясування правової ситуації, передбаченої ст. 9 КК – дослідження проблем урахування правових наслідків засудження особи за межами України. Ст. 9 КК містить серйозний правовий потенціал поглиблення співробітництва між державами щодо осіб, які вчинили злочини за їх межами та були засуджені судами іноземних держав. Але положення про те, що вирок суду іноземної держави враховується при кваліфікації нового злочину, призначенні покарання, звільненні від кримінальної відповідальності або покарання, потребує свого глибокого наукового дослідження, причому фахівцями не тільки з кримінального, але й з кримінально-процесуального права. Крім того, актуальною залишається проблема застосування ст. 7 КК, яка передбачає: якщо громадяни України та особи без громадянства, що постійно проживають в Україні, за вчинені злочини зазнали покарання за межами України, вони не можуть бути притягнені в Україні до кримінальної відповідальності за ці злочини. Дійсно, що проблеми, які тут виникають, потребують як загальнотеоретичного вирішення, так і обґрунтування конкретних рекомендацій по застосуванню зазначених положень КК. Частина 5 ст. 3 передбачає, що КК повинен відповідати положенням міжнародних договорів, учасниками яких є Україна. З цих позицій актуальним є дослідження проблем узгодженості КК з тими положеннями міжнародних договорів, які ратифіковані Україною, особливо в останні роки. Мова йде про конвенції щодо транснаціональної злочинності, корупції, торгівлі людьми, боротьби з відмиванням коштів, отриманих злочинним шляхом, тощо.

Особливої уваги заслуговує така складова наукового дослідження, як проблема адаптації кримінального законодавства України до законодавства Європейського Союзу у сфері безпеки та кримінального правосуддя. Це відповідає євроінтеграційним напрямкам зовнішньої політики нашої держави і потребі підготовки висококваліфікованих юридичних кадрів для роботи в цьому напрямі.

Нарешті, розвиток науки кримінального права в Україні неможливий одноособово, ізольовано, без ознайомлення з досягненнями європейської кримінально-правової науки. Таке ознайомлення можливе не тільки шляхом міжособистісного спілкуванні але й, головним чином, шляхом ознайомлення із здобутками теорії кримінального права, що створена науковцями Європи. Це потребує інтенсивного перекладу найвагоміших праць у галузі правознавства, проведення спільних конференцій, семінарів тощо. Тільки за умови, якщо кримінально-правові дослідження вітчизняних вчених будуть відповідати загальноєвропейським науковим тенденціям, можна очікувати у майбутньому наукових підходів до вирішення складних проблем боротьби зі злочинністю та міжнародного співробітництва у цій сфері.

ПРАВОНАРУШЕНИЯ В СФЕРЕ ПУБЛИЧНОГО И ЧАСТНОГО ПРАВА

Правонарушения в сфере публичного и частного права // Соотношение преступлений и иных правонарушений: современные проблемы : материалы IV Междунар. науч.-практ. конф., посвящ. 250-летию образования Моск. гос. ун-та им. М.В. Ломоносова и состоявшейся на юрид. фак. МГУ им. М. В. Ломоносова 27–28 мая 2004 г. – М. : Лекс Эст, 2005. – С. 41–43.

1. Известно, что глобальное деление права на две сферы – публичное и частное – имеет принципиальное значение при решении всех вопросов, связанных с пониманием правовых явлений, в том числе и правонарушений.

Уголовное право (но не законодательство!) относят к праву публичному, для которого характерным является императивный метод регулирования властеотношений между государством и преступником.

Частное право, практически тождественное праву гражданскому, характеризуется такими, в частности, чертами как юридическое равенство сторон, автономия их воли, имущественная их обособленность, диспозитивный метод регулирования личных неимущественных и имущественных отношений субъектов частного права.

2. Для определения характерных черт правонарушений в сфере публичного и частного права предварительно необходимо определиться, имеются ли у них общие юридические признаки и если имеются, то показать их видовые отличия применительно к указанным двум сферам права.

3. При определении общих юридических признаков правонарушения следует обратиться, прежде всего, к творческому наследию наших отечественных юристов, развитие идей которых было прервано по известным причинам. Кроме того, заслуживает внимания обращение и к современным зарубежным источникам, в частности, к школе немецкого уголовного права.

4. Даже этимологическое значение слова «правонарушение» означает, что это неправо, неправда. Иначе говоря, всякое правонарушение – это деяние, нарушающее законы определительные (А. П. Кистяковский) или нарушение либо ненадлежащее исполнение заповедей права, т. е. велений авторитетной воли, определяющей и направляющей деятельность людей в общежитии (Н. С. Таганцев). На современном языке это означает, что всякое правонарушение есть нарушение объективного правопорядка или объективного права, т. е. той или иной нормы права, которая регулирует нормальные юридические отношения субъектов права.

Таким образом, обязательным юридическим признаком любого правонарушения является его противоправность, т. е. нарушение определенной нормы регулятивного юридического или естественного права.

5. Известно, что объективный правопорядок в сфере публичного и частного права существенно различаются между собой. Так, для сферы публичного права характерным

является единый центр – государство, которое издает соответствующие нормы. Поэтому противоправность правонарушения в сфере публичного права – это, прежде всего, нарушение государством установленных норм, регулирующих сферу публичных отношений.

Иная ситуация складывается в сфере частного права, для которого характерно не только внешнее (государственное) регулирование гражданских отношений, но и внутреннее их регулирование, а именно саморегулирование договорных и даже некоторых внедоговорных отношений (это особенно присуще для гражданского права Украины). По ГК Украины стороны договора могут установить для себя нормы, вовсе отличные от законодательных (при соблюдении, конечно, некоторых ограничений, предусмотренных ГК). Таким образом, противоправность правонарушения в сфере частного права означает не только нарушение предписаний ГК, но и несоблюдение условий договора между сторонами, для которых такой договор выступает нормой права, подлежащей защите и охране государством.

6. Второй общий признак правонарушений заключается в соответствии совершенного противоправного деяния признакам определенного состава. Иными словами, для признания деяния правонарушением недостаточно лишь признака его противоправности. Необходимым является установление того, что такое деяние (фактический состав) соответствует признакам определенного юридического состава правонарушения, что особенно характерно для немецкой школы права.

И в этом втором признаке наблюдаются существенные отличия для правонарушений в сфере публичного и частного права.

Так, для сферы публичного права характерно установление в действующем законодательстве признаков составов преступления и административного проступков. Есть основания полагать, что все правонарушения в сфере публичного права могут быть названы уголовными правонарушениями. Это объясняется тем, что типичным последствием такого правонарушения является наказание, т. е. мера государственного воздействия на личность правонарушителя с целью его кары, исправления (ресоциализации) и предупреждения правонарушений в будущем. Именно поэтому цивилисты иногда отрицают понятие ответственности в публичном праве и предлагают заменить его наказанием. Различаются правонарушения в форме публичного права по степени общественной опасности или тяжести (что практически одно и то же). В связи с этим заслуживают внимания и обсуждения взгляды, чтобы среди уголовных правонарушений выделить три группы, а именно: преступления, уголовные проступки и нарушения, связав с каждой из этих групп дифференцированные правовые последствия, в том числе и виды наказаний.

В сфере частного права также выделяют состав гражданского правонарушения, хотя некоторые цивилисты и отрицают его необходимость, ссылаясь на факультативность такого признака, как вина, которая в частном праве не имеет психологической природы, как в праве публичном. Для гражданского правонарушения определяющим для ответственности считается причинение противоправным деянием имущественного или неимущественного вреда. Целью такой ответственности является восстановление имущественного положения лица посредством взыскания штрафа или пени, а также полного возмещения причиненных убытков. Такая ответственность не влияет на правовой статус лица, поэтому иногда считают, что понятие ответственности характерно именно для сферы частного права, поскольку она возникает между юридическими равными субъектами, которые не находятся в отношениях власти и подчинения. Более того, кредитор вообще может простить должника за причиненный им вред. Поэтому нет смысла говорить о степенях общественной опасности гражданских правонарушений, поскольку только причиненный вред является мерилем ответственности участников гражданского правоотношения.

7. Принципиально различный режим сферы публичного и частного права дает основание для вывода о том, что в каждой из этих сфер правонарушения характеризуются настолько отличными чертами, что об их соотношении говорить не приходится. Выяснение такого соотношения возможно отдельно для каждой из названных сфер, а именно: отдельно для правонарушений в сфере публичного права и отдельно для правонарушений в сфере частного права.

ВИКЛИКИ «НОВОЇ» ЗЛОЧИННОСТІ І ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

Виклики «нової» злочинності і проблеми кримінального права // Кримін. право України. – 2006. – № 1. – С. 5–9.

Людство переживає процес глобальних змін у різних сферах своєї життєдіяльності: в економіці, політиці, екології, духовному житті тощо. Очевидною є тенденція на формування нового світового порядку, в якому установлювалося б єдине співтовариство, поглиблювалася б взаємодія та співробітництво країн і народів, що його утворюють. У той же час глобалізація відкриває перед людством не тільки нові перспективи, але й породжує значні негативні проблеми, без усунення яких неможливе саме існування цивілізації на землі. Негативними наслідками глобалізації є створення таких глобальних загроз, як загроза самознищення, ядерна загроза, загроза глобальної екологічної катастрофи й економічної глобалізації, загроза правам людини, ріст національної й расової ненависті, релігійного екстремізму, погроза дії випадкових та стихійних лих тощо. Однією із загроз, боротьба з якою вимагає об'єднання зусиль усього світового співтовариства, є так звана «нова» злочинність, що кидає виклик самому існуванню світового правопорядку, стійкому розвитку країн світу. До «нової» злочинності належить організована транснаціональна злочинність і міжнародний тероризм, злочинність у сфері економіки, засобів масової комунікації, екології й дорожнього руху, незаконний обіг наркотиків, торгівля людьми, зброєю й антикваріатом, міжнародна корупція, відмивання «брудних» грошей тощо.

Відомо, що процеси глобалізації загострюють всі існуючі проблеми та надають їм небачений розмах. Так, вони обумовили не тільки появу «нової» злочинності, а й кількісно та якісно змінили міжнародну загально-кримінальну злочинність, призвели до інтернаціоналізації організованої злочинності, до виникнення нової якості злочинів міжнародного характеру. У таких умовах предметом міжнародного захисту від загроз кримінальної глобалізації стає, власне кажучи, все людство.

Вочевидь, що держави не можуть залишатися і не залишаються байдужими до загроз, які виникли у зв'язку із процесами кримінальної глобалізації. Серед організаційних, економічних, політичних та інших заходів боротьби з цим злом певне місце займають і правові заходи, що вживаються міжнародним співтовариством для запобігання, протидії та контролю «нової» злочинності. Ці заходи підпорядковані глобальній тенденції розвитку права у ХХІ столітті, а саме зближенню правових систем сучасності, глобалізації правового простору, інтеграції національних правових систем. Відбувається зміна співвідношення національного і міжнародного права, зокрема інтернаціоналізація національного кримінального права, зростає роль міжнародного кримінального права. Обговорюються пропозиції щодо необхідності розробки міжнародного Кримінального кодексу, модельних міжнародних кримінальних законів, міжнародно-правових стандартів у сфері протидії «новій» злочинності. Пропонуються заходи щодо підвищення ефективності реалізації міжнародних договорів про надання правової допомоги

у кримінальних справах з іноземним елементом, вказується на необхідність якомога більшої кількості держав ратифікувати статут Міжнародного кримінального суду.

Створенню правових основ протидії погрозам кримінальної глобалізації підпорядкована й така сучасна тенденція у розвитку права, як його регіоналізація. Все більшого значення набуває практика Європейського суду з прав людини, важливим джерелом права в Європі стає судовий прецедент, підвищується роль права ЄС у сфері боротьби зі злочинністю, формується загальноєвропейське кримінальне право, міцне міжнародне співробітництво у боротьбі із загальними загрозами кримінального характеру. Частиною державної політики країн Європи є сприяння співробітництву держав у сфері боротьби із злочинними посяганнями на загальні інтереси міжнародної спільноти, з цих причин заслуговує на увагу висновок щодо формування в сучасних умовах права співробітництва, солідарності та загального благополуччя.

Відомо, що процеси глобалізації впливають і на ріст національної самосвідомості. Очевидно, що погрози «нової» злочинності звернені не тільки до всього людства, але й до окремих держав. Тому важливими є й національні засоби протидії викликам «нової» злочинності, в тому числі й правові. Серед цих засобів важливе місце займає і національне кримінальне право. Дане право також еволюціонує, оскільки змінюється злочинність. Разом з тим серйозні погрози «нової» злочинності знову повертають нас до необхідності відповісти на традиційні питання, а саме: чи потрібне повернення до кримінального права, що ґрунтується на здоровому глузді і раціональній кримінально-правовій політиці? яким бути кримінальному праву в майбутньому – авторитарному чи ліберальному? що означає в сучасних умовах принцип субсидіарності застосування норм кримінального права? яким кримінально-правовим віддати пріоритет: виходити з потреб сучасного моменту чи з потреб майбутнього?

Можливості національного кримінального права в протидії «новій» злочинності визначаються сучасною кримінально-правовою політикою держави у цій сфері, об'єктом регулювання кримінального права та сучасними загальнолюдськими тенденціями його розвитку. Вочевидь, що кримінально-правова політика держави у сфері запобігання «новій» злочинності та боротьби з нею повинна стати невід'ємною складовою частиною загальної політики держави у сфері боротьби із злочинністю. Ця політика знаходить своє відображення як у певних політичних і юридичних джерелах, так і в Комплексних програмах (стратегіях) запобігання, протидії та контролю злочинності в державі. Такі програми (стратегії) повинні прийматися і реалізовуватися як на загальнодержавному, так і на регіональному рівнях на певну перспективу (10-15 років) з періодичним їх корегуванням та оновленням. У цих загальнодержавних програмах (стратегіях) кримінально-правові заходи протидії «новій» злочинності повинні зайняти важливе місце з урахуванням позиції держави щодо боротьби із зазначеною злочинністю. Далі, об'єктом регулювання кримінального права як сукупності певних норм публічної галузі права є кримінально-правові суспільні відносини, які існують в державі у зв'язку з наявністю злочинності і потребують правового упорядкування. Якщо в суспільстві виникли нові форми злочинності, то це потребує і відповідної реакції держави на таке явище, і перш за все на законодавчому рівні. З цієї позиції актуальним є законодавче визначення ознак складів злочинів, що утворюють «нову» злочинність, та кримінально-правових наслідків, які повинні настати для осіб при вчиненні ними цих злочинів. Так, постійного вдосконалення вимагають формулювання диспозицій статей Кримінального кодексу, які передбачають ознаки міжнародного тероризму, екологічних злочинів, злочинів у сфері комунікацій та ін. Оскільки Кримінальний кодекс ґрунтується на загальновизнаних нормах і принципах міжнародного права і повинен відповідати положенням, які містяться у міжнародних договорах, то важливого значення набувають процеси імплементації норм міжнародних договорів, ратифікованих парламентом, у національний Кримінальний кодекс. Особливе значення має тут кримінально-правове

забезпечення міжнародних зобов'язань держави в галузі прав людини на основі принципу неподільності всіх її прав і свобод. З огляду на те, що багато злочинів, які утворюють «нову» злочинність, вчинюються інтернаціональними злочинними об'єднаннями, то актуальності набуває застосування кримінального закону на основі універсального принципу (або принципу міжнародних договорів) та національного (реального) принципу. Виходячи з принципу міжнародного співробітництва держав у боротьбі зі злочинністю особливе значення має комплексне правове врегулювання позицій, пов'язаних із врахуванням обвинувального вироку суду іноземної держави стосовно особи, яка знову вчинила злочин за кордоном або на території держави, громадянином якої вона є.

Процеси глобалізації призводять до того, що нерідко одна держава передає виконання деяких своїх функцій іншій державі, зокрема це стосується виконання вироків суду щодо іноземців, засуджених до тюремного ув'язнення або до інших видів позбавлення волі. Це вимагає детального врегулювання проблем видачі, а також передачі злочинців іноземній державі або міжнародному суду.

Погрози «нової» злочинності знову загострюють увагу на проблемі кримінальної відповідальності юридичних осіб. І хоча існуюча традиція однозначно вирішує цю проблему, однак участь держав у ряді міжнародних конвенцій знову повертає нас до необхідності обговорення її, імовірно, у майбутньому до позитивного вирішення питання щодо кримінальної відповідальності юридичних осіб за участь у злочинах, до яких причетна організована злочинна група чи злочинна організація. Встановлення такої відповідальності для юридичних осіб не повинно, звичайно, усувати кримінальної відповідальності фізичних осіб, які вчинили злочини.

З огляду на те, що багато злочинів із сфери «нової» злочинності здійснюється організованими об'єднаннями, вдосконаленню підлягають поняття й відповідальність організатора, який нерідко не тільки організовує вчинення окремого злочину, але й створює саме злочинне угруповання.

Відомо, що місцем вчинення злочинів, які розглядаються, нерідко є територія декількох держав, і інтереси розслідування справи та затримання організаторів вимагають фактичного потурання вчинюваному злочину з боку посадових осіб правоохоронних органів. З цих підстав потребує легітимації й правового врегулювання така універсальна обставина, як контрольований злочин (на мові міжнародних конвенцій – контрольована поставка), яка сама по собі виключає злочинність діяння. Крім того, сучасний стан боротьби з транснаціональною злочинністю нерідко свідчить про доречність використання й інших спеціальних методів розслідування (електронного та інших форм нагляду, агентурних операцій тощо). Вочевидь, це ставить завдання правової легітимації таких методів.

Протидія організованим злочинним угрупованням зусиллями, що здійснюються правоохоронними органами держав по їхньому викриттю та нейтралізації, нерідко викликає необхідність правомірною застосування певних заходів примусу. Однією із правових гарантій такої діяльності було б закріплення в Кримінальному кодексі норми, що виключає за певних обставин злочинність діяння у виді «застосування уповноваженими службовими особами фізичної сили, зброї й спеціальних засобів». Крім того; для викриття законспірованих злочинних угруповань, що вчинюють злочини, які розглядаються, правоохоронні органи часто впроваджують у їхній склад своїх агентів або використовують учасників таких угруповань для отримання корисної інформації або конкретної допомоги з метою припинення діяльності організованих злочинних груп чи позбавлення їх певних ресурсів або доходів від злочинів. Такі особи інколи змушені (щоб не розкрити себе і не зірвати операцію) вчиняти у складі таких угруповань злочини. З одного боку, державі доцільно надати зазначеній особі імунітет від кримінального переслідування (наприклад, у зв'язку із наданням суттєвої допомоги в розслідуванні

чи кримінальному переслідуванні осіб винних у вчиненні тяжких злочинів у складі організованої групи чи злочинної організації), а з іншого – не завжди можна виправдати вчинення певного злочину зазначеною особою, хоча в деяких випадках вона заслуговує на пом'якшення покарання. Тому особливої актуальності набуває удосконалення правового врегулювання в Кримінальному кодексі такої підстави звільнення від кримінальної відповідальності та пом'якшення покарання, як виконання спеціального завдання по розкриттю та припиненню діяльності злочинного об'єднання, а в Кримінально-процесуальному кодексі – визначення порядку такого звільнення.

Кримінально-правові наслідки вчинення злочинів, що характеризують «нову» злочинність, повинні враховувати ступінь тяжкості таких злочинів. Завдання полягає в тому, щоб надати суду достатні дискреційні повноваження для максимальної індивідуалізації кримінальної відповідальності учасників зазначених злочинів з урахуванням можливості досягнення цілей загальної та спеціальної превенції. Це стосується також вирішення питань щодо можливості умовно-дострокового звільнення таких осіб від подальшого відбування покарання та звільнення від покарання з випробуванням. Особливої уваги заслуговує дослідження та вирішення проблеми спеціальної конфіскації доходів, отриманих від вчинення злочинів, що розглядаються, або майна, вартість якого відповідає вартості таких доходів, а також майна, обладнання або інших засобів, що використовувались чи призначалися для використання при вчиненні зазначених злочинів. Правовому врегулюванню підлягають питання, які виникають у разі, якщо доходи від вчинення цих злочинів були перетворені в інше майно або залучені до майна, що було придбане на законних підставах. Наразі держава вже зробила деякі кроки щодо встановлення вимоги, згідно з якою особа, яка вчинила злочин, зобов'язана довести законне походження доходів чи іншого майна, які підлягають спеціальній конфіскації і щодо яких є сумніви в законності. Нарешті, потребують подальшого удосконалення підстави кримінальної відповідальності за «відмивання» доходів від вчинених злочинів відповідно до міжнародних зобов'язань України.

ГЛОБАЛИЗАЦИЯ, УГРОЗЫ «НОВОЙ ПРЕСТУПНОСТИ» И ВОЗМОЖНОСТИ УГОЛОВНОГО ПРАВА

Глобализация, угрозы «новой преступности» и возможности уголовного права // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : сб. материалов третьей Междунар. науч.-практ. конф. – М. : МГЮА, 2006. – С. 271–273.

Человечество переживает процесс глобальных изменений в различных сферах своей жизнедеятельности: в экономике, политике, экологии, духовной жизни и др. Актуальным является установление нового мирового порядка, в котором упрочивалось бы единое мировое сообщество, углублялась бы взаимозависимость образующих его народов. В то же время глобализация открывает перед человечеством не только новые перспективы, но и порождает глобальные угрозы, от устранения которых зависит само существование цивилизации на земле. Отрицательными последствиями глобализации является создание таких глобальных угроз, как угроза самоуничтожения, ядерная угроза, угроза глобальной экологической катастрофы и экономической глобализации, угроза правам человека, рост национальной и расовой ненависти, религиозного экстремизма, угроза действия случайных и стихийных бедствий. Одной из опасных проблем, решение которой требует объединения усилий всего мирового сообщества, является проблема так называемой «новой преступности», которая бросает вызов существованию мирового правопорядка.

К «новой преступности» принято относить организованную транснациональную преступность и международный терроризм, преступность в сфере экономики, средств массовой коммуникации, экологии и дорожного движения, незаконный оборот наркотиков, торговлю людьми, оружием и антиквариатом, международную коррупцию, отмывание «грязных» денег и др. Процессы глобализации обостряют все проблемы, в том числе связанные с последствиями «новой преступности», и придают им невиданный размах. Так, количественно и качественно изменилась международная общеуголовная преступность, произошла интернационализация организованной преступности, появилось новое качество у преступлений международного характера и международных преступлений. В таких условиях предметом международной защиты от угроз «новой преступности» становится по существу все человечество.

Очевидно, что государства не могут оставаться безучастными к угрозам, которые возникли в связи с существованием «новой преступности». Помимо организационных, экономических, политических и других мер, определенное место занимают здесь и правовые меры, предпринимаемые международным сообществом для контроля, противодействия и предупреждения указанной преступности. Эти меры подчинены глобальной цели развития права в XXI в., а именно: сближению правовых систем современности, глобализации правового пространства, интеграции национальных правовых систем. Происходит изменение соотношения национального и международного

права, в частности интернационализация национального уголовного права, возрастает роль международного уголовного права. Обосновываются предложения о необходимости разработки международного Уголовного кодекса, модельных международных уголовных законов, международно-правовых стандартов в сфере противодействия «новой преступности», предлагаются меры по повышению эффективности реализации международных договоров об оказании правовой помощи по уголовным делам с иностранным элементом, указывается на необходимость как можно большему числу государств ратифицировать устав Международного уголовного суда. В рассматриваемой части создание правовых основ противодействия угрозам «новой преступности» подчинено и такой современной тенденции как регионализация. Все большее значение приобретает практика Европейского суда по правам человека, судебный прецедент становится важным источником права в Европе, важную роль играет право ЕС в сфере борьбы с преступностью. Международное сотрудничество в этой борьбе становится частью государственной политики. Обоснованным поэтому является вывод о формировании права сотрудничества, солидарности и общего благополучия.

Процессы глобализации влияют и на рост национального самосознания. Так, очевидно, что угрозы «новой преступности» обращены не только ко всему человечеству, но и к отдельным государствам. Поэтому важными являются и национальные правовые средства противодействия вызовам «новой преступности». Среди этих средств важное место занимает национальное уголовное право. Это право также эволюционирует, как изменяется и преступность. Вместе с тем серьезные угрозы «новой преступности» вновь возвращают нас к необходимости ответа на вопросы о том, нужен ли возврат к уголовному праву, основывающемуся на здравом смысле и рациональной уголовной политике; каким быть уголовному праву в будущем – авторитарному или либеральному; что означает в современных условиях принцип субсидиарности применения норм уголовного права; отдать ли приоритет уголовно-правовым проблемам текущего момента или исходить из потребностей будущего и др.

Возможности национального уголовного права в противодействии «новой преступности» определяются его предметом и тенденциями развития. Так, постоянного совершенствования требуют формулировки диспозиций статей УК, которые предусматривают признаки международного терроризма, экологических преступлений, преступлений в сфере коммуникаций и др. Поскольку УК основывается на общепризнанных нормах и принципах международного права, и должен соответствовать положениям, которые содержатся в международных договорах, то важное значение приобретают процессы имплементации норм международных договоров, ратифицированных парламентом, в национальный УК. Особое значение приобретает уголовно-правовое обеспечение международных обязательств государств в области прав человека, исходя из принципа неделимости всех прав и свобод человека. Учитывая, что многие преступления, образующие «новую преступность», совершаются интернациональными преступными объединениями, то актуальность приобретает действие уголовного закона на основе принципов универсального (или принципа международных договоров) и национального (реального). Исходя из принципа международного сотрудничества государств в борьбе с преступностью, особую значимость приобретает комплексное урегулирование ситуаций, связанных с учетом обвинительного приговора суда иностранного государства в отношении лица, которое вновь совершает преступление за рубежом, а также на территории государства, гражданином которой он является.

Процессы глобализации приводят к тому, что нередко одно государство вынуждено передавать выполнение некоторых своих функций другому государству, в частности исполнения приговоров суда в отношении иностранцев. Это, в свою очередь, требует детального урегулирования проблем выдачи, а также передачи преступников иностранному государству или международному суду.

Угрозы «новой преступности» вновь обостряют внимание к проблеме уголовной ответственности юридических лиц. И хотя существующая традиция однозначно решает эту проблему, однако участие государств в ряде международных конвенций вновь возвращает нас к необходимости обсуждения и, вероятно, в будущем положительного решения указанного вопроса.

Учитывая, что многие преступления из области «новой преступности» совершаются сложными объединениями преступников, то усовершенствованию подлежит понятие и ответственности организатора, который нередко организует не только отдельное преступление, но и саму преступную организацию. Поскольку нередко местом совершения рассматриваемых преступлений является территория нескольких государств и интересы дела требуют фактического попустительства в отношении совершаемого преступления со стороны должностных лиц правоохранительных органов этих государств, то легитимации и правового урегулирования требует такое универсальное обстоятельство, исключающее преступность деяния, как контролируемое преступление. Кроме того, противодействие организованных преступных группировок мерам, осуществляемым правоохранительными органами государств по их разоблачению и нейтрализации, вызывает необходимость правомерного применения мер принуждения. Одной из правовых гарантий такой деятельности явилось бы закрепление в УК в качестве обстоятельства, исключающего преступность деяния, такого, как «применение физической силы, оружия и специальных средств». Кроме того, для разоблачения законспирированных преступных группировок, совершаемых рассматриваемые преступления, нередко правоохранительные органы внедряют в их состав своих агентов. Последние, в свою очередь, вынуждены (чтобы не раскрыть себя и не сорвать операцию) совершать преступления. Очевидно, что не всякое такое преступление может быть оправдано. Поэтому особую актуальность приобретает урегулирование в УК такого основания освобождения от уголовной ответственности, как выполнения специально-го задания по раскрытию деятельности преступного объединения, а в УПК – порядок такого освобождения.

Для правового стимулирования лиц, совершающих рассматриваемые преступления, целесообразным было бы предусмотреть так называемые поощрительные нормы. Эти нормы должны содержать специальные предпосылки и основания освобождения указанных лиц от уголовной ответственности или наказания. Из числа уголовно-правовых последствий совершения указанных преступлений особого внимания заслуживает обсуждение и решения проблема конфискации (общей и специальной) имущества, а также легализации (отмывания) «грязных» денег.

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЗЛОЧИНИ У СФЕРІ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Актуальні проблеми кримінальної відповідальності за злочини у сфері господарської діяльності // Відповідальність за злочини у сфері господарської діяльності : матеріали наук.-практ. конф. / ред. кол.: В. В. Сташич (голов. ред) та ін. – Х. : Кроссфрод, 2006. – С. 6–11.

1. Назва моєї доповіді дає підстави зупинитися на окремих, зрозуміло, що не всіх, проблемах, які, на мій погляд, заслуговують на увагу науковців та практичних робітників в сфері, пов'язаній з кримінальною відповідальністю за злочини у сфері господарської діяльності. Сама назва доповіді включає в себе ключові слова: кримінальна відповідальність та злочини у сфері господарської діяльності. Якщо ми говоримо про кримінальну відповідальність за один вид чи за групу злочинів, в тому числі і в сфері господарської діяльності, то, перш за все, на мій погляд, слід виходити із розуміння того, що вчинення зазначених злочинів є підставою зазначеної відповідальності (що, до речі, відповідає частині першій статті 2 КК України).

Тому, по суті, моя доповідь і буде присвячена двом групам проблем кримінально-правового характеру, а саме 1) проблемам, що стосуються самої кримінальної відповідальності та 2) проблемам підстав такої відповідальності за злочини у сфері господарської діяльності.

2. Розглядаючи першу групу проблем, пов'язаних з розумінням саме кримінальної відповідальності за злочини у сфері господарської діяльності, я виходжу із загального поняття кримінальної відповідальності. Відомо, що це поняття є досить дискусійним, однак я все більше переконуюся в тому, що сутністю кримінальної відповідальності є обмеження прав і свобод злочинця, а сама кримінальна відповідальність знаходить своє вираження у трьох аспектах: законодавчому, судовому та кримінально-виконавчому.

Таким чином, можна виокремити три групи проблем кримінальної відповідальності за злочини у сфері господарської діяльності. **Перша група** – це проблеми побудови санкцій кримінально-правових норм щодо злочинів у сфері господарської діяльності, тобто проблеми, які пов'язані з пеналізацією зазначених злочинів. Іншими словами, це проблеми встановлення так званої потенційної кримінальної відповідальності за злочини у сфері господарської діяльності.

Друга група – це проблеми застосування судом заходів кримінально-правового характеру до осіб, які вчинили злочини у сфері господарської діяльності. По суті, це є судовий аспект кримінальної відповідальності. Саме суд покликаний призначити справедливе покарання або звільнити засудженого від відбуття покарання, встановивши йому випробувальний строк, або, навіть звільнити його від кримінальної відповідальності.

Нарешті, третя група – це проблеми виконання – відбування призначеного судом покарання за злочини, вчинені у сфері господарської діяльності. Це, як відомо, кримінально-виконавчий аспект кримінальної відповідальності за вчинення злочинів, що розглядаються.

По кожній із зазначених груп проблем кримінальної відповідальності є питання, які потребують свого прискіпливого дослідження, обґрунтування пропозицій та рекомендацій.

3. Актуальною є проблема подальшого удосконалення законодавчого аспекту кримінальної відповідальності, зокрема, санкцій кримінально-правових норм за злочини у сфері господарської діяльності. На цю проблему звертають увагу не лише науковці, а й представники практичних відомств. Вочевидь, що: 1) потребує збільшення числа майнових санкцій; 2) треба переглянути підхід, при якому штраф обчислюється не в гривнях, а в кількості неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, при цьому такий мінімум є різним при кваліфікації злочинів і при встановленні санкцій; 3) проблемою, яка підлягає вирішенню, є встановлення оптимального співвідношення в санкції статті різновидних покарань (наприклад, штраф певного розміру і обмеження волі на певний строк); нарешті, 4) потребують узгодженню санкції суміжних злочинів, а також злочинів, які передбачені загальною та спеціальними нормами, тощо.

Виходячи із програми нашої конференції, до проблем оптимізації санкцій за злочини у сфері господарської діяльності ще будуть повертатися наші доповідачі. Але треба зауважити тут на трьох моментах. **Перше зауваження** пов'язане з тим, що, пропонуючи зміни до санкцій, треба виходити з того, що це, за загальним правилом, тягне за собою і зміну класифікаційної групи, до якої відноситься той чи інший злочин (ст. 12 КК України). А така зміна, в свою чергу, змінює увесь шлейф кримінально-правових наслідків, які притаманні злочинам, наприклад, невеликої чи середньої тяжкості.

Друге зауваження полягає в тому, що санкції, які встановлені за злочини у сфері господарської діяльності, є лише частиною всієї системи санкцій, які передбачені в КК. Тому будь-які пропозиції щодо внесення змін до санкцій за злочини у сфері господарської діяльності повинні врахувати всю систему санкцій, передбачених кримінальним законом.

Нарешті, третє зауваження стосується пропозицій до зміни санкцій, які повинні узгоджуватися з державною політикою на сучасному етапі щодо пеналізації злочинів взагалі та злочинів в сфері господарської діяльності, зокрема, а також належним чином аргументовані.

4. При розгляді **судового аспекту** кримінальної відповідальності за вчинення зазначених злочинів, по суті, мова йде про індивідуалізацію такої відповідальності щодо конкретних суб'єктів, які одноособово чи в співучасті брали участь у вчиненні тих чи інших злочинів у сфері господарської діяльності. Актуальним є дослідження діяльності кримінального суду щодо призначення справедливого покарання з урахуванням особистості злочинців, що вчиняють зазначені злочини, специфічних обставин цих злочинів, їх мотивів та наслідків. При цьому покарання, що призначається судом, повинно, з одного боку, показувати злочинцеві майнову невідгідність вчинення ним злочину, а з другого – врахувати інтереси потерпілого та держави при призначенні заходів кримінальної відповідальності за ці злочини.

Важливим інструментом в досягненні цілей покарання є використання судом і такого інституту кримінального права, як звільнення особи від відбування призначеного покарання з випробуванням. Заслугує на подальше обговорення пропозиція щодо встановлення такого обов'язку для засудженої особи, як відшкодування шкоди, що заподіяна злочинцем. Такий обов'язок пропонується передбачити в ст. 76 КК для особи, яка звільняється від відбування покарання з випробуванням.

Судовий аспект кримінальної відповідальності включає в себе і інші проблеми, які заслуговують на дослідження та обговорення, а саме: проблеми умовно-дострокового звільнення від відбування покарання, призначеного за злочини у сфері господарської діяльності, заміни не відбутої частини покарання більш м'яким, тощо.

Заслуговують також на увагу та підлягають обговоренню пропозиції щодо поширення числа так званих заохочувальних норм, які передбачали б повноваження суду на звільнення певних категорій злочинців від кримінальної відповідальності за деякі злочини у сфері господарської діяльності у зв'язку з так званими спеціальними видами діяльного каяття.

5. Нарешті, важливим є кримінально-виконавчий аспект кримінальної відповідальності осіб, що відбувають покарання за вчинення злочинів у сфері господарської діяльності. І хоча, виходячи із програми конференції, у нас не заплановані доповіді і наукові повідомлення щодо зазначеного аспекту кримінальної відповідальності, однак слід звернути увагу на те, що в цій сфері є цікаві проблеми, що потребують свого дослідження. Вочевидь, що особи, які засуджені за вчинення злочинів в сфері господарської діяльності, мають певні особливості у порівнянні, наприклад, з убивцями або особами, що вчинили інші, наприклад, насильницькі чи насильницько-корисливі небезпечні злочини. Зрозуміло, що ці особливості повинні бути враховані при диференціації та індивідуалізації кримінальної відповідальності зазначених осіб на стадії виконання призначеного судом кримінального покарання.

6. Друга група проблем, як зазначалося, стосується саме підстав такої відповідальності осіб, які вчинили суспільно небезпечні діяння у сфері господарської діяльності. Зазначені підстави передбачені в Розділі VII Особливої частини КК України: ними є вчинення певними особами злочинів у сфері господарської діяльності.

Які тут вбачаються актуальні проблеми, що заслуговують на дослідження та обговорення? Можна виділити п'ять груп таких проблем.

7. Перша група пов'язана із соціальною обумовленістю та міжгалузевою узгодженістю деяких складів злочинів у сфері господарської діяльності з так званим позитивним законодавством, що регулює нормальну, соціально корисну господарську діяльність. Питання стоїть таким чином: чи повинен КК України відповідати приписам іншого законодавства чи цей кодекс є самостійним у вирішенні своїх питань щодо криміналізації певних видів суспільно небезпечних діянь у сфері господарської діяльності? Вочевидь, що значна кількість статей КК, що передбачають зазначені склади злочинів, має бланкетні диспозиції, а це означає, що об'єктивна сторона цих складів злочинів прямим чином пов'язується із порушенням певних правил, встановлених позитивним законодавством, що регулює ті чи інші види суспільних відносин. Таким чином, з одного боку Кримінальний кодекс не може бути незалежним від цього регулювання: при встановленні об'єктивних і суб'єктивних ознак складу злочину, навіть при визначенні кола осіб, які можуть бути суб'єктами такого злочину, законодавець повинен виходити із існуючого правового регулювання певної позитивної діяльності у сфері господарської діяльності. З іншого боку, підстави криміналізації, формулювання складу злочину у єдності відомих його чотирьох елементів та ознак, законодавчі прийоми тощо – це є самостійним предметом як кримінально-правової політики держави, так і законодавчої діяльності парламенту. В цьому контексті заслуговує на подальше обговорення проблема монізму кримінального законодавства України, а також дослідження положень частини 3 ст. 3 КК, в якій закріплено, що «злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом».

8. Друга група проблем, яка тісно пов'язана з попередньою, стосується прогалин чи надмірної криміналізації у сфері господарської діяльності. Потребують ретельної експертизи, з позицій теорії криміналізації та декриміналізації, законодавчі приписи в розділі VII Особливої частини КК. Це викликано як нагальними проблемами, які іс-

нують при кваліфікації певних суспільно небезпечних діянь в сфері господарської діяльності, так і постійними змінами в соціально-економічному відношенні, що знаходить своє відображення у правовому регулюванні цих відносин. Вочевидь, що зазначені зміни можуть суттєво впливати або на додаткову криміналізацію нових суспільно небезпечних діянь у сфері господарської діяльності, або, навпаки, на вирішення питання щодо можливої повної чи часткової їх декриміналізації.

9. Третя група проблем – це законодавча диференція складів злочинів на основні та кваліфікуючі і, як наслідок цього, диференція кримінальної відповідальності, що встановлюється на законодавчому рівні за основні і кваліфіковані склади злочинів. Вочевидь, що проблема такої законодавчої диференціяції повинна вирішуватися на базі загальної теорії диференціяції кримінальної відповідальності (її законодавчий аспект) за окремі види злочинів. Дослідники злочинів у сфері господарської діяльності зазначають, що нерідко одні й ті ж самі кваліфікуючі ознаки (наприклад, вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб, спеціальний рецидив, повторність, тощо) безпідставно отримують в різних складах злочинів неоднакову законодавчу диференціяцію кримінальної відповідальності (вид та розмір покарання в санкціях статей). Потребує диференціяції такої відповідальності і вчинення певних злочинів організованою групою (наприклад, контрабанда, заняття забороненими видами господарської діяльності, незаконне виготовлення, зберігання, збут або транспортування з метою збуту підакцизних товарів тощо).

10. Четверта група проблем – це співвідношення та відмежування складів злочинів у сфері господарської діяльності від суміжних складів злочинів. Вочевидь, що виникають проблеми розмежування та сукупності складів злочину, передбачених ст. 176 КК України («Порушення авторського права і суміжних прав») та ч. 1 ст. 203 КК України («Порушення законодавства, що регулює виробництво, експорт, імпорт дисків для лазерних систем зчитування, експорт, імпорт обладнання чи сировини для їх виробництва»). Крім того, постійною є проблема співвідношення загальних та спеціальних складів службових злочинів у сфері господарської діяльності. Взагалі, при обговоренні зазначених проблем знову виникає загальне питання щодо доцільності закріплення в КК України правил кваліфікації злочинів. Наявність таких правил значною мірою зняло б багато суб'єктивних підходів до вирішення проблем кваліфікації злочинів, в тому числі їх відмежування та співвідношення у сфері господарської діяльності.

11. Нарешті, п'ята група проблем – це систематизація злочинів у сфері господарської діяльності. І хоча така систематизація має науковий характер, але вона дозволяє в певній мірі вирішувати і суто практичні завдання, а саме: виявити можливі прогалини чи надмірність у криміналізації певних діянь, розташувати за певними правилами склади злочинів в розділі VII Особливої частини КК України, обґрунтувати пропозиції щодо удосконалення законодавчих приписів тощо.

ПРЕДЕЛЫ ПРЕЕМСТВЕННОСТИ В РАЗВИТИИ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

*Пределы преемственности в развитии уголовного законодательства
// История развития уголовного права и ее значение для современности : материалы V Междунар. науч.-практ. конф., состоявшейся на юрид. фак. МГУ им. М. В. Ломоносова 26–27 мая 2005 г. – М. : ЛексЭст, 2006. – С. 33–37.*

1. Известно, что уголовное законодательство является юридическим выражением уголовно-правовых норм, или иначе, уголовное законодательство – это юридическая форма, в которую облакаются уголовно-правовые нормы. Такая юридическая форма представляет собою структурирование уголовного закона на Общую и Особенную части, подразделение их на разделы или (и) главы, статьи и части статей, а также способы формулирования предписаний, в частности диспозиций и санкций статей Особенной части, и др.

2. Обозначенная юридическая форма облакает в себя две группы норм, которые образуют отрасль уголовного права, а именно: 1) нормы, регламентирующие полномочия государства по возложению уголовной ответственности на лицо, совершившее преступление, и 2) нормы, регламентирующие полномочия государства по освобождению преступника от уголовной ответственности и наказания. Кроме того, уголовное законодательство включает в себя нормы, которые сами по себе не являются уголовно-правовыми, однако в силу различных причин включены в УК (например, нормы о необходимой обороне и задержании преступника, о принудительных мерах воспитательного и медицинского характера). Указанные группы норм образуют юридическое содержание уголовного законодательства. Таким образом, уголовное законодательство, а по существу Уголовный кодекс, представляет собою единство соответствующего содержания (уголовно-правовые и иные нормы) и определенной юридической формы.

3. Развитие уголовного законодательства – это непрерывный исторический временной процесс, в течение которого оно, изменяясь, сохраняет свои основные характеристики, воспринимая предшествующий правовой опыт. Таким образом, преемственность в развитии уголовного законодательства является его закономерностью. Конечно, развитие и, следовательно, преемственность в развитии уголовного законодательства нагляднее иллюстрировать на основе определенных этапов его развития, которые фиксируются кодифицированными актами. По некоторым сведениям, каждое последующее кодифицированное уголовное законодательство воспринимает не менее 2/3 предшествующих предписаний в части установления преступного и наказуемого. Однако о развитии уголовного законодательства свидетельствуют и вносимые в него изменения и дополнения как отдельными, так и «блоковыми» законами.

4. В то же время, очевидно, что в своем последующем развитии уголовное законодательство отрицает часть предписаний, которые имелись в предшествующем законе. Например, в свое время были отвергнуты такие понятия, как вина и наказание; в связи с принятием УК 1960 и 1996 многие деяния декриминализированы, а некоторые, напротив, подверглись криминализации; в период действия УК были изменены или

исключены многие предписания. Таким образом, исторический процесс развития уголовного права – это диалектический процесс преемственности и отрицания части уголовно-правовых предписаний, который подчиняется диалектическому закону отрицания отрицания. Отсюда следует, что преемственность в развитии уголовного законодательства имеет свои границы или пределы. Иными словами, каждый последующий этап в развитии уголовного законодательства воспринимает многие (но не все) положения предыдущего законодательства, т. е. возможности преемственности в развитии уголовного законодательства ограничены, имеют свои пределы.

5. Представляется, что пределы преемственности в развитии уголовного законодательства относятся либо к юридическому содержанию уголовного законодательства, либо к его юридической форме, либо к тому и другому одновременно. Наличие этих пределов объясняется различными факторами.

6. Обращение к содержанию уголовного законодательства показывает, что пределы преемственности на каждом последующем этапе его развития определяются изменениями в экономической, политической, социальной или духовной сферах жизни данного общества. Очевидно, что пределы преемственности в содержании уголовного закона наиболее широки в ситуациях, когда изменения уголовного закона происходят в более или менее стабильных условиях жизни данного общества (например, в обществе, где господствует плано-административная экономика, авторитарный режим и т. п.). И напротив, возможности преемственности сужаются, если имеют место коренные, революционные изменения в указанных сферах.

7. Уголовное законодательство как законодательство охранительного типа можно поделить на две неравные части: 1) относительно стабильная часть и 2) динамическая, изменяющаяся часть.

Первая, относительно стабильная, часть касается уголовно-правовой охраны таких ценностей, посягательство на которые практически в любых обществах признается преступным и наказуемым (например, посягательства на жизнь, здоровье, половую свободу, собственность, общественную безопасность и общественный порядок, интересы государства). Это часть так называемых общих дел государства. В этой части преемственность уголовного законодательства проявляется в наибольшей степени, т. е. ее пределы в части содержательной достаточно широки.

Другая часть – динамическая (изменяющаяся) – касается определения преступного и его правовых последствий в сферах, которые определяются данным экономическим, политическим, социальным строем данного общества, а также состоянием его духовной сферы. При революционных изменениях в указанных сферах пределы преемственности уголовного законодательства в содержательном смысле весьма узкие. Например, переход от плано-административной экономики к рыночным отношениям повлек за собою отмену таких предписаний УК, как коммерческое посредничество, частнопредпринимательская деятельность, спекуляция и другие подобные преступления. Точно так же изменение политического режима, переход от авторитаризма к демократическим формам правления, от единомыслия к плюрализму мнений повлекло декриминализацию таких деяний, как антисоветская агитация и пропаганда, распространение сведений, порочащих советский государственный и общественный строй, и др.

Пределы преемственности в создании уголовного законодательства суживаются и при существенных изменениях в духовной сфере общества, когда меняется отношение общества к тем или иным ценностям. Например, если в известный период времени общество отрицательно относилось к определенному укладу половых отношений, то в последующем изменились отношения в этой сфере, где главной ценностью стала признаваться половая свобода личности, свобода выбора сексуального партнера. Это, в свою очередь, повлекло за собою декриминализацию ненасильственного мужеложства.

Таким образом, пределы преемственности в развитии уголовного законодательства в части установления преступности деяния определяются зависимостью, которая су-

ществует между отнесением этого деяния к относительно стабильной или, напротив, к динамической (изменяемой) части уголовного законодательства и (если данное деяние относится к динамической части уголовного законодательства) подверглась ли определенная сфера общественной жизни, к которой относится это деяние, коренным (существенным) или же несущественным, эволюционным изменениям.

8. Подобная зависимость существует и применительно к пределам преемственности в части определения уголовно-правовых последствий совершения преступления. Так, если в одних экономических условиях жизни общества востребован был принудительный дешевый труд, то это и повлекло за собою установление соответствующих видов наказания. Точно так же при известном политическом режиме допустимым признавалось изгнание преступника за пределы государства. В свою очередь, изменение такого режима повлекло установление запрета на выдворение гражданина за пределы его государства как вида наказания. Подобным образом изменения в духовной сфере (культура, наука и др.) привели к отказу от позорящих и членовредительских наказаний и т. д.

Наконец, на сужение или расширение пределов преемственности в содержательной части уголовного законодательства влияют и международные условия, в которых существует данное государство. Хотя, как представляется, и на изменение международных обязательств в конечном счете влияют изменения в экономической, политической, социальной и духовной сферах, которые имеют место в масштабах определенного региона или планеты в целом.

9. Вторая сторона пределов преемственности в развитии уголовного законодательства касается юридической формы такого законодательства.

Известно диалектическое соотношение формы и содержания: одна и та же форма может вмещать явления с различным содержанием и, напротив, одно и то же содержание может быть облечено в различные формы.

Применительно к проблеме, которая рассматривается, это означает, что характер и размер пределов в юридической форме определяется тем, что если изначально избранная юридическая форма не соответствовала определенным уголовно-правовым нормам, то последующее уголовное законодательство нередко отказывается от этой формы, устанавливая новую (например, новое уголовное законодательство ввело разъяснения по мерочным так называемым оценочным понятиям, лишив их тем самым этого статуса). Кроме того, законодатель может прийти к выводу, что данные уголовно-правовые нормы должны быть облечены в новую, более современную юридическую форму (например, в силу развития законодательной техники). Так, если в действующем УК диспозиции статей Особенной части сформулированы как описание преступного деяния в качестве основания уголовной ответственности, то не исключено, что в будущем законодатель изменит эту форму и акцент сделает на деятеле, который подлежит наказанию за совершенное деяние, и диспозиция будет сформулирована по типу: «кто совершит кражу», или «всякий, кто совершит кражу», наказывается...

10. Можно, конечно, представить и третью, гипотетическую ситуацию, когда законодатель одновременно отказывается в последующем уголовном законодательстве и от создания определенных предписаний, поскольку они не отвечают его новым представлениям о преступности и правовых последствиях совершения преступлений, и от юридической формы воплощения уголовно-правовых норм.

11. Таким образом, пределы преемственности в развитии уголовного законодательства определяются, в частности, такими критериями: законом отрицания отрицания, диалектическим соотношением содержания и формы уголовного законодательства, отнесением норм уголовного законодательства к его относительно стабильной или динамической части, а также характером изменений (эволюционных или революционных) в экономической, политической, социальной и духовной сферах жизни общества. Пределы преемственности в развитии уголовного законодательства касаются либо его содержания, либо юридической формы, либо того и другого одновременно.

КОНСТИТУЦИОННЫЕ ОСНОВЫ УГОЛОВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ОБЩЕСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ

Конституционные основы уголовно-правового регулирования общественных отношений // Конституционные основы уголовного права : материалы I Всерос. конгресса по уголовному праву, посвященного 10-летию Уголовного кодекса Российской Федерации. – М. : ТК Велби, 2006. – С. 52–55.

1. В силу известных причин в любом обществе люди совершают значительное число поступков, которыми причиняется или создается реальная угроза причинения существенного вреда правам, свободам и правоохраняемым интересам отдельных лиц, а также общественным интересам и интересам государства. Такое поведение людей принято называть общественно опасными.

Важнейшей обязанностью государства как организованного представителя общества является защита прав и свобод человека и гражданина (ст. 2 Конституции РФ), утверждение и обеспечение прав и свобод человека (ч. 2 ст. 3 Конституции Украины). Обеспечение безопасности человека, его жизни и здоровья, чести и достоинства, его неприкосновенности достигается, в частности, и путем преследования лиц, совершающих общественно опасные поступки, среди которых значительное место занимают преступления, их осуждения, организации отбывания наказания и др.

Выполнение государством указанной обязанности допустимо лишь в правовых рамках. Это следует из принципов правового государства, каковыми провозглашены, в частности, Россия (ст. 1 Конституции РФ) и Украина (ст. 1 Конституции Украины). Реализация принципов правового государства предполагает правовое урегулирование отношений между государством и лицами, которые совершают преступления. Такие отношения в силу их относительной распространенности (массовости), типичности и обезличенности относятся к числу специфических общественных отношений, которые существуют в каждом социуме. Их можно назвать уголовно-правовыми общественными отношениями, т. е. отношениями, которые имеют место в обществе благодаря существованию такого отрицательного явления, как преступность, и которые урегулированы правом. Признанием факта существования такого рода специфических общественных отношений является указание в Конституции на такой вид полномочий правительства, как осуществление мер по обеспечению борьбы с преступностью (п. «е» ч. 1 ст. 44 Конституции РФ, п. 7 ст. 116 Конституции Украины). Иными словами, Конституция признает, что в обществе существует такое явление, как преступность, и одним из направлений деятельности государства является осуществление мер по борьбе с такой преступностью.

2. Борьба с преступностью по необходимости предлагает ограничение прав и свобод лиц, которые совершают преступления (например, ограничение их права на жизнь, на личную свободу, права собственности, личной неприкосновенности, права выбирать

род деятельности и профессии и др.). Вместе с тем возможность подобного рода ограничений прав и свобод лиц, совершающих преступления, может основываться только на положениях Конституции. Так, ч. 1 ст. 64 Конституции Украины предусматривает, что «конституционные права и свободы человека и гражданина не могут быть ограничены, кроме случаев, предусмотренных Конституцией Украины». Точно так же в ч. 3 ст. 55 Конституции России закреплено, что «права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и свобод законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства». Иными словами, уголовно-правовые общественные отношения, существующие между государством и преступниками, должны быть урегулированы (упорядочены) законом. Таким законом является кодифицированный нормативный правовой акт – Уголовный кодекс. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 3 УК Украины «законодательство Украины об уголовной ответственности составляет Уголовный кодекс Украины, который основывается на Конституции Украины и общепризнанных принципах и нормах международного права». Подобные положения содержит и ч. 1 ст. 1 УК РФ, в соответствии с которой «уголовное законодательство Российской Федерации состоит из настоящего Кодекса. Новые законы, предусматривающие уголовную ответственность, подлежат включению в настоящий Кодекс».

3. Урегулированность уголовно-правовых отношений предполагает субъекта такого регулирования, его объект, средства регулирования, а также его пределы и результат. В соответствии с Конституцией РФ (п. «о» ст. 71) и Конституцией Украины (ст. 92) субъектом принятия уголовного законодательства является парламент – законодательный орган страны. Так, исключительно законами Украины определяются деяния, которые являются преступлениями, и ответственность за них (п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституции Украины). Это положение развито в ч. 2 ст. 1 УК Украины, где закрепляется, что «Уголовный кодекс Украины определяет, какие общественно опасные деяния являются преступлениями и какие наказания применяются к лицам, их совершившим». Более пространную формулировку содержит ч. 2 ст. 2 УК РФ, в которой предусматривается, что «настоящий Кодекс устанавливает основание и принципы уголовной ответственности, определяет, какие опасные для личности, общества и государства деяния признаются преступлениями, и устанавливает виды наказаний и иные меры уголовно-правового характера за совершение преступлений». В свою очередь, наказание заключается в лишении или ограничении прав и свобод лица, признанного виновным в совершении преступления (ч. 1 ст. 43 УК РФ, ч. 1 ст. 50 УК Украины). Из приведенных положений можно сделать вывод, что объектом уголовно-правового урегулирования являются такие общественные отношения, которые находят свое выражение в поведении государства (в лице специально уполномоченных государственных органов и должностных лиц) по ограничению прав и свобод преступника, т. е. по возложению уголовной ответственности на лиц, совершающих преступления на территории, находящейся под уголовной юрисдикцией данного государства.

Такое урегулирование имеет определенные пределы. Очевидно, что законодатель обязан, прежде всего, предусмотреть исчерпывающий перечень общественно опасных деяний, признаваемых преступлениями. Это вытекает из конституционного требования о том, что никто не может подлежать ответственности за деяние, которое в момент его совершения не признавалось правонарушением (ч. 2 ст. 54 Конституции РФ, ч. 2 ст. 58 Конституции Украины). Кроме того, парламент – субъект регулирования – обязан определить и меры уголовной ответственности, которые подлежат применению к лицам, совершившим преступления (так называемую потенциальную уголовную ответственность). Такими мерами могут быть только ограничение прав и свобод преступников, поскольку уголовная ответственность относится к числу штрафных видов

юридической ответственности. Определение круга прав и свобод преступников, подлежащих ограничению, пределы таких ограничений должны соответствовать требованиям, которые предусмотрены Конституцией, международно-правовыми обязательствами страны, а также тенденциями современной уголовно-правовой политики данного государства. Наконец, результатом такого регулирования является принятие и введение в действие Уголовного кодекса, содержащего исчерпывающий перечень преступных деяний и мер уголовной ответственности, которым должно быть подвергнуто лицо, совершившее преступление.

4. Очевидно, что урегулирование уголовным законом общественных отношений между государством и преступниками относится к сфере должного. Это своего рода законодательная модель тех отношений, которые должны складываться между государством и преступниками в данном обществе. Иными словами, такое регулирование называется нормативным. Многие исследователи этим и завершают рассмотрение вопроса об уголовно-правовом регулировании. Представляется, однако, что этого недостаточно. Очевидно, что общество заинтересовано не только в создании законодательной модели отношений между государством и преступниками, но, главное, в том, чтобы эта модель была реализована в жизни, на уровне конкретных правоотношений, возникающих между государством, прежде всего судом, и конкретным лицом, которое совершило определенное преступление. Это составляет предмет индивидуального уровня уголовно-правового регулирования конкретного уголовного правоотношения. Такое регулирование осуществляется судом в процессе применения уголовно-правовых норм, внешней формой выражения которых являются предписания УК. Именно на индивидуальный уровень уголовно-правового регулирования рассчитаны конституционные гарантии лиц, совершивших преступления. Так, например, ч. 2 ст. 21 Конституции РФ предусматривает, что «никто не должен подвергаться пыткам, насилию, другому жестокому или унижающему человеческое достоинство обращению или наказанию». Согласно ч. 1 ст. 50 Конституции РФ «никто не может быть повторно осужден за одно и то же преступление». Наконец, Конституция предусматривает, что лицо считается невиновным в совершении преступления и не может быть подвергнуто уголовному наказанию, пока его вина не будет доказана в законном порядке и установлена обвинительным приговором суда (ч. 1 ст. 62 Конституции Украины, ч. 1 ст. 49 Конституции РФ).

Правовое регулирование уголовного правоотношения на индивидуальном уровне предполагает применение судом соответствующих норм уголовного права, закрепленных в УК. В соответствии с ч. 2 ст. 19 Конституции Украины «органы государственной власти и органы местного самоуправления, их должностные лица обязаны действовать лишь на основании, в рамках полномочий и в способ, предусмотренный Конституцией и законами Украины».

Именно УК предусматривает не только перечень преступлений и мер уголовной ответственности, но и содержит в себе предписания, которые регулируют способы обращения суда с преступником. Так, УК предусматривает не только отдельные виды наказаний, но и правила их применения, назначения наказаний, в том числе по совокупности преступлений и совокупности приговоров. Кроме того, УК содержит предписания, регулирующие предпосылки, основания и условия освобождения лица от уголовной ответственности и наказания. Иными словами, УК предусматривает не только законодательную модель обращения государства с преступником, но и регулирует правоприменительную деятельность суда, который призван на основании законодательной модели урегулировать конкретное конфликтное уголовно-правовое отношение, возникшее при совершении определенным лицом преступления. Таким образом, субъектом индивидуального уголовно-правового регулирования является суд; объектом – те права и свободы преступника, которые подлежат ограничению; средством регулирования является назначение судом наказания или иных мер уголовно-право-

вого характера; пределы регулирования очерчены в УК; результатом регулирования является обвинительный приговор или иное решение суда, вступившие в законную силу.

5. Таким образом, уголовно-правовое регулирование отношений, которые возникают между государством и преступником (или, иначе, способов обращения государства с преступником) осуществляется на двух уровнях: нормативном (законодательном) и индивидуальном (правоприменительном). Диалектика соотношения этих уровней состоит в том, что парламент устанавливает законодательную модель обращения государства с преступником, а суд, реализуя эту модель, применяет нормы уголовного права к конкретным лицам, совершившим определенные преступления. Вступление в законную силу решений судов относительно конкретных лиц, виновных в совершении преступлений, свидетельствует о завершении уголовно-правового регулирования обращения государства с преступником. Очевидно, что необходимыми условиями эффективности такого регулирования являются: 1) доброкачественность уголовно-правовых норм, предусмотренных в УК; 2) степень достижения судом целей применения указанных норм.

О МАРКЕ ИГОРЕВИЧЕ БАЖАНОВЕ

О Марке Игоревиче Бажанове // Весь мир живет до тех пор, пока живет память человека ; под общ. ред. В. С. Комиссарова. – М., 2006. – С. 55–66.

Доктор юридических наук, профессор, академик Академии правовых наук Украины, заслуженный профессор Национальной юридической академии Украины им. Ярослава Мудрого, М. И. Бажанов (1922–2001) родился в г. Умани Черкасской области в семье служащих. По окончании средней школы в Харькове в 1940 г. поступил в Харьковский юридический институт. В начале Великой Отечественной войны Марк Игоревич вместе с коллективом Харьковского завода им. Ф. Э. Дзержинского был эвакуирован в г. Бердск Новосибирской области, где на военном заводе работал электрослесарем, техником, диспетчером цеха, дежурным диспетчером. Вернувшись из эвакуации в г. Харьков, в сентябре 1945 г. М. И. Бажанов возобновил обучение в юридическом институте, который окончил с отличием в 1948 г. По окончании института он был рекомендован в аспирантуру. В 1951 г. после успешной защиты кандидатской диссертации М. И. Бажанов становится преподавателем юридического института, где работал до конца своей жизни (ныне Национальная юридическая академия Украины им. Ярослава Мудрого). В 1967 г. он защитил докторскую диссертацию, в 1969 г. ему было присвоено звание профессора. В 1990 г. М.И. Бажанову было присвоено почетное звание заслуженного деятеля науки и техники Украины. В 1993 г. М.И. Бажанов был избран действительным членом (академиком) Академии правовых наук Украины.

Плодотворной была многолетняя преподавательская работа в Национальной юридической академии Украины им. Ярослава Мудрого профессора М. И. Бажанова – ученого и педагога, который был предан делу подготовки юристов и научно-педагогических кадров для нашей Отчизны. Его лекции по Общей части уголовного права, отражавшие современный уровень юридической науки, отличались теоретической глубиной и тесной связью с практикой применения закона, доходчивостью, четкостью, логичностью изложения.

М.И. Бажанов был редактором и соавтором ряда учебников по уголовному праву и процессу: Советский уголовный процесс/ Под ред. А. Л. Ривлина. Харьков, 1971. – Главы: Доказательства. Виды доказательств. Предварительное расследование. Предавание суду. Изменение обвинения. Особенности расследования и рассмотрения дел о несовершеннолетних (в соавт.); Советский уголовный процесс/ Под ред. М. И. Бажанова, Ю. М. Грошевого. Киев, 1978; Советский уголовный процесс/ Под ред. М. И. Бажанова, Ю. М. Грошевого. Киев, 1984; Уголовное право СССР. Общая часть/ Под ред. М. И. Бажанова, П. С. Матышевского, В. В. Сташиса. Киев, 1984; Уголовное право СССР. Особенная часть/ Под ред. М. И. Бажанова, П. С. Матышевского, В. В. Сташиса. Киев, 1989; Уголовное право Украины. Общая часть/ Под ред. М. И. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тация. Киев, 1992; Уголовное право Украины. Общая часть (в соавторстве). Киев, 1997; Уголовное право Украины. Общая часть/ Под ред. М. И. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тация. Киев, 2003; Уголовное право Украины. Особенная часть/ Под ред. М. И. Ба-

жанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тация. Киев, 2003. Подготовленные М. И. Бажановым и при его участии книги, учебники и комментарии – это надежная теоретическая база обучения студентов и основа деятельности работников правоохранительных органов. Его конспект лекций «Уголовное право Украины. Общая часть». Днепропетровск (1992) на протяжении нескольких лет был, по сути, единственным учебным пособием по уголовному праву Украины для студентов юридических вузов Украины.

Успешной была и научно-педагогическая деятельность профессора М. И. Бажанова. Еще студентом М. И. Бажанов активно участвовал в студенческом научном обществе. Проявляя постоянный интерес к научной работе, в период обучения он подготовил ряд докладов, с которыми выступил на студенческих конференциях, и был отмечен дипломами и премиями: «Жалованная грамота дворянству Екатерины II» (руководитель – проф. С. Л. Фукс, 1940), «К происхождению принципа *nullum crimen sine lege*» (руководитель – проф. М. М. Гродзинский, 1945), «Уголовно-правовые взгляды Цезаре Беккариа» (руководитель – проф. М. М. Гродзинский, 1946); три доклада были подготовлены под руководством проф. В. С. Трахтерова – «Причинная связь в уголовном праве» (1946), «Назначение наказания по совокупности преступлений» (1947), «Проблема аналогии в уголовном праве» (1948). Научные изыскания М. И. Бажанова в студенческие годы стали основанием для рекомендации его в аспирантуру. Закончив в 1951 г. аспирантуру, М. И. Бажанов защитил кандидатскую диссертацию на тему «Изменение обвинения в советском уголовном процессе» (научный руководитель – проф. М. М. Гродзинский). Это проблема к тому времени была почти неразработанной и молодому ученому удалось не только решить общие вопросы темы, но и исследовать и границы изменения обвинения на всех стадиях процесса. Основные положения диссертации были изложены в работе с таким же названием, опубликованной в Москве 1954 г., а через два года работа была переведена на немецкий и китайский языки и издана в Берлине и Пекине. Докторская диссертация М. И. Бажанова «Законность и обоснованность основных судебных актов в советском уголовном процессе», которая была защищена в 1967 г., стала первой фундаментальной работой по этой важной проблеме и явилась весомым вкладом в теорию и практику уголовно-процессуального права. До сих пор процессуалисты обращаются к этой работе М. И. Бажанова и находят в ней интересные и оригинальные решения.

Активно трудясь в науке уголовного процесса, ученый глубоко изучает и публикует труды по уголовному праву. Уже в середине 1950-х годов появляются его первые работы по уголовному праву, в которых исследуются вопросы уголовной ответственности за кражу, разбой и хулиганство. Особенно плодотворно работал М. И. Бажанов над проблемами уголовного права в конце 1960-х и в последующие годы. Всего ученым было опубликовано свыше 160 научных работ. Широкое признание получили такие труды М. И. Бажанова, как «Назначение наказания по советскому уголовному праву» (1980); «Преступления против личности в УК УССР и судебной практике» (в соавторстве), выдержавшие три издания (1976, 1981, 1987); «Уголовное право УССР на современном этапе. Части Общая и Особенная» (в соавторстве) (1985); «Личность – под охраной уголовного закона» (в соавторстве) (1996); «Множественность преступлений по уголовному праву Украины» (2000).

Диапазон научных интересов профессора М. И. Бажанова был чрезвычайно широким. Доклады ученого на научно-практических конференциях всегда поднимали новые проблемы науки, содержали рекомендации по совершенствованию действующего законодательства и правоприменительной деятельности. Они касались принципов уголовного права, оснований уголовной ответственности, состава преступления, его признаков и функций, проблем наказания, общих вопросов квалификации преступлений, ответственности за рецидив, за отдельные виды преступлений против личности, собственности, правосудия, порядка управления и др.

Значительным является вклад М. И. Бажанова в подготовку научно-педагогических кадров через аспирантуру и соискателей научной степени. За время работы М. И. Бажанова на кафедре уголовного права Национальной юридической академии Украины с его участием было подготовлено свыше 50 кандидатов и 8 докторов юридических наук.

Под непосредственным руководством М. И. Бажанова подготовили и защитили кандидатские диссертации: Л. Е. Орел «Условно-досрочное освобождение от лишения свободы по советскому уголовному праву» (1967); В. П. Тихий «Ответственность за хищение огнестрельного оружия, боевых припасов и взрывчатых веществ по советскому уголовному праву» (1972); Д. Е. Дядько «Добровольный отказ от совершения преступления» (1974); В. И. Тютюгин «Лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью как вид наказания по советскому уголовному праву» (1975); В. И. Касынюк «Уголовная ответственность за повреждение путей сообщения, транспортных средств» (1977); И. Н. Дружинин «Ответственность за хищение наркотических веществ по советскому уголовному праву» (1981); Ю. В. Баулин «Право граждан на задержание преступника по советскому уголовному законодательству» (1981); А. В. Дорош «Уголовная ответственность за злостное уклонение от платежа алиментов на содержание детей» (1982); А. Ф. Степанюк. «Уголовная ответственность за изготовление, сбыт и распространение порнографических предметов» (1983); В. В. Устименко «Специальный субъект преступления» (1984); В. М. Куц «Ответственность за вымогательство по советскому уголовному праву» (1986); А. В. Грузд «Признание лица особо опасным рецидивистом» (1986); И. А. Зинченко «Составные преступления в советском уголовном праве» (1990); Е. В. Шевченко «Преступления с производными последствиями в уголовном праве» (2002); А. М. Котовенко «Уголовная ответственность за повреждения объектов магистральных нефте-, газо- и нефтепродуктопроводов» (2002); Ю. В. Гродецкий «Добровольный отказ при соучастии» (2002). М. И. Бажанов был научным консультантом при подготовке и защите двух докторских диссертаций: В. П. Тихого «Проблемы уголовно-правовой охраны общественной безопасности» (1987) и Ю. В. Баулина «Уголовно-правовые проблемы учения об обстоятельствах, исключающих преступность (общественную опасность и противоправность) деяния» (1991).

Можно без преувеличения сказать, что на кафедре была основана харьковская школа криминалистов, которая достаточно уверенно заявила о себе еще в Советском Союзе, сделала важный вклад в развитие науки уголовного права и стала известной далеко за пределами Украины. Решающая заслуга в становлении и формировании этой школы принадлежит профессорам В. В. Сташису и М. И. Бажанову. Практически почти все преподаватели кафедры уголовного права являются их учениками.

Деятельность профессора М. И. Бажанова была тесно связана и с юридической практикой, в особенности с законотворчеством. Он активно участвовал в разработке многочисленных уголовно-правовых законов, был членом рабочей и редакционной группы Кабинета Министров Украины, которая подготовила проект нового Уголовного кодекса Украины (2001 г.). М. И. Бажанов приложил много усилий к совершенствованию судебной практики, он являлся неизменным членом Научно-консультативного Совета Верховного Суда Украины на протяжении многих лет.

Принципиальность и порядочность, широкая эрудиция и добросовестное отношение к выполнению своего служебного и общественного долга, душевная теплота и чуткость снискали М. И. Бажанову высокий авторитет и глубокое уважение студентов, коллег и сотрудников.

Не только в коллективе академии, но и среди широкой юридической общественности имя Марка Игоревича Бажанова ассоциируется, прежде всего, с образом настоящего ученого, человека, преданного высоким идеалам науки. Марк Игоревич был очень принципиальным в науке, давал свою компетентную оценку научному произведе-

дению, несмотря на чины и звания автора. Нередко он повторял, что в науке генералов нет и что истина не устанавливается голосованием. При этом даже при самом критическом отношении к оппоненту Марк Игоревич был примером тактичной, уважительной критики, и этому учил нас. Помню, как он, обсуждая с одним из авторов прочитанную рукопись докторской диссертации, советовал ему исключить из текста такие выражения, как «глубоко ошибочно», «неправильно», «неверно» и т.п. Он, ссылаясь на исторические факты, предостерегал автора, что если вчера мы говорили о каком-то положении, что оно глубоко ошибочно, то не следует исключать, что завтра будем утверждать: оно-то является единственно верным.

Марк Игоревич был блестящим оратором, великолепным лектором. Его лекции для студентов, выступления на заседаниях кафедры, ученого совета, научных конференциях и симпозиумах всегда приятно поражали воображение слушателей. Я помню, как любое его выступление перед аудиторией приводило к тому, что затихал шум, смолкали разговоры и все, кто слушал Марка Игоревича, внимали каждому его слову и фразе. В каждом своем выступлении он находил именно то главное и важное, что заставляло задуматься над проблемой, интересно ставил вопросы, предлагал оригинальные решения – все это порождало желание глубже и основательнее ознакомиться с поднятой проблемой. Он и нас учил тому, что незачем выходить на кафедру перед научным собранием, если нечего сказать нового и интересного, тем более говорить об известных вещах, да еще ограничиваться ничего не значащими декларациями и банальностями. И как он искренне радовался, если его ученик выступил со свежей мыслью, интересным сообщением, поставил проблему, предложил оригинальный подход к ее решению! Он обязательно подойдет и похвалит. А это, естественно, очень ободряло и обязывало нас еще более ответственно подходить к публичным выступлениям.

В то же время Марк Игоревич «умел и слушать». Выступая перед коллегами по кафедре, членами Совета, участниками какой-либо конференции, многие часто в качестве «главного слушателя» выбирали Марка Игоревича. Ощущая его внимание, проявляющееся даже в мимике лица, интерес к твоему выступлению, ты невольно успокаивался, преодолевал естественное волнение, излагая свои мысли более четко и последовательно.

К научным работам он относился с особой тщательностью и требовательностью. Помнится, как при обсуждении на кафедре кандидатской диссертации один из оппонентов сказал, что работа в целом ему понравилась. В ответ Марк Игоревич заметил, что нравиться или не нравиться может, например, девушка, а работа должна оцениваться с позиций научности или ненаучности. Марк Игоревич делил диссертации, в зависимости от качества, на три категории: высокого и среднего уровня, а также диссертации, отвечавшие минимальному уровню требований, предъявляемых для работ подобного рода. Я не помню случая, когда бы он принял участие в позитивной оценке откровенно слабой работы.

Марк Игоревич внимательно следил за развитием уголовно-правовой мысли, успехами в смежных науках, до последних дней интересовался новыми идеями в общей теории права. Он всегда откликался на интересные авторефераты кандидатских диссертаций и считал своим долгом подготовить отзыв на каждый автореферат докторской диссертации, так как рассматривал докторскую диссертацию, как событие в уголовно-правовой науке.

Марк Игоревич всячески поощрял создание каждым из нас собственной научной библиотеки. Рассказывал, как после войны, испытывая материальную нужду и имея одну лишь шинель, он большую часть средств расходовал на приобретение книг. После смерти Марка Игоревича его супруга Инна Владимировна передала блестящую библиотеку Марка Игоревича на кафедру уголовного права академии, с которой была связана вся его жизнь.

Поколение ученых, к которому принадлежал Марк Игоревич, училось уголовному праву в основном на литературе дореволюционных отечественных криминалистов, поскольку советской литературы было совсем немного. Марк Игоревич любил перечитывать, как он говорил, «стариков», часто ссылаясь на них в своих публичных выступлениях и лекциях, учил и нас, что негоже забывать «стариков», ибо, как известно, все новое – это во многом хорошо забытое старое.

Вспоминаю, как он рассказывал мне о том, когда и в каком году принято было защищать докторские диссертации. Говорил о том, что раньше, в 1950-е годы считалось, что докторская степень должна как бы завершать научную карьеру ученого уже в зрелом для него возрасте, можно сказать, на склоне творческих лет, тогда, когда ученый уже стал достаточно известен в широких кругах научной общественности своими публикациями, участием в конференциях и т. п. Затем ситуация и подходы изменились и уже в 1980-е годы считалось, что разрыв между кандидатской и докторской диссертациями не должен превышать десяти лет. Подобная тенденция не только сохранилась в настоящее время, а, напротив, еще ускорила. Дело дошло до того, что, например, в Украине Президиум ВАК даже принял специальное постановление, в соответствии с которым, если между защитами кандидатской и докторской диссертации прошло менее 5 лет, то докторская диссертация в обязательном порядке подлежит направлению в другой специализированный ученый совет на дополнительную рецензию.

Марк Игоревич имел широчайший научный кругозор, он умел смотреть далеко вперед, обладал, я бы сказал, научной мудростью.

Вспоминаю, как однажды один из аспирантов пришел из научной библиотеки и сообщил, что обнаружил недавно поступившее учебное пособие Г. В. Бушуева «Социальная и условно-правовая оценка причинения вреда преступнику при его задержании» (1976). А я в это время как раз приступил к работе над кандидатской диссертацией, посвященной уголовно-правовым проблемам задержания преступника. Я тут же пошел в библиотеку и прочитал названное пособие, которое произвело на меня сильное впечатление. Об этом я рассказал Марку Игоревичу как своему научному руководителю и высказал мысль о том, что не следует ли нам изменить тему исследования, поскольку, на мой взгляд, основные вопросы в пособии (которое издано на базе диссертации) решены, а частностями заниматься неинтересно.

Марк Игоревич попросил меня заказать это указанное пособие из Горького (я тогда на кафедре вел широкую переписку и выписывал литературу по уголовному праву из многих вузов Советского Союза). Вскоре пособие было получено, Марк Игоревич его очень быстро прочитал и пригласил меня на беседу. Обсуждая пособие, он, во-первых, меня успокоил, сказав, что работа вызвала у него много вопросов и потому есть широкое поле для продолжения исследования, и, во-вторых, предложил не унывать, а, напротив, сосредоточиться на принципиальных проблемах. Я, конечно, очень приободрился. Вскоре снова, но теперь уже не спеша и внимательно, слепо не доверяя каждому слову автора, перечитал пособие, а позднее в Москве – и диссертацию. И, действительно, пришел к выводу, что не все так однозначно, как мне показалось в первый раз. Вскоре я пришел к Марку Игоревичу со своими свежими соображениями, которые затем, с его благословения, и легли в основу моей кандидатской диссертации.

Марк Игоревич не только учил людей, был истинным Учителем, но и ценил, уважал труд, успехи и достижения в научном творчестве своих питомцев. В каждой его статье, монографии он обязательно ссылаясь на работы своих учеников, которые внесли определенный вклад в разработку той или иной научной проблемы. Я помню, когда он готовил к изданию свою монографию по проблемам назначения наказания (издана в 1980 г.), в беседе с молодым научным работником В. И. Тютюгиным он не стеснялся советоваться, хотел услышать и его мнение по тому или иному вопросу. И тут же в шуточной форме говорил, что «канонизирует» его, ссылаясь в своей монографии на те

выводы и положения, которые высказаны в его кандидатской диссертации, выполненной, кстати, под руководством М. И. Бажанова.

Марк Игоревич жил не только научными, но и жизненными интересами своих учеников, знал наши проблемы, стремился посильно помочь в их решении. Не раз приходили все мы, его ученики, за мудрым советом к Учителю, как поступить в той или иной ситуации. Мне запомнилась одна закономерность: если я следовал совету Марка Игоревича, то все получалось наилучшим образом; если же решал «посамовольничать», то обязательно попадал впросак. Известно, однако, что не всегда мы поступаем так, как хотелось бы Учителю. При этом, однако, Марк Игоревич всегда обращался с нами тактично и вежливо. Но по его интонации и форме обращению мы могли определить, доволен ли он нами или нет. Меня, например, в хорошем расположении духа Марк Игоревич называл по имени «Юра», иногда «Юрочка» (он выделял меня как любимого ученика, хотя внешне это ни в чем и не проявлялось). В случае если Марк Игоревич был недоволен мной, он обращался ко мне подчеркнуто официально – Юрий Васильевич!

Марк Игоревич всегда был заинтересован в успехах учеников, ценил их время, понимал то волнение, которое испытывали мы, отдавая на его суд ту или иную рукопись, и то нетерпение, которое овладевало нами при ожидании его оценки. Если, например, ты сегодня отдал ему рукопись главы диссертации или статьи, то уже через день обязательно от него последует звонок с вопросом, когда мне удобно с ним встретиться, чтобы обсудить написанное. Можете себе представить, что испытываешь, когда уважаемый профессор спрашивает, когда мне удобно обсудить прочитанную им твою рукопись!

Марк Игоревич учил нас взвешенно и всесторонне подходить к нашим законодательным предложениям, особенно на первых порах своей творческой деятельности. Вспоминаю, как в самом начале работы над кандидатской диссертацией в первых своих тезисах научного сообщения я предложил новую редакцию статьи УК РФ о задержании преступника. Марк Игоревич, прочитав тезисы, спросил, уверен ли я, что эта формулировка будет такой же и при завершении работы и не придется ли мне критиковать самого себя? Я честно сказал, что такой уверенности у меня нет, но на сегодняшний день я вижу редакцию предлагаемой статьи именно такой. Тогда он предложил в тезисах указать, что предлагаемая статья УК РФ может быть сформулирована, например таким образом... Тем самым, отметил он, ты оставляешь поле для дальнейшего усовершенствования своей позиции.

Марк Игоревич был великолепным мастером слова, основательно знал и любил наш язык. Многие из нас учились у него не только ораторскому искусству, но и умению грамотно излагать свои мысли. Я помню, как однажды после открытой лекции одного нашего начинающего преподавателя, мы собрались на кафедре для обсуждения его лекции. В таких случаях Марк Игоревич обычно давал возможность высказать свое мнение всем желающим, начиная с младших по возрасту, и лишь после этого как бы подводил итоги обсуждения. И вот на этом обсуждении я высказал замечание по поводу того, что лектор, на мой взгляд, злоупотреблял вычурной, витиеватой речью, «перенасытил ее достаточно трудно усваиваемой терминологией». Мне казалось, что лекция, особенно для студентов второго курса, начинающих изучать уголовное право, должна излагаться более простым, доступным и понятным языком. Я помню, что не все коллеги со мной согласились, считая, что это приведет к упрощению изложения материала. После этого я и сам начал уже сомневаться в своей правоте. И вот, выслушав всех, высказал свое отношение к качеству прочитанной лекции и наш Учитель. И буквально одной фразой, одним высказыванием он расставил все точки над «і», отметив, что простота изложения не означает его упрощения. Да, лекция, безусловно, должна нести в себе полезную и важную информацию. Однако излагать ее надо простым, до-

ступним и понятным для аудитории языком, речь должна быть не только «профессиональной», но и четкой, ясной, логически выверенной, без излишнего «украшательства и цветастости».

Возвращая рукопись, Марк Игоревич беспощадно вычеркивал все лишнее, ненужное, наносное, все, что затемняло суть вопроса. Он был редактором от Бога! Если, например, в пользу того или иного положения приводилось несколько аргументов, он никогда не перечислял их так: «во-первых», «во-вторых» и т.д., а делал это иначе: «прежде всего», «кроме того», «далее», и «наконец»... Марк Игоревич не любил в научных работах вычурности, витиеватости. Он считал, что научный стиль изложения должен быть достаточно сух, деловит, четок, понятен читателю.

Глубину познаний, принципиальность, широкий кругозор и практическую сметку Марка Игоревича я прочувствовал, когда активно работал вместе с ним над подготовкой проекта УК Украины в составе рабочей группы Кабинета Министров Украины. Эта работа началась осенью 1992 г. и завершилась весной 2001 г. Так сложилось, что из 25 членов рабочей группы над проектом активно работали именно харьковские криминалисты (поэтому иногда УК небезосновательно называют харьковским). Работали много и часто в кабинете В. В. Сташиса – первого проректора академии. Обязанности распределились фактически таким образом, что ответственность за подготовку вопросов, редактирование текста и др. по Общей части проекта УК была возложена на Марка Игоревича и меня, хотя члены группы принимали участие в обсуждении всех вопросов подготовки проекта УК. Помню, как после каждого заседания нашей группы В. И. Борисов и я собирались в кабинете М. И. Бажанова и готовились к следующей встрече или продумывали аргументы «за» и «против» относительно тех предложений по совершенствованию проекта УК, которые многократно поступали в адрес рабочей группы от народных депутатов Украины, представителей практических ведомств, иностранных экспертов, ученых и отдельных граждан. Марк Игоревич глубоко вникал в поставленный вопрос, сразу «схватывал» суть проблемы, системно оценивал ее, предлагал решения, обосновал свою позицию, воспринимал наши аргументы.

У Марка Игоревича сложились особые отношения с заведующим кафедрой уголовного права профессором В. В. Сташисом. В силу служебной занятости последнего одновременно и на должности первого проректора института (позднее – Национальной юридической академии Украины им. Ярослава Мудрого) Марк Игоревич в течение многих лет (с 1966 до 1991 г.) неоднократно исполнял обязанности заведующего кафедрой. При этом он сумел создать и сохранить на кафедре доброжелательные, деловые отношения, в кафедре всегда царила атмосфера высокой требовательности, объективности и справедливости.

Большинство текущих рабочих вопросов он решал единолично в соответствии с общими установками заведующего кафедрой. Интересно, что при решении важных кафедральных проблем ими всегда закладывался какой-нибудь принцип. Например, при рекомендации кого-либо на звание доцента всегда соблюдалась очередность в защите кандидатских диссертаций. Исключением из правила служило лишь назначение преподавателя на административную должность.

Марк Игоревич был истинным хранителем лучших традиций нашей кафедры. Он хорошо помнил, много знал и всегда к месту, вовремя и прекрасно рассказывал о тех людях, которые стояли у истоков становления нашего научного коллектива. Его рассказы, воспоминания о таких известных ученых, как М. М. Гродзинский и В. С. Трахтеров всегда были интересны, поучительны. Это порождало у нас – молодых членов коллектива – желание больше узнать об этих людях, глубже освоить их научное наследие, учиться у них мастерству научной полемики. Я уверен, что многие из нас обратились к трудам этих ученых именно благодаря рассказам о них нашего Учителя – Марка Игоревича Бажанова.

В кафедре Марк Игоревич видел не только педагогическую структурную единицу вуза, но прежде всего научное сообщество. Он стремился подвинуть педагогов на постановку и обсуждение интересных и значимых проблем уголовно-правовой науки и педагогической практики. На заседания кафедры обычно выносились им важные, принципиальные вопросы: обсуждение диссертаций, а также проблемных вопросов уголовно-правовой науки и педагогической практики. Например, осенью 1998 г. он сам инициировал на кафедре обсуждение его доклада на тему: «О различных трактовках некоторых признаков объективной стороны преступления в науке уголовного права».

Многое еще можно сказать о нашем Учителе: о том, как не любил он административной работы, и нас призывал не увлекаться ею, а заниматься наукой; о его научной щедрости и доброжелательности; о требовании к нам посещать все кафедральные банкеты; об отношении к друзьям, коллегам и студентам; об умении хранить доверенные ему личные тайны; о трепетном отношении к жене и сыну; об обязательности в отношениях, о щепетильности в денежных расчетах и готовности оказать свою помощь ближнему; о политических пристрастиях и многом другом.

Прошло уже более четырех лет с тех пор, как рядом с нами нет нашего Учителя. 25 октября 2001 г. мы ожидали его с докладом на очередной конференции, но это выступление не состоялось в связи с безвременной скоропостижной кончиной Марка Игоревича. Однако не проходит и дня, чтобы мы не вспоминали его добрым словом по какому-нибудь поводу: готовится ли к переизданию кафедральный учебник, редактором и соавтором которого он был, обсуждается ли какая-либо научная проблема или просто ведется разговор о кафедральных либо личных делах. Во всем этом по-прежнему Марк Игоревич Бажанов вместе с нами – в нашей памяти и нашей жизни.

ПРОБЛЕМИ УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ ПРОТИДІЇ ТЕРОРИЗМУ ТА ОРГАНІЗОВАНИЙ ЗЛОЧИННОСТІ

Проблеми удосконалення законодавства в сфері протидії тероризму та організованій злочинності // Матеріали наук.-практ. конф. «Актуальні проблеми протидії тероризму і злочинності у контексті європейської та євроатлантичної інтеграції України». – К., 2006. – С. 65–68.

План дій Європейського Союзу в галузі юстиції та внутрішніх справ від 12 грудня 2001 року, погоджений на IV засіданні Комітету з питань співробітництва між Україною та Євросоюзом, передбачає розвиток в Україні принципів законності, доступу до правосуддя, незалежності судової влади та ефективної системи управління, на яких базується мета ЄС – створення «простору свободи, безпеки та правосуддя». Європейська комісія 11 березня 2003 року визначила нові рамки своїх відносин з Україною, а саме: Повідомлення Європейської комісії для Ради та Європейського парламенту «Розширення Європа – Сусідні країни: нова структура відносин з нашими східними та південними сусідами», в якій чітко визначила, що метою відносин є утворення зони процвітання та добросусідства із зазначеними країнами. Одним із заходів для досягнення цієї мети є забезпечення ратифікації та імплементації найважливіших міжнародних документів, спрямованих на боротьбу з організованою злочинністю та тероризмом. Створення відповідної законодавчої бази – основа для ефективного співробітництва в зазначених сферах; згідно з міжнародними стандартами та стандартами ЄС.

Проблему необхідно розглядати з двох боків: як міжнародну і як національну. Міжнародний аспект проблеми полягає в тому, що 3 травня 2003 року Європейською Радою прийнято Стратегію Європейського Союзу на початок нового тисячоліття «Запобігання та контроль організованої злочинності». У ній сформульовані основні концептуальні засади протидії організованої злочинності в рамках Євросоюзу.

У цьому контексті важливого значення набуває законодавче закріплення національної загальнодержавної стратегії протидії організованій злочинності в Україні. Відсутність чітко визначеної стратегії та конкретного плану дій є однією з причин, що зумовлює негативні тенденції в існуванні, поширенні та відтворенні організованої злочинності. Загальнодержавна стратегія протидії організованій злочинності має включати систему заходів, наприклад:

- 1) виявлення фактів організованої злочинної діяльності;
- 2) стримування її подальшого поширення;
- 3) максимальне зниження її негативних наслідків;
- 4) визначення та можливе усунення чинників, що сприяють її існуванню, поширенню та відтворенню;
- 5) запобігання, припинення, розкриття та розслідування конкретних кримінальних проявів організованої злочинності;

6) відшкодування заподіяних збитків;
7) реабілітація потерпілих;
8) недопущення повторного втягнення до організованої злочинної діяльності осіб, які порвали з нею тощо.

Далі необхідним вбачається також розробка Плану дій щодо боротьби з організованою злочинністю в Україні відповідно до плану дій, ухваленого Європейською Радою в Амстердамі у червні 1997 року, а також плану дій Європейського Союзу у сфері юстиції та внутрішніх справ, прийнятому на засіданні Європейської Ради 1998-го у Відні. Зазначений план має передбачати, зокрема, такі чотири складові:

- 1) ратифікацію підписаних Україною відповідних міжнародних документів;
- 2) імплементацію їхніх положень в національне законодавство;
- 3) моніторинг застосування зміненого чи нового законодавства та оцінку ефективності його застосування;
- 4) визначення щороку пріоритетів щодо боротьби з організованою злочинністю.

З огляду на викладене важливим є забезпечення ратифікації та імплементації найважливіших міжнародних документів, спрямованих на боротьбу з нелегальною міграцією, організованою злочинністю, торгівлею людьми, незаконним обігом наркотиків, торгівлею автотранспортом, що вкрадено, підакцизними товарами, а також відмиванням «брудних» грошей. Ці пріоритети повинні уточнюватися щороку.

Крім того, потребує удосконалення і внутрішнє, національне законодавство у цій сфері. Так, Закон України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» (Закон) за загальної позитивної його оцінки на початковому етапі чинності у сучасних умовах значною мірою не відповідає вимогам, які випливають із завдань європейської та євроатлантичної інтеграції України. Тому недоліки згаданого Закону компенсуються приписами відомчих нормативних актів, наказів і розпоряджень, а також різного роду вказівок, планів, заходів тощо. Увесь цей нормативний масив необхідно розглянути, оцінити, систематизувати і закріпити законодавчо. Це можна зробити у новій редакції Закону, можливо, і змінивши його назву, наприклад: «Про запобігання та протидію організованій злочинності». У цьому Законі мають знайти своє відображення, зокрема, повноваження державних органів щодо вироблення, контролю та координації державної політики у сфері протидії організованій злочинності; повноваження і правовий статус спеціальних підрозділів з боротьби з організованою злочинністю; заходи щодо виявлення організованих злочинних угруповань, документування, запобігання, припинення та розслідування їхньої злочинної діяльності; заходи щодо стримування подальшого поширення організованої злочинності, послаблення її негативних наслідків, усунення чинників, що сприяють її поширенню; заходи щодо захисту та реабілітації потерпілих від злочинів, вчинених учасниками організованих злочинних угруповань та надання їм необхідної допомоги, забезпечення відшкодування заподіяної злочинцями шкоди; взаємодія спеціальних підрозділів з боротьби з організованою злочинністю та іншими правоохоронними державними органами та установами і організаціями; інформаційне забезпечення протидії організованій злочинності; матеріально-технічне, фінансове та кадрове забезпечення протидії організованій злочинності; науково-дослідне забезпечення; питання міжнародного співробітництва.

Оцінка ефективності реалізації загальнонаціональної стратегії повинна здійснюватися насамперед на підставі наукових досліджень стану організованої злочинності, а не лише за статистичними даними про кількість виявлених організованих злочинних угруповань. Науковими установами разом з певними відомствами повинні бути розроблені критерії оцінки ефективності заходів протидії організованій злочинності, причому це слід здійснити з урахуванням досвіду іноземних держав.

Зазначений вище план дій Євросоюзу передбачає, що всі механізми, згадані у цьому плані, повинні використовуватись для запобігання загрози міжнародного тероризму. Це в свою чергу потребує розвитку співробітництва між ЄС, НАТО та Україною у боротьбі

проти тероризму та запобіганню йому. Для досягнення цієї мети сторони взяли на себе зобов'язання – сприяти дотриманню та імплементації всіх відповідних міжнародних конвенцій, а також сприяти досягненню якнайшвидшої домовленості за результатами переговорів стосовно всеосяжної Конвенції ООН щодо боротьби з тероризмом. Головна невідповідність чинного українського Кримінального кодексу міжнародним конвенціям полягає в тому, що у вітчизняному КК під терористичним актом розуміється лише злочинне діяння у формі застосування зброї, вчинення вибуху, підпалу та інших загально небезпечних дій або загрозу вчинення таких дій. Водночас у міжнародних документах поняття «терористичний акт» охоплює ширше коло діянь, які в Конвенції Ради Європи про запобігання тероризму від 16 травня 2005 року визначаються як «терористичні злочини». Такі злочини включають в себе, крім злочинів, передбачених в ст. 258 КК України, багато інших злочинів, які кваліфікуються за іншими статтями, наприклад, посягання на життя державного чи громадського діяча (ст. 112 КК України), захоплення заручників (ст. 147 КК України), захоплення залізничного рухомого складу, повітряного, морського чи річкового судна (ст. 278 КК України) тощо.

Такий стан породжує непорозуміння на практиці стосовно того, які саме злочини слід визнавати терористичними та які групи і організації є терористичними. Моя позиція полягає в тому, що терористичною повинна визнаватися група або організація, діяльність якої спрямована на вчинення будь-якого терористичного злочину, визначення якого треба зробити у Кримінальному кодексі. При цьому більш продуктивним вважається визначення терористичних злочинів не шляхом їх переліку, а шляхом встановлення їхніх загальних ознак, до яких Конвенція Ради Європи про запобігання тероризму від 16 травня 2005 року відносить такі, що мають на меті серйозно залякати населення або неправомірно спонукати уряд чи міжнародну організацію здійснити якусь дію чи утриматися від її здійснення.

Необхідність подальшого вдосконалення законодавства впливає також і з Міжнародної конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму від 9 грудня 1999 року та положеннями Конвенції Ради Європи про запобігання тероризму від 16 травня 2005 року. З метою імплементації положень цих Конвенцій вбачається необхідним обговорити питання про доповнення Кримінального кодексу України трьома статтями, а саме: (1) фінансування тероризму, (2) публічні заклики до тероризму і (3) навчання тероризму. Що стосується положень ст. 6 Конвенції Ради Європи про запобігання тероризму (залучення до терористичної діяльності), то такі дії повністю охоплюються інститутом співучасті в КК України (ст. 27) і не потребують внесення будь-яких змін до Кримінального кодексу України.

Вочевидь, що боротьба з організованою злочинністю і тероризмом є частиною (хоча й важливою) зусиль України щодо запобігання та протидії злочинності взагалі. Як зазначається в стратегії Європейського Союзу на початку нового тисячоліття («Запобігання та контроль організованої злочинності»), «запобігання організованій злочинності сприяє ефективному запобіганню та контролю злочинності в цілому, а запобігання злочинності в цілому, навпаки, сприяє ефективнішому захисту від організованої злочинності та контролю над нею». Такий захист можливий лише як складова частина національної стратегії запобігання, контролю та протидії злочинності в Україні на відносно віддалену перспективу, наприклад, на 10 років. Ця стратегія повинна системно і комплексно передбачати напрями діяльності держави, суспільства та окремих громадян у справі запобігання та боротьби зі злочинністю в Україні. Очевидно, що така стратегія, а також вироблена на її базі Державна комплексна цільова програма та План дій повинні ґрунтуватися на досягненнях науки, враховувати практику боротьби зі злочинністю та завдання, що випливають із прагнення України до європейської та євроатлантичної інтеграції. Наукове забезпечення цього процесу могла б взяти на себе Академія правових наук України, що об'єднує фахівців, які мають необхідні знання та досвід, на належному рівні вони зможуть забезпечити наукове супроводження політики і практики держави та суспільства у сфері боротьби зі злочинністю.

УГОЛОВНОЕ ПРАВО И УГОЛОВНЫЙ КОДЕКС: ПРОБЛЕМЫ ЕДИНСТВА И РАЗГРАНИЧЕНИЯ

Уголовное право и уголовный кодекс: проблемы единства и разграничения // Право и правосудие в современном мире : материалы междунар. науч.-практ. конф., посвященной пятилетнему юбилею Северо-Казанского филиала Рос. акад. правосудия. – Краснодар, 2006. – С. 71–73.

1. Последние годы криминалисты всё чаще обращают внимание на то обстоятельство, что уголовное право является публичной материальной отраслью права в национальной системе права той или иной страны. При этом, однако, такой подход ещё не нашёл своего распространения на все уголовно-правовые явления, подлежащие уголовно-правовому исследованию. Так, в частности, по-прежнему в большинстве своём не проводится различие между уголовным правом как отраслью права и Уголовным кодексом как нормативно-правовым актом. Это приводит к употреблению терминологии, которая свойственна либо для характеристики отрасли права, либо законодательного акта; по-прежнему нерешённым является вопрос о структуре норм уголовного права, об уголовно-правовых средствах, о функциях уголовного права и т.д. Между тем, разграничение уголовного права и Уголовного кодекса подчиняется правилам разграничения права и закона, а также соотношения содержания и формы.

2. Уголовное право как отрасль публичного охранительного права объектом своего регулирования имеет отношения, которые существует в обществе в связи с существованием такого явления как преступность. Такие отношения можно назвать уголовно-правовыми общественными отношениями. Такое наименование подчеркивает, что нормативному урегулированию подлежат относительно массовые, типизированные, не индивидуализированные отношения в обществе, субъектами которых являются, с одной стороны, государство, а с другой стороны, лица, совершающие преступления. Для урегулирования этих отношений законодатель использует императивный метод регулирования, при котором государство в лице законодательной власти наделяет специально уполномоченные органы судебной и исполнительной власти властными полномочиями по отношению к лицам, совершающим преступления, а последние обязаны подчиняться законным действиям указанных органов и претерпеть неблагоприятные последствия совершения преступления, которые выражаются в ограничении прав и свобод преступников. Единственным правовым средством урегулирования таких конфликтных отношений у законодательной власти является лишь уголовно-правовая норма. Такая норма в своей структуре содержит гипотезу и диспозицию. В типичных случаях гипотеза уголовно-правовой нормы предусматривает признаки состава преступления, а диспозиция – уголовно-правовые последствия совершения такого преступления, т. е. полномочия суда по определению вида и размера наказания, а также иных мер уголовно-правового характера. В нетипичных ситуациях гипотеза уголовно-правовой нормы содержит указание не только на признаки состава преступления, но и, например, на признаки посткриминального поведения преступника, а также иного

события, например, истечение сроков давности привлечения к уголовной ответственности, а диспозиция – на полномочия суда по освобождению лица, совершившего преступление, от потенциальной или реальной уголовной ответственности.

3. Иногда считают, что в уголовное право последнее время проникают частно-правовые нормы, связанные с возможностью потерпевшего примириться, например, с преступником или расширяется содержание так называемого согласия «потерпевшего» на причинение вреда правоохраняемым интересам и др. Представляется, однако, что при этом не учитывается публично-правовая природа уголовного права как охранительной отрасли права. Уголовное право выходит из принципа субординации, неравенства сторон, зависимости и подчиненности одной стороны другой, подчинения государственных органов принципу «дозволено только то, что предписано законом» и т. д. В любом случае окончательное решение при определении последствий совершения преступлений принадлежит государству. Если же та или иная сфера отношений является предметом регулирования частного права (например, при согласии «потерпевшего» на причинение вреда благу, которое находится в свободном его распоряжении), то такие отношения, естественно, не могут быть объектом регулирования уголовного права.

4. Уголовное право основывается на современных представлениях законодателя о том, что признавать преступным и наказуемым либо влекущим иные уголовно-правовые последствия. Эти представления могут соответствовать идеальной модели уголовного права, а могут и отклоняться от этой модели, исходя из достигнутого социально-экономического уровня, правовой культуры, менталитета, традиций и т. д. Поэтому приближение к идеалу уголовного права есть бесконечный процесс до тех пор, пока в обществе существует преступность. Именно поэтому в современных условиях обсуждаются проблемы частичной декриминализации преступлений, гуманизации уголовно-правовых последствий их совершения, привлечения негосударственных органов к разрешению конфликта между преступником и обществом и т. д. Все это, однако, не меняет публично-правовой природы уголовного права как публичной отрасли права.

5. Уголовный кодекс, являясь нормативно-правовым актом и основываясь на правилах законодательной техники, закрепляет структурные элементы норм уголовного права в своей Общей и Особенной частях. При этом Уголовный кодекс как внешняя форма выражения уголовно-правовых норм подчиняется своим закономерностям. Одна из них состоит в том, что кодифицированные нормативно-правовые акты, в том числе и Уголовный кодекс, являются комплексными нормативно-правовыми актами. Это значит, что Уголовный кодекс содержит в себе не только нормы уголовного права, как публичной отрасли права, но и нормы иных отраслей права, например, административного права (нормы, регламентирующие применение принудительных мер медицинского и воспитательного характера), или частного права (например, нормы о необходимой обороне и крайней необходимости). Именно в Уголовном кодексе выделяется Общая и Особенная часть, что свидетельствует о высокой степени научного обобщения законодательного материала и его рационального размещения в указанных частях. В уголовном же праве невозможно деление на Общую и Особенную часть, поскольку признаки структурных элементов уголовно-правовой нормы (гипотеза и диспозиция) находят свое внешнее выражение как в Общей, так и в Особенной частях Уголовного кодекса. Таким образом, уголовное право как отрасль права является однородной, а Уголовный кодекс как нормативно-правовой акт является комплексным актом, содержащим в себе нормы различных отраслей права.

6. Последовательное различие уголовного права и Уголовного кодекса имеет важное научное, методологическое, законотворческое и педагогическое значение. В научных исследованиях по уголовно-правовой тематике следует придерживаться четкого разграничения уголовно-правовой материи, в которой выделяются: нормы

уголовного права как его содержание и Уголовный кодекс как внешняя форма выражения этих норм. При таком подходе с иных позиций можно посмотреть на соотношение уголовного права и Уголовного кодекса с иными отраслями права и законодательства. Методологическое значение указанного разграничения заключается, в частности, в том, что при исследовании норм уголовного права следует исходить не только из существующего положения относительно их содержания, но и обосновывать прогноз на дальнейшее эволюционное развитие таких норм. В законотворчестве целесообразно придерживаться правил, которые позволяют воплотить идеальные нормы модели уголовного права в реальную законодательную форму Уголовного кодекса. Наконец, при преподавании уголовного права необходимо исходить из общетеоретического положения о разграничении уголовного права и закона и в соответствии с этим строить программу учебного курса, а также совершенствовать терминологию, которая правильно бы отражала указанное разграничение.

КРИМИНАЛИЗАЦИЯ НЕЗАКОННОГО ОБОРОТА НАРКОТИЧЕСКИХ СРЕДСТВ КАК ОДНО ИЗ НАПРАВЛЕНИЙ УГОЛОВНОЙ ПОЛИТИКИ ГОСУДАРСТВА

Криминализация незаконного оборота наркотических средств как одно из направлений уголовной политики государства // Уголовная политика Российской Федерации в сфере противодействия наркотизации общества : материалы междунар. науч.-практ. конф., посвященной 130-летию Белгородского гос. ун-та / отв. ред. Е. Е. Тонков. – Белгород : Изд-во БелГУ, 2006. – С. 16–21.

1. Уголовно-правовая политика представляет собою основанное на нормах уголовного права управление общественными отношениями, сложившимися между государством и лицами, совершающими преступления, путем определения полномочий государства по обращению с преступниками. Одним из основных направлений такой политики в сфере незаконного оборота наркотических средств являются криминализация определенных деяний в этой сфере.

2. Преступлениям в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров, а также иным преступлениям против здоровья населения посвящен раздел XIII Особенной части Уголовного кодекса Украины 2001 года (далее – УК). Этот раздел насчитывает 23 статьи, из которых в 16 статьях установлена уголовная ответственность за различные преступления, связанные с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров (далее, если не оговорено иное – наркотических средств). Это дало основание отдельным авторам утверждать, что в УК существует институт уголовной ответственности за преступления в сфере оборота наркотических средств.

Выполняя международные обязательства Украины, законодатель избрал путь криминализации практики всех этапов (стадий) незаконного оборота наркотических средств, начиная с этапа приготовления к их производству и изготовлению и заканчивая использованием «грязных» наркосредств, полученных от сбыта наркотических средств. Ненаказуемым является лишь непубличное потребление наркотических средств.

Итак, к наркопреступлениям, связанным с приготовлением к изготовлению и производству наркотических средств, относятся, прежде всего, преступные действия, предметом которых являются прекурсоры, т.е. вещества и их соли, которые используются при производстве и изготовлении наркотических средств и психотропных веществ (например, ацетан, этиловый эфир, соляная и серная кислота, толуол и др.). К числу преступных деяний, связанных с прекурсорами, УК относит следующее: незаконное производство, изготовление, приобретение, перевозка или пересылка прекурсоров с целью их использования для производства или изготовления наркотических средств или психотропных веществ; похищение, присвоение, вымогательство прекурсоров или

завладение ими путем мошенничества либо злоупотребления должностным лицом своим служебным положением с целью дальнейшего сбыта, а также их сбыт для производства или изготовления наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов; незаконное изготовление, подделка, использование или сбыт поддельных или незаконно полученных документов, которые дают право на получение прекурсоров, предназначенных для производства или изготовления наркотических средств или психотропных веществ, контрабанда прекурсоров. Кроме того, приготовлением к изготовлению и производство наркотических средств является похищение, присвоение, вымогательство оборудования, предназначенного для изготовления наркотических средств, завладение им путем мошенничества или злоупотребления должностным лицом служебным положением, а так же незаконное изготовление, хранение, передача или продажа иным лицам такого оборудования.

К наркопреступлениям, связанным с незаконным изготовлением и производством наркотических средств относятся: незаконный посев или выращивание снотворного мака или конопли; незаконное изготовление, производство или хранения с целью сбыта наркотических средств; организация или содержание мест для незаконного производства или изготовления наркотических средств.

Наркопреступления, связанные с незаконным приобретением наркотических средств или их завладением, включают в себя: незаконное приобретение наркотических средств с целью сбыта или без таковой; незаконное изготовление, подделка, использование или сбыт подделанных или незаконно полученных документов, дающих право на получение наркотических средств; похищение, присвоение, вымогательство наркотических средств, завладение ими путем мошенничества или злоупотребления должностным лицом своим служебным положением, а также разбой с целью похищения наркотических средств.

К наркопреступлениям, связанным с перемещением наркотических средств, относятся их контрабанда, а также незаконная перевозка или пересылка наркотических средств с целью их сбыта или без таковой.

Наиболее опасным является такое преступление, как сбыт наркотических средств. Наконец, завершающей стадией незаконного оборота наркотических средств является преступление, связанное с использованием средств, добытых от их незаконного оборота.

3. Все статьи УК, предусматривающие ответственность за незаконный оборот наркотических средств, сконструированы таким образом, что предусматривают в первых своих частях основные составы соответствующих наркопреступлений, а в последующих частях – их квалифицирующие признаки.

Основные составы наркопреступлений в качестве признаков объективной стороны предусматривают, как правило, альтернативные действия. Например, ч. 1 ст. 307 УК к признакам объективной стороны относит незаконное производство, изготовление, приобретение, хранение, перевозку или пересылку, а также незаконный сбыт наркотических средств. Обращает на себя внимание тот факт, что в этом и других основных составах наркопреступлений в одном ряду предусмотрены действия, значительно отличающиеся друг от друга степенью своей общественной опасности (степенью тяжести). Так, юридически равнозначными признаются, например, хранение с целью сбыта и сам сбыт наркотических средств, их грабеж и завладение путем мошенничества, незаконное производство наркотических средств или прекурсоров и их незаконная перевозка и т.д. Очевидно, однако, что степень тяжести указанных действий является различной. Между тем, совершение любого из них является достаточным основанием для одинаковой их квалификации, что вряд ли является справедливым, учитывая юридическое, политическое и моральное значение квалификации преступлений. Видимо, поэтому достаточно крупным является размах размеров соответствующих наказаний (в основ-

ном лишения свободы) в относительно определенных санкциях указанных статей. Это позволяет суду определить справедливую меру наказания виновному лицу с учетом различной степени тяжести совершенных действий.

Квалифицированные составы наркопреступлений предусматривают наряду со специфическими признаками, обусловленными особенностями основных составов, типичные признаки, влияющие на повышение степени тяжести наркопреступлений. К числу таких признаков относятся следующие: совершение соответствующего наркопреступления повторно (речь идет о повторности тождественных и однородных преступлений), по предварительному сговору группой лиц, а также если предметом такого преступления являются особо опасные наркотические средства или наркотические средства в крупных размерах. В то же время особо квалифицирующими признаками признаются: совершение наркопреступлений организованной группой; если предметом преступлений были наркотические средства в особо крупных размерах, а также завладение такими средствами с применением насилия, опасного для жизни или здоровья потерпевшего.

4. Как уже указывалось, ряд составов наркопреступлений в качестве квалифицирующего и особо квалифицирующего признака предусматривает осуществление незаконных действий, предметом которых были особо опасные наркотические средства, а также наркотические средства в крупных и особо крупных размерах. Названия (международные незарегистрированные и химические) особо опасных наркотических средств приведены соответственно в списках № 1 и № 2 Таблицы I Перечня наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, который составлен в соответствии с законодательством и международными обязательствами Украины и утвержден постановлением Кабинета Министров Украины № 770 от 6 мая 2000 г. Так, к особо опасным наркотическим средствам отнесены, например, героин, кокаиновый куст, лист коки, маковая соломка (концентрат из маковой соломки), ефедрин, опий, катинон, ЛСД, ЛСД-25, парагексил, МДМА и др.

В примечании к ст. 305 УК («Контрабанда наркотических средств») указано, что понятие крупного и особо крупного размера наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов или прекурсоров, которое применяется в разделе XIII Особенной части УК, определяется специально уполномоченным органом исполнительной власти в области здравоохранения. В соответствии с этим определение небольших, крупных и особо крупных размеров наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, находящихся в незаконном обороте, осуществляется на основе приказа № 188 Министра здравоохранения Украины от 1 августа 2000 года, которым Утверждены таблицы № 1, 2 и 3. Например, незаконный оборот героина в крупных размерах определяется, если вес его составляет от 1,0 до 10 г., в особо крупных – от 10,0 и больше; маковой соломки высушенной – в крупных размерах от 1 кг до 5 кг, в особо крупных – от 5 кг и больше; опия экстракта – в крупных размерах от 50 г. до 250 г., в особо крупных – от 250 г и больше. Так точно определяются крупные и особо крупные размеры незаконного оборота психотропных веществ и прекурсоров.

5. Одним из направлений криминализации в сфере незаконного оборота наркотических средств является установление уголовной ответственности за организованный наркобизнес.

Организованный наркобизнес – это предусмотренная УК Украины предварительное обусловленная взаимная деятельность двух или более лиц, которая связана с изготовлением, перемещением и сбытом наркотиков с целью получения и легализации преступных доходов. Наркопреступления, которые составляют содержание наркобизнеса, – это предусмотренные разделом XIII УК Украины общественно опасные виновные действия, совершенные по предварительному сговору группой лиц, организованной группой и преступной организацией.

Совершение наркопреступлений группой лиц по предварительному сговору является, во-первых, наиболее распространенной формой организованного наркобизнеса. Это подтверждается и статистическими данными. В частности, сведения, полученные в результате обобщения статкарточек по совершению наркопреступлений, показывают, что из 46 246 преступлений в сфере наркобизнеса часть групповых составляет 46,3% или 21 412 преступлений. Из них по предварительному соглашению группой лиц было совершено 18 350 бизнес-наркопреступлений, организованной преступной группой – только 3062 наркопреступления. Во-вторых, указанная форма соучастия является наименьшим структурным звеном организованного наркобизнеса, которому, прежде всего, присущи основные черты, которые характеризуют и другие, более развитые формы соучастия (организованные группы и преступные организации).

Совершение преступления по предварительному сговору группой лиц в сфере наркобизнеса означает совершение наркопреступления совместными усилиями двух или более субъектов этого преступления, которые предварительно договорились о его совершении с целью получения преступных наркодоходов.

В свою очередь, совершение преступления организованной группой в сфере наркобизнеса – это совершение наркотических и других преступлений предварительно организованными в стойкое объединение трех или более субъектов с распределением функций между ними, которые объединены единым планом совершения наркопреступлений и направлены на достижение известного им плана преступной деятельности в сфере наркобизнеса для получения и легализации преступных доходов.

Одной из наиболее сложных и наиболее опасных форм организованного наркобизнеса является преступная организация, которой в соответствии с частью 4 ст. 28 УК Украины признается стойкое иерархическое объединение нескольких лиц (трех и более), члены которого или структурные части которого по предварительному сговору организовались для общей деятельности с целью непосредственного совершения тяжких или в особо тяжких преступлений участниками этой организации, или руководства, либо координация преступной деятельности иных лиц, или обеспечения функционирования как самой преступной организации, так и иных преступных групп.

Следует иметь в виду, что УК Украины не содержит предписаний, которые бы специально предусматривали в качестве квалифицирующего признак совершения преступления, в том числе и наркопреступления, преступной организацией. Вместе с тем, ст. 255 УК предусматривает ответственность за создание преступной организации, в том числе и с целью совершения тяжкого или в особо тяжкого наркопреступления, а также за руководство такой организацией или участие в ней, либо участие в преступлениях, совершенных такой организацией. При этом хотя ст. 255 УК Украины и сформулирована таким образом, что охватывает любое преступление, совершенное преступной организацией, тем не менее Пленум Верховного Суда Украины в п. 15 Постановления от 23.12.2005 г. «О практике рассмотрения судами уголовных дел о преступлениях, совершенных устойчивыми преступными объединениями» разъяснил судам, что преступление, совершенное в составе преступной организации, надлежит квалифицировать по соответствующей статье Особенной части УК и по совокупности с ч. 1 ст. 225 УК.

Таким образом, совершение преступлений преступной организацией в сфере наркобизнеса можно определить как совершение преступлений по предварительному сговору стойким иерархическим объединением трех и более субъектов преступления, созданным для совместной деятельности в сфере наркобизнеса с целью непосредственного совершения его участниками тяжких или особо тяжких наркотических преступлений, или руководства либо координации преступной деятельности в сфере наркобизнеса иных лиц, или обеспечения функционирования как самой преступной организации, так и иных преступных групп в сфере наркобизнеса.

ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ СУЧАСНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Тенденції розвитку сучасного кримінального права України // Питання боротьби зі злочинністю : зб. наук. пр. Вип. 12 / ред. кол.: Ю. В. Баулін (голов. ред.) та ін. – Х. : Кроссфрод, 2006. – С. 23–34.

Відомо, що кримінальне право є матеріальною галуззю публічного права в національній системі права будь-якої країни. В свою чергу, воно являє собою підсистему або систему меншого порядку у порівнянні із національною системою права. Однією із характерних рис системи є її розвиток, удосконалення, взаємодія з іншими елементами системи та із зовнішнім середовищем. В зв'язку з цим і кримінальне право є динамічною системою кримінально-правових норм; воно постійно змінюється, хоча і не так швидко у порівнянні із змінами у кримінальному середовищі. Розвиток кримінального права у сучасних умовах має певні тенденції. Деяким з них, які притаманні не тільки кримінальному праву України, і присвячена ця стаття.

Перш за все, можна виділити кілька загальних тенденцій у розвитку сучасного кримінального права. Однією з таких тенденцій є зближення кримінально-правових систем сучасності. Це проявляється у їх взаємопроникненні та взаємозв'язку. Наприклад, в країнах з англо-саксонською системою права набуває значної ролі кримінальний закон як юридична форма вираження кримінально-правових норм. В той же час, прокладає собі шлях судовий прецедент в країнах континентальної системи права. З'ясувалося, що розбіжності в кримінальному праві різних правових систем, на які раніше акцентували увагу, більшою мірою пов'язані ні з сутністю того чи іншого кримінально-правового явища, а більше з його юридичною формою, правовими традиціями, правовою культурою тощо¹.

Далі, очевидним самостійним напрямком у розвитку національного кримінального права є збільшення в ньому міжнародного елемента. Це проявляється не тільки у постійному збільшенні числа т. з. конвенційних норм, але й у проникненні міжнародних правових приписів у тканину Загальної частини КК. Мова йде про розширення сфери дії універсального та національного принципів кримінально-правової юрисдикції держави; врегулювання: питань, пов'язаних із визнанням на території однієї держави вироків судів кримінальної юрисдикції іншої країни; закріплення в КК положень щодо видачі злочинців тощо².

Одним із нових явищ в кримінальному праві є підвищення ролі принципів в регулюванні кримінально-правових суспільних відносин. В багатьох КК, що були прийняті в останні роки, нерідко принципам кримінального законодавства присвячуються окремі статті³. Така тенденція заслуговує позитивної оцінки, оскільки легалізація основних засад в регулюванні такої важливої ділянки державної діяльності, як боротьба із злочинністю, здатна піднести на новий якісний рівень як законодавчу, так і правозастосовчу практику.

Нерідко як на одну з тенденцій у розвитку кримінального права вказують на посилення приватних засад в кримінальному праві, навіть говорять про початок дрейфу кримінального права від галузі публічного права до приватного. При цьому мають на

¹ Див.: Дж. Флетчер, А. В. Наумов. Основные концепции современного уголовного права. – М., Юристь, 1998; Хавронюк М. І. Кримінальне законодавство країн континентальної Європи : порівняльний аналіз, проблеми гармонізації. – К.: Юристконсульт, 2006.

² Див., наприклад, Бойко А. І. Международное и российское уголовное право. – Ростов-на-Дону, изд-во СКАГС, 2004.

³ Наприклад, ст.ст. 3-7 КК РФ.

увазі, перш за все, розширення кримінально-правового значення примирення злочинця з потерпілим; збільшення числа злочинів, кримінальне провадження в яких можливе лише за згодою потерпілого; обґрунтування самостійної обставини, що виключає злочинність заподіяння шкоди за згодою потерпілого; формування т. з. відновлюваного правосуддя тощо. Оцінюючи зазначенні обставини, слід зауважити, що вони, однак, не впливають на оцінку кримінального права як права публічного. На мій погляд, нема сумніву в тому, що предметом кримінального права (або інколи його називають об'єктом) є суспільні відносини, що існують між державою і особами, які вчиняють злочини, з приводу кримінальної відповідальності останніх. Такі суспільні відносини можна назвати кримінально-правовими суспільними відносинами. Правове регулювання цих відносин здійснюється в межах публічного права на основі імперативного методу регулювання. Це означає, що між державою і злочинцями існують відносини влади і підкорення. Разом з тим і сама держава в особі певних державних органів і службових осіб повинна діяти лише на підставі, в межах і в спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ст. 19 Конституції України), в тому числі і Кримінальними законами. Таким чином, кримінальне право регулює поведінку держави та її агентів по відношенню до злочинів з приводу кримінальної відповідальності та інших кримінально-правових наслідків останніх. Для того, щоб врегулювати такі відносини держава в законах (зокрема, в КК) повинна визначити, по-перше, яка поведінка визнається злочинною, а по-друге, які ж кримінально-правові наслідки можуть наставати для особи, яка вчинила злочини.

Вочевидь, що вирішення цих питань відноситься цілком до повноважень держави, яка саме імперативним методом здатна їх врегулювати. Що стосується, наприклад, примирення злочинця з потерпілим як підстави звільнення особи від кримінальної відповідальності, то сама держава надає такій поведінці злочинця і потерпілого значення юридичного факту, який змінює правовідносини кримінальної відповідальності щодо злочинця ми правовідносини щодо звільнення його від такої відповідальності. Точно так, саме держава повинна встановити, що правовим наслідком вчиненого особою злочину є не кримінальна відповідальність цієї особи, а наслідки, які настають для неї в межах відновлюваного правосуддя. Вочевидь, як в першому, так і в другому випадках мова йде про правові наслідки для особи, яка вчинила злочин. Такі наслідки можуть полягати не тільки в покаранні, а й в інших правових наслідках, наявність яких багато в чому залежить від позиції потерпілого. Але це свідчить не про впровадження приватних засад в кримінальне право, а про розширення державою меж врегулювання кримінально-правового конфлікту, що виник у зв'язку із вчиненням злочину.

Далі вкажемо на деякі тенденції, які характерні для встановлення підстав кримінальної відповідальності. Відомо, що загальною підставою такої відповідальності особи є вчинення належним суб'єктом певного злочину. При цьому такий злочин може бути закінченим чи незакінченим, вчиненим одноособово чи у співучасті; це може бути, далі, як одиничний злочин, так і їх множинність. Крім того, злочин може бути вчинений на території однієї держави чи бути транснаціональним, а співучасники злочину можуть діяти як в межах форм співучасті, передбачених національним кримінальним законодавством, так і в межах транснаціонального злочинного угруповання (об'єднання). Нарешті, в якості підстави кримінальної відповідальності особи можуть виступати як традиційні злочини, вчинені цією особою (особами), так і злочини, які відносять до т.зв. злочинів «нової злочинності», викликані глобальними процесами сучасності. І, насамкінець, лише певні ознаки характеризують належного суб'єкта злочину, який і підлягає кримінальній відповідальності за цей злочин. Таким чином, підстава кримінальної відповідальності складається з різних елементів, кожний з яких певним чином розвивається і тим самим впливає на формування в цілому підстави кримінальної відповідальності.

В розвитку кримінального права стосовно підстав кримінальної відповідальності можна виділити як загальні, так і специфічні тенденції. Перші пов'язані з традиційними

злочинами, другі – із злочинами т. зв. «нової злочинності». Що стосується підстав кримінальної відповідальності за злочини першої групи, то треба відмітити, що криміналізація торкнулася практично всіх відомих людству традиційних злочинів. Фактично кожен із відомих КК містить перелік таких злочинів, ознаки яких практично багаточисельно співпадають у різних КК¹, при цьому характерним є поєднання абстрактності і казуїстичності у формуванні ознак злочинів. Наприклад, при визначенні ознак готування до злочину (ч. 1 ст. 14 КК) спочатку вказуються певні види підготовчих дій (підшукування або пристосування засобів чи знарядь, підшукування співучасників або змова на вчинення злочину, усунення перешкод), а потім – узагальнюючий вираз, а саме: «інше умисне створення умов для вчинення злочину». Точно за таким же правилом сформульоване, наприклад, визначення підбурювача, яким визнається «особа, яка умовлянням, підкупом, погрозою, примусом або іншим чином схилила іншого співучасника до вчинення злочину» (ч. 4 ст. 27 КК). Завдання полягає в тому, щоб знайти «золоту середину» при описанні ознак певного виду злочинної поведінки, коли, з одного боку, необхідно ясно і зрозуміло визначити ознаки і межі поведінки, яка визнається злочинною, а з другого – не допустити прогалини у визначенні якості злочину певного виду суспільно небезпечної поведінки. Цьому сприяє і удосконалення законодавчої техніки при описанні певного виду злочинів. Характерним є така побудова законодавчого матеріалу, яка зручна для комп'ютерної його обробки; збільшення числа приміток, в яких роз'яснюються та уточнюються окремі ознаки складів злочинів тощо. Характерним, далі, є закріплення в КК принципу законності, який включає в себе, зокрема, такі елементи: встановлення в КК, що єдиною підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, що містить ознаки певного складу злочину; передбаченість ознак складу злочину лише в КК; формулювання ознак складу злочину чітко, ясно і зрозуміло не тільки для спеціалістів, але й для пересічних громадян; заборона застосування кримінального закону за аналогією². При цьому слід відмітити, що в деяких країнах, де існує дуалізм в кримінальному законодавстві, ознаки складу злочину передбачаються в т. з. паралельному, додатковому кримінальному законодавстві.

В той же час помітною стає тенденція, при якій в країнах, що дотримуються принципів як монізму, так і дуалізму у кримінальному законодавстві, окремі ознаки складу злочину знаходять своє закріплення в приписах некримінального законодавства. Іншими словами, мова йде про поширення випадків формулювання ознак складу злочину в бланкетних диспозиціях статей КК. Численні випадки, коли окремі ознаки кримінально-правових норм знаходять своє місце в різних правових джерелах, дозволяють по-новому оцінити висновок, що єдиною юридичною формою, в якій містяться кримінально-правові норми, є кримінальний закон.

Крім того, знову актуальним є питання: для кого формулюються в КК ознаки складу злочину, а також види і межі покарання: для правозастосувачів чи для пересічних громадян, чи для перших і других одночасно? Вочевидь, що навіть ясно і чітко сформульовані основні ознаки складів злочинів в статтях Особливої частини КК ще не дають повної інформації про склад того чи іншого злочину, оскільки КК є системним актом, в якому ознаки складу злочину знаходять відображення в багатьох статтях Загальної частини і в певній статті Особливої частини КК. При такій ситуації абсолютна більшість громадян не має і не може мати повного уявлення про той чи інший вид злочину. Тому вважається, що пересічному громадянину достатньо знати основні ознаки злочину і санкцію, що передбачені в певній статті Особливої частини КК з тим, щоб він був здатний вільно обрати варіант поведінки: вчинити злочин чи утриматися

¹ Див., наприклад, *Хавронюк М. І.* Вказ. праця, С. 50–52.

² Див.: *Краус Д., Ключа Н., Шенебург Ф.* Основы уголовного права Германии и России. – Берлин / Санкт-Петербург, 2001. – С. 25-32.

від цього. Здається, що сучасні дослідники переоцінюють попереджувальний потенціал кримінального закону. По-перше, ніхто докладно не досліджував питання щодо обізнаності громадян в частині знання приписів КК і впливу такого знання на поведінку особи. По-друге, сам по собі факт передбаченості певного виду поведінки в КК в якості злочину в своїй більшості ще не спроможний утримати громадян від вчинення злочинів, якщо б не працювала вся, система кримінальної юстиції. Доказом цього є відомі випадки, коли в умовах надзвичайних ситуацій (повені, катастрофи, виключення електроенергії тощо) люди вчиняли злочини, оскільки робота поліції та інших правоохоронних органів була дезорганізована. Вочевидь, що чинність кримінального закону в таких випадках без відповідної діяльності органів кримінальної юстиції не утримала певну частину населення від вчинення злочинів. Нарешті, по-третє, актуальним є завдання виокремити вплив саме кримінального закону на законослухняну чи злочинну поведінку громадянина. Якщо ж в цілому відповісти на питання, на кого розрахований кримінальний закон, то з точки зору реалізації регулятивної його функції специфічними кримінально-правовими засобами кримінальний закон розрахований на правозастосувачів, а саме на суд, слідчого, прокурора, тобто тих державних органів і посадових осіб, які уповноважені врегулювати правовими засобами на основі кримінального закону конфлікт, що виник між державою та особою, яка вчинила злочин.

Далі, подальшого розвитку отримала диференціація підстав кримінальної відповідальності, під якою розуміють встановлення законодавством в санкціях кримінально-правових норм різного роду обмежень прав і свобод осіб, на яких поширює дію певна гіпотеза кримінально-правової норми. Зазвичай, підставою такої диференціації є такі ознаки злочинної поведінки, які або різко підвищують ступінь тяжкості вчиненого злочину, або, навпроти, – свідчать про значну зниженість цієї тяжкості¹. Внаслідок цього законодавець диференціює санкції кримінально-правових норм. Підставами більш суворого обмеження прав і свобод злочинця є, наприклад, такі ознаки злочину, як вчинення його у співучасті (особливо у формі організованої групи чи злочинної організації), по відношенню до малолітніх чи неповнолітніх осіб, повторно, пов'язаного із спричиненням тяжкої чи особливо тяжкої шкоди (або у великих розмірах і особливо великих розмірах) тощо. У зв'язку з проблемою диференціації кримінальної відповідальності сучасні вчені-криміналісти знову повернулися до питання, що є підставою кримінальної відповідальності – злочин чи злочинець? Якщо такою підставою є вчинення злочину, то і підставою диференціації кримінальної відповідальності повинні виступати ознаки, що характеризують злочин, а не особистість злочинця. Саме з цих позицій в КК Росії було виключено вказівку на рецидивіста, як на обставину, що диференціює підставу кримінальної відповідальності особи за вчинений нею злочин у бік її обтяження. Разом з тим, багато законодавців все ж таки виходять із того, що в основі диференціації кримінальної відповідальності можуть виступати і ознаки, які характеризують особистість злочинця.

Усталеною є тенденція до спеціалізації підстав кримінальної відповідальності. Така спеціалізація здійснюється двома шляхами. Перший з них пов'язаний із збільшенням складів злочинів із спеціальним суб'єктом. По деяким підрахункам таких складів КК налічує більше 70 % від їх загальної кількості. Можна сказати, що КК все більше стає спеціалізованим нормативно-правовим актом, оскільки значна кількість його приписів поширюється на певні групи населення, пов'язані з їх професійною, службовою та іншою діяльністю, їх певним правовим статусом тощо.

Другий шлях, що призводить до спеціалізації підстав кримінальної відповідальності, пов'язаний із виділенням спеціальних складів злочину. Часто це пояснюється необхідністю посилення попереджувальної функції кримінального закону. Разом з тим,

¹ Див.: Лесниевски-Костарева Т. А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. – М., 2000.

поширення зазначеного явища нерідко веде до необґрунтованої конкуренції загальної та спеціальної кримінально-правових норм, що негативно відображається на практиці застосування КК.

Нарешті, очевидною тенденцією, яка безпосередньо впливає а вирішення питання про наявність чи відсутність підстав кримінальної відповідальності, є значне розширення в КК числа обставин, що виключають злочинність діяння. Якщо КК 1960 р. налічував три таких обставини (необхідна оборона, затримання злочинця та крайня необхідність), то, наприклад КК 2001 р. містить сім обставин, що виключають злочинність діяння, яким присвячений окремих VIII розділ Загальної частини КК. Разом з тим, симптоматичним є законодавче визнання того факту, що перелік зазначених обставин, які містяться в КК, не є вичерпним. Так, спочатку в ст. 44 Модельного КК країн СНД знайшло закріплення положення, що не є злочином заподіяння шкоди інтересам, що охороняються законом, при вчиненні діяння, яке передбачене або дозволено законодавством. Вочевидь, що такий припис дає можливість говорити не про закритий, а про відкритий перелік обставин, що виключають злочинність діяння. Потім таке положення знайшло своє яскраве підтвердження в ст. 32 КК Грузії, згідно якої не є протиправними дії особи, яка вчинила передбачене цим Кодексом діяння при наявності інших обставин, які хоча і не згадуються в цьому Кодексі, але цілком задовольняють умовам правомірності цього діяння. Вочевидь, що КК Грузії прямо вказує, що не є вичерпним перелік обставин, що виключають злочинність діяння і передбачені в КК. Такий підхід зазначеного КК є цілком виправданим, оскільки, вочевидь, що КК не може передбачити вичерпний перелік правомірної поведінки людини, яка є предметом регулювання т.зв. позитивних галузей права.

Деякі специфічні тенденції характерні для встановлення підстав кримінальної відповідальності за злочини, які відносять до т.зв. «нової злочинності». До них зазвичай відносять: 1) організовану транснаціональну злочинність; 2) міжнародний тероризм; 3) злочини в сфері господарювання; 4) злочини в сфері застосування масових комунікацій; 5) злочини в сфері довкілля; 6) злочини в сфері незаконного обігу наркотиків; 7) торгівля людьми, зброєю, антикваріатом; 8) відмивання «брудних грошей»; 9) міжнародну корупцію тощо.

Вочевидь, що виникнення т. з. «нової» злочинності пов'язано з процесами глобалізації у різних сферах людської життєдіяльності: в економіці, політиці, екології, духовному житті тощо. Ці процеси не тільки обумовили появу «нової» злочинності, а й кількісно і якісно змінили міжнародну загальну кримінальну злочинність, призвели до інтернаціоналізації організованої злочинності, до певної якості злочинів міжнародного характеру¹. Міжнародна спільнота як на міжнародному, так і на регіональному і національному рівнях вживає різні заходи, в тому числі і кримінально-правові, для запобігання і боротьби з «новою злочинністю»². Якщо взяти тільки національний рівень і такий аспект, як встановлення підстав кримінальної відповідальності за «нову злочинність», то в цій сфері можна виділити такі напрями розвитку сучасного кримінального права: а) вдосконалення диспозицій статті КК, які передбачають ознаки міжнародного тероризму, екологічних злочинів, злочинів в сфері комунікацій, відмивання брудних грошей тощо; б) прискорення процесів імплементації норм міжнародних договорів в КК; в) більш широке врегулювання універсального та національного принципів кримінально-правової юрисдикції України; г) вирішення питання про врахування вироку судів іноземної держави; д) детальне врегулювання проблем видачі злочинців, їх передачі іноземній державі чи міжнародному суду; е) вирішення питання кримінальної відповідальності юридичних осіб (краще сказати колективних суб'єктів); є) вдосконалення законодавства щодо відповідальності за вчи-

¹ Див.: *Фисенко И. В.* Борьба с международными преступлениями в международном уголовном праве. – Минск, 2000.

² Див.: *Жданов Ю. Н., Лаговская Е. С.* Европейское уголовное право. Перспективы развития. – М., «Международные отношения», 2001.

нення злочинів організованою групою і злочинною організацією; ж) легітимація таких обставин, що виключають злочинність діяння, як контрольована поставка (краще – контрольований злочин), застосування зброї, спеціальних засобів і фізичної сили; з) вдосконалення підстав обов'язково та безумовного звільнення від кримінальної відповідальності агентів, які впроваджені в організовані злочинні угруповання тощо.

Певними тенденціями характеризуються і **кримінально-правові наслідки вчинення злочину**, що передбачені в сучасному кримінальному праві. Перш за все, вже не існує суворой залежності між злочином і покаранням. Вочевидь, що значного розвитку отримав інститут звільнення особи від кримінальної відповідальності (відмова від кримінального переслідування або його припинення, медіація, трансакція, угоди про визнання тощо) за вчинення, перш за все, злочинів невеликої і середньої тяжкості. Так, в КК України, наприклад, з'явився спеціальний розділ IX Загальної частини КК «Звільнення від кримінальної відповідальності», який передбачає загальні види такого звільнення. Окрім цього, 15 статей Особливої частини КК передбачають спеціальні види звільнення особи від кримінальної відповідальності за окремі, в тому числі і тяжкі, види злочинів.

Разом з тим, помітною стає і тенденція до спеціалізації кримінальних покарань. Подібно тому, як поширюються в законодавстві спеціальні склади злочинів та спеціальні суб'єкти злочинів, такі в галузі покарань, звичайно, поширюються спеціальні види покарань. Так, в КК України передбачені такі спеціальні покарання, як службові обмеження для військовослужбовців; тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців, а також додаткові покарання – позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Але загальний погляд на всю систему кримінальних покарань дає підстави зробити висновки, що, по суті, людство не винайшло інших видів покарань, як позбавлення волі, штраф і пробацію (в останні роки до них долучилось і таке покарання, як громадські роботи). З цієї точки зору КК України, наприклад, передбачає п'ять видів позбавлення волі (довічне позбавлення волі, позбавлення волі на певний строк, тримання у дисциплінарному батальйоні військовослужбовців, обмеження волі, арешт), три види штрафу (класичний штраф, виправні роботи, службові обмеження для військовослужбовців) та звільнення від відбування покарання (ст.ст. 75- 78 КК), а також громадські роботи (ст. 56 КК).

Характерними для встановлення покарань за злочини невеликої та середньої тяжкості є розширення переліку альтернативних видів покарань в санкції одного і того ж складу злочину. Про це свідчать як положення Загальної частини КК, так і практика побудови санкцій в статтях Особливої частини КК. Так ч. 2 ст. 12 КК прямо передбачає, що в санкціях статей КК, які передбачають злочини невеликої тяжкості, може бути передбачено не лише позбавлення волі на строк не більше двох років, але й інше більш м'яке покарання, тобто покарання, що передбачені в п.п. 10-1 ст. 51 КК, а саме: тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців, обмеження волі, арешт, конфіскація майна, службові обмеження для військовослужбовців, виправні роботи, громадські роботи, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу, штраф. В санкціях статей Особливої частини КК, що передбачають ознаки не тільки злочинів невеликої тяжкості, а й злочинів середньої тяжкості, і, навіть, тяжких злочинів передбачено не тільки позбавлення волі на певний строк, а й в якості альтернативи більш м'які види покарань.

Важливою характерною рисою правових наслідків вчинення злочинів є передбачення сучасним кримінальним правом додаткових покарань, або заходів безпеки. До цього часу все-таки дискусійним є питання щодо юридичної природи додаткових покарань, їх співвідношення з основними покараннями (наприклад, чи правильним є твердження, що додаткові покарання повинні бути менш суворими, ніж основні при призначенні покарання конкретній особі?), їх відмінність від заходів безпеки тощо.

Особливої уваги в країнах СНД в останні роки привертає увагу питання щодо такого додаткового покарання, як конфіскація майна, особливо після відмови КК РФ від загальної конфіскації майна як додаткового виду покарання. Звичайно, принципи правової держави вимагають, що конфіскації повинно підлягати лише майно, яке було засобом або знаряддям вчинення злочину, або якщо майно було здобуто злочинним шляхом. Іншими словами, мова повинна йти лише про спеціальну конфіскацію майна. Але згідно існуючих традицій регламентація такої конфіскації передбачається в КПК. Крім того, актуальним є питання, на якій особі лежить обов'язок донести правомірність придбаного майна: на тій, яка переслідується державою, чи на особі, яка представляє державу в процесі такого переслідування? Вважаю, що майбутнє все ж таки за спеціальною конфіскацією, правовий механізм якої повинен бути визначений в КПК.

Характеристика тенденцій у розвитку кримінального права була б неповною, якщо не вказати на деякі негативні моменти в його розвитку, на зовнішній вплив деяких факторів на цей розпиток, а також на вплив самої системи кримінального права на інші елементи правової системи. Так, в розвитку кримінального права переважає динамізм над стабільністю. І хоч вочевидь, що життя потребує певної еволюції кримінального права, але все ж таки його еволюція повинна бути обґрунтованою і послідовною. Здається, що в останній час можна говорити про нове прочитання принципу, згідно якого кримінальне право є крайнім, останнім засобом протидії суспільно небезпечним явищем з суспільстві. Вочевидь, що деякі приписи навіть новітнього кримінального законодавства є недостатньо кримінологічно-обґрунтованими, свідчать про давніші спроби законодавців вирішити складні питання за допомогою засобів кримінального права шляхом передбачення в КК певного виду поведінки в якості злочинної. Немає сумніву, що такі спроби приречені на невдачу. Крім того, поспішність при внесенні змін та доповнень до КК призводить до зниження якості кримінального закону як умови належної ефективності його застосування, до порушення системності в побудові КК тощо.

В умовах сформованої конституційної юстиції відчувається її чутливий вплив на розвиток кримінального права. Так Конституційний Суд України визнав, наприклад, неконституційними приписи КК щодо смертної кари, передумов призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, зворотної дії кримінального закону у часі тощо.

В свою чергу розвиток КК впливає і на інші галузі законодавства (перш за все на КПК та КВК), а також на формування системи судів кримінально-правової юрисдикції і взагалі на правоохоронну систему країни. Мова йде про визначення підслідності судової юрисдикції тощо. У зв'язку з рішеннями Європейського суду з прав людини актуалізувалося питання про необхідність та доцільність поділу кримінальних правопорушень на злочини та кримінальні проступки тощо. При цьому вочевидь, що треба враховувати принципову різницю правопорушень в галузях публічного та приватного права. Лише виходячи з однакової юридичної природи правопорушень в галузі публічного права, можна методологічно правильно підійти до поділу кримінальних правопорушень на злочини, кримінальні проступки та адміністративні правопорушення.

Підсумовуючи зазначене вище щодо деяких тенденцій у розвитку кримінального права, необхідно вказати, що за спостереженнями окремих криміналістів кримінальне право зазнає в сучасний час певну кризу. Це пояснюється тим, що запропоновані людством кримінально-правові заходи виявилися нездатними суттєво вплинути на злочинність, яка має усталену тенденцію до зростання. В такому разі знову виникають вічні питання: яка мета кримінального права взагалі та кримінального покарання зокрема? Якою повинна бути подальша кримінально-правова політика – ліберальною чи жорсткою тощо?

УГОЛОВНОЕ ПРАВО КАК СИСТЕМА УГОЛОВНО-ПРАВОВЫХ НОРМ

Уголовное право как система уголовно-правовых норм // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы 4-й Междунар. науч.-практ. конф. / ред. колл.: А. И. Рагоз (отв. ред.) и др. – М. : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – С. 43–45.

1. Известно, что преступность существует во всяком обществе. Обязанность бороться с преступностью возложена на государство как на официального и публичного представителя общества (п. 7 ст. 116 Конституции Украины; п. «е» ч. 1 ст. 114 Конституции России). В свою очередь государство (если оно правовое) в борьбе с преступностью должно действовать на основании, в пределах и способами, предусмотренными правовыми законами, в том числе Уголовным кодексом.

Таким образом, есть основания утверждать о существовании общественных отношений между государством и преступниками, урегулированных, в частности, уголовным правом как материальной отраслью публичного права, которая определяет полномочия государства при обращении с преступниками. Иными словами, объектом регулирования уголовного права (чаще называют предметом регулирования) являются так называемые уголовно-правовые общественные отношения, а методом – императивный метод правового регулирования.

2. Указанные общественные отношения между государством и преступниками носят устойчивый, постоянный, сложный и многоуровневый характер. При этом различные виды таких отношений находятся между собой в тесной взаимосвязи, образуя единое целое. Соответственно и уголовное право, отражая и опосредуя эти общественные отношения, представляет целостное образование – систему уголовно-правовых норм. Эти нормы в свою очередь также находятся в постоянной и устойчивой зависимости и связи, характеризующей способ обращения государства с преступниками. С этой точки зрения уголовное право, как отрасль публичного права, есть целостная совокупность взаимосвязанных уголовно-правовых норм, т. е. норм, регулирующих на основе императивного метода материально-правовые общественные отношения в сфере обращения государства с преступниками.

3. Известно, что всякая система представляет собой совокупность образующих ее элементов, которые в своем взаимодействии дают новое интегративное качество, отсутствующее в полном своем объеме в отдельном элементе системы, но появляющееся в результате их взаимодействия. Таким интегративным качеством уголовного права как системы уголовно-правовых норм является наличие исчерпывающего, только уголовному праву присущего полного набора специфических юридических средств правового регулирования указанных общественных отношений, что позволяет объединять нормы уголовного права в единое целое и придавать им упорядоченный, системный характер.

4. По своему характеру отдельные виды уголовно-правовых общественных отношений между государством и преступниками являются различными. Это обуславливается разными факторами. Прежде всего сами преступления отличаются друг от друга степенью тяжести и совершаются они в различных сферах личной, общественной и государственной жизни. Государство предусматривает на случай их совершения различные виды наказаний, иные меры уголовно-правового характера, а также освобождение от уголовной ответственности и наказания. Кроме того, различным является постпреступное поведение осужденного, а также их поведение в процессе отбывания наказания и в течение сроков погашения судимости. Наконец, после совершения преступлений могут происходить различные правовые события (юридические факты), имеющие отношение к совершенным преступлениям и лицам, их учинившим.

5. Перечисленные выше факторы являются основанием для выделения из сложных по своей структуре однородных общественных отношений, существующих между государством и преступниками, отдельных видов таких отношений по поводу: 1) возложения на лицо, совершившее преступление, уголовной ответственности; 2) освобождения его от такой ответственности; 3) изменения уголовной ответственности; 4) ее прекращения; 5) применения иных мер уголовно-правового характера. Очевидно, что отдельные виды таких общественных отношений определяются объектом (предметом) регулирования норм уголовного права.

6. Указанные виды уголовно-правовых общественных отношений являются объективным основанием для подразделения единой совокупности уголовно-правовых норм на определенные группы, призванные регулировать эти относительно самостоятельные виды материально-правовых общественных отношений, существующих между государством и преступниками. Иными словами, такие группы уголовно-правовых норм образуют определенные подсистемы уголовного права, которые на своем уровне также представляют собой системы уголовно-правовых норм, хотя и низшего порядка, а именно – институты уголовного права.

7. Вместе с тем если за основание подразделения норм взять иной критерий, например сферы личной, общественной или государственной жизни, в которых совершаются преступления, то эти нормы найдут свое место в иных институтах уголовного права. С этой точки зрения, например, иногда выделяют институт уголовной ответственности за преступления против жизни и здоровья, против общественной безопасности, против порядка управления и т. п. Таким образом, одна и та же уголовно-правовая норма может находить свое место в различных институтах уголовного права в зависимости от взятого критерия деления этих норм на указанные институты.

8. Очевидно, что первичным элементом любой из названных систем является уголовно-правовая норма. Такая норма является разновидностью правовой нормы, под которой понимают охраняемое государством формально-определенное правило поведения, являющееся регулятором общественных отношений. Очевидно также, что всякая правовая норма является регулятором правомерного поведения определенных субъектов права. Не является здесь исключением и уголовно-правовая норма, которая призвана регулировать правомерное поведение определенных органов и должностных лиц государства по отношению к лицам, совершающим преступления. Таким образом, адресатом уголовно-правовой нормы является государство, а ее содержанием – материально-правовое полномочие государства относительно лиц, совершающих преступления. Отсюда и структура уголовно-правовой нормы (иногда ее называют правоохранительной) представлена двумя элементами, а именно: гипотезой и диспозицией. Их содержание зависит от вида такой нормы. В свою очередь вид нормы определяется тем видом уголовно-правовых общественных отношений, который призвана регулировать данная норма в единстве с другими нормами уголовного права. Вместе с тем очевидно, что обязательным элементом всякой гипотезы уголовно-правовой нормы явля-

ется указание на совершенное преступление, а всякой диспозиции – определение вида полномочия государства по отношению к преступнику. В свою очередь каждая уголовно-правовая норма представляет собой минисистему, связи и взаимозависимость между ее гипотезой и диспозицией носят закономерный и целостный характер, без которой невозможно законченное регулирование в единстве с другими нормами определенного вида уголовно-правовых общественных отношений.

9. Таким образом, с точки зрения системного подхода, уголовное право, как материальная отрасль публичного права, представляет собой разноуровневую систему уголовно-правовых норм, объединенных в институты уголовного права и призванных на основе определенных принципов исчерпывающим образом регулировать общественные отношения, сложившиеся между государством и лицами, совершающими преступления.

ЭТАПЫ СИСТЕМНОГО ПОДХОДА ПРИ ИССЛЕДОВАНИИ УГОЛОВНОГО ПРАВА КАК ОТРАСЛИ ПУБЛИЧНОГО ПРАВА

Этапы системного подхода при исследовании уголовного права как отрасли публичного права // Системность в уголовном праве : материалы II Рос. конгресса уголов. права, состоявшегося 31 мая – 1 июня 2007 г. – М. : ТК Велби, Изд-во Проспект 2007. – С. 48–50.

1. Системный подход представляет собою совокупность методов и средств, позволяющих исследовать свойства, структуру и функции объектов, явлений или процессов в целом, представив их в качестве систем со всеми сложными межэлементными взаимосвязями, взаимовлиянием элементов на систему и окружающую среду, а также влиянием самой системы на ее структурные элементы. Главной особенностью системного подхода является наличие доминирующей роли целого над частным, акцент на целостных интегративных свойствах объекта, выявление процессов управления, требующих исследования систем в плане циркулирующей в них информации, поведения и выбора цели¹. Литература, посвященная проблемам системного подхода к исследованию большинства объектов, позволяет выделять ряд этапов такого исследования.

2. Первый этап в системном подходе к исследованию уголовного права как отрасли права (в дальнейшем УП) состоит в выделении этой отрасли как системы и определении ее вида. Известно, что национальная система права подразделяется на две сферы права – частное и публичное, где УП относится к сфере материального публичного права. Кроме того, в соответствии с иным критерием классификации УП относится к сфере т.н. охранительной части национальной системы права. Выделение уголовного права в качестве отдельной системы основывается на том, что уголовное право как самостоятельная отрасль материального публичного охранительного права представляет собою сложный объект, который расчленяется на множество составных элементов (уголовно-правовых норм и их совокупностей), между которыми устанавливаются системообразующие межэлементные связи и отношения, придающие уголовному праву свойство целостности. В современном понимании уголовное право – это система уголовно-правовых норм, исчерпывающим образом регулирующих общественные отношения, возникающие между государством и лицами, совершающими преступления. Очевидно, что уголовное право является системой, созданной человеком, т. е. искусственной системой, при этом она относится к числу целеориентированных, т. е. имеет четкую цель, а именно: урегулировать определенным образом все аспекты материально-правовых общественных отношений, которые возникают между государством и преступниками.

3. Второй этап системного подхода к исследованию УП состоит в очертании пределов УП как системы. Обычно УП ограничивают нормами, предусмотренными в УК. Однако такой взгляд не учитывает, что УК является комплексным нормативно-право-

¹ И. В. Франгшвили. Системный подход и общесистемные закономерности. М., – Сенгер, 2000. – С. 22

вым актом, который содержит не только уголовно-правовые нормы, но и нормы иных отраслей права, в том числе и частного права (например, нормы о праве граждан на необходимую оборону). С другой стороны, очертавание пределов (контуров) системы УП требует соответствующей оценки административно-деликтного права, которое по своей сути также является отраслью материального публичного охранительного права, которая регулирует сходные отношения между государством и лицами, совершающими публичные правонарушения, и предусматривает такие суровые ограничения прав и свобод человека, которые Европейским судом по правам человека рассматриваются как уголовные санкции.

4. Третий этап предполагает вычленение основных частей и элементов УП как системы, а также установление ее связей с нормами иных отраслей права. Общеизвестно, что наименьшим структурным элементом рассматриваемой системы является уголовно-правовая норма. Вместе с тем понимание такой нормы является различным. Представляется, что при решении этого вопроса необходимо исходить из общетеоретического понимания нормы права и публично-правовой природы УП. С учетом этого уголовно-правовую норму можно определить как правило правомерного поведения государства в лице его уполномоченных должностных лиц и органов (прежде всего суда) по отношению к лицам, совершающим преступление. При этом указанная норма имеет двухчленную структуру, элементами которой являются гипотеза и диспозиция (которую иногда называют санкцией). В гипотезе находят свое отражение простые и сложные юридические факты, которые порождают, изменяют или прекращают материальное уголовно-правовое отношение между государством и преступником, причем обязательным элементом гипотезы является совершение лицом преступления. В свою очередь, диспозиция отражает полномочия государства по определению уголовно-правовых последствий лицу, совершившему преступление (возложение уголовной ответственности либо освобождение его от таковой).

В соответствии с таким представлением о понятии и структуре уголовно-правовой нормы основными частями УП как системы выступают институты и подотрасли УП. Есть основания выделять институты уголовной ответственности за оконченное и неоконченное преступление; за преступление, совершенное одним субъектом или в соучастии; за совершение лицом одного или нескольких преступлений и др. Могут быть использованы и иные критерии выделения институтов УП, например, институты освобождения от уголовной ответственности и наказания. В свою очередь, подотраслями УП являются, например, совокупность норм, определяющих уголовно-правовые последствия совершения преступления или целостная совокупность уголовно-правовых норм об уголовной ответственности за определенные группы преступлений и др.

УП как часть системы права взаимодействует с иными правовыми нормами в рамках как национального, так и международного права. В первую очередь подлежит исследованию взаимодействие УП с конституционным правом, а также правом частным и отраслями публичного права. Особое значение имеет взаимодействие УП со смежными отраслями права, для которых УП выступает ядром, а именно для уголовно-процессуального и уголовно-исполнительного права. В последнее время исключительную значимость приобрело взаимодействие УП с международным публичным правом.

5. Четвертый этап системного подхода к УП включает в себя выяснение структуры УП, т. е. устойчивой упорядоченности уголовно-правовых норм и их объединений (институтов и подотраслей), а также связей между ними, определяющих функциональное назначение УП и его взаимодействие с иными отраслями права; определение вариантов такой структуры; исследование функций УП как системы, а также ее основных признаков, в том числе целостности системы, определение интегративного качества УП, которое не присуще его отдельным уголовно-правовым нормам или их институтам (подотраслям), взятым в отдельности.

6. Пятый этап предполагает выделение главных свойств институтов, подотраслей и самого УП в целом, установление их соответствий. Очевидно, что свойства отдельных частей УП являются подчиненными главному свойству самого УП как целостного образования, которое заключается в регулятивном воздействии на участников общественных отношений. Исследования этих и других свойств УП с т. з. современных представлений позволяет оценить социальную ценность как УП, так и составных его частей.

7. Содержание шестого этапа системного подхода состоит в определении основных критериев целесообразного действия УП как системы, а также основных ограничений и условий ее существования, в том числе внутренних и внешних факторов, влияющих на УП. Основной целью УП является урегулирование определенным образом конфликта, который возникает между обществом и отдельными его членами, совершающими преступления. В то же время определение преступного и установление уголовно-правовых последствий совершения преступления должно подчиняться критериям, которые ограничивают деятельность законодателя при формировании УП. Выяснение природы этих критериев, установление их взаимосвязи и взаимозависимости является важной задачей уголовно-правовой науки.

8. Седьмой этап включает в себя исследование проблем организации и оптимизации УП как системы, в том числе установление обратной связи по результатам функционирования УП, а также ее моделирование. Оптимизация УП предполагает поддержание его качества на уровне, позволяющем надлежащим образом выполнять свое функциональное назначение в изменяющихся как внутренних, так и внешних условиях своего существования. Одной из необходимых для этого предпосылок является определение оптимальной схемы управления УП. Такая схема должна включать в себя постоянный мониторинг изменяющегося общественно опасного поведения членов общества, норм национального и международного права, научное обеспечение процесса уголовного правотворчества, своевременное внесение изменений и дополнений в УК, а также многие другие составные элементы, которые изучает теория управления сложными объектами, созданными человеком. Одним из них является установление обратной связи между законодательной моделью уголовно-правовых отношений между государством и преступниками и реальной практикой применения уголовно-правовых норм. Такая практика либо подтверждает жизнеспособность УП, либо свидетельствует о необходимости его совершенствования. В свою очередь, несоответствие практики применения уголовно-правовых норм тем целям, которые закреплены в законодательной модели УП, т. е. невысокая эффективность их применения, может свидетельствовать о необходимости совершенствования самой практики применения УП.

9. Представляется, что указанные этапы системного подхода являются универсальными при исследовании иных систем в рамках УП. Ведь очевидно, что как институты, так и подотрасли УП, а также отдельные уголовно-правовые нормы могут рассматриваться как самостоятельные системы, хотя и более низкого порядка. При этом системный подход к их исследованию сохраняет свое значение, в том числе и приведенные выше этапы такого подхода.

ВИПРАВДАНИЙ РИЗИК ПРИ ВПРОВАДЖЕННІ ІННОВАЦІЙ У СУЧАСНУ ПРАКТИКУ

Виправданий ризик при впровадженні інновацій у сучасну практику // Інноваційний розвиток України: наукове, економічне та правове забезпечення : тези доп. Всеукр. наук.-практ. конф., 27–28 жовтня 2006 р. / уряд. В. О. Петришин, М. О. Кизим. – Х. : ВД «Інжек», 2007. – С. 306–310.

Відомо, що досягнення певних результатів людської діяльності, в тому числі і пов'язаної із впровадженням інновацій у практику соціального, економічного і духовного життя, багато в чому залежить від ініціативи і самостійності особи, її завзятості і новаторства, від використання нею свого суб'єктивного права на суспільно-корисне ризиковане діяння. Це підтверджується і тим, що в сучасний час із засвоєних людьми більше ніж двох тисяч професій кожній притаманна певна доля ризику. У зв'язку з цим проблема ризику має не тільки теоретичне, а й практичне значення.

Об'єктивно існують суспільно-корисні цілі, для досягнення яких особа вимушена вчиняти ризиковані діяння. В основі такої діяльності лежить творчість, тобто така діяльність, у результаті якої створюються нові продукти. Але розвиток багатьох економічних, соціальних, технологічних процесів і явищ може біти підданий впливу стихійних і випадкових факторів, які здатні затримати чи прискорити очікуваний результат. Іншими словами, інноваційна діяльність, тобто наукова, технічна, винахідницька, експериментальна, художня та інша діяльність, яка пов'язана зі створенням нового продукту (винахід, ідеї, знання, технічні та інші інновації), часто пов'язана з тим, що треба визначити и врахувати вірогідність як досягнення поставленої мети, так і невдачі, відхилення від цілі, що була поставлена, заподіяння певної шкоди суспільним чи приватним інтересам. Така діяльність визнається ризикованою. Вочевидь, що ризик лише в тому разі визнається суспільно корисним і правомірним, якщо він є достатньо виправданим. Тому наукове і законодавче розмежування виправданого і невиправданого ризику є однією із важливих передумов ефективного розвитку різних сторін економічного, технічного, соціально-політичного та духовного життя.

Суб'єкт виправданого ризикованого діяння повинен бути впевнений в його правомірності, не боючись бути підданим кримінальній відповідальності за заподіяну шкоду. Це можливо за умови, що закон передбачає правові гарантії ризикованої діяльності. Однією з таких гарантій є ст. 42 Кримінального кодексу України, що передбачає виправданий ризик як обставину, що виключає злочинність ризикованого діяння і, як наслідок, кримінальну відповідальність суб'єкта такого діяння за заподіяну шкоду правоохоронюваним інтересам.

Згідно зі ст. 42 КК України виправданий ризик як обставина, що виключає кримінальну відповідальність особи, – це вчинення нею діяння (дії чи бездіяльності), пов'язаного із заподіянням шкоди правоохоронюваним інтересам особи, суспільства або держави для досягнення значної суспільно корисної мети, якщо ця мета у даній обстановці не могла бути досягнута неризикованою дією (бездіяльністю) і житі особою

запобіжні заходи давали достатні підстави розраховувати на запобігання шкоди правоохоронюваним інтересам. Вчинення діяння, пов'язаного з ризиком (ризикованого діяння) є для особи субсидіарним (додатковим) правом. Ним суб'єкт може скористатися лише в обстановці, при якій досягнення значної суспільно корисної мети без ризикованого діяння є неможливим.

Ризиковане діяння має свої підставу й ознаки. Підставою для вчинення ризикованого діяння є його виправданість, що визначається трьома елементами: 1) наявністю об'єктивної ситуації, що свідчить про необхідність досягнення значної суспільно корисної мети; 2) неможливістю досягнення цієї мети неризикованим діянням; 3) прийняттям особою заходів для запобігання шкоди правоохоронюваним інтересам. Лише у своїй єдності ці елементи виправдують вчинення особою діяння, пов'язаного з ризиком.

Перший елемент – об'єктивна ситуація, що викликає необхідність досягнення значної суспільно корисної мети, – в одних випадках може виражатися в наявності небезпеки (наприклад, загроза життю хворого при лікарському ризику; загроза захоплення території супротивником при військовому ризику й ін.), а в інших – може свідчити про необхідність одержання, наприклад, нових знань (при дослідницькому ризику) або недопущення великих збитків чи одержання значної вигоди (при господарському ризику) тощо.

Другий елемент підстави – це неможливість для даної особи в обстановці, що склалася, досягти поставленої мети неризикованим діянням. Якщо, наприклад, ситуація потребує порятунку життя хворого, недопущення господарських збитків, одержання майнової вигоди і т. п., то звернення до ризикованого діяння можливе лише при відсутності інших, неризикованих засобів досягнення зазначених цілей. Якщо буде встановлено, що особа, яка учинила ризиковане діяння, мала реальну можливість (і вона це усвідомлювала) досягти поставленої мети неризикованими діями, але вона цією можливістю не скористалася і заподіяла шкоду правоохоронюваним інтересам, вона підлягає відповідальності за цю шкоду на загальних підставах.

Третій елемент підстави – це прийняття особою необхідних заходів, що давали їй достатні підстави обґрунтовано розраховувати на запобігання шкоди правоохоронюваним інтересам. Такі заходи залежать від характеру ризикованої дії (бездіяльності), сфери його поширення, реальних можливостей суб'єкта тощо (наприклад, підготовка та інструктаж обслуговуючого персоналу при дослідницькому ризику, виготовлення або установка необхідного устаткування, організація охорони тощо). Ці заходи повинні бути достатніми (з погляду суб'єкта) для запобігання шкоди правоохоронюваним інтересам. Вжиті запобіжні заходи повинні дозволяти особі обґрунтовано, а не легковажно (самовпевнено) розраховувати на запобігання шкоди. Це означає, що виправданими можуть признаватися лише такі ризиковані дії, що не призводять із неминучістю до заподіяння шкоди. Особливість ризику в тому і полягає, що його вчинення завжди таїть в собі можливість заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам, проте ступінь такої можливості при виправданому ризику в будь-якому випадку не повинна досягати неминучості заподіяння шкоди. Якщо ж для особи очевидно, що, незважаючи на прийняті запобіжні заходи, ризиковані дії неминуче призведуть до заподіяння шкоди, виправданість ризику виключається. Невипадково ч. 3 ст. 42 КК передбачає, що ризик не визнається виправданим, якщо він завідомо створював загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи інших надзвичайних подій. Тим самим закон допускає ситуації, коли особа своїми діяннями може створювати загрозу для свого життя, але не допускає, щоб така загроза завідомо була створена для життя інших людей. Під загрозою екологічної катастрофи розуміється загроза незворотних негативних змін у навколишньому природному середовищі, спроможних призвести до неможливості проживання населення і ведення господарської діяльності на певній

території. Загроза надзвичайної події – це погроза аварії, катастрофи, поширення епідемії, епізоотії, епіфітотії, великої пожежі, засобів враження тощо, що можуть призвести до загибелі людей або великих матеріальних втрат.

При наявності підстави – виправданості – суб'єкт вправі вчинити діяння, пов'язане з ризиком, яке характеризується низкою ознак, які визначають: 1) його мету; 2) об'єкт заподіяння шкоди; 3) характер діяння та 4) його своєчасність.

Частина 1 ст. 42 КК передбачає, що ризиковане діяння повинно бути вчинене для досягнення значної суспільно корисної мети. Такою метою може бути, наприклад, запобігання техногенній аварії, одержання нових знань, порятунк хворого і т. п. Якщо ж особа, завдаючи шкоду правоохоронюваним інтересам, прагне досягти вузькоогоїстичних, кар'єристських або інших подібних цілей, позбавлених суспільно корисного характеру, таке діяння не може вважатися правомірним.

При виправданому ризику, далі, поставлена суспільно корисна мета повинна бути значною, що є оціночним поняттям. Проте в будь-якому випадку вона має бути такою високозначущою, щоб бути співрозмірною зі шкодою, що заподіюється об'єкту кримінально-правової охорони. Ризиковані дії для досягнення незначної, хоча б і суспільно корисної мети, не є правомірними. Нарешті, правомірний характер такому діянню надає сама наявність зазначеної мети, незалежно від того, чи вдалося особі цю мету досягти.

Об'єктом заподіяння шкоди при ризикованому діянні є правоохоронювані інтереси особи (наприклад, її життя, здоров'я або власність), суспільні інтереси (наприклад, громадська безпека, громадський порядок, безпека руху транспорту) або інтереси держави (наприклад, недоторканність державних кордонів, збереження державної таємниці, авторитет влади, порядок управління).

Діяння, пов'язане з ризиком, із зовнішньої сторони збігається з фактичними ознаками якогось злочину, передбаченого КК (наприклад, нанесення тілесних ушкоджень, залишення в небезпеці, знищення або ушкодження майна, видача державної таємниці, порушення правил пожежної безпеки і т. д.). Відповідно до ч. 1 ст. 42 КК ризиковане діяння може виражатися як в активній (дія), так і в пасивній (бездіяльність) поведінці. Таке діяння, нарешті, повинно заподіювати шкоду правоохоронюваним інтересам.

Своєчасність ризикованого діяння полягає в тому, що воно повинно бути вчинено лише протягом часу існування його підстави (виправданості ризику). Якщо ця підстава ще не виникла або, навпроти, уже минула, то за вчинення ризикованого діяння, що спричинило заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам, особа підлягає відповідальності на загальних засадах.

Межі заподіяння шкоди при вчиненні діяння, пов'язаного з ризиком, у КК не передбачені. Це дає підставу для висновку, що будь-яка шкода, що заподіяна при виправданому ризику, повинна визнаватися правомірною. Цим пояснюється той факт, що КК не передбачає й відповідальності за перевищення меж заподіяння шкоди при виправданому ризику. Таким чином, якщо встановлено, що наявна була підстава для вчинення ризикованого діяння (його виправданість), то поставлення в небезпеку будь-яких правоохоронюваних інтересів або фактичне спричинення їм будь-якої шкоди повинно визнаватися правомірним діянням.

ОСНОВНІ ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ СУЧАСНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ СТОСОВНО ПІДСТАВ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Основні тенденції розвитку сучасного кримінального права України стосовно підстав кримінальної відповідальності // Актуальні проблеми кримінального права України : тези доп. та наук. повідомл. студ. наук. конф. / за заг. ред. В. Я. Тація. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2007. – С. 5–8.

Відомо, що кримінальне право є матеріальною галуззю публічного права в національній системі права будь-якої країни. У свою чергу, воно являє собою підсистему, або систему меншого порядку, порівняно із національною системою права. Характерними рисами системи є її розвиток, удосконалення, взаємодія з іншими елементами та із зовнішнім середовищем. У зв'язку з цим кримінальне право є динамічною системою кримінально-правових норм, воно постійно змінюється, хоча і не так швидко, як саме кримінальне середовище.

У розвитку кримінального права стосовно підстав кримінальної відповідальності можна виділити як загальні, так і специфічні тенденції. Перші пов'язані з традиційними злочинами, другі – із злочинами так званої «нової злочинності».

Говорячи про підстави кримінальної відповідальності за злочини першої групи, треба відмітити, що криміналізація торкнулася практично всіх відомих людству традиційних злочинів. При цьому триває пошук золотої середини опису ознак певного виду злочинної поведінки, коли, з одного боку, необхідно ясно і зрозуміло визначити ознаки і межі поведінки, яка визнається злочинною, а з другого – не допустити прогалів у визначенні як злочину певного виду суспільно небезпечної поведінки. Цьому сприяє і вдосконалення законодавчої техніки при описуванні певного виду злочинів. Найчастіше застосовується така побудова законодавчого матеріалу, яка зручна для його комп'ютерної обробки, збільшення числа приміток, що роз'яснюють та уточнюють окремі ознаки складів злочинів тощо.

Характерним є закріплення в Кримінальному кодексі України (далі – КК України) принципу законності, який включає до себе, зокрема, такі елементи: встановлення в КК України, що єдиною підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння що містить ознаки певного складу злочину; передбаченість ознак складу злочину лише в КК України; формулювання ознак складу злочину чітко, ясно і зрозуміло не тільки для спеціалістів, а й для пересічних громадян; заборона застосування кримінального закону за аналогією.

Водночас помітною стає тенденція, за якої у країнах, що додержуються принципів як монізму, так і дуалізму в кримінальному законодавстві, окремі ознаки складу злочину знаходять своє закріплення в приписах некримінального законодавства. Іншими словами, мова йде про поширення випадків формулювання ознак складу злочину в бланкетних диспозиціях статей КК України.

Подальшого розвитку отримала диференціація підстав кримінальної відповідальності, під якою розуміють встановлення законодавством у санкціях кримінально-правових норм різного роду обмежень прав і свобод осіб, на яких поширює дію певна гіпотеза кримінально-правової норми. Зазвичай підставою такої диференціації є такі ознаки злочинної поведінки, які або різко підвищують ступінь тяжкості вчинюваного злочину, або, навпаки, свідчать, про значну зниженість цієї тяжкості. Внаслідок цього законодавець диференціює санкції кримінально-правових норм.

Установлено є тенденція до спеціалізації підстав кримінальної відповідальності. Така спеціалізація здійснюється двома шляхами. Перший пов'язаний із збільшенням складів злочинів із спеціальним суб'єктом. За деякими підрахунками, таких складів КК України налічує понад 70 % від їх загальної кількості. Можна сказати, що КК України все більше стає спеціалізованим нормативно-правовим актом, оскільки значна кількість його приписів поширюється на певні групи населення, пов'язані з їх професійною, службовою та іншою діяльністю, їх певним правовим статусом тощо.

Другий шлях, що призводить до спеціалізації підстав кримінальної відповідальності, пов'язаний із виділенням спеціальних складів злочину. Часто це пояснюється необхідністю посилення попереджувальної функції кримінального закону. Разом з тим поширення зазначеного явища нерідко веде до необґрунтованої конкуренції загальної та спеціальної кримінально-правових норм, що негативно відбиваються на практиці застосування КК України.

Очевидною тенденцією, яка безпосередньо впливає на вирішення питання про наявність чи відсутність підстав кримінальної відповідальності, є значне розширення в КК України числа обставин, що виключають злочинність діяння. Якщо КК УРСР 1960 р. налічував три таких обставини (необхідна оборона, затримання злочинця та крайня необхідність), то, наприклад, КК України 2001 р. містить сім обставин, що виключають злочинність діяння, яким присвячений окремий VIII розділ Загальної частини Кодексу. Разом з тим симптоматичним є законодавче визнання того, що перелік зазначених обставин, які містяться в КК України, не є вичерпним.

Деякі специфічні тенденції характерні для встановлення підстав кримінальної відповідальності за злочини, які відносять до так званої «нової злочинності». До них зазвичай належать: 1) організована транснаціональна злочинність; 2) міжнародний тероризм; 3) злочини у сфері господарювання; 4) злочини у сфері застосування масових комунікацій; 5) злочини у сфері довілля; 6) злочини у сфері незаконного обігу наркотиків; 7) торгівля людьми, зброєю, антикваріатом; 8) відмивання «брудних грошей»; 9) міжнародна корупція тощо.

Вочевидь, що виникнення так званої «нової злочинності» пов'язано з процесами глобалізації у різних сферах людської життєдіяльності: в економіці, політиці, екології, духовному житті тощо. Якщо взяти тільки національний рівень і такий аспект, як встановлення підстав кримінальної відповідальності за «нову злочинність», то в цій сфері можна виділити наступні напрями розвитку сучасного кримінального права: а) удосконалення диспозицій статей КК України, які передбачають ознаки міжнародного тероризму, екологічних злочинів, злочинів у сфері комунікацій, відмивання брудних грошей тощо; б) прискорення процесів імплементації норм міжнародних договорів у КК України; в) більш широке врегулювання універсального та національного принципів кримінально-правової юрисдикції України; г) вирішення питання про врахування вироків судів іноземної держави; д) детальне врегулювання проблем видачі злочинців, їх передачі іноземній державі чи міжнародному суду; е) вирішення питання кримінальної відповідальності юридичних осіб (краще сказати, колективних суб'єктів); є) удосконалення законодавства щодо відповідальності за вчинення злочинів організованою групою і злочинною організацією; ж) легітимація таких обставин, що виключають злочинність діяння, як контрольована поставка (краще – контрольований злочин), застосування

зброї, спеціальних засобів і фізичної сили; з) удосконалення підстав обов'язкового та безумовного звільнення від кримінальної відповідальності агентів, які уведені в організовані злочинні угруповання тощо.

Підсумовуючи зазначений вище розгляд деяких тенденцій у розвитку кримінального права щодо підстав кримінальної відповідальності, необхідно вказати, що, за спостереженнями окремих криміналістів, нині кримінальне право перебуває в стані певної кризи. Це пояснюється тим, що запропоновані людством кримінально-правові заходи виявилися нездатними суттєво вилунути на злочинність, яка має усталену тенденцію до зростання. У такому разі знову виникають довічні питання: яка мета кримінального права взагалі та кримінального покарання зокрема? Якою повинна бути подальша кримінально-правова політика – ліберальною чи жорсткою?

СТАБИЛЬНОСТЬ И ДИНАМИЗМ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА УКРАИНЫ

Стабильность и динамизм уголовного законодательства Украины// Тенденции развития современного права: теоретические и практические проблемы : сб. ст. (по материалам междунар. науч.-практ. конф. 18 мая 2007 года). Том 2. – Краснодар, 2007. – С. 15–22.

1. В соответствии с частью первой статьи 3 УК Украины «законодательство Украины об уголовной ответственности составляет Уголовный кодекс Украины, который основывается на Конституции Украины и общепризнанных принципах и нормах международного права».

Общество и государство заинтересованы, прежде всего, в стабильности УК, т. е. в постоянстве и неизменности его основных принципиальных положений. Стабильность УК свидетельствует о стойкой и прогнозированной уголовно-правовой политике государства, дает возможность полномочным государственным органам и должностным лицам надлежащим образом овладеть положениями уголовного закона, сформировать стабильную практику его применения, а гражданам – ознакомиться с содержанием УК, быть осведомленными в определенной мере с деятельностью органов уголовной юстиции, согласовать свое поведение с требованиями УК и т.д. Основой стабильности УК является высокое качество уголовного закона. В свою очередь, такое качество обеспечивается соответствием УК как по своему содержанию, так и по юридической форме современным потребностям и требованиям общества в сфере противодействия преступности уголовно-правовыми средствами.

2. Вместе с тем общество и государство заинтересованы и в том, чтобы уголовное законодательство адекватно и своевременно реагировало на изменения в преступной среде и в уголовно-правовых средствах противодействия преступности, то есть было динамичным.

Динамизм УК свидетельствует о том, что уголовный закон развивается, изменяется, находится в движении. Динамичность является чертой, присущей любому законодательству, в том числе и уголовному, она свидетельствует о его способности к совершенствованию и развитию. Динамика уголовного закона связана, в частности, с включением в УК либо исключением из него предписаний о преступности того или иного вида общественно опасного поведения, а также с изменениями уголовно-правовых последствий совершения преступлений.

3. Динамизм уголовного законодательства обусловлен несколькими причинами, среди которых: изменения социально-экономических и политических условий развития страны; приход к власти политических сил, исповедующих другие ценности; появление новых видов общественно-опасного поведения, которые требуют (в соответствии с учением о криминализации и пенализации общественно-опасных деяний) предусмотрения их в УК как преступных; взятие государством международных обязательств, требующих внесения определенных изменений и дополнений в действующий УК; изменения в по-

литике государства в сфере борьбы с преступностью, в том числе в той её части, которая связана с внедрением новых средств уголовно-правового воздействия на преступников; необходимость согласования УК с регулятивным и охранительным частно-правовым и публично-правовым законодательством, с которым УК находится в системной взаимосвязи и взаимозависимости; решения Конституционного Суда, которыми отдельные положения УК признаются неконституционными; решения Европейского Суда по правам человека, в соответствии с которым государство обязано внести определенные изменения в уголовное законодательство; необходимость уточнения отдельных положений, а также устранения некоторых недостатков и противоречий действующего УК, которые выявлены практикой применения уголовно-правовых норм; необходимость учета последних достижений науки уголовного права и др.

4. Совершенно очевидно, что переход страны от административно-плановой экономики к рыночным отношениям, утверждение новых ценностей в политико-правовой сфере, связанных с развитием демократии и утверждением верховенства права, с неизбежностью повлекли за собою изменения как в регулятивной части законодательства, так и в охранительной его части, в том числе в УК. Поэтому естественным воспринимается не включение в УК Украины 2001 г. составов таких «экономических» преступлений, как частно-предпринимательская деятельность и коммерческое посредничество, спекуляция и нарушение правил о валютных операциях и др. В то же время закономерным является включение в УК новых составов преступлений в сфере предпринимательства, конкурентных отношений, в сфере банкротства, приватизации государственного и коммунального имущества и др.

Очевидно, что в настоящее время на определённую перспективу страну взят стратегический курс на дальнейшее развитие рыночной экономики и демократии, укрепление независимой судебной власти на основе верховенства права, повышение роли средств массовой коммуникации в жизни общества и т.д.

Стабильная политика государства в этом направлении позитивно отразится и на стабильности УК как крайнего средства, с помощью которого общество рассчитывает на эффективное противодействие преступности.

5. Динамизм УК обусловлен и таким политическим фактором, как приход к власти политических сил, которые исповедуют иные ценности в сравнении с теми, кто принимал УК. Это обусловлено тем, что в условиях структуризованного парламента принятие законов, в том числе УК, и внесение изменений и дополнений в него, нередко обусловлено определёнными политическими компромиссами различных политических сил. Ведь неслучайно криминалисты исходят из того, что идеологическая основа уголовного закона является смешанной, а именно: консервативной, либеральной, социалистической и иной. Это объясняется тем, что при принятии УК, а также при внесении в него определенных изменений и дополнений часто необходимо достигнуть политический компромисс между различными силами. Но при изменении в парламенте расклада политических сил это приводит к созданию новых политических объединений, составляющих большинство, что, в свою очередь, ведёт к пересмотру законодательства, в том числе и уголовного. Например, при принятии УК Украины 2001 г. определенные политические силы настаивали на установлении уголовной ответственности за систематическое занятие проституцией. Однако по прошествии определённого времени уже другими политическими силами такая ответственность была исключена.

Кроме того, известно, что законодатели нередко слишком легковесно уповают на уголовно-правовые средства разрешения социально-экономических проблем общества. Например, в статье 183 УК установлена ответственность за нарушение права на получение образования, а в статье 184 – за нарушение права на бесплатную медицинскую помощь. Представляется, что подобные установления противоречат взгляду на уголовное право как на крайнее, последнее средство противодействия негативным явлениям,

имеющимися в обществе. Не исключено, что новые политические силы, осознав важность указанного принципа, в будущем откажутся от указанных предписаний УК.

6. Вполне очевидно, что изменение числа преступных деяний, предусмотренных УК, нередко связано с появлением новых видов общественно опасного поведения, прежде всего, внутри страны. Это, в свою очередь, естественно, ставит вопрос об отнесении таких видов общественно опасного поведения к числу преступлений, предусмотренных действующим УК. В случае, если такой вид поведения не охватывается предписаниями УК, то встает вопрос о необходимости, допустимости и целесообразности криминализации такого вида поведения. Например, в последнее время в Украине получило относительно широкое распространение такое явление, как рейдерство, т. е. умышленный, насильственный, основанный на неправомерном судебном решении захват помещений, зданий и др. имущества конкурентами в экономической сфере с использованием охранных агентств и т. п. Очевидно, что отдельные элементы такого вида поведения предусмотрены в действующем УК. Необходимо ответить на вопрос, целесообразно ли такую сложную единую преступную деятельность искусственно разрывать на отдельные элементы? Есть ли основания предусмотреть в едином сложном составе преступления все объективные и субъективные признаки указанного преступного поведения? Для ответа на эти и другие вопросы необходимо обратиться к теории криминализации общественно опасных деяний, которая, в свою очередь с учетом современных реалий подлежит переосмыслению и дальнейшему усовершенствованию.

Точно также влияет на динамику УК и исключение из него ответственности за то или иное преступление. Такое исключение также должно основываться на учении о декриминализации преступлений. Этому учению, в отличие от теории криминализации, в науке уголовного права уделяется значительно меньше внимания. А между тем исключение из УК определенного вида поведения как преступного свидетельствует об определенных изменениях в уголовно-правовой политике государства, нередко является результатом переоценки тех или иных ценностей, следствием выполнения государством межгосударственных обязательств и др.

7. Очевидно, что такие обязательства в настоящее время все в большей мере влияют на динамику УК: ратификация государством тех или иных международных конвенций влечет за собою, как правило, необходимость внесения определенных изменений в УК. Так, ратификация странами ряда конвенций поставили в повестку дня решение вопросов об уголовной ответственности, например, юридических лиц за совершенные в их интересах преступления отдельными физическими лицами; за торговлю влиянием и др. При этом, однако, должны учитываться, по крайней мере, два обстоятельства. Первое из них касается того, что понимается под уголовной ответственностью. Автор исходит из того, что сущностью уголовной ответственности является предусмотренные законом ограничения прав и свобод преступника. При этом неважно, каким законом предусмотрены такие ограничения – УК или, например, Кодексом об административных нарушениях. Поэтому, когда ставится вопрос об уголовной ответственности юридических лиц, то необязательно это понимать таким образом, что такая ответственность должна быть предусмотрена именно в УК.

Второе обстоятельство состоит в том, что при решении указанного вопроса нужно исходить из традиций сложившейся системы права. Ведь очевидно, что по действующему законодательству юридические лица за совершенные правонарушения уже подлежат юридической ответственности. Другое дело, что закон мог бы предусмотреть дополнительные меры, применяемые к таким лицам, например, конфискацию имущества, лишение лицензии, ограничение предпринимательской деятельности и др. Некоторые из подобных мер уже предусмотрены Хозяйственным кодексом Украины в качестве оперативных санкций, которые применяются к юридическому лицу-нарушителю. Пример с уголовной ответственностью юридических лиц является частным

подтверждением того, что международные обязательства государства способны придать динамизм не только уголовному, но и другому законодательству.

8. Такой динамизм обусловлен и изменениями уголовно-правовой политики государства, особенно в той ее части, которая касается уголовно-правовых последствий совершения преступлений. Уже не вызывает сомнения факт отсутствия жесткой зависимости между преступлением и наказанием. И если при определении преступления наказуемость как его признак всё еще признается как неотъемлемая часть этого понятия, то реальный факт совершения определенного преступления вовсе не всегда связан с назначением лицу наказания, а тем более с его реальным отбыванием.

Известно, что в последние годы получил широкое распространение институт освобождения лица, совершившего преступление, от уголовной ответственности. В настоящее время в уголовное законодательство настойчиво предлагается включить институт медиации, который является материально-правовой основой восстановительного правосудия. Видимо, следует ожидать (в связи со становлением ювенальной юстиции) изменений в разделе УК, посвященном особенностям уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних. Тенденцию ко все большему расширению имеет институт обстоятельств, исключающих преступность деяния, как материально-правовая основа развития принципа состоятельности в уголовном процессе.

Приведенный краткий перечень изменений в уголовно-правовой политике государства свидетельствует о том большом влиянии, которое оказывает такая политика на динамизм УК.

9. Объективная необходимость такого динамизма заложена и в развитии соответствующего регулятивного и охранительного законодательства, с которым УК находится в системном единстве и взаимодействии. Иногда такая связь недооценивается, поскольку отдельные авторы считают, что уголовное законодательство автономно и вовсе необязательно должно реагировать на изменения иного законодательства. Приемлемым, однако, представляется иной взгляд, в соответствии с которым уголовное законодательство (а лучше – уголовное право!) завершает собою систему права, с отраслями которой находится в самых различных связях и взаимозависимостях. Если УК является системой (а это не вызывает сомнения), то с современных позиций система – это взгляд на сложный объект в его окружающей среде. Такою средой для УК является окружающая его система законодательства. Поэтому вполне естественно, что изменения в этой метасистеме с неизбежностью должны влечь изменения и в малой системе, каковой является УК. Это касается не только терминологической согласованности законодательных предписаний, но главным образом сущностных признаков составов преступлений, объективная сторона которых предусматривает нарушение предписаний иных отраслей законодательства (например, бланкетные диспозиции). По большому счету связь УК с иными отраслями законодательства определяется таким признаком преступления как его противоправность. Если это уголовная противоправность (как многие считают), то очевидно, этот признак направлен внутрь УК и понимается как нарушение уголовно-правового запрета. Предпочтительным, однако, является взгляд, в соответствии с которым противоправность преступного деяния направлена вовне, а именно в объективный правопорядок, образуемый, прежде всего, предписаниями позитивного регулятивного законодательства. Нарушение запретов, содержащихся именно в этом законодательстве, и составляет сущность противоправности преступного деяния. Отсюда и тесная связь, и взаимозависимость изменений в регулятивном законодательстве и динамизма УК.

10. Одной из причин такого динамизма являются и решения Конституционного Суда, которыми отдельные положения УК иногда признаются неконституционными. Так, в свое время Конституционный Суд Украины признал неконституционными положения УК о смертной казни. Это повлекло за собою принятие Верховной Радой

Украины закона, который исключил из УК всякое упоминание о смертной казни. Точно также Конституционный Суд Украины признал неконституционным положения ст. 69 УК, в которой ограничивалась возможность суда назначать более мягкое наказание, чем оно предусмотрено в УК, за преступления небольшой тяжести. Это решение стало основанием для внесения законодателем соответствующих изменений в ст. 69 УК.

11. На состоянии действующего уголовного законодательства способы оказать значительное влияние и решения Европейского Суду по правам человека. В соответствии с законом Украины «О выполнении решений и применении практики Европейского суда по правам человека» меры общего характера применяются с целью обеспечения соблюдения государством Конвенции о защите прав человека и основополагающих свобод, нарушения которых установлено решением Европейского суда по правам человека в деле против Украины, обеспечения устранения недостатков системного характера, лежащих в основе выявленного Судом нарушения, а также устранения оснований для направления в суд заявлений против Украины, вызванных проблемой, которая была уже предметом рассмотрения в Суде. В частности, мерами общего характера являются меры, направленные на устранение указанной в Решении системной проблемы и её первопричин, а именно: а) внесение изменений в действующее законодательство и практику его применения; б) внесение изменений в административную практику; в) обеспечение юридической экспертизы законопроектов и др. С учетом вышеуказанных положений закона, очевидно, что практика Европейского суда по правам человека способна существенным образом влиять на изменение и развитие УК Украины. Тем более, что в соответствии со ст. 17 указанного закона «суды применяют при рассмотрении дел Конвенцию и практику Суда как источник права».

12. Динамика УК в значительной мере определяется и практикой его применения. Именно практика поставила вопросы о необходимости устранения недостатков в описании и определении последствий в некоторых преступлениях с материальным составом; об изменении тех исключений из правила, которые запрещают применять отдельные виды наказаний; о дополнении санкций отдельных статей УК, поскольку нередко суд лишен возможности назначить виновному хоть какое-либо наказание и др. Все это и другие примеры поставили перед законодателем задачу внесения определенных изменений в УК для приведения его в соответствие с требованиями сегодняшних реалий.

13. Наконец, важную роль в динамике уголовного закона играют и современные достижения науки уголовного права. Именно на основании этих достижений подготовлены законопроекты о внесении изменений в УК Украины, касающиеся гуманизации уголовной ответственности; об изменении порядка определения размера причиненного ущерба как признака объективной стороны многих преступлений, а также порядка исчисления штрафа и др. Вместе с тем наблюдается определённый разрыв между достижениями науки уголовного права и их восприятием практикой уголовного законодательства. Это можно объяснить различными причинами, одна из которых, на мой взгляд, состоит в недостаточной обоснованности и аргументированности многих предложений по совершенствованию УК, которые предлагают криминалисты. Задача состоит в том, что познавать действительные потребности общества в уголовно-правовых средствах урегулирования конфликта между преступниками и обществом, а это возможно лишь на основе достаточно репрезентативных социологических и криминологических исследований уголовно-правовых проблем, на базе обновлённой методологии уголовно-правового познания действительности и др.

В заключении отмечу, что стабильность и динамизм уголовного закона охватывают собою единство двух противоположностей, которые отражают потребности общества в стабильном УК с его неизбежным эволюционным изменением и совершенствованием.

ПРЕДЕЛЫ ПРЕЕМСТВЕННОСТИ В РАЗВИТИИ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Пределы преемственности в развитии уголовного законодательства // Реформите в наказателно правосъдие: «за» и «против»: сб. от материали на Втората международна научно-практическа конференция, организирана от Юридическия факултет на Пловдивския университет «Паисий Хилендарски» – 20 юни 2006 г. – Пловдив: Университетско издателство «Паисий Хилендарски», 2007. – С. 129–134.

1. Известно, что уголовное законодательство является юридическим выражением уголовно-правовых норм, или иначе, уголовное законодательство – это юридическая форма, в которую облакаются уголовно-правовые нормы. Такая юридическая форма представляет собою структурирование уголовного закона на Общую и Особенную части, подразделение их на разделы и/или главы, статьи и части статей, а также способы формулирования предписаний, в частности диспозиций и санкций статей Особенной части, и др.

2. Обозначенная юридическая форма облакает в себя две группы норм, которые образуют отрасль уголовного права, а именно: (1) нормы, регламентирующие полномочия государства по возложению уголовной ответственности на лицо, совершившее Преступление, и (2) нормы, регламентирующие полномочия государства по освобождению преступника от уголовной ответственности и наказания. Кроме того, уголовное законодательство включает в себя нормы, которые сами по себе не являются уголовно-правовыми, однако в силу различных причин включены в УК (например, нормы о необходимой обороне и задержании преступника, о принудительных мерах воспитательного и медицинского характера). Указанные группы норм образуют юридическое содержание уголовного законодательства. Таким образом, уголовное законодательство, а по существу Уголовный кодекс, представляет собою единство соответствующего содержания (уголовно-правовые и иные нормы) и определенной юридической формы.

3. Развитие уголовного законодательства – это непрерывный исторический временной процесс, в течение которого оно, изменяясь, сохраняет свои основные характеристики, воспринимая предшествующий правовой опыт. Таким образом, Преемственность в развитии уголовного законодательства является его закономерностью. Конечно, развитие и, следовательно, преемственность в развитии уголовного законодательства, нагляднее иллюстрировать на основе определенных этапов его развития, которые фиксируются кодифицированными актами. По некоторым сведениям, каждое последующее кодифицированное уголовное законодательство воспринимает не менее 2/3 предшествующих предписаний в части установления преступного и наказуемого. Однако о развитии уголовного законодательства свидетельствуют и вносимые в него изменения и дополнения как отдельными, так и «блоковыми» законами.

4. В то же время очевидно, что в своем последующем развитии уголовное законодательство отрицает часть предписаний, которые имелись в предшествующем законе. Например, в свое время были отвергнуты такие понятия, как вина и наказание; в связи с принятием УК 1960 и 1996 многие деяния декриминализированы, а некоторые, напро-

тив, подверглись криминализации; в период действия УК были изменены или исключены многие предписания. Таким образом, исторический процесс развития уголовного права – это диалектический процесс преемственности и отрицания части уголовно-правовых предписаний, который подчиняется диалектическому закону отрицания отрицания. Отсюда следует, что преемственность в развитии уголовного законодательства имеет свои границы и пределы. Иными словами, каждый последующий этап в развитии уголовного законодательства воспринимает многие (но не все) положения предыдущего законодательства, т.е. возможности преемственности и развития уголовного законодательства ограничены, имеют свои пределы.

5. Представляется, что пределы преемственности в развитии уголовного законодательства относятся либо к юридическому содержанию уголовного законодательства, либо к его юридической форме, либо к тому и другому одновременно. Наличие этих пределов объясняется различными факторами.

6. Обращение к содержанию уголовного законодательства показывает, что пределы преемственности на каждом последующем этапе развития определяются изменениями в экономической, политической, социальной или духовной сферах жизни данного общества. Очевидно, что пределы преемственности в содержании уголовного закона происходят в более или менее стабильных условиях жизни данного общества (например, в обществе, где господствует плано-административная экономика, авторитарный режим и т. п.). И напротив, возможности преемственности сужаются, если имеют место коренные, революционные изменения в указанных сферах.

7. Уголовное законодательство как законодательство охранительного типа можно поделить на две неравные части: (1) относительно стабильная часть и (2) динамическая, изменяющаяся часть.

Первая, относительно стабильная, часть касается уголовно-правовой охраны таких ценностей, посягательство на которые практически в любых обществах признается преступным и наказуемым (например, посягательства на жизнь, здоровье, половую свободу, собственность, общественную безопасность и общественный порядок, интересы государства). Это часть так называемых общих дел государства. В этой части преемственности, уголовного законодательства проявляется в наибольшей степени, т. е. ее пределы в части содержательной достаточно широки.

Другая часть – динамическая (изменяющаяся) – касается Определения преступного и его правовых последствий в сферах, которые определяются данным экономическим, политическим, социальным строем данного общества, а также состоянием его духовной сферы. При революционных изменениях в указанных сферах пределы преемственности уголовного законодательства в Содержательном смысле весьма узкие. Например, переход от плано-административной экономики к рыночным отношениям повлек за собою отмену таких предписаний УК, как коммерческое посредничество, частнопредпринимательская деятельность, спекуляция и другие подобные преступления. Точно так же изменение политического режима, переход от авторитаризма к демократическим формам правления, от единомыслия к плюрализму мнений повлекло декриминализацию таких деяний, как антисоветская агитация и пропаганда, распространение сведений, порочащих советский государственный общественный строй, и др.

Пределы преемственности в создании уголовного законодательства суживаются и при существенных изменениях в духовной сфере общества, когда меняется отношение общества к тем или иным ценностям. Например, если в известный период времени общество отрицательно относилось к определенному укладу половых отношений, то в последующем изменились отношения в этой сфере, где главной ценностью стала признаваться половая свобода личности, свобода выбора сексуального партнера. Это, в свою очередь, повлекло за собою декриминализацию ненасиленного мужеложства.

Таким образом, пределы преемственности в развитии уголовного законодательства в части установления преступности деяния определяются зависимостью, которая су-

ществует между отнесением этого деяния к относительно стабильной или, напротив, к динамической (изменяемой) части уголовного законодательства и (если данное деяние относится к динамической части уголовного законодательства) подвергались определенной сфере общественной жизни, к которой относится это деяние, коренным (существенным) или же несущественным, эволюционным изменениям.

8. Подобная зависимость существует и применительно к пределам преемственности в части определения уголовно-правовых последствий совершения преступления. Так, если в одних экономических условиях жизни общества востребован был принудительный дешевый труд, то это и повлекло за собою установление соответствующих видов наказания. Точно так же при известном политическом режиме допустимым признавалось изгнание преступника за пределы государства. В свою очередь, изменение такого режима повлекло установление запрета на выдворение гражданина за пределы его государства как вида наказания. Подобным образом изменения в духовной сфере (культура, наука и др.) привели к отказу от позорящих и членовредительских наказаний и т. д.

Наконец, на сужение или расширение пределов преемственности в содержательной части уголовного законодательства влияют и международные условия, в которых существует данное государство. Хотя, как представляется, и на изменение международных обязательств в конечном счете влияют изменения в экономической, политической, социальной и духовной сферах, которые имеют место в масштабах определенного региона или Планеты в целом.

9. Вторая сторона пределов преемственности в развитии уголовного законодательства касается юридической формы такого законодательства.

Известно диалектическое соотношение формы и содержания: одна и та же форма может вмещать явления с различным содержанием и, напротив, одно и то же содержание может быть облечено в различные формы.

Применительно к проблеме, которая рассматривается, это означает, что характер и размер пределов в юридической форме определяется тем, что если изначально избранная юридическая форма не соответствовала определенным уголовно-правовым нормам, то последующее уголовное законодательство нередко отказывается от этой формы, устанавливая новую (например, новое уголовное законодательство ввело разъяснения по мерочным так называемым оценочным понятиям, лишив их тем самым этого статуса). Кроме того, законодатель может прийти к выводу, что данные уголовно-правовые нормы должны быть облечены в новую, более современную юридическую форму (например, в силу развития законодательной техники). Так, если в действующем УК диспозиции статей Особенной части сформулированы как описание преступного деяния в качестве основания уголовной ответственности, то не исключено, что в будущем законодатель изменит эту форму и акцент сделает на деятеле, который подлежит наказанию за совершенное деяние, и диспозиция будет сформулирована по типу: «кто совершит кражу», или «всякий, кто совершит кражу», наказывается...

10. Можно, конечно, представить и третью, гипотетическую ситуацию, когда законодатель одновременно отказывается в последующем уголовном законодательстве и от создания определенных предписаний, поскольку они не отвечают его новым представлениям о преступности и правовых последствиях совершения преступлений, и от юридической формы воплощения уголовно-правовых норм.

11. Таким образом, пределы преемственности в развитие уголовного законодательства определяются, в частности, такими критериями: законом отрицания-отрицания, диалектическим соотношением содержания и формы уголовного законодательства, отнесением содержания и формы уголовного законодательства, отнесением норм уголовного законодательства к его относительно стабильной или динамической части, а также характером изменений (эволюционных или революционных) в экономической, политической, социальной и духовной сферах жизни общества. Пределы преемственности в развитии уголовного законодательства касаются либо его содержания, либо юридической формы, либо того и другого одновременно.

О МЕТОДОЛОГИЧЕСКОМ ЗНАЧЕНИИ ДЕЛЕНИЯ ПРАВА НА ЧАСТНОЕ И ПУБЛИЧНОЕ ДЛЯ СОВРЕМЕННОЙ УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ ДОКТРИНЫ

О методологическом значении деления права на частное и публичное для современной уголовно-правовой доктрины // Уголовное право: Стратегия развития в XXI веке : материалы Пятой междунар. науч.-практ. конф., 24–25 января 2008 г. – М. : Проспект, 2008. – С. 11–15.

1. На определенных этапах развития науки всегда возникает необходимость в осмыслении того, что уже достигнуто, какие появились проблемы, а также открылись и перспективы развития науки и т. д. Кажется, что и сегодняшнее состояние уголовно-правовой науки ставит в повестку дня ее науковедческие проблемы. Это тем более необходимо, поскольку иногда говорят даже о кризисе уголовно-правовой науки. Симптоматичными являются названия некоторых публикаций в российских журналах, а именно: 1) Кризис уголовного права и уголовно-правовой теории (по материалам международного симпозиума 1-5 октября 2000 г. в г. Гамбурге) – О. А. Дубовик; 2) О современном состоянии уголовно-правовой науки (проф. А. Э. Жалинский); 3) открытое письмо профессора А. В. Наумова академику В. Н. Кудрявцеву; 4) Науку уголовного права пора модернизировать (В. Н. Кудрявцев); 5) Проблемы юридических наук криминального цикла (В. В. Лунеев).

2. Обсуждение проблем науки уголовного права требует ответа на казалось бы традиционные, но всегда актуальные для каждой науки вопросы. К числу таковых относятся объект и методология уголовно-правовых исследований, организация таких исследований и измерение их эффективности, а также полезности для общества и государства и др.

Важным методологическим принципом современных уголовно-правовых исследований является последовательное проведение в них принципиального различия между частным и публичным правом.

3. В основе деления права на частное и публичное лежит не предмет, а метод правового регулирования. В зависимости от того, каким методом регулируются общественные отношения – диспозитивным или императивным – сфера права и делится на право частное и право публичное. Метод определяет и режим правового регулирования в каждой из этих сфер. Если частному праву присущ принцип координации, то публичному – принцип субординации; для первого характерно юридическое равенство сторон, для второго, напротив, – их юридическое неравенство; если в частном праве – автономность и не подчиненность сторон в правоотношениях, то в публичном – зависимость и подчиненность; в первом – наличие многих центров, которые формируют правила поведения сторон, во втором – единый центр, а именно – государство; в частном праве – источниками права признаются нормативно-правовой акт, а также договор, обычай и др., в публичном – лишь закон; в частном праве поведение сторон подчиняется принципу «разрешено все, что не запрещено законом», в публичном – «разрешено только то, что предусмотрено законом, все остальное – запрещено» и др. Очевидно,

что указанные и другие кардинальные расхождения между частным и публичным правом имеют методологическое значение и для уголовно-правовых исследований.

4. Общеизвестно, что уголовное право относится к числу материальных отраслей публичного права. Вместе с тем нередко как на одну из тенденций в развитии современного уголовного права указывают на усиление частных начал в уголовном праве, даже говорят о начале дрейфа уголовного права от публичного права к частному. При этом имеют в виду, прежде всего, расширение уголовно-правового значения примирения преступника с потерпевшим; увеличение числа преступлений, уголовное преследование которых возможно лишь по инициативе потерпевшего; обоснование такого самостоятельного обстоятельства, исключающего преступность деяния, как причинение вреда с согласия потерпевшего; формирование т. н. восстановительного правосудия и др.

Очевидно, что решение этих вопросов относится целиком к полномочиям государства, которое именно императивным методом способно их урегулировать. Например, в случае примирения преступника с потерпевшим именно государство придает такому поведению значение юридического факта, который изменяет правоотношения уголовной ответственности относительно преступника на правоотношения освобождения его от такой ответственности. Точно так, именно государство устанавливает, что правовым последствием содеянного лицом преступления является не уголовная ответственность этого лица, а последствия, которые наступают для него в рамках восстановительного правосудия. Все это, однако, не изменяет природы уголовного права как публичной отрасли права, поскольку только государство в уголовном законе полномочно определять свое поведение в отношении преступника и связывать с этим определенные уголовно-правовые последствия.

5. Известно, далее, что с момента совершения преступления между лицом, его учинившим, и государством возникают материальные уголовно-правовые отношения. В рамках этих правоотношений у указанных субъектов возникают соответствующие материальные права и обязанности. При этом на стороне государства имеются только публично-правовые материальные полномочия, а на стороне преступника – лишь субъективные юридические обязанности. Так, государство в лице суда полномочно осудить преступника за совершенное им преступление и определить ему меру уголовной ответственности, действуя при этом в границах, определенных УК, и в соответствии с процессуальной формой, предусмотренной в УПК. В то же время у преступника возникает лишь юридическая обязанность претерпеть все неблагоприятные правовые последствия совершенного им преступления, в том числе осуждение за совершенное преступление и ограничение своих прав и свобод, определенных обвинительным приговором суда.

Многие считают, что в уголовно-правовых отношениях у преступника имеются также и такие материальные субъективные права, как, например, право на правильную квалификацию совершенного им преступления, на освобождение от уголовной ответственности, право на назначение более мягкого наказания, чем оно предусмотрено в санкции соответствующей статьи УК и др. В таких случаях, однако, не учитывается публично-правовой характер уголовного права как материальной отрасли права, для которой характерным является императивный метод регулирования уголовно-правовых общественных отношений. Эти отношения относятся к числу властеотношений, для которых характерным является подчинение одной стороны (преступника) другой стороне (государству). Разумеется, преступник имеет право ходатайствовать перед судом о той или иной квалификации совершенного им, об освобождении его от уголовной ответственности и др. Однако эти и другие субъективные права лица, обвиняемого в совершении преступления, или осужденного, относятся к числу процессуальных. Они предусмотрены в УПК и нет никакой необходимости регламентировать их в УК, как это иногда предлагают.

6. Понимание того, что уголовное право есть право публичное, позволяет по-новому решить и вопрос о самом понятии уголовной ответственности. Поскольку публичное право регулирует властные правоотношения, то сущность уголовной ответственности состоит в ограничении государственной властью прав и свобод лица, которое совер-

шило преступление. В свою очередь, государственная власть делится, как известно, на три ветви. Поэтому и определение уголовной ответственности не может не учитывать деление государственной публичной власти на законодательную, судебную и исполнительную, что позволяет выделить три ее вида (аспекта), а именно: 1) законодательно установленную; 2) индивидуализированную судом; 3) реализуемую органами уголовно-исполнительной службы.

Установленная законодателем уголовная ответственность сводится, в конечном итоге, к установлению санкции уголовно-правовой нормы. Индивидуализированная судом уголовная ответственность проявляется применительно к конкретному преступнику в индивидуализации вида и меры ограничения его прав и свобод в границах, определенных законодательной властью. Наконец, третий аспект уголовной ответственности, которая реализуется специальными органами исполнительной власти государства, состоит в реальном ограничении прав и свобод преступника, что особенно ярко проявляется при ограничении прав и свобод осужденного в процессе исполнения назначенного судом наказания.

Рассмотрение уголовной ответственности как категории публичного права в трех его разновидностях (аспектах) дает возможность определить ее как предусмотренное уголовным кодексом ограничение прав и свобод лица, совершившего преступление, которое индивидуализируется в обвинительном приговоре суда и осуществляется специальными органами исполнительной государственной власти.

7. Указанное разделение права на частное и публичное обязывает проводить различие между уголовным правом как отраслью публичного права и уголовным кодексом как нормативно-правовым актом, которое в уголовно-правовой науке часто не учитывается. Между тем, размежевание уголовного права и уголовного кодекса подчиняется правилам различия права и закона, а также соотношения содержания и формы. Уголовное право как отрасль публичного охранительного права объектом своего регулирования имеет общественные отношения, которые существуют в обществе в социуме с существованием такого явления, как преступность. Правовым средством регулирования таких конфликтных отношений у законодательной власти есть лишь уголовно-правовая норма, структурными элементами которой является гипотеза и диспозиция (санкция). Уголовный кодекс закрепляет указанные структурные элементы норм криминального права в своих Общей и Особенной частях. При этом УК как внешняя форма выражения уголовно-правовых норм подчиняется своим закономерностям. Одна из них состоит в том, что кодифицированные нормативно-правовые акты, в том числе и УК, являются комплексными нормативно-правовыми актами. Это значит, что УК включает в себя нормы не только уголовного, но и других отраслей права, например, административного и даже частного права (например, нормы о необходимой обороне и крайней необходимости). Именно в УК выделяются Общая и Особенная части, что свидетельствует о высоком уровне законодательного обобщения соответствующих предписаний и их рациональном размещении в указанных частях УК. В уголовном же праве как отрасли права невозможно деление на Общую и Особенную части, поскольку признаки структурных элементов уголовно-правовой нормы (гипотезы и диспозиции) находят свое внешнее выражение как в Общей, так и в Особенной частях УК. Таким образом, уголовное право как отрасль права является однородной отраслью, а УК – комплексным нормативно-правовым актом.

8. Недостаточно признать и провозгласить деление права на частное и публичное. Это фундаментальное разделение пронизывает всю сферу права и задача уголовно-правовой науки состоит в том, чтобы указанное деление провести последовательно через все институты и нормы уголовного права. Это даст возможность во многом по-новому посмотреть на казалось бы известные проблемы, возможно от чего-то необходимо будет отказаться и обосновать выводы, которые будут иметь значения как для дальнейшего развития науки, так и практики применения закона.

УГОЛОВНО-ПРАВОВЫЕ СРЕДСТВА ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ ПРЕСТУПНОСТИ

Уголовно-правовые средства противодействия преступности // Противодействие преступности: уголовно-правовые, криминологические и уголовно-исполнительные аспекты : материалы III Рос. конгресса уголов. права, состоявшегося 29–30 мая 2008 г. – М. : Проспект, 2008. – 554–556.

1. История и современность свидетельствуют о том, что преступность является неизбежным спутником человеческого общежития. Здоровая часть общества заинтересована в снижении уровня преступности, стремясь к полному её устранению из жизни людей, что, однако, является недостижимым в обозримом будущем. Поэтому реальным является контроль общества над преступностью и влияние на её сокращение до приемлемого уровня безопасности. Официальный представитель общества – государство обязано предпринимать соответствующие меры по борьбе с преступностью (п. 7 ст. 116 Конституции Украины, п. «е» ч. 1 ст. 144 Конституции РФ) или, как сейчас принято говорить, – «противодействовать преступности».

2. С целью противодействия преступности, снижения ее уровня и постепенного сокращения общество и государство используют различные средства. Такие средства используются как на этапе предупреждения преступлений, так и тогда, когда преступление уже совершено. В первом случае общество и государство предпринимает различные меры, направленные, прежде всего, на изменение духовной сферы жизни общества, а также на осуществление различных экономических, организационных, правовых, воспитательных, идеологических и других мероприятий, которые в той или иной мере воздействуют на сознание и волю людей, удерживая определенную часть нестойких из них от совершения преступлений. На этапе, когда преступление уже совершено, государство использует различные правовые средства для того, чтобы урегулировать уже возникший конфликт между преступником и обществом, преследуя цель не только покарать преступника, но и предупредить в будущем совершение новых преступлений как данным лицом, так и иными членами общества.

3. Для того чтобы государство могло использовать правовые средства противодействия преступности, эти средства необходимо предварительно установить. Лишь после этого они могут быть использованы соответствующими субъектами для достижения указанных целей. Поэтому правовые средства делят на две группы: 1) средства установления и 2) средства деяния. При установлении правовых средств на их выбор, кроме поставленных целей, «влияют характер общественных отношений, природа отрасли права, возможные препятствия, негативно воздействующие на процесс получения значимых результатов» (А. В. Малько).

4. Заслуживает поддержки взгляд (Е. В. Наден), что социальное назначение уголовного права и отрасли публичного права состоит в регулировании уголовно-правовыми средствами двух групп общественных отношений: 1) общественные отношения, возникающие в связи с существованием преступности как социального явления, про-

являющегося в совокупности совершаемых на территории определенного государства преступлений (т.н. уголовно-правовые общественные отношения) и 2) правоотношения, возникающие в связи с совершением определенными лицами конкретных преступлений (относительные уголовные правоотношения).

5. Таким образом, уголовно-правовое регулирование осуществляется на двух уровнях: законодательном и правоприменительном. Логично поэтому выделять и двух субъектов такого регулирования: первый субъект – законодательный орган государства (парламент), второй – уголовный суд. Различаются, следовательно, и уголовно-правовые средства, которые объективно может использовать каждый из названных субъектов для достижения социально полезных целей. Уголовно-правовым средством, которым может воспользоваться парламент как субъект регулирования уголовно-правовых общественных отношений, является уголовно-правовая норма. Под такую норму автор понимает установленное в УК правило правомерного поведения уголовного суда по отношению к лицу, совершившему преступление. Поэтому типичная уголовно-правовая норма состоит из двух элементов. Первый элемент – это гипотеза, которая предусматривает в предписаниях Общей и Особенной частей УК признаки определенного вида преступления (оконченного и неоконченного, совершенном единолично или в соучастии). Второй элемент – это диспозиция (ее часто называют санкцией), которая предусматривает уголовно-правовые последствия, которые могут последовать за совершенным преступлением, и которые полномочен определить уголовный суд к лицу, его совершившему. Наиболее типичным таким последствием является уголовное наказание, назначаемое судом лицу, совершившему преступление.

При таком понимании типичной структуры уголовно-правовой нормы как средства правового регулирования, очевидно, что она (эта норма) обращена прежде всего к уголовному суду. Именно парламент определяет полномочия суда по квалификации содержания в качестве преступления и определения лицу, совершившему преступление, уголовного наказания.

Уголовно-правовая норма, а также различные объединения таких норм, как уголовно-правовое средство регулирования уголовно-правовых общественных отношений относится к сфере должного. Это средство носит статический, информационный характер и выступает в качестве модели (образца) к которому должен стремиться уголовный суд, призванный урегулировать конкретный конфликт между обществом и преступником. Целью уголовно-правового регулирования со стороны парламента является нормативное упорядочение уголовно-правовых общественных отношений, которые имеются в обществе в связи с существованием преступности, в соответствии с принятыми моральными нормами, правовой культурой, менталитетом населения, международно-правовыми обязательствами государства и др.

6. Возникает вопрос, каким образом посредством установления уголовно-правовых норм можно противодействовать преступности? Известно, что само по себе установление уголовно-правовой нормы или их совокупности может в определенной мере влиять на состояние преступности, прежде всего на ее превенцию. Очевидно, что такая превенция возможна, если предписания уголовного закона становятся известными тем категориям граждан, на которых распространяет свое действие та или иная уголовно-правовая норма, и эта информация становится побудительным мотивом для этих лиц к воздержанию от совершения преступления. По некоторым сведениям такое информационно-психологическое воздействие уголовно-правовых предписаний удерживает от совершения преступлений 14-25 % лиц, склонных к их совершению.

Многие считают, что такое воздействие является одним из проявлений уголовно-правового регулирования общественных отношений. Представляется, однако, правильным иной взгляд, согласно которому различают уголовно-правовое регулирование и уголовно-правовое воздействие на общественные отношения. Уголовно-правовое воздействие ничем особенным не отличается от воздействия на поведение людей иных общественных фено-

менов (например, религии, кино, СМИ, рекламы и т. п.). Поэтому в таком воздействии правильно различают информационно-психологический (мотивационный, импульсивный), воспитательный (педагогический, целостно-ориентационный) и социальный аспекты. Отсюда следует, что уголовно-правовая норма может оказать влияние на превенцию преступлений, если ее предписания будут доведены до нужного адресата и окажутся способными воздействовать на него в указанных аспектах, удерживая от совершения преступления. Однако достижение этой цели является задачей не уголовно-правового регулирования, а предметом организационной, воспитательной, информационной и т. п. деятельности соответствующих государственных органов и неправительственных организаций.

7. Уголовный суд как субъект регулирования относительных уголовно-правовых отношений использует свои специфические средства для урегулирования конфликта между обществом и преступником. Такими уголовно-правовыми средствами выступают соответствующие юридические факты, правоотношения, юридические обязанности преступника, властные полномочия уголовного суда и др.

Уголовный суд, используя указанные уголовно-правовые средства, реально осуществляет властные полномочия, закрепленные в уголовно-правовых нормах. Уголовно-правовыми средствами-деяниями признаются акты реализации полномочий уголовного суда, которые относятся к сфере сущего. Именно суд, применяя уголовно-правовую норму, призван урегулировать конкретный уголовно-правовой конфликт между преступником и обществом.

Целью уголовно-правового регулирования со стороны уголовного суда является упорядочение конкретного правоотношения, возникшего между государством и определенным преступником, совершившим преступление, в соответствии с той правовой моделью, которая заложена в уголовно-правовых средствах-установлениях. Типичным способом достижения этой цели является назначение данному преступнику в пределах установленных уголовно-правовой нормой, определенного уголовного наказания.

На этом уровне уголовно-правового регулирования, уголовный суд, назначая наказание, помимо иных целей, преследует и цель превенции преступлений как со стороны данного преступника (специальная превенция), так и иных лиц (общая превенция). Для достижения целей специальной и общей превенции суд использует такое уголовно-правовое средство, как установленные УК полномочия по назначению преступнику определенной меры наказания. При этом для достижения целей специальной превенции суд должен спрогнозировать возможности того или иного наказания, которое он полномочен назначить, по лишению (ограничению) фактической возможности преступника совершить новое преступление, а также способность наказания воздействовать таким образом на сознание и волю данного осужденного, чтобы он под страхом нового наказания удержался от совершения новых преступлений хотя бы в пределах сроков судимости.

Достижение же целей общей превенции наказанием, которое назначено судом, возможно лишь при условии осведомленности об этом наказании, а также об условиях его отбывания и правовых последствиях той категории лиц, которые склонны к совершению преступлений и у которых возникли соответствующие мотивы удержания от совершения преступлений. Однако такое воздействие наказания суда возможно лишь в результате соответствующих мероприятий со стороны государственных органов и неправительственных организаций, а также в результате получения соответствующей информации указанными лицами из других источников.

8. Известно, что в современных условиях уголовный суд полномочен избрать в отношении преступника правовые средства, альтернативные наказанию (например, освободить его от уголовной ответственности или осужденного от наказания либо его дальнейшего отбывания). Однако, во всех этих случаях основанием для такого освобождения должны служить факты, свидетельствующие о высокой степени вероятности несовершения данным лицом нового преступления. В этом случае такие правовые средства также служат делу противодействия преступности.

ПРОБЛЕМИ ЕФЕКТИВНОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ НОРМ ОРГАНАМИ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ТА ПРОКУРАТУРИ

Проблеми ефективності застосування кримінально-правових норм органами досудового розслідування та прокуратури // Правові засади підвищення ефективності боротьби зі злочинністю в Україні : матеріали наук. конф., 15 травня 2008 р. / ред. кол.: В. І. Борисов (голов. ред.) та ін. – Х. : Право, 2008. – С. 11–13.

1. Перш ніж оцінювати ефективність застосування кримінально-правових норм органами кримінального переслідування, треба визначитися, принаймні, в трьох питаннях: 1) що таке кримінально-правова норма і які є її види? 2) що застосовують зазначені органи: статтю КК чи кримінально-правову норму? і 3) якщо вони застосовують кримінально-правову норму, то застосовують всю норму чи якусь одну її структурну частину?

2. Нормою права зазвичай визначається правило правомірної поведінки, яка встановлюється законодавцем або угодою сторін у приватному праві. Якщо звернутися до органів кримінального переслідування, то вони як органи держави підпорядковують свої дії вимогам ч. 2 ст. 19 Конституції України, яка встановлює, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

3. Я поділяю той погляд, що кримінально-правова норма встановлює правило поведінки держави по відношенню до особи, яка вчинила злочин. З моменту вчинення злочину (юридичний факт) виникають кримінально-правові (матеріальні) відносини між державою та злочинцем, об'єктом яких є кримінальна відповідальність як обмеження прав і свобод злочинця. У межах цих відносин кримінально-правова норма передбачає повноваження держави покласти на злочинця кримінальну відповідальність, а злочинець зобов'язаний підкоритися діям держави.

І тому така типова кримінально-правова норма, як і будь-яка, має два структурних елементи: гіпотезу та диспозицію.

Гіпотеза включає в себе ознаки вчиненого злочину, а диспозиція – поведінку держави в особі суду щодо визначення злочинцю виду покарання, тобто певного обмеження його прав і свобод.

Нетипова кримінально-правова норма регулює поведінку держави у випадках, коли держава відмовляється від покладання на злочинця кримінальної відповідальності, тобто звільняє особу від кримінальної відповідальності.

У такому разі гіпотеза такої норми включає в себе не тільки факт вчинення злочину, а й інші юридичні факти, одні з яких пов'язані, а інші – не пов'язані з поведінкою злочинця після вчинення злочину. Так, до перших відносяться діяльне каяття (ст. 45

КК), примирення з потерпілим (ст. 46 КК), щиросердне каяття (ст. 47 КК) тощо; до других – наприклад, зміна обстановки (ст. 48 КК), сплив строків давності (ст. 49 КК) тощо. Таким чином, в таких нормах гіпотеза є складною, вона включає два, а інколи і більше складових елементів. У той же час диспозиція такої норми передбачає повноваження суду на звільнення особи від кримінальної відповідальності.

Таким чином, відповідь на перше запитання зводиться до того, що кримінально-правова норма – це правило правомірної поведінки держави по відношенню до особи, яка вчинила злочин. Розрізняють типову і нетипову кримінально-правову норми. Типова норма передбачає повноваження держави з приводу покладання кримінальної відповідальності на злочинця, а нетипова кримінально-правова норма – повноваження держави по звільненню особи від кримінальної відповідальності. Але і в першому, і в другому випадку структурними елементами кримінально-правової норми є два, а саме: гіпотеза і диспозиція.

4. Відповідаючи на друге запитання – що застосовують у своїй діяльності органи кримінального переслідування: статтю КК чи кримінально-правову норму? – у мене немає сумніву в тому, що вони застосовують саме норму, але при цьому посилаються на певну статтю (або частину статті) КК. Так, якщо органи досудового переслідування порушують провадження у кримінальній справі за ознаками злочину, передбаченого, наприклад, частиною першою ст. 115 КК, тобто за ознаками умисного вбивства, то не викликає сумнівів той факт, що при цьому вони використовують законодавчі приписи про суб'єкта цього злочину (ч. 2 ст. 22 КК), про вид умислу, що передбачений ст. 24 КК, про об'єкт злочину, передбачений ст. 1 та в назві розділу II Особливої частини КК, тощо. Точно така ситуація має місце при пред'явленні обвинувачення у вчиненні певного злочину, при зміні такого обвинувачення, при складанні обвинувального висновку, при підтриманні обвинувачення в суді, при винесенні обвинувального вироку тощо. Таким чином, відповідь на друге запитання зводиться до наступного: органи досудового розслідування та прокурор застосовують кримінально-правову норму, але при цьому посилаються на відповідну статтю чи частину статті Особливої частини КК (а інколи і на статтю/частину статті Загальної частини), наприклад на статтю про готування (ст. 14 КК) чи замах на злочин (ст. 15 КК).

5. І нарешті, третє питання: всю чи якусь частину кримінально-правової норми застосовують органи кримінального переслідування?

З того, що було викладено вище, очевидно, що слідчі або прокурор застосовують не всю норму, а тільки гіпотезу цієї норми. І дійсно, тільки суд має повноваження покласти на особу, яка вчинила злочин, кримінальну відповідальність чи звільнити цю особу від такої відповідальності. Завдання ж слідчого та прокурора встановити та правильно кваліфікувати вчинений злочин (при типовій нормі) та, крім того, встановити і правильно кваліфікувати або посткримінальну поведінку злочинця (наприклад, діяльне каяття), або наявність об'єктивної події після вчинення злочину (наприклад, сплив строків давності притягнення до відповідальності).

Разом з тим у будь-якому разі кваліфікація зазначених фактів є попередньою, вона робиться до суду і для суду, оскільки саме суд на підставі доказів, що оцінюються у судовому засіданні, або підтверджує правильність зазначеної кваліфікації, або змінює її.

Але застосування органами кримінального переслідування гіпотез кримінально-правових норм має велике правове та моральне значення для оцінки ефективності їхньої діяльності в цій частині. Тому завдання полягає у встановленні критеріїв та показників ефективності такої їхньої діяльності, але це вже тема іншої доповіді.

ВІДПОВІДНІСТЬ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ – ВИЗНАЧНА РИСА ЯКОСТІ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ

Відповідність Конституції України – визначна риса якості кримінального закону // Теоретичні основи забезпечення якості кримінального законодавства та правозастосовної діяльності у сфері боротьби зі злочинністю в Україні : матеріали наук. конф., 15 травня 2009 р. /ред. кол. В. І.Борисов (голов. ред.) та ін. – Х. : Право, 2009. – С. 18–24.

Кримінальним законом, зазвичай, визнається такий закон, який встановлює ознаки складу злочину та визначає кримінально-правові наслідки його вчинення. В українській системі права єдиним нормативно-правовим кодифікованим законом, що регулює суспільні відносини між державою та злочинцями, є Кримінальний кодекс України.

Якість кримінального закону характеризується сукупністю суттєвих його властивостей та характеристик, завдяки яким він має здатність бути використаним за своїм призначенням, а саме для ефективного регулювання суспільних відносин між державою та особами, які вчиняють злочини. Якість кримінального закону повинна бути притаманна як його змісту, так і юридичній формі. У зв'язку з цим можна розрізнити дві групи показників (критеріїв) якості кримінального закону: змістовні та техніко-юридичні.

Таким чином, якість кримінального закону залежить від певної системи його властивостей (характеристик), серед яких відповідність його змісту положенням Конституції України є однією з визначальних його рис.

Відомо, що згідно зі ст. 8 Основного Закону «Конституція України має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй. Норми Конституції України є нормами прямої дії». Ці три положення закріплюють принцип верховенства Конституції (Д. Е. Аблязов) у правовому регулюванні суспільних відносин. Цьому принципу певною мірою відповідає зміст частини першої ст. 3 КК України, в якій зазначається, що «цей Кодекс ґрунтується на Конституції України».

Таким чином, забезпечення верховенства Конституції щодо змісту кримінального закону є важливим напрямком забезпечення його якості.

Для з'ясування питання щодо механізму забезпечення відповідності кримінального закону Конституції України необхідно зупинитися на деяких особливостях конституційно-правового регулювання суспільних відносин у його співвідношенні із галузевим правовим регулюванням, у тому числі кримінально-правовим регулюванням таких відносин. Ці особливості полягають у наступному: 1) відомо, що предметом конституційно-правового регулювання є найважливіші політичні та інші, тісно пов'язані з ними, суспільні відносини; вони отримують логічне продовження свого правового регулювання в нормах інших галузей публічного і приватного права України, в тому

числі у нормах кримінального права; 2) конституційне право охоплює весь комплекс методів правового регулювання, які впливають на сутність і зміст галузевих; методів правового регулювання, в тому числі на імперативний метод кримінально-правового регулювання; 3) загальні принципи конституційного права України визнаються загальними і для будь-якої галузі права; в кримінальному праві, наприклад, виділяють принципи рівності, справедливості, законності тощо, які, однак, мають певну специфіку, що викликано предметом його регулювання; 4) в системі конституційного права України виділяють природне і позитивне, суб'єктивне і об'єктивне, матеріальне і процесуальне право тощо; вся ця система здійснює інтегруючий вплив на всі інші галузі публічного і приватного права, в тому числі на кримінальне право, яке містить норми об'єктивного, публічного, матеріального, охоронюваного права України; 5) відповідно до предмета регулювання конституційно-правові відносини охоплюють найрізноманітніші правовідносини, тому їх виникнення, зміна та припинення відображені в інших галузевих правовідносинах, наприклад, кримінальне право регулює правовідносини між державою та спеціальною категорією громадян, а саме злочинцями.

Принцип верховенства Конституції виходить із визнання первинності конституційного регулювання; за своїм змістом цей принцип включає в себе, зокрема, гарантування відповідності чинного законодавства закріпленим у Конституції правовим цінностям, цьому слугує і конституційний контроль з боку Конституційного Суду України; визнання принципу верховенства Конституції передбачає встановлення специфічної моделі відносин між Конституцією та поточним законодавством: Конституція тлумачиться як Основний Закон суспільства і держави, що надає йому об'єктивну можливість впливати на всю систему законодавства і виступати гарантією її цілісності з точки зору відповідності цієї системи конституційним цінностям та її узгодженості з конституційними нормами (Д. Е. Аблязов).

Звідси випливає методологічний висновок про те, що встановлення відповідності кримінального закону Конституції України повинно ґрунтуватися на конституційних положеннях, що стосуються не тільки сфери публічного охоронюваного права, а й усіх конституційно-правових приписів, взятих у своїй системній єдності. Це дає можливість запропонувати підхід, згідно з яким відповідність кримінального закону конституційним положенням треба оцінювати принаймні на трьох рівнях конституційно-правового впливу на зміст кримінально-правових норм.

Перший рівень – це норми, що мають принципове значення для правового регулювання всього комплексу суспільних відносин, які мають юридичну природу. Вони, перш за все, знайшли своє закріплення в розділі I Конституції України «Загальні засади», а також в розділі II «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина». До таких норм, наприклад, можна віднести наступні: Україна – суверенна, демократична, соціальна правова держава (ст. 1); людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність (ст. 3); в Україні визнається і діє принцип верховенства права (ч. 1 ст. 8); чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України є частиною національного законодавства України (ч. 1 ст. 10); органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією України та законами України (ч. 2 ст. 19); усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах; права і свободи людини є невідчужуваними та непо-рушними (ст. 21); права і свободи людини і громадянина, закріплені цією Конституцією, не є вичерпними; конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані, при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається зву-

ження змісту та обсягу існуючих прав і свобод (ст. 22); кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей, та має обов'язки перед суспільством, в якому забезпечується вільний і всебічний розвиток її особистості (ст. 23); громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом (ч. 1 ст. 24); кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність (ч. 1 ст. 29) тощо.

Другий рівень конституційно-правового впливу складають норми, що мають значення для галузевого правового регулювання охоронюваних суспільних відносин. Це, наприклад, такі положення, що знайшли своє відображення у наступних статтях Конституції України: звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується (ч. 3 ст. 8); не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками (ч. 2 ст. 24); ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом (ч. 2 ст. 29); ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України; не допускається збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини (частини 1 і 2 ст. 32); ніхто не може бути увільнений від своїх обов'язків перед державою або відмовитися від виконання законів за мотивами релігійних переконань (перше речення ч. 4 ст. 35); ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності; право приватної власності є непорушним; конфіскація майна може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, встановлених законом (частини 4, 6 ст. 41); кожен має право на належні, безпечні і здорові умови праці, використання праці жінок і неповнолітніх на небезпечних для їхнього здоров'я роботах забороняється (частини 4 і 5 ст. 43); ніхто не може бути примушений до участі або до неучасті у страйку (ч. 3 ст. 44); сім'я, дитинство, материнство і батьківство охороняються державою (ч. 3 ст. 51); культурна спадщина охороняється законом (ч. 4 ст. 54) тощо.

Вочевидь, що ці конституційні положення зобов'язують законодавця встановити в окремих галузях охоронювані норми, в тому числі і в кримінальному праві, які б передбачали відповідальність за вчинення відповідних правопорушень.

Нарешті, третій рівень впливу – це конституційно-правові норми, які створюють безпосередню базу для кримінально-правового регулювання суспільних відносин між державою та злочинцями.

Так, згідно з п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України виключно законами визнаються діяння, які є злочинами, та відповідальність за них. При цьому держава повинна виходити з того, що кожна людина має невід'ємне право на життя. Обов'язок держави – охороняти і захищати життя людини (ст. 27); ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню (ч. 2 ст. 28), жодна людина без її вільної згоди не може бути піддана медичним, науковим чи іншим дослідом (ч. 3 ст. 28); утворення і діяльність політичних партій та громадських організацій, програмні цілі або дії яких спрямовані на ліквідацію незалежності України, зміну конституційного ладу насильницьким шляхом, порушення суверенітету і територіальної цілісності держави, підрив її безпеки, незаконне захоплення державної влади, пропаганду війни, насильства, на розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі, посягання на права і свободи людини, здоров'я населення, забороняються (ч. 1 ст. 37); будь-яке насильство над дитиною та її експлуатація переслідуються законом (ч. 2 ст. 52); закони та інші нормативно-правові акти не мають

зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи (ч. 1 ст. 58); ніхто не зобов'язаний виконувати явно злочинні розпорядження чи накази. За віддання і виконання явно злочинного розпорядження чи наказу настає юридична відповідальність (ст. 60); ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення; юридична відповідальність особи має індивідуальний характер (ст. 61); особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено у визначеному законом порядку і встановлено обвинувальним вироком суду (ч. 1 ст. 62); особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів своєї сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом (ч. 1 ст. 63); народний депутат не несе юридичної відповідальності за голосування або висловлювання України, за винятком відповідальності за образу чи наклеп (ч. 1 ст. 91); законом України оголошується амністія (ч. 3 ст. 92); Президент України здійснює помилування (п. 27 ч. 1 ст. 106) тощо. Вочевидь, що ці та інші приписи Конституції можуть бути згруповані за логікою побудови кримінального закону: загальні положення, кримінальний закон, злочин, звільнення від кримінальної відповідальності, покарання тощо.

Який існує механізм забезпечення відповідності кримінального закону положенням Конституції України? По-перше, і це головне, приписи кримінального закону, що відтворюють зміст та структуру кримінально-правових норм, повинні відповідати духу та букві Конституції. Це не обов'язково текстуальне відтворення положень Конституції. Важливо, щоб при встановленні підстав кримінальної відповідальності та визначенні кримінально-правових наслідків вчинення злочину забезпечувалась відповідність положень кримінального закону тим конституційним цінностям, які закріплені в Конституції. По-друге, кримінальний закон може текстуально відтворювати окремі положення Конституції України, вони при цьому будуть мати дуалістичну правову природу; конституційно-правову та кримінально-правову. Але головна попередня умова забезпечення відповідності кримінального закону Конституції України – з'ясування суті конституційного регулювання певних відносин і використання кримінально-правових галузевих засобів для втілення їх в текст кримінального закону згідно з предметом і методом кримінально-правового регулювання суспільних відносин між державою та злочинцями.

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ, ЯКА ПІДЛЯГАЄ ДИФЕРЕНЦІАЦІЇ

Кримінальна відповідальність, яка підлягає диференціації // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення // Диференціація кримінальної відповідальності : Міжнар. симпозіум, 11–12 вересня 2009 року. – Львів: ЛьвДУВС, 2009. – С. 25–31.

1. Якщо виходити з того, що сутністю кримінальної відповідальності є обмеження прав і свобод злочинця, то можна виділити три види такої відповідальності, а саме: законодавчо визначену, судом індивідуалізовану та кримінально-виконавчу. Такий поділ на види кримінальної відповідальності відповідає конституційному поділу влади на три гілки: законодавчу (яка встановлює кримінальну відповідальність щодо всіх майбутніх злочинців), судову (при якій суд індивідуалізує цю відповідальність стосовно конкретного злочинця) та виконавчу владу (для якої характерним є реальне обмеження прав і свобод злочинців при виконанні обвинувального вироку суду).

Завдання полягає в тому, щоб визначити, який з названих видів кримінальної відповідальності підлягає диференціації? Для відповіді на це запитання треба з'ясувати, в яких відносинах злочинці знаходяться з державою, які повноваження має держава щодо покладення кримінальної відповідальності на злочинців, а також, якою є диференціація такої відповідальності?

2. З'ясовуючи відповіді на ці запитання, треба звернутися до поняття та рівнів кримінально-правового регулювання суспільних відносин.

Відомо, що в суспільстві існує певна кількість населення (за даними деяких криміналістів ця цифра становить 5,3 % населення країни), яка здійснює суспільно небезпечні вчинки, які держава, як офіційний представник громадянського суспільства у цьому питанні, визнає злочинами. Суспільні відносини між державою і цими злочинцями визнаються кримінально-правовими суспільними відносинами, в межах яких встановлюються (норми) правила для держави щодо поведінки із злочинцями. Ці відносини регулюються кримінальним правом на двох рівнях: нормативному та індивідуальному. На нормативному (законодавчому) рівні врегульовуються суспільні кримінально-правові відносини між державою і всіма злочинцями, а на індивідуальному – кримінальні правовідносини між державою в особі суду і конкретним злочинцем, який вчинив певний злочин (Наден О. В.)

3. Необхідною юридичною формою кримінально-правових норм є Кримінальний кодекс України (далі – КК), який на нормативному рівні регулює суспільні відносини між державою і злочинцями шляхом визначення того, які суспільно небезпечні діяння визнаються злочинами та яким покаранням підлягають особи, що їх вчиняють (ч. 2 ст. 1 КК). Ці положення КК узгоджуються із приписами п. 22 частини другої статті 92 Конституції України, згідно з якими виключно законами України встановлюються діяння, які визначаються злочинами, та відповідальність за них. Поняття відповідальності, про яку йдеться в п. 22 частини другої статті 92 Конституції України, охоплює не тільки

покарання, зазначене у частині другій статті 1 КК, а й інші обмеження прав і свобод злочинців, передбачені чинним КК.

Усі ці обмеження прав і свобод злочинців знаходяться в санкції кримінально-правової норми. Певним чином на це орієнтує і ч. 1 ст. 65 КК, в якій, зокрема, зазначається, що суд признає покарання у межах, установлених у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього кодексу, що передбачає відповідальність за вчинений злочин та відповідно до положень Загальної частини КК. Іншими словами, така санкція кримінально-правової норми охоплює не тільки положення санкції певної статті КК, а й приписи всієї Загальної частини КК, в яких передбачені певні обмеження прав і свобод злочинця і які логічно включаються до складу певної кримінально-правової норми.

Отже, на першому рівні кримінально-правового регулювання суспільних відносин у сфері боротьби із злочинністю Верховна Рада України за законом визначає, які права і свободи злочинців підлягають обмеженню і якою мірою. Іншими словами, парламент встановлює законодавчо визначену кримінальну відповідальність. Разом з тим, цей же суб'єкт – парламент – не тільки встановлює, але й диференціює таку відповідальність.

4. Диференціація взагалі означає поділ, розчленування цілого або комплексу на окремі (складові) частини, форми, елементи.

Відповідно до цього, диференціація законодавчо визначеної кримінальної відповідальності – це поділ законодавчих обмежень прав і свобод майбутніх злочинців на певні групи залежно від виду та міри таких обмежень. Така диференціація як вид певної діяльності законодавця підкоряється певним принципам, має критерії, спрямована на досягнення певних цілей, втілюється у певній правовій формі, нарешті, має місце як у Загальній, так і в Особливій частинах КК.

Зокрема, в Загальній частині КК парламент, встановивши дванадцять видів кримінальних покарань та певні застереження щодо кожного з них, тим самим вже загальним чином диференціював кримінальну відповідальність, оскільки поділив на певні групи обмеження прав і свобод злочинців. Ці групи визначаються тими правами і свободами, обмеження яких злочинців може бути підданий судом у подальшому при вчиненні злочину: правом на свободу та особисту недоторканність, правом власності, правом на працю тощо.

КК встановлює також низку інших обмежень прав і свобод злочинця, що передбачені в деяких інститутах кримінального права. Так, при звільненні від відбування покарання з випробуванням на злочинця покладаються обов'язки, виконання яких також пов'язано із обмеженням його певних прав і свобод, а саме: попросити публічно або в іншій формі пробачення у потерпілого; не виїжджати за межі України на постійне проживання без дозволу органу кримінально-виконавчої системи; повідомляти органи кримінально-виконавчої системи про зміну місця проживання, роботи або навчання; періодично з'являтися для реєстрації в органи кримінально-виконавчої системи; пройти курс лікування алкоголізму, наркоманії або захворювання, що становить небезпеку для здоров'я інших осіб (п. 1-5 ч. 1 ст. 76 КК).

Диференційована кримінальна відповідальність передбачена також у статті 12 КК, в якій злочини класифіковані на чотири види: невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжкі та особливо тяжкі. Відомо, що до кожного із зазначених видів належать лише ті злочини, за які КК передбачено певний вид та розмір покарання. Але навіть у межах однієї класифікаційної групи злочинів кримінальна відповідальність за них також диференційована залежно від того, яке право (свобода) злочинця та якою мірою обмежується в санкціях статей КК, що їх передбачають. Наприклад, у санкціях статей КК, що передбачають злочини невеликої тяжкості, передбачено обмеження особистої свободи у вигляді позбавлення волі на строк не більше двох років, або інше, більш м'яке покарання тощо.

Нарешті, в Загальній частині КК законодавець диференціює і строки судимості як правового наслідку засудження особи вироком суду до покарання. Стаття 89 КК встановлює диференційовані строки погашення судимості залежно від: 1) виду покарання; 2) строку покарання, яке відбуто винним; 3) тяжкості злочину.

Диференціація законодавчо визначеної кримінальної відповідальності має місце і в Особливій частині КК.

Так, виділення розділів в Особливій частині КК та їх розташування в певному порядку побудовано на виділенні різних за характером та ступенем тяжкості передбачених ними злочинів. Віддзеркаленням цього є різні види санкцій, які передбачені за ці злочини. Іншими словами, законодавець за різні за характером злочини диференціював кримінальну відповідальність. Крім того, навіть у межах одного розділу проводиться певна диференціація кримінальної відповідальності. Так, в розділі II «Злочини проти життя та здоров'я особи» спочатку передбачена кримінальна відповідальність за вбивство, далі – за тілесні ушкодження тощо.

Диференціація кримінальної відповідальності закладена для багатьох злочинів одного виду. Відомо, наприклад, виділення основних (звичайних), кваліфікованих і привілейованих злочинів, за які передбачено різні види покарань або покарання одного виду, але різного за розміром. Так, виділяють звичайне, кваліфіковане і привілейоване умисне вбивство або звичайну, кваліфіковану або особливо кваліфіковану крадіжку. За вчинення звичайного умисного вбивства в частині першій статті 115 КК передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк від семи до п'ятнадцяти років, за кваліфіковане вбивство – від 10 до 15 років або довічне позбавлення волі, а за привілейовані вбивства (ст.ст. 116, 117 та 118 КК) – покарання від мінімального – у вигляді виправних робіт на строк до двох років – до максимального – у вигляді позбавлення волі на строк до п'яти років. Так же диференційована кримінальна відповідальність за крадіжку чужого майна (частини 1-5 статті 185 КК) тощо.

5. Другий рівень кримінально-правового регулювання полягає у врегулюванні конкретних кримінальних правовідносин, що виникають на підставі юридичного факту, а саме вчинення належним суб'єктом індивідуально або у співучасті, закінченого чи незакінченого певного злочину. Метою цього рівня правового регулювання є переведення нормативних приписів, що містяться в КК (в тому числі і щодо виду і розміру обтяжень прав і свобод злочинців) в індивідуальний правозастосовний акт суду. Діяльність суду з застосування санкції кримінально-правової норми до конкретного (індивідуального) злочинця носить назву індивідуалізації кримінальної відповідальності. Така індивідуалізація бере до уваги той факт, що кожний конкретний злочин чи особа, яка його вчинила, за обставинами вчинення чи за особистими рисами злочинця має свої індивідуальні особливості. Тому й відповідальність за нього повинна бути максимально конкретизована, індивідуалізована, відповідно до конкретних обставин та зважаючи на особу винного.

Вочевидь, на цьому рівні правового регулювання немає сенсу говорити про диференціацію судом кримінальної відповідальності, тому що не він, а парламент диференціює таку відповідальність. Суд в межах, визначених парламентом в законі, лише індивідуалізує кримінальну відповідальність щодо конкретного злочинця за вчинений ним певний злочин.

6. Прийняття правозастосовного акта судом, що індивідуалізує кримінальну відповідальність щодо конкретного злочинця, ще не свідчить про завершення кримінально-правових відносин, які виникли внаслідок вчиненого цим суб'єктом злочину. На наступному етапі вони (ці правовідносини) реалізуються у формі діяльності спеціальних органів виконавчої влади з виконання обвинувального вироку суду, тобто зі здійснення фактичного (реального) обмеження прав і свобод засудженої особи.

Відомо, що ця діяльність зазначених державних органів регламентована нормами кримінально-виконавчого права, юридичною формою яких є Кримінально-виконавчий кодекс України (далі – КВК) та інші нормативно-правові акти.

По суті, кримінально-виконавча діяльність спеціальних органів виконавчої влади держави є своєрідною процесуальною (процедурною) діяльністю з виконання обвинувального вироку суду. Кримінально-виконавчі правовідносини є публічними, по суті, процесуальними правовідносинами між державою в особі спеціально уповноважених органів і конкретними злочинцями, засудженими від імені держави судом. Така діяльність повністю пов'язана з обмеженням прав і свобод цього злочинця, але лише в межах, визначених обвинувальним вироком суду. Тому зазначена діяльність повинна відповідати певним правилам поведіння зі злочинцями.

Ці правила, своєю чергою, також певним чином диференціюють діяльність зазначених органів держави щодо обмеження прав і свобод злочинців, тобто диференціюють так звану кримінально-виконавчу кримінальну відповідальність. Так, згідно зі статтею 5 КВК, кримінально-виконавче законодавство, виконання і відбування покарань ґрунтуються, зокрема, на принципах диференціації та індивідуалізації виконання покарань. Наприклад, відповідно до статті 11 КВК, установами виконання покарань є: арештні доми, кримінально-виконавчі установи, спеціальні виховні установи (виховні колонії). Кримінально-виконавчі установи, своєю чергою, поділяються на кримінально-виконавчі установи відкритого типу (виправні центри) і кримінально-виконавчі установи закритого типу (виправні колонії). Виправні колонії поділяються на колонії мінімального, середнього і максимального рівнів безпеки. Виправні колонії мінімального рівня безпеки поділяються на колонії мінімального рівня безпеки з поліпшеними умовами утримання і колонії мінімального рівня безпеки із загальними умовами утримання.

Отже, на законодавчому рівні диференційована кримінально-виконавча відповідальність злочинців залежно від різних критеріїв, передбачених у КВК.

7. Викладене дає підстави для висновку, що диференціація кримінальної відповідальності – це прерогатива парламенту (законодавця). Тому такій диференціації підлягають два види кримінальної відповідальності: 1) законодавчо визначена в КК України; 2) законодавчо врегульована в КВК України.

КОНСТИТУЦІЙНІ ОBOB'ЯЗКИ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА: ПОНЯТТЯ, ВИДИ, РЕАЛІЗАЦІЯ

Конституційні обов'язки людини і громадянина: поняття, види, реалізація // Проблеми національної державності : матеріали наук. конф. пам'яті д-ра юрид. наук, проф. Стрельцова Льва Михайловича (ОНУ ім. І. І. Мечникова, 26 березня 2010 р.) / М-во освіти і науки України; Одес. нац. ун-т ім. І. І. Мечникова; уклад.: Є. А. Стрельцов, І. С. Доброход ; за заг. ред. Є. А. Стрельцова. – Одеса : Астропринт, 2010. – 272 с. – С. 17–19.

Згідно зі статтею 23 Конституції України «кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей, та має обов'язки перед суспільством, в якому забезпечується вільний і всебічний розвиток її особистості».

Конституційний обов'язок визначають як закріплену в Конституції правову необхідність, що приписує особі певний вид і міру належної (необхідної) поведінки. Конституційні обов'язки є різновидом юридичних обов'язків, але мають свою специфіку (особливість), оскільки у загальному вигляді закріплюють основи взаємовідносин держави і громадян. Тому їх ще називають основними обов'язками громадян.

Загальні конституційні обов'язки людини і громадянина згруповані переважно в заключних статтях розділу II Конституції України (статті 65-68). Так, Основний Закон України: зобов'язує кожного неухильно додержуватися Конституції України та законів України, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей (частина перша статті 68); сплачувати податки і збори в порядку і розмірах, встановлених законом (частина перша статті 67); не заподіювати шкоду природі, культурній спадщині, відшкодовувати завдані ним збитки (стаття 66). Конституційним обов'язком громадян є захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, шанування її державних символів, а також відбування військової служби відповідно до закону (стаття 65).

Крім загальних обов'язків, Конституція України містить багато приписів, які зобов'язують кожного або певне коло осіб дотримуватися конкретних конституційних заборон. Такими заборонами, як це безпосередньо впливає із змісту низки статей Конституції України, є положення про те, що «власність не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству» (частина друга статті 13); «на території України забороняється створення і функціонування будь-яких збройних формувань, не передбачених законом» (частина шоста статті 17); «...ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законом» (частина перша статті 19); не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками (частина друга статті 24) тощо.

Сутністю юридичного обов'язку є правова необхідність особи діяти певним чином. Виділяють чотири види такої необхідності: 1) вчинення необхідних дій; 2) утримання

від скоєння таких дій; 3) вимоги щодо інших суб'єктів вчиняти або не вчиняти необхідні дії; 4) підлягати відповідальності за нездійснення або неналежне здійснення необхідних дій.

З цих позицій конституційні обов'язки можна класифікувати таким чином: 1) конституційні обов'язки, сутністю яких є правова необхідність вчинення активних дій зобов'язаним суб'єктом, а саме: наприклад, сплачувати податки і збори в порядку і розмірах, встановлених законом (частина перша статті 67); відшкодовувати завдані збитки природі, культурній спадщині (стаття 66); захищати Вітчизну, незалежність та територіальну цілісність України, шанувати її державні символи (стаття 65); відбувати військову службу відповідно до закону тощо; 2) конституційні обов'язки, сутністю яких є утримання від вчинення певних дій зобов'язаним суб'єктом: не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей (частина перша статті 68), не заподіювати шкоду природі, культурній спадщині (стаття 66), не використовувати власність на шкоду людині і суспільству (частина друга статті 13) тощо; 3) конституційні обов'язки, правова сутність яких зводиться як до вчинення певних дій, так і утримання від таких: наприклад, неухильно додержуватися Конституції та законів України (частина друга статті 68); 4) нарешті, конституційні обов'язки, які передбачають правову необхідність підлягати відповідальності за невиконання, неналежне виконання або «перевиконання» певних дій зобов'язаним суб'єктом (наприклад, за відання і виконання явно злочинного розпорядження чи наказу настає юридична відповідальність (частина друга статті 60).

Особливість реалізації конституційних обов'язків полягає в тому, що на відміну від закріплених в Конституції прав і свобод, які можуть застосовуватися безпосередньо, конституційні обов'язки, як правило, позбавлені такої можливості. Це пояснюється тим, що юридичний обов'язок повинен передбачати чіткий та однозначний вид та міру належної (необхідної) поведінки особи. В той же час конституційні приписи, як правило, позбавлені такої якості і тому реалізація конституційних норм, які закріплюють певні обов'язки, без розвитку їх галузевим законодавством вкрай ускладнені або взагалі неможливі. У зв'язку з цим більшість конституційних обов'язків знаходять свій розвиток (конкретизацію) у галузевому законодавстві, про що нерідко зазначається у самій Конституції (наприклад, громадяни відбувають військову службу відповідно до закону (частина друга статті 65); кожен зобов'язаний сплачувати податки і збори в порядку і розмірах, встановлених законом (частина перша статті 67 тощо). Важливо, щоб обов'язки, передбачені галузевим законодавством, відтворювали конституційно-правовий зміст зобов'язальних норм Конституції України.

О ЗАДАЧАХ НАУКИ НАЦИОНАЛЬНОГО УГОЛОВНОГО ПРАВА В УСЛОВИЯХ ГЛОБАЛИЗАЦИИ

О задачах науки национального уголовного права в условиях глобализации // Научные основы уголовного права и процессы глобализации: V Рос. конгресс уголов. права, МГУ им. М. В. Ломоносова, г. Москва. 27–28 мая 2010 г. ; отв. ред. В. С. Комиссаров. – М. : Проспект, 2010. – С. 259–263.

1. Одно из определений глобализации состоит в том, что она представляет собою процесс всемирной экономической, политической и культурной интеграции и унификации, следствием чего является мировое разделение труда, миграция в масштабах всей планеты капитала, человеческих и производственных ресурсов, стандартизация законодательства, экономических и технологических процессов, а также сближение и слияние культур разных стран. Глобализация как объективный процесс носит системный характер, в результате чего мир становится более иным и более зависимым от всех его субъектов¹. Глобализацию рассматривают в нескольких взаимосвязанных аспектах, основными из которых являются: ментальная или культурно-идеологическая; территориальная; экономическая; информационно-коммуникационная и этическая глобализация.

2. Преимущества глобализации хорошо известны: она позволяет углублять международное разделение труда, более эффективно распределять средства и в конечном счете способствует повышению среднего уровня жизни и расширению жизненных перспектив населения (при более низких для него затратах); дает странам возможность мобилизовать более значительный объем финансовых ресурсов; передовые технологии резко сокращают транспортные, телекоммуникационные и расчетные издержки и обычно облегчают глобальную интеграцию национальных рынков и т.д.

Последствия глобализации связаны с очевидными успехами: интеграция мирового хозяйства содействует интенсификации и росту производства, освоению технических достижений отсталыми странами, улучшению экономического состояния развивающихся стран и т.д. Политическая интеграция помогает предотвращать военные конфликты, обеспечивать относительную стабильность в мире, делать многое другое в интересах международной безопасности. Глобализация в социальной сфере стимулирует огромные сдвиги в сознании людей, распространении демократических принципов прав и свобод человека. Список достижений глобализации охватывает различные интересы от личного до мирового сообщества. В то же время последствия глобализации приводят и к негативным изменениям, наиболее важными из которых являются изменения природного, экологического, техногенного, социального, социально-биологического, социально-политического, экономического и духовного характера.

¹ Гринин А. Е. Глобализация и национальный суверенитет. История и современность. № 1-2005. С. 6-31.

3. В частности, к негативным изменениям социального характера относят проблемы криминальной глобализации.

Чем же преступность в эпоху глобализации отличается от той, которая была раньше? Не претендуя на исчерпывающий ответ на этот вопрос, отмечу некоторые ее признаки.

– удлинение «вытянутой руки», то есть выросло потенциально возможное расстояние между преступником и потерпевшим, в отношении которого можно совершать преступление. Например, мы понимаем, что раньше нельзя было, безвылазно сидя в одном городе, украсть за несколько недель деньги карточных счетов людей по всему миру, теперь – можно;

– невиданные ранее возможности совершения преступлений под прикрытием легального бизнеса. Имеются в виду экологические преступления транснациональных корпораций, их грубое вмешательство в местный уклад. Но можно ли утверждать, что оно не имеет вообще никакой легальной базы? Нет, это происходит в рамках договоров с местными правительствами;

– широкое использование информационных технологий, связанных с Интернетом. Нужно отметить, что здесь речь идет как о координации преступного элемента между собой, т.е. обмене информации о намерениях, действиях (появилась возможность даже заочно создать преступную группу), так и о распространении преступной информации, скажем, детской порнографии или источников заказа наркотиков;

– косность некоторых традиционных отраслей международного права, не приспособленных к быстрым изменениям окружающего мира. Всем известно, насколько негативное влияние оказывают на международную торговлю сомалийские пираты. Но оказывается, для борьбы с ними нет надлежащей правовой базы, регулирующей использование огнестрельного оружия на борту гражданских судов, и за несколько лет острой стадии этой проблемы ее никто так и не разработал;

– размывание традиционной морали, хоть иногда излишне консервативной и жесткой, но все же естественного ограничителя для преступности. Вместо нее навязывается единая «унифицированная мораль», в которой куда больше немотивированной жестокости и насилия, чем любой самой жесткой традиционной морали;

– миграционные процессы, связанные со «смешиванием» на одной территории большим масс людей с разным воспитанием и культурой, что влечет за собой новые проявления преступности;

– территориальное разделение преступного труда по аналогии с легальным разделением труда между странами; при этом передовые принципы организации разделения преступной деятельности, по сути, заимствуются из легального бизнеса.

4. Противодействие изменяющейся («новой») преступности осуществляется на национальном и международном уровнях. Субъектами такого противодействия являются отдельные государства и их объединения, а также национальные и международные негосударственные организации. Уголовное право является лишь одним из средств противодействия «новой» преступности. Субъектами использования этого средства являются на национальном уровне отдельные государства, а на международном – объединения государств.

С этой точки зрения уголовное право, на мой взгляд, представляет собой систему норм, т.е. правил поведения отдельных государств или их объединений по отношению к лицам, совершающим преступления. Иными словами, уголовное право – это правила обращения государств с преступниками как на национальном, так и международном уровне. Поэтому и выделяется национальное и международное уголовное право. Поскольку обращение с преступниками охватывает не только материально-правовые аспекты такого обращения (а именно: что признается преступлением и какие уголовно-правовые последствия влечет его совершение), но и процессуальные, а также исполнительные правила, то очевидным

является вывод, что уголовное право охватывает собою три вида существующих сегодня отраслевых правил обращения с преступниками, а именно норм, предусмотренных материальным, процессуальным и исполнительным уголовным правом.

5. В нашей правовой доктрине уголовное право традиционно связывают лишь с материальной отраслью права. Наука национального уголовного права практически сосредотачивается на исследовании четырех групп проблем, а именно: 1) какое поведение людей следует признавать преступным? 2) какие уголовно-правовые последствия должно влечь, фактически влечет за собою совершение преступления, и какова их эффективность? 3) в каких правовых формах находят свое закрепление материальные уголовно-правовые нормы? 4) каковы пределы действия национальных уголовно-правовых актов?

Применительно к международному уголовному праву перечень специфических проблем, требующих научного разрешения, касается действия нескольких государств или их объединений по созданию и осуществлению правил обращения с определенными категориями преступников. Поэтому естественно, выделяются две отрасли науки, а именно: наука национального и международного уголовного права. Предметом моего сообщения является определение некоторых проблем, требующих разрешения наукой именно национального уголовного права.

6. Наука национального уголовного права является по существу упорядоченным методом познания уголовно-правовой реальности, который должен обеспечивать объективность исследования этой реальности, воспроизводимость результатов таких исследований, обмен опытом в этой сфере и, наконец, независимую экспертизу.

Поскольку процессы глобализации вызвали к жизни т.н. «новую» преступность и государства предпринимают меры по противодействию такой преступности, то, естественно, возникает необходимость поставить это противодействие на научную основу. В связи с этим перед наукой национального уголовного права возникает ряд новых задач, которые требуют своего разрешения. Некоторые из этих задач, сформулированные в виде вопросов, на мой взгляд, состоят в следующем.

7. Сохраняет ли свое значение теория криминализации применительно к изменяющемуся общественно опасному поведению людей, вызванному процессами глобализации, либо это теория подлежит пересмотру, изменению, приспособлению к новым реалиям? Если подлежит изменениям, то в каком направлении?

Следует ли сохранять традиционные национальные уголовно-правовые средства реагирования на преступность либо необходимо стремиться к их унификации? Если следует стремиться к унификации, то какие ценности необходимо положить в основу определения таких мер? Следует ли за основу взять общечеловеческие ценности, гармонично считающие в себе четыре основных компонента: экономический, этический, эмоциональный и духовный? Каково вообще место и эффективность уголовно-правовых средств в противодействии преступности в глобализованном мире среди других средств борьбы с этой преступностью? Как обеспечить комплексность и эффективность уголовно-правовых мер воздействия на преступников с процессуальными и уголовно-исполнительными процедурами?

Следует ли сохранять монизм уголовного законодательства или постепенно эволюционизировать к его дуализму, созданию дополнительного уголовного законодательства?

Насколько далеко следует расширять действие принципа гражданства и национального принципа действия уголовного закона в условиях ослабления политико-правовой связи государства с его гражданами, ограничения суверенитета государства, создания межгосударственных объединений, в которых свободно перемещается капитал, товары, рабочая сила и др.

Задачей науки уголовного права является и освоение соответствующих методов исследования уголовно-правовой реальности, среди которых важное место занимает сравнительно-правовой метод.

НАЯВНІСТЬ РІШЕННЯ (ВИСНОВКУ) КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ ЯК ПІДСТАВА ДЛЯ ВІДМОВИ У ВІДКРИТТІ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВІ

Наявність рішення (висновку) Конституційного Суду України як підстава для відмови у відкритті конституційного провадження у справі // Вісн. Конституц. Суду України. – 2011. – № 4–5. – С. 154–157.

У практиці Конституційного Суду України трапляються випадки, коли до нього звертаються належні суб'єкти права на конституційне подання/звернення з питань, що вже були вирішені органом конституційної юрисдикції України. Вочевидь, немає сенсу відкривати провадження у такій справі, оскільки питання, порушені в конституційному поданні чи зверненні, вже розглянуті та за ними прийняті рішення (висновки) Конституційного Суду України, які зберігають свою чинність.

У такому разі Конституційний Суд України відмовляє у відкритті провадження у справі або припиняє таке провадження. Так, Ухвалою від 29 листопада 2000 року № 59-у/2000 Конституційний Суд України відмовив у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним поданням 53 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України окремих положень Закону України «Про вибори народних депутатів України». Основним аргументом відмови стало те, що стосовно питань, порушених у конституційному поданні, було прийнято Рішення Конституційного Суду України від 26 лютого 1998 року № 1-рп/98 (справа про вибори народних депутатів України), а тому вони не підлягають розгляду в новому конституційному провадженні. До того ж в абзаці третьому пункту 3 мотивувальної частини цієї Ухвали наголошується, що згідно зі статтею 68 Закону України «Про Конституційний Суд України» Конституційний Суд України відкриває нове провадження у справі у разі виявлення нових обставин по справі, які не були предметом його розгляду, але які існували на час розгляду і прийняття рішення або надання висновку в справі. Дослідження матеріалів справи за згаданим конституційним поданням народних депутатів України свідчить про відсутність зазначених обставин, а також про те, що всі обставини були враховані на час розгляду і прийняття Конституційним Судом України Рішення від 26 лютого 1998 року.

Так само Ухвалою від 10 лютого 2011 року № 5-у/2011 Конституційний Суд України відмовив у відкритті конституційного провадження у справі щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 58, частини другої статті 152 Конституції України, частини другої статті 4, частини першої статті 5, частини третьої статті 74 Кримінального кодексу України та статті 73 Закону України «Про Конституційний Суд України». Конституційний Суд України зазначив, що суб'єкт права на конституційне звернення навів обґрунтування необхідності в офіційному тлумаченні наведених положень Конституції України, Закону України «Про Конституційний Суд України» та

Кримінального кодексу, проте Конституційний Суд 26 січня 2011 року ухвалив Рішення № 1-рп/2011 у справі про заміну смертної кари довічним позбавленням волі за конституційним поданням Верховного Суду України та конституційним зверненням громадянина Савчука М. М., яке стосується того самого предмета і тих самих підстав для тлумачення. За таких обставин необхідності в офіційному тлумаченні зазначених положень Конституції України та законів України немає, що стало підставою для відмови у відкритті конституційного провадження у цій справі.

У справі № 2-15/2011 за конституційним поданням 53 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення змін до Конституції України щодо проведення чергових виборів народних депутатів України, Президента України, депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» від 1 лютого 2011 року № 2952-VI автори клопотання, зокрема, вважали, що цим Законом порушено конституційне право громадян шляхом періодичних виборів органів державної влади брати участь в управлінні державними справами, оскільки неправомірно збільшено термін повноважень Президента України. Конституційний Суд України, відмовляючи у відкритті конституційного провадження у цій справі, зазначив, що порушене питання вже було предметом розгляду Конституційного Суду України, який у Висновку від 18 листопада 2010 року № 3-в/2010 у справі про внесення змін до статей 76, 77, 103, 136, 141 та до Розділу XV «Перехідні положення» Конституції України визнав, що зміст законопроекту, який пізніше став законом, не передбачає скасування чи обмеження прав і свобод людини і громадянина.

Нарешті, Ухвалою від 5 жовтня 1999 року № 4-уп/1999 Конституційний Суд України припинив конституційне провадження у справі за конституційними зверненнями підприємств з іноземними інвестиціями та іноземних інвесторів, за конституційними поданнями народних депутатів України і Кабінету Міністрів України щодо офіційного тлумачення положень статті 58 Конституції України та окремих положень деяких законодавчих актів. При цьому Конституційний Суд у пункті 4 мотивувальної частини зазначив, що він «Рішенням від 9 лютого 1999 року № 1-рп/99 у справі про зворотню дію в часі законів та інших нормативно-правових актів вирішив питання, порушене у конституційному зверненні групи підприємств з іноземними інвестиціями та іноземних інвесторів щодо тлумачення положення статті 58 Конституції України, у зв'язку з чим провадження у цій частині підлягає припиненню».

Під час розгляду питання про відмову у відкритті провадження у справі завжди виникає питання щодо правової підстави для такої відмови у випадках, коли суб'єкт права на конституційне подання (звернення) звернувся з того самого питання, яке вже вирішено Конституційним Судом України.

Стаття 45 Закону України «Про Конституційний Суд України» (далі – Закон) наводить вичерпний перелік підстав для відмови у відкритті конституційного провадження в Конституційному Суді України, а саме:

- 1) відсутність встановленого Конституцією України, цим Законом права на конституційне подання, конституційне звернення;
- 2) невідповідність конституційного подання, конституційного звернення вимогам, передбаченим Конституцією України, зазначеним Законом;
- 3) невідомість Конституційному Суду України питань, порушених у конституційному поданні, конституційному зверненні.

Практика Конституційного Суду України свідчить, що у разі відмови у відкритті провадження у справі він посилається на статтю 45 Закону в цілому, хоча очевидно, що такої конкретної підстави, як наявність раніше винесеного рішення (висновку) щодо порушеного питання, в ній не передбачено. Водночас певні положення стосовно зазначеної підстави для відмови у відкритті провадження містяться в частині другій

статті 60 Закону, яка передбачає: «Якщо неодноразове направлення конституційного подання, конституційного звернення з того самого питання, що вже розглядалось у Конституційному Суді України, є зловживанням правом, Конституційний Суд України після прийняття рішення про відмову у відкритті провадження у справі може прийняти рішення про стягнення з суб'єкта права на конституційне подання, конституційне звернення державного мита у розмірі, встановленому законом». Таким чином, Закон недвозначно передбачає таку самостійну підставу для відмови у відкритті провадження у справі, як зловживання правом щодо направлення конституційного подання (звернення) з того самого питання, яке вже розглядалося у Конституційному Суді України. Але зрозуміло, що підстава для відмови у відкритті конституційного провадження у справі може мати місце не лише у разі зловживання правом на направлення до Конституційного Суду України конституційного подання (звернення), а й у випадках, коли суб'єкт права на конституційне подання (звернення) звертається до Конституційного Суду України з того самого питання, що вже ним вирішено.

З аналогічними ситуаціями стикаються органи конституційної юрисдикції і в інших країнах. Згідно з пунктом 3 частини першої статті 43 Федерального конституційного закону «Про Конституційний Суд Російської Федерації» Конституційний Суд Російської Федерації приймає рішення про відмову в прийнятті звернення до розгляду у випадку, якщо за предметом звернення ним було раніше винесено постанову, що є чинною, за винятком випадків, передбачених статтею 47.1 цього Федерального конституційного закону, якою, зокрема, встановлено, що Конституційний Суд Російської Федерації за скаргою про порушення конституційних прав і свобод громадян може перевіряти конституційність закону, застосованого у конкретній справі, або на запит суду перевіряти конституційність закону, який підлягає застосуванню у конкретній справі, без проведення слухання, якщо дійде висновку, що оспорювані заявником положення нормативно-правового акта аналогічні нормам, визнаним раніше неконституційними чинною постановою Конституційного Суду Російської Федерації.

Відповідно до статті 169 Закону «Про Конституційний Суд Литовської Республіки» від 3 лютого 1993 року цей Конституційний Суд своїм рішенням відмовляє у прийнятті до розгляду заяви про перевірку конституційності правового акта, зокрема, якщо питання щодо відповідності нормативного акта Конституції, який зазначений у заяві, вже розглянуте Конституційним Судом і прийняте ним рішення залишається чинним, а також у випадку, коли Конституційний Суд вже відкрив справу з того самого приводу.

Подібне положення містить і стаття 20 Закону «Про Конституційний Суд Латвійської Республіки» (в редакції Закону від 30 листопада 2000 року, який набрав чинності 1 січня 2001 року, з наступними змінами). Згідно з цією статтею під час розгляду заяв колегія у складі трьох суддів вправі відмовити у порушенні справи, зокрема, якщо заяву подано за вимогою, за якою вже винесено рішення.

Своєю чергою в Україні також було зроблено спробу частково врегулювати зазначене питання Законом України «Про внесення змін до деяких законів України щодо повноважень Конституційного Суду України, особливостей провадження у справах за конституційними зверненнями та недопущення зловживань правом на конституційне подання» від 19 березня 2009 року № 1168-VI, за яким статтю 45 Закону «Про Конституційний Суд України» було доповнено новим пунктом 3, що передбачав таку підставу для відмови у відкритті провадження у справі, в Конституційному Суді України, як «наявність рішення Конституційного Суду України щодо конституційності аналогічного за змістом та юридичною силою акта, ухвали про відмову у відкритті провадження або ухвали про припинення провадження щодо такого акта»¹.

¹ У зв'язку із визнанням зазначеного закону неконституційним повністю наведені положення не набрали чинності (див.: Рішення Конституційного Суду України від 7 липня 2009 року № 17-рп/2009).

Вочевидь, зазначені положення закону передбачали ситуації, коли вирішувалися питання про відмову у відкритті конституційного провадження лише щодо неконституційності правового акта, проте не охоплювали випадків, коли подібні питання стосувалися офіційного тлумачення Конституції чи законів України, надання висновків Конституційним Судом України щодо відповідності Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їхню обов'язковість, а також щодо відповідності проекту закону про внесення змін до Конституції України вимогам статей 157 і 158 Конституції України, порушення Верховною Радою Автономної Республіки Крим Конституції України або законів України та додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту в межах, визначених статтями 111, 151 Конституції України.

Таким чином, очевидна нагальна потреба в удосконаленні законодавчого регулювання підстав для відмови у відкритті провадження у Конституційному Суді України. З цією метою доцільно доповнити статтю 45 Закону пунктом 4, в якому передбачити таку підставу для відмови у відкритті провадження у справі, як «наявність рішення (висновку) Конституційного Суду України, що є чинним, щодо предмета конституційного подання (звернення)».

ПРЕДПОСЫЛКИ ПЕРЕХОДА УГОЛОВНОГО ПРАВА К УСТОЙЧИВОМУ РАЗВИТИЮ

Предпосылки перехода уголовного права к устойчивому развитию // Уголовное право: истоки, реалии, переход к устойчивому развитию : материалы VI Рос. конгр. уголов. права (26–27 мая 2011 года). – М. : Проспект, 2011. – С. 405–407.

1. Понятие «устойчивое развитие» связано с процессом изменений, который, в конечном счете, обеспечивает качество жизни не только нынешнего, но и будущих поколений людей. Концепция устойчивого развития, появившись в международных экологических актах, постоянно совершенствуется и в настоящее время объединяет три составляющих ее элемента: экономический, социальный и экологический, которые рассматриваются во взаимосвязи и сбалансированности.

Социальная составляющая устойчивого развития ориентирована на человека и предлагает сохранение и эволюцию социальных и культурных систем; признание человека не объектом, а субъектом развития; его участие в процессах, которые формируют сферу жизнедеятельности человека, содействуют принятию и реализации решений, а также контролю за их исполнением.

2. Переход к устойчивому развитию предполагает создание, в частности, соответствующей правовой основы, включающей качественное законодательство, реализацию комплекса правовых мер, направленных на сохранение жизни и здоровья человека, решение демографических проблем, борьбу с преступностью и др. Одним из основных условий перехода к устойчивому развитию является обеспечение прав и свобод человека и гражданина в формируемом открытом обществе, в котором системными элементами являются государство, рыночное хозяйство и гражданское общество. Ведущая роль для обеспечения безопасности в политической, социальной, экологической, оборонной и других сферах жизнедеятельности человека принадлежит государству, которое использует для этого различные средства, в том числе и уголовно-правовые.

3. Правовые общественные отношения, которые существуют в любом обществе между государством и преступниками, имеют юридическую природу, регулируются материальным уголовным правом, и потому их возможно назвать уголовно-правовыми общественными отношениями. Эти отношения регулирует государство как управляющий субъект, используя уголовное право как публично-правовую, материальную, т. н. охранительную отрасль права.

Социальное предназначение уголовного права состоит в определении цивилизованных правовых рамок для государства при его обращении с лицами, совершающими преступления. Легитимным оправданием для этого является наделение обществом государства как своего официального представителя полномочиями, которые, являясь необходимыми, достаточными и правовыми, должны использоваться им для достижения целей восстановления справедливости, исправления (ресоциализации) лиц, совершивших преступления, и предупреждения совершения новых преступлений как этими, так и иными лицами.

4. С позитивистских позиций уголовное право представляет собой систему уголовно-правовых норм, которые находятся в системной связи с окружающей его социальной средой и зависят от ее важнейших элементов. С точки зрения социологического подхода уголовное право представляет собой действующее право, т.е. право, уголовно-правовые нормы которого применяются в практике уполномоченных органов государства. С этих позиций уголовно-правовые нормативные предписания УК находят свое воплощение в реальной жизни и свидетельствуют о том, в какой степени достигаются предусмотренные законодателем цели правового регулирования уголовных правоотношений, которые возникают между специальными органами государства и преступниками в связи с фактом совершения последними преступлений.

Очевидно, что для перехода уголовного права к устойчивому развитию важно обеспечить реализацию справедливых ожиданий общества относительно эффективной деятельности государства как при создании, так и при применении уголовно-правовых норм.

5. Общество и государство заинтересованы прежде всего в стабильности УК, т. е. в постоянстве и относительной неизменности его основных, принципиальных положений. Стабильность УК свидетельствует о стойкой и прогнозированной уголовно-правовой политике государства, дает возможность полномочным государственным органам и должностным лицам надлежащим образом овладеть положениями уголовного закона, сформировать стабильную практику его применения, а гражданам – ознакомиться с содержанием УК, определенным образом контролировать деятельность органов уголовной юстиции, согласовывать свое поведение с требованиями УК и т.д. Основой стабильности УК является высокое качество уголовного закона. В свою очередь, такое качество обеспечивается соответствием УК как по своему содержанию, так и по юридической форме прежде всего положениям Конституции страны, международно-правовым обязательствам государства, требованиям законодательной техники, положениям науки уголовного права и др.

Вместе с тем, общество и государство заинтересованы и в том, чтобы уголовное законодательство адекватно и своевременно реагировало на изменения в преступной среде, а также в уголовно-правовых средствах борьбы с преступностью, то есть было динамичным. Динамизм УК свидетельствует о том, что уголовный закон развивается, изменяется, находится в движении. Динамичность является чертой, присущей любому законодательству, в том числе и уголовному, она свидетельствует о его способности к совершенствованию и развитию. Динамика уголовного закона связана, в частности, с включением в УК либо исключением из него предписаний о преступности того или иного вида общественно опасного поведения, а также с изменениями уголовно-правовых последствий совершения преступлений.

6. Динамизм уголовного законодательства обусловлен несколькими причинами, среди которых можно выделить такие: изменения социально-экономических и политических условий развития страны; приход к власти политических сил, исповедующих другие ценности в сравнении с теми, кто принимал УК; появление новых видов общественно-опасного поведения, которые требуют криминализации и пенализации их в УК; принятие государством международных обязательств, требующих внесения определенных изменений и дополнений в действующий УК; изменения в политике государства в сфере борьбы с преступностью, в том числе в той её части, которая связана с внедрением новых средств уголовно-правового воздействия на преступность; необходимость согласования УК с регулятивным и охранительным частно-правовым и публично-правовым законодательством, с которым УК находится в системной взаимосвязи и взаимозависимости, прежде всего с Конституцией страны; решения Конституционного Суда, которыми отдельные положения УК признаются неконституционными; решения Европейского Суда по правам человека, в соответствии с которыми государство обязано внести определенные изменения в уголовное законодательство; необходимость уточнения отдельных положений, а также устранения недостатков и противоречий действующего УК, которые выяв-

лены практикой применения уголовно-правовых норм; учет достижений науки уголовного права и др.

7. Очевидно, что относительной стабильностью отличаются положения Общей части УК, что является естественным, поскольку Общая часть УК объединяет те положения, которые присущи всем или большинству предписаний Особенной части. В то же время динамика и эволюция положений Особенной части УК являются ответом законодателя на новые вызовы, которые преступная среда выдвигает обществу и государству.

Таким образом, стабильность и обоснованный динамизм уголовного закона отражают единство двух противоположностей. Это единство соответствует потребностям общества в стабильном УК и в его неизбежном, эволюционном изменении и совершенствовании, что является необходимой предпосылкой перехода уголовного права к его устойчивому развитию.

20 ЛЕТ УГОЛОВНОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ УКРАИНЫ: НЕКОТОРЫЕ ИТОГИ И ТЕНДЕНЦИИ

20 лет уголовному законодательству Украины: некоторые итоги и тенденции // Юрид. вісн. України. – 2011. – № 43 (29 жовт. – 4 лист.). – С. 10; 2011. – № 44 (5–11 лист.). – С. 10.

На территории Украины действовал УК Украинской ССР, который был принят в 1960 году и введен в действие с 1 апреля 1961 года. Он представлял собой нормативно-правовой акт, который включал в себя положения: Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик; отдельных общесоюзных законов об уголовной ответственности за государственные, воинские и ряд других преступлений, посягавших на интересы Союза ССР; Общей и Особой частей УК, которые были приняты в пределах компетенции Украинской ССР.

ТРЕБОВАТЕЛЬНЫЕ ФАКТОРЫ

К моменту обретения Украиной независимости УК отражал существовавшую на тот момент идеологию, политику и практику в области борьбы с преступностью, пребывание Украинской ССР в составе Союза ССР в качестве союзной республики, основывался на существовавшей в стране плановой государственной экономике, административно-командном управлении и др. Поэтому выход Украины из Союза ССР, изменение политических оценок недавнего прошлого, реабилитация правозащитников, постепенный переход от планово-командной экономики к рыночным ее основам, изменения в политическом и юридическом правосознании политической элиты, правоприменителей и населения, внешнеэкономические и другие факторы (значительный рост преступности в первые годы независимости Украины, появление и быстрое распространение ее организованных форм, криминализация экономики, повышение уровня «профессионализма» преступников, коррупция среди должностных лиц государства и др.) потребовали внесения радикальных изменений во всю правовую систему страны, в том числе и в УК. В него были внесены многочисленные изменения и дополнения: немало статей было исключено, составы преступлений изменены, новые общественно-опасные деяния криминализированы. Однако в конечном итоге внесенные изменения и дополнения в УК 1960 года в период с 1991 по 2001 гг. были такими значительными, что привели к тому, что он перестал отвечать реалиям, которые сформировались в Украине, а именно: 1) имел место ряд серьезных пробелов; 2) была нарушена его системность; 3) требовали пересмотра перечень и содержание уголовно-правовых запретов; 4) нуждалась в совершенствовании система наказаний; 5) УК не учитывал международные обязательства Украины в связи со вступлением ее в Совет Европы и присоединением к ряду международно-правовых договоров в сфере борьбы с преступностью и др. Эти и другие факторы потребовали подготовки нового Уголовного кодекса Украины.

ОБЩИЕ ТЕНДЕНЦИИ

Работа над проектом нового Уголовного кодекса продолжалась с октября 1992 года по апрель 2001 года. УК был принят 5 апреля и введен в действие с 1 сентября 2001 года.

Несколько базовых положений, на которых строится УК: 1) положения УК отвечают нормам Конституции Украины 1996 года и в целом международно-правовым обязательствам государства; 2) УК основывается на достижениях современной науки уголовного права Украины и других стран, учитывает судебную и следственно-прокурорскую практику применения уголовного законодательства Украины, практику Конституционного Суда Украины, опыт реформирования уголовного законодательства в странах СНГ и дальнего зарубежья; 3) в УК не включено более 30 составов преступлений: деяния, предусмотренные ранее в УК, либо утратили опасность в новых общественных отношениях, либо лица, их совершившие, не нуждались в мерах уголовно-правового воздействия; 4) обеспечена преемственность тех положений, которые выдержали апробацию временем и отвечают нормам цивилизованного уголовного права: в УК сохранены и развиты известные и ранее действующему УК положения об основании уголовной ответственности, пределах действия уголовного закона, формах вины, ответственности за незаконченное преступление, соучастие и т. д.; 5) предусмотрено суровую ответственность за совершение тяжких и особо тяжких преступлений и предоставление суду возможности применения к лицам, которые совершили преступление средней и небольшой тяжести; наказаний, не связанных с лишением свободы, а также освобождения от уголовной ответственности; 6) обеспечен приоритет в уголовно-правовой охране прав и свобод человека и гражданина: разделы, которые содержат преступления против жизни и здоровья человека, значительно расширены за счет включения в них новых видов посягательств, а именно: «Нарушение прав пациента» (ст. 141), «Незаконное проведение опытов над человеком» (ст. 142), «Нарушение установленного порядка трансплантации органов или тканей человека» (ст. 143), «Насильственное донорство» (ст. 144) и др.; 7) положения УК приведены в соответствие с условиями перехода экономики страны от планово-административной к рыночной: специальный раздел Особенной части УК «Преступления в сфере хозяйственной деятельности» предусматривает три вида посягательств на такую деятельность, а именно: посягательства в сфере предпринимательской деятельности и в сфере финансовой деятельности, а также на интересы потребителей товаров и услуг; 8) положения УК гармонизованы с такими отраслями права, как уголовно-процессуальное и уголовно-исполнительное, а также с другими отраслями публичного и частного права.

Для современного уголовного законодательства Украины характерны отдельные общие тенденции, которые присущи многим странам в условиях глобализации и регионализации и которые, на мой взгляд, позволяют успешно гармонизовать УК Украины с уголовным законодательством современной Европы.

Одной из таких тенденций является сближение уголовно-правовых систем современности. Это проявляется в их взаимопроникновении и взаимосвязи. Оказалось, что расхождения в уголовном праве разных правовых систем, на которых раньше акцентировали внимание, в большей мере связаны не с сущностью того или другого уголовно-правового явления, а больше с его юридической формой, правовыми традициями, правовой культурой, законодательной техникой и т. п. Естественно, что уголовное право Украины тяготеет к уголовно-правовой системе континентальной Европы и это создает прекрасные возможности для обмена законодательным опытом, научного общения и, в конечном итоге, для гармонизации уголовного законодательства.

Далее, самостоятельным направлением в развитии национального уголовного законодательства является увеличение в нем международного элемента. Это проявляется не только в постоянном увеличении числа т. н. конвенционных норм, но и в проникновении международных правовых предписаний в Общую и Особенную части УК. Речь

идет о расширении сферы действия универсального и национального принципов уголовно-правовой юрисдикции государства; урегулировании вопросов, связанных с признанием на территории Украины приговоров судов другой страны; закреплении в УК положений относительно выдачи преступников; предусмотренности в диспозициях статей Особенной части УК признаков составов преступлений, включенных в международно-правовые договоры Украины, и др.

НОВЫЕ ЯВЛЕНИЯ

Одним из них в уголовном праве становится повышение роли принципов в регулировании уголовно-правовых общественных отношений. Во многих УК, которые были приняты в последние годы, принципам уголовного законодательства нередко посвящаются отдельные статьи. Такая тенденция заслуживает положительной оценки, поскольку правовая легализация основных принципов уголовно-правового реагирования государства в отношении лиц, совершающих преступления, способна поднять на новый качественный уровень как законодательную, так и правоприменительную практику. При подготовке проекта УК Украины также ставился вопрос о включении в УК положений о принципах уголовного закона, однако такие предложения не нашли тогда поддержки у законодателей.

В развитии национального уголовного законодательства относительно оснований уголовной ответственности можно выделить как общие, так и специфические тенденции. Первые связаны с традиционными преступлениями, вторые – с преступлениями т. н. «новой преступности». Что касается оснований уголовной ответственности за преступления первой группы, то отмечу, что УК предусматривает практически все известные человечеству традиционные преступления. Фактически каждый из известных УК содержит перечень тех преступлений, признаки которых во многом совпадают с признаками, предусмотренными в УК Украины.

Некоторые специфические тенденции характерные и для установления оснований уголовной ответственности за преступления, относящиеся к т. н. «новой преступности». К ним по обыкновению относят: 1) организованную транснациональную преступность; 2) международный терроризм; 3) посягательства в сфере хозяйствования, применения массовых коммуникаций, окружающей среды, незаконного обращения наркотиков; а также 4) торговля людьми, оружием, антиквариатом; 5) отмывание «грязных» денег; 6) международная коррупция и др. Известно, что возникновение т. н. «новой» преступности связано с процессами глобализации в разных сферах человеческой жизнедеятельности. Если взять только национальный уровень противодействия такой преступности и такой ее аспект, как установление оснований уголовной ответственности за «новую преступность», то в этой сфере можно выделить такие направления развития современного уголовного законодательства Украины: а) совершенствование диспозиций статьи УК, предусматривающих признаки терроризма, экологических преступлений, преступлений в сфере коммуникаций, отмывание «грязных» денег и т.п.; б) ускорение процессов имплементации норм международных договоров в УК; в) более широкое применение универсального и национального принципов уголовно-правовой юрисдикции Украины; г) решение вопроса об учете приговоров судов иностранных государств; д) урегулирование проблем выдачи и передачи преступников иностранному государству или международному суду; е) совершенствование законодательства относительно ответственности за совершения преступлений организованной группой и преступной организацией; ж) легитимация таких обстоятельств, исключающих преступность деяния, как контролируемая поставка, применение оружия, специальных средств и физической силы; з) совершенствование оснований обязательного и безусловного освобождения от уголовной ответственности агентов, внедренных в организованные преступные группировки, и др.

РАСШИРЕНИЕ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ

Характерной чертой при описании составов преступлений является сочетание абстрактности и казуистичности в формировании их признаков. Задача состоит в том, чтобы найти «золотую середину» при описании признаков определенного вида преступного деяния. С одной стороны, необходимо ясно, четко и непротиворечиво определить признаки и границы преступного поведения, а с другой – не допустить пробела в криминализации. Этому способствует, в частности, и совершенствование законодательной техники при описании определенных видов преступлений, а именно: построение законодательного материала, удобного для его компьютерной обработки; увеличение числа примечаний, в которых разъясняются и уточняются отдельные признаки составов преступлений, разъяснение терминов и др. В то же время заметной становится тенденция, при которой в странах, придерживающихся принципов как монизма, так и дуализма в уголовном законодательстве, отдельные признаки составов преступления находят свое закрепление в предписаниях неуголовного законодательства. Другими словами, речь идет о достаточно широком распространении случаев формулирования признаков составов преступления в бланкетных диспозициях статей УК и вообще в уголовном законодательстве. Это позволяет по-новому оценить взгляд о том, что единственным правовым источником уголовно-правовых норм является уголовный закон.

Устойчивой является тенденция к специализации оснований уголовной ответственности. Такая специализация осуществляется двумя путями. Первый из них связан с увеличением составов преступлений со специальным субъектом. По некоторым подсчетам таких составов в УК насчитывается более 70 % от их общего количества. Можно сказать, что УК все больше становится специализированным нормативно-правовым актом, поскольку значительное число его предписаний распространяется на определенные группы населения, связанные с их профессиональной, служебной и другой деятельностью, определенным правовым статусом и т. п.

Второй путь связан с широким введением специальных составов преступления. Часто это объясняется необходимостью усиления предупредительной функции уголовного закона, хотя пока никто не доказал, в какой степени само по себе наличие нормы уголовного права, не связанное с деятельностью органов уголовной юстиции по ее применению, удерживает от совершения преступления тех лиц, на которых распространяет действие данная уголовно-правовая норма. Вместе с тем, чрезмерное увлечение специальными составами преступлений нередко ведет к необоснованной конкуренции общей и специальной уголовно-правовых норм, которая отрицательно отражается на практике применения УК.

Наконец, очевидной тенденцией, оказывающей непосредственное влияние на решение вопроса о наличии или отсутствии оснований уголовной ответственности, является значительное расширение в УК числа обстоятельств, исключающих преступность деяния. Если УК 1960 г. насчитывал три таких обстоятельства (необходимая оборона, задержание преступника и крайняя необходимость), то, например, УК 2001 г. содержит уже семь таких обстоятельств, которым посвящен отдельный VIII раздел Общей части УК. Вместе с тем, очевидно, что перечень указанных обстоятельств, содержащихся в УК, не является исчерпывающим, что нашло свое закрепление в некоторых УК (например, УК Грузии) и является характерным для многих УК современной Европы.

СПЕЦИАЛИЗАЦИЯ УГОЛОВНЫХ НАКАЗАНИЙ

Определенными тенденциями характеризуются и уголовно-правовые последствия совершения преступления, предусмотренные в уголовном законодательстве Украины. Прежде всего, перестала существовать жесткая зависимость между преступлением и наказанием. Значительное развитие получил институт освобождения лица от уголов-

ной ответственности за совершение, прежде всего, преступлений небольшой и средней тяжести (отказ от уголовного преследования или его прекращение, медиация, трансакция и т. п.). В УК Украины, например, появился специальный раздел IX Общей части УК «Освобождение от уголовной ответственности», который предусматривает 5 общих видов такого освобождения. Кроме этого, около 20 статей Особенной части УК предусматривают специальные виды освобождения лица от уголовной ответственности за отдельные, в том числе и тяжкие преступления.

Заметной становится и тенденция к специализации уголовных наказаний. Подобно тому, как увеличивается число специальных составов и специальных субъектов преступлений, так и в сфере наказаний получают распространение специальные виды наказаний. Например, в УК Украины предусмотрены такие специальные виды основных наказаний, как служебные ограничения для военнослужащих и содержание в дисциплинарном батальоне военнослужащих, дополнительное наказание – лишение военного, специального звания, ранга, чина или квалификационного класса, а также смешанное наказание – лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью. В целом, существующие системы уголовных наказаний дают основание для вывода, что, в сущности, человечество не изобрело других видов наказаний, как лишение свободы, штраф и probation (в последние годы к ним прибавилось и такое наказание, как общественные работы).

С этой точки зрения УК Украины, например, предусматривает пять видов лишения свободы (пожизненное лишение свободы, лишение свободы на определенный срок, содержание в дисциплинарном батальоне военнослужащих, ограничение свободы, арест), три вида штрафа (классический штраф, исправительные работы, служебные ограничения для военнослужащих), освобождение от отбывания наказания (ст.ст. 75-78 УК) (своеобразный вид probation), а также общественные работы (ст. 56 УК).

КРИЗИС УГОЛОВНОГО ПРАВА

Дальнейшее развитие получила дифференциация уголовной ответственности, под которой понимаем ранжирование суровости уголовно-правовых последствий для преступников в зависимости от наличия тех или иных обстоятельств, смягчающих или отягчающих их уголовную ответственность. В связи с этим современные криминалисты снова возвращаются к вопросу о том, что же является основанием уголовной ответственности – преступление или преступник? Если таким основанием является совершение преступления, то логично предположить, что и основанием дифференциации уголовной ответственности преступника должны выступать признаки, характеризующие преступление, а не личность преступника. Вместе с тем, во многих случаях законодатель дифференцирует уголовную ответственность в зависимости от тех или иных признаков, характеризующих преступника. Вместе с тем, во многих случаях законодатель дифференцирует уголовную ответственность в зависимости от тех или иных признаков, характеризующих преступника.

Характеристика тенденций в развитии национального уголовного права была бы неполной, если не указать на некоторые негативные моменты в развитии уголовного законодательства Украины. Прежде всего, заметной стала тенденция преобладания динамизма над стабильностью УК. По некоторым подсчетам, после введения в действие УК 2001 года ежегодно в среднем около 26 его положений претерпевают изменения и дополнения, т. е. каждый месяц в Уголовном кодексе в среднем обновляется 2-3 его статьи. И хотя понятно, что определенная эволюция уголовного законодательства необходима и закономерна, однако очевидно, что она не должна превращаться в поспешное и неоправданное изменение УК. Далее, мне кажется, что поведение украинского законодателя в последнее время дает основания для сомнения относительно соблюдения им в законотворчестве принципа, согласно которому уголовное право является

крайним, последним средством противодействия преступности в обществе. Законодатель в последние годы повторяет те же ошибки в отношении УК 2001 года, которые были допущены им и при действии УК 1960 г., а именно: стремится решать возникающие сложные жизненные ситуации в политической, социально-экономической и других сферах жизнедеятельности людей, как ему кажется, простым, но оказывающемся на деле неэффективным способом – путем применения мер уголовно-правовой репрессии. Нет сомнения, что такие попытки обречены на неудачу. Кроме того, поспешность и непродуманность при внесении изменений и дополнений в УК приводит к снижению качества уголовного закона, к нарушению его системности и другим негативным последствиям.

По оценкам отдельных криминалистов уголовное право в настоящее время переживает определенный кризис, который проявляет себя в законотворчестве, правоприменении, уголовно-правовой теории и правосознании. Такая оценка современного уголовного права заслуживает отдельного обсуждения.

УГОЛОВНОЕ ПРАВО УКРАИНЫ: ИТОГИ, ТЕНДЕНЦИИ, ПЕРСПЕКТИВЫ

Уголовное право Украины: итоги, тенденции, перспективы // Развитие национального законодательства в условиях глобализации: опыт России и стран Азиатско-Тихоокеанского региона : материалы Междунаф. науч.-практ. конф. / отв. ред. проф. А. И. Коробеев. – Владивосток : Изд-во Дальневост. Федерал. ун-та, 2011. – С. 287–294.

Состояние уголовного права Украинской ССР на момент провозглашения независимости Украины характеризовалось тем, что в Украине действовал УК УССР как правовая форма выражения норм уголовного права. Кодекс был принят 28 декабря 1960 года и введен в действие с 1 апреля 1961 года. УК УССР представлял собой нормативно-правовой акт, включающий в себя положения: Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик; отдельных общесоюзных законов об уголовной ответственности за государственные, воинские и ряд других преступлений, посягавших на интересы Союза ССР; Общей и Особенной частей УК, которые были приняты в пределах компетенции Украинской ССР.

К моменту обретения Украиной независимости УК отражал существовавшую на тот момент идеологию, политику и практику в области борьбы с преступностью, пребывание Украинской ССР в составе Союза ССР в качестве союзной республики, основывался на существовавшей в стране плановой государственной экономике, административно-командном управлении и др. Поэтому выход Украины из Союза ССР, изменение политических оценок недавнего прошлого, реабилитация правозащитников, постепенный переход от планово-командной экономики к рыночным ее основам, изменения в политическом и юридическом правосознании политической элиты, правоприменителей и населения, внешнеэкономические и другие факторы (значительный рост преступности в первые годы независимости Украины, появление и быстрое распространение ее организованных форм, криминализация экономики, повышение уровня «профессионализма» преступников, коррупция среди должностных лиц государства и др.) потребовали внесения радикальных изменений во всю правовую систему страны, в том числе и в УК.

УК Украины 1960 года с многочисленными изменениями уже не отвечал имеющимся реалиям. В него были внесены многочисленные изменения и дополнения: немало статей было исключено, составы ряда преступлений изменены, новые общественно-опасные деяния криминализированы. В конечном итоге, за период с 1991 по 2001 гг. в УК 1960 года были внесены такие значительные изменения и дополнения, которые привели к тому, что он перестал отвечать реалиям, которые сформировались в Украине, а именно: 1) имел место ряд серьезных пробелов; 2) была разрушена его системность; 3) не учитывались международные обязательства Украины в связи со вступлением ее в Совет Европы и присоединением к ряду международно-правовых договоров в сфере борьбы с преступностью; 4) требовался пересмотр перечня и содержания уголовно-

правовых запретов; 5) нуждалась в совершенствовании система наказаний и т. п. Далее, высшие должностные лица ведомств, которые применяли УК 1960 г., настойчиво проводили идею о том, что старый УК лишает их возможности эффективно бороться с новыми формами преступной деятельности, особенно организованной преступности. Население страны ожидало от государства решительных и неотложных мер по укреплению преступности и при этом в известной мере возлагало определенные надежды на обновленное уголовное законодательство. Научные поиски были сосредоточены, в основном, на комментировании действующего уголовного законодательства и во многом отставали от современных потребностей борьбы с преступностью. Наконец, подготовка специалистов высших юридических заведений требовала пересмотра существовавшего (на тот момент) взгляда на реальную преступность и уголовно-правовые меры реагирования на нее.

Таким образом, фактически по всем своим характеристикам уголовное право Украины на момент принятия УК 2001 года требовало изменений и новых подходов.

Работа над проектом нового Уголовного кодекса продолжалась с октября 1992 г. по апрель 2001 г. УК был принят 5 апреля 2001 г. и введен в действие с 1 сентября 2001 г.

УК базируется на ряде принципиальных положений, суть которых сводится к следующему: 1) положения УК отвечают Конституции Украины 1996 г. и международно-правовым обязательствам государства; 2) УК основывается на достижениях современной науки уголовного права Украины и других стран, учитывает судебную и следственно-прокурорскую практику применения уголовного законодательства Украины, практику Конституционного Суда Украины, опыт реформирования уголовного законодательства в странах СЕТ и дальнего зарубежья; 3) декриминализовано более 30 составов преступлений: деяния, предусмотренные ими, либо утратили опасность в новых общественно-политических и экономических условиях, либо лица, их совершившие, не нуждались в мерах уголовно-правового воздействия; 4) обеспечена преемственность тех положений, которые выдержали апробацию временем и отвечают нормам цивилизованного уголовного права: в УК сохранены и развиты известные и ранее действующему УК положения об основании уголовной ответственности, пределах действия уголовного закона, формах вины, ответственности за незаконченное преступление, соучастие и т. д.; 5) предусмотрена суровая ответственность за совершение тяжких и особо тяжких преступлений с предоставлением суду возможности применения к лицам, которые совершили преступление средней и небольшой тяжести, наказаний, не связанных с лишением свободы, а также освобождения от уголовной ответственности; 6) обеспечен приоритет в уголовно-правовой охране прав и свобод человека и гражданина: разделы, которые содержат преступления против жизни и здоровья человека, значительно расширены за счет включения в них новых видов посягательств, а именно: «Нарушение прав пациента» (ст. 141), «Незаконное проведение опытов над человеком» (ст. 142), «Нарушение установленного порядка трансплантации органов или тканей человека» (ст. 143), «Насильственное донорство» (ст. 144) и др.; 7) положения уголовного законодательства приведены в соответствие с условиями перехода экономики от планово-административной к рыночной: специальный раздел Особой части УК «Преступления в сфере хозяйственной деятельности» предусматривает три вида посягательств на такую деятельность, а именно: а) посягательства в сфере предпринимательской деятельности; б) посягательства в сфере финансовой деятельности; в) посягательства на интересы потребителей товаров и услуг; 8) положения УК гармонизованы с такими отраслями права, как уголовно-процессуальное и уголовно-исполнительное, а также с другими отраслями публичного и частного права.

Следует отметить, что УК Украины 2001 г. в части криминализации деяний и уголовно-правовых последствий совершения преступления в целом отвечал тогдашнему состоянию законодательства Украины, правосознанию населения, профессиональному правосознанию применителей УК и состоянию науки уголовного права.

Что же касается пенализации преступлений, то разработчики проекта УК столкнулись с тем, что к этому проекту, принятому в первом чтении, поступили прямо противоположные предложения народных депутатов Украины относительно наказуемости достаточно большого числа преступлений, особенно в сферах хозяйственной, служебной деятельности, оборота наркотических средств и других. Поэтому в рабочей группе кабинета министров Украины по подготовке проекта УК было принято такое решение: представить на второе чтение проект УК с теми предложениями, которые сформулировали народные депутаты, для того чтобы Верховная Рада Украины сама определилась в этом вопросе. Ведь совершенно очевидно, что вопросы криминализации и пенализации относятся к сфере уголовной политики государства, а в соответствии с Конституцией Украины именно Верховная Рада Украины определяет основы внутренней и внешней политики государства (п. 2 ч. 1 ст. 85), и именно в законе должно быть предусмотрено, какие деяния являются преступлениями и какие меры уголовной ответственности влечет за собою совершение этих преступлений (п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституции Украины).

Прошло 10 лет с момента принятия УК 2001 года, поэтому есть возможность выделить некоторые тенденции в развитии уголовного права Украины.

Во-первых, уголовно-правовая политика государства за прошедшие годы меняет свои приоритеты. На первом этапе, по истечении первых семи лет действия УК, был принят масштабный Закон Украины «О внесении изменений в Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы Украины относительно гуманизации уголовной ответственности» (15 апреля 2008 г.). Этим законом были смягчены санкции во многих статьях Особенной части УК, введены штраф и общественные работы как альтернативные виды наказаний за многие преступления небольшой и средней тяжести, а также исправлены некоторые погрешности в формулировках диспозиций статей, сделаны редакционно-стилистические уточнения текста УК. Прошло три с половиной года, и уголовно-правовая политика государства свидетельствует об углублении тенденции к гуманизации уголовной ответственности, прежде всего за преступления в сфере хозяйственной деятельности. Это проявляется в том, что 6 октября текущего года принят в первом чтении Закон Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины (относительно гуманизации ответственности за правонарушения в сфере хозяйственной деятельности)». Такая гуманизация уголовно-правовой политики проводится по двум основным направлениям. Первое связано с заменой наказания в виде лишения свободы за совершение экономических преступлений на штраф в больших размерах, во всяком случае, не меньше суммы причиненных убытков. Второе направление касается декриминализации около 20 преступных деяний в сфере хозяйственной деятельности и отнесение их к числу административных правонарушений.

Одновременно развитие современного уголовного права Украины подчинено некоторым общим тенденциям, которые характерны для многих стран в условиях глобализации и регионализации и которые, на мой взгляд, позволяют успешно гармонизировать УК Украины с уголовным законодательством современной Европы.

Одной из таких тенденций является сближение уголовно-правовых систем современности. Это проявляется в их взаимопроникновении и взаимосвязи. Оказалось, что расхождения в уголовном праве разных правовых систем, на которых раньше акцентировали внимание, в большей мере связаны не с сущностью того или другого уголовно-правового явления, а с его юридической формой, правовыми традициями, правовой культурой, законодательной техникой и т. п. Естественно, что уголовное право Украины тяготеет к уголовно-правовой системе континентальной Европы, и это создает хорошие перспективы для обмена опытом, научного общения и др.

Далее, самостоятельным направлением в развитии национального уголовного права является увеличение в нем международного элемента. Это проявляется не толь-

ко в постоянном увеличении числа т. н. конвенционных норм, но и в проникновении международных правовых предписаний в Общую и Особенную части УК. Речь идет о расширении сферы действия универсального и национального принципов уголовно-правовой юрисдикции государства; урегулировании вопросов, связанных с признанием на территории Украины приговоров судов другой страны; закреплении в УК положений относительно выдачи преступников; предусмотренности в диспозициях статей Особенной части УК признаков составов преступлений, включенных в международно-правовые договоры Украины, и др.

Одним из новых явлений в уголовном праве становится повышение роли принципов в регулировании уголовно-правовых общественных отношений. Во многих УК, которые были приняты в последние годы, нередко принципам уголовного законодательства посвящаются отдельные статьи. Такая тенденция заслуживает положительной оценки, поскольку легализация основных принципов уголовно-правового реагирования на лиц, совершающих преступления, способна поднять на новый качественный уровень как законодательную, так и правоприменительную практику. При подготовке проекта УК Украины также ставился вопрос о включении в УК положений о принципах уголовного закона, однако такие предложения не нашли тогда поддержки у законодателей.

В условиях сформированной конституционной юстиции в Украине ощущается ее существенное влияние на развитие уголовного права. Конституционный Суд Украины, например, признал неконституционными предписания УК относительно смертной казни, дал официальное толкование положений УК о действии уголовного закона во времени относительно лиц, которым смертная казнь была заменена пожизненным лишением свободы, и др.

В уголовном праве Украины постепенно увеличивается число уголовно-правовых норм. Причем немалое число гипотез этих норм стали иметь более или менее бланкетный характер. Это, с одной стороны, подтверждает существующую взаимосвязь между публичными и частными регулятивными отраслями и так называемыми охранительными отраслями права (а уголовное право, как известно, относят именно к охранительной отрасли права). С другой стороны, всё менее убедительными являются утверждения, что единственной правовой формой выражения уголовно-правовых норм (особенно их диспозиций) является только уголовный закон. Тенденция к усилению бланкетности гипотез уголовно-правовых норм ведет к ряду негативных последствий, которые хорошо описаны в литературе, и нет необходимости здесь их повторять. Кроме того, резкое увеличение числа уголовно-правовых норм привело к противоречиям между ними, неопределенности в признаках составов преступлений и др.

В развитии национального уголовного права относительно оснований уголовной ответственности можно выделить как общие, так и специфические тенденции. Первые связаны с традиционными преступлениями, вторые – с преступлениями т. н. «новой преступности». Что касается оснований уголовной ответственности за преступления первой группы, то отмечу, что криминализация затронула практически все известные человечеству традиционные преступления. Фактически каждый из известных УК содержит перечень тех преступлений, признаки которых практически во многом совпадают в разных УК. При этом характерным является сочетание абстрактности и казуистичности в формировании признаков составов преступлений. Задача состоит в том, чтобы найти «золотую середину» при описании признаков определенного вида преступного поведения. С одной стороны, необходимо ясно и четко определить признаки и границы преступного поведения, а с другой – не допустить пробела в криминализации. Этому способствует, в частности, и совершенствование законодательной техники при описании определенных видов преступлений, а именно: построение законодательного материала, удобного для его компьютерной обработки; увеличение числа примечаний, в которых разъясняются и уточняются отдельные признаки составов преступлений,

и т. п. В то же время заметной становится тенденция, при которой в странах, придерживающихся принципов как монизма, так и дуализма в уголовном законодательстве, отдельные признаки составов преступления находят свое закрепление в предписаниях неуголовного законодательства. Другими словами, речь идет о достаточно широком распространении случаев формулирования признаков составов преступления в бланкетных диспозициях статей УК. Многочисленны случаи, когда отдельные признаки уголовно-правовых норм находят свое место в правовых предписаниях различных отраслей законодательства. Это позволяет по-новому оценить взгляд на то, что единственным правовым источником уголовно-правовых норм является уголовный закон.

Устойчивой является тенденция к специализации оснований уголовной ответственности. Такая специализация осуществляется двумя путями. Первый из них связан с увеличением составов преступлений со специальным субъектом. По некоторым подсчетам, таких составов УК насчитывает более 70 % от их общего количества. Можно сказать, что УК все больше становится специализированным нормативно-правовым актом, поскольку значительное число его предписаний распространяется на определенные группы населения, связанные с их профессиональной, служебной и другой деятельностью, определенным правовым статусом и т. п.

Второй путь связан с введением специальных составов преступления. Часто это объясняется необходимостью усиления предупредительной функции уголовного закона, хотя пока нет достоверных данных, в какой степени само по себе наличие нормы уголовного права, не связанное с деятельностью органов уголовной юстиции по ее применению, удерживает от совершения преступления тех лиц, на которых распространяет действие данная уголовно-правовая норма. Вместе с тем, чрезмерное увлечение специальными составами преступлений нередко ведет к необоснованной конкуренции общей и специальной уголовно-правовых норм, которая отрицательно отражается на практике применения УК.

Наконец, очевидной тенденцией, оказывающей непосредственное влияние на решение вопроса о наличии или отсутствии оснований уголовной ответственности, является значительное расширение в УК числа обстоятельств, исключающих преступность деяния. Если УК 1960 г. насчитывал три таких обстоятельства (необходимая оборона, задержание преступника, крайняя необходимость), то, например, УК 2001 г. содержит уже семь таких обстоятельств, которым посвящен отдельный VIII раздел Общей части УК. Вместе с тем, очевидно, что перечень указанных обстоятельств, содержащихся в УК, не является исчерпывающим, что нашло свое закрепление в некоторых УК (например в УК Грузии).

Специфические тенденции характерны и для установления оснований уголовной ответственности за преступления, относящиеся к т. н. «новой преступности». К ним, по обыкновению, относят: 1) организованную транснациональную преступность; 2) международный терроризм; 3) посягательства в сфере хозяйствования, применения массовых коммуникаций, окружающей среды, незаконного обращения наркотиков; 4) торговлю людьми, оружием, антиквариатом; 5) отмывание «грязных денег»; 6) международную коррупцию и др. Известно, что возникновение т. н. «новой» преступности связано с процессами глобализации в разных сферах человеческой жизнедеятельности. Если взять только национальный уровень противодействия указанной преступности и такой ее аспект, как установление оснований уголовной ответственности за «новую преступность», то в этой сфере можно выделить такие направления развития современного уголовного права Украины, как: а) совершенствование диспозиций статей УК, предусматривающих признаки терроризма, экологических преступлений, преступлений в сфере коммуникаций, отмывание «грязных денег» и т. п.; б) ускорение процессов имплементации норм международных договоров в УК; в) более широкое применение универсального и национального принципов уголовно-правовой юрисдикции Украины;

г) решение вопроса об учете приговоров судов иностранных государств; д) урегулирование проблем выдачи и передачи преступников иностранному государству или международному суду; е) совершенствование законодательства относительно ответственности за совершения преступлений организованной группой и преступной организацией; ж) легитимация таких обстоятельств, исключающих преступность деяния, как контролируемая поставка, применение оружия, специальных средств и физической силы; з) совершенствование оснований обязательного и безусловного освобождения от уголовной ответственности агентов, внедренных в организованные преступные группировки, и др.

Определенными тенденциями характеризуются и уголовно-правовые последствия совершения преступления, предусмотренные в современном уголовном праве. Прежде всего, перестала существовать жесткая зависимость между преступлением и наказанием. Значительное развитие получил институт освобождения лица от уголовной ответственности за совершение преступлений небольшой и средней тяжести (отказ от уголовного преследования или его прекращение, медиация, трансакция и т. п.). В УК Украины, например, появился специальный раздел IX Общей части УК «Освобождение от уголовной ответственности», который предусматривает 5 общих видов такого освобождения. Кроме этого, около 20 статей Особенной части УК предусматривают специальные виды освобождения лица от уголовной ответственности за отдельные, в том числе и тяжкие преступления.

Заметной становится и тенденция к специализации уголовных наказаний. Подобно тому, как увеличивается число специальных составов и субъектов преступлений, так и в сфере пенализации получают распространение специальные виды наказаний. Например, в УК Украины предусмотрены такие специальные виды основных наказаний, как служебные ограничения для военнослужащих, содержание в дисциплинарном батальоне военнослужащих, дополнительное наказание – лишение военного, специального звания, ранга, чина или квалификационного класса, а также смешанное наказание – лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью. В целом, существующие системы уголовных наказаний дают основание для вывода, что, в сущности, человечество не изобрело других видов наказаний, кроме таких, как лишение свободы, штраф и probation (в последние годы к ним прибавилось и такое наказание, как общественные работы). С этой точки зрения УК Украины, например, предусматривает пять видов лишения свободы (пожизненное лишение свободы, лишение свободы на определенный срок, содержание в дисциплинарном батальоне военнослужащих, ограничение свободы, арест), три вида штрафа (классический штраф, исправительные работы, служебные ограничения для военнослужащих), освобождение от отбывания наказания (ст.ст. 75-78 УК) (своеобразный вид probation), а также общественные работы (ст. 56 УК).

Теперь о перспективах развития уголовного права Украины. По сути, речь идет о прогнозировании того, каким может быть будущее уголовного права Украины. И хотя занятие прогнозированием является делом неблагодарным, однако позволю себе сформулировать свое понимание того, каким мне видится дальнейшее развитие уголовного права Украины, его будущее.

Уголовно-правовая политика государства вряд ли претерпит кардинальные изменения: на мой взгляд, она будет сосредоточена на еще большей интеграции и гармонизации уголовного права Украины с международным и европейским уголовным правом. Так, например, основными документами, которые регламентируют сотрудничество между Украиной и ЕС, является План действий Украина – ЕС в сфере юстиции, свободы и безопасности и План-график его имплементации. Обновленный План действий предусматривает такие согласованные задания и направления сотрудничества и имплементации, как противодействие терроризму и организованной преступности,

в частности, в направлениях борьбы с проявлениями торговли людьми, незаконного ввоза мигрантов, незаконного оборота наркотических и иных запрещенных товаров, коррупции, подделки документов, отмывания денег и иных видов противоправной деятельности.

Очевидно, что этот План уже выполняется: введены в действие законы, в т. ч. уголовные, относительно борьбы с коррупцией; Верховная Рада Украины 6 октября 2011 г. приняла Закон «О внесении изменений в Кодекс Украины об административных правонарушениях и в Уголовный кодекс Украины относительно усиления ответственности за незаконный оборот наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, отравляющих и сильнодействующих веществ или отравляющих и сильнодействующих лекарственных средств и одурманивающих средств». Кроме того, установлена уголовная ответственность за использование средств, добытых от незаконного оборота указанных средств (ст. 306 УК Украины). Говоря об уголовно-правовой политике, нельзя не упомянуть об известной Концепции реформирования уголовной юстиции, которая предусматривает принципиальные положения, в том числе и по модернизации уголовного права.

Важные шаги в уголовно-правовой политике ожидаются как ответы на вызовы глобализации, усиление тенденции к международному, транснациональному характеру преступности.

В перспективе уголовное право как отрасль права, на мой взгляд, ожидает два коренных изменения: первое связано с основанием уголовной ответственности, а второе – с самим пониманием такой ответственности. Что касается основания уголовной ответственности, то, видимо, в уголовном праве все-таки произойдет выделение уголовного проступка. В таком случае основанием уголовной ответственности будет выступать уголовное правонарушение в двух его разновидностях: преступления и уголовного проступка. Думаю, что переход к уголовному проступку будет проходить в два этапа. Первый из них уже на стадии завершения, ряд преступлений в сфере хозяйственной деятельности уже отнесен к числу административных правонарушений. Не исключено, что какие-то из преступлений небольшой и средней тяжести также будут отнесены к указанным правонарушениям. Второй этап – это интегрированное выделение всего комплекса уголовных проступков из числа административных правонарушений и некоторых преступлений. Если это случится, то лучше, на мой взгляд, такое выделение сделать в отдельном комплексном законе.

Второй перспективный момент, связанный с основанием уголовной ответственности, касается, на мой взгляд, возможного будущего дуализма субъекта преступления, подлежащего уголовной ответственности, а именно физического и юридического лица. Первый небольшой шаг в этом направлении вначале был сделан в законодательстве об ответственности за коррупционные правонарушения, но потом этот процесс был приостановлен. Нельзя исключать, что это может быть началом движения к введению корпоративных субъектов в уголовное право со всеми вытекающими из этого последствиями: формированием составов преступлений, совершенных такими субъектами; пониманием уголовной ответственности таких субъектов и др.

Если в уголовном праве Украины появятся уголовный проступок и корпоративные субъекты преступлений, то это повлечет за собой революционные изменения в наших представлениях об уголовном праве, основаниях уголовной ответственности и понимании такой ответственности. Я уже не говорю о тех законодательных решениях, которые необходимо будет принять для воплощения указанных нововведений в правовую жизнь страны.

Далее, нельзя не отметить такое новое направление в уголовной политике государства, как все большее преобладание денежных взысканий над иными видами наказаний относительно определенных видов преступлений. А сама уголовная ответственность

уже сейчас, в соответствии с практикой Страсбургского суда по правам человека, трактуется как более-менее серьезное ограничение государством прав и свобод человека за совершение им уголовного правонарушения.

Кроме того, отмеченная тенденция относительного преобладания штрафа над иными видами наказания свидетельствует о необходимости замены штрафа лишением свободы и наоборот. Известно, что УК 1960 года прямо запрещал такую замену. Если закон, о котором я уже говорил, будет принят в такой редакции, которая имела место в первом его чтении, то это будет свидетельствовать о том, что в уголовном праве появится институт замены штрафа лишением свободы. Это также связано с необходимостью пересмотра многих ценностей.

Наконец, нельзя исключать, что в будущем и неосторожные преступления будут исключены из числа тяжких и особо тяжких преступлений, а это также внесет существенные коррективы в уголовное право Украины.

Теперь о перспективах Уголовного кодекса Украины.

В его развитии снова стал преобладать динамизм над стабильностью УК. По некоторым подсчетам, с введением в действие УК 2001 года изменения и дополнения ежегодно вносились более чем в 26 его положений, т. е. каждый месяц в Уголовном кодексе в среднем обновляется 2-3 его статьи. И хотя очевидно, что определенная эволюция уголовного права необходима и закономерна, однако она не должна превращаться в поспешные и неоправданные изменения УК. Далее, поведение законодателя в последнее время дает основания для нового прочтения принципа, согласно которому уголовное право является крайним, последним средством противодействия преступности в обществе. Законодатель в последние годы повторяет те же ошибки в отношении УК 2001 г., которые были допущены им и при действии УК 1960 г., а именно: стремление решать возникающие сложные жизненные ситуации в политической, социально-экономической и других сферах жизнедеятельности людей, как ему кажется, простым, но оказывающемся на деле неэффективным, способом – путем применения мер уголовно-правовой репрессии. Нет сомнения, что такие попытки обречены на неудачу. Кроме того, поспешность и непродуманность при внесении изменений и дополнений в УК приводит к снижению качества уголовного закона, к нарушению его системности и другим негативным последствиям. В то же время задача состоит в том, чтобы обеспечить баланс динамичности и стабильности УК.

Конечно, Уголовный кодекс нуждается в редакционно-стилистическом уточнении текста, в исправлении допущенных ошибок, дублирования, противоречий, которые появились в результате многочисленных его изменений и дополнений. Однако коренные изменения его ожидают, если будут воплощены в юридическую форму указанные выше тенденции в уголовно-правовой политике государства. Это, в свою очередь, затронет и смежные отрасли законодательства, которые должны быть согласованы с возможными нововведениями в Уголовный кодекс Украины. В связи с этим уже начинает обсуждаться идея о принятии УК в новой редакции.

Далее, современный этап развития общества и законодательства требует и соответствующего обеспечения, в том числе и представителями уголовно-правовой науки. Отдельные ученые-криминалисты и их коллективы имеют достаточные возможности, чтобы оказывать влияние на уголовно-правовую политику государства, осмысливать новые уголовно-правовые явления, обосновывать модели совершенствования уголовного и других отраслей законодательства, улучшать уголовно-правовую подготовку специалистов, влиять на профессиональное правосознание правоприменителей и правовую культуру населения. Конечно, это требует определенной перестройки научного мышления, овладения новыми подходами и приемами, изучения достижений зарубежной науки не конца XIX – начала XX века, как это часто имеет место сейчас, а совре-

менных зарубежных ученых-криминалистов. Тем более что современные средства коммуникации предоставляют такую возможность.

Известно, что именно уголовно-правовая наука является теоретической основой развития уголовного права, совершенствования уголовного и смежного законодательства. Общество ждет от науки уголовного права нового, системного продукта, связанного с современным пониманием уголовного правонарушения и правовых последствий его совершения. Поэтому в научных исследованиях целесообразно сосредоточить усилия, прежде всего, на решении стратегических, масштабных задач в сочетании, конечно, с тактическими, прикладными проблемами. Наука уголовного права, как отмечается в литературе, могла бы исследовать проблемы согласования социально-экономических, политических, духовных изменений в обществе с модернизацией современного уголовного права; способствовать достижению общественного согласия на такое обновление. Развитие комплексных, междисциплинарных исследований (в союзе с представителями других наук, и не только юридических) позволило бы масштабно исследовать уголовно-правовые явления, разрабатывать новые технологии в сфере правоприменения. Необходимо отказаться от схоластических, виртуальных исследований, а поставить их на прочный фундамент уголовной социологии, прагматизма и здравого смысла.

Наконец, представители преподавательского корпуса науки уголовного права могли бы озаботиться качественным повышением уровня подготовки специалистов в области уголовного права. Ведь не секрет, что это качество не всегда отвечает современным требованиям.

СТАТТІ 60, 61 КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ

Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол. В. Я. Тацій, О. В. Петришин, Ю. Г. Бафабах ; Нац. акад. прав. наук. – 2-ге вид., переробл. та допов. – Х. : Право, 2011. – 1128 с.

Стаття 60. Ніхто не зобов'язаний виконувати явно злочинні розпорядження чи накази.

За віддання і виконання явно злочинного розпорядження чи наказу настає юридична відповідальність.

Відповідно до загальних правил у сфері управління особа, яка перебуває в умовах підпорядкованості іншій особі (наприклад, військовослужбовець, працівник або службовець підприємства, установи чи організації), а також особа, яка хоч і не перебуває у відносинах підпорядкованості, проте згідно із законом зобов'язана підкорятися законним вимогам, зокрема представників влади, має юридичний обов'язок виконувати звернені до неї законні накази чи розпорядження.

Терміни «наказ» та «розпорядження» фактично є синонімами. Крім того, визнано, що термін «наказ» є родовим щодо інших актів управління. Наказ (розпорядження) – це акт управління, виданий уповноваженою службовою особою, який приписує певній особі (групі осіб) вчинити обов'язкову для неї (них) певну дію чи бездіяльність.

За своїм юридичним змістом наказ (розпорядження) може бути законним чи незаконним, утому числі злочинним.

Згідно з ч. 2 ст. 41 КК України «наказ або розпорядження є законними, якщо вони віддані відповідною особою в належному порядку та в межах її повноважень і за змістом не суперечать чинному законодавству та не пов'язані з порушенням конституційних прав та свобод людини і громадянина». Підпорядкована особа зобов'язана виконати законний наказ (розпорядження), навіть якщо це пов'язано із заподіянням шкоди правоохоронюваним інтересам. Так, відповідно до ч. 1 ст. 41 КК України «дія або бездіяльність особи, що заподіяла шкоду правоохоронюваним інтересам, визнається правомірною, якщо вона була вчинена з метою виконання законного наказу або розпорядження».

Невиконання особою обов'язку підкорятися законному наказу чи розпорядженню визнається правопорушенням, що має наслідком притягнення цієї особи до юридичної відповідальності. Зокрема, ст. 402 КК України передбачає кримінальну відповідальність військовослужбовця за непокору, тобто відкриту відмову виконати наказ начальника, а також за інше умисне невиконання наказу, а ст. 403 КК України – за необережне невиконання наказу начальника, якщо воно спричинило тяжкі наслідки.

Частина 1 ст. 62 Конституції України передбачає виняток із загального правила виконувати накази й розпорядження, а саме: будь-яка особа не має юридичного обов'язку виконувати адресований їй явно злочинний наказ чи розпорядження. Це означає, що відмова особи від виконання такого наказу чи розпорядження або невиконання його іншим чином не визнається правопорушенням і відповідно має своїм правовим наслідком виключення юридичної відповідальності за невиконання злочинного розпорядження чи наказу. Так,

згідно з ч. 3 ст. 41 КК України «не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка відмовилася виконувати явно злочинний наказ або розпорядження».

Інститут виключення (звільнення) від кримінальної відповідальності за невиконання злочинного наказу чи розпорядження спочатку знайшов своє відображення в практиці міжнародних кримінальних судів та трибуналів. Так, в принципах Нюрнберзького процесу, що були сформульовані Комісією з міжнародного права ООН, зазначено, що «виконання наказу уряду або начальника не звільняє від відповідальності ... якщо фактично був можливий свідомий вибір». Якщо виконавець не мав можливості свідомо вибрати лінію своєї поведінки, він підлягає звільненню від відповідальності. Згідно зі ст. 33 Римського статуту Міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 р. підставою для звільнення виконавця наказу від кримінальної відповідальності є наявність таких обставин: а) юридичний обов'язок особи виконувати накази уряду та начальника; б) відсутність явного усвідомлення виконавцем незаконності наказу й очевидно незаконного характеру самого наказу; при цьому вочевидь незаконними визнаються накази щодо здійснення акту геноциду або злочину проти безпеки людства.

Таким чином, у міжнародному та національному кримінальному праві діє концепція «умних штиків»: підлегли повинні оцінювати законність (незаконність) наказу чи розпорядження начальника і підлягають відповідальності за виконання явно злочинних для них наказів чи розпоряджень.

Явно злочинним визнається такий наказ (розпорядження), яким завідомо для особи, якій він адресований, наказується вчинити передбачене КК України суспільно небезпечне винне діяння (дію або бездіяльність) або таке діяння, яке визнається злочином відповідно до загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями (ч. 2 ст. 7 Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод).

Злочинний зміст наказу (розпорядження) повинен бути очевидним, явним для особи, якій він адресований.

Частина 2 ст. 60 Конституції України передбачає, що за віддання і виконання явно злочинного розпорядження чи наказу настає юридична відповідальність, тобто юридичній відповідальності підлягає як особа, що віддала злочинний наказ (розпорядження), так і особа, яка його виконала.

Ці положення Конституції знайшли свій розвиток у частинах 4 та 5 ст. 41 КК України: «особа, що виконала явно злочинний наказ або розпорядження, за діяння, вчинені з метою виконання такого наказу або розпорядження, підлягає кримінальній відповідальності на загальних підставах. Якщо особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати злочинного характеру наказу чи розпорядження, то за діяння, вчинене з метою виконання такого наказу чи розпорядження, відповідальності підлягає тільки особа, що віддала злочинний наказ чи розпорядження». Таким чином, особа, яка видала злочинний наказ чи розпорядження, завжди підлягає кримінальній відповідальності за таке діяння. Так, службова особа, яка віддала явно злочинний наказ (розпорядження), підлягає кримінальній відповідальності за зловживання владою або службовим становищем (ст. 364 КК України) і за підбурювання (організаторство) до вчинення злочину, передбаченого в наказі (розпорядженні).

У той же час кримінальна відповідальність особи, яка виконала явно злочинний наказ (розпорядження), залежить від того, чи усвідомлювала вона його злочинний характер.

Якщо, виходячи із зробленої оцінки, для особи було очевидно, що наказ є злочинним, але вона, проте, виконала такий наказ (розпорядження), то така особа підлягає кримінальній відповідальності за вчинений злочин на загальних підставах як виконавець злочину. При цьому вчинення злочину на виконання такого наказу (розпорядження) є обставиною, яка пом'якшує її покарання (п. 6 ч. 1 ст. 66 КК України).

Разом з тим особа, яка одержала злочинний наказ (розпорядження), може і не усвідомлювати його злочинного характеру. Проте якщо вона повинна була і за обставина-

ми справи могла це усвідомлювати, то вчинене нею діяння розглядається як необережний злочин, якщо, звичайно, таке необережне заподіяння шкоди передбачене в КК України як злочин.

Нарешті, якщо особа не усвідомлювала і за обставинами справи не могла усвідомлювати злочинного характеру наказу чи розпорядження, то за діяння, вчинене з метою виконання такого наказу чи розпорядження, кримінальній відповідальності підлягає тільки особа, що віддала злочинний наказ чи розпорядження (ч. 5 ст. 41 КК України). У цьому випадку особа, яка виконала наказ (розпорядження), є своєрідним знаряддям у руках того, хто віддав злочинний наказ (розпорядження). Останній підлягає кримінальній відповідальності як виконавець того умисного злочину, вчинення якого передбачалося в наказі і який він вчинив «руками» невинуватого «виконавця».

Стаття 61. Ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення. Юридична відповідальність особи має індивідуальний характер.

Частина 1 ст. 61 Конституції закріплює загально визнаний принцип права «двічі за одне й те саме не карують» («non bis in idem»).

Вимогам Конституції України щодо неможливості бути двічі притягненим до юридичної відповідальності одного виду за те саме правопорушення кореспондують зобов'язання, що прийняла на себе Україна за міжнародними договорами, які є частиною її національного законодавства (ч. 2 ст. 9 Конституції України): «жодна людина не повинна вдруге бути судимою чи покараною за злочин, за який вона вже була остаточно засуджена чи виправдана у відповідності до закону та кримінально-процесуального права кожної країни» (п. 7 ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права); «жодна людина не може бути вдруге притягнута до відповідальності або покарана у кримінальному порядку судом однієї і тієї самої держави за злочин, за який вона вже була остаточно виправдана або засуджена відповідно до закону і кримінально-процесуального права цієї держави» (ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод). У свою чергу, ч. 3 ст. 2 КК України закріплює положення, що «ніхто не може бути притягнений до кримінальної відповідальності за той самий злочин більше одного разу». Це, зокрема, означає, що виключається: а) повторне і подальше притягнення до кримінальної відповідальності особи за один і той самий злочин; б) кваліфікація одного й того ж злочинного діяння за кількома статтями КК, якщо положення, що містяться в них, співвідносяться між собою як загальна та спеціальна норма або як ціле і частина; в) подвійне врахування однієї і тієї обставини вчинення злочину, що пом'якшує або обтяжує покарання, одночасно при кваліфікації злочину та при призначенні виду та міри кримінального покарання.

Право особи, що закріплено в ч. 1 ст. 61 Конституції України, внаслідок своєї конституційно-правової природи не підлягає обмеженню навіть в умовах воєнного або надзвичайного стану (ч. 2 ст. 64 Основного Закону України).

За змістом ч. 1 ст. 61 Конституції України в системній єдності, зокрема зі ст. 124 Конституції України, заборона повторного притягнення особи до юридичної відповідальності одного виду звернена не тільки до законодавчої влади, а й до правозастосувача, який на підставі відповідних законів здійснює притягнення винних осіб до юридичної відповідальності та визначає для них вид і міру такої відповідальності.

Оскільки ст. 61 міститься в розділі II Конституції України «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина», в якому закріплені конституційні права, свободи й обов'язки людини і громадянина та їх гарантії, то положення ч. 1 ст. 61 стосуються лише фізичних осіб (див. коментар до ч. 1 ст. 58 Конституції України).

Словосполучення «юридична відповідальність» у статті, що коментується, вживається як синонім так званої негативної юридичної відповідальності, яку зазвичай визначають як

вид і міру обмежень прав і свобод особи, що вчинила правопорушення, які передбачені законом, індивідуалізуються та здійснюються уповноваженими органами або посадовими (службовими) особами.

Матеріально-правовою підставою юридичної відповідальності є вчинення правопорушення. Згідно з п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України виключно законами України визначаються засади цивільно-правової відповідальності; діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями, та відповідальність за них. Конституційний Суд України у справі про відповідальність юридичних осіб дійшов висновку, що за своїм змістом пункт 22 частини першої статті 92 Конституції України спрямований не на встановлення переліку видів юридичної відповідальності, а ним визначено, що виключно законами України мають врегульовуватись засади цивільно-правової відповідальності (загальні підстави, умови, форми відповідальності тощо), підстави кримінальної, адміністративної та дисциплінарної відповідальності – діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями (основні ознаки правопорушень, що створюють їх склад), та відповідальність за них. Разом з тим у цьому ж Рішенні Конституційний Суд зауважив, що загально визначено є поділ юридичної відповідальності за галузевою структурою права на цивільно-правову, кримінальну, адміністративну та дисциплінарну.

Поняття «притягнення до юридичної відповідальності» не ідентичне поняттю «юридична відповідальність». У мотивувальній частині Рішення в справі про депутатську недоторканність Конституційний Суд України зазначив, що притягнення до юридичної відповідальності передує юридичній відповідальності особи. Форма й порядок притягнення особи до юридичної відповідальності регламентується законом. Зокрема, порядок притягнення особи до кримінальної відповідальності регламентується КПК України. Конституційний Суд України у зазначеній вище справі вирішив, що «притягнення до кримінальної відповідальності, як стадія кримінального переслідування, починається з моменту пред'явлення особі обвинувачення у вчиненні злочину».

Порядок притягнення особи до адміністративної відповідальності встановлюється Кодексом України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП України).

Частина 1 ст. 61 Конституції забороняє притягати фізичну особу щонайменше двічі до юридичної відповідальності одного виду (цивільно-правової, кримінальної, адміністративної, дисциплінарної тощо) за одне й те саме правопорушення (цивільно-правовий делікт, злочин, адміністративне або дисциплінарне правопорушення). Звідси випливає, що особа може бути притягнена за правопорушення до різних видів юридичної відповідальності (наприклад, за вчинення злочину особу може бути притягнуто до кримінальної і дисциплінарної відповідальності).

Частина 2 ст. 61 Конституції України закріплює принцип індивідуалізації юридичної відповідальності правопорушника. Цей принцип знайшов своє відображення в галузевому законодавстві. Так, частина 1 ст. 65 КК України передбачає, зокрема, що суд при призначенні покарання враховує ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання, а особі, яка визнана винною у вчиненні злочину, суд призначає покарання, необхідне і достатнє для її виправлення та попередження нових злочинів, у межах, встановлених у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК України, що передбачає відповідальність за вчинений злочин, відповідно до положень Загальної частини цього Кодексу.

Згідно з ч. 2 ст. 33 КУпАП України при накладенні адміністративного стягнення враховується характер вчиненого правопорушення, особа порушника, ступінь його вини, майновий стан, обставини, що пом'якшують і обтяжують відповідальність.

ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ ДЕРЖАВНОЇ ПОЛІТИКИ ЩОДО БОРТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ В УКРАЇНІ

Загальні положення державної політики щодо боротьби зі злочинністю в Україні // Право України. – 2012. – № 1–2. – С. 228–231.

Відомо, що однією з основних внутрішніх функцій держави є забезпечення законності та правопорядку, у тому числі запобігання та боротьба зі злочинністю¹. Реалізація цієї функції слушно розглядається вітчизняними криміналістами як напрям внутрішньої, а за деяких умов – і зовнішньої політики держави², причому зазначається, що цей напрям є одним із пріоритетних³.

Сучасна теорія і практика запобігання та боротьби зі злочинністю вже давно не тішить себе ілюзіями стосовно того, що єдиними придатними чи основними засобами в цій сфері є виключно правові. Вочевидь, ефективність впливу на злочинність залежить здебільшого не від них, а від засобів економічних, соціальних, інформаційних, технічних, культурно-просвітницьких та ін. Проте і правові засоби впливу на злочинність продовжують відігравати значущу роль. У цьому аспекті правова політика⁴ держави у сфері запобігання злочинності та боротьби з нею є необхідною складовою всього відповідного напрямку державної політики.

А. Митрофанов запропонував визначення правової політики у сфері протидії злочинності (інакше кажучи, запобігання злочинності та боротьби з нею) як частини внутрішньої правової політики держави, спрямованої на протидію злочинності⁵. Більш докладно ознаки політики у сфері боротьби зі злочинністю описує П. Фріс, який розуміє її як вироблену Українською державою генеральну лінію, що визначає основні напрями, цілі і засоби впливу на злочинність шляхом формування кримінального, кримінально-процесуального та кримінально-виконавчого законодавства, регулювання практики їх застосування, а також розроблення та реалізацію заходів, спрямованих на попереджені злочинів⁶. Отож, правова політика держави у сфері запобігання злочинності та боротьби з нею містить широкий комплекс правових засобів, що здійснюються в різних галу-

¹ Загальна теорія держави та права / М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, А. Л. Богачова та ін.; за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Х., 2002. – С. 78.

² Фріс П. А. Кримінально-правова політика Української держави: теоретичні, історичні та правові проблеми. – К., 2005. – С. 8.

³ Митрофанов А. А. Основні напрями кримінально-правової політики в Україні: формування та реалізація. – Одеса, 2004. – С. 11.

⁴ У сучасній літературі під правовою політикою розуміється та частина державної політики, що здійснюється за допомогою правових засобів. Див, напр.: Коробова А. П. Некоторые спорные проблемы учения о правовой политике // Правоведение. – 1997. – № 4. – С. 148; Матузов Н. И. Понятие и основные приоритеты российской правовой политики / Там само. – С. 8.

⁵ Митрофанов А. А. Основні напрями кримінально-правової політики в Україні: формування та реалізація. – Одеса, 2004. – С. 20.

⁶ Фріс П. А. Кримінально-правова політика Української держави: теоретичні, історичні та правові проблеми. – К., 2005. – С. 12.

зях права так званого кримінального циклу, а також кримінологічних засобів, спрямованих на обмеження кількості вчинюваних злочинів та адекватне державне реагування на вже вчинені. Іноді цей напрям державної правової політики іменується кримінальною (або кримінально-правовою) політикою. Так, І. Звечаровський вважає, що кримінальна політика – це вироблений державою і заснований на об'єктивних законах розвитку суспільства напрям діяльності спеціально уповноважених на те державних органів та організацій з охорони прав і свобод людини та громадянина, суспільства і держави в цілому від злочинних посягань шляхом застосування покарання та інших заходів кримінально-правового характеру до осіб, що вчинили такі посягання, а також шляхом попередження злочинів за допомогою правового виховання, погрози застосування кримінального покарання та заходів профілактики індивідуального і спеціально-кримінологічного характеру¹.

Проте ототожнювати весь комплекс правових заходів, спрямованих на протидію злочинності, з кримінально-правовою політикою, на нашу думку, невиправдано. Кримінально-правова політика хоч і є однією з вагомих складових політики держави у сфері запобігання злочинності та боротьби з нею, однак не вичерпує всього обсягу останньої. У зв'язку з цим зазначені два поняття повинні послідовно розмежовуватися між собою.

Правова політика держави у сфері запобігання злочинності та боротьби з нею – це досить широке поняття, яке містить усю сукупність правових засобів, спрямованих на визначення злочинності діяння, притягнення до кримінальної відповідальності особи, яка його вчинила, засудження такої особи та призначення їй покарання, відбування особою призначеного покарання, попередження вчинення нових злочинів тощо. Вочевидь, ці засоби містяться в різних галузях права, які хоч і є генетично спільними², однак мають певні досить істотні відмінності. Це кримінальне право (галузь матеріального права), кримінально-процесуальне право, кримінально-виконавче право.

Важливу роль у запобіганні злочинності відіграє також кримінологічна політика. Слід зазначити, що поряд з таким підходом до визначення складових політики держави у сфері запобігання злочинності та боротьби з нею в літературі існує й інший підхід, пов'язаний зі спробою надати особливого статусу політиці у сфері профілактики злочинів. При цьому такий вид соціальної політики, що іменується кримінологічною політикою, іноді включається до кримінальної (кримінально-правової) політики як один з її елементів³, іноді іменується самостійним видом «соціальної політики ліквідації злочинності», який існує поряд з кримінальною (кримінально-правовою) політикою⁴. Не вдаючись у повному обсязі до дискусії з цього питання, зазначимо таке. Якщо не ототожнювати кримінологічну політику з політикою держави у сфері протидії злочинності, яка містить весь комплекс напрямів і засобів, у тому числі заходи загальносоціального характеру, то та її частина, яка здійснюється засобами права, якраз і є складовою політики держави у сфері запобігання злочинності та боротьби з нею.

Подібне розуміння змісту політики держави у сфері боротьби зі злочинністю підтримується багатьма дослідниками. Наприклад, на думку Н. Лопашенко, кримінально-правова політика є визначальною частиною політики держави в боротьбі зі злочинністю; саме на її основі формуються стратегія і тактика політики кримінально-виконавчої,

¹ Звечаровский И. Э. Современное уголовное право России: понятие, принципы, структура. – СПб., 2001. – С. 74.

² Панов М. І. Понятійні апарати наук кримінального циклу: співвідношення і взаємозв'язок// Вісник Академії правових наук України. – 2000. – № 4 (23). – С. 37.

³ Российское уголовное право: курс лекций / под ред. А. И. Коробеева. – Владивосток, 1999. – Т. 1: Преступление. – С. 54-58.

⁴ Звечаровский И. Э. Современное уголовное право России: понятие, принципы, структура. – СПб., 2001. – С. 74-75.

кримінально-процесуальної та кримінологічної. Пріоритет кримінальної політики зумовлений тим, що тільки в її межах вирішуються такі принципи для кожної держави проблеми, як встановлення підстав і принципів кримінальної відповідальності, визначення кола злочинних діянь, видів покарань та інших заходів кримінально-правового характеру. Кримінальна політика, вважає Н. Лопашенко, може бути визначена як частина внутрішньої політики держави, напрям її діяльності у сфері охорони демократичного суспільного ладу від злочинних посягань, який полягає у виробленні й формулюванні ідей та принципів положень, форм і методів кримінально-правового впливу на злочинність з метою її зниження та зменшення негативного впливу на соціальні процеси¹. Подібним чином розуміє співвідношення кримінально-правової політики політики у сфері запобігання злочинності та боротьби з нею і Д. Шестаков, який пише, що «під кримінально-правовою політикою тут розуміється частина загальної політики реагування на злочинність (кримінологічної політики), яка полягає в регулюванні державою її кримінально-правової акції на злочинність»².

Отже, правова політика державі сфері запобігання злочинності та боротьби з нею складається із кримінально-правової, кримінально-процесуальної, кримінально-виконавчої» кримінологічної політики.

¹ Лопашенко Н. А. Основы уголовно-правового воздействия: уголовное право, уголовный закон, уголовно-правовая политика. – СПб., 2004. – С. 268-269.

² Шестаков Д. А. Российская уголовно-правовая политика под углом зрения исторической тенденции к смягчению репрессии // Правоведение. – 1998. – № 4. – С. 156.

ЗНАЧЕНИЕ ОБЩЕСТВЕННОГО МНЕНИЯ И ИНТЕРЕСОВ ПОТЕРПЕВШЕГО ПРИ МОДЕЛИРОВАНИИ СОВРЕМЕННОЙ УГОЛОВНОЙ ПОЛИТИКИ

Значение общественного мнения и интересов потерпевшего при моделировании современной уголовной политики // Современная уголовная политика: поиск оптимальной модели : материалы VII Рос. конгр. уголов. права (31 мая – 1 июня 2012 года). – М. : Проспект, 2012. – С. 580–584.

1. Уголовная политика – это государственная доктрина и практика в сфере борьбы с преступностью. Она возникает в обществе как инструмент осознанного общественно-саморегулирования. Ее движущая цель – интересы людей. В основе уголовной политики должен лежать принцип социальной справедливости. Справедливо мнение, что современная государственная политика имеет в своей основе заранее осознанные и определенные цели общественной жизнедеятельности и должна предусматривать реальные способы их достижения (В. Н. Селиванов). По сути, это способ разрешения общественных конфликтов, столкновений интересов. Английский философ Майкл Оукшот еще в далеком 1949 году отмечал, что правильная государственная политика может быть построена только на глубоком знании того общества, которое она пытается усовершенствовать, на четком представлении о его теперешнем состоянии и на точно сформулированной программе реформирования законодательства. Иногда даже используя термин «общественной заказ на уголовную политику» в том смысле, что общество «заказывает» государству ту же самую криминализацию и декриминализацию тех или иных деяний. Если этот «заказ» государством не исполняется, начинаются самосуды (В. А. Туляков). В настоящее время проявляется несогласованность между карательной сущностью уголовной политики и общественным мнением о такой политике.

2. Верно утверждение, что главная сложность моделирования определенного сегмента социальной системы заключается в том, что социумы неидентичны и их поведение не детерминировано так жестко, как в других системах, скажем, в технических. Это правда, но означает ли такая констатация, что моделирование социальных систем, в т.ч. в сфере борьбы с преступностью, невозможно? Думаю, что нет. Если взглянуть исторически, то, например, в соответствии с учением И. Бентама способы предупреждения преступности должны сводиться к тому, чтобы влиять на наклонности людей, приучать их пользоваться «логикой воли», отклонять «губительные желания».

На мой взгляд, за последние годы реально новаторской теорией борьбы с преступностью является известная многим теория «разбитых окон» или как ее называют «теория нулевой терпимости». Это результат деятельности 5 человек, прославившихся на весь мир. Ими являются криминологи Уилсон и Келлинг, а также руководители (в период внедрения теории) Нью-Йорской мэрии, полиции и метрополитена – соответственно Джулиани, Браттон и Ганн. Суть в том, что они резко снизили уровень пре-

ступности в Нью-Йорке по всем видам преступлений, в т.ч. умышленным убийствам, начав очень жестко наказывать за мелкие правонарушения: мелкое хулиганство, безбилетный проезд, рисунки на стенах, битье стекол, бросание мусора на тротуары и т.п. При этом очень часто применялись штрафы. Оказалось, что штрафы за относительно мелкие правонарушения, если они применяются жестко и последовательно, приводят к резкому снижению преступности в целом, в том числе тяжких и особо тяжких преступлений. Это связано с тем, что в обществе возникает общая атмосфера необходимости соблюдения законности, понимание того, что существует работающая власть, которая не закроет глаза и реально накажет, то есть реально обеспечивается общественный порядок и безопасность. Это подтверждает тезис о том, что важна не строгость наказания, а его неотвратимость. Возможно, что уровень преступности будет ниже там, где наказания в целом будут не строгие, а неотвратимые.

3. Известно, что граждан часто интересует, какую социальную политику или, например, внешнюю политику проводят выборные органы власти, правительство. По этим вопросам часто проводятся масштабные опросы общественного мнения. Партии, которые идут на выборы, декларируют, как именно они будут вести себя в международной или социальной сфере. Однако, я не помню широкого опроса общественного мнения по вопросу о том, какой должна быть уголовная политика, что думают люди о тех или иных деяниях, объявленных преступными, и о наказаниях за них. Проф. А. Ф. Зелинский еще в 1990-х годах писал о необходимости опросов общественного мнения при установлении системы санкций, при этом он ссылаясь на работы 1970-х годов литовского криминолога проф. Ю. Блувштейна, доказывавшего, что реальные санкции закона у нас вообще не соответствуют мнению людей о тяжести тех или иных преступных деяний. В свою очередь, российский проф. Стахов в докторской диссертации (2006 года) обоснованно отметил, что характер уголовной политики во многом зависит от того, насколько адекватно она отражает характер общественных отношений и социально-психологическую позицию населения. Уголовная политика должна быть понятной и приниматься населением.

4. Уголовная политика государства реализуется, прежде всего, через законодательство, которое является юридической формой выражения уголовно-правовых норм. К кому же обращены нормы уголовного права? На мой взгляд, они обращены, прежде всего, к государству, которое должно действовать в интересах потерпевшего. Очевидно, что нормы уголовного права не обращены к преступнику, т.к. они не указывают, что ему делать или не делать. Для него отводится пассивная роль – поддаться государственному принуждению. Они обращены к государству, устанавливая, что нужно делать именно ему для потерпевшего, а чего государству делать нельзя. В этом заключается важное отличие уголовного права от уголовного процесса и уголовно-исполнительного права, т.к. в двух последних случаях существенно больше норм, обращенных к регулированию поведения именно преступника, пусть даже в УПК его часто называют по-другому. Вместе с тем, уголовное право объединяет с уголовным процессом и уголовно-исполнительным правом то, что это отрасли права отвечают на вопрос, как должно «технологически» действовать государство. В свою очередь криминология – это больше идеологическая наука, отвечающая на вопрос, почему должно действовать государство и каковы ожидаются краткосрочные и долгосрочные последствия тех или иных его действий.

5. Исторически судебный процесс был одинаков в том плане, что не было разницы между гражданскими и уголовными делами: убили человека или ударили его, либо не вернули заем – процесс одинаков. Не следует идеализировать такой порядок, у него есть тоже обратная сторона: потерпевший должен был сам поддерживать обвинение без помощи государства. Не призываю вернуться к объединению гражданского и уголовного процессов, однако нужно задуматься над тем, что в этом был и свой позитив: защита интересов по-

терпевшего. Во главу угла был поставлен потерпевший, а «гражданско-уголовный» процесс был направлен на удовлетворение не абстрактного «публичного интереса», а на максимально полное восстановление персональных интересов потерпевшего. Поэт основная цель уголовного преследования – возместить причинный преступником вред.

Думаю, такой подход вполне соответствует общественным настроениям: ведь для потерпевшего более важно, как он сам будет жить после совершения в отношении него преступления, будут ли восстановлены его нарушенные права, а не то, сколько лет в колонии проведет преступник. Исключение составляют, конечно, резонансные преступления, скажем, серийные убийства, педофилия и др.: там подключается общее общественное негодование. В таких случаях строгое наказание – это уже не только частное дело потерпевшего, его родственников, а и требование справедливости, обращенное гражданским обществом к государству.

6. В целом, по моему мнению, ключевая проблема моделирования современной уголовной политики – это отсутствие у нее четкой цели. Все понимают, что преступность будет всегда, но мы не знаем, к какому же ее реальному уровню мы стремимся. Какой уровень преступности является условно приемлемым в глазах населения? Например, парламент ежегодно ставит правительству и центральному банку задание по годовой инфляции, разумеется, сначала узнав их мнение, какие варианты возможны и какова видится плата за выбор каждого из них. Должно быть задание и по преступности – в целом и в разрезе отдельных видов совершенных преступлений. Ведь иначе нет и спроса с государства: оно всегда может аргументировать тем, что ему никто не ставил цели, чтобы преступность была меньше, чем она реально существует. Задача ученых – предложить несколько альтернативных моделей уголовной политики. В каждой из них должен обосновываться приемлемый уровень преступности и соответствующие ему действия государства, необходимые для этого ресурсы. Государство должно видеть реальную практическую альтернативу, в том числе вариант, посильный с точки зрения государственных ресурсов, при котором уровень преступности должен планироваться на уровне, в целом приемлемом для населения. Поэтому в основе моделирования уголовной политики должны лежать интересы потерпевшего и общественное мнение.

7. Очевидно, что в настоящее время происходит серьезная гуманизация уголовного законодательства и практики его применения в сторону замены лишения свободы штрафом. В первую очередь, это касается экономических преступлений. Возможно, мы даже со временем придем к тому, что за все впервые совершенные преступления, не повлекшие вреда жизни или здоровью человека либо экологической катастрофы и еще, может быть, не связанные с рядом посягательств против государства, можно будет предусмотреть штраф как вид наказания.

Но для этого необходимы очень серьезные комплексные опросы общественного мнения в отношении того, за какие преступления общество считает адекватным назначать наказание в виде штрафа и в каком размере? Раз уж мы начинаем применять штраф едва ли не за все, что угодно, то можно в этих опросах общественного мнения поставить вопрос и более широко: может ли вся система уголовных наказаний состоять всего лишь из четырех видов уголовного наказания – трех основных и одного дополнительного. Основными бы являлись: а) лишение свободы; б) штраф (с его заменой, в случае невозможности уплаты, общественными работами); в) общественные работы. При этом основная часть штрафа должна направляться на возмещение вреда потерпевшему. Общественные работы, иначе как в порядке замены штрафа, не должны назначаться. Только если преступник явно уклоняется и от штрафа, и от общественных работ, тогда возможна замена этих наказаний лишением свободы, но без освобождения от уплаты штрафа. Единственным дополнительным видом наказания являлась бы профессиональная дисквалификация (запрет занимать определенные должности и заниматься определенными видами деятельности).

ВИМОГИ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА ПРИ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ ТА ДЕКРИМІНАЛІЗАЦІЇ СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНИХ ДІЯНЬ

Вимоги принципу верховенства права при криміналізації та декриміналізації суспільно небезпечних діянь // Міжнар. симп. «Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення», 21–22 вересня 2012 р. – Львів : ЛьвДУВС, 2012. – С. 13–17.

1. Згідно з пунктом 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України виключно законами України визначаються, зокрема, діяння, які є злочинами, та відповідальність за них. Відповідно до цього закон України про кримінальну відповідальність включає Кримінальний кодекс України, який ґрунтується на Конституції України та загальноєвропейських принципах і нормах міжнародного права (ч. 1 ст. 3 КК), а також закон України про кримінальні проступки (п. 7 ч. 1 ст. 3 КПК України). Злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки КК (ч. 3 ст. 3 КК України).

2. Одне з повноважень парламенту України полягає в законодавчій діяльності Верховної Ради України як єдиного органу законодавчої влади в державі щодо криміналізації певного виду суспільно-небезпечних діянь, а також виключення таких діянь з числа злочинних (декриміналізація). Так, нещодавно КК України був доповнений розділом VII-А «Злочини у сфері службової діяльності в юридичних особах приватного права та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг», а також ст. 209¹ «Умисне порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму», ст. 232¹ «Незаконне використання інсайдерської інформації», ст. 232² «Приховування інформації про діяльність емітента» тощо. І, навпаки, Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» від 15.11.2011 із КК було виключено 16 статей Особливої частини КК, а також декриміналізовано контрабанду товарів у великих розмірах, історичних цінностей, а також стратегічно важливих сировинних товарів, щодо яких законодавством встановлено відповідні правила вивезення за межі України.

Вочевидь, що така діяльність Верховної Ради України щодо криміналізації та декриміналізації повинна базуватися на положеннях Конституції України, яка є Основним Законом держави, має найвищу юридичну силу, а закони повинні прийматися на основі Конституції України і відповідати їй (преамбула, ч. 2 ст. 8 Конституції України).

Ця вимога особливо актуальна на сучасному етапі підготовки Закону України про кримінальні проступки, оскільки передбачається частину злочинів декриміналізувати і включити до названого закону, а також включити до нього певні правопорушення, які на сьогодні передбачені у КпАП України.

3. Відповідно до ст. 8 Конституції України Верховна Рада України при здійсненні криміналізації та декриміналізації суспільно-небезпечних діянь повинна керуватись, зокрема, принципом верховенства права, який згідно із ч. 1 ст. 8 Конституції України визнається та діє в Україні.

В національному та міжнародному праві, а також у рішеннях Європейського суду з прав людини, конституційних судів Європи хоча і відсутнє консенсусне визначення принципу верховенства права, однак його розуміння надано, зокрема, в Рішенні Конституційного Суду України від 02.11.2004 р. (справа про призначення більш м'якого покарання): «Відповідно до частини першої статті 8 Конституції України в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Верховенство права – це панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозахисну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним з проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка певною мірою дістала відображення в Конституції України. Таке розуміння права не дає підстав для його ототожнення із законом, який іноді може бути й несправедливим, у тому числі обмежувати свободу та рівність особи. Справедливість – одна з основних засад права є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальноюльських вимірів права».

Окремі елементи принципу верховенства права знайшли своє відображення у національному законодавстві та міжнародно-правових актах, актах міжнародних організацій, в практиці Європейського суду з прав людини. Узагальнюючи цю практику, Європейська комісія «За демократію через право» (Венеціанська комісія) у доповіді про верховенство права, що була прийнята на 86 пленарному засіданні цієї Комісії 25–26 березня 2011 року, прийшла до висновку відносно необхідних елементів верховенства права, які мають не тільки формальне, але й матеріальне значення. До них відносяться: 1) законність, у тому числі прозорість, підзвітність та демократичний порядок прийняття законів; 2) правова визначеність; 3) заборона свавілля; 4) доступ до правосуддя в незалежних і неупереджених судах, у тому числі судовий контроль за адміністративними актами; 5) дотримання прав людини; 6) недискримінація і рівність перед законом.

4. Принцип законності при криміналізації (декриміналізації) суспільно небезпечних діянь вимагає, зокрема, забезпечення дії положень, передбачених статтею 58 Конституції України, а саме: «ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення» (частина 2) та «Закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи» (частина 1). Таким чином, при криміналізації слід дотримуватись вимог ч. 2 ст. 158 Конституції України та ч. 2 ст. 4 КК, а при декриміналізації – положень ч. 1 ст. 158 Конституції України та ч. 1 ст. 5 КК України.

5. Правова визначеність закону про криміналізацію та декриміналізацію полягає, зокрема, у тому, що при формулюванні нових складів злочину чи при декриміналізації (особливо часткової) суб'єкти правових суспільних відносин повинні мати можливість виокремлювати правомірну поведінку від злочинної, передбачати юридичні наслідки своєї поведінки (особливо у випадках обмеження будь-яких їх прав), мати можливість завбачати наслідки своїх дій і бути впевненими у своїх законних очікуваннях.

6. При криміналізації та декриміналізації законодавець повинен передбачити такі приписи закону, які б зашкоджували проявам свавілля агентами державної влади і не дозволяли б їм визнавати злочинним діяння, яке на момент його вчинення не визнава-

лось злочином, та позбавляли їх можливості визнавати злочином таке діяння, яке законом вже визнано незлочинним.

7. Дотримання прав людини і громадянина як елемент принципу верховенства права при криміналізації та декриміналізації вимагає таку законодавчу діяльність (формування нових складів злочинів, а також їх вилучення з числа злочинів), при якій не були б порушені, перш за все, конституційні права та свободи громадянина, а якщо передбачаються їх обмеження, то вони повинні відповідати правилу щодо пропорційності такого обмеження.

8. Вочевидь, що формулювання ознак нового складу злочину, так само як і виключення певного діяння з числа злочинних, повинно бути співвідносно з дотриманням вимог ст. 24 Конституції України. Це забезпечується, зокрема, такою вимогою рівності перед законом, як стандарти «якості закону», а також наслідків його застосування. На практиці це означає, що ознаки складу злочину, що встановлюються в законі законодавцем, повинні бути ясними, точними та несуперечливими, а повноваження правозастосувача, в тому числі суду, – розумними та достатніми (не надмірними) для реалізації своїх повноважень.

ПРЕСТУПЛЕНИЯ В СФЕРЕ ОБОРОТА НАРКОТИЧЕСКИХ СРЕДСТВ, ПСИХОТРОПНЫХ ВЕЩЕСТВ, ИХ АНАЛОГОВ ИЛИ ПРЕКУРСОРОВ: ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА И КЛАССИФИКАЦИЯ

Преступления в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов или прекурсоров: общая характеристика и классификация // Право Украины. – № 9 (2012). – С. 89–95.

Наркомания является одной из острейших проблем нашего времени. Вызывают беспокойство масштабы и темпы ее распространения. Доминирующей тенденцией развития наркотических проблем в Украине является постоянное увеличение зарегистрированного количества больных наркотической зависимостью. По данным Министерства здравоохранения Украины, в наркологических заведениях количество зарегистрированных больных с наркотическими расстройствами в 1998 г. составляло 62 107 человек, в 1999 г. – 69 254, в 2000 г. – 75 327, в 2001 г. – 79 919, в 2002 г. – 83 868, что по сравнению с 1998 г. больше на 35 %¹. По данным Департамента информационных технологий Министерства внутренних дел Украины, в 2003 г. находилось на учете – 119 965 потребителей наркотиков, в 2004 г. – 124 805, в 2009 г. – 164 771, в 2010 г. – 152 878, а 2011 г. – 151 676. Тенденция роста уровня наркотизации населения сохранилась и в последующие годы. Из общего количества лиц, находящихся на учете, 81 978 – молодежь в возрасте до 35 лет, что составляет более 50 %. По данным того же департамента, наибольшее количество наркопотребителей в 2011 г. зарегистрировано в Днепропетровской области – 15 189, Донецкой – 15 049, Луганской – 14 956, Одесской – 12 551, г. Киеве – 10 800.

Наркомания стала источником зла для современного человечества. Она препятствует прогрессу общества, охватывает все слои населения, разрушает физическое и моральное здоровье молодежи, угрожает стабильности генофонда Украины, является криминогенным фактором, способствующим совершению преступлений. ООН провозгласила 1991-2000 гг. Десятилетием по борьбе против злоупотребления наркотиками и призвала мировое сообщество к решительной, конструктивной борьбе с данной разновидностью социальной патологии.

Украина на организационном уровне осуществляет немало мероприятий по разработке концептуальных подходов по предотвращению наркопреступлений, определению комплексных методов борьбы с ними. В частности, это отразилось в поддержке международных инициатив, ратификации известных конвенций ООН 1961, 1971, 1988 гг.², разработке Концепции реализации государственной политики в сфере борьбы с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров на 2002-2010 гг., в которой обращается внимание на дальнейшее обострение проблем, связанных с незаконным оборотом (культивирование наркосодержащих растений,

¹ Вісник Верховного Суду України. – 2003. – № 6 (40).

² Україна в міжнародно-правових відносинах. Боротьба зі злочинністю та взаємна правова допомога : зб. док. – К., 1996. – Кн. 1.

разработка, производство, отпуск, изготовление, хранение, распределение, торговля, использование, перемещение на территории Украины и за ее пределами) наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, создающим непосредственную угрозу генофонду нации, обеспечению правопорядка, национальной безопасности страны¹ Кабинет Министров Украины 22 ноября 2010 г. издал распоряжение «Об утверждении плана мероприятий по выполнению Концепции реализации государственной политики в сфере борьбы с распространением наркомании, незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров на 2011–2015 годы».²

Как отмечается в постановлении Пленума Верховного Суда Украины от 26 апреля 2002 г. «О судебной практике по делам о преступлениях в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов или прекурсоров», распространение наркомании и рост преступности, связанной с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров, приобретают все большие масштабы и становятся серьезным социальным фактором, отрицательно влияющим на жизнь, здоровье и благополучие людей.³

Наркомания – не только социальное, но и экономическое явление, поскольку незаконный оборот наркотических средств – это теневой бизнес, который дает возможность получать сверхприбыли, привлекать к нему новых участников, расширять количество наркоманов. Если в начале 90-х гг. XX в. доходы преступных организаций занимающихся производством и сбытом наркотических средств только в Западной Европе оценивались в 200 млрд долларов США, а в мире (по разным оценкам) – от 500 млрд до 1,5 трлн долларов США, то в середине прошлого десятилетия они, по оценкам экспертов, составляли около 600 млрд долларов США, а к началу XXI в. их сумма оценивается в 300–800 млрд долларов США⁴. Наркобизнес – это одна из наиболее прибыльных и привлекательных сфер преступной деятельности.

На протяжении последних лет наметилась тенденция к уменьшению количества преступлений в сфере оборота наркотических средств в структуре преступности в Украине. Так, в 2008 г. зарегистрировано 63 666 преступлений в сфере оборота наркотиков и их часть в общем количестве зарегистрированных преступлений составляла 16,6 %, в 2009 г. – 57 624 (13,3 %), в 2010 г. – 56 878 (11,4 %), в 2011 г. – 53 206 (10,3 %), а за 6 месяцев 2012 г. – 25 913 (10,2 %). Из них зарегистрировано совершение несовершеннолетними в 2008 г. – 1288 преступлений, в 2009 г. – 960, в 2010 г. – 852, в 2011 г. – 998 и за 6 месяцев 2012 г. – 501 преступление.

Раздел XIII Особенной части действующего Уголовного кодекса (далее – УК) Украины содержит 16 статей (статьи 305–320), предусматривающих составы преступлений в сфере незаконного оборота наркотических средств. Представляется, что существует потребность охарактеризовать существенные признаки наркотических преступлений, а также определенным образом их классифицировать.

Преступления, предусмотренные разделом XIII Особенной части УК Украины, посягают на здоровье населения, которое *является родовым объектом* этих преступлений. Оно охватывает безопасность фактического биофизиологического и психиче-

¹ Концепція реалізації державної політики у сфері боротьби з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсоров на 2002–2010 роки : схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 24.01.2002 р. // Офіційний вісник України. – 2002. – № 5. – Ст. 197.

² Про затвердження плану заходів щодо виконання Концепції реалізації державної політики у сфері протидії поширенню наркоманії, боротьби з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин та прекурсоров на 2011–2015 роки : розпорядження Кабінету Міністрів України від 22.11.2010 р. // Урядовий кур'єр. – 2010. – № 230.

³ Постанови Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах / за заг. ред. В. Т. Маляренко; Верховний Суд України. – К, 2005.

⁴ Пономаренко Ю. А. Уголовно-правовая борьба с легализацией доходов от наркобизнеса : украинские перспективы в контексте иностранного международного опыта // Сборник научных работ Харьковского Центра по изучению организованной преступности. – Харьков, 2003. – Вып. 6.

ского состояний населения от незаконного воздействия наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов или прекурсоров. Обязательным признаком рассматриваемых преступлений является наличие предметов, представляющих повышенную опасность для здоровья людей. Они выступают предметами или средствами совершения этих преступлений. Такими предметами являются:

- 1) наркотические средства (статьи 305-309, 313-320 УК);
- 2) психотропные вещества (статьи 305-309, 313-315, 317-320 УК);
- 3) прекурсоры (статьи 305, 306, 311, 312, 318, 320 УК);
- 4) аналоги наркотических средств и психотропных веществ (статьи 305-309, 313-315, 317, 320 УК);
- 5) снотворный мак или конопля (ст. 310 УК).

Понятие и признаки первых четырех видов определены в Законе Украины от 15 февраля 1995 г. «О наркотических средствах, психотропных веществах и прекурсорах»¹. При этом все эти предметы (кроме аналогов) предусмотрены в Перечне наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров (далее – Перечень), составленном согласно законодательству и международным обязательствам Украины и утвержденном постановлением Кабинета Министров Украины от 6 мая 2000 г.² Перечень состоит из четырех таблиц, каждая из которых включает список № 1 и список № 2, а таблица I – еще и список № 3. Эти списки содержат перечень наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, оборот которых в Украине или вообще запрещен (например, списки № 1 и 2 таблицы I) или ограничен, поскольку относительно внесенных в перечень наркотических средств устанавливаются меры контроля разной степени суровости.

Наркотические средства – это включенные в Перечень вещества естественного или синтетического происхождения, препараты, растения, представляющие опасность для здоровья населения в случае злоупотребления ими. Наркотические средства растительного происхождения – это производные разных сортов конопли (анаша, марихуана, гашиш и др.), опийные препараты, кокаин; синтетические наркотики – это наркотики, синтезированные в химических лабораториях (часто в кустарных) из разных химических веществ (например, перветин, метадон, фентанил, фенамин, мелоквалон и др.).

Психотропные вещества – это включенные в Перечень вещества естественного или синтетического происхождения, препараты, природные материалы, способные вызвать состояние зависимости и оказывающие депрессивное или стимулирующее воздействие на центральную нервную систему или вызывающие нарушение восприятия, эмоций, мышления или поведения и представляющие опасность для здоровья населения в случае злоупотребления ими. К ним относят мескалин, амфетамин, барбитал, диазепам, феназепам, ЛСД и др.

Прекурсоры наркотических средств и психотропных веществ (далее – прекурсоры) – это вещества и их соли, используемые при производстве, изготовлении наркотических средств и психотропных веществ, включенных в Перечень (ацетон, этиловый эфир, соляную кислоту, серную кислоту, толуол).

Аналоги наркотических средств и психотропных веществ – это запрещенные к обороту в Украине вещества естественного или синтетического происхождения, не включенные в Перечень, химическая структура и свойства которых подобны наркотическим средствам и психотропным веществам, психоактивное действие которых эти вещества отражают. Обычно изготовление наркотиков-аналогов имеет место при создании нового фармацевтического препарата, в процессе которого определяется и из-

¹ Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсорів : Закон України від 15.02.1995 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 10. – Ст. 60.

² Про затвердження переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів : постанова Кабінету Міністрів України від 06.05.2000 р. № 770 // Офіційний вісник України. – 2000. – № 19. – Ст. 789.

учається ряд веществ, имеющих подобные свойства, но несколько отличающихся своей молекулярной структурой.

Мак снотворный или опиный – разные сорта мака, которые содержат алкалоиды опиума (морфин, кодеин, тебаин и др.). Наиболее распространенным является изготовление маковой соломки – собранные любым способом стебли и корочки разного сорта снотворного мака (за исключением самих маковых семян) в целом виде или измельченные вплоть до порошкообразного состояния. Нередко из маковой соломки различными способами (например, путем выделения наркотически активных алкалоидов водой или органическими растворителями) получают опиный экстракционный в растворенном, смолоподобном или твердом состоянии.

Конопля (каннабис) (распространенные названия – посевная (обыкновенная, культурная), иногда индийская) – однолетнее растение, в котором плодоносные и цветущие верхушки (соцветия), пыльца и смола содержат тетрагидроканнабинол – наркотически активный алкалоид. Наркотические средства конопляной группы – марихуана, гашиш, смола каннабиса, гашишное масло, все изомеры тетрагидроканнабинола.

Ряд составов преступлений в сфере незаконного оборота наркотических средств в качестве квалифицирующих признаков предусматривают совершение незаконных действий, если их предметом были особо опасные наркотические средства и психотропные вещества, а также их аналоги или прекурсоры в крупных и особо крупных размерах.

Названия (международные незарегистрированные и химические) особо опасных наркотических средств и психотропных веществ представлены соответственно в списках № 1 и 2 таблицы I Перечня. Так, к особо опасным наркотическим средствам отнесены, например, героин, кокаиновый куст, лист коки, маковая соломка (концентрат из маковой соломки), опиный. В свою очередь, особо опасными психотропными веществами признаны, например, катинон, АСД, АСД-25, парагексил, МДМА и др.

Небольшие, крупные и особо крупные размеры наркотических средств, психотропных веществ или прекурсоров, которые находятся в незаконном обороте, определяются на основании приказа Министра здравоохранения Украины от 1 августа 2000 г. с последующими изменениями, которым утверждены таблицы (I, II и III). Например, незаконный оборот героина признается в крупных размерах, если его вес составляет от 1 до 10 г, в особо крупных – от 10 г и больше; маковой соломки высушенной: в крупных размерах – от 0,5 до 5 кг, в особо крупных – от 5 кг и больше; опиный экстракционного: в крупных размерах – от 50 до 250 г, в особо крупных – от 250 г и больше. Также определены крупные и особо крупные размеры незаконного оборота психотропных веществ и прекурсоров.

В связи с тем, что в УК Украины существует очевидный терминологический пробел в отношении наименования размера, который является большим, чем большой, но меньший, чем крупный, Пленум Верховного Суда Украины именуется его как «размер, который составляет величину между верхней границей небольших размеров и нижней границей крупных размеров» (п. 20 постановления Пленума Верховного Суда Украины от 26 апреля 2002 г.). Считаю целесообразным называть такой размер «значительным». В пунктах 20–22 этого же Постановления указывается на то, что в случае небольшого размера соответствующего вещества лицо привлекается не к уголовной ответственности по ст. 309 УК Украины, а к административной.

Объективная сторона рассматриваемых преступлений заключается в общественно опасных и противоправных действиях, причиняющих вред здоровью населения. Уголовная ответственность за эти преступления соответствует международным договорам Украины, предусматривающим обязательства государства преследовать лиц, виновных в незаконном обороте предметов, представляющих повышенную опасность для здоровья населения, прежде всего наркотических средств.

К ним относятся: Единая конвенция о наркотических средствах 1961 г., Конвенция о психотропных веществах 1971 г., Конвенция ООН о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ 1988 г.¹ Как правило, эти преступления совершаются только путем действия. Основные составы преступлений в сфере незаконного оборота наркотических средств обычно конструируются в качестве формальных (исключение составляют похищение, присвоение наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, или завладение ими путем мошенничества или злоупотребления служебным положением). Там, где закон предусматривает материальные составы, обязательным признаком объективной стороны преступлений является наличие причинной связи. При последствиях в виде фактического причинения вреда необходимо установить, что именно данное действие, предусмотренное диспозицией статьи, находится в причинной связи со следствием, т. е. порождает его.

Субъективная сторона преступлений с формальным составом характеризуется прямым умыслом. Большое значение для квалификации преступления имеет установление наличия цели сбыта наркотических средств и других предметов или легализации доходов, добытых от незаконного оборота наркотиков. В преступлениях с материальным составом вина предусматривается только в виде прямого умысла (например, похищение, присвоение наркотических средств, завладение ими путем мошенничества или злоупотребления должностным лицом своим служебным положением).

Субъектами рассматриваемых преступлений могут быть любые вменяемые лица, достигшие, как правило, шестнадцатилетнего возраста. Лишь за похищения (кражу, грабеж, разбой) и вымогательство наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов предусмотрена ответственность лиц, достигших четырнадцатилетнего возраста.

УК Украины 2001 г. предусмотрел различные меры уголовной ответственности за наркотические преступления. Так, А. Музыка, сравнивая соответствующие статьи УК 1960 г. и УК 2001 г., пришел к выводу о том, что частично усилены санкции за действия, предусмотренные ч. 1 ст. 306 УК Украины (использование доходов (средств и имущества), добытых от незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов или прекурсоров), поскольку раньше они наказывались лишением свободы на срок от трех до десяти лет с конфискацией имущества (ч. 1 ст. 229¹² УК 1960 г.), а теперь нижняя и верхняя границы лишения свободы за это преступление увеличены и составляют от семи до двенадцати лет.²

Критериями классификации предусмотренных действующим уголовным законодательством наркопреступлений могут быть их различные признаки. Но вместе с тем при определении таких критериев нужно учитывать общее понятие незаконного оборота наркотических средств как определенной деятельности. Благодаря этому логическим является разделение наркопреступлений на группы *в зависимости от определенных стадий «технологического процесса» оборота наркотиков*, которые предусмотрены УК Украины. Центральными стадиями такого процесса являются получение наркотиков (изготовление или незаконное приобретение), их сбыт и легализация наркоприбылей. Их производству предшествует стадия подготовки, а затем стадия непосредственного их изготовления. Иногда наркотики не изготавливаются, а незаконно приобретаются, что также является самостоятельной стадией их оборота. Как правило, сбыт наркотиков не происходит в том месте, где они были изготовлены или приобретены, а требуется их перемещение в пространстве к рынкам сбыта (большие города

¹ Україна в міжнародно-правових відносинах. Боротьба зі злочинністю та взаємна правова допомога : зб. док. – К., 1996. – Кн. 1.

² Музыка А. А. Незаконні дії з наркотичними засобами за новим Кримінальним кодексом України // Новий Кримінальний кодекс України : питання застосування і вивчення : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Харків, 25–26 жовтня 2001 р.) / редкол. : В. В. Сташич (гол. ред.) та ін.-К. ;Х.,2002.

и др.). Поэтому перевозка, транспортировка наркотиков это является самостоятельной стадией их оборота. Завершающими стадиями этого преступного технологического процесса выступают сбыт наркотиков и легализация добытых при такой деятельности преступных доходов.

Исходя из вышеизложенного, можно различать следующие виды наркопреступлений:

а) *связанные с подготовкой к изготовлению наркотических средств*: контрабанда прекурсоров (ст. 305 УК Украины), посев или выращивание снотворного мака или конопли (ст. 310 УК Украины), незаконное производство, изготовление, приобретение, хранение, перевозка или пересылка прекурсоров, а также незаконный сбыт прекурсоров (ст. 311 УК Украины); похищение, присвоение, вымогательство прекурсоров или завладение ими путем мошенничества или злоупотребления служебным положением (ст. 312 УК Украины); похищение, присвоение, вымогательство оборудования, предназначенного для изготовления наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, или завладение им путем мошенничества или злоупотребления служебным положением и другие незаконные действия с таким оборудованием (ст. 313 УК Украины); незаконное изготовление, подделка, использование или сбыт поддельных документов на получение прекурсоров (ст. 318 УК Украины);

б) *связанные с изготовлением (производством) наркотических средств*: незаконное производство, изготовление и хранение с целью сбыта наркотических средств (ст. 307 УК Украины); организация или содержание мест для незаконного производства или изготовления наркотических средств (ст. 317 УК Украины);

в) *связанные с незаконным приобретением наркотических средств или их завладением*: незаконное приобретение с целью сбыта наркотических средств (ст. 307 УК Украины); похищение, присвоение, вымогательство наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов или завладение ими путем мошенничества или злоупотребления служебным положением (ст. 308 УК Украины); незаконное изготовление, подделка, использование или сбыт подделанных документов на получение наркотических средств, психотропных веществ (ст. 318 УК Украины);

г) *связанные с перемещением наркотических средств*: контрабанда наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов (ст. 305 УК Украины); незаконная перевозка, пересылка с целью сбыта наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов (ст. 307 УК Украины);

д) *связанные со сбытом наркотических средств*: незаконный сбыт наркотических средств (ст. 307 УК Украины), организация или содержание мест для незаконного употребления наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов (ст. 317 УК Украины);

е) *связанные с использованием средств, полученных от незаконного оборота наркотических средств*: использование средств, полученных от незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов или прекурсоров (ч. 2 ст. 306 УК Украины).

ПРИМЕНЕНИЕ УГОЛОВНО-ПРАВОВЫХ НОРМ ОРГАНАМИ ДОСУДЕБНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ (ОБЩИЙ ПОДХОД)

Применение уголовно-правовых норм органами досудебного расследования (общий подход) // Право Украины. – № 10. – 2012. – С. 280–291.

Известно, что воплощение нормативных предписаний права, относящихся к сфере должного, в общественную жизнь, т. е. в сферу сущего, требует определенного механизма перевода нормативных предписаний в правомерное поведение субъектов соответствующих правоотношений, т. е. реализации права. В связи с этим в общей теории права «по характеру правореализующих действий, обусловленных содержанием правовой нормы»¹, или «в зависимости от видов юридических норм»², либо «от способа осуществления правовых предписаний»³ традиционно выделяют три формы реализации права: использование, соблюдение и выполнение. Наряду с ними «особенной (неординарной) формой реализации правовых норм» называют применение права. Некоторые же праведы ничего особенного, неординарного в применении права не усматривают, относя его на общих основаниях к формам реализации права наряду с использованием, соблюдением и выполнением. При этом первые три из названных форм реализации права считаются такими, которые касаются преимущественно или исключительно частных субъектов, и понимаются в целом одинаково. Практически общепризнано, что «использование – форма реализации, которая выражается в осуществлении возможностей, которые вытекают из разрешений. Характерная особенность данной формы реализации – активное поведение субъектов; причем она касается субъективных прав, прав на собственное активное поведение, использование предоставленных правом юридических возможностей (например, права на защиту, юридического распоряжения объектами собственности, изобретательскими правами). Соблюдение – форма реализации, которая выражается в том, что субъекты согласовывают свое поведение с юридическими запретами. Характерная особенность данной формы – пассивное поведение субъектов: они не совершают действий, запрещенных юридическими нормами, т. е. выполняют возложенные на них пассивные обязанности. Выполнение – форма реализации, выражающаяся в действиях субъектов по осуществлению обязующего правового предписания. Характерная особенность данной формы – активное поведение субъектов: они совершают действия, которые предписываются юридическими нормами, а именно исполняют возложенные на них обязанности, связанные с активным поведением»⁴. Что же касается применения права, то оно большинством ученых понимается как особая форма его реализации, иногда – как сложная форма, потребности в которой возникают тогда, когда адресаты правовых норм не могут реа-

¹ Вісник Верховного Суду України. – 2003. – № 6 (40).

² Алексеев С. С. Право: азбука – теория – философия : опыт комплексного исследования. – М., 1999.

³ Загальна теорія держави і права : підруч. / М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. А. Богачова та ін.; за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Х., 2002.

⁴ Алексеев С. С. Теория права. – М., 1994.

лизовать свои права и обязанности непосредственно¹. Подчеркнем, что в таких определениях нет никаких отличий в том, о реализации каких норм идет речь: частного или публичного права.

Вместе с тем, очевидно, что такие отличия существуют. Не нуждается в специальном доказывании тот факт, что частное и публичное право, как самостоятельные сферы права, имеют свои уникальные свойства². И даже тогда, когда для обозначения схожих правовых явлений в публично-правовой и частноправовой сферах употребляются одинаковые термины, содержание обозначаемых ими понятий различается. Так, норма частного права имеет свойства, отличные от нормы публичного права; правоотношения в публичном праве не тождественны правоотношениям в частном праве; ответственность в частном праве – это иная ответственность, чем ответственность в публичном праве и т. д. При этом не отрицаются, конечно, некие общие, универсальные объединяющие признаки публично-правовых и частноправовых явлений.

Поскольку уголовно-правовые общественные отношения являются классическим образцом публично-правовых отношений, а нормы уголовного права в рафинированном виде представляют собой нормы публичного права, причем они обращены прежде всего к государству как субъекту уголовно-правовых общественных отношений, то и реализовываться они (эти нормы) могут лишь путем применения их государством в лице соответствующих органов государственной власти. Все особенности применения норм публичного права в целом присущи и применению норм уголовного права. В связи с этим можно утверждать, что применение норм уголовного права – это одна из форм реализации норм публичного права, которая по своим характеристикам не является тождественной соответствующей форме реализации норм частного права. Кроме того, применение норм уголовного права отличается и от других форм реализации норм публичного права. С учетом изложенного, применение норм уголовного права можно понимать как форму его реализации, а именно как форму фактического воплощения предписаний таковых норм в общественных отношениях, которое осуществляется доминирующим субъектом уголовно-правовых отношений (государством) посредством правомерного поведения уполномоченных им органов и заключается в квалификации совершенного преступления и определения уголовно-правовых последствий его совершения для подчиненного субъекта таких отношений – лица, которое его совершило.

Тот факт, что нормы уголовного права могут реализовываться исключительно путем их применения, а другие способы реализации права (соблюдение, выполнение, использование) не применяются, не подвергается сомнению большинством правоведов. Вместе с тем высказывается мнение о том, что «уже тот факт, что уголовно-правовые нормы осуществляются в жизни по-разному, то есть в разных формах, позволяють считать реализацию уголовно-правовой нормы сложным и многоплановым явлением»³. Такое суждение обусловлено спецификой понимания А. Наумовым объекта уголовно-правового регулирования. Как известно, он относит к нему не только общественные отношения, которые складываются между государством и субъектами, совершившими преступления, а и «общественные отношения, связанные с воздержанием от соверше-

¹ Дюржигин И. Я. Применение норм советского права. Теоретические вопросы. – Свердловск, 1973; Павлишин О. В. Основні напрямки вдосконалення застосування норм права в Україні // Часопис Київського університету права. – 2004. – № 4. Сливка С. С. Застосування норм права як особлива форма його реалізації // Життя і право. – 2004. – № 4.

² Баулін Ю. В. Методологічне значення поділу права на приватне та публічне для кримінально-правових досліджень // Методологічні проблеми правової науки : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (13-14 грудня 2002 р., Харків). – Х., 2003.; Баулін Ю. В. Кримінальне право України як публічна галузь права // Вісник Конституційного Суду України. – 2005. – № 2; Баулін Ю. В. Уголовное право как отрасль материального публичного права // Уголовное право : стратегия развития в XXI в: материалы Второй междунар. науч.-практ. конф. – М., 2005.

³ Наумов А. В. Применение уголовно-правовых норм (по материалам следственной и прокурорско-судебной практики): учеб. пособ. – Волгоград, 1973.

ния преступления», а также общественные отношения, складывающиеся при наличии предусмотренных уголовным законом обстоятельств, включающих преступность деяния (необходимая оборона, задержание лица, совершившего преступление, крайняя необходимость и т. п.). Если настолько широко понимать предмет уголовно-правового регулирования и к нормам уголовного права относить нормы, регулирующие правомерное поведение частных лиц, то, действительно, можно считать, что они реализуются не только путем применения, но и в других обозначенных выше формах.

Однако указанный взгляд на объект уголовно-правового регулирования вызывает возражения. На наш взгляд, объектом являются исключительно публично-правовые общественные отношения, которые возникают в связи с совершением преступлений, а нормы уголовного и публичного права регулируют исключительно деятельность государства в этих отношениях. Поскольку же нормы публичного права, которые обращены к доминирующему субъекту публично-правовых отношений, могут быть реализованы только путем применения, то и нормы уголовного права не могут реализовываться иным способом, как их применение.

Исходя из такого понимания сущности применения норм уголовного права и его соотношения с другими формами реализации норм права, необходимо, прежде всего, определить, какой субъект уполномочен применять нормы уголовного права.

Прежде всего, публично-правовой характер уголовного права и общественных отношений, которые им регулируются, свидетельствует о том, что применение норм уголовного права является специфической деятельностью лишь одного из субъектов таких отношений, а именно: доминирующего субъекта – государства. Любые другие субъекты в публичном праве, в отличие от права частного, правоприменения не осуществляют¹. В связи с этим, на наш взгляд, подлежат критической оценке суждения тех криминалистов, которые признают возможным применение норм уголовного права или участие в их применении других субъектов. В частности, по мнению В. Беляева правоприменительный процесс нельзя сводить только к одностороннему подчинению лица, совершившего преступление, внешнему воздействию на него, поскольку «обвиняемый, подсудимый, осужденный – не просто объект или всего лишь жертва правоприменения». Он указывает, что цели и задачи правоприменения требуют и от самого осужденного (по логике его собственных, государственно и общественно значимых интересов) первой и главной активности в достижении целей уголовного закона. Поэтому в интересах правосудия, государства, общества нужно, чтобы обвиняемый, подсудимый, осужденный был субъектом правоприменения и правоприменительного процесса и владел уставными и всеми другими правовыми средствами для реального и позитивного участия в успехе правоприменения². Предоставить правоприменительные функции потерпевшему от преступления предлагает и М. Сорочинский, который пишет, что «одним из основных направлений реформирования уголовного права Украины на современном этапе должно стать... *в частности, возрастание роли потерпевшего на всех этапах применения норм уголовного права, т. е., как на этапе признания определенных действий преступными, так и на этапе применения уголовного наказания или освобождения от него*³ (курсив наш. – Ю. Б.). Еще дальше в этом плане идет М. Тащилин, который предлагает целую концепцию закрепления на законодательном уровне полномочий потерпевшего от преступления относительно его участия в применении норм уголовного права⁴.

¹ *Наден О. В.* Застосування кримінального права в системі форм реалізації права // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – 2006. – № 33.

² *Беляев В. Г.* Применение уголовного закона : учеб. пособ. – Волгоград, 1998.

³ *Сорочинський М. Г.* Застосування кримінального права судом: захист прав потерпілого та попередження злочинності // Актуальні проблеми політики: зб. наук. пр. / голов. ред. С. В. Ківалов; відп. за вип. Л. І. Кормич. – Одеса, 2002. – Вип. 13–14.

⁴ *Тащилин М. Т.* Назначение наказания судом с участием присяжных заседателей по уголовному праву Российской Федерации : автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. – Краснодар, 2003.

На наш взгляд, идеи В. Беляева, М. Сорочинского и М. Тащилина не согласовываются с публично-правовым характером норм уголовного права, не соответствуют приущему ему императивному методу регулирования уголовно-правовых общественных отношений. Именно поэтому они, на наш взгляд, не могут быть поддержаны и потому сделанный выше вывод остается в силе.

Для выяснения того, что же следует понимать под применением государством норм уголовного права нужно, на наш взгляд, обратиться к содержанию положений соответствующего законодательства Украины, прежде всего – самого Уголовного кодекса (далее – УК) Украины. В действующем УК Украины понятие «применение уголовного права (норм уголовного права)» не только не определяется, но и не используется. При этом УК Украины широко оперирует термином «применение» в сочетании с другими. В частности, ч. 4 ст. 3 УК Украины предусматривает: «Применение закона об уголовной ответственности по аналогии запрещено». В пп. «г» п. 1, пунктах 13, 14, 15 Заключительных и Переходных положений УК Украины конкретизируются правила действия уголовного закона во времени относительно *применения отдельных статей или их частей* УК Украины 1960 г. и УК Украины 2001 г. В статьях 50 и 51 УК Украины речь идет о применении наказания в общем, а в статьях 57, 58, 60, 61 и некоторых других – о применении отдельных видов наказаний. В статьях 49 и 80 УК Украины речь идет о применении давности, в статьях 74, 81, 82 – о применении освобождения от наказания или его отбывания. Положения статей 93, 94, 95 УК Украины предусматривают словосочетания «применение мер принуждения медицинского характера», в ст. 96 – «применение принудительного лечения», в статьях 97 и 105 – «применение мер принуждения воспитательного характера». Как видим, в УК Украины речь идет о применении не норм уголовного права, а положений закона об уголовной ответственности.

Очевидно, что такое отличие (конечно же, при условии его критического восприятия) не может препятствовать использованию упомянутых положений УК Украины для выяснения понятия применения норм уголовного права. Так, С. Сливка, обращая внимание на вышеуказанное обстоятельство, отмечает, что в юридической практике «прежде всего речь идет о применении законодательных и подзаконных актов, поскольку правоохранительные органы и другие субъекты, применяющие нормы права, ориентируются на нормативные акты, а не на право и его принципы. Таким образом, термин «применение правовых норм», который закрепился в теории права и правоприменительной деятельности, можно считать, в определенной мере, условным. Если же законы и подзаконные акты имеют правовой характер, то сам термин адекватен его содержанию и значению»¹.

Приведенное утверждение, естественно, применимо относительно тех случаев, когда положения нормативно-правового акта определенной отраслевой принадлежности отражают нормы одноименной отрасли права. С этой точки зрения, применение положений уголовного закона, которые отражают нормы уголовного права, действительно, является применением норм уголовного права. Однако комплексный характер основных отраслей законодательства, прежде всего кодифицированных, все же свидетельствует в пользу необходимости четкого разграничения понятий «применение нормы права» и «применение закона». Известно, что не все нормы, закрепленные в УК Украины, являются нормами уголовного права. Так, не являются уголовно-правовыми, например, гражданско-правовые и административно-правовые положения об обстоятельствах, исключающих преступность деяния (статьи 36-43), административно-правовые положения о принудительных мерах медицинского характера и лечения (статьи 92-96) и др.² Применение указанных статей является применением уголовного закона, но не норм уголовного права.

¹ Сливка С. С. Застосування норм права як особлива форма його реалізації // Життя і право. – 2004. – № 4.

² Баулин Ю. В. Співвідношення кримінального права та кримінального законодавства // «Актуальні проблеми юридичної науки: стан і перспективи»: матеріали наук.-практ. конф. – Х., 2004.

Е. Благов, который осуществил фундаментальное исследование проблем применения норм уголовного права, тем не менее, считает, что такое применение имеет место также и в тех случаях, когда осуществляется «деятельность в области оценки действий, которые в силу малозначительности не представляют собой общественной опасности, и обстоятельство, исключающих преступность деяния»¹. На мой взгляд, положения уголовного закона, которые определяют деяния, не являющиеся преступлениями (вследствие малозначительности, наличия обстоятельств, исключающих преступность деяния и т. п.), как уже отмечалось, не являются нормами уголовного права. Именно поэтому их применение нельзя отнести к применению норм уголовного права.

Итак, для определения понятия «применение норм уголовного права» могут быть использованы лишь те положения УК Украины, в которых речь идет о применении уголовного закона в той части, в которой он отражает нормы уголовного права. И, напротив, не могут быть использованы те положения, в которых речь идет о «применении мер принуждения медицинского характера», «применении принудительного лечения», «применении принудительных мер воспитательного характера», поскольку, как уже отмечалось, применение этих положений указанного Кодекса не является применением норм уголовного права.

Системный анализ уголовно-правовых положений УК Украины, в которых идет речь об их применении, приводит к выводу о том, что путем применения норм уголовного права определяются, во-первых, преступность тех или иных общественно опасных деяний, во-вторых – уголовно-правовые последствия их совершения. Первый вывод подтверждается содержанием ч. 4 ст. 3 УК Украины, в соответствии с которым «применение мы возможно лишь в части гипотезы путем квалификации содеянного. В Гончаренко, Г. Ружицкий и А. Хурцидзе пишут: «Одним из наиболее сложных и существенных моментов уголовного судопроизводства является применение норм уголовного права, другими словами – вопрос уголовно-правовой квалификации»². Определенные аргументы в пользу второй точки зрения можно найти и в законодательстве. Согласно п. 5 ч. 1 ст. 277 Уголовного процессуального кодекса (далее – УПК) Украины, письменное уведомление о подозрении должно, в частности, создать правовую квалификацию уголовного правонарушения, в совершении которого подозревается лицо, с указанием статьи (части статьи) закона Украины об уголовной ответственности. Очевидно, что здесь имеется в виду применение нормы уголовного права только в части квалификации содеянного, т. е. применение гипотезы нормы уголовного права без ее диспозиции. Впрочем, такое применение нормы уголовного права отличается и от того применения, которое осуществляется судом при постановлении приговора в уголовном деле. Обращая на это внимание, Я. Мотовиловкер писал, что, указывая статью уголовного закона, в соответствии с которой возбуждается производство по уголовному делу (по УПК Российской Федерации. – Ю. Б.), следователь или орган, который проводит дознание, еще не совершает относительно конкретного лица какого-либо действия или предписания. О применении уголовного закона пока что и речи быть не может³. Поддерживая первую часть приведенного суждения, вместе с тем нельзя полностью разделить категоричность выводов во второй его части. Действительно, квалификация деяния на досудебном следствии по своим уголовно-правовым результатам значительно отличается от квалификации, осуществляемой судом при постановлении приговора. Первая квалификация является только предварительной, вторая же – окончательной.

¹ Благов Е. В. Применение уголовного права (теория и практика). – СПб., 2004.

² Гончаренко В. Г., Ружицкий Г. Г., Хурцидзе А. Р. Загальнотеоретичні, процесуальні та організаційні питання впровадження автоматизації застосування норм кримінального права // Вісник Київського університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 1998. – Вип. 35.

³ Мотовиловкер Я. О. О соотношении понятий «применение уголовно-правовой нормы» и «юридическая квалификация деяния» // Правовые вопросы борьбы с преступностью: сб. ст. / под ред. В. Д. Филимонова. – Томск, 1988.

Однако и та, и другая остаются официальной (поскольку осуществляются от имени государства) квалификацией совершенного лицом деяния. Поэтому заслуживает поддержки вывод, что в процессе уголовно-правовой квалификации применяется гипотеза уголовно-правовой нормы¹.

В зависимости от того, какие именно из действий, описанных в статьях уголовного закона, принимались во внимание отдельными авторами, предложено разграничивать понятия «квалификация преступлений» и «уголовно-правовая квалификация». В частности, под первой понимается лишь установление соответствия совершенного лицом общественно опасного деяния признакам определенного состава преступления². Под второй же понимаются не только случаи квалификации преступлений, но и квалификация деяний, которые вследствие малозначительности или обстоятельств, исключающих преступность деяния, не являются преступлениями³. Иными словами, речь идет о квалификации «какого-либо деяния, содержащего хотя бы формальные признаки преступления. Такой квалификации подлежат и случаи необходимой обороны, и малозначительные посягательства, и причинение вреда при отсутствии определенных элементов или признаков состава преступления»⁴. Однако, за пределами внимания исследователей проблем уголовно-правовой квалификации до сих пор остаются вопросы квалификации такой разновидности юридических фактов, которые описываются гипотезами норм уголовного права, как положительные постуголовные факты (действия и события). Кроме того, не бесспорными представляются суждения некоторых исследователей (Е. Благов и др.) и о том, что применение нормы уголовного права (в частности, ее гипотезы) имеет место при так называемой «негативной» квалификации преступления, а именно при квалификации определенного действия как непроступного. Представляется, что появление указанных взглядов стало результатом рассмотрения большинством исследователей вопросов уголовно-правовой квалификации в отрыве от проблем применения норм уголовного права, так сказать, на «инструментальном» уровне, без выяснения теоретических положений о норме уголовного права, ее структуры и назначения.

Итак, как уже отмечалось, в первом случае под применением гипотез норм уголовного права понимается квалификация юридических фактов, предусмотренных в них. Поскольку основным юридическим фактом, который содержится в гипотезах норм уголовного права, является правопорождающий юридический факт – преступление, то применение таких гипотез, в первую очередь, заключается в квалификации преступлений. Такое утверждение является практически общепризнанным в литературе и, на наш взгляд, не может вызывать какие-нибудь серьезные возражения.

Однако некоторые авторы в понимании применения гипотез норм уголовного права идут значительно дальше. Так, Е. Благов усматривает данную деятельность не только как процесс и результат квалификации определенного действия как преступления, но и принятие и закрепление решения об установлении фактических обстоятельств дела, содержащихся в гипотезе, которые исключают определение меры уголовно-правового характера, предусмотренных в санкции»⁵. Такой вывод является логическим следствием понимания Е. Благовым норм уголовного права, к которым относит не только те нормы, которые определяют преступность деяния, но и те, которые определяют обстоятельства, ее исключающие⁶. Фактически такой же позиции придерживает-

¹ Благов Е. В. Применение уголовного права (теория и практика). – СПб., 2004.

² Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений. – М., 1972; Куринов Б. А. Научные основы квалификации преступлений. – М., 1976. Тарарухин С. А. Квалификация преступлений в судебной и следственной практике. – К., 1995.

³ Благов Е. В. Применение уголовного права (теория и практика). – СПб., 2004.

⁴ Навроцький В. О. Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації. – К., 1999.

⁵ Благов Е. В. Применение уголовного права (теория и практика). – СПб., 2004. – с. 90.

⁶ Там же. с.36

ся и В. Навроцкий, который отмечает, что «квалификация совершенного как преступления, предусмотренная определенной уголовно-правовой нормой, не обязательно влечет за собой привлечение к уголовной ответственности. Это, в частности, имеет место... при признании того, что посягательство в силу малозначительности не представляет общественной опасности; при наличии обстоятельств, которые исключают преступность (общественную опасность и противоправность) деяния»¹.

Автор статьи не соглашается с такими суждениями. Представляется очевидным вывод о том, что уголовно-правовой может быть лишь квалификация того юридического факта, который описан в гипотезах норм именно уголовного права. Квалификация же других юридических фактов, предусмотренных в правовых нормах другой отраслевой принадлежности, даже если эти нормы вследствие комплексности законодательства отобразены в статьях УК Украины, не является уголовно-правовой. Если исходить из того, что гипотезы норм уголовного права содержат указание (через описание их признаков) лишь на преступление как на основание уголовной ответственности и определенный посткриминальный юридический факт, являющийся основанием полного или частичного освобождения от уголовной ответственности, то уголовно-правовая квалификация – это исключительно квалификация преступлений и указанных посткриминальных юридических фактов. В связи с этим не является уголовно-правовой квалификация тех юридических фактов, которые хотя и описаны в статьях уголовного закона, однако относятся по своей отраслевой принадлежности к нормам, не являющимся по своей природе таковыми. Поэтому не является, на наш взгляд, уголовно-правовой квалификация определенного действия как малозначительного (ч. 2 ст. 11 УК Украины) или как правомерной необходимой обороны (ч. 1 ст. 36 УК Украины), правомерного задержания лица, которое совершило преступление (ч. 1 ст. 38 УК Украины) и т. п. Действительно, это есть квалификация, осуществляемая с применением статей уголовного закона, однако отраслевая принадлежность норм права, отраженных в этих статьях, не дает оснований называть ее уголовно-правовой. Изложенное свидетельствует о том, что в приведенных и подобных им случаях гипотеза нормы уголовного права не применяется. Точно так не является уголовно-правовой и квалификация такого деяния, которое не отвечает всем признакам конкретного состава преступления.

Таким образом, применение гипотезы нормы уголовного права имеет место в том случае, когда фактически содеянное отвечает признакам юридического факта, описанного именно в данной гипотезе. При этом если речь идет о типичной (традиционной) норме уголовного права, то является такой, которая предусматривает полномочие государства относительно возложения уголовной ответственности на лицо, совершившее преступление, то при применении гипотезы такой нормы осуществляется уголовно-правовая квалификация только одного юридического факта, а именно – преступления². Данное утверждение требует уточнения в свете положений нового УПК Украины, который вступил в силу с 19 ноября 2012 г. В соответствии с п. 7 ч. 1 ст. 3 УПК Украины к закону об уголовной ответственности относятся законодательные акты Украины, которые устанавливают уголовную ответственность, а именно: УК Украины и закон Украины об уголовных проступках. Таким образом, основанием уголовной ответственности является совершение уголовного правонарушения, которое имеет два вида: преступление и уголовный проступок. Подтверждением этого являются положения УПК Украины, например, о сообщении о подозрении, содержании обвинительного акта, обвинительного приговора (статьи 277, 297, 374). В частности, во всех указанных статьях речь идет о правовой квалификации уголовного правонарушения, совершенного подозреваемым, обвиняемым, с ссылкой на положения закона и статьи (части статьи) за-

¹ Навроцкий В. О. Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації. – К., 1999.

² Наден О. В. Структура норм кримінального права // Проблеми законності. Вип. 79 : респ. міжвідом. наук. зб. – Х., 2006. – с. 121-129.

кона України об уголовной ответственности. Когда же речь идет о применении нетипичных (альтернативных) норм уголовного права, т.е. таких, что предусматривают полное или частичное освобождения от уголовной ответственности за содеянное преступление¹, то применение их гипотез предопределяет уголовно-правовую квалификацию двух юридических фактов – собственно самого преступления, а также посткриминального юридического факта, с наличием которого эта норма (в частности, ее диспозиция) и связывает возможность полного или частичного освобождения от уголовной ответственности. Так, нормами уголовного права, гипотеза которых содержит описание двух юридических фактов – преступления и положительного посткриминального юридического факта – являются нормы о полном освобождении от уголовной ответственности.

Рассмотрим в качестве примера положения ст. 45 УК Украины «Освобождение от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием». Гипотеза этой нормы имеет приблизительно такой вид: «Если лицо впервые совершило преступление небольшой тяжести или неосторожное преступление средней тяжести (первый юридический факт), а после этого деятельно раскаялось в его совершении, то есть искренне покаялось, активно содействовало раскрытию преступления и полностью возместило причиненные им убытки или устранило причиненный вред (второй юридический факт), то...». Итак, для того чтобы применить данную гипотезу, нужно последовательно осуществить две квалификации: сначала квалификацию преступления (предпосылку освобождения от уголовной ответственности), а потом – квалификацию положительного посткриминального поведения (основания освобождения от уголовной ответственности). При этом вторая квалификация, вопреки тому, что она не является квалификацией преступления, тем не менее, является уголовно-правовой, поскольку в этом случае происходит процесс установления соответствия признаков реально совершенного посткриминального действия признакам юридического факта, описанного в норме уголовного права. Изложенное дает основание для вывода, что в некоторых случаях применение гипотез норм уголовного права, которые предусматривают освобождение от уголовной ответственности, возможно при разрыве во времени уголовно-правовой квалификации предусмотренных ею юридических фактов. Именно это имеет место в отдельных случаях частичного освобождения от уголовной ответственности. Так, нормы уголовного права, содержащиеся в ст. 81 УК Украины, предусматривают возможность условно-досрочного освобождения осужденного от отбывания наказания. Гипотезы таких норм (на примере п. 1 ч. 2 ст. 81 УК Украины) имеют приблизительно такой вид: «Если лицо, совершившее преступление небольшой или средней тяжести или неосторожное тяжкое преступление отбыло не меньше половины срока, назначенного за это преступление, наказания в виде исправительных работ, служебных ограничений для военнослужащих, ограничения свободы, содержания в дисциплинарном батальоне военнослужащих или лишения свободы (первый юридический факт) и добросовестным поведением и отношением к работе доказало свое исправление (второй юридический факт), то...». Понятно, что квалификация каждого из названных юридических фактов будет осуществляться с разрывом во времени. Первый из них получит квалификацию при вынесении судом обвинительного приговора, второй – только через определенное время, при вынесении постановления об условно-досрочном освобождении от наказания. Причем, как правило, квалификацию первого и второго юридических фактов будут осуществлять разные суды.

Однако такой механический разрыв во времени двух квалификаций юридических фактов не отрицает того обстоятельства, что осуществленная ранее квалификация преступления имеет свое значение при применении нормы о частичном освобождении

¹ *Наден О. В.* Структура норм кримінального права // Проблеми законності. Вип. 79 : респ. міжвідом. наук. зб. – Х., 2006. – с. 129.

от уголовной ответственности (условно-досрочное освобождение от наказания). Ведь для того, чтобы применить такую норму, суд должен предварительно установить, что лицо совершило определенное преступление и отбыло не меньше половины определенного вида наказания, как того требует предпосылка такого освобождения. Тот факт, что квалификация разных юридических фактов в таком случае может осуществляться разными судами, также не противоречит тому, что имеет место применение гипотезы одной уголовно-правовой нормы. Сказанное объясняется тем, что субъектом ее применения является не конкретный правоохранительный орган, а государство в целом, которое могут персонифицировать (представлять) разные суды, что не противоречит, а напротив, подтверждает именно государственно-правовой характер применения нормы уголовного права в целом и ее гипотезы, в частности.

Итак, под уголовно-правовой квалификацией следует понимать квалификацию только тех юридических фактов, которые предусмотрены гипотезами норм уголовного права. И, напротив, нет оснований для отнесения к уголовно-правовой квалификации определенного деяния как непроступного, даже если таковая осуществляется с применением статей закона Украины об уголовной ответственности. В зависимости от того, какой именно из юридических фактов, предусмотренных гипотезой нормы уголовного права, подлежит квалификации, уголовно-правовая квалификация может быть двух видов: квалификация уголовных правонарушений и квалификация посткриминальных юридических фактов. И тот, и другой вид уголовно-правовой квалификации осуществляется исключительно на стадии досудебного расследования органами, которые его осуществляют. Причем, при применении традиционных норм уголовного права, а именно тех, которые предусматривают возложение уголовной ответственности, осуществляется только один вид уголовно-правовой квалификации, а именно – квалификация преступлений. При применении же так называемых альтернативных норм уголовного права, то есть норм, предусматривающих полное или частичное освобождения от уголовной ответственности, осуществляются сразу или с определенным разрывом во времени два вида уголовно-правовой квалификации: квалификация уголовного правонарушения и посткриминального поведения.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА СИСТЕМА УКРАЇНИ: ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА

Кримінально-правова система України: загальна характеристика// Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 11–12 жовт. 2012 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х. : Право, 2012. – С. 62–64.

У тезах розкривається зміст поняття «кримінально-правова система України», аналізуються її складові елементи та зв'язок із кримінально-процесуальною та кримінально-виконавчою системами, а також розглядається практичне значення дослідження цієї системи.

В тезисах раскрывается содержание понятия «уголовно-правовая система Украины», анализируются ее составляющие элементы и связь с уголовно-процессуальной и уголовно-исполнительной системами, а также рассматривается практическое значение исследования этой системы.

Maintenance of concept «criminal and legal system of Ukraine» opens up, analyzed its component elements and connection with the criminal-procedural and criminally-executive systems, and also the practical value of research of this system is examined.

1. Зазвичай поняття «кримінально-правова система» вживається, порівняльному правознавстві, в якому на кримінально-правовій карті світу виділяють кілька основних типів кримінально-правових систем, а саме: романо-германський (західно-європейський континентальний), англо-американський, мусульманський, соціалістичний та постсоціалістичний. При цьому в основу дослідження кримінально-правових систем покладено матеріальне кримінальне право. В той же час відмічається, що дослідження сучасних кримінально-правових систем не може бути обмежено аналізом нормативних положень позитивного права. Необхідним є широкий системний підхід, який включає аналіз трьох складових кримінального права як системи: а) кримінально-правової доктрини, що відображає правову культуру та правову політику країни чи регіону; б) кримінально-правових норм, що встановлені офіційними органами держави; в) правозастосовної практики, спрямованої на реалізацію принципів, цілей і завдань кримінального права (О. М. Ведернікова).

Національна кримінально-правова система України відноситься до постсоціалістичного типу, для якого характерним є переважна охорона прав та інтересів особистості, що базується на ліберальній ідеології прав людини. Водночас у межах певного типу виділяються й окремі моделі кримінально-правових систем, яким притаманні певні особливості, що зумовлені політичними, економічними, культурологічними та іншими чинниками.

2. Національна кримінально-правова система в Україні представляє собою взаємопов'язаний механізм функціонування її складових елементів. До таких елементів, на наш погляд, відносяться такі: доктрина кримінального права, кримінально-правова політика, кримінальне право як галузь права, кримінальне законодавство (законодав-

ство про кримінальну відповідальність), кримінальне право як навчальна дисципліна, застосування кримінально-правових норм, кримінально-правова правосвідомість (культура) населення та осіб, на яких поширюється дія кримінально-правових норм, а також правозастосувачів, міжнародне матеріальне кримінальне право. Зазначені елементи кримінально-правової системи України відбивають таке явище суспільної діяльності, як кримінально-правова реальність.

Системоутворюючим чинником, що об'єднує зазначені елементи в єдину функціональну систему, є кримінальне право як матеріальна галузь права в національній правовій системі України.

Вочевидь, що кожний із зазначених вище елементів кримінально-правової системи України так само може розглядатися як окрема система але більш низького порядку. Так, вирізняють систему науки кримінального права, систему кримінального права як галузі права, систему кримінального законодавства та навчальної дисципліни тощо.

Разом із тим поряд із кримінально-правовою системою є підстави (з певною метою) виділяти кримінально-процесуальну та кримінально-виконавчу системи, систему запобігання злочинності (кримінологічну систему) тощо. Всі ці взаємопов'язані системи входять в більш широку, об'ємну систему – систему кримінальної юстиції. Такий погляд відповідає вимогам системного підходу: при дослідженні кримінально-правової системи України кожен елемент цієї систем (у певному аспекті) розглядається як окрема самостійна система більш низького порядку, і в той же час кримінально-правова система входить до системи більш високого порядку.

3. Яке наукове та практичне значення має дослідження кримінально-правової системи України? Така система перш за все відбиває певний сегмент кримінально-правової реальності (правового життя) і тому є соціально обумовленою. Далі. Зазначена система вбирає в себе відомі на даний час існуючі в реальності елементи кримінально-правової дійсності, які у своїй системній взаємодії дозволяють досягти кінцевого результату (інтегративної якості), який не притаманний жодному окремому елементу, але є новою якістю всієї системи, а саме: комплексного забезпечення кримінально-правового впливу на злочинність з метою захисту особистості й суспільної безпеки та запобігання злочинам, їх скорочення до соціально прийнятного рівня.

Нарешті, дослідження основних напрямів розвитку кримінального права та питань удосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність мало б більшу ефективність, якщо б ці питання розглядалися в більш широкому контексті, а саме, у взаємодії та узгодженості з усіма складовими елементами кримінально-правової системи, що існує в Україні, яка, у свою чергу, знаходиться під впливом зовнішнього середовища – політичних, економічних, соціальних, культурологічних, ментальних, релігійних, міжнародних та інших чинників.

ОСВОБОЖДЕНИЕ ОТ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ УКРАИНЫ: ПРАВОВАЯ ПРИРОДА, ПОНЯТИЕ, ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ ПОРЯДОК

Освобождение от уголовной ответственности по законодательству Украины: правовая природа, понятие, процессуальный порядок // Проблемы освобождения от уголовной ответственности и наказания по законодательству Республики Беларусь, России и Украины: уголовно-правовой и уголовно-процессуальный аспекты : сб. науч. ст. / науч. ред. А. В. Лобанова, И. С. Дикарев. – Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2012. – С. 19–31.

В отечественной уголовно-правовой литературе правовая природа освобождения от уголовной ответственности понимается различным образом. Исследователи относят такое освобождение либо к одной из форм реализации уголовной ответственности¹, либо считают освобождение от уголовной ответственности институтом уголовного права, который дифференцирует ответственность², либо юридическим фактом, прекращающим уголовное правоотношение, или освобождающим лицо от неблагоприятных правовых последствий³ и др.

Оценивая эти подходы, нельзя не заметить, что вывод о том, что освобождение от уголовной ответственности является одной из форм его реализации, является, по сути, противоречивым. Если лицо освобождается от уголовной ответственности, а реальная уголовная ответственность начинается с момента вступления в законную силу обвинительного приговора суда, то вряд ли справедливо утверждать, что освобождение от такой ответственности можно отнести к формам ее реализации. В противном случае нужно либо исчислять такую реализацию с более раннего периода (например, со дня совершения преступления, либо возбуждения уголовного дела или предъявление обвинения, как иногда считают), либо признать, что освобождение лица от уголовной ответственности не является ни формой, ни стадией реализации уголовной ответственности.

Вряд ли можно согласиться и с тем, что освобождение от уголовной ответственности является способом дифференциации уголовной ответственности. Известно, что субъектом такой дифференциации выступает законодатель. Именно он в нормах, содержащихся в УК Украины, дифференцирует заранее, до совершения преступления,

¹ См.: *Песлякас В. Ч.* Уголовная ответственность и освобождение от нее: учеб. пособие. Минск, 1988. – С. 20-21; Курс российского уголовного права. Общая часть/ под ред. *В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова.* М.: СПАРК, 2001. – С. 637.

² См.: *Лесниевски-Костарева Т. А.* Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. М.: НОРМА 1998. – С. 179.; *Кругликов А. А., Васильевский А. В.* Дифференциация ответственности в уголовном праве. СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2002. – С. 150.

³ *Иванни В. Ю.* Освобождение от уголовной ответственности по нормам Особенной части уголовного закона и его применение органами внутренних дел: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1992. – С. 12.

потенциальную (возможную) уголовную ответственность относительно разных категорий преступлений и преступников. Освобождение же от уголовной ответственности – это прерогатива суда, который не только не применяет тот масштаб дифференциации уголовной ответственности, который заложен законодателем, а, напротив, вообще отказывается от применения к этому лицу тех ограничений его прав и свобод, которые предусмотрены законом за совершенное им преступление. Таким образом, суд не дифференцирует уголовную ответственность в отношении данного преступника, а на основании закона определяет его уголовно-правовую судьбу, а именно: освобождает его от уголовной ответственности, а не возлагает на него таковую.

В последнее время высказана позиция, в соответствии с которой положения УК, предусматривающие освобождение от уголовной ответственности, следует отнести к «компромиссным» нормам¹. К этому уголовно-правовому явлению широко применяется также понятие «альтернатива уголовному преследованию». Развернутый анализ этого понятия с позиции зарубежных и отечественных уголовно-правовых традиций осуществлен А. В. Головки, который отнес освобождение от уголовной ответственности к альтернативным механизмам решения уголовно-правовых конфликтов². С такими подходами можно согласиться, поскольку они позволяют приблизиться к решению вопроса о природе и понятии такого уголовно-правового явления, как освобождение от уголовной ответственности.

Освобождение от уголовной ответственности относят также и к правоустанавливающим юридическим фактам³. Такой взгляд связан с рассмотрением правоотношений, возникающих при освобождении лица от уголовной ответственности. Для его оценки требуется более детальное исследование уголовно-правового отношения и его динамики. Прежде всего, следует обратить внимание на полномочия государства относительно освобождения от уголовной ответственности, как составляющей этих уголовно-правовых отношений, акцентируя внимание на том, от какого вида ответственности происходит такое освобождение.

Известно, что обязанность лица, совершившего преступление, подлежать уголовной ответственности реализуется в рамках уголовно-правовых отношений. Для возникновения этих правовых отношений необходим юридический факт, а именно совершение преступления. С этого момента и возникает обязанность лица, совершившего преступление, претерпеть те неблагоприятные последствия, которые закон связывает с совершением данного преступления, а также полномочия государства принудить преступника к исполнению этой обязанности, то есть возложить на него уголовную ответственность. Таким образом, существуют как субъекты правоотношений, так и корреспондирующие друг другу их юридические обязанности – государственно-властные полномочия, то есть уголовно-правовые отношения, объектом которых являются права и свободы преступника, которые подлежат ограничению. Такое уголовное правоотношение, в котором государство наделено полномочиями по возложению на лицо уголовной ответственности за совершенное преступление, является правоотношениями уголовной ответственности. Поскольку никакого другого полномочия, кроме полномочия возложить уголовную ответственность, государство в таком правоотношении не имеет, то оно (это правоотношение) существует до тех пор, пока полномочия государства не будут им реализованы полностью или не будут прекращены без реализации этих полномочий.

С целью реализации указанных полномочий органы государственной власти сначала привлекают лицо к уголовной ответственности, а затем возлагают на него такую ответственность. Привлечение лица к уголовной ответственности является стадией

¹ Аликперов Х. Д. Преступность и компромисс. Баку: Эм, 1992. – С. 96.

² Головки А. В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2002. – С. 251-253.

³ Хабаров А. В. Юридические факты в уголовном праве// Ученые записки: сб. науч. тр. Ин-та государства и права. Тюмень: Изд-во Тюменского гос. ун-та, 2003. – Вып. 6. – С. 63.

уголовного преследования и начинается, как указал в одном из своих решений Конституционный Суд Украины, с момента предъявления лицу обвинения в совершении преступления. Сама же реальная уголовная ответственность наступает, с момента вступления в законную силу обвинительного приговора суда¹.

Если государство реализует свое полномочие относительно возложения на лицо уголовной ответственности, то уголовное правоотношение между ними существует как на протяжении всего срока привлечения к уголовной ответственности и его отбывания, так и еще на протяжении некоторого срока после окончания отбывания наказания, то есть на протяжении срока, когда лицо является судимым за совершенное преступления. Однако при некоторых условиях содержания уголовно-правового отношения может быть изменено. Это касается изменения полномочия государства в правоотношении при освобождении лица от уголовной ответственности. Известно, что государство как один из субъектов этих отношений полномочно не только возложить на лицо уголовную ответственность, но может и не использовать это полномочие при наличии оснований, предусмотренных УК. Согласно ч. 1 ст. 44 УК «лицо, совершившее преступление, освобождается от уголовной ответственности в случаях, предусмотренных этим Кодексом». Таким образом, полномочия государства ограничены УК, который содержит исчерпывающий перечень оснований освобождения лица от уголовной ответственности.

Известно также, что изменение уголовно-правового отношения, как и его возникновение или прекращение, происходит в связи с наличием определенного юридического факта. Следовательно, для того, чтобы уголовно-правовое отношение, в котором государство имеет полномочия возложить на лицо уголовную ответственность, было изменено, на протяжении времени его существования должен появиться иной юридический факт, отличный от того, который породил это правоотношение. Таким юридическим фактом, способным изменить существующее уголовно-правовое отношение, закон признает, например, позитивное постпреступное поведение лица, являющегося субъектом данного правоотношения (деятельное раскаяние, примирение с потерпевшим и т. п.). Позитивное постпреступное поведение лица не прекращает существующее уголовно-правовое отношение, а лишь изменяет его, трансформирует, точнее, изменяется лишь содержание этого правоотношения: полномочие государства возложить на лицо уголовную ответственность заменяется полномочием освободить его от такой ответственности. Таким образом, если до этого оно существовало как правоотношение уголовной ответственности, то с наступлением нового юридического факта оно существует как правоотношение освобождения от такой ответственности.

Освобождение от уголовной ответственности, также как и сама уголовная ответственность, по своей природе – ретроспективное явление. Оно хоть и реализуется на будущее, но обращено в прошлое – это реагирование государства на поведение лица в прошлом: после совершения преступления и до вступления в законную силу обвинительного приговора суда. Отсюда следует вывод, что при освобождении от уголовной ответственности важным является отказ государства от реализации своих полномочий относительно ограничений прав и свобод преступника, предусмотренных УК. Оформление же такого отказа возлагается уголовным и процессуальным законом на суд: в соответствии с ч. 2 ст. 44 УК «освобождение от уголовной ответственности в случаях, предусмотренных этим кодексом, осуществляется исключительно судом. Порядок освобождения от уголовной ответственности устанавливается законом».

Освобождение от уголовной ответственности, таким образом, является актом суда, которым устанавливается отказ государства от реализации своего полномочия относительно возложения на лицо уголовной ответственности. Суть этого акта состоит в том, что суд не возлагает на лицо, совершившего преступления, определенные уго-

¹ Решение Конституционного Суда Украины в деле по конституционному обращению Министерства внутренних дел Украины относительно официального толкования положений ч. 3 ст. 80 Конституции Украины (дело о депутатской неприкосновенности) от 27 октября 1999 г.// Вестник КСУ. – 1999. – № 5. – С. 7-13.

ловным законом лишения личностного, имущественного, организационного или другого характера, если к этому есть установленные законом основания.

Для того, чтобы применение положений УК об освобождении лица от уголовной ответственности было законным, необходимо обязательное установление того, что это лицо совершило именно преступление. Порядок освобождения от уголовной ответственности активно обсуждался отечественными криминалистами в советские времена. Они обращали внимание на то, что освобождение от уголовной ответственности может осуществляться как органами уголовного преследования (по тогдашнему законодательству преимущественно именно так и было), так и судом. Но согласно ст. 160 Конституции СССР только суд мог признать лицо виновным в совершении преступления. Исходя из этого, многие считали, что признание лица виновным в совершении преступления при освобождении его от уголовной ответственности органами досудебного следствия является неконституционным. Поэтому одни криминалисты предлагали передать полномочия об освобождении лица исключительно суду¹, другие – отказаться от признания лица виновным в совершении преступления при освобождении его от уголовной ответственности². А. В. Головкин пытается согласовать оба подхода, считая, что суд может освободить лицо от уголовного наказания, признав его виновным в совершении преступления, а органы досудебного следствия могут отказаться от уголовного преследования такого лица, не решая вопрос о его виновности в совершении преступления³.

Многие считают необходимым сохранить институт освобождения от уголовной ответственности и органами досудебного следствия, и судом, однако до тех пор, пока лицо не признано совершившим преступление, ни привлечь его к уголовной ответственности, ни освободить его от таковой невозможно. В связи с этим следует согласиться с теми криминалистами, которые считают, что вопрос о возможности освобождения конкретного лица от уголовной ответственности за содеянное решается только тогда, когда лицо совершило деяние, признанное преступлением. Иначе говоря, вопрос об освобождении лица от уголовной ответственности возникает лишь в тех случаях, когда были основания для привлечения его к таковой. Именно в связи с изложенным возникает проблема процессуального порядка освобождения от уголовной ответственности. Согласно ч. 1 ст. 62 Конституции Украины «лицо признается невиновным в совершении преступления и не может подлежать уголовному наказанию, пока его вина не будет доказана в законном порядке и установлена обвинительным приговором суда». В то же время постановление обвинительного приговора суда уже свидетельствует о государственном осуждении лица, совершившего преступление, а значит, как сказано выше, о начале реализации уголовной ответственности. Последнее же обстоятельство делает невозможным освобождение его от такой ответственности⁴.

Очевидно, что освобождение от уголовной ответственности не является реабилитацией лица, и это подчеркнул в своем постановлении от 28 декабря 1996 г. Конституционный Суд РФ⁵, которое, как считает С. Г. Келина, положило конец многолетней дискуссии на тему: противоречит или не противоречит институт освобождения от уголовной ответственности презумпции невиновности. В постановлении отмечено, что освобождение лица от уголовной ответственности является таким, которое основывается на материалах рассле-

¹ Петрухин И. А. Социальная природа правосудия и его цели// Теоретические вопросы эффективности правосудия. М.: Наука, 1979. – С. 26-32; Грошевой Ю. М. Сущность судебных решений в советском уголовном процессе. Х., 1979. – С. 83.

² Ной И. С. Новое в трактовке основных уголовно-правовых понятий// Советское государство и право. – 1982. – № 7. – С. 92.

³ Головкин А. В. Освобождение от уголовной ответственности и освобождение от уголовного преследования: соотношение понятий// Государство и право. – 2000. – № 6. – С. 50-51.

⁴ Скибицкий В. В. Освобождение от уголовной ответственности и отбывания наказания. Киев: Наук, думка, 1987. – С. 20.

⁵ Постановление КС РФ по делу о проверке конституционности ст. 6 УПК РСФСР в связи с жалобой защитника О. В. Сушкова от 28 октября 1996 г./ ВКС РФ. – 1996. – № 5.

дования, констатации того, что лицо совершило деяние, содержащее признаки преступления, и поэтому решение о прекращении дела не влечет за собой реабилитацию лица (признания его невиновным), то есть вопрос о его невиновности остается открытым¹.

Решить эту проблему, по мнению А. В. Головки, возможно путем пересмотра сущности и границ реализации права государства на освобождение лица от уголовной ответственности. Опираясь на анализ принятых в современном зарубежном законодательстве «альтернативных мер борьбы с преступностью», автор предлагает закрепить в законе наряду с освобождением от наказания лишь освобождение лица от уголовного преследования. Во-первых, именно освободить, а не «отказаться», ведь освободить можно и от тех действий, совершение которых входит в обязанность других лиц, тогда как отказаться возможно лишь от собственных полномочий. Во-вторых, освободить именно от уголовного преследования, а не от уголовной ответственности, имея в виду осуждение и наказание, поскольку уголовная ответственность и уголовное наказание соотносятся как цель и средство².

Представляется, что с точки зрения действующей Конституции Украины и УПК Украины частичное решение указанного вопроса возможно. Так, буквальное толкование ч. 1 ст. 62 Конституции Украины свидетельствует о том, что лицо может быть признано виновным в совершении преступления и подвергнуто уголовному наказанию только обвинительным приговором суда. Другими словами, Конституция Украины решает лишь один принципиальный вопрос, а именно: только обвинительным приговором суда лицо может быть признано виновным в совершении преступления. Освобождение же от уголовной ответственности лица, совершившего преступление, оформляется постановлением о прекращении производства по уголовному делу, вынесенным судом. В соответствии с ч. 3, 4 ст. 288 УПК (вступил в силу 19 ноября 2012 г.) «суд своим постановлением прекращает уголовное производство и освобождает подозреваемого, обвиняемого от уголовной ответственности в случаях установления оснований, предусмотренных законом Украины об уголовной ответственности. В случае установления судом необоснованности ходатайства об освобождении лица от уголовной ответственности суд своим постановлением отказывает в его удовлетворении и возвращает ходатайство прокурору для осуществления уголовного производства в общем порядке либо продолжает судебное производство в общем порядке, если такое ходатайство поступило после направления обвинительного акта в суд».

При этом следует подчеркнуть, что полномочия суда относительно освобождения лица от уголовной ответственности распространяются не только на случаи, предусмотренные в Общей части (как это нередко считают), но и на случаи, предусмотренные Особой частью УК. Это объясняется тем, что согласно ч. 2 ст. 44 УК «освобождение от уголовной ответственности в случаях, предусмотренных этим Кодексом, осуществляются исключительно судом». Соответственно, и в ч. 1 ст. 286 УПК устанавливается, что «освобождение от уголовной ответственности за совершение уголовного правонарушения осуществляется судом».

В процессуальном смысле освобождение от уголовной ответственности возможно лишь до момента вступления в силу обвинительного приговора суда. Как только обвинительный приговор суда вступает в законную силу, можно констатировать, что государство применило к лицу, совершившему преступление, первый из двух уголовно-правовых средств противодействия такому преступлению – уголовную ответственность. Следовательно, с этого же момента применение к такому лицу другого уголовно-правового средства противодействия преступности – освобождение от уголовной ответственности – становится объективно невозможным. Исходя из того, что вынесенный

¹ Курс российского уголовного права. Общая часть/ под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова. М.: СПАРК, 2001. – С. 637.

² Головка А. В. Освобождение от уголовной ответственности и освобождение от уголовного преследования: соотношение понятий// Государство и право. – 2000. – № 6. – С. 46.

судом первой инстанции приговор уже не может быть изменен этим же судом, то можно сделать вывод, что освобождение лица от уголовной ответственности может быть осуществлено судом первой инстанции еще до самого вынесения обвинительного приговора. Суд же второй инстанции может применить этот способ уголовно-правового реагирования на совершенное преступление в период, когда приговор был вынесен, но еще не вступил в законную силу. В соответствии с ч. 4 ст. 286 УПК «если во время осуществления судебного производства относительно производства, которое направлено в суд с обвинительным актом, сторона уголовного производства обратится в суд с ходатайством об освобождении от уголовной ответственности обвиняемого, суд должен безотлагательно рассмотреть такое ходатайство».

Таким образом, с точки зрения уголовного процесса освобождение от уголовной ответственности – это освобождение лица от вынесения ему обвинительного приговора¹. Вывод, что при освобождении от уголовной ответственности лицо освобождается от вынесения ему обвинительного приговора, объясняет те определения, которые приводятся в литературе. Так, С. Г. Келина считает освобождение лица от уголовной ответственности освобождением его от вынесения негативной оценки его поведения в форме обвинительного приговора². В. Ч. Песлякас под освобождением от уголовной ответственности понимает освобождение от последствий, которые составляют суть такой ответственности, то есть от осуждения, уголовного наказания и наличия судимости³. По мнению В. С. Егорова, освобождение от уголовной ответственности – это неприменение в отношении лица, виновного в совершении общественно опасного деяния, негативных правовых последствий, предусмотренных законом за их совершение, в силу отпадения или существенного снижения общественной опасности преступного деяния или лица, которое его совершило⁴. Н. Ф. Кузнецова считала, что освобождение от уголовной ответственности представляет собой освобождение лица, которое совершило преступление, но после этого утратило общественную опасность в силу ряда обстоятельств, указанных в уголовном законе, от применения к виновному со стороны государства мер уголовно-правового характера⁵. По П. С. Матышевскому освобождение от уголовной ответственности – это наличие законных оснований и конкретных условий, которые обуславливают освобождение лица, совершившего преступление, от его обязанности подчиниться судебному осуждению и претерпеть наказание⁶. По мнению С. С. Яценко освобождение от уголовной ответственности – это совершаемый согласно уголовного, уголовно-процессуального закона отказ государства в лице соответствующего суда от применения мер уголовно-правового характера относительно лиц, совершивших преступление⁷. Подобным образом определяет освобождение от уголовной ответственности и О. О. Дудоров, утверждая, что под освобождением от уголовной ответственности следует понимать отказ государства в лице компетентных органов от привлечения лица, совершившего

¹ Лукашов А. И. Уголовное право Республики Беларусь. Состояние и перспективы развития. Минск: БГУ, 2002. – С. 29-30; Качевский Ю. М. Система освобождения от уголовной ответственности и наказания // Вестник Московского ун-та. Сер. 11. Право, 1988. – № 5. С. 22-30; Зельдов С. И. Некоторые актуальные проблемы совершенствования уголовно-правового реагирования на преступления: межвуз. сб. ст. Куйбышев: Куйбыш. гос. ун-т, 1986. – С. 13-22.

² Келина С. Г. Теоретические вопросы освобождения от уголовной ответственности. М., 1974. С. 31; Курс российского уголовного права. Общая часть / под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова. М.: СПАРК, 2001. – С. 631.

³ Песлякас В. Ч. Уголовная ответственность и освобождение от нее: учеб. пособие. Минск : МВШ МВД СССР, 1988. – С. 19.

⁴ Егоров В. С. Теоретические вопросы освобождения от уголовной ответственности. М.: Изд-во Моск. психолого-социал. ин-та, 2002. – С. 50.

⁵ Курс уголовного права. Общая часть / под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. М.: Зерцало, Т. 2. 1999. – С. 191.

⁶ Матышевский П. С. Уголовное право Украины. Общая часть: учебник. Киев: А.С.К., 2001. – С. 219-220. (на укр. яз.)

⁷ Научно-практический комментарий к УК Украины / под ред. проф. С. С. Яценко. Киев: А.С.К., 2003. – С. 99. (на укр. яз.)

преступление, к уголовной ответственности¹. Приведенные определения освобождения от уголовной ответственности отражают понимание авторами сути и определения самой уголовной ответственности, а отсюда и освобождения от нее.

Исходя из авторского видения видов уголовной ответственности (потенциальной и реальной), очевидно, что лицо освобождается именно от реализации потенциальной ответственности, так как такое освобождение происходит до момента вступления в силу обвинительного приговора суда. Нет приговора – нет реальной уголовной ответственности, а значит, лицо, совершившее преступление, освобождается от реализации потенциальной уголовной ответственности, которая уже закреплена в санкции уголовно-правовой нормы, однако эта потенция не переходит в действительность, поскольку суд не выносит приговор, а прекращает производство по делу.

Поэтому системное и логическое толкование закона дает основания считать, что УК под освобождением от уголовной ответственности понимает освобождение только от будущей, потенциальной ответственности. Освобождение от реальной уголовной ответственности – это, в соответствии с УК, освобождение от назначения наказания, от отбывания назначенного наказания, от последующего отбывания наказания либо досрочное снятие судимости.

Таким образом, освобождение от уголовной ответственности – это предусмотренный законом отказ государства от применения относительно лица, совершившего преступление, ограничений его прав и свобод, предусмотренных УК².

Такая точка зрения, первоначально высказанная в доктрине, в последующем была воспринята и Пленумом Верховного Суда Украины, который определил, что освобождение от уголовной ответственности – это отказ государства от применения относительно лица, совершившего преступление, установленных законом ограничений определенных прав и свобод путем прекращения производства по уголовному делу, которое осуществляет суд в случаях, предусмотренных УК Украины, и в порядке, установленном УПК Украины³.

Освобождение от уголовной ответственности необходимо отграничивать от исключения такой ответственности, которая имеет место в случаях, когда в действиях лица отсутствует состав преступления, то есть основание для возложения уголовной ответственности и, следовательно, лицо не от чего освобождать.

Различие между исключением юридической ответственности и освобождением лица от такой ответственности проводится и в современной теории права (хотя и не совсем точно). В частности, отмечается, что «если в первом случае имеем дело с правонарушениями, за которые ответственность не наступает в силу определенных юридических условий или физического состояния лица, то в другом – ответственность имеет место и речь идет исключительно о правовых основаниях возможного освобождения от нее», и отмечается, что освобождение от ответственности имеет свои специфические основания, отличные от оснований исключения ответственности⁴. Исключение уголовной ответственности по действующему УК имеет место при наличии обстоятельств, исключающих общественную опасность и (или) противоправность деяния (малозначительность деяния, непредусмотренность в УК определенного общественно опасного поведения в качестве преступления, обстоятельства, исключающие преступность деяния, предусмотренные в УК и в иных нормативно-правовых актах), а также при обстоятельствах, исключающих состав преступления в совершенном общественно-опасном деянии (невменяемость, недостижение лицом определенного возраста, казус, непреодолимая сила и др.)⁵.

¹ Уголовное право Украины. Общая часть: учебник/ под ред. проф. Я. Ю. Кондратьева. Киев: Правовые источники, 2002. – С. 254-255. (на укр. яз.)

² Баулин Ю. В. Освобождение от уголовной ответственности. Киев: Атика, 2004. – С. 58. (на укр. яз.)

³ Пункт 1 Постановления Пленума Верховного Суда Украины «О практике применения судами Украины законодательства об освобождении лица от уголовной ответственности» от 23 декабря 2005 г. № 12.

⁴ Сенякин И. Н. Теория государства и права. Курс лекций/ под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. М.: Юрист, 2003. – С. 603.

⁵ Баулин Ю. В. Обстоятельства и основания, исключающие уголовную ответственность// Актуальные проблемы реализации уголовной ответственности. Куйбышев: Куйбыш. гос. ун-т, 1988. – С. 32-40.

СУЧАСНЕ КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО УКРАЇНИ: ПІДСУМКИ, ТЕНДЕНЦІЇ, ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ

Сучасне кримінальне право України: підсумки, тенденції, перспективи розвитку // Питання боротьби зі злочинністю: зб. наук. пр. / ред. кол.: В. І. Борисов та ін. – Х. : Право, 2012. – Вип. 23. – С. 29–42.

Стаття присвячена аналізу сучасних здобутків кримінального права України та висвітленню проблемних питань, які у подальшому чекатимуть на своє вирішення у зазначеній галузі права.

Ключові слова: кримінальне право, норма кримінального права, кримінально-правові приписи.

Підсумки розвитку кримінального права України. Для цілей цієї статті вважаю за можливе виділити наступні складові кримінального права України: кримінально-правова політика, кримінальне право як галузь публічного матеріального права, кримінальне законодавство як юридична форма вираження кримінально-правових норм, застосування норм кримінального права, правова свідомість населення і правова культура правозастосувачів у кримінально-правовій сфері, кримінальне право як навчальна дисципліна.

Стан кримінального права Української РСР на момент проголошення незалежності України характеризувався тим, що в Україні діяв Кримінальний кодекс УРСР як правова форма вираження норм кримінального права. Кодекс було прийнято 28 грудня 1960 р. і введено в дію з 1 квітня 1961 р. КК УРСР являв собою нормативно-правовий акт, що містив положення: Основ кримінального законодавства Союзу РСР і союзних республік; окремих загальносоюзних законів про кримінальну відповідальність за державні, військові та деякі інші злочини, що посягали на інтереси Союзу РСР; Загальної й Особливої частин КК УРСР, які регулювали кримінально-правові відносини у межах компетенції Української РСР.

До набуття Україною незалежності КК відбивав існуючу на той Час ідеологію, політику і практику у сфері боротьби зі злочинністю, Підбивав перебування Української РСР у складі Союзу РСР як союзної республіки, ґрунтувався на існуючій у країні плановій державній економіці, адміністративно-командному управлінні тощо. Тому вихід України із Союзу РСР, зміна політичних оцінок недавнього минулого, реабілітація правозахисників, поступовий перехід: від планово-командної економіки до її ринкових основ, зміни в політичній і юридичній правосвідомості політичної еліти, правозастосувачів і населення, зовнішньоекономічні й інші фактори (значний ріст злочинності в перші роки незалежності України, поява й швидке поширення її організованих форм, «криміналізація» економіки, підвищення рівня «професіоналізму» злочинців, поширення корупції тощо) вимагали внесення радикальних змін у всю правову систему країни, у тому числі й у КК України.

Усе це обумовило внесення до КК України 1960 р. численних змін і доповнень, а саме: чимало статей було виключено, склади багатьох злочинів змінені, нові суспільно небезпечні діяння криміналізовані тощо. У підсумку в КК 1960 р. за період з 1991 р. по 2001 р. були внесені суттєві зміни й доповнення, які, у свою чергу, призвели до того, що він перестав відповідати реаліям, які сформувалися в Україні, а саме: 1) мав низку серйозних прогалин; 2) була зруйнована його системність; 3) не враховував міжнародні зобов'язання України у зв'язку із вступом її до Ради Європи й приєднанням до декількох міжнародно-правових договорів у сфері боротьби зі злочинністю; 4) вимагав перегляду переліку й змісту кримінально-правових приписів; 5) потребував удосконалення в частині системи покарань тощо. Крім того, вищі посадові особи відомств, які застосовували КК 1960 р., наполегливо проводили ідею про те, що чинний КК позбавляв можливості ефективно боротися з новими формами злочинної діяльності, особливо організованої злочинності. Населення країни очікувало від держави рішучих і негайних заходів по приборкуванню злочинності й при цьому певною мірою покладало надії на оновлене кримінальне законодавство. Наукові пошуки були зосереджені в основному на коментуванні чинного кримінального законодавства й багато в чому відставали від сучасних потреб боротьби зі злочинністю. Нарешті, підготовка фахівців вищих юридичних закладів вимагала перегляду існуючого (на той момент) погляду на злочинність і кримінально-правових заходів реагування на неї. Таким чином, фактично за всіма своїми характеристиками кримінальне право України на момент прийняття КК 2001 р. вимагало змін і нових підходів.

Першим кроком у цьому напрямку стала розробка нового КК України. Робота над його проектом тривала з жовтня 1992 р. по квітень 2001 р. КК України був прийнятий 5 квітня 2001 р. і введений у дію з 1 вересня 2001 р.

КК ґрунтується на низці принципів, суть яких нищиться до наступного: 1) положення КК відповідають Конституції України 1996 р. й міжнародно-правовим зобов'язанням держави; 2) КК базується на досягненнях сучасної науки кримінального права України й інших країн, ураховує судову й слідчо-прокурорську практику застосування кримінального законодавства України, практику Конституційного Суду України, досвід реформування кримінального законодавства в країнах СНД і далекого зарубіжжя; 3) у КК декриміналізовано понад 30 складів злочинів: деякі діяння, передбачені КК 1960 р., або втратили безпеку в нових суспільно-політичних і економічних умовах, або особи, що їх вчинили, не потребували заходів кримінально-правового впливу; 4) у КК забезпечена наступність тих положень, які витримали апробацію часом і відповідають нормам цивілізованого кримінального права, а саме: збережені й розвинені відомі й раніше діючому КК положення про підстави кримінальної відповідальності, межі чинності кримінального закону, форми вини, відповідальність за незакінчений злочин, співучасть тощо; 5) у КК передбачена сувора відповідальність за вчинення тяжких і особливо тяжких злочинів з наданням суду можливості застосування до осіб, які вчинили злочини середньої й невеликої тяжкості, покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, а також звільнення їх від кримінальної відповідальності; 6) забезпечено пріоритет у кримінально-правовій охороні прав і свобод людини й громадянина: розділі Особливої частини КК, які містять склади злочинів проти життя й здоров'я людини, значно розширені ні рахунок включення до них нових видів посягань, а саме: «Порушення прав пацієнта» (ст. 141), «Незаконне проведення дослідів над людиною» (ст. 142), «Порушення встановленого порядку трансплантації органів або тканин людини» (ст. 143), «Насильницьке донорство» (ст. 144) тощо; 7) положення кримінального законодавства приведені у відповідність з умовами переходу економіки від планово-адміністративної до ринкової: спеціальний розділ Особливої частини КК «Злочини у сфері господарської діяльності» передбачає три види посягань на таку діяльність, а саме: а) посягання у сфері підприємницької діяльності, б) у сфері фінансової діяль-

ності, а також в) посягання на інтереси споживачів товарів і послуг; 8) положення КК гармонізовані з кримінально процесуальним й кримінально-виконавчим правом, а також з іншими галузями публічного й приватного права.

Слід зазначити, що КК України 2001 р. в частині криміналізації діянь і кримінально-правових наслідків вчинення злочину в цілому відповідав тогочасному стану законодавства України, правосвідомості населення, професійній правосвідомості застосувачів КК і стану науки кримінального права. Що ж стосується пеналізації злочинів, то розробники проекту КК зіштовхнулися з тим, що в цей проект, прийнятий у першому читанні, були внесені прямо протилежні пропозиції народних депутатів України щодо караності досить великої кількості злочинів, особливо у сферах господарської, службової діяльності, проти власності, у сфері обігу наркотичних засобів та ін. Тому робочою групою Кабінету Міністрів України по підготовці проекту КК було прийняте таке рішення: представити на друге читання проект КК із тими пропозиціями, які сформулювали народні депутати, для того, щоб Верховна Рада України сама визначилася в цьому питанні. Адже питання криміналізації й пеналізації належать до сфери кримінальної політики держави, а згідно з Конституцією України саме Верховна Рада України визначає засади внутрішньої й зовнішньої політики держави (п. 5 ч. 1 ст. 85) і виключно в законі має бути визначено діяння, які є злочинами, та відповідальність за них (п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України).

Тенденції розвитку сучасного кримінального права України. Минуло 10 років дії КК 2001 р., і є можливість виділити деякі тенденції в розвитку кримінального права України. Вочевидь, що кримінально-правова політика держави за минулі роки змінює свої пріоритети. На першому етапі, після закінчення перших семи років дії КК, 15 квітня 2008 р. був прийнятий масштабний Закон України «Про внесення змін до Кримінального і Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності». Цим законом були пом'якшені санкції в багатьох статтях Особливої частини КК, у санкції доволі великої кількості статей, що передбачили відповідальність за злочини невеликої й середньої тяжкості, був уведений штраф і громадські роботи як альтернативні види покарань, а також виправлені погрішності у формулюваннях диспозицій деяких статей, зроблені редакційно-стилістичні уточнення тексту КК. Минуло три з половиною роки, й кримінально-правова політика держави свідчить про поглиблення тенденції до гуманізації кримінальної відповідальності насамперед за злочини у сфері Господарської діяльності. Це проявляється в тому, що 15 листопада 2011 р. був прийнятий Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності». Така гуманізація кримінально-правової політики проведена за двома основними напрямками. Перший – пов'язаний із заміною покарань у виді поліпшення волі за вчинення економічних злочинів на штраф у великих розмірах, у всякому разі не менше суми заподіяних збитків. Другий напрям стосується декриміналізації близько 20 злочинних діянь у сфері господарської діяльності й віднесення їх до адміністративних правопорушень.

Розвиток сучасного кримінального права України узгоджується, далі з деякими загальними тенденціями, які характерні для багатьох країн в умовах глобалізації й регіоналізації і які, на мій погляд, дозволяють успішно гармонізувати КК України з кримінальним законодавством сучасної Європи. Однією з цих тенденцій є зближення кримінально-правових систем сучасності. Це проявляється в їхньому взаємопроникненні й взаємозв'язку. Виявилось, що розбіжності в кримінальному праві різних правових систем, на які раніше акцентувалась увага, більшою мірою пов'язані не із сутністю того чи іншого кримінально-правового явища, а з його юридичною формою, правовими традиціями, правовою культурою, законодавчою технікою і т. п. Природно, що кримінальне право України тяжіє до кримінально-правової системи континентальної Євро-

пи й це створює добрі перспективи для подальшого обміну досвідом, наукового спілкування тощо.

Крім того, самостійним напрямом у розвитку національного кримінального права є збільшення кількості т. зв. конвенційних норм, але й у проникненні міжнародних правових приписів у Загальну й Особливу частини КК, йдеться про розширення сфери дії універсального й національного принципів кримінально-правової юрисдикції держави; урегулювання питань, пов'язаних із визнанням на території України вироків судів іншої країни; закріплення в КК положень щодо видачі злочинців; передбаченість у диспозиціях статей Особливої частини КК ознак складів злочинів, включених до міжнародно-правових договорів України, тощо.

Одним із нових явищ у кримінальному праві стає підвищення ролі принципів у регулюванні кримінально-правових відносин. У багатьох КК, які були прийняті останнім часом, принципам кримінального законодавства присвячуються окремі статті. Ця тенденція заслуговує позитивної оцінки, оскільки законодавче закріплення основних принципів кримінально-правового реагування на осіб, що вчиняють злочини, здатне підняти на новий якісний рівень як законодавчу, так і правозастосовну практику. При підготовці проекту КК України також ставилося питання про включення до КК положень про принципи кримінального закону, однак ці пропозиції не знайшли тоді підтримки у законодавців.

В умовах сформованої конституційної юстиції в Україні відчувається її істотний вплив і на розвиток кримінального права. Конституційний Суд України, наприклад, визнав неконституційними приписи КК 1960 р. щодо смертної кари, дав офіційне тлумачення положень КК про чинність кримінального закону в часі щодо осіб, яким смертна кара була замінена довічним позбавленням волі, тощо.

У кримінальному праві України поступово збільшується кількість кримінально-правових норм. Причому чимала кількість гіпотез цих норм стали мати більш-менш бланкетний характер. Це, з одного боку, підтверджує існуючий взаємозв'язок між публічними й приватними регулятивними й так званими охоронними галузями права, а кримінальне право, як відомо, відносять саме до охоронної галузі права. З другого боку, все менш переконливими є твердження, що єдиною правовою формою вираження кримінально-правових норм (особливо їх диспозицій) є тільки кримінальний закон. Тенденція до посилення бланкетності гіпотез кримінально-правових норм тягне низку негативних наслідків, які добре відомі в літературі, й немає необхідності тут їх повторювати. Крім того, різке збільшення числа кримінально-правових норм призвело до протиріч між ними, невизначеності в ознаках складів злочинів тощо.

У розвитку національного кримінального права щодо підстав кримінальної відповідальності можна виділити як загальні, так і специфічні тенденції. Перші пов'язані із традиційними злочинами, другі – зі злочинами т. зв. «нової злочинності». Що стосується підстав кримінальної відповідальності за злочини першої групи, то відзначаю, що криміналізація торкнулася практично всіх відомих людству традиційних злочинів. Фактично кожний із відомих КК Містить перелік тих злочинів, ознаки яких практично багато в чому збігаються з КК інших країн. При цьому характерною є комбінація абстрактності й казуїстичності у формуванні ознак складів злочинів. Завдання, однак, полягає в тому, щоб знайти «золоту середину» при описі ознак певного виду злочинної поведінки. З одного боку, необхідно ясно й чітко визначити ознаки й межі злочинної поведінки, а з другого – не допустити прогалин у криміналізації суспільно небезпечної поведінки людей. Цьому сприяє, зокрема, і вдосконалення законодавчої техніки при описі певних видів злочинів, а саме: побудова законодавчого матеріалу, зручного для його комп'ютерної обробки; збільшення числа приміток, у яких роз'яснюються й уточнюються окремі ознаки складів злочинів, тощо. У той же час помітною стає тенденція,

за якої у країнах, що дотримуються принципів як монізму, так і дуалізму в кримінальному законодавстві, окремі ознаки складів злочину знаходять своє закріплення в приписах некримінального законодавства. Інакше кажучи, йдеться про досить широке поширення випадків формулювання ознак складів злочину в бланкетних диспозиціях статей КК. Існують численні випадки, коли окремі ознаки кримінально-правових норм національного права знаходять своє місце в правових приписах різних підгалузей законодавства. Це дозволяє по-новому оцінити погляд про те, що єдиним правовим джерелом кримінально-правових норм є кримінальний закон.

Стійкою є тенденція до спеціалізації підстав кримінальної відповідальності. Вона здійснюється двома шляхами. Перший із них пов'язаний із збільшенням складів злочинів зі спеціальним суб'єктом. За деякими підрахунками, КК нараховує таких складів понад 70 % від їх загальної кількості. Можна сказати, що КК усе більше стає спеціалізованим нормативно-правовим актом, оскільки значна кількість його приписів поширюється на певні групи населення, пов'язані з їхньою професійною, службовою й іншою діяльністю, певним правовим статусом тощо.

Другий шлях пов'язаний із введенням спеціальних складів злочину. Часто це пояснюється необхідністю посилення запобіжної функції кримінального закону, хоча поки немає достовірних даних у якому ступені сама по собі наявність норм кримінального права, не пов'язана з діяльністю органів кримінальної юстиції по їх застосуванню, утримує від вчинення злочину тих осіб, на яких поширює свою дію дана кримінально-правова норма. Більш переконливим є твердження, що запобіжний ефект має діяльність усієї системи кримінальної юстиції, що пов'язана із застосуванням положень КК про кримінальну відповідальність за вчинені злочини. Разом із тим надмірне захоплення спеціальними складами злочинів часто призводить до необґрунтованої конкуренції загальної й спеціальної кримінально-правових норм, яка негативно відбивається на практиці застосування КК.

Нарешті, очевидною тенденцією, що безпосередньо впливає на вирішення питання про наявність або відсутність підстав кримінальної відповідальності, є значне розширення у КК числа обставин, що виключають злочинність діяння. Якщо КК 1960 р. нараховував три такі обставини (необхідна оборона, затримання злочинця і крайня необхідність), то, наприклад, КК 2001 р. містить уже сім таких обставин, яким присвячений окремий розділ VIII Загальної частини КК. Проте є очевидним, що перелік зазначених обставин, які містить КК, не є вичерпним, що знайшло своє закріплення в КК деяких країн (наприклад, КК Грузії).

Специфічні тенденції характерні й для встановлення підстав кримінальної відповідальності за злочини, що належать до т. зв. «нової злочинності». До них зазвичай відносять: 1) організовану транснаціональну злочинність; 2) міжнародний тероризм; 3) посягання у сфері господарювання, застосування масових комунікацій, навколишнього середовища, незаконного обігу наркотиків, а також 4) торгівлю людьми, зброєю, антикваріатом; 5) відмивання «брудних грошей»; 6) міжнародну корупцію тощо. Відомо, що виникнення т. зв. «нової» злочинності пов'язане із процесами глобалізації в різних сферах людської життєдіяльності. Якщо взяти тільки національний рівень протидії зазначеній злочинності і такий її аспект, як посилення підстав кримінальної відповідальності за «нову злочинність», то в цій сфері можна виділити такі напрями розвитку сучасного кримінального права України: а) удосконалення диспозицій статей КК, що передбачають ознаки тероризму, екологічних злочинів, злочинів у сфері комунікацій, відмивання «брудних грошей» тощо; б) прискорення процесів імплементації норм міжнародних договорів у КК; в) більш широке застосування універсального й національного принципів кримінально-правової юрисдикції України; г) вирішення питання про врахування вироків судів іноземних держав; д) урегулювання проблем видачі й передачі злочинців іноземній державі або міжнародному суду; е) удосконалення законодавства щодо відповідальності за вчинення злочинів організованою групою й зло-

чинною організацією; ж) легітимація таких обставин, що виключають злочинність діяння, як контрольована поставка, застосування зброї, спеціальних засобів і фізичної сили; з) удосконалення підстав обов'язкового і безумовного звільнення від кримінальної відповідальності представників державних органів, упроваджених в організовані злочинні угруповання, тощо.

Певними тенденціями характеризуються й кримінально-правові наслідки вчинення злочину, передбачені в сучасному кримінальному праві України. Насамперед перестала існувати тверда залежність між злочином і покаранням. Значний розвиток одержав інститут звільнення особи від кримінальної відповідальності за вчинення насамперед злочинів невеликої й середньої тяжкості (відмова від кримінального переслідування або його припинення, медіація, трансакція й т. п.). У КК України, наприклад, з'явився спеціальний розділ IX Загальної частини КК «Звільнення від кримінальної відповідальності», який передбачає 5 загальних видів такого звільнення. Крім цього, близько 20 статей Особливої частини КК передбачають спеціальні види звільнення особи від кримінальної відповідальності за окремі, у тому числі й тяжкі, злочини.

Помітною стає й тенденція до спеціалізації кримінальних покарань. Подібно тому, як збільшується число спеціальних складів і суб'єктів злочинів, так і у сфері покарань поширюються спеціальні види покарань. Наприклад, у КК України передбачені такі спеціальні види основних покарань, як службові обмеження для військовослужбовців, тримання у дисциплінарному батальйоні військовослужбовців, додаткове покарання – позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу, а також; змішане покарання – позбавлення права займати певні посади або; займатися певною діяльністю. У цілому існуючі системи кримінальних покарань дають підставу для висновку, що, по суті, людство не винайшло інших видів покарань, як позбавлення волі, штраф і пробацію (в останні роки до них додалося й таке покарання, як громадські роботи). Виходячи з цього, КК України, наприклад, передбачає п'ять видів позбавлення волі (довічне позбавлення волі, позбавлення волі на певний строк, тримання у дисциплінарному батальйоні військовослужбовців, обмеження волі, арешт), три види штрафу (класичний штраф, своєрідні види штрафу – виправні роботи та службові обмеження для військовослужбовців), звільнення від відбування покарання (статті 75-78 КК) (своєрідний вид пробації), а також громадські роботи (ст. 56 КК).

Перспективи розвитку сучасного кримінального права України. Що стосується перспектив розвитку кримінального права України як галузі публічного права, то, по суті, йдеться про прогнозування того, яким бачиться майбутнє кримінального права України. І хоча заняття прогнозуванням є справою невдячною, однак дозволю собі сформулювати своє розуміння того, яким мені бачиться майбутнє розвитку кримінального права України.

Кримінально-правова політика держави навряд чи зазнає кардинальних змін і, на мій погляд, буде зосереджена на ще більшій інтеграції й гармонізації кримінального права України з міжнародним і європейським кримінальним правом. Так, наприклад, основними документами, які регламентують співробітництво між Україною і ЄС, є План дій Україна – ЄС у сфері юстиції, свободи і безпеки та План-графік його імплементації. Оновлений План дій, зокрема, передбачає такі погоджені завдання й напрями співробітництва й імплементації, як протидія тероризму й організованій злочинності, зокрема, у напрямках боротьби із проявами торгівлі людьми, незаконного переправлення мігрантів, незаконного обігу наркотичних і інших заборонених товарів, корупції, підроблення документів, відмивання доходів і інших видів протиправної діяльності. Очевидно, що зазначений План уже виконується: введені в дію закони, у т. ч. кримінальні, щодо боротьби з корупцією; Верховна Рада України 6 жовтня 2011 р. прийняла Закон «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення і до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за незаконний обіг

наркотичних засобів, психотропних речовин та прекурсорів», отруйних чи сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів і одурманюючих засобів». Крім того, встановлена Кримінальна відповідальність за використання коштів, здобутих від незаконного обігу зазначених засобів (ст. 306 КК України).

Досліджуючи кримінально-правову політику, не можна не згадати про відому Концепцію реформування кримінальної юстиції в Україні, яка передбачає принципові положення, у тому числі й щодо модернізації кримінального права. Вочевидь, що важливі роки в кримінально-правовій політиці очікуються як відповіді виклики глобалізації, посилення тенденції до міжнародного, транснаціонального характеру злочинності.

У перспективі кримінальне право як галузь права, на мій погляд, очікують дві корінні істотні зміни: перша пов'язана з підставою кримінальної відповідальності, а друга – із самим розумінням такої відповідальності. Що стосується підстави кримінальної відповідальності, то, як на мене, у кримінальному праві все ж таки відбудеться виокремлення кримінального проступку. У такому випадку підставою кримінальної відповідальності виступатиме кримінальне правопорушення у двох його різновидах: злочин і кримінальний проступок. Думаю, що перехід до кримінального проступку буде проходити у два етапи. Перший із них уже на стадії завершення, коли низка злочинів у сфері господарської діяльності віднесена до адміністративних правопорушень. Не виключено, що деякі із злочинів невеликої й середньої тяжкості також будуть віднесені до зазначених правопорушень. Другий етап – це інтегроване виокремлення всього комплексу кримінальних проступків із числа адміністративних правопорушень і деяких злочинів. Якщо це трапиться, то краще, на мій погляд, таке виокремлення зробити в окремому комплексному законі.

Другий перспективний момент пов'язаний із підставою кримінальної відповідальності і стосується можливого майбутнього дуалізму суб'єкта злочину, що підлягає кримінальній відповідальності, а саме: фізичної і юридичної особи. Перший невеликий крок у цьому напрямі спочатку був зроблений у законодавстві про відповідальність за корупційні правопорушення, але потім цей процес було припинено. Не можна виключати, що це може бути початком руху до введення корпоративних суб'єктів у кримінальному праві з усіма наслідками, що випливають із цього: формуванням складів злочинів, вчинених такими суб'єктами; розумінням кримінальної відповідальності таких суб'єктів і багато чого іншого.

Якщо в кримінальному праві України з'являться кримінальний проступок й корпоративні суб'єкти злочинів, то це спричинить революційні зміни в нашій уяві про кримінальне право, підстави кримінальної відповідальності й розуміння такої відповідальності. Зокрема, сама кримінальна відповідальність уже зараз, відповідно до практики Страсбурзького Суду із прав людини, трактується як більш-менш серйозне обмеження державою прав і свобод людини за вчинення нею кримінального правопорушення. Вочевидь, що це вплине на ті законодавчі рішення, які необхідно буде прийняти для втілення зазначених нововведень у правове життя країни.

Далі, не можна не відзначити такий новий напрям у кримінальній політиці держави, як все більша перевага грошових стягнень над іншими видами покарань щодо певних видів злочинів. Відзначена тенденція відносно переваги штрафу над іншими видами покарання свідчить про можливість заміни штрафу позбавленням волі й навпаки. Відомо, що КК 1960 р. прямо забороняв таку заміну. Згідно із законом, про який я вже згадував, у кримінальному праві вже з'явився інститут заміни штрафу позбавленням волі (ст. 53 КК). Це також пов'язано з необхідністю переоцінки багатьох цінностей. Нарешті, не можна виключати, що в майбутньому й необережні злочини будуть виключені із числа тяжких і особливо тяжких злочинів, а це також внесе істотні корективи в кримінальне право України.

Перспективи КК України залежать від розвитку кримінального права як галузі права. У розвитку КК знову став переважати динамізм над стабільністю. За деякими

підрахунками, із введенням у дію КК 2001 р. зміни й доповнення щорічно вносилися більш ніж в 260 його положень, тобто у середньому кожного місяця у Кримінальному кодексі оновлюються 2-3 його статті. І хоча очевидно, що деяка еволюція кримінального права необхідна й закономірна, однак вона повинна перетворюватися у поспішні не виправдані зміни КК. Далі, поведінка законодавця останнім часом дає підстави для нового прочитання принципу, згідно з яким кримінальне право є крайнім, останнім засобом протидії злочинності в суспільстві. Законодавець останнім часом повторює ті ж помилки щодо КК 2001 р., які були допущені ним і при дії КК 1960 р., а саме: прагнення вирішувати виникаючі складні життєві ситуації в політичній, соціально-економічній і інших сферах життєдіяльності людей, як йому здається, простим, але, як виявляється, неефективним способом – шляхом застосування заходів кримінально-правової відповідальності. Без сумніву, такі спроби приречені на невдачу. Крім того, поспішність і непродуманість при внесенні змін і доповнень до КК призводять до зниження якості кримінального закону; до порушення його системності й інших негативних наслідків. У той же час завдання полягає в тому, щоб забезпечити баланс між динамічністю й стабільністю КК. Звичайно, Кримінальний кодекс потребує редакційно-стилістичного уточнення тексту, виправлення допущених помилок, усунення дублювань, протиріч, які з'явилися в результаті численних його змін і доповнень. Однак корінні зміни його очікують, якщо будуть втілені в юридичну форму зазначені вище тенденції в кримінально-правовій політиці держави. Це, у свою чергу, торкнеться й суміжних галузей законодавства, які мають бути узгоджені з можливими нововведеннями в КК України. У зв'язку із цим уже починає обговорюватися ідея про прийняття КК у новій редакції.

Далі, сучасний етап розвитку суспільства й законодавства вимагає й відповідного забезпечення розвитку кримінального права, у тому числі й представниками кримінально-правової науки. Окремі вчені-криміналісти і їх колективи мають достатні можливості, щоб впливати на кримінально-правову політику держави, осмислити нові кримінально-правові явища, обґрунтовувати моделі вдосконалювання кримінального законодавства й інших його галузей, поліпшувати кримінально-правову підготовку фахівців, впливати на професійну правосвідомість правозастосувачів і правову культуру населення. Звичайно, це вимагає певної перебудови наукового мислення, оволодіння новими підходами й прийомами, вивчення досягнень зарубіжної науки наприкінці ХІХ – на початку ХХ ст., як це часто має місце зараз, тим більше що сучасні засоби, комунікації надають таку можливість.

Відомо, що саме кримінально-правова наука є теоретичною основою розвитку кримінального права, удосконалення кримінального й суміжного законодавства. Суспільство чекає від науки кримінального права нового, системного продукту; пов'язаного із сучасним розумінням кримінального правопорушення й правова наслідків його вчинення. Тому в наукових дослідженнях доцільно зосередити зусилля насамперед на вирішенні стратегічних, масштабних завдань у поєднанні з тактичними, прикладними проблемами. Наука кримінального права, як відзначається в літературі, могла б досліджувати проблеми узгодження соціально-економічних, політичних, духовних змін у суспільстві з модернізацією сучасного кримінального права; сприяти досягненню громадської угоди залагоди на таке відновлення. Розвиток комплексних, міждисциплінарних досліджень (у сукупності із представниками інших наук, і не тільки юридичних) дозволив би масштабно досліджувати кримінально-правові явища, розробляти нові технології у сфері правозастосування. Необхідно відмовитися від схоластичних, віртуальних досліджень, поставивши їх на міцний фундамент кримінальної соціології, прагматизму й здорового глузду.

Нарешті, представникам викладацького корпусу науки кримінального права слід потурбуватися про якісне підвищення рівня підготовки фахівців у галузі кримінального права. Адже не є таємницею, що ця якість не завжди відповідає сучасним вимогам.

Зміст

Слово про Вчителя	3
-------------------------	---

Розділ I Монографії

ПРАВО ГРАЖДАН НА ЗАДЕРЖАНИЕ ПРЕСТУПНИКА	11
ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ИСКЛЮЧАЮЩИЕ ПРЕСТУПНОСТЬ ДЕЯНИЯ	103
ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ	322
ПРИЧИНЕНИЕ ВРЕДА С СОГЛАСИЯ «ПОТЕРПЕВШЕГО» КАК ОБСТОЯТЕЛЬСТВО, ИСКЛЮЧАЮЩЕЕ ПРЕСТУПНОСТЬ ДЕЯНИЯ	478
ПОТЕРПІЛИЙ ВІД ЗЛОЧИНУ (МІЖДИСЦИПЛІНАРНЕ ПРАВОВЕ ДОСЛІДЖЕННЯ).....	530
ПРАВОВАЯ СИСТЕМА УКРАИНЫ: ИСТОРИЯ, СОСТОЯНИЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ	581

Розділ II Статті, тези наукових доповідей та повідомлень

О РЕФОРМЕ СОВЕТСКОГО УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В СОВРЕМЕННЫХ УСЛОВИЯХ.....	605
ПРО МЕТОДОЛОГИЮ ДОСЛІДЖЕННЯ ПРИНЦИПІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА	607
ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ ПРАВ ТА СВОБОД ЛЮДИНИ (МЕТОДОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ)	609
ЗАХИСТ КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОМ ПРАВА ЛЮДИНИ НА ЖИТТЯ	611
ЄВРОПЕЙСЬКА КОНВЕНЦІЯ З ПРАВ ЛЮДИНИ І ЗАГАЛЬНА ЧАСТИНА ПРОЕКТУ НОВОГО КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ	614
ПРОЕКТ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: ВИХІДНІ ПОЛОЖЕННЯ.....	621
СТРУКТУРА ЗАГАЛЬНОЇ ЧАСТИНИ НОВОГО КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ	627
ОПЫТ ПОДГОТОВКИ И РЕАЛИЗАЦИИ НАЦИОНАЛЬНОЙ ПРОГРАММЫ БОРЬБЫ С КОРРУПЦИЕЙ В УКРАИНЕ	629
ПОНЯТТЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ТА ЙОГО ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ ПРАКТИКИ ЗАСТОСУВАННЯ НОВОГО КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ	634

СИСТЕМА ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ОСОБИСТОЇ ВОЛІ ЛЮДИНИ	637
УГОЛОВНОЕ ПРАВО УКРАИНЫ: СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ	639
УГОЛОВНЫЙ КОДЕКС УКРАИНЫ: ОСОБЕННОСТИ И НОВЕЛЛЫ	643
ДЕЯКІ ПРИНЦИПОВІ НОВЕЛИ ЗАГАЛЬНОЇ ЧАСТИНИ КК УКРАЇНИ ТА ПРОБЛЕМИ ЇХ ЗАСТОСУВАННЯ	659
ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ ЗЛОЧИНІВ, ВЧИНЕНИХ ЗЛОЧИННОЮ ОРГАНІЗАЦІЄЮ	664
ДЕСЯТЬ УРОКОВ ИЗ ПЕРВОНАЧАЛЬНОГО ОПЫТА ПРИМЕНЕНИЯ НОВОГО УГОЛОВНОГО КОДЕКСА УКРАИНЫ.....	666
КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ: СУТНІСТЬ, ЗМІСТ ТА ПРАВОВА ФОРМА	669
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ЗАХОДИ ПРОТИДІЇ НАРКОКОРУПЦІЇ.....	673
МЕТОДОЛОГІЧНЕ ЗНАЧЕННЯ ПОДІЛУ ПРАВА НА ПРИВАТНЕ І ПУБЛІЧНЕ ДЛЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ.....	675
ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ НОВОГО КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ.....	677
ОРГАНИЗОВАННИЙ НАРКОБИЗНЕС В УКРАИНЕ: ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА И ПРОТИВОДЕЙСТВУЮЩИЕ СТРАТЕГИИ	682
СПЕЦІАЛЬНИЙ ВИД ЗВІЛЬНЕННЯ ГРОМАДЯНИНА ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ДЕРЖАВНУ ЗРАДУ	699
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ФОРМИ ВЧИНЕННЯ НАРКОЗЛОЧИНІВ ОРГАНІЗОВАНИМ НАРКОБИЗНЕСОМ	707
УГОЛОВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ: ПОНЯТИЕ, ВИДЫ И ПРЕДЕЛЫ.....	727
ПРОТИПРАВНІСТЬ ЯК ОЗНАКА ВБИВСТВ	730
УГОЛОВНОЕ ПРАВО КАК ОТРАСЛЬ МАТЕРИАЛЬНОГО ПУБЛИЧНОГО ПРАВА	732
КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО УКРАЇНИ ЯК ПУБЛІЧНА ГАЛУЗЬ ПРАВА.....	734
НОВИЙ КРИМІНАЛЬНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ В КОНТЕКСТІ СУЧАСНОЇ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ДУМКИ.....	737
ПЕРСПЕКТИВНІ НАПРЯМКИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ У КОНТЕКСТІ ПРОГРАМИ ДІЯЛЬНОСТІ КАБІНЕТУ МІНІСТРІВ УКРАЇНИ	761
ПРАВОНАРУШЕНИЯ В СФЕРЕ ПУБЛИЧНОГО И ЧАСТНОГО ПРАВА	766
ВИКЛИКИ «НОВОЇ» ЗЛОЧИННОСТІ І ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА	768
ГЛОБАЛИЗАЦИЯ, УГРОЗЫ «НОВОЙ ПРЕСТУПНОСТИ» И ВОЗМОЖНОСТИ УГОЛОВНОГО ПРАВА.....	772

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЗЛОЧИНИ У СФЕРІ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ	775
ПРЕДЕЛЫ ПРЕЕМСТВЕННОСТИ В РАЗВИТИИ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА	779
КОНСТИТУЦИОННЫЕ ОСНОВЫ УГОЛОВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ОБЩЕСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ	782
О МАРКЕ ИГОРЕВИЧЕ БАЖАНОВЕ.....	786
ПРОБЛЕМИ УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ ПРОТИДІЇ ТЕРОРИЗМУ ТА ОРГАНІЗОВАНИЙ ЗЛОЧИННОСТІ.....	794
УГОЛОВНОЕ ПРАВО И УГОЛОВНЫЙ КОДЕКС: ПРОБЛЕМЫ ЕДИНСТВА И РАЗГРАНИЧЕНИЯ.....	797
КРИМИНАЛИЗАЦИЯ НЕЗАКОННОГО ОБОРОТА НАРКОТИЧЕСКИХ СРЕДСТВ КАК ОДНО ИЗ НАПРАВЛЕНИЙ УГОЛОВНОЙ ПОЛИТИКИ ГОСУДАРСТВА	800
ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ СУЧАСНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ	804
УГОЛОВНОЕ ПРАВО КАК СИСТЕМА УГОЛОВНО-ПРАВОВЫХ НОРМ	811
ЭТАПЫ СИСТЕМНОГО ПОДХОДА ПРИ ИССЛЕДОВАНИИ УГОЛОВНОГО ПРАВА КАК ОТРАСЛИ ПУБЛИЧНОГО ПРАВА	814
ВИПРАВДАНИЙ РИЗИК ПРИ ВПРОВАДЖЕННІ ІННОВАЦІЙ У СУЧАСНУ ПРАКТИКУ	817
ОСНОВНІ ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ СУЧАСНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ СТОСОВНО ПІДСТАВ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ.....	820
СТАБИЛЬНОСТЬ И ДИНАМИЗМ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА УКРАИНЫ	823
ПРЕДЕЛЫ ПРЕЕМСТВЕННОСТИ В РАЗВИТИИ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА	828
О МЕТОДОЛОГИЧЕСКОМ ЗНАЧЕНИИ ДЕЛЕНИЯ ПРАВА НА ЧАСТНОЕ И ПУБЛИЧНОЕ ДЛЯ СОВРЕМЕННОЙ УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ ДОКТРИНЫ.....	831
УГОЛОВНО-ПРАВОВЫЕ СРЕДСТВА ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ ПРЕСТУПНОСТИ	834
ПРОБЛЕМИ ЕФЕКТИВНОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ НОРМ ОРГАНАМИ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ТА ПРОКУРАТУРИ	837
ВІДПОВІДНІСТЬ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ – ВИЗНАЧНА РИСА ЯКОСТІ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ	839
КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ, ЯКА ПІДЛЯГАЄ ДИФЕРЕНЦІАЦІЇ	843
КОНСТИТУЦІЙНІ ОБОВ'ЯЗКИ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА: ПОНЯТТЯ, ВИДИ, РЕАЛІЗАЦІЯ.....	847

О ЗАДАЧАХ НАУКИ НАЦИОНАЛЬНОГО УГОЛОВНОГО ПРАВА В УСЛОВИЯХ ГЛОБАЛИЗАЦИИ.....	849
НАЯВНІСТЬ РІШЕННЯ (ВИСНОВКУ) КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ ЯК ПІДСТАВА ДЛЯ ВІДМОВИ У ВІДКРИТТІ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВІ.....	852
ПРЕДПОСЫЛКИ ПЕРЕХОДА УГОЛОВНОГО ПРАВА К УСТОЙЧИВОМУ РАЗВИТИЮ.....	856
20 ЛЕТ УГОЛОВНОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ УКРАИНЫ: НЕКОТОРЫЕ ИТОГИ И ТЕНДЕНЦИИ.....	859
УГОЛОВНОЕ ПРАВО УКРАИНЫ: ИТОГИ, ТЕНДЕНЦИИ, ПЕРСПЕКТИВЫ.....	865
СТАТТІ 60, 61 КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ.....	874
ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ ДЕРЖАВНОЇ ПОЛІТИКИ ЩОДО БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ В УКРАЇНІ.....	878
ЗНАЧЕНИЕ ОБЩЕСТВЕННОГО МНЕНИЯ И ИНТЕРЕСОВ ПОТЕРПЕВШЕГО ПРИ МОДЕЛИРОВАНИИ СОВРЕМЕННОЙ УГОЛОВНОЙ ПОЛИТИКИ.....	881
ВИМОГИ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА ПРИ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ ТА ДЕКРИМІНАЛІЗАЦІЇ СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНИХ ДІЯНЬ.....	884
ПРЕСТУПЛЕНИЯ В СФЕРЕ ОБОРОТА НАРКОТИЧЕСКИХ СРЕДСТВ, ПСИХОТРОПНЫХ ВЕЩЕСТВ, ИХ АНАЛОГОВ ИЛИ ПРЕКУРСОРОВ: ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА И КЛАССИФИКАЦИЯ.....	887
ПРИМЕНЕНИЕ УГОЛОВНО-ПРАВОВЫХ НОРМ ОРГАНАМИ ДОСУДЕБНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ (ОБЩИЙ ПОДХОД).....	893
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА СИСТЕМА УКРАЇНИ: ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА.....	902
ОСВОБОЖДЕНИЕ ОТ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ УКРАИНЫ: ПРАВОВАЯ ПРИРОДА, ПОНЯТИЕ, ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ ПОРЯДОК.....	904
СУЧАСНЕ КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО УКРАЇНИ: ПІДСУМКИ, ТЕНДЕНЦІЇ, ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ.....	911

Наукове видання

Баулін Юрій Васильович

Вибрані праці

Укладачі та відповідальні редактори:

Ю. А. Пономаєнко, О. В. Харитонова

Коректор *Н. Ю. Шестьора*

Технічні редактори:

В. М. Зеленько, О. І. Сенько

Підписано до друку 20.08.2013.
Формат 70×100 ¹/₁₆. Папір офсетний. Гарнітура MyslC.
Ум. друк. арк. 74,8. Обл.-вид. арк. 81,2. Вид. № 926.
Тираж 300 прим.

Видавництво «Право» Національної академії правових наук України
та Національного університету «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»
Україна, 61002, Харків, вул. Чернишевська, 80а
Тел./факс (057) 716-45-53
Сайт: www.pravo-izdat.com.ua
E-mail для авторів: verstka@pravo-izdat.com.ua
E-mail для замовлень: sales@pravo-izdat.com.ua

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 4219 від 01.12.2011 р.

Виготовлено в друкарні СПДФО Білетченко
Тел. (057) 758-35-98

Для нотаток

Для нотаток

Для нотаток

Для нотаток
