ЛЬВІВСЬКИЙ ДЕРЖАВНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ВНУТРІШНІХ СПРАВ

ПРОГАЛИНИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

Львів – 2008

ЛЬВІВСЬКИЙ ДЕРЖАВНИЙ УНІВЕРСИТЕТ ВНУТРІШНІХ СПРАВ

КРИМІНАЛЬНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ 2001 р. ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ І ПЕРСПЕКТИВИ УДОСКОНАЛЕННЯ. ПРОГАЛИНИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

Міжнародний симпозіум 12-13 вересня 2008 р.

Тези і реферати доповідей, тексти повідомлень

Львів - 2008

Рекомендовано до друку Вченою радою
Львівського державного університету внутрішніх справ
(протокол № 1 від 29 серпня 2008 р.),

Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення. Прогалини у кримінальному законодавстві. Міжнародний симпозіум, 12-13 вересня 2008 р. Тези і реферати доповідей, тести повідомлень. -Львів, 2008.-352 с.

У книзі вміщено тези і реферати доповідей, тексти повідомлень, з якими виступлять учасники міжнародного симпозіуму « Кримінальний кодекс України 2001р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення. Прогалини у кримінальному законодавстві», що відбудеться 12-13 вересня 2008 р. у Львівському державному університеті внутрішніх справ. У симпозіумі візьмуть участь відомі вчені, авторитетні фахівці з проблем сучасного кримінального права, які представляють наукові центри юридичної науки України (Київ, Харків, Одеса, Львів), Республіки Білорусь (Мінськ), Російської Федера-. ції (Москва, Владивосток).

Упорядник - кандидат юридичних наук М.М. Сенько.

© Львівський державний університет внутрішніх справ, 2008.

В.Л. Ортинський,
доктор юридичних наук, професор
О.К. Марін,
кандидат юридичних наук, доцент
(Львівський державний університет внутрішніх справ)

ПРОГАЛИНИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМИ

1 вересня 2008 р. виповнюється сім років, як вступив у юридичну силу Кримінальний кодекс України. Саме з цією подією пов'язаний основний порядок денний нашого зібрання. За визнанням відомих учених, наших чисельних колег проведення форуму провідних спеціалістів у галузі кримінального права у Львівському державному університеті внутрішніх справ стало доброю традицією, яка з року в рік зміцнює авторитет кримінально-правової науки на теренах не лише України, а й сусідніх держав. Звичайно, усяка добра справа стає ще кращою, якщо знаходяться свіжі ідеї, відбувається не лише збереження добрих традицій, а й поступ у їх удосконаленні.

Захід, який цього разу проходить у стінах нашого навчального закладу, відрізняється від минулих міжнародних науково-практичних конференцій двома основними ознаками: зміною форми проведення – з міжнародної науково-практичної конференції на міжнародний симпозіум з кримінального права та змістовним наповненням програми, адже пропонується до розгляду конкретизація проблем кримінального права.

Метою таких змін у цьому році стало об'єднання інтелектуальних зусиль кращих представників кримінально-правової науки нашої та сусідніх країн для розв'язання однієї з найбільш складних проблем кримінального права – прогалин у кримінальному законодавстві.

Кримінальний закон будь-якої держави континентальної системи права уявляється як цілісний системний та системоутворюючий правовий акт, спрямований на комплексне регулювання визначених суспільних відносин, вичерпне визначення кола суспільно небезпечних діянь (злочинів) та встановлення покарань за їх вчинення.

Проте, таке уявлення частково спростовується якістю кримінальних законів, практикою їх застосування, результатами

аналізу цих показників вченими криміналістами. Причинами пробільності кримінально-правового регулювання, як видається, є такий комплекс факторів:

– об'єктивні суперечності між сталістю закону та швидкою зміною суспільних відносин у державі, справді, формалізовані нормотворчі механізми держави нездатні швидко та адекватно реагувати на суспільно значимі зміни у соціально-економічній сфері країни;

– сам механізм законотворення часто-густо переповнений наявністю великої кількості робочих груп з розроблення законопроекту, робота яких нескоординована між собою;

– внесення великої кількості кон'юнктурних змін у кримінальний закон, які порушують структурну та змістовну цілісність цього правового акту, створюючи або надмір правового регулювання, або зайву його казуїстичність, що своєю чергою є першим кроком виникнення прогалин кримінального законодавства.

Ознайомлення з цією проблемою дає можливість концептуально окреслити можливі напрями її розв'язання. Якщо об'єктивні суперечності між правом та суспільством вирішити не вдасться, то фактори суб'єктивного характеру потребують усунення із законотворчого процесу.

Окрім загальних засад подолання пробільності кримінального закону, важливе значення має також й виявлення конкретних прогалин у законі, розроблення пропозицій з усунення їх із нормативного матеріалу.

Прогалини у кримінальному законодавстві – проблема, яка існує не самостійно, а й тягне за собою масу супутніх проблем кримінально-правового характеру.

Виділені вище три блоки питань, пов'язаних із прогалинами у кримінальному законодавстві, й стануть предметом розгляду учасників нашого симпозіуму.

У першому блоці загальнотеоретичних проблем подолання прогалин у кримінальному законодавстві можна виділити такі основні питання, навколо яких у теорії кримінального права точаться дискусії:

– категорична заборона застосування кримінального закону за аналогією (ч. 4 ст. 3 КК України 2001 р.) як основного засобу подолання прогалин у законі в цілому;

– можливості взагалі говорити про прогалини у кримінальному законі у зв'язку із наявністю у Кримінальному кодексі по-

ложень про те, що відповідно до ч. 1 ст. 11 КК «злочином є *передбачене цим Кодексом* суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину». Отже, діяння, яке *не передбачене* КК, за жодних умов не може бути визнане злочином, оскільки це суперечитиме вказаному визначенню. Крім того, щодо визначення видів і розмірів правообмежень, в яких полягає кримінальна відповідальність (а це, перш за все, покарання, а також судимість та іспитові строки при умовному звільненні від кримінальної відповідальності чи покарання), законодавець також зайняв позицію, відповідно до якої застосуванню підлягають *лише ті види правообмежень і лише в тому розмірі, в якому вони передбачені в КК* (так вважає Ю.А. Пономаренко, доцент Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого);

– урахування при визначенні прогалин у кримінальному законодавстві положень нормативно-правових актів інших галузей права та ратифікованих Верховною Радою України міжнародних договорів. Маються на увазі випадки, коли у регулятивному законі визначається коло діянь, які визнаються ним порушеннями відповідного регулятивного законодавства, і у загальній формі встановлюється, що особи, винні у порушенні норм відповідного законодавства, несуть певні види відповідальності, в тому числі і кримінальну, а у Кримінальному кодексі не передбачено відповідних охоронювальних норм. Крім того, у ч. 5 ст. 3 КК зазначено, що закони України про кримінальну відповідальність повинні відповідати положенням, що містяться у чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, а у КК не імплементовані відповідні положення (цю позицію відстоює П.П. Андрушко, професор Київського національного університету імені Тараса Шевченка);

– проблеми, пов'язані з надміром правового регулювання, великою кількістю спеціальних та казуїстичних норм (на думку В.О. Навроцького, професора Львівського державного університету внутрішніх справ);

– актуальні на сьогодні та ще не до кінця осмислені питання, пов'язані із масштабними змінами, що відбулися з ухваленням Закону у квітні 2008 р. за яким здійснюється гуманізація кримінального законодавства (як вважають М.І. Хавронюк, начальник правового управління Верховного Суду України; А.В. Савченко, професор Київського національного університету внутрішніх справ).

До другого блоку можна віднести питання виявлення та усунення прогалин при регулюванні часткових проблем кримінального права. Це стосується, насамперед:

– прогалин у законодавстві про кримінальну відповідальність за злочини, вчинені у стані сильного душевного хвилювання;

– прогалин у законодавстві про кримінальну відповідальність за «комп'ютерні» злочини;

– прогалин у законодавстві про злочини у сфері службової діяльності;

– прогалин кримінально-правового забезпечення заборони репродуктивного клонування людини;

– прогалин у кримінально-правовій регламентації відповідальності за злочини, вчинені у співучасті;

– прогалин у законодавстві про відповідальність за «транспортні злочини»;

– проблем кримінально-правової регламентації поняття та форм вини, осудності, покарання та досягнення його мети тощо.

Аналіз загальнотеоретичних та конкретно-правових проблем наявності прогалин у кримінальному законодавстві ставить перед кримінально-правовою наукою ряд питань, які дотичні до прогалин у законодавстві, випливають з їх наявності, обумовлені ними. Не оминемо їх своєю увагою і ми на цьому симпозіумі.

Учасники форуму говоритимуть про:

– спірні питання тлумачення окремих кримінально-правових понять;

– проблеми визначення ознак окремих складів злочинів;

– роль юридичних конструкцій у кримінальному праві;

– розвиток окремих кримінально-правових інститутів та кримінально-правових норм;

– проблеми співвідношення складів злочинів;

– систему покарань;

– проблеми звільнення від кримінальної відповідальності тощо.

Маємо всі підстави сподіватися, що організаційні зусилля Львівського державного університету внутрішніх справ, залучення до участі в симпозіумі відомих вчених із солідним науковим потенціалом, можливість вільного обміну думками в творчих дискусіях стануть тими необхідними умовами плідної професійної співпраці, результатом якої, безумовно, буде ще один крок на шляху вирішення окреслених вище актуальних науково-теоретичних і практичних проблем, пов'язаних із усуненням прогалин у кримінальному законодавстві.

ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ПРОБЛЕМИ ПОДОЛАННЯ ПРОГАЛИН У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНІ

О.В. Авраменко,
кандидат юридичних наук
(Львівський державний університет внутрішніх справ)

ПРОГАЛИНИ В ЗАКОНОДАВСТВІ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЗЛОЧИНИ, ВЧИНЕНІ У СТАНІ СИЛЬНОГО ДУШЕВНОГО ХВИЛЮВАННЯ

У КК України 2001 р. на стан сильного душевного хвилювання вказується у п'ятьох статтях, а саме: у ч. 4 ст. 36, ч. 3 ст. 39, п. 7 ст. 66, ст. 116, ст. 123. Тобто це поняття вжите законодавцем як у нормах Загальної частини КК України, так і в Особливій його частині. В Особливій частині КК України містяться дві статті, в яких встановлено кримінальну відповідальність за злочини, вчинені в стані сильного душевного хвилювання. Така відповідальність передбачена за умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання (ст. 116 КК), та умисне тяжке тілесне ушкодження, заподіяне у стані сильного душевного хвилювання (ст. 123 КК).

Проте, як свідчить практика застосування кримінального закону, у стані сильного душевного хвилювання можуть бути вчинені й інші діяння, які не пов'язані із посяганням на життя чи здоров'я особи, через що в науці кримінального права, в слідчій та судовій практиці постало чимало питань, які до певної міри залишаються невирішеними на сьогодні.

Поверховий підхід до аналізу вчинених діянь вочевидь призводить до помилкових рішень. Саме через це трапляються випадки визнання у тому чи іншому діянні складу злочину, коли справді його нема, а особа безпідставно визнається винною і притягається до кримінальної відповідальності. З тієї ж причини у діях винної особи встановлюється не той склад злочину, який мав місце насправді, а злочин кваліфікується неправильно.

У чинному КК України, на відміну від КК України 1960 р., не виділено окремого складу злочину про заподіяння в стані силь-

ного душевного хвилювання середньої тяжкості тілесного ушкодження. Дехто з науковців також стверджує, що кримінальна відповідальність у таких випадках повинна наставати на загальних підставах, враховуючи при цьому такий стан як обставину, що пом'якшує покарання [1, с. 11]. Так, Т.Г. Шавгулідзе вважає, що у всіх тих випадках, коли стан сильного душевного хвилювання не є обов'язковою ознакою складу злочину, він повинен враховуватися як обставина, що пом'якшує кримінальну відповідальність, але не виключати її [2, с. 155–156]. Такої ж думки дотримуються й інші науковці. А.В. Байлов та Б.В. Сідоров вважають, що у випадку заподіяння у стані сильного душевного хвилювання, викликаного відповідною протиправною чи аморальною поведінкою потерпілого, про яку вказує законодавець, іншої шкоди здоров'ю винну особу потрібно притягувати до кримінальної відповідальності на загальних підставах, враховуючи стан сильного душевного хвилювання як обставину, що пом'якшує кримінальну відповідальність в межах її індивідуалізації [3, с. 40–41; 4, с. 95–96]. Свого часу саме таким шляхом йшла і судова практика.

Навряд чи можна погодитись з такою позицією. Тому необхідно проаналізувати позиції науковців, судову практику, а також обґрунтувати інший варіант кримінально-правової кваліфікації діянь, вчинених у стані сильного душевного хвилювання.

Власне бачення вирішення цієї проблеми запропонував В.М. Бурдін. Він зазначає, що наявність пропозицій кваліфікувати випадки вчинення умисного середньої тяжкості та легкого тілесного ушкодження, заподіяного в стані сильного душевного хвилювання, за ст. 122 та ст. 125 КК відповідно з урахуванням стану сильного душевного хвилювання як обставини, що пом'якшує покарання, обумовлюється поглядами на кримінально-правові норми, що передбачають склади злочинів з пом'якшуючими ознаками у складі, як на спеціальні норми. Так, за такого розуміння норма, передбачена у ст. 116 КК, є спеціальною щодо норми, яка передбачена у ч. 1 ст. 115 КК. Отже, у випадку вчинення умисного вбивства, в стані сильного душевного хвилювання має місце конкуренція загальної (ч. 1 ст. 115 КК) та спеціальної норми (ст. 116 КК). За загальними правилами кваліфікації злочинів, за наявності такого виду конкуренції застосовувати необхідно спеціальну норму. Проте таке розуміння норми, пише В.М. Бурдін, яка передбачає склад злочину з пом'якшуючою ознакою, видається помилковим. Адже у такому випадку за відсутності спеціальної норми застосуванню підлягає загальна норма. Тобто за такого ро-

зуміння співвідношення вказаних норм заподіяння в стані сильного душевного хвилювання, що раптово виникло внаслідок протиправної чи аморальної поведінки потерпілого, умисного середньої тяжкості чи легкого тілесного ушкодження потрібно кваліфікувати відповідно за ст. 122 або ст. 125 КК відповідно. Стан сильного душевного хвилювання ж при цьому необхідно враховувати як обставину, що відповідно до п. 7 ст. 66 КК пом'якшує покарання [5, с. 126–127].

З приводу вирішення проблеми кримінально-правової оцінки випадків заподіяння у стані сильного душевного хвилювання іншої шкоди здоров'ю, крім заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, відомі й інші точки зору. По-іншому вирішується це питання на практиці застосування кримінального закону. Так, судова колегія у кримінальних справах Верховного Суду України по окремій справі вказала, що заподіяння легкого тілесного ушкодження в стані сильного душевного хвилювання (за КК 1960 р.) не є злочином [6, с. 136–137]. У п. 24 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про злочини проти життя і здоров'я людини» від 1 квітня 1994 р. № 1 зазначалося, що заподіяння легкого тілесного ушкодження, заподіяного в стані сильного душевного хвилювання, викликаного неправомірною поведінкою потерпілого, злочином не визнається. У п. 25 постанови Пленуму Верховного Суду України від 7 лютого 2003 р. № 2, вказується, що заподіяння легкого або середньої тяжкості тілесного ушкодження, заподіяного в стані сильного душевного хвилювання, викликаного неправомірною поведінкою потерпілого, злочином не визнається. Щоправда, у жодній з наведених постанов не дається пояснення, чому саме такою є позиція Пленуму Верховного Суду України.

Таке вирішення цього питання, вважаємо, випливає із застосування історико-правового методу, на підставі якого можна говорити про те, що відбулася декриміналізація такого діяння як вчинення середньої тяжкості тілесного ушкодження у стані сильного душевного хвилювання. Однак такий висновок є спірним, адже про таку декриміналізацію не вказується в прикінцевих та перехідних положеннях КК 2001 р. У зв'язку з цим вказане питання і надалі залишається невирішеним.

О. М. Попов вважає, що в тих випадках, коли у стані сильного душевного хвилювання, що викликане протиправною або аморальною поведінкою потерпілого, буде заподіяне легке чи середньої тяжкості тілесне ушкодження, кримінальна відповідаль-

ність виключається з урахуванням положень про малозначність діяння. Перш за все він вказує на те, що оскільки законодавець враховує стан сильного душевного хвилювання в більш тяжких злочинах, зокрема умисному вбивстві та умисному тяжкому тілесному ушкодженні, диференціюючи кримінальну відповідальність і при цьому суттєво пом'якшуючи її, то не враховувати такий стан у випадку вчинення менш тяжкого злочину було би неправильним. На його думку, законодавець диференціює кримінальну відповідальність і в таких випадках, але ця диференціація саме і полягає в тому, що у випадку вчинення в такому стані легкого чи середньої тяжкості тілесного ушкодження кримінальної відповідальності не встановлено взагалі. Для підтвердження своєї позиції О. М. Попов порівнює верхню межу санкції умисного вбивства з відповідною санкцією умисного вбивства, вчиненого в стані сильного душевного хвилювання, і таке саме порівняння робить з умисним тяжкими тілесним ушкодженням. У результаті цього він виводить певні коефіцієнти пом'якшення покарання і приходить до висновку про те, що коли застосувати такі ж коефіцієнти для пом'якшення покарання за умисне легке та середньої тяжкості тілесне ушкодження, якщо вони заподіяні у стані сильного душевного хвилювання, то отримана санкція буде свідчити про малозначність вказаних діянь [7, с. 84–85, 87]. Підхід О.М. Попова по суті є цілком правильним. Адже остаточний та узагальнений вираз суспільна небезпека певного складу злочину знаходить саме в типовій санкції. Єдине, що, на нашу думку, потребує уточнення, так це те, що до уваги треба брати не тільки порівняння верхньої, а й нижньої межі санкції.

Така позиція видається дискусійною з певних міркувань. Згідно з ч. 2 ст. 11 КК не є злочином дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого КК, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі. З цієї норми випливає, що малозначність – це питання факту, оцінка конкретного діяння, про яке можна вести мову лише тоді, коли воно формально є злочинним.

Ми виходимо з того, що злочином є лише передбачене КК суспільно небезпечне винне діяння, вчинене суб'єктом злочину. Також відповідно до ч. 2 ст. 1 КК законодавець встановлює, «які суспільно небезпечні діяння є злочинами…». Оскільки суспільна небезпека заподіяння легких та середньої тяжкості тілесних

ушкоджень у стані сильного душевного хвилювання є беззаперечно не надто істотною, можна припустити, що законодавець відмовився від визнання таких діянь злочинними взагалі. А відтак, оскільки чинне кримінальне законодавство відповідальності за заподіяння легких та середньої тяжкості тілесних ушкоджень у стані сильного душевного хвилювання не передбачає, то такі діяння ми вважаємо не злочинними.

Відтак ми погоджуємось з позицією О.М. Попова, що законодавець диференціює кримінальну відповідальність за заподіяння шкоди здоров'ю у стані сильного душевного хвилювання, і ця диференціація саме і полягає в тому, що у випадку вчинення у такому стані легкого чи середньої тяжкості тілесного ушкодження кримінальної відповідальності не встановлено взагалі.

Для вирішення цієї ситуації на нормативному рівні в Україні позитивним, на нашу думку, є досвід Республіки Білорусь, де у ст. 31 КК закріплено положення про те, що кримінальна відповідальність за діяння, вчинене в стані сильного душевного хвилювання, що раптово виникнуло (афекту), викликаного насильством, знущанням, тяжкою образою чи іншими протиправними чи грубими аморальними діями потерпілого або тривалою психотравмуючою ситуацією, яка виникла у зв'язку з систематичною протиправною чи аморальною поведінкою потерпілого, коли особа не могла повною мірою усвідомлювати значення своїх дій чи керувати ними, настає лише у випадку умисного спричинення смерті, тяжкого чи менш тяжкого тілесного ушкодження [8, с. 36]. Таке законодавче положення виключає будь-які сумніви в тому, чи тягне за собою кримінальну відповідальність заподіяння у стані сильного душевного хвилювання, спровокованого протиправною чи аморальною поведінкою потерпілого, іншої шкоди, крім умисного вбивства, тяжкого чи менш тяжкого тілесного ушкодження. Таким чином, вважаємо за доцільне запозичити досвід КК Республіки Білорусь в частині нормативного вирішення питання про відповідальність за заподіяння шкоди здоров'ю у стані сильного душевного хвилювання.

Думаємо, що таке нормативне положення повинно бути сформульоване у КК України в ст. 251 , де в ч. 1 закріпити поняття стану сильного душевного хвилювання, а ч. 2 викласти таким чином:

Стаття 25[1]. Стан сильного душевного хвилювання

2. Кримінальна відповідальність за заподіяння в стані сильного душевного хвилювання шкоди правоохоронюваним інтересам

потерпілого, якщо такий стан був обумовлений протизаконним насильством, знущанням або тяжкою образою з його боку, настає лише у випадках, передбачених у Особливій частині цього Кодексу.

---

1. *Перепелица А.И.* Некоторые изменения в ответственности за посягательства на жизнь и здоровье личности по новому УК Украины: Матер. наук.-практ. конф. «Кримінально-правова охорона життя та здоров'я особи»; (Харків 22–23 квітня 2004 р.) / Редкол.: Сташис В.В. (голов. ред.) та ін. – К.–Х.: Юрінком Інтер, 2004. – С. 9–14.

2. *Шавгулидзе Т.Г.* Аффект и уголовная ответственность. – Тбилиси: Мецниереба, 1973. – 216 с.

3. *Байлов А.* Посягательства на личность в состоянии аффекта по УК РФ и УК Украины // Законность. – 2002. – № 8. – С. 40–41.

4. *Сидоров Б.В.* Аффект. Его уголовно-правовое и криминологическое значение. (Социально-психологическое и правовое исследование). – Казань: Изд-во Казан. у-та, 1978. – 159 с.

5. *Бурдін В.* Кримінальна відповідальність за злочини, вчинені в стані сильного душевного хвилювання: Монографія. – Львів: ПАІС, 2006. – 200 с.

6. Судебная практика. Убийства, изнасилования и другие преступления против личности. Сборник судебных решений по уголовным делам. – К.: Товариство «Знання» України, 1993. – 240 с.

7. *Попов А.Н.* Преступление против личности при смягчающих обстоятельствах. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – 465 с.

8. Уголовный кодекс Республики Беларусь. – Мн.: Амалфея, 2001. – 320 с.

Д.С. Азаров,
кандидат юридичних наук, доцент
(Національний університет «Києво-Могилянська академія»)

ОСНОВНІ ПРОГАЛИНИ В ЗАКОНОДАВСТВІ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА «КОМП'ЮТЕРНІ» ЗЛОЧИНИ

Норми про відповідальність за «комп'ютерні» злочини розглядалися чи не найбільш інтенсивно з-поміж інших кримі-

нально-правових заборон (йдеться насамперед про ті з них, що передбачені статтями розділу 16 Особливої частини КК України). На жаль, така пильна увага до цих норм не додала їм якості. Недоліки кримінального законодавства обтяжуються суттєвими вадами інформаційного законодавства, зокрема Законів України «Про інформацію», «Про телекомунікації», «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах». Наразі маємо ситуацію, за якої некриміналізованими залишились діяння, що мали би бути визнані злочинами відповідно до Конвенції про кіберзлочинність, яку Україна ратифікувала у 2005 р. Серед цих посягань передусім слід згадати такі.

1. У кримінальному законодавстві не передбачено відповідальність за незаконний доступ до відкритої комп'ютерної інформації. Відповідно до Закону України «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах» витік інформації – це результат дій, внаслідок яких інформація у системі стає відомою чи доступною фізичним та/або юридичним особам, *що не мають права доступу до неї*. За змістом ст.ст. 28 і 30 Закону України «Про інформацію» залежно від режиму доступу інформація поділяється на відкриту та з обмеженим доступом, тобто конфіденційну або таємну. Отже, витік можливий за умови, що відповідна інформація є конфіденційною або таємною, оскільки право доступу *до відкритої інформації має будь-яка особа*. Це підтверджується й етимологічним значенням слова «витік», яке позначає випадки, коли щось витікає, виходить з чого-небудь назовні.

З огляду на зазначене предметом несанкціонованого втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (ЕОМ) (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку (ст. 361 КК), а також несанкціонованого перехоплення чи копіювання інформації, які призвели до витоку останньої (ст. 362 КК), можуть бути лише таємні або конфіденційні відомості.

У законодавстві не враховано, що є значна кількість інформаційних ресурсів, які містять відкриту інформацію, право на одержання якої надається на певних умовах, зокрема за плату. Виконання цих умов обмежує коло осіб, які одержують інформацію зі згаданих інформаційних ресурсів (наприклад, платні Інтернет-сторінки, бази даних законодавства (НАУ, Ліга), платні електронні бібліотеки тощо). Встановлення певних умов отримання інформації не перетворює відповідні відомості з відкритих на конфіденційні чи таємні. Одержання цих відомостей з

порушенням згаданих умов шляхом несанкціонованого втручання в роботу ЕОМ, автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку не утворює складу злочину, передбаченого ст. 361 КК.

2. Не встановлено кримінальну відповідальність за незаконні введення, зміну та пошкодження комп'ютерної інформації, вчинене особами, які не мають доступу до комп'ютерної системи чи телекомунікаційної мережі. Зміст суспільно небезпечних наслідків, передбачених ст. 361 КК (витік, втрата, підробка, блокування інформації, спотворення процесу обробки інформації, порушення встановленого порядку її маршрутизації), за своїм обсягом не повною мірою узгоджується зі змістом відповідних суспільно небезпечних дій. Адже втручання в роботу ЕОМ, автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку може вчиняється, зокрема, шляхом введення, зміни, пошкодження, знищення чи блокування інформації. Проте у ст. 361 КК не вказано на незаконні введення, зміну та пошкодження інформації, зокрема комп'ютерної.

Введення комп'ютерної інформації – це створення комп'ютерної інформації, яка є новою відносно певної комп'ютерної системи чи телекомунікаційної мережі.

Зміна комп'ютерної інформації означає будь-яку модифікацію комп'ютерної інформації, що не спричинила втрату її основних властивостей. Внаслідок таких дій інформація не перестає існувати, не змінюються її основні атрибути (призначення, формат тощо), а головне – таку інформацію можна використовувати.

Зміну комп'ютерної інформації слід відрізняти від її *пошкодження*, в результаті якого комп'ютерна інформація стає частково або повністю непридатною для використання. Тобто комп'ютерна інформація не перестає існувати в комп'ютерній системі чи телекомунікаційній мережі, проте її використання стає неможливим. Поняттям пошкодження комп'ютерної інформації охоплюється і знищення певної її частини.

У ст. 361 КК України охоплюється лише та частина зазначених вище діянь, яка проявилася у підробці інформації, тобто викривленні змісту існуючої інформації або створенні інформації, що за змістом не відповідає дійсності. Окремі випадки незаконних зміни та пошкодження інформації можуть вважатися спотворенням процесу її зберігання, а відтак охоплюватися поняттям «спотворення процесу оброблення інформації».

3. Із внесенням останніх змін до статей розділу 16 Особливої частини КК України фактично декриміналізовано розповсюдження комп'ютерних вірусів. У ст. 361[1] встановлена відповідальність за створення з метою використання, розповсюдження або збуту, а також розповсюдження або збут шкідливих програмних чи технічних засобів, призначених для несанкціонованого втручання в роботу ЕОМ, автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку. Програмні і технічні засоби, які є предметом цього посягання, призначені для вчинення іншого злочину – того, що передбачено у ст. 361. Тому реалізація шкідливих властивостей цих засобів має проявлятися не при їх розповсюдженні чи збуті, а в процесі вчинення злочину, для якого вони призначені, тобто втручання в роботу ЕОМ, автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку.

Це не повною мірою відповідає сутності діянь у формі розповсюдження комп'ютерних вірусів, які є різновидом шкідливих програмних засобів. У процесі вчинення вказаних діянь далеко не завжди відбувається несанкціоноване втручання в роботу ЕОМ, автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку. Наприклад, програма-вірус передається електронною поштою і починає «працювати» без участі особи, яка її розповсюдила. Відмінність між «розповсюдженням» і «втручанням» є очевидною і підтверджується, зокрема, положеннями чинного кримінального законодавства і ст. 361 у попередній редакції («втручання» і «розповсюдження» були названі як різні самостійні діяння).

Звідси ст. 361[1] не передбачає відповідальності за розповсюдження комп'ютерного вірусу, оскільки шкідливість відповідних програмних засобів проявляється саме під час їх розповсюдження, а не в процесі вчинення інших дій, зокрема, втручання в роботу ЕОМ, автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку.

4. Нема норми, що прямо передбачає кримінальну відповідальність за незаконне заволодіння комп'ютерною інформацією, при якому остання вибуває з володіння власника чи законного володільця. У ст. 362 КК України (перша редакція) передбачалася відповідальність за викрадення, привласнення, вимагання комп'ютерної інформації або заволодіння нею шляхом шахрайства чи зловживання службовою особою своїм службовим становищем. Ми неодноразово наголошували, що поряд із цими діями доцільно криміналізувати незаконні копіювання та перехоплення комп'ютерної інформації. Законом України від

23.12.2004 р. № 2289-IV ст. 362 було змінено, тепер нею передбачено, зокрема, несанкціоновані перехоплення або копіювання інформації, яка оброблюється в ЕОМ, автоматизованих системах, комп'ютерних мережах або зберігається на носіях такої інформації, якщо це призвело до її витоку, вчинені особою, яка має право доступу до такої інформації.

Копіювання інформації та її перехоплення за своєю сутністю є однаковими і полягають в одержанні копії певної інформації, її відтворенні з оригінального примірника. При копіюванні інформація відтворюється з використанням безпосереднього доступу до неї та її носія. Перехоплення відбувається за відсутності доступу до інформації, як правило, під час передавання каналами зв'язку або в процесі іншого оброблення.

Таким чином, законодавець виправляючи одну ваду припускається нової помилки і декриміналізує неправомірне заволодіння комп'ютерною інформацією, при якому остання вибуває з володіння власника (законного володільця).

5. Невдалою є спроба криміналізації т.зв. комп'ютерного шахрайства через встановлення специфічної кваліфікуючої ознаки шахрайства традиційного – вчинення цього злочину шляхом незаконних операцій з використанням електронно-обчислювальної техніки. Криміналізація аналізованих суспільно небезпечних дій, як видається, відбулася з урахуванням положень законодавства окремих зарубіжних країн, яке передбачає відповідальність за злочини, що у дослівному перекладі називаються «комп'ютерне» шахрайство. Це посягання зазвичай вчиняється шляхом введення до ЕОМ, автоматизованої системи, комп'ютерної мережі чи мережі електрозв'язку неправдивих відомостей. Наприклад, особа, отримавши доступ до автоматизованої системи певного банку, вводить або змінює комп'ютерну інформацію, внаслідок чого грошові кошти переводяться з рахунку потерпілого, на інший рахунок.

Введення неправдивих даних у комп'ютерну систему не може розцінюватися як обман чи зловживання довірою, оскільки ці способи злочинних діянь використовуються лише при спілкуванні між людьми. Термін «обман», а надто зворот «зловживання довірою» не можуть вживатися для позначення дій у вигляді введення неправдивої інформації у комп'ютерну систему. Адже такі категорії, як правда, неправда, довіра, недовіра тощо характеризують стосунки та спілкування між людьми. Не можна обманути комп'ютер чи зловжити його довірою.

Відмінність традиційного шахрайства від його комп'ютерного аналога полягає також і в тому, що при вчиненні першого із них потерпілий з власної волі передає предмет злочину винному, а при скоєнні останнього лише виявляє відсутність певних матеріальних цінностей, приміром коштів на своєму рахунку.

Таким чином, термін «шахрайство» недоцільно використовувати у законодавчому визначенні суспільно небезпечних дій, сутність яких зводиться до введення, зміни, пошкодження, знищення чи блокування комп'ютерної інформації в ЕОМ, автоматизованій системі, комп'ютерній мережі чи мережі електрозв'язку, або характеризується іншим впливом на процес обробки комп'ютерної інформації, що змінило результат такого оброблення, з метою заволодіння чужим майном. Очевидно, що криміналізація таких специфічних діянь не може відбуватися через розширення складу шахрайства. Для встановлення кримінальної відповідальності за подібні посягання доцільно впровадити нові самостійні кримінально-правові норми.

6. Насамкінець хотілося б ще раз привернути увагу до недоліку, існуванню якого важко знайти раціональне пояснення – ***використання терміну «несанкціонований» у статтях 361, 361[2], 362 КК України.*** Аналізуючи цей непритаманний чинному кримінальному законодавству термін потрібно спиратися на такі положення Закону України «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах»: несанкціоновані дії щодо інформації в інформаційній, телекомунікаційній та інформаційно-телекомунікаційній системах (далі – системах) – це дії, що провадяться з порушенням порядку доступу до цієї інформації, установленого відповідно до законодавства; доступ до інформації – це отримання користувачем можливості обробляти інформацію в системі; порядок доступу до інформації в системі – це умови отримання користувачем можливості обробляти інформацію в системі та правила обробки цієї інформації. Жоден нормативно-правовий акт, який охоплюється поняттям «законодавство», не передбачає порядку отримання користувачем можливості обробляти інформацію в системі, тобто порядку доступу до інформації. Дозвіл на доступ до інформації надає її власник, чи власник відповідної системи або уповноважена ними особа. Проте наявність такого дозволу або його відсутність не означає, що доступ до інформації є законним чи незаконним відповідно. З наведеного випливає такий висновок: несанкціоновані дії не завжди є незаконними, і навпаки, законні дії можуть бути несанкціонованими. *Звідси, злочи-*

Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого
Бібліотека

нами можуть визнаватися несанкціоновані, але законні діяння, водночас незаконні, проте санкціоновані діяння, не вважатимуться злочинними.

П.П. Андрушко,
кандидат юридичних наук, професор
(Київський національний університет імені Тараса Шевченка)

ПОНЯТТЯ ПРОГАЛИН У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНІ: ЇХ ВИДИ, ШЛЯХИ ПОДОЛАННЯ

Під прогалиною буквально розуміється проміжок між чим-небудь, а у переносному значенні – упущення, пропуск, недолік, вада, хиба [1, с. 1147].

М.О. Кауфман пише, що П.О. Недбайло в свій час висловив думку, яка згодом стала постулатом у радянській юридичній науці: «пробел возможен лишь в отношении таких фактов, которые находятся в сфере правового воздействия» та «пробел в праве это фактически пробел в законодательстве в смысле отсутствия конкретной нормы для решения определенных случав, находящихся в сфере воздействия права» [2, с. 38].

Є.В. Васьковський вважає, що прогалина у чинному праві має місце тоді, коли для якої-небудь категорії випадків або 1) взагалі нема норми, або 2) існує норма, але зовсім темна і незрозуміла, або 3) існує декілька норм, які знаходяться між собою у непримиримому протиріччі, або 4) встановлена норма, що страждає на неповноту (часткова прогалина) [3, с. 96].

М.С. Таганцев виділяв як різновиди прогалин неповноту закону і його недолік: «Неполнота уголовного закона предполагает, что известное деяние воспрещено законом, но в его обрисовке встречаются пробелы. Недостаток уголовных законов предполагает отсутствие закона, которым данное деяние воспрещается под страхом наказания» [4, с. 96].

Очевидно, у загальнотеоретичному аспекті слід розрізняти поняття «прогалини у праві» та «прогалини у законі», а у кримінальному праві – відповідно поняття «прогалини у кримінальному праві» та «прогалини у кримінальному законі». Зокрема, В.Ф. Щепельков, розрізняючи поняття «прогалини у праві» та «прогалини у законі», під першою розуміє відсутність норматив-

ного акту взагалі, а під другою – випадки, коли нормативний акт, який регулює суспільні відносини у загальній формі, залишає якісь їх аспекти без необхідного правового опосередкування. На думку В.Ф. Щепелькова, перші свідчать про відсутність нормативного акту взагалі і у кримінальному праві є неприборними для правозастосувача, а другі є випадком, коли нормативний акт, який регулює суспільні відносини у загальній формі, залишає якісь їх аспекти без необхідного правового опосередкування, в той час як останнє повинне бути передбачене саме цим актом. В.Ф. Щепельков вважає, що перша група прогалин може бути подолана лише законодавцем, а друга – правозастосувачем [5, с. 352].

Під прогалиною у законі В.Ф. Щепельков розуміє випадок, коли відсутність норми необхідно долати при застосуванні кримінального закону внаслідок формально-логічної недосконалості закону, допущеної при законопроектних роботах і відображеної у його тексті. При цьому В.Ф. Щепельков сприймає ідею М.С. Таганцева про необхідність поділу правових «пустот» на ті, які вправі заповнити лише законодавець, і ті, які зобов'язаний долати правозастосувач при реалізації правових установлень, саме які він і відносить до прогалин. Загалом В.Ф. Щепельков прогалинами вважає протиріччя і відсутність необхідного правила (неповноту) [5, с. 352–353].

М.О. Кауфман, виходячи із широкого розуміння прогалин у кримінальному праві, а саме з того, що всі випадки відсутності необхідного нормативного врегулювання певних ситуацій слід розглядати як прогалину, дає таке визначення поняття прогалин у кримінальному праві – це повна або часткова (неповнота) відсутність у кримінальному законі (КК РФ) нормативних установлень щодо фактів, що знаходяться у сфері кримінально-правового регулювання, а також відсутність точної чіткої вказівки на ознаки злочинного діяння (неконкретизованість), необхідність яких обумовлена об'єктивним розвитком суспільного життя та потребами практики застосування кримінального закону [2, с. 45–46].

Наведене визначення потребує, як вважає М.О. Кауфман, деяких уточнень: «Во-первых, пробел в уголовном праве всегда тождественен пробелу в уголовном законодательстве. Во-вторых, понятие «пробел» включает в себя следующие разновидности: 1) полное отсутствие определенной нормы; 2) неполнота нормы уже имеющейся; 3) неконкретизированность, нечеткость, допущенная законодателем при описании отдельных признаков состава преступного деяния. В-третьих, вывод об отсутствии нормы базируется на том,

что общественная опасность деяния – категория объективная, а следовательно, в рамках данной правовой системы урегулирование этого отношения в конкретной норме возможно и необходимо» [2, с. 46].

М.О. Кауфман вважає, що однією із прогалин у кримінальному законі у її «класичному прояві» є невизнання кримінальним законом злочином якого-небудь діяння, оскільки такий підхід не відповідає матеріальному розумінню поняття злочину як суспільно небезпечного діяння, яке вимагає визнання його злочином в силу внутрішніх якостей [2, с. 42], з чим однозначно погодитись не можна.

Видом прогалин у чинному Кримінальному законі, на мій погляд, є неврегульованість ситуації, коли при призначенні покарання суд не може застосовувати до конкретної особи: 1) основне покарання, яке у санкції статті (її частини) передбачене безальтернативно. Наприклад, у санкції ч. 2 ст. 203 КК як єдине основне (безальтернативне) покарання передбачене обмеження волі, яке згідно з ч. 3 ст. 61 КК не може бути застосоване до неповнолітніх, вагітних жінок і жінок, що мають дітей віком до чотирнадцяти років, до осіб, що досягли пенсійного віку, військовослужбовців строкової служби та до інвалідів першої і другої групи; 2) будь-яке із альтернативно передбачених санкцією статті (її частини) основних покарань. Зокрема, санкцією ч. 1 ст. 296 КК як основні покарання альтернативно передбачені штраф, арешт та обмеження волі. Жодне із цих покарань не може бути призначене особі, яка вчинила злочин у віці від 14 до 16 років, якщо вона не має самостійного доходу, власних коштів або майна, на яке може бути звернене стягнення; 3) додаткове покарання, зокрема у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, яке передбачене санкцією статті (її частини) як обов'язкове. Зокрема, ч. 1 та ч. 2 ст. 203 КК як обов'язкове додаткове покарання передбачено позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю, яке, з урахуванням положень ч. 2 ст. 55 КК, не може бути призначене особі, яка на момент вчинення злочину не обіймала будь-якої посади і не займалася будь-якою діяльністю, чи злочин, вчинений особою, не був за характером пов'язаний із займаною особою посадою чи здійснюваною нею діяльністю.

На мій погляд, відсутність в Особливій частині КК норми, яка б передбачала відповідальність за діяння, які регулятивним законом передбачається визнати злочинами, тобто передбачити за них кримінальну відповідальність, не означає, що у кримінальному законі є прогалини у випадку, якщо ним не передбачена безпосередньо відповідальність за порушення відповідного ре-

гулятивного законодавства. Маються на увазі випадки, коли у регулятивному законі визначається коло діянь, які визнаються ним порушеннями відповідного регулятивного законодавства, і у загальній формі встановлюється, що особи, винні у порушенні норм відповідного законодавства, несуть певні види відповідальності, в тому числі і кримінальну. Наприклад, ст. 80 Закону «Основи законодавства про охорону здоров'я» від 19 листопада 1992 р. передбачено, що «особи, винні у порушенні законодавства про охорону здоров'я, несуть цивільну, адміністративну або кримінальну відповідальність згідно із законодавством». Ст. 14 Закону «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» від 30 жовтня 1996 р. передбачено, що «посадові особи, які порушують законодавство про цінні папери, несуть кримінальну і майнову відповідальність, установлену відповідними законодавчими актами України». Згідно з ч. 1 ст. 22 Закону «Про державне регулювання видобутку, виробництва і використання дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння та контроль за операціями з ними» від 18 листопада 1997 р., «особи, винні в порушенні порядку видобутку, виробництва, використання і реалізації дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, дорогоцінного каміння органогенного утворення та напівдорогоцінного каміння несуть цивільно-правову, адміністративну і кримінальну відповідальність відповідно до законодавчих актів України». Ст. 21 Закону «Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів» від 23 вересня 1997 р. передбачено, що невиконання посадовими особами та іншими працівниками державної влади і органів місцевого самоврядування норм цього Закону, інших законодавчих актів, зазначених у ньому, тягне за собою кримінальну, адміністративну, дисциплінарну або іншу відповідальність відповідно до законодавства України.

Зверну увагу на те, що у першому із згаданих Законів вжито формулювання «несуть цивільну, адміністративну або кримінальну відповідальність», у другому – «несуть кримінальну і майнову відповідальність», у третьому – «несуть цивільно-правову, адміністративну і кримінальну відповідальність», у четвертому – «тягне за собою кримінальну, адміністративну, дисциплінарну або іншу відповідальність». При цьому у наведених положеннях, як і у аналогічних положеннях, що містяться в інших законах, не визначається, за які конкретно діяння має передбачатись кримінальна відповідальність, а за які адміністративна, дисциплінарна, цивільно-правова чи інша і яка саме відповідальність.

Очевидно, що лише законодавець може вирішити питання про те, за які діяння необхідно (доцільно) передбачити кримінальну відповідальність, тобто криміналізувати відповідні діяння шляхом внесення відповідних змін до КК.

Положення, сформульоване у ч. 1 ст. 22 Закону «Про державне регулювання видобутку, виробництва і використання дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння», є вельми некоректним. По-перше, особа за одні й ті ж діяння (правопорушення) не може притягуватись двічі до юридичної відповідальності одного виду (ч. 1 ст. 61 Конституції України), а кримінальна та адміністративна відповідальність є юридичною відповідальністю одного виду. Вживши ж між словами «адміністративну» та «кримінальну» з'єднувальний сполучник «і», законодавець тим самим начебто встановлює, що особи, винні в порушенні порядку видобутку, виробництва, використання і реалізації дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, дорогоцінного каміння органогенного утворення та напівдорогоцінного каміння, мають нести одночасно і цивільно-правову, і адміністративну, і кримінальну відповідальність. По-друге, чинним КК безпосередньо передбачена відповідальність не за всі діяння, які згідно з ч. 1 ст. 22 названого Закону мають тягти кримінальну відповідальність: за окремі з них відповідальність може наступати за статтями 214 та 240 КК, а за деякі інші відповідальність може наступати за ст. 202 чи ст. 203 КК, оскільки діяльність з видобутку та виробництва дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, дорогоцінного каміння органогенного утворення, напівдорогоцінного каміння є видами діяльності, що підлягають ліцензуванню (пункти 6, 7 ч. 1 ст. 9 Закону «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 1 червня 2000 р.) Ліцензуванню також підлягає діяльність з виготовлення виробів з дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, дорогоцінного каміння органогенного утворення, напівдорогоцінного каміння, торгівля виробами з дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, дорогоцінного каміння органогенного утворення та напівдорогоцінного каміння (п. 8 ч. 1 ст. 9 названого Закону). Виникає питання, чи означає відсутність за порушення порядку видобутку, виробництва, використання і реалізації предметів, названих у ч. 1 ст. 22 Закону, прогалиною у кримінальному законі?

Не є прогалиною у кримінальному законі відсутність у ньому норми, яка б регулювала певні відносини, тобто «неповнота» кримінального Закону. Наприклад, кримінальним законом

не визначено, що затримання особи, яка вчинила суспільно небезпечне посягання, не безпосередньо після вчинення посягання, а через певний час після його вчинення, для доставлення її певним органам влади, є обставиною, що виключає злочинність діяння. Теорією кримінального права та правозастосовчою практикою такі дії визнаються правомірними. Крім того, Кримінальний закон безпосередньо не визнає обставинами, які визнаються судовою практикою як такі, що є правомірними: виконання професійних і службових обов'язків, зокрема працівниками правоохоронних органів, здійснення свого права, згоду потерпілого, виконання закону та деякі інші. Проте такі випадки не є прогалинами в кримінальному законі.

Ч. 1 ст. 17 Закону «Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів» від 23 вересня 1997 р. передбачено, що відповідальність за скоєння злочину проти журналіста у зв'язку з виконанням ним професійних обов'язків або перешкоджання його службовій діяльності прирівнюється до відповідальності за скоєння таких же дій проти працівника правоохоронного органу.

Включення до названого Закону такої «декларативної» кореспондуючої норми презюмує передбачення у кримінальному законі однакові відповідальності за посягання на особисті блага, права працівників правоохоронних органів, а й альтернативно журналістів. Йдеться про склади злочинів, передбачені ст.ст. 343 (втручання в діяльність працівника правоохоронного органу), 345 (погроза або насильство щодо працівника правоохоронного органу), 347 (умисне знищення або пошкодження майна працівника правоохоронного органу), 348 (посягання на життя працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця) та 349 (захоплення представника влади або працівника правоохоронного органу як заручника) КК. Проте у перерахованих статтях КК журналісти не віднесені до кола потерпілих (поряд з працівниками правоохоронних органів) від злочинів, склади яких передбачені цими статтями. Формально проаналізовану ситуацію слід було б вважати прогалиною у кримінальному законі.

Не є прогалинами у кримінальному законі випадки неврегульованості у регулятивному законодавстві незаконності, порядку чи правил вчинення певних діянь, якщо ознаки складу злочину у кримінальному законі визначаються вживанням фор-

мулювань типу «порушення порядку…», «порушення правил…», «незаконні дії…», «порушення законодавства…» тощо, а так само випадки, коли кримінальним законом передбачена відповідальність за діяння, які регулятивним законодавством не визнаються правопорушеннями. Наприклад, ст. 208 КК передбачена відповідальність за незаконне, з порушенням встановленого законом порядку відкриття або використання за межами України валютних рахунків, в той же час як чинне валютне законодавство не передбачає одержання фізичними та юридичними особами, що відповідно проживають чи діють на території України, дозволів на відкриття валютних рахунків за межами України.

Виникає також питання чи є прогалиною у кримінальному законі відсутність у ньому норми, якою б передбачалась відповідальність за певні діяння, які пропонується визнати кримінально караним міжнародними договорами, ратифікованими Україною.

Згідно з ч. 1 ст. 9 Конституції України, чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Проте із цього правила є один суттєвий виняток, не обумовлений у Конституції України: визнання того чи іншого діяння правопорушенням – злочином чи адміністративним правопорушенням – та визначення видів і розмірів покарання (стягнення) за його вчинення можливе тільки законами України. Зокрема, згідно з ч. 3 ст. 3 Кримінального кодексу України злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки Кримінальним Кодексом України.

Частиною 5 ст. 3 КК передбачено, що закони України про кримінальну відповідальність повинні відповідати положенням, що містяться в чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України. Це означає, що: 1) положення міжнародних договорів, ратифікованих Верховною Радою України, якими державам – учасникам рекомендується криміналізувати певні діяння, мають бути імплементовані у КК України; 2) не імплементовані у КК України положення міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, не можуть застосовуватись безпосередньо, тобто всупереч положенням ч. 1 ст. 9 Конституції України, вони не можуть вважатись частиною національного законодавства України.

Згідно з ч. 2 ст. 9 Конституції України, укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України.

Водночас Конституцією України не вирішується ситуація, коли має місце суперечливість між окремими положеннями Конституції України та положеннями міжнародних договорів, ратифікованих Верховною Радою України. Очевидно, така суперечливість може бути (ліквідована) усунена двома шляхами: 1) внесенням змін до Конституції України; 2) денонсацією міжнародного договору чи внесенням до Закону про його ратифікацію застережень, що такі-то положення договору не застосовуються.

Таким чином, сама по собі відсутність у кримінальному законі норми, якою б передбачалась відповідальність за діяння, які пропонується (рекомендується) міжнародними договорами визнати кримінально караними внутрішнім національним законодавством, не є прогалиною кримінального закону України.

---

1. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. – 1440 с.

2. *Кауфман М.А.* Проблемы в уголовном праве: понятие, причины, способы преодоления. – М.: Юрлитинформ, 2007.

3. *Васьковский Е.В.* Руководство к толкованию и применению законов (практ. пособие). – М., 1997.

4. *Таганцев Н.С.* Русское уголовное право: Лекции. Часть общая. В 2 т. – М., 1994. – Т. 1.

5. Энциклопедия уголовного права. Т. 2 Уголовный закон. – СПб.: Изд. проф. Малинина, 2005.

Т.Б. Басова,
доктор юридических наук
(Дальневосточный государственный университет, г. Владивосток, РФ)

ПРОБЕЛЫ УГОЛОВНОГО ЗАКОНА РОССИИ В РЕГЛАМЕНТАЦИИ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА СЛУЖЕБНЫЙ ПОДЛОГ

К числу актуальных проблем противодействия преступности в последние годы относится уголовно-правовая борьба с преступлениями, совершаемыми должностными лицами орга-

нов государственной власти и управления. Служебный подлог является наиболее распространенным преступлением против государственной власти, интересов государственной службы и службы в органах местного самоуправления, его удельный вес в 1997–2007 гг. составлял от 30,1 до 34,4%. Кроме того, наблюдается достаточно стабильный рост зарегистрированных фактов служебного подлога в абсолютных данных: 1997 г. – 5831, 1998 г. – 6355, 1999 г. – 6701, 2000 г. – 7619, 2001 г. – 8145, 2002 г. – 8224, 2003 г. – 8315, 2004 г. – 10599, 2005 г. – 10722, 2006 г. – 11343 [1]. Учитывая это, полагаем, что при совершенствовании УК России особое внимание законодатель должен уделить пробелам в регламентации ответственности за служебный подлог, к числу которых можно отнести следующие упущения.

Поскольку уголовный закон прямо называет в диспозиции ст. 292 УК РФ предмет посягательства – «официальный документ», он выступает как необходимый признак состава анализируемого преступления. Правильное его определение приобретает важное практическое значение. На это указывают и другие авторы. «Вопрос о понятии официального документа, используемом в ст. 292 УК РФ, представляет немалую сложность для правоприменителя», – пишет проф. П.С. Яни в заключении, подготовленном им в связи с обращением прокурора по вопросу определения предмета преступления, предусмотренного ст. 292 УК РФ [2, с. 142].

Нормативного определения понятия «документ» в уголовном законодательстве нет. Федеральный закон РФ «Об информации, информатизации и защите информации» от 20 февраля 1995 г. № 24-ФЗ (с изменениями от 10 января 2003 г.) в ст. 2 дает следующее определение: «Документированная информация (документ) – зафиксированная на материальном носителе информации с реквизитами, позволяющими её идентифицировать». Однако подобное определение не сняло неясности при применении уголовного закона. В теории уголовного права этой проблеме было уделено достаточно большое внимание, но единого подхода к понятию документа, к сожалению, так и не выработано.

Документ передает необходимую информацию: мысли человека, сообщения, сведения и подтверждает факты своим смысловым содержанием. Информация как идеальный компонент бытия характеризует структуру материала, а как философская

категория – свойство мозга осуществлять упорядочивающую деятельность. Для развития человеческого общества необходима информация, зафиксированная в виде, непосредственно доступном человеческому восприятию. Поэтому «она превращается в определенный *материальный* объект, который характеризуется как документ» [3, с. 16].

В уголовно-правовой литературе, определяя этот материальный объект, авторы приводят различные термины. По нашему мнению, давая понятие документа, названного в ст. 292 УК РФ, и характеризуя его материальность, более точным будет употребление словосочетания «материальный носитель информации». При этом мы употребляем термин «информация» в специальном смысле слова, то есть как «сведения об окружающем мире и протекающих в нем процессах, воспринимаемые человеком или специальными устройствами [4, с. 224]. Думается, такое определение этой черты документа будет понятным, если перейти к рассмотрению другого признака документа, которым является *письменность*.

Столетие назад под документом понимали «всякий материальный знак, служащий доказательством юридических отношений и событий» [5, с. 898]. Это вековой давности определение, по-видимому, может служить точкой опоры для правильного установления понятия документа как предмета анализируемого состава преступления, ибо в современных условиях оно приобретает особую актуальность в связи с внедрением средств электронно-вычислительной техники. Дело в том, что существовавшие ранее научные трактовки понятия «документ» выделяли в нем признак *письменности* в явном или неявном виде.

Вместе с тем, в современных условиях нельзя не учитывать перемен, важнейшим катализатором которых является научно-технический прогресс. Развитие информационных отношений, вторжение вычислительных систем в сферу управления и использование их при оформлении документов означает такое развитие документирования, которое трансформирует само содержание понятия документа как предмета служебного подлога. По нашему мнению, при соблюдении этого условия официальный документ, как предмет служебного подлога, будет представлять собой зафиксированный *в специфической форме материальный носитель информации*. Это обстоятельство вносит определенные коррективы в устоявшуюся научную трактовку понятия «документ» как письменного акта.

Для правильного определения понятия документа важно установить не только то, в какой форме закрепляются содержащиеся в нем сведения, но и содержание этих сведений. В многочисленных определениях понятия документа, дающихся в юридической литературе, указывается на его основное свойство (признак) – его способность служить доказательством, подтверждением каких-либо событий, фактов. При этом документ должен отвечать требованию удостоверять такие события и факты, которые имеют юридическое значение. Подлог документов, «содержание которых безразлично для права, не может рассматриваться как преступление, так как подобное содержание акта не причиняет и не может причинить ущерба общественным отношениям, поставленным под защиту уголовного закона» [6, с. 23].

В доктрине уголовного права существует точка зрения, согласно которой *предназначенность* документа является его необходимым признаком. «Документ может быть предметом должностного подлога как в тех случаях, когда он при изготовлении предназначался для удостоверения событий или фактов, имеющих юридическое значение, так и в тех случаях, когда посредством подлога ... он призван был удостоверять события и факты, имеющее юридическое значение» [6, с. 23]. Из этого положения следует, что среди документов выделяются такие, которые обладают способностью удостоверять события и факты, имеющие правовой характер. Поэтому, думается, важна не предназначенность документа сама по себе, а «его действительная *способность* удостоверять факты, имеющие юридическое значение» [6, с. 24].

Следует отметить и такой обязательный признак официального документа, как *компетентность* органа, учреждения и их должностных лиц. «В соответствии с этим требованием документ должен исходить от органа, должностного лица, имеющих полномочия по их подготовке, выдаче либо удостоверения, а содержащиеся в них факты, сведения, права – вытекать из этих правомочий» [3, с. 61]. Полагаем, что к таким органам относятся государственными органы и органы местного самоуправления, а к учреждениям – государственные или муниципальные учреждения.

Обобщая сказанное, сформулируем общее понятие документа, являющегося предметом преступления, предусмотренного ст. 292 УК РФ. *Официальным документом* будет зафиксированный в специфической форме материальный носитель информа-

ции, подготовленный компетентными государственными органами, органами местного самоуправления, государственными (муниципальными) учреждениями и их должностными лицами, удостоверяющий об обстоятельствах либо фактах, имеющих юридическое значение.

В целях устранения выявленного законодательного пробела предлагаем понятие официального документа как предмета должностных преступлений включить в УК РФ (например, в качестве примечания к ст. 292 УК РФ) [8].

Другим пробелом законодательного описания служебного подлога, требующим устранения, является вопрос об обстоятельствах, отягчающих служебный подлог. Нами, в частности, еще в 1994 г. ставился вопрос о необходимости введения в норму об ответственности за служебный подлог квалифицирующего признака. Уже тогда отмечалось, что скачок научно-технического прогресса наметил переход к производству, основанному на широком использовании средств электронно-вычислительной техники для обработки информации и управления общественными процессами. Компьютерные системы сегодня уже нашли широкое применение во многих областях жизни: в банковском и кредитном деле, в торговле, в сфере налогообложения, финансирования и т.п. Серьезным негативным последствием внедрения компьютерной техники в различные сферы производства становится появление преступлений, связанных с ее использованием, правоохранительные органы фиксируют все новые и новые подобные преступления.

Учитывая недостаточно развитое современное состояние экономики, отсутствие полноценной уголовно-правовой охраны достижений научно-технического прогресса, недостаточную подготовленность правоохранительных органов к борьбе с подобными преступлениями и высокую квалификацию российских программистов, можно предположить, что в нашем обществе компьютерная преступность чревата массовым характером, причем, более заметным, чем за рубежом, а также новыми, трудно представляемыми формами.

Аспекты компьютерных посягательств разнообразны. Многие из них подпадают под действующее законодательство. Вместе с тем, возникает ряд правовых проблем, которые должны быть разрешены юридической наукой в рамках уголовно-правового цикла. Одним из важнейших направлений уголовно-правовых исследований представляется разработка проблемных

вопросов об ответственности за служебный подлог с использованием средств электронно-вычислительной техники. Уже сегодня можно констатировать: традиционные формы служебного подлога модифицировались из-за внедрения в управленческий процесс электронно-вычислительной техники. В современных условиях компьютер зачастую оказывается средством совершения служебных подлогов.

Общественная опасность служебного подлога состоит, главным образом, в том, что он обычно является средством совершения хищений чужого имущества (в 77,8% изученных дел подлог сопутствовал хищениям). При этом должностное лицо, как правило, нарушает финансовую деятельность предприятий путем искажения данных в бухгалтерской отчетности. В современных условиях ведение бухгалтерского учета и отчетности на предприятиях, в учреждениях, организациях «вручную» – это вчерашний день. В настоящее время подавляющее число субъектов оформляют результаты финансовой деятельности с помощью различных компьютерных программ по постановке и ведению бухгалтерского учета с помощью электронно-вычислительной техники, которых разработано уже более десятка.

Наиболее типичные формы служебного подлога с использованием средств электронно-вычислительной техники следующие: подделка счетов и платежных ведомостей, приписка сверхурочных часов работы, фальсификация платежных документов, внесение заведомо ложных сведений в накладные и другие. При этом используются такие способы совершения преступных посягательств, как «подмена данных», «подмена кода», «салями», «воздушный змей» и некоторые другие, а также то или иное их сочетание.

Изучение и оценка имеющейся судебно-следственной практики, тенденций развития российского законодательства, сравнительный анализ зарубежного законодательного опыта позволяют констатировать, что компьютерные системы, являясь средством совершения рассматриваемого преступления, безусловно, могут иметь значение для формирования квалифицирующих признаков служебного подлога.

Предложение подобного законодательного решения может быть обосновано следующими положениями:

1) совершение служебного подлога с использованием средств вычислительной техники имеет повышенную общест-

венную опасность по сравнению с известными способами, обусловленную сложностью выявления такого рода действий;

2) уже в настоящее время имеется относительная распространенность использования вычислительной техники в качестве средств совершения служебного подлога, явно просматриваются тенденции развития таких преступных посягательств;

3) средства вычислительной техники облегчают подлог, вследствие этого возрастают размеры ущерба, причиняемого преступлением.

С учетом изложенного, в целях совершенствования уголовного законодательства предлагаем предусмотреть в качестве обстоятельства, отягчающего служебный подлог, квалифицирующий признак «с использованием средств электронно-вычислительной техники».

Надеемся, что предлагаемые изменения будут способствовать устранения пробелов уголовного закона России в регламентации ответственности за служебный подлог, что, в свою очередь, послужит единообразному и точному его применению.

---

1. См.: Власть: криминологические и правовые проблемы. – М.: Российская криминологическая ассоциация, 2000. – С. 368; Преступность в России в начале XXI века и реагирование на нее. – М.: Российская криминологическая ассоциация, 2004. – С. 105.; Преступность, криминология, криминологическая защита. – М.: Российская криминологическая ассоциация, 2007. – С. 356.

2. *Яни П.С.* Предмет должностного подлога // Уголовное право. – 2005. – № 3.

3. *Постников В.С.* Уголовная ответственность за подделку, изготовление, сбыт и использование подложных документов, штампов, печатей, бланков: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – М., 1990. – 21 с.

4. *Ожегов С.И.* Словарь русского языка. – М., 1983. – С. 224.

5. Словарь Брокгауза и Эфрона. – М., 1883. – С. 898.

6. *Поленов Г.Ф.* Ответственность за преступления против порядка управления: Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук. – Алма-Ата, 1971. – 36 с.

7. *Стренин А.С.* Соотношение злоупотребления должностными полномочиями и служебного подлога // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11. Право. – 2002. – № 3.

8. Предложение о включении в УК РФ понятия «официальный документ» высказывают и другие ученые. См., например: *Львова Л.,*

Макаров А. Официальный документ как предмет преступлений // Российская юстиция. – 2000. – № 12.; *Бриллиантов А.В.* О содержании понятия «официальный документ» // Журнал Российского права. – 2003. – № 2.

О.В. Батюк,
кандидат юридичних наук
(Волинський національний університет імені Лесі Українки),
Н.О. Неймарк,
провідний спеціаліст
(Любешівське районне управління юстиції Волинської області)

ЗЛОВЖИВАННЯ ДОВІРОЮ СЛУЖБОВОЮ ОСОБОЮ, ЯКА Є ПРЕДСТАВНИКОМ ВЛАДИ: ПРОГАЛИНИ ЧИННОГО КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ТА ШЛЯХИ ЇХ ПОДОЛАННЯ

Актуальність теми обумовлена тим, що використання службового становища або влади завжди поєднано з вчиненням дій всупереч інтересам служби. Саме це означає, що такими діями завдається істотна шкода як самому довірителю (фізичним та юридичним особам, підприємствам, установам, організаціям, які надали службовій особі повноваження), так і іншим особам, які «потрапляють» у сферу діяльності такої службової особи. Прикладами можуть бути ст. 372 КК (Притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності), ст. 371 КК (Завідомо незаконні затримання, привід або арешт), ст. 373 КК (Примушування давати показання), ст. 375 КК (Постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови) [1]. Ці кримінально-карані діяння завжди поєднані з використанням службовими особами судових і правоохоронних органів повноважень, наданих їм для здійснення правосуддя, захисту громадян та організацій від злочинних посягань, розслідування злочинів тощо, всупереч інтересам держави у сфері вчинення правосуддя. Крім того, терплять збиток і законні інтереси громадян у результаті неналежного використання наданих повноважень цими службовими особами.

Окремі аспекти вдосконалення норм кримінального законодавства у частині подолання прогалин, пов'язаних із зловживанням довірою, були предметами наукових зацікавлень І.І. Аносова, І.А. Гельфанда, Б.В. Здравомислова, М.Д. Лисова, В.П. Тихого та інших.

Слід відзначити, що, використовуючи свої повноваження для здійснення злочину, службова особа вчиняє його саме шляхом зловживання довірою. Порушуючи покладені на неї обов'язки, використовуючи наявні повноваження для вчинення дій, противних інтересам довірителя чи третіх осіб, винний одночасно зловживає наданою йому довірою. Зловживання довірою виражається в учиненні дій, які формально віднесені до службової компетенції, але вони не створюють собою форму реалізації правовідносин, для здійснення яких довіритель надав повноваження службовій особі, тобто дій, учинення яких можливе виключно в силу займаного службового становища. Саме це і становить нерозривний зв'язок між характером учиненого діяння і службовим становищем винного.

Слід погодитись з тими науковцями, які під використанням службовою особою свого службового становища стосовно службових злочинів, обґрунтовано розуміють вчинення дій, що безпосередньо належать до кола її службових повноважень і покладених на неї у зв'язку зі службою обов'язків [2, с. 203; 3, с. 15–17].

На наш погляд, використання службовою особою свого становища може виражатися в діях: а) учинення яких є компетенцією вищестоящої службової особи певного відомства чи службової особи іншого відомства; б) учинених одноосібно, якщо вони могли бути вчинені тільки колегіально; в) учинення яких дозволяється тільки в особливих випадках, з особливого дозволу і з особливим порядком учинення за відсутності цих умов; г) робити чи дозволяти які ніхто не має права. Злочинні дії цього роду характерні для перевищення влади або службових повноважень (ст. 365 КК). У зв'язку з цим необхідно відрізняти зловживання довірою як спосіб зловживання владою або службовим становищем (ст. 364) від зловживання довірою при перевищенні влади або службових повноважень (ст. 365), коли службова особа (повірник) явно виходить за межі своєї компетенції. При цьому для застосування ст. 365 КК також, як і ст. 364 КК, необхідно, щоб дії винної особи були зумовлені її службовим становищем і знаходилися у

зв'язку зі службовими повноваженнями щодо заподіяної шкоди. За відсутності такого зв'язку дії винного підлягають кваліфікації за відповідними статтями КК України, що передбачають відповідальність за злочини проти власності, особистості тощо.

На наш погляд, зміст використання службового становища не обмежується використанням повноважень тільки по службі. До нього варто віднести і використання службовою особою впливу своєї посади, щоб домогтися вчинення яких-небудь дій з боку інших службових.

Варто зазначити, що злочинні дії по використанню службовою особою влади або свого службового становища всупереч інтересам служби можуть:

а) формально перебувати в межах її компетенції;

б) бути у межах не її компетенції, а інших органів чи службових осіб;

в) перебувати за межами компетенції будь-яких органів чи службових осіб.

Отже, таким злочинам притаманний один і той же спосіб учинення, як конститутивна чи альтернативна ознака об'єктивної сторони – зловживання довірою, зумовлене службовим становищем, який утворює виконавчий зміст злочинної дії. Він є спеціальним поняттям відносно родового поняття зловживання довірою як спосіб учинення злочину.

Зловживання довірою, зумовлене службовим становищем повірника залежно від обсягу повноважень, наданих службовій особі, може бути класифіковано, на наш погляд, у такий спосіб:

а) типове (просте) зловживання довірою, яке вчинюється особами, переліченими в ч. 1 прим. до ст. 364 чинного КК;

б) зловживання довірою особою, яка займає відповідальне становище, вчинюється особами, переліченими в ч. 1 прим. до ст. 364 КК, посади яких згідно зі ст. 25 Закону України «Про державну службу» віднесені до третьої, четвертої, п'ятої і шостої категорій, а також суддями, прокурорами й слідчими, керівниками, заступниками керівників органів державної влади й управління, органів місцевого самоврядування, їх структурних підрозділів та одиниць (ч. 2 прим. до ст. 368 КК);

в) зловживання довірою особою, яка займає особливо відповідальне становище, вчинюється особами, посади яких перелічені в ч. 1 ст. 9 Закону України «Про державну службу», й

особами, посади яких відповідно до ст. 25 цього Закону віднесені до першої і другої категорій (ч. 2 прим. до ст. 368 КК) [1].

То ж що на сьогодні чинний кримінальний закон потребує, на нашу думку, вдосконалення щодо визначення кримінально-правового значення видів зловживання довірою. По-перше, названі види зловживання довірою як способу вчинення злочину, внутрішня (виконавча) сутність злочинного діяння виступають обов'язковими ознаками основного складу злочину. Їх присутність тим самим повинна бути обов'язково встановлена в процесі кваліфікації, а також визначені при цьому їх обов'язкові для складу ознаки в діянні винної особи. Наприклад, просте зловживання довірою є конститутивною ознакою складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 364 КК; зловживання довірою особою, яка займає відповідальне становище, виступає обов'язковою ознакою складів злочинів, передбачених у статтях 371–375 КК.

По-друге, деякі із зазначених видів зловживання довірою, виконуючи роль способу вчинення злочину, і можуть виступати кваліфікуючими обтяжуючими обставинами, у відповідних складах злочинів. Вони тим самим визначають підвищений ступінь суспільної небезпеки кваліфікованого злочину, виражаючи її кількісний стан. Наприклад, зловживання довірою особою, яка займає відповідальне становище, і зловживання довірою особою, яка займає особливо відповідальне становище, виступають у вигляді обтяжуючих кваліфікуючих обставин у складах, передбачених відповідно ч. 2 і ч. 3 ст. 368 КК (Одержання хабара), ч. 2 ст. 382 КК (Невиконання судового рішення), ч. 3 ст. 364 КК (Зловживання владою або службовим становищем).

---

1. Кримінальний Кодекс України. Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-Ш // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25–26. – Ст. 131.

2. *Гельфанд И.А.* Хозяйственные и должностные преступления в сельском хозяйстве. – К.: РИО МВД УССР, 1970. – 252 с.

3. *Здравомыслов Б.В.* Должностные преступления: Учеб. пособие. / Отв. ред. А.Н. Васильев. – М.: ВЮЗИ, 1956. – 94 с.

Є.М. Блажівський
(Прокуратура м. Києва)

ОКРЕМІ ПРОГАЛИНИ У РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ЗАХИСТУ ОСІБ ВІД ВТРУЧАННЯ В ЇХНЮ ДІЯЛЬНІСТЬ ЗА ЧИННИМ КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

Будь-який закон вважатиметься досконалим, з поміж іншого, лише за умови його окремі положення узгоджуються між собою, однакові терміни мають один і той самий зміст. КК України не повною мірою відповідає таким вимогам, і зокрема стосовно регламентації захисту осіб від втручання в їхню правомірну діяльність. На таких неточностях ми і зупинимось.

1. Кримінально-правові норми, зорієнтовані на захист осіб від протиправного втручання в їх правомірну діяльність умовно можна поділити на дві групи: ті, які КК визначає як «втручання» в діяльність; ті, які КК називає «перешкоджанням» діяльності. Предметом нашого аналізу у цьому дослідженні є встановлення ефективності викладу положень КК, які спрямовані на захист правомірної діяльності осіб і які КК називає втручанням у їх діяльність.

2. Кримінально-правовий аналіз складів злочинів, що передбачають відповідальність за втручання в діяльність певних осіб проводиться в науково-практичних коментарях КК та підручниках з Особливої частини кримінального права України. У науковій літературі ця проблема, на жаль, не отримала комплексного дослідження. Окремо досліджувались питання відповідальності за втручання в діяльність судових органів, працівників правоохоронних органів, державних діячів тощо. Питання відповідальності на втручання в діяльність працівника правоохоронного органу досліджувалось на дисертаційному рівні [1]. Проте системно всі норми, які встановлюють відповідальність за втручання в діяльність, не досліджувались.

3. Відповідальність за втручання у діяльність певних осіб передбачена у таких статтях КК: ч. 4 ст. 157 – у здійснення виборчою комісією чи комісією з референдуму їх повноважень, установлених законом; ст. 343 – в діяльність працівника правоохоронного органу; ст. 344 – у діяльність державного діяча; ст. 376 – в діяльність судових органів;

ст. 397 – в діяльність захисника чи представника особи. Системний аналіз цих норм дозволяє констатувати низку розходжень у їх викладі.

4. Загальновизнаною є позиція, що зміст статті повинен відповідати її назві. Термін «втручання» вживається у назвах чотирьох з п'яти статей (ст.ст. 343, 344, 376, 397), а у тексті трьох з них (ст.ст. 343, 344, 397) – не використовується. Враховуючи це, на основі ознайомлення зі змістом частин перших названих статей можна зробити висновок, що диспозиції цих статей є описовими – в них визначаються найбільш істотні ознаки відповідних злочинів – втручання у діяльність певних осіб. Тобто у цих статтях по суті розкривається законодавче розуміння поняття втручання в діяльність. Проте ці статті, а також виклад ч. 4 ст. 157 та ст. 376 КК істотно різняться. Зокрема, у ч. 4 ст. 157 КК йдеться про «втручання ... вчинене шляхом незаконної вимоги чи вказівки з метою вплинути на рішення виборчої комісії чи комісії з референдуму». У ст. 343 КК втручання визначається як «вплив у будь-якій формі на працівника правоохоронного органу з метою перешкодити виконанню ним службових обов'язків або добитися прийняття незаконних рішень». В ст. 344 КК, порівняно з ст. 343 КК, уточнюється, що це лише «незаконний вплив». Ч. 1 ст. 376 викладена наступним чином «втручання в будь-якій формі в діяльність судді з метою перешкодити виконанню ним службових обов'язків або добитися винесення неправосудного рішення». В ч. 1 ст. 397 йдеться про «вчинення в будь-якій формі перешкод до здійснення правомірної діяльності захисника чи представника особи по наданню правової допомоги або порушення встановлених законом гарантій їх діяльності та професійної таємниці». Узагальнення цих нормативних положень дозволяє констатувати такі розбіжності:

а) поняття втручання визначається через використання різних термінів («вплив», «незаконний вплив», «вчинення перешкод», «порушення встановлених законом гарантій діяльності та професійної таємниці»). Таку ситуацію не можна вважати прийнятною.

б) у більшості статей (ст.ст. 157, 343, 344, 376 КК) визначення втручання у діяльність пов'язується з метою такої протиправної поведінки. Проте така мета також визначена дещо по різному: вплинути на рішення, перешкодити виконанню службових обов'язків або добитися прийняття незаконних рішень

(неправосудного рішення). Лише у ст. 397 мета, як обов'язкова ознака складу цього злочину, не зазначається.

в) в окремих випадках законодавець деталізує способи втручання в діяльність, в інших – ні.

5. З приводу вищенаведених розбіжностей вважаємо обґрунтованим такий підхід. Виходячи зі змісту вищеназваних статей поняття втручання у діяльність тісно пов'язане з поняттям перешкоджання діяльності таких осіб. Тобто, виходячи з положень КК втручання має місце якщо протиправні діяння вчинені з метою «перешкодити…» або ж воно визначається як «вчинення перешкод». В другому випадку, мета статусу обов'язкової ознаки складу злочину не набуває.

В цьому аспекті нам імпонує позиція М.І. Хавронюка. Він зазначає, що використання у КК такої ознаки суб'єктивної сторони, як мета, в якості обов'язкової ознаки складу злочину часто є недостатньо обґрунтованим і створює суттєві складнощі як для коментування кримінального закону, так і для його застосування. Встановлення мети і спрямованості діяння вимагає надзвичайного професіоналізму від органів дізнання, слідчих, прокурорів і суддів, оскільки за допомогою показань свідків, висновків експертів, речових доказів тощо переважно встановлюються лише певні об'єктивні фактичні дані, показання потерпілих є не у кожній справі, а показання підозрюваних, обвинувачених, підсудних часто є суперечливими і неправдивими. Відтак, на його думку, і ми з цим погоджуємось, що не слід застосовувати ознаки мети у тих складах злочинів, де явної потреби у цьому немає. Виправданою слід визнати вказівку на мету у тих складах, де вона грає роль ознаки, за якою даний злочин відмежовується від іншого, менш тяжкого [2, с. 62]. Зрозуміло, що в цьому випадку така ситуація відсутня.

З врахуванням вищенаведеного, вдалим є розуміння втручання в діяльність як створення перешкод, без вказівки на мету такого діяння.

Проте, як ми вже зазначали, чинний КК в низці статей Особливої частини використовує термін «перешкоджання». І саме цей термін найбільш точно відображає зміст діянь, відповідальність за вчинення яких передбачена у названих нами вище статтях. З приводу ст. 343 КК таку пропозицію висловлювала І.М. Залялова. Ми вважаємо, її обґрунтованою, і більше того, на нашу думку, саме цим терміном повинен послуговуватись КК у всіх вищеназваних статтях.

Така позиція узгоджується і з тлумаченням слів «втручання» та «перешкоджання» в українській мові. Зокрема, втручатися означає входити, проникати куди-небудь, у що-небудь, або самочинно займатись чиїмись справами, встрявати в чиї-небудь стосунки [3, с. 394]. Перешкоджати – створювати завади, заважати, забороняти кому- чому-небудь; стояти на заваді тощо [4, с. 612].

Більше того, ст. 157 КК, ч. 4 якої встановлює відповідальність за втручання, має назву «Перешкоджання здійсненню виборчого права …».

Проте, така пропозиція породжує наступне питання, перешкоджання чому повинно вважатись кримінально караним?

І.М. Залялова, стосовно ст. 343 КК, пропонує використовувати таку конструкцію «перешкоджання законній діяльності». Разом з тим, поняття діяльність тлумачиться як застосування своєї праці до чого-небудь; праця, дії людей у якій-небудь галузі; функціонування, діяння органів живого організму; робота, функціонування якоїсь організації, установи, машини і т. ін., виявлення сили, енергії чого-небудь. Беззаперечно, що діяльність осіб, яких кримінальний закон захищає від втручання, включає в себе як виконання такими особами своїх службових обов'язків, реалізацію службових повноважень, так і іншу поведінку, не пов'язану з виконанням наданих такій особі повноважень, реалізацію особистих прав. Виходячи з родових об'єктів складів аналізованих злочинів, є підстави вважати, що в цих статтях кримінальний закон захищає осіб від втручання в їхню діяльність не взагалі, а лише в тій частині, яка пов'язана з виконанням такими особами службових повноважень. Тому у відповідних статтях мова повинна йти не просто про законну діяльність, а про законну службову (професійну) діяльність або про виконання службових (професійних) повноважень. Це підтверджується і тим, що у статтях КК, де використовується поняття діяльність, законодавець уточнює яка саме, наприклад, ч. 1 ст. 171 КК – «перешкоджання законній професійній діяльності журналістів».

Таким чином, в аспекті термінологічного узгодження КК та більш точного викладу його норм, які спрямовані на захист осіб від незаконного втручання в їх діяльність доцільно поняття «втручання у діяльність» у всіх статтях КК України замінити поняттям «перешкоджання виконанню службових (професій-

них) повноважень» або «перешкоджання законній службовій (професійній) діяльності».

---

1. *Залялова І.М.* Кримінальна відповідальність за втручання в діяльність працівника правоохоронного органу: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – К., 2007. – 18 с.

2. *Хавронюк М.І.* Дещо про мету, мотив і спрямованість суспільно небезпечного діяння // Життя і право. – 2004. – № 4. – С. 60–64.

3. Новий тлумачний словник української мови: У 3 т. / Василь Яременко, Оксана Сліпушко. Вид. 2-е. – К.: Аконіт, 2007. – Т. 1.

4. Новий тлумачний словник української мови: У 3 т. / Василь Яременко, Оксана Сліпушко. Вид. 2-е. – К.: Аконіт, 2007. – Т. 2.

В.М. Бурдін,
кандидат юридичних наук
(Львівський національний університет імені Івана Франка)

ПРИЧИНИ НЕОСУДНОСТІ: ПРОГАЛИНИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Не потрібно зайвий раз доводити важливість дотримання правил формальної логіки при формулювання кримінально-правових понять. Однак слід відзначити, що подеколи такі помилки є настільки усталеними, що фактично спотворюють сутність явищ, які позначаються відповідними поняттями. На наш погляд, неможливо правильно підійти до вирішення питання про причини неосудності, якщо не враховувати того співвідношення, в якому перебувають між собою поняття осудності та неосудності. З позиції формальної логіки поняття неосудності є негативним за своїм змістом поняттям, ознаки якого повинні виводитися із позитивного поняття осудності. Водночас більшість учених, вказуючи на ознаки поняття неосудності, не беруть до уваги співвідношення, яке існує між названими поняттями, а намагаються дати визначення цього поняття, виходячи із законодавчих положень, що стосуються неосудності, передбачених у ч. 2 ст. 19 КК України. Типовою помилкою, яку, на нашу думку, допускають при цьому вчені, є включення до ознак поняття неосудності вказівки на причини, що обумовлюють існу-

вання такого стану. При цьому, як правило, одночасно допускається й інша помилка, коли законодавчі положення, що стосуються причин неосудності, розглядаються як *a priori* правильні, тобто такі, що наведені законодавцем повно та вичерпно.

Відзначимо, що ця проблема має давнє походження. Так, ще при обговоренні проекту Кримінального уложення 1903 р. була висловлена думка про необхідність у формулі неосудності обмежитися тільки психологічним критерієм, оскільки такий підхід відповідає формулі осудності, і не вказувати на причини, що можуть її обумовлювати. Разом з тим, вона не була прийнята з огляду на її процесуальну недоцільність. Противники такого рішення вказували, що за такого її формулювання суд був би позбавлений переліку випадків, коли необхідно спеціально досліджувати питання про осудність чи неосудність особи [1, с. 385]. Критикуючи пропозиції щодо необхідності окремого виділення поняття обмеженої і так званої «професійної» осудності, Р.І. Міхєєв також вказував, що диференціювати треба не саму осудність чи неосудність, а причини, що призводять до неосудності. На його думку, в кримінальному кодексі необхідно більш чітко конкретизувати причин, які виключають осудність особи, а також кримінально-правове значення різного роду психічних аномалій та психофізіологічних особливостей особи [2, с. 108].

Пропозиції про необхідність диференціації причин неосудності висловлюються і сучасними науковцями. Так, О.Д. Сітковська вважає, що не медична дихотомія норма – патологія, а психологічна дихотомія здатність – нездатність до усвідомлено-вольової поведінки в конкретному випадку повинна відігравати вирішальну роль в змістовній характеристиці осудності-неосудності. При цьому вона вказує, що з точки зору психолога та юриста для висновку про відсутність здатності особи до усвідомлено-вольової поведінки в момент вчинення суспільно небезпечного діяння наявність медичного критерію не є обов'язковим. По суті достатньо встановити наявність чи відсутність вказаної можливості у особи в певний момент. Більше того, вона вважає, що традиційний підхід до причин неосудності не охоплює всього кола випадків, коли матеріали справи дають підстави для сумніву в тому, що особа мала здатність до усвідомлено-вольової поведінки. Маються на увазі випадки, коли при відсутності так званого «медичного критерію» неосудності в його точному розумінні вирішальний вплив на поведінку має: 1) значне відставання в розвитку неповнолітнього внаслідок неправильного виховання чи педагогічної занедбаності; 2) відсутність

здатності до вольової поведінки внаслідок інтенсивного примусу ззовні; 3) втрата здатності до усвідомлено-вольової поведінки внаслідок невідповідності індивідуально-психологічних можливостей вимогам екстремальної ситуації; 4) втрата цієї здатності внаслідок тимчасових функціональних станів та нервово-психічних перенавантажень [3, с. 156, 159–160].

Розглядаючи цю проблему, перш за все, необхідно звернути увагу на її загально філософський характер. Адже причина та наслідок – це філософські категорії, які відображають одну із форм всезагального зв'язку та взаємодії явищ. Під причиною розуміється певне явище, дія якого викликає, визначає, змінює, призводить або тягне за собою інше явище, яке в свою чергу називають наслідком [4, с. 511]. Слушною є позиція Н.М. Ярмиш, яка вважає, що термін «причинність» використовується філософами, насамперед, для позначення фундаментального принципу [5, с. 37]. Кожне явище має свою причину, тобто причинно обумовлено. В природі не існує явищ, які би не мали певних причин свого існування, не були причинно обумовлені [6, с. 244]. На думку Н.М. Ярмиш, сутність принципу причинності полягає в тому, що немає предметів, явищ, процесів, які б не мали причини свого виникнення, зміни чи зникнення. В цьому розумінні причинність виступає як загальний орієнтир наукового пізнання, як ідеал такої пізнавальної діяльності. Він заздалегідь налаштовує дослідника на те, що об'єкт пізнання повинен мати свою причину, пошук якої і становить головне завдання дослідження. Кожна наука пристосовує цей принцип до своїх потреб і з його допомогою обґрунтовує можливість пошуку причин будь-якого, здавалося би, самого загадкового явища [5, с. 37–38]. В основі цього принципу знаходиться розуміння причинності як певного генетичного зв'язку явищ, в якому одне явище – причина, за наявності необхідних умов неминуче породжує інше явище – наслідок [7, с. 370; 8, с. 102].

На сьогодні загальновизнаним є положення про те, що причини одного і того ж явища можуть бути різноманітні. Адже будь-яке явище має нескінченну кількість форм свого прояву, відносин, зв'язків, за своєю власною структурною організацією є невичерпно складним: включає в себе якісно різні форми руху матерії [9, с. 179; 5, с. 230–231]. Разом з тим, слід мати на увазі і те , що одна і та сама причина може за різних умов призводити до настання різних наслідків. То, як саме буде діяти причина і яким саме буде наслідок залежить не тільки від природи самої

причини, але й від характеру умов, за яких буде відбуватися дія цієї причини. Крім того, як вже вказувалося, один і той самий наслідок може породжуватися різними причинами. Таким чином, пізнання причин певного явища направлено, перш за все, на розкриття суті цього явища [4, с. 511–512]. З огляду на викладене, на наш погляд, потрібно звернути увагу на таких принципово важливих положеннях, що могли би бути враховані для удосконалення законодавчого підходу щодо причин неосудності:

– по-перше, досліджуючи правові явища, зокрема неосудність, необхідно мати на увазі множинність причин, що можуть обумовлювати їх виникнення, зміну та припинення. Така багатопричинність є об'єктивною реальністю, ігнорування якої може призвести до однобічних, неповних досліджень правових явищ;

– по-друге, оскільки одна і та сама причина в різних умовах її дії може призводити до настання різних наслідків, а тому аналіз лише однієї із багатьох причин певного явища не зможе забезпечити з'ясування суті явища, що нею породжується. Більше того, дослідження одних і ігнорування інших причин певного явища може в кінцевому рахунку призвести до неправильного розуміння його суті, взаємозв'язку з іншими явищами;

– по-третє, оскільки ознаки поняття неосудності повинні виводитися із протилежного йому за змістом позитивного поняття осудності, саме таке визначення поняття неосудності і повинно бути закріплене в КК України. Разом з тим, очевидно, що в КК України необхідно вказати і на причини, які можуть обумовлювати виникнення такого стану, та окремо вказати на кримінально-правове значення дії цих причин. При цьому диференціація причин неосудності повинна, в першу чергу, сприяти швидкому та правильному вирішенню питання про осудність чи неосудність особи.

---

1. *Таганцев Н.С.* Русское уголовное право: В 2 т. – СПб., 1902. – Т. 1. Часть общая. – 816 с.

2. *Михеев Р.И.* Проблемы вменяемости и невменяемости в советском уголовном праве. – Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1983. – 300 с.

3. *Ситковская О.Д.* Психология уголовной ответственности. – М.: НОРМА, 1998. – 285 с.

4. Философский энциклопедический словарь / Редкол.: С.С. Аверинцев, Э.А. Араб-Оглы, Л.Ф. Ильичёв и др. 2-е изд. – М.: Советская энциклопедия, 1989. – 815 с.

5. *Ярмыш Н.Н.* Теоретические проблемы причинно-следственной связи в уголовном праве (философско-правовой анализ): Монография. – Харьков: Право, 2003. – 512 с.

6. *Ладенко И.С.* Универсальность принципа причинности и его логический анализ // Современный детерминизм и наука. Т. 1 Общие проблемы детерминизма. – Новосибирск: Сиб. отд. изд-ва «Наука», 1975. – 320 с.

7. Философская энциклопедия: В 5 т. / Гл. ред. Ф.В. Константинов. – М.: Советская энциклопедия, 1967. – Т. 4. – 591 с.

8. Материалистическая диалектика. Краткий очерк теории / П.Н. Федосеев, И.Т. Фролов, В.А. Лекторский и др. 2-е изд., доп. – М.: Политиздат, 1985. – 350 с.

9. *Пахомов Б.Я.* Необходимость и случайность, возможность и действительность в причинных связях // Современный детерминизм и законы природы. – М.: Мысль, 1973. – С. 165–189.

В.К. Грищук,
доктор юридических наук, профессор
(Львовский государственный университет внутренних дел)

О НЕКОТОРЫХ ПРИЧИНАХ ПРОБЕЛОВ В УГОЛОВНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ И УГОЛОВНО-ПРАВООВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ В УКРАИНЕ

В современных толковых словарях, применительно к предмету исследования, пробел определяется как упущение, пропуск, недостаток, изъян.

Теоретиками и практиками уголовно-правового регулирования высказано множество замечаний, относящихся к действующему УК Украины, а также предложений, направленных на его дальнейшее совершенствование. Они касаются как неполноты уголовно-правового регулирования, так и его избыточности.

Избыточность уголовно-правового регулирования имеет свои специфические причины. Их анализ выходит за пределы темы сегодняшнего нашего научного симпозиума и поэтому, естественно, нет необходимости его проводить.

Прежде чем говорить о проблемах в уголовном законодательстве, следует сделать несколько предварительных оговорок. Во-первых, многие замечания и предложения ученых и практиков имеют дискуссионный характер и поэтому не все претензии к уголовному законодательству следует считать достаточно обоснованными. Пробелом в уголовном законодательстве является явное, бесспорное упущение, пропуск, недостаток, изъян в уголовном законодательстве, создающее неполноту уголовно-правового регулирования. Во-вторых, следует различать два понятия: пробел в уголовном законодательстве и пробел в уголовно-правовом регулировании. Восполнение пробелов в уголовно-правовом регулировании осуществляется необязательно путем внесения изменений или дополнений в уголовное законодательство. Возможны и другие способы устранения имеющихся в нем пробелов, вчастности, это может сделать в пределах своей компетенции Конституционный Суд Украины или Верховный Суд Украины. Примером может быть решение Конституционного Суда Украины № 5-рм/99 от 3 июня 1999 г. (дело № 1-8/99) по конституционному представлению Службы безопасности Украины, Государственного комитета нефтяной, газовой и нефтеперерабатывающей промышленности Украины, Министерства финансов Украины относительно официального толкования положений п. 6 ст. 12 Закона Украины «О социальной и правовой защите военнослужащих и членов их семей» ч. 4 и 5 ст. 22 Закона Украины «О милиции» и ч. 6 ст. 22 Закона Украины «О пожарной безопасности», которым разъяснены понятия «член семьи» военнослужащего, работника милиции, личного состава государственной пожарной охраны. Это разъяснение имеет важное значение прежде всего для применения ст. 115 (п. 8 ч. 2), ст. 122 (ч. 2), ст. 126 (ч. 2) УК Украины.

В качестве примера может также служить Постановление Пленума Верховного Суда Украины № 12 от 25 декабря 1992 г. (с последующими изменениями) «О судебной практики по делам о корыстных преступлениях против частной собственности». В нем, вчастности, разъяснены понятия насилия, опасного для жизни и здоровья потерпевшего, и насилия, не опасного для его жизни и здоровья. Названые понятия имеют определяющее значение для применения ч. 2 ст. 186 и ст. 187 УК Украины.

В-третьих, не все пробелы в уголовно-правовом регулировании должны обязательно восполнятся внесением соответствующих изменений в УК Украины. В этом случае имеются ввиду нормы УК Украины с бланкетными или отсылочными

диспозициями (например, ст. 122, 172, 202, 203, 204, 208, 236, 271, 274, 286 УК Украины).

В-четвертых, прежде чем решать вопрос о восполнении конкретного пробела в уголовно-правовой норме, следует в уголовно-правовом регулировании изучить на надлежащем научном уровне социальную обусловленность, необходимость внесения соответствующих изменений.

Наличие пробелов в уголовно-правовом законодательстве и в уголовно-правовом регулировании детерминировано сложной системой факторов – объективных и субъективных. Среди объективных факторов наиболее существенное влияние на наличие пробелов в уголовном законодательстве и в уголовно-правовом регулирование оказывают следующие: 1) развитие общественных отношений, в том числе на основе научно-технического процесса, глобализации; 2) образование пробелов – явление темпорального характера, поэтому для их обнаружения, осознания и научного анализа (познания как явления объективной действительности), а также для выработки соответствующих законодательных решений необходим определенный, иногда достаточно значительный, отрезок времени; 3) юридическая техника, особенно языковая форма фиксации результатов развития общественных отношений, трансформация их в правовые формы несколько отстает в своем развитии от реальных потребностей восполнения пробелов; 4) возможности юридической науки, учитывая ее качественное состояние, имеет свои пределы своевременного прогнозирования образования возможных пробелов как в уголовном законодательстве, так и в уголовно-правовом регулировании. Реальная жизнь общества намного богаче научных представлений о развитии тех или иных социальных явлений.

Субъективные факторы оказывают также существенное влияние на наличие пробелов в уголовном законодательстве и в уголовно-правовом регулировании. Среди них следует особо выделить отсутствие в Украине профессионального парламента. Верховный Совет Украины формируется, главным образом, на старых, выработанных еще в период командно-административной системы принципах.

Существует и активно поддерживается политическими партиями представления о профессионализме депутатов как об их постоянной работе в Верховном Совете Украины. Между тем их личные качества, их способность создавать законопроекты не принимается во внимание. Считается, что каждый может быть

народным депутатом независимо от наличия у него определенных качественных предпосылок.

В первую очередь, на наш взгляд, профессионализм определяется такими человеческими качествами: 1) наличием юридического образования – не имея его, трудно рассчитывать на высокое качество законопроектных работ; 2) наличием юридического стажа работы не менее 10–15 лет, что позволит знать определенную юридическую практику и творчески сочетать юридические знания с юридической практикой; пока этого нет, нельзя рассчитывать на высокое качество законодательства, а значить и правоприменительной практики.

Следующим субъективным фактором, способствующим наличию таких пробелов, является отсутствие в Украине специального закона, регулирующего законопроектную и законодательную деятельность на научной основе, обеспечивающего надлежаще высокий уровень законодательной техники. Известно давно, что каждый вид человеческой деятельности, особенно если он общественно значимый, будет иметь ожидаемый, качественно высокий уровень эффективности при условии подчинения его научным методологическим принципам. К стати, научная экспертиза законопроекта, как неоднократно подчеркивалось в научной литературе, должна стать обязательной стадией правотворческого процесса.

Избежать существенных пробелов в уголовном законодательстве и в уголовно-правовом регулировании возможно также за счет создания специального государственного законопроектного органа, способного систематически контролировать состояние применения как уголовного, так и иного законодательства, своевременно разрабатывать необходимые изменения и дополнения в действующее законодательство. Исторический опыт свидетельствует, что таким органом может стать Государственная кодификационная комиссия, имеющая в своем составе определенные подкомиссии по отраслям законодательства.

Весьма негативное влияние на качество уголовного законодательства и уголовно-правового регулирования оказывает лоббирование экономическими кланами в своих корыстных целях отдельных законов, инициирование рассмотрения конкретных проблем в Конституционном Суде Украины. Такое лоббирование осуществляется нередко через народных депутатов, являющихся представителями этих кланов.

Высокое качество уголовного законодательства и уголовно-правового регулирования, минимизацию пробелов в уголовном

законодательстве и в уголовно-правовом регулировании в Украине, таким образом, можно обеспечить только путем осуществления системных мероприятий организационно-правового характера.

О.О. Дудоров,
доктор юридичних наук, доцент
(Луганський державний університет внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка)

ПРО НЕОБХІДНІСТЬ ЗАКОНОДАВЧОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ЮРИДИЧНОЇ ПОМИЛКИ ПРИ ВЧИНЕННІ ЗЛОЧИНІВ ІЗ ЗМІШАНОЮ ПРОТИПРАВНІСТЮ

Відповідно до ст. 24 КК України для прямого і непрямого умислу спільною є така інтелектуальна ознака, як усвідомлення винною особою суспільної небезпеки свого діяння: вимагається, щоб належний суб'єкт хоча б у загальних рисах розумів, зокрема, те, що вчинюване ним діяння носить антисоціальний характер, завдає шкоди охоронюваним кримінальним законом цінностям (відносинам). При цьому вітчизняний законодавець не включає у зміст умислу усвідомлення протиправності діяння, вочевидь, виходячи із відомої ще з часів Стародавнього Риму і, до того ж прямо закріпленої у ч. 2 ст. 68 Конституції України презумпції правової обізнаності особи: кожна доросла осудна людина повинна знати закони своєї країни, а тому не може посилатись на незнання законів як на обставину, що звільняє її від відповідальності за допущене порушення кримінально-правових норм (ignorantia legis neminem excusat – незнання закону нікого не виправдовує).

Такий підхід є, по-перше, прагматичним (правоохоронці уникають проблематичного з точки зору виконання обов'язку з'ясовувати у кожному конкретному випадку, чи розуміла особа протиправність вчиненого нею злочинного діяння) і, по-друге, традиційним (так вирішувалося питання багатьма представниками дореволюційної і радянської кримінально-правової науки). На мій погляд, має рацію А.П. Козлов, який констатує, що прибічники наведеної позиції вину особи не встановлюють, а презюмують [1], тобто припускають її існування. Близькими до цього висловлювання є твердження про те, що панування формули «незнання закону не звільняє від відповідальності» призводить до того, що психічне ставлення суб'єкта злочину до діяння та наслідків,

як правило, не є предметом доказування у кримінальній справі [2]; у випадку пов'язаної із незнанням закону юридичної помилки кримінальна відповідальність по суті встановлюється не за конкретне діяння, яке ставиться у вину особі, а за незнання нею закону [3]; законодавче закріплення презумпції знання особою своїх службових обов'язків не дає можливості говорити про відповідальність на підставі принципу суб'єктивного інкримінування [4]. При цьому закріплене у ст. 23 КК України визначення вини, ґрунтуючись, як відомо, на пануючій психологічній концепції, прямо вимагає встановлювати психічне ставлення особи до діяння (до речі, передбаченого КК, а не суспільно небезпечного) та його наслідків.

В сучасних умовах підхід, який знайшов відображення у ст. 24 КК, навряд чи може розраховувати на однозначне схвалення. І річ не лише в тому, що закріплене у ч. 1 ст. 11 КК формально-матеріальне визначення поняття злочину спонукає, принаймні у постановочному плані, висувати питання про охоплення інтелектуальною ознакою умислу усвідомлення винним як суспільної небезпеки, так і протиправності діяння. Найголовніше – це те, що легальні дефініції прямого і непрямого умислу, а так само категорична, без будь-яких винятків презумпція знання особою закону (ч. 2 ст. 68 Конституції України) не дозволяють враховувати специфіку психічного ставлення особи до вчиненого та його наслідків у складах злочинів, передбачених кримінально-правовими нормами з бланкетними диспозиціями. Не випадково російські, а услід за ними й українські фахівці висловились за розробку норм про кримінально-правові наслідки фактичного незнання законів чи підзаконних актів, на які посилаються бланкетні норми КК, та про помилку особи в оцінці ситуації. Цілком справедливо, як на мене, стверджується, що неврегульованість цих питань чинним законодавством породжує небезпеку засудження без вини [5].

Переконаний у тому, що відсутність у КК України норми про релевантність (кримінально-правову значущість) зазначеного різновиду юридичної помилки як норми, покликаної легалізувати процес спростування презумпції знання закону при вчиненні діяння, передбаченого кримінально-правовою нормою із бланкетною диспозицією, – абсолютна прогалина у чинному КК. Як слушно висловлюється О.І. Рарог, абсолютна або повна прогалина, будучи свідченням недосконалості кримінального законодавства, означає те, що у ньому взагалі не знаходить відображення проблема, яка згідно з міжнародним правом або по-

требами національного розвитку потребує кримінально-правового регулювання [6].

При всіх відмінностях у позиціях науковців, які досліджують феномен бланкетності у кримінальному праві, суть бланкетної диспозиції норми КК та її роль у кримінально-правовій характеристиці злочину визначаються в юридичній літературі приблизно однаково. Зазвичай йдеться про те, що бланкетна диспозиція кримінально-правової норми, називаючи або частково описуючи склад злочину, для з'ясування повного змісту його ознак зобов'язує правозастосувача звертатись до норм інших галузей законодавства, які конкретизують (деталізують, уточнюють) ці ознаки. Існування кримінально-правових норм із бланкетними диспозиціями призводить до того, що чимало ознак складів злочинів (господарських, екологічних, транспортних, проти безпеки виробництва тощо) визначаються не лише КК, а й іншими нормативними актами, які не є законом про кримінальну відповідальність і серед яких можуть зустрічатись як закони, так і підзаконні акти. З урахуванням того, що умови притягнення до кримінальної відповідальності за злочини із змішаною протиправністю одночасно визначаються як КК, так й іншими нормативними актами, теза про підпорядковану, допоміжну роль останніх, яка, можна сказати, панує в юридичній літературі, видається небезспірною. Як слушно зазначає М.І. Пікуров, застосування норми КК із бланкетною диспозицією неможливе без одночасної юридичної оцінки вчиненого діяння з точки зору норми іншої галузі права. При кваліфікації злочинів із змішаною протиправністю повинні встановлюватись ознаки, які містяться не лише у кримінальному законі, а й в інших нормативних актах, і за ступенем обов'язковості встановлення ці ознаки є однаковими [7].

На мою думку, заперечувати проти включення до КК України норми про розглядуваний різновид юридичної помилки, посилаючись на положення «незнання закону не звільняє від відповідальності», – означає ігнорувати ту обставину, що вказана презумпція належить до числа спростовних (оспорюваних). Іншими словами, це усталене, апробоване на практиці і закріплене у законі правило, яке правильно відображає більшість ситуацій, на які воно розраховане, але яке водночас надає можливість в інших ситуаціях спростувати таке правило, врахувати неохоплювану презумпцією специфіку певних випадків. Тут доречно нагадати, що М.С. Таганцев виходив із можливості спростувати у судовому порядку припущення знання заборон, за винятком заборон на вчинення тяжких злочинів на кшталт вбивства, зґвал-

тування, крадіжки, уявлення про забороненість яких кожна людина отримує ще з юнацької пори [8]. З такою диференціацією кримінально караних діянь перегукуються слова Г.О. Єсакова про те, що сфера презумпції знання кримінального закону як формально-юридичного обґрунтування максими ignorantia juris має обмежуватись злочинами, які апріорно заслуговують на моральний осуд [9, с. 260]. Варто сказати і про те, що включення до КК Франції норми про юридичну помилку як підставу уникнення кримінальної відповідальності за вчинену дію (ст. 122^3) пояснюється в літературі криміналізацією таких діянь, злочинний характер яких не є очевидним («не лежить на поверхні»), а саме різноманітних правопорушень в економічній, податковій, митній, фармацевтичній та інших сферах [10].

В цьому плані цілком логічною виглядає теза О.Захарова про релевантність юридичної помилки у ситуаціях – своєрідних виключеннях із виокремленої автором презумпції обізнаності підприємця з «правилами гри», тобто нормами законодавства, що регулюють підприємництво як різновид економічної діяльності. Йдеться про сумлінність помилки особи щодо злочинності своєї поведінки і, як наслідок, про відсутність інтелектуального елемента умислу, наприклад, за наявності отриманого індивідуального офіційного роз'яснення компетентного органу, судового рішення з питання про відповідність діяльності суб'єкта правовим нормам або ж у разі існування офіційно оприлюднених роз'яснень чи матеріалів правозастосовної практики з аналогічних питань [11].

Так, платник податків, який отримав від компетентного органу податкове роз'яснення, цілком природно вправі розраховувати на те, що це роз'яснення є кваліфікованим і ґрунтується на вимогах чинного законодавства. Якщо особа, визначаючи суму податкового зобов'язання, бере до уваги офіційне розуміння окремих положень податкового законодавства, зафіксоване у податковому роз'ясненні, наданому на її запит контролюючим органом, немає підстав стверджувати, що вимоги податкового законодавства порушені цією особою умисно, а, отже, що нею скоєно злочин, передбачений ст. 212 КК. Те, наскільки податкове роз'яснення, в установленому порядку отримане платником податків, узгоджується з податковими роз'ясненнями, що мають пріоритет, як і з вимогами власне податкового законодавства, вочевидь, не впливає на кримінально-правову оцінку вчиненого, яка у розглядуваній ситуації має даватись з урахуванням відсут-

ності ознак суб'єктивної сторони складу злочину «ухилення від сплати податків і зборів». Результатом надання і сприйняття податкового роз'яснення є підстави визнавати впевненість платника податків у правомірності своєї поведінки, що означає неправильне уявлення особи про юридичні властивості вчиненого нею діяння й однозначно виключає умисел як обов'язкову у даному разі суб'єктивну ознаку. Проблема кримінально-правового значення податкових роз'яснень загострюється у зв'язку з їх нестабільністю і суперечливістю. Як зазначають фахівці, податкове законодавство у більшості складних випадків можна розуміти по-різному, інколи діаметрально протилежною. Як наслідок в Україні нерідко змінюється позиція контролюючих органів, відображена у податкових роз'ясненнях, а платник податків вимушений реагувати на такі несподівані «прозріння» фіскалів [12]. У будь-якому разі фактично маються на увазі ситуації, коли презумпція знання (розуміння) платником приписів податкового законодавства «не спрацьовує» (спростовується), що чинить вплив на оцінку психічного ставлення особи до податкового правопорушення та його наслідків, а, отже, і на кримінальну відповідальність за таке правопорушення.

В аналізованому контексті цікавим і певною мірою повчальним є зарубіжний досвід. Наприклад, судова практика США виробила так зване «податкове» виключення з максими ignorantia juris, яке дозволяє уникати кримінальної відповідальності за скоєння федерального податкового злочину у разі відвертого незнання про існування або нерозуміння положень податкового законодавства і яке вимагає від обвинувачення доказувати, що податковий правопорушник знав про кримінальну караність своїх дій [9, с. 255–256, 376–380]. Вважається, що, якщо послідовно втілювати у сфері кримінально-правової протидії податковим злочинам загальну презумпцію правової обізнаності особи, то за вчинення податкового злочину міг би бути засуджений, наприклад, укладач податкової декларації у разі допущення ним через неуважність арифметичної помилки при підрахунку одного чи кількох показників або у разі неправильного тлумачення великого за обсягом чи навантаженого юридичною лексикою положення Кодексу внутрішніх доходів. Так само необізнаний платник податків міг би бути засуджений за порушення відверто колізійної норми, стосовно правильного тлумачення і застосування якої немає однакового підходу навіть серед експертів з питань податкового права.

Подібну ситуацію, аналізуючи юридичну помилку, описує О.І. Рарог. Вчений вважає, що роз'яснення компетентного працівника правоохоронного органу про правомірність поведінки особи дозволяє вести мову про те, що помилка особи стосовно протиправності свого діяння може бути вибачена і слугувати підставою для непритягнення особи до кримінальної відповідальності [13]. На думку П.С. Яні, про відсутність у особи усвідомлення протиправності, а, отже, й суспільної небезпеки вчиненого може свідчити, наприклад, неправильне роз'яснення того чи іншого відомства, розміщене в спеціальних юридичних виданнях, ЗМІ, Інтернеті тощо [14].

Варто враховувати те, що презумпція знання закону (ч. 2 ст. 68 Конституції України), належним чином оприлюдненого, не є самодостатньою і при вирішенні питань, пов'язаних із притягненням особи до кримінальної відповідальності за порушення норм регулятивного законодавства, повинна братись до уваги у взаємозв'язку з іншими вихідними засадами, закріпленими в Основному Законі країни. З цього приводу П. Маланчук слушно зазначає, що згідно зі ст. 62 Конституції України обвинувачення не може ґрунтуватись на припущеннях, а презумпція знання закону якраз і є припущенням того, що людина закон знає. Буквальне дотримання положення «незнання законів не звільняє від юридичної відповідальності» призводить до того, що фактично стосовно багатьох господарських злочинів діє не конституційний принцип презумпції невинуватості, а, навпаки, – неоспорювана презумпція винуватості. «Такий стан справ є неприпустимим з точки зору забезпечення прав особи, що притягується до кримінальної відповідальності» [15].

Згідно з ч. 2 ст. 62 Конституції України ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину. Якщо спробувати конкретизувати onus probandi («тягар обвинувачення») стосовно кримінального переслідування, скажімо, за ст. 212 КК, то ми побачимо, що саме на правоохоронні органи держави покладається нелегкий обов'язок довести, що платник податків (його службова особа), маючи можливість ознайомитись з податковим законом і правильно зрозумівши його зміст, свідомо пішов на порушення вимог цього закону. Як слушно зазначає О.В. Шестаков, апріорна думка про те, що головний бухгалтер повинен знати всі питання оподаткування, не звільняє слідчого від обов'язку з'ясувати питання про те, чи був насправді інформований цей бухгалтер про вимоги, які до нього поставлені [16].

У проекті постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про злочинне ухилення від сплати обов'язкових внесків державі (податків, зборів, інших обов'язкових платежів)», розробленому Л.П. Брич, пропонується дати роз'яснення, згідно з яким посилання осіб на незнання нормативних актів, їх змінюваність тощо не можуть братись до уваги, якщо під час судового розгляду беззаперечно не буде доведено обґрунтованість таких посилань. Як бачимо, дослідниця відносить презумпцію знання нормативно-правових актів до таких, що можуть бути спростовані, і з цим я погоджуюсь. Водночас конституційний принцип презумпції невинуватості дозволяє дещо по-іншому проставити акценти: посилання платника податків (його службової особи) на те, що він не знав про ту чи іншу вимогу податкового закону або ж зрозумів її неналежним чином, зобов'язують обвинувачення спростувати таку заяву, довести протилежне. Зробити це у ряді випадків надзвичайно проблематично з огляду на об'ємність, нестабільність і суперечливість податкового законодавства України, що неминуче зумовлює помилки в його застосуванні та ускладнює визначення правомірності поведінки учасників відповідних правовідносин. Наведу з цього приводу вельми красномовне висловлювання зарубіжних експертів: «Чинне податкове законодавство не лише складається з великої кількості окремих актів та постійно піддається змінам, а й тлумачення положень цих законодавчих актів також не зосереджено в єдиному органі. Отже, дуже важко зрозуміти вимоги податкових законів та дотримуватись їхніх норм» [17].

Як і П.П. Андрушко [18], вважаю, що незнання законодавства чи неправильне його застосування за певних умов може розглядатись як прояв необережної форми вини у діях (бездіяльності) платника податків чи його службової особи. Правильність такого підходу підтверджується зверненням до п. 5 роз'яснення Президії Вищого арбітражного суду України від 12 травня 1995 р. № 02-5/451 із змінами «Про деякі питання практики вирішення спорів за участю органів державної податкової служби», де зазначається, що податкове правопорушення може бути і неумисним – результатом помилкового застосування законодавства, недбалості або недосвідченості відповідних працівників організації – платника податків. О.М. Костенко також переконаний у тому, що неправильне тлумачення закону у разі порушення останнього виключає вину у формі умислу, але не виключає необережність, і пропонує безпосередньо у КК регламентувати особливості встановлення вини при незнанні закону та при його неправильному застосуванні [19].

Ще М.С. Таганцев наголошував на тому, що сумлінне посилання обвинуваченого на незнання ним забороненості вчиненого, незнання про існування норми або її зміст може потягти за собою безкарність таких діянь, за яких карається тільки умисне посягання на правоохоронюваний інтерес [8].

Подібним чином міркує А.Е. Жалінський, аналізуючи особливості застосування § 17 КК ФРН («Помилка у забороні») щодо діянь, передбачених бланкетними нормами кримінального закону. Стверджується, що у таких випадках незнання наповнюючих норм виключає умисел [20]. І це при тому, що вироблений доктриною дуалістичний підхід до значення помилки у забороні залежно від характеру протиправності (кримінальна або некримінальна) не знайшов безпосереднього відображення у § 17 КК ФРН. Слід сказати, що у зв'язку із складністю податкового законодавства питання про помилку у забороні нерідко ставиться у німецьких судах саме під час розгляду кримінальних справ про умисне ухилення від сплати податків. Практика виходить з того, що будь-яка особа усвідомлює обов'язок сумлінно декларувати свої доходи, розуміє неприпустимість подання перекручених документів і суть найбільш поширених способів ухилення від сплати податків, наприклад, таких, як віднесення особистих витрат на господарські витрати [21, с. 432]. Як бачимо, та юридична помилка, якої можна уникнути і яка не виключає, а тільки пом'якшує кримінальне покарання за умисний податковий злочин, вбачається у, так би мовити, найбільш примітивних ситуаціях – коли правопорушник, керуючись своїм життєвим досвідом, розуміє, що він скоює незаконне діяння. Вважається, що у протилежному випадку лише юристи, податкові консультанти та інші особи, які професійно займаються податковим правом, були б здатні нести кримінальну відповідальність за умисне ухилення від сплати податків.

Твердження опонентів про те, що формулювання норми про юридичну помилку, розрахованої на злочинні діяння із змішаною протиправністю, ігноруватиме закріплену у ст. 24 КК України інтелектуальну ознаку умислу, – це, як на мене, вияв кричущого юридичного позитивізму, який виходить з того, що всі положення чинного КК є ідеальними, правильними, розумними, а тому змінювати їх в жодному разі не потрібно. Адже у випадку вчинення злочину, передбаченого нормою КК із бланкетною диспозицію, усвідомлення особою суспільної небезпеки діяння як характеристика умислу є похідним від розуміння суб'єктом протиправності своєї поведінки, визначеної регулятив-

вним законодавством. Як дуже точно висловлюється І.В. Шишко, усвідомлення саме кримінальної протиправності при бланкетності норм КК практично мало що дає [22, с. 291]. Нагадує це твердження теза І.А. Клепицького про те, що стосовно злочинів, передбачених бланкетними нормами КК, усвідомлення об'єктивних ознак складу злочину і фактичних обставин діяння у жодному разі не гарантує автоматичного усвідомлення особою суспільної небезпеки діяння. Науковець визнає існування випадків, коли у зв'язку із складністю податкового законодавства усвідомлення формальної (податкової) протиправності набуває істотного значення для кваліфікації вчиненого. Так, не повинен нести кримінальну відповідальність за умисне ухилення від сплати податків головний бухгалтер, який під час складання податкової звітності був впевнений у своїй правоті, хоч надалі господарські суди підтвердили незаконність поведінки платника податків і правомірність нарахування податковим органом фінансових санкцій за допущене податкове правопорушення [21, 63–70].

Справді, без розуміння належним суб'єктом тієї обставини, що його діяння суперечить податковому законодавству, немає достатніх підстав вести мову про те, що цей суб'єкт усвідомлював і суспільну небезпеку свого діяння, тобто усвідомлення особою у такому випадку протиправності власної поведінки виступає способом усвідомлення її суспільної небезпеки.

Обґрунтованість наведеної вище позиції підтверджується співзвучними їй міркуваннями науковців. Так, В.В. Лунєєв, оцінюючи помилку у кримінально-правовій забороні, пише, що для усвідомлення суспільної небезпеки злочинів, передбачених статтями КК із бланкетними диспозиціями, від особи вимагаються спеціальні знання або засвоєння змісту додаткових нормативних актів. Безумовна реалізація у цьому разі традиційної презумпції – незнання закону не є виправданням – буде, на погляд вченого, класичним випадком об'єктивного інкримінування [23]. І.М. Тяжкова поділяє думку більшості криміналістів про те, що усвідомлення протиправності не є обов'язковою ознакою інтелектуального елемента умислу. Водночас, зазначає ця авторка, законодавець у ряді випадків визнає діяння умисними лише за наявності усвідомлення їх протиправності. Передусім це стосується злочинів із спеціальним суб'єктом, коли на особу покладається виконання або забезпечення дотримання певних правил, що обов'язково передбачає знання таких правил [24,]. Відтворює таку позицію і Р.В. Вереша [25, с. 186].

Хотів би уточнити, що наведені у ст. 25 КК РФ визначення прямого і непрямого умислу (в цьому вони не відрізняються від дефініцій, що містяться у ст. 24 КК України) не включають усвідомлення протиправності у число ознак даної форми вини. Тому навряд чи правильно стверджувати, як це робить І.М. Тяжкова, а услід за нею Р.В. Вереша, що саме законодавець визнає усвідомлення протиправності характеристикою умислу, а, отже, й суб'єктивної сторони злочинів, пов'язаних із порушенням певних правил. Насправді це приклад (вияв) доктринального тлумачення кримінального закону. Не випадково О.І. Бойко і Л.Ю. Родіна зазначають, що стосовно злочинів, при описі яких законодавець звертається до вказівки на незаконність поведінки, залишається незрозумілим, обізнаність кого – злочинця або правозастосувача – про незаконність діяння малась на увазі у таких випадках [26]. У зв'язку з цим більш коректним видається висловлювання А.В. Наумова про те, що шляхом конструювання в Особливій частині КК спеціальних складів злочинів, які становлять собою порушення різноманітних правил, законодавець пов'язує усвідомлення суспільної небезпеки вчинюваного діяння з усвідомленням його протиправності. Якщо відповідний суб'єкт не знає правил, інструкцій чи інших документів, до яких відсилає бланкетна диспозиція кримінально-правової норми, інтелектуальний момент умислу виключається, а тому особа, вважає А.В. Наумов, кримінальній відповідальності не підлягає [27]. Мабуть, варто зробити застереження: не підлягає кримінальній відповідальності за вчинення саме умисного злочину.

Переконливе і розгорнуте обґрунтування положення про те, що незнання заборон, встановлених у сфері економічної діяльності, виключає усвідомлення суспільної небезпеки їх порушення, можна знайти у роботах І.В. Шишко. Науковець доводить, що законодавче регулювання економічних відносин із притаманними їм кореляційними зв'язками є настільки складним і громіздким, що навіть фахівці зазнають серйозних труднощів при з'ясуванні змісту відповідних приписів. З тим, щоб уточнити зміст інтелектуального моменту умислу як суб'єктивної ознаки економічних злочинів, І.В. Шишко пропонує викласти у новій редакції законодавче визначення умислу, поклавши в його основу диз'юнкцію – усвідомлення особою суспільної небезпеки або протиправності своїх дій (бездіяльності). Стверджується, що пропонована дефініція умислу виключатиме необхідність встановлювати усвідомлення, по-перше, протиправності стосов-

но тих злочинів, суспільна небезпека яких є очевидною, і, по-друге, суспільної небезпеки злочинів, в яких таке усвідомлення є вторинним по відношенню до усвідомлення протиправності або взагалі неможливе [22, с. 34–35, 251–253, 273–291, 305]. На думку Н.О. Лопашенко, настав час у формулі вини передбачити для складів злочинів, в основу яких покладено порушення приписів інших галузей права, поряд з усвідомленням небезпеки свого діяння також усвідомлення його протиправності. Авторка цілком справедливо вказує на неправомірність і неетичність презумпції безумовного знання нормативних актів особами, включаючи тих, хто працює у регульованих цими актами сферах, якщо у таких нормативних актах нерідко не можуть розібратись кращі юристи країни, а то й Конституційний Суд держави [28].

Б.В. Волженкін також вважає, що усвідомлення суспільної небезпеки економічних злочинів неможливе без усвідомлення факту порушення тих регулюючих законів, які встановлюють порядок здійснення підприємницької та іншої економічної діяльності. Науковець називає дивним становище, коли менш небезпечні (адміністративно карані) порушення порядку здійснення економічної діяльності будуть тягнути відповідальність тільки у разі усвідомлення особою протиправності свого діяння (як цього прямо вимагає ч. 1 ст. 2.2 Кодексу РФ про адміністративні правопорушення 2001 р.) в той час, як для притягнення до відповідальності за більш суспільно небезпечні порушення (злочини) такої обізнаності не вимагатиметься. На погляд Б.В. Волженкіна, послідовна реалізація принципу кримінальної відповідальності за вину вимагає законодавчої регламентації кримінально-правових наслідків помилки особи у забороні, що зроблено у законодавстві багатьох зарубіжних країн [33].

Норми про вказаний Б.В. Волженкіним різновид юридичної помилки відомі зарубіжному кримінальному законодавству (це, наприклад, § 9 КК Австрії, ст. 14 КК Іспанії, ст. 16 КК Республіки Корея, § 30 КК Польщі, § 20 КК Швейцарії, ст. 9 глави 24 КК Швеції, ст. 122^3 КК Франції, § 17 КК ФРН, ст. 38 КК Японії). Висновок про доцільність мати у КК України і КК РФ аналогічні положення роблять чимало українських і російських науковців [25, с. 218–219; 30; 22, с. 290–291], які цілком логічно пропонують диференціювати кримінально-правові наслідки вчиненого діяння залежно від того, наскільки сумлінно (вибачально) помилялась особа у питанні про забороненість (протиправність) конкретного діяння. У контексті здійснюваного дослідження вва-

жаю за необхідне акцентувати увагу на тому, що законодавчий опис аналізованого різновиду юридичної помилки має враховувати специфіку злочинів, передбачених кримінально-правовими нормами із бланкетними диспозиціями. Перевага цього варіанту розв'язання проблеми (порівняно із уточненням легального опису умислу, в основу якого можна було б покласти згадану вище диз'юнкцію – усвідомлення особою суспільної небезпеки свого діяння чи його протиправності) вбачається у тому, щоб зробити наголос не стільки на незнанні закону (а тому Конституцію України змінювати не потрібно), скільки на помилці – неправильному сприйнятті його змісту.

Таким чином, вважаю за необхідне висунути для обговорення пропозицію про доповнення КК України нормою такого змісту: «Якщо особа сумлінно помилялась щодо протиправності вчиненого нею діяння, ознаки якого як злочину визначені цим Кодексом і нормативним актом, який не є законом про кримінальну відповідальність (бланкетна диспозиція статті або частини статті Кодексу), вона через відсутність вини кримінальній відповідальності не підлягає. У разі, коли особа з урахуванням обставин справи могла усвідомлювати протиправність зазначеного діяння, а тому могла уникнути такої помилки, вчинене нею діяння вважається вчиненим через необережність».

Розумію, що запропоноване формулювання конкретного різновиду юридичної помилки містить оціночний елемент, а це при застосуванні запропонованої норми (у разі включення її до КК) означатиме дискреційну (тобто здійснювану за своїм розсудом) діяльність правозастосовних органів. Щоправда, сумніваюсь у тому, що на законодавчому рівні тут можлива якась конкретизація – а саме розкриття змісту сумлінності помилки. Якщо звернутись до законодавчих визначень умислу і необережності (ст. 24 і ст. 25 КК), то є цілком очевидним, що застосування пов'язаних із суб'єктивною стороною норм КК неминуче пов'язане із дискреційною діяльністю правозастосовних органів, яка, звичайно, може включати в себе не просто суб'єктивізм, а корупційну складову (бажала особа настання суспільно небезпечних наслідків чи лише свідомо їх допускала; могла чи ні особа передбачати можливість настання суспільно небезпечних наслідків тощо). На це вказують опубліковані матеріали практики Верховного Суду України у кримінальних справах навіть про злочини проти життя та здоров'я особи, а ми ведемо мову про матерію, яка є складнішою на порядок. Оціночний характер запропонованого зворо-

ту «сумлінність помилки особи щодо протиправності діяння», забезпечуючи гнучкість кримінально-правового регулювання, як на мене, цілком узгоджується із виокремленими О.В. Кобзєвою основними об'єктивною та суб'єктивною причинами використання у кримінальному законі оціночних ознак. Якщо такою об'єктивною причиною виступає надзвичайна багатоманітність соціально небезпечних предметів, властивостей і явищ, які потребують постійного контролю, то основною суб'єктивною причиною правильно названо створення особливого прийому законодавчої техніки, необхідного для відображення у кримінальному законі згаданої багатоманітності явищ і процесів суспільного життя [31].

Висловлюю сподівання на те, що, так би мовити, просте посилання на незнання нормативно-правових актів, до яких відсилають бланкетні диспозиції норм КК, не дозволятиме особам на підставі пропонованої норми про юридичну помилку уникати кримінальної відповідальності за вчинене. Адже останню буде виключати тільки сумлінна помилка, а саме тлумачення поняття «сумлінний» (добросовісний, старанний, той, хто ретельно виконує певну роботу) передбачає наявність конкретних поважних обставин, які ввели правопорушника в оману. Так, у сфері кримінально-правової протидії порушенням податкового законодавства йдеться зазвичай про те, що платник податків (податковий агент) може керуватись різноманітними податковими роз'ясненнями (у т.ч. отриманими не за запитом до контролюючого органу – ДПА, ДМС тощо), роз'ясненнями з питань застосування податкового законодавства, наданими іншими державними органами (наприклад, Мінфін, Мін'юст, Держпідприємництво), консультаціями, коментарями фахівців у ЗМІ, а так само брати до уваги доступні судові рішення у подібних податкових спорах. Лише сумлінна помилка особи щодо забороненості своєї поведінки, спростовуючи конституційну презумпцію знання особою законів, яку як загальне правило я не відкидаю, виключатиме кримінальну відповідальність за допущені порушення податкового та іншого регулятивного законодавства. Щодо небезпеки корупційної складової, то хотів би сказати, що закон може бути і ідеальним, однак застосовуватись з різних причин таким чином, що від його «букви» і «духу» нічого не залишиться.

---

1. *Козлов А.П.* Понятие преступления. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – С. 573.

2. *Марцев А.И.* О вине и виновности в уголовном праве // Предмет уголовного права и его роль в формировании уголовного законодательства Российской Федерации. Науч.-практ. конф., посвящ. памяти проф. А.Н. Красикова (25–26 апреля 2002 г.) / Отв. ред. Б.Т. Разгильдиев. – Саратов: Изд-во СГАП, 2002. – С. 19–20.

3. *Филимонов В.* Теоретические проблемы учения о вине в уголовном праве // Уголовное право. – 2004. – № 3. – С. 71

4. *Бавсун М.В., Векленко С.В.* Проблемы виновного вменения за преступления, совершаемые по неосторожности // Правоведение. – 2004. – № 5. – С. 139.

5. Концепция уголовного законодательства Российской Федерации. Подготовлена И.М. Гальпериным, А.И. Игнатовым, С.Г. Келиной, Ю.А. Красиковым, Г.М. Миньковским, М.С. Палеевым, С.А. Пашиным, Э.Ф. Побегайлом, О.Ф. Шишковым // Государство и право. – 1992. – № 8. – С. 43; Концепція розвитку законодавства України на 1997–2005 рр. / Під ред. В.Ф. Опришка. – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 1997. – С. 65–66.

6. *Рарог А.И.* Пробелы в уголовном законодательстве России // «Черные дыры» в российском законодательстве. – 2008. – № 1. – С. 183.

7. *Пикуров Н.И.* Особенности применения норм уголовного права с учетом его системных свойств // Современные разновидности российской и мировой преступности: состояние, тенденции, возможности и перспективы противодействия / Сборник науч. трудов под ред. Н.А. Лопашенко. – Саратов, 2005. – С. 385.

8. *Таганцев Н.С.* Русское уголовное право. Лекции. Часть Общая. В 2 т. – М.: Наука, 1994. – Т. 1. – С. 238.

9. *Есаков Г.А.* Mens rea в уголовном праве США: историко-правовое исследование. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003.

10. Уголовное право зарубежных государств. Общая часть / Под ред. и с предисл. И.Д. Козочкина. – М.: Ин-т межд. права и экономики им. А.С. Грибоедова, 2001. – С. 317.

11. *Захаров А.* Глава 22 УК РФ: вопросы законности и юридической ошибки // Уголовное право. – 2004. – № 4. – С. 23–25.

12. *Твердомед А.* Кому не ясно? // Бизнес. – 21 апреля 2008 г. – № 16. – С 75.

13. *Рарог А.И.* Квалификация преступлений по субъективным признакам. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 172–173.

14. *Яни П.С.* О значении принципа «ignorantia juris nocet» для вменения составов экономических преступлений // Уголовное право в XXI веке: материалы Международной научной конференции на юрид.

ф-те МГУ им. М.В. Ломоносова 31 мая – 1 июня 2001 г. – М.: Лекс-Эст, 2002. – С. 235.

15. *Маланчук П.* Функція захисту у справах про господарські злочини у контексті співвідношення принципів презумпції невинуватості і презумпції знання закону // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – № 8. – С. 110.

16. *Шестаков А.В.* Теневая экономика: Учеб. пособие. – М.: Издательский Дом «Дашков и К», 2000. – С. 103.

17. Звіт Наглядової ради з питань реалізації Програми модернізації Державної податкової служби України (ПМДПС – І) 2007-05-24 // Вісник податкової служби України. – 2007. – № 36. – С. 18.

18. *Андрушко П.П.* Коментар до постанови Пленуму Верховного Суду України від 8 жовтня 2004 р. № 15 // Вісник Верховного Суду. – 2004. – № 11. – С. 18.

19. *Костенко О.* Необережність при застосуванні закону: «біла пляма» в праві? // Юридичний журнал. – 2006. – № 5. – С. 75–76.

20. *Жалинский А.Э.* Современное немецкое уголовное право. – М.: ТК Велби; Проспект, 2004. – С. 172.

21. *Клепицкий И.А.* Система хозяйственных преступлений. – М.: Статут, 2005.

22. *Шишко И.В.* Экономические правонарушения. Вопросы юридической оценки и ответственности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004.

23. *Лунеев В.В.* Субъективное вменение. – М.: Спарк, 2000. – С. 51–52.

24. Курс уголовного права. Т. 1. Учение о преступлении: Учебник / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. – М.: Зерцало, 1999. – С. 307–308.

25. Вереша Р.В. Проблеми вини в теорії кримінального права: Навч. посібник. – К.: Атіка, 2005.

26. *Бойко А.И., Родина Л.Ю.* Контрабанда: история, социально-экономическое содержание и ответственность. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 178.

27. *Наумов А.В.* Российское уголовное право. Курс лекций. В 2 т. 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Юрид. лит. – Т. 1. Общая часть. – 2004. – С. 231–232, 249.

28. *Лопашенко Н.О.* Основы уголовно-правового воздействия: уголовное право, уголовный закон, уголовно-правовая политика. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – С. 231–232.

29. *Волженкин Б.В.* Преступления в сфере экономической деятельности (экономические преступления). – СПб.: Юридический центр

Пресс, 2002. – С. 102–103; Уголовное право России: Общая Часть: Учебник / Под ред. Н.М. Кропачева, Б.В. Волженкина, В.В. Орехова. – СПб.: Издат. Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Изд-во юрид. ф-та С.-Петерб. гос. ун-та, 2006. – С. 517–521.

30. *Кропачев Н.М., Прохоров В.С.* Механизм уголовно-правового регулирования: Уголовная ответственность: Учеб. пособие. – СПб.: Санкт-Петербургский гос. ун-т, 2000. - С. 44; *Кругликов Л.Л., Спиридонова О.Е.* Юридические конструкции и символы в уголовном праве. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2005. – С. 52–53; *Оробець К.* Нормативний статус помилки у кримінальному праві: компаративний аналіз // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 3. – С. 119; Стратегии борьбы с преступностью (Материалы научно-практической конференции). Обзор подготовила Н.Г. Тогонидзе // Государство и право. – 2004. – № 3. – С. 107; *Хавронюк М.І.* Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2007. – С. 25.

31. *Кобзева Е.В.* Оценочные признаки в уголовном законе / Под ред. Н.А. Лопашенко. – Саратов, 2004. – С. 102–103.

О.М. Дуфенюк,
кандидат юридичних наук
(Львівський державний університет внутрішніх справ)

ПРОГАЛИНИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗАБОРОНИ РЕПРОДУКТИВНОГО КЛОНУВАННЯ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ

Проблеми визначення межі людського життя, проведення медико-біологічних експериментів на людях, терапевтичне та репродуктивне клонування, експериментування на людських ембріонах при запліднені *in vitro* та абортивних зародках, інші маніпуляції у галузі генної інженерії та трансплантології не можуть розглядатися осторонь від кримінально-правової науки. Адже наявність зловживань у цих сферах може призвести до настання не просто тяжких, а жахливих наслідків в морально-етичному, правовому, медико-біологічному та інших аспектах буття не тільки сучасного соціуму, але й майбутніх поколінь. Біоетика сформувала певну ієрархію фундаментальних засад, на основі яких повинно грунтуватись та суворо регламентуватись

експериментування у вказаних напрямках. При цьому, саме кримінально-правовими засобами забезпечується дієвість механізму охорони життя, здоров'я, гідності людини як найвищих соціальних цінностей.

Питання правового забезпечення біомедичної експерементальної діяльності в Україні, клонування та інших генетичних маніпуляцій потрапляли у поле дослідження Т. Короткого, О. Красовського, Н. Крилової, Л. Мазуркевич, О. Пунди, В. Стрепко, Г. Терешкевич та ін. Як правило, у працях вказаних вчених йдеться загалом про проблеми та перспективи правового регулювання генно-інженерної діяльності. Метою пропонованої наукової розвідки є висвітлення проблемних аспектів кримінальної відповідальності за репродуктивне клонування людини, встановленої законодавством України, а також синопсис прогалин правового регулювання відповідальності за проведення інших видів експериментування у галузі генної інженерії.

У ст. 2 Закону України від 14 грудня 2004 р. «Про заборону репродуктивного клонування» викладено таку норму-дефініцію: «*клонування людини – створення людини, яка генетично ідентична іншій живій або померлій людині, шляхом перенесення у залишену без ядра жіночу статеву клітину ядра соматичної клітини людини*» [1]. Генна інженерія являє собою сукупність методів та підходів, об'єднаних метою отримання біологічних структур (індивідуальних генів, білків, мікроорганізмів тварин та рослин) із запрограмованими, такими, що передаються у спадщину якостями, які неможливо отримати традиційними методами селекції. Іншими словами, генно-інженерна діяльність складається з сукупності прийомів, методів та технологій по виділенню генів з організму, здійснення маніпуляцій з генами, введення їх в інший організм [2, с. 95].

Здійснивши докладний аналіз кримінального законодавства держав континентальної Європи, у своєму грунтовному монографічному дослідженні М. Хавронюк зазначає, що у Кримінальному кодексі Росії біоетичні питання не знайшли свого адекватного відображення, оскільки цим нормативно-правовим актом передбачена відповідальність лише за примушування до вилучення органів чи тканин для трансплантації, розробку, виробництво тощо біологічної зброї, геноцид та екоцид. Ст. 144 КК Молдови створення людських істот шляхом клонування визнає особливо тяжким злочином проти миру і безпеки людства. Незаконному поводженню з людським ембріоном присвячено

розділ 5 глави 9 «Винні діяння проти особи» КК Естонії. У КК Франції спеціальний розділ І Книги 5 присвячено певним злочинним діянням в галузі охорони здоров'я (його норми спрямовані на кримінально-правовий захист «людського виду», «людського організму» та «людського ембріона») [3, с. 897–899].

Викликає занепокоєння той факт, що в Україні де-факто відсутня кримінальна відповідальність за репродуктивне клонування людини, а також ввезення на територію України та вивезення з території України клонованих ембріонів людини. У ст. 4 Закону України від 14 грудня 2004 р. «Про заборону репродуктивного клонування» задекларовано, що особи, винні у порушенні цього Закону (тобто виконанні вищевказаних дій) несуть цивільно-правову, адміністративну або кримінальну відповідальність відповідно до законів [1]. Кабінет Міністрів України до квітня 2005 р. був зобов'язаний розробити і подати на розгляд Парламенту України проект Закону про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо встановлення відповідальності за репродуктивне клонування. Проте проект такого Закону був внесений на розгляд Верховної Ради України лише у січні 2006 р. народним депутатом України В. Олуйком (Проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України (щодо клонування людини)». Реєстр. № 8748 від 20 січня 2006 р.) [3, с. 898]. Огляд Особливої частини КК України у поточній редакції від 7 травня 2008 р., викладеної на офіційному веб-сайті Верховної Ради України, свідчить про те, що відповідні санкції у вітчизняному законодавстві досі не з'явилися.

Крім того, Парламентська Асамблея Ради Європи у Рекомендації по використанню ембріонів і плодів людини з метою діагностики, терапії, наукових досліджень, промислового використання і торгівлі (№ 1046, 24 вересня 1986 р.) радила ввести санкції не тільки за клонування, але й за імплантацію людського ембріона в матку тварини і навпаки; злиття гамет людини з гаметами тварин; створення дітей від людей однієї статі; дослідження на життєздатних людських ембріонах, а також на живих людських ембріонах незалежно від того, життєздатні вони чи ні; з'єднання ембріонів або будь-яка інша дія, що може призвести до появи химер; ектогенез або створення індивідуальної і самостійної людської істоти поза маткою жінки, тобто в лабораторії; утримання ембріона *in vitro* понад 14 діб після запліднення (за винятком часу, необхідного для заморожування) тощо [4, с. 124–125]. Очевидно, доцільно було б криміналізувати у національному законодавстві і ці діяння.

Медицина третього тисячоліття запропонувала людству, крім репродуктивного, і так зване терапевтичне клонування (створення біологічно активних матеріалів, спрямованих на лікування різноманітних хвороб людини завдяки їх унікальній властивості – здатності до формування на своїй основі клітин будь-якого органу людини). Відомо, що експерименти для вивчення нових методів лікування різних хвороб проводяться на тваринах, однак відтворити на них усі причини та умови розвитку захворювань людини, за словами вчених, неможливо через біологічні відмінності та у зв'язку з невідтворюваністю фону здоров'я людини і впливу психологічних факторів. У багатьох випадках у тварин чутливість фармакологічного і хіміотерапевтичного впливу менша, ніж у людини [5, с. 162].

У 1998 р. американськими дослідниками Д. Томпсоном та Д. Герхардом уперше в світі були виведені так звані ембріональні стовбурові клітини людини, що було визнано третім за важливістю відкриттям біології XX ст. після відкриття подвійної спіралі ДНК та розшифровки генома людини [6, с. 33]. За енциклопедичними матеріалами Вікіпедії, ембріональні стовбурові клітинні лінії (ЕС клітинні лінії) – це культури клітин, що походять від тканин епібласту (внутрішньої клітинної маси бластоцисти). Бластоциста – це ранній ембріон (приблизно 4 – 5 день ембріону людини), який містить від 50 до 150 клітин. ЕС клітини є плюрипотентними, вони дають початок усім трьом шарам ембріону: ектодермі, ендодермі та мезодермі. Іншими словами, вони можуть перетворитися на усі типи клітин дорослого організму (тобто більше 200 типів клітин) під дією необхідних стимулів, за винятком клітин екстра-ембріональних (позаембріональних) оболонок чи плаценти [7].

Спеціалісти у галузі клітинної терапії констатують, що ембріональні клітини віком до 12 тижнів являють собою єдину тканину, яку організм дорослої людини сприймає як власну, тож якщо зробити ін'єкцію цього кліткового коктейлю у підшкірно-жирову клітковину (як правило у ділянку живота), ембріональні клітини одразу спрямовуються до тих органів та тканин, що потребують оновлення [6, с. 33]. Проте сьогодні ембріональні клітини почали використовувати не лише для лікування захворювань (серцево-судинних, нервових, імунних). Існує особлива категорія пацієнтів (приблизно 15 %), які звертаються за такого роду терапією для уповільнення процесу старіння, підвищення життєвого тонусу, омолодження. Вартість подібної ін'єкції 6

років тому в клініці «Доктор Алекс» при Харківському НДІ імунології та мікробіології ім. Мечнікова досягала 3 тис. у.о. для мешканців України і 5 тис. – для іноземців [6, с. 33]. Безумовно, досягненню таких вражаючих результатів передувала тривала епоха наукових експериментальних досліджень, у тому числі пов'язаних із забором тканин зародка, внутрішньоматковими операційними втручаннями, проведенням експериментів на абортивних людських зародках тощо.

З огляду на те, що практика підтримання життя людських зародків та ембріонів для експериментальних чи комерційних цілей (у природних умовах чи *in vitro*) цілковито суперечить поняттю людської гідності, сьогодні надзвичайно гострою вважається проблема правового регулювання експериментування на людських зародках та ембріонах. У цьому контексті має рацію судження Г. Терешкевич про те, що усі види експериментування на людських ембріонах при заплідненні *in vitro*: генетичні дослідження (рекомбінація ДНК, заміна хромосом), експериментування в галузі фармакології, експериментальні дослідження в ембріональній біології етично неприпустимі не лише тому, що людське життя у всіх цих випадках зароджується за межами подружжя, але передусім через те, що метою є не втілення бажання дарувати життя дитині, а здійснення задуму зробити об'єктом експериментування ембріон, приречений на знищення [8, с. 338–339]. Слушною є зауважа дослідниці й на тому, що сучасна європейська персоналістична біоетика наголошує на штучності розподілу між концепцією людської індивідуальності і концепцією фундаментальної цінності фізичного індивідуального життя людини. Вона оголошує вищу цінність людського життя від моменту запліднення; пропагує недопустимість знищення ембріона виключно з ембріональною репозицією; неприпустимість будь-якої форми маніпуляції з ембріонами, навіть до 14 дня від запліднення; виступає проти кожного не терапевтичного експериментування на ембріонах від початку їх формування, зокрема так званих «ранніх ембріонах»; стверджує неприйнятність знищення заморожених чи зайвих ембріонів, які не вважається за можливе імплантувати, і бореться проти будь-якої форми маніпуляції над ними; забороняє штучне запліднення ембріонів *in vitro*, особливо коли немає певності, що всі вони будуть імплантовані у репродуктивні органи жінки [8, с. 339–340]. Знаковим є те, що Україна приєдналась до числа європейських країн, які підписавши Конвенцію про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини:

Конвенцію про права людини та біомедицину (ETS № 164), офіційно встановили заборону на вирощування ембріонів людини для дослідних цілей (незалежно від кінцевої мети досліджень: репродукції чи терапії) [9]. Однак механізм правового забезпечення притягнення винних осіб до відповідальності за порушення цієї заборони сьогодні навряд чи можна вважати дієвим.

Зважаючи на категоріальний апарат, яким доводиться оперувати при висвітленні проблем клонування та кримінально-правового захисту життя ембріона та плода людини, значною прогалиною права слід вважати й відсутність термінологічного визначення суб'єкта внутрішньоутробного життя у період часу з 8 по 12 тиждень. Згідно з ст. 2 Закону України «Про заборону репродуктивного клонування людини» терміном «ембріон людини» позначено «зародок людини на стадії розвитку до восьми тижнів» [1]. Згідно з п. 1.4. «Інструкції з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості», затвердженої наказом МОЗ України від 29 березня 2006 р. № 179, терміном «плід» позначено «внутрішньоутробний продукт зачаття, починаючи з повного 12-го тижня вагітності до вигнання/вилучення з організму матері» [10]. Таким чином, період життя людини з восьмого по дванадцятий тиждень на сьогодні немає правового визначення та водночас не є ні ембріоном, ні плодом людини.

Підсумовуючи сказане, маємо достатні підстави для формулювання низки таких висновків: по-перше, необхідно активізувати роботу суб'єктів правотворення щодо логічного завершення процесу криміналізації репродуктивного клонування людини в Україні; по-друге, варто зробити акцент на тому, що встановлення кримінальної відповідальності за репродуктивне клонування людини в Україні ще потребуватиме певного концептуального шліфування та вдосконалення з точки зору потреб практики та новітніх досягнень біомедицини; по-третє, доцільно було б більшою мірою визначити та деталізувати кримінально-карані діяння у сфері експериментування на людських ембріонах. Докладний аналіз і розробка проекту відповідних кримінально-правових норм належить до перспективних напрямів науково-дослідної роботи.

---

1. Закон України від 14 грудня 2004 р. № 2231–IV «Про заборону репродуктивного клонування» – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua

2. *Пунда О.* Генетика людини і право // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. – 2003. – № 2. – С. 92–97.

3. *Хавронюк М.* Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: Монографія. – К.: Юрисконсульт, 2006. – 1048 с.

4. *Хавронюк М.* Діяння проти життя та здоров'я ненародженої людини мають бути криміналізовані // Прокуратура. Людина. Держава. – 2005. – № 10 (52). – С. 124–128.

5. *Стрепко В.* Правові засади проведення медико-біологічних експериментів на людях // Вісник Львівського університету. Серія юрид. – 1999. – Вип. 34. – С. 162–164.

6. *Пунда О.* Перспективи правового регулювання генної інженерії в Україні // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 6. – С. 32–35.

7. Ембріональні стовбурові клітини. – Режим доступу: http://ru.wikipedia.org

8. *Терешкевич Г.* Інформована згода та експериментування над людиною // Медичне право України: правовий статус пацієнтів в Україні та його законодавче забезпечення (генезис, розвиток, проблеми і перспективи вдосконалення): Матеріали II Всеукраїнської науково-практичної конференції (17 – 18 квітня 2008 р., м. Львів) / Упор. І.Я. Сенюта, Х.Я. Терешко. – Львів: Вид-во ЛОБФ «Медицина і право», 2008. – С. 334–341.

9. Конвенція про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини: Конвенція про права людини та біомедицину (ETS № 164) – Режим доступу: http://zako№1.rada.gov.ua

10. Наказ МОЗ України від 29 березня 2006 р. № 179 «Інструкція з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості» – Режим доступу: http://zako№1.rada.gov.ua

Т.М. Калинина,
кандидат юридических наук
(Приволжский филиал
Российской академии правосудия;
г. Нижний Новгород, РФ)

ИНСТИТУТ КОНФИСКАЦИИ НУЖДАЕТСЯ В ПЕРЕОСМЫСЛЕНИИ

1. Конфискация имущества как мера уголовно-правового воздействия широко применяется во всем мире, причем не только в

сфере уголовно-правового, но и административного, таможенного регулирования, а также в рамках других отраслей законодательства [1, с. 64]. Ее существование, по мнению большинства специалистов, оправдано как с социальной, так и с правовой точки зрения; об этом же свидетельствует опыт применения данной меры в карательной практике многих стран.

Конфискация как вид наказания уголовному праву известна с древних времен (по этому поводу уже Русская правда содержит соответствующие нормы). По законодательству XIX–XX вв. она относилась к так называемым имущественным наказаниям, представляла собой изъятие у виновного имущества или некоторых предметов и назначалась в качестве дополнительного наказания. Изначально допускалась полная и частичная конфискация, однако полная конфискация была исключена из Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. В системе наказаний, имевшейся в уголовном законодательстве Советской России, конфискация существовала все время.

Первоначально в качестве меры наказания она предусматривалась и в УК РФ, однако Федеральным законом от 8 декабря 2003 г. № 162-ФЗ была исключена из него. Федеральным законом от 27 июля 2006 г. «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О ратификации Конвенции Совета Европы о предупреждении терроризма» и Федерального закона «О противодействии терроризму» конфискация имущества возвращена в уголовное законодательство России, но уже не в качестве наказания, а в виде иной меры уголовно-правового характера. Однако сущность конфискации фактически не изменилась, она выражается в принудительном безвозмездном обращении по решению суда в собственность государства соответствующего имущества.

В разделе VI УК РФ была образована отдельная глава 15^1 «Конфискация имущества», а в связи с этим наименование самого раздела изменено на «Иные меры уголовно-правового характера».

2. Конфискация имущества может иметь различное социальное назначение и правовое выражение в зависимости от того, в какой сфере регулирования общественных отношений и в качестве какого средства она применяется. В самом общем виде ее можно представить как безвозмездное изъятие государством имущества у кого-либо. Такое понимание соответствует этимологии слова «конфискация», что с латинского означает «принудительное и безвоз-

мездное изъятие имущества, денег и т.д. в собственность государства в соответствии с судебным решением или административным актом» [2, с. 251], оно составляет основу всех вариантов его интерпретации в законе.

В современном праве, как правило, выделяют два вида конфискации – общую и специальную. Первый из них представляет собой наказание, которое в уголовном законодательстве разных государств выступает либо как основное, либо как дополнительное (в большинстве стран) карательное средство воздействия на преступника. Его суть заключается в применении государством экономических санкций к виновному лицу.

Специальная конфискация не рассматривается как вид наказания, не имеет карательного содержания, не предполагает воздаяния преступнику за содеянное, не имеет целью причинения ему страданий путем ограничения его прав. Она относится к сфере уголовного процесса.

По УК РФ конфискация как иная мера уголовно-правового характера направлена прежде всего на предупреждение преступлений. Его суть в общем виде заключается в принудительном безвозмездном изъятии государством имущества, вовлеченного в преступный оборот [3, с. 12].

3. Согласно ч. 2 ст. 2 УК РФ к лицам, совершившим преступление или общественно опасное деяние, могут применяться иные меры уголовно-правового характера. По указанному федеральному закону к их числу законодатель отнес принудительные меры медицинского характера и конфискацию имущества, которые назначаются вместо наказания или вместе с ним. Однако надо иметь в виду, что иными мерами уголовно-правового характера также являются принудительные меры воспитательного воздействия (ст. 90 УК РФ) и помещение в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа органа управления образованием (ст. 92 УК РФ). Нормы о данных мерах оказались вне раздела VI УК РФ. Это обстоятельство способно породить ошибочное представление об их юридической природе. Опираясь на структуру Общей части УК РФ, можно прийти к выводу, что законодатель их не считает иными мерами уголовно-правового характера.

4. Законодательная характеристика конфискации не содержит регламентации ее оснований и целей применения. Эти упущения, несомненно, свидетельствуют о недостатках закона, требующих его суброгации.

Кроме того, согласно ст. 104[1] УК РФ конфискация применяется по решению суда. В уголовно-процессуальном законодательстве понятие «решение» используется в качестве родового понятия применительно к таким процессуальным актам, как приговор, определение или постановление (п. 28, 23, 25 ст. 5 УПК РФ). В связи с этим возникает вопрос, каким конкретно актом будет назначаться конфискация?

5. Конфискации подлежит пять категорий имущества:

а) деньги, ценности и иное имущество, полученные в результате совершения преступлений. Исчерпывающий перечень таких преступлений дан в п. »а» ч. 1 ст. 104[1] УК РФ. К ним, в частности относятся: убийство при отягчающих обстоятельствах; торговля людьми; использование рабского труда; нарушение авторских и смежных прав; нарушение изобретательских и патентных прав; изготовление или сбыт поддельных денег или ценных бумаг; контрабанда; террористический акт; вовлечение в совершение преступления террористического характера или иное содействие их совершению; вовлечение в занятие проституцией; государственная измена; шпионаж и др.;

б) доходы от вышеназванного имущества, за исключением имущества и доходов, подлежащих возвращению законному владельцу;

в) деньги, ценности и иное имущество, в которые имущество, полученные в результате совершения преступления, и доходы от него были частично или полностью превращены или преобразованы (например, акции предприятий, производственные компании, недвижимость, в том числе за рубежом, счета в банках и т.д.);

г) деньги, ценности и иное имущество, используемое или предназначенное для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества (преступной организации). В этом случае указанное имущество либо использовалось, либо предназначалось для обеспечения указанных целей (снабжение денежными средствами террористических организаций для вооружения, вербовки и обучения террористов, платы за участие в террористических актах и т.д.);

д) орудия, оборудование или иные средства совершения преступления. Орудия – это предметы материального мира, приспособления, применяемые для усиления физических возможностей лица, совершающего преступление; оборудование –

совокупность механизмов, машин, устройств, приборов, необходимых для совершения преступления. Согласно учению об объективной стороне преступления оборудование может признаваться орудием или средством совершения деяния. Средства – это предметы и вещества, при помощи которых совершаются преступления, т.е. понимаются уже, чем признак объективной стороны преступления, что объясняется целями данной нормы.

Орудия, оборудование или иные средства совершения преступления должны принадлежать обвиняемому.

6. Не совсем удачным представляется использование в законе термина «обращение». Он слишком широк по объему и характеризует не саму конфискацию как действие, а в большей степени определяет порядок дальнейшей судьбы имущества, полученного в результате конфискации. Для описания сути конфискации больше подходит слово «изъятие», характеризующее сам процесс применения рассматриваемой меры.

7. Перечень преступлений, указанный в п. «а» ч. 1 ст. 104^1 УК РФ, на наш взгляд, в какой-то степени носит произвольный характер. Например, в него входит преступление, предусмотренное ч. 2 ст. 111 УК РФ, но не включены преступления, предусмотренные ч. 3 и 4 этой статьи.

Это впечатление усиливается при толковании использованного законодателем лексического оборота «имущество, полученное в результате совершения преступления». Логический вывод из мысли законодателя очевиден: а) необходимо установить конкретное преступление, совершенное лицом; б) доказать, что определенное имущество (деньги, ценности и др.) получено в результате совершения именно этого преступления. Остается неясно, почему в перечень преступлений, по которым возможно применение конфискации, не включены все формы хищения (ст. 158–162 УК РФ), вымогательство (ст. 163 УК РФ), незаконное предпринимательство (ст. 171 УК РФ), легализация денежных средств (ст. 174 и 174^1 УК РФ) и др.? Между тем именно в результате совершения этих преступлений лицо получает деньги, ценности и другое имущество.

В связи со сказанным возникает вопрос и относительно ряда преступлений, включенных в указанный перечень. Например, что считать имуществом (деньгами, ценностями), полученными в результате террористического акта (ст. 205 УК РФ), содействия террористической деятельности (ст. 205^1 УК РФ), публичных призывов к осуществлению террористической деятельности или публичного оправдания терроризма (ст. 205^2 УК РФ) и др.?

8. Следует обратить внимание на недостаточную согласованность между собой структурных частей ст. 104^1 УК РФ. Так, если в п. «а» ч. 1 данной статьи перечень преступлений, по которым предусмотрена конфискация, ограничен, то в ее п. «б» говорится вообще о деньгах, ценностях и ином имуществе, в которые имущество, полученное в результате совершения преступления, и доходы от этого имущества были частично или полностью превращены или преобразованы, т.е. каких-либо ограничений по преступлениям законом не предусмотрено. В этом случае на практике, бесспорно, возникнет вопрос: можно ли применять указанный пункт ч. 1 ст. 104^1 УК РФ без учета положений п. «а» этой же части данной статьи?

Конфискация орудия преступления предусмотрена также п. 2 ч. 3 ст. 81 УПК РФ. В этом случае имеются в виду лишь орудия преступления, признанные в установленном законом порядке вещественными доказательствами, тогда как уголовное законодательство такого ограничения не содержит.

Согласно УПК РФ деньги и иные ценности, нажитые преступным путем, по приговору суда подлежат обращению в доход государства (п. 4 ч. 3 ст. 81). Отличие данного вида специальной конфискации от конфискации как меры уголовно-правового характера заключается в том, что, во-первых, указанные деньги и ценности признаются вещественными доказательствами; во-вторых, не ограничиваются кругом совершаемых деяний. По уголовному законодательству конфискуемые деньги, ценности и иное имущество: а) не обязательно являются вещественным доказательством; б) должны быть получены в результате совершения преступлений, круг которых, как указывалось, ограничен ст. 104^1 УК РФ.

9. В законе определены специальные правила осуществления конфискации, если:

а) имущество, полученное в результате совершения преступления, и (или) доходы от него были приобщены к имуществу, приобретенному законным путем. В этом случае конфискации подлежит та часть этого имущества, которая соответствует стоимости приобщенных имущества и доходов;

б) имущество, указанное в ч. 1 и 2 ст. ст. 104^1 УК РФ, передано осужденным другому лицу (организации). В такой ситуации конфискация возможна, если физическое лицо, должностное лицо или лицо, обладающее управленческими функциями, знало или должно было знать, что имущество получено в результате преступных действий.

Статья 104^2 УК РФ предусматривает возможность реализации конфискации в ситуации, когда ценности или иное иму-

щество, перечисленное в ст. 104^1 УК РФ, не могут быть изъяты у виновного в натуре в силу различных причин: использования, реализации, внедрения в производство и т.д. В этом случае производится денежная оценка имущества, подлежащего конфискации, которая и подлежит взысканию с виновного в качестве иной меры уголовно-правового характера.

В соответствии со ст. 104^3 УК РФ устанавливается первоочередной характер возмещения ущерба, причиненного владельцу имущества. Для этого, во-первых, необходимо, что бы имущества находилось во владении лица на законных основаниях. Законность владения определяется по правилам, установленным в гражданском законодательстве. Во-вторых, у виновного нет иного имущества, кроме имущества, подлежащего конфискации. В этом случае ущерб возмещается за счет указанного имущества, а оставшаяся его часть затем обращается в собственность государства.

Законодатель, давая определение конфискации и устанавливая порядок возмещения ущерба, допустил противоречие между ч. 1 ст. 104^1 и ст. 104^3 УК РФ. Имущество, передаваемое владельцу, фактически лишь изымается государством у преступника или других лиц, но не переходит в его собственность.

---

1. *Капинус Н.И., Капинус О.С.* Конфискация имущества в уголовном праве современных стран // Закон. – 2004. – № 6.

2. Словарь иностранных слов. – М., 1996.

3. *Чучаев А.И.* Конфискация возвращена в Уголовный кодекс, но и вином качестве // Законность. – 2006. – № 9.

О.О. Кваша,
кандидат юридичних наук
(Інститут держави і права імені В.М. Корецького НАН України)

ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ ЗА ПОПЕРЕДНЬОЮ ЗМОВОЮ ГРУПОЮ ОСІБ: ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ

За останні роки в нашій державі стабільно високим залишається рівень групової та організованої злочинності, які тісним чином взаємопов'язані між собою. Вчинення злочину не одноособово, а у

співучасті значно підвищує суспільну небезпечність скоєного, оскільки в процесі спільного вчинення злочину об'єднуються зусилля кількох осіб з метою досягнення єдиного злочинного результату. При спільному вчиненні злочину значно полегшується приховування слідів злочину, є більше можливостей для уникнення кримінального переслідування. Очевидно, саме з цих причин під час розгляду кримінальних справ даної категорії допускається багато помилок, зустрічаються зміни у кваліфікації скоєного. Науковці слушно наголошують і на інших проблемах у цій сфері: вищестоящі інстанції досить часто змінюють чи скасовують процесуальні документи саме через те, що неправильно визначається вид співучасника та форма співучасті, її вбачають там, де насправді має місце лише співпадіння у часі та місці окремих посягань, не враховуються індивідуальні особливості окремих співучасників та їх вплив на кваліфікацію дій інших співучасників, а Верховний Суд України допускає непослідовність у своїх вказівках щодо кваліфікації дій співучасників, що в свою чергу, перешкоджає однозначності і стабільності при застосуванні кримінально-правових норм [1, с. 202]. При цьому не поодинокими є випадки, коли слідчі органи виявляють організатора, зазначають цей факт в обвинувальному висновку, але суд змінює кваліфікацію дій цієї особи на пособництво або виконавство [2, с. 66].

Зауважимо, що від ступеня досконалості такого інституту кримінального права як співучасть у злочині залежить ефективність боротьби з груповими та організованими формами злочинної діяльності. Щодо групової злочинності слід зазначити, що злочин, вчинений групою осіб за попередньою змовою являє собою більшу небезпеку, ніж злочин, вчинений групою без попередньої змови. У ст. 28 КК України визначено поняття групи осіб за попередньою змовою як спільне вчинення злочину декількома особами (двома або більше), які заздалегідь, тобто до початку злочину, домовилися про спільне його вчинення. Ключовою ознакою даної форми співучасті у злочині є обов'язкова наявність попередньої змови, яка повинна мати місце до моменту, коди один із співучасників почав виконувати об'єктивну сторону злочину.

Суспільну небезпеку вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб враховано законодавцем: по-перше, таке вчинення є кваліфікуючою ознакою в багатьох статтях КК (ст.ст. 115, 144, 146, 149, 185–192 та ін.), по-друге, визнається обтяжуючою обставиною при призначенні покарання (п. 2 ч. 1 ст. 67).

Однак існує проблема уніфікованого розуміння змісту кваліфікуючої ознаки «вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб» у нормах Особливої частини КК України як в теорії кримінального права, так і на практиці. Так, ще у 1972 р. П.С. Матишевський, досліджуючи злочини проти власності, категорично стверджував, що розкрадання повинно кваліфікуватися за ознакою вчинення його за попередньою змовою групою осіб лише тоді, коли ці особи брали безпосередню участь у його виконанні [3, с. 130–131]. Такий підхід продовжено і Пленумом Верховного Суду України у постанові від 25 грудня 1992 р. № 12 «Про судову практику у справах про корисливі злочини проти приватної власності», яка є чинною і сьогодні. У п. 25 роз'яснюється, що «крадіжку, грабіж, розбій, шахрайство і вимагательства належить кваліфікувати як здійснені за попереднім зговором групою осіб тоді, коли за домовленістю, яка виникла до початку вчинення відповідного злочину, в ньому брали участь як співвиконавці дві й більше особи» [4, с. 217].

Подібний підхід простежується і при коментуванні вченими кваліфікованого складу злочину «умисне вбивство, вчинене за попередньою змовою групою осіб» (п. 12 ч. 2 ст. 115 КК України). Наявність попередньої змови на умисне позбавлення життя потерпілого в межах групи, на думку вчених, зумовлює більш широке розуміння співвиконавства при вчиненні такою групою умисного вбивства, а також передбачає як «традиційний характер взаємодії між співвиконавцями, так і ускладнений характер такої взаємодії» [5, с. 227]. Такий підхід обумовлений роз'ясненнями Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» від 7 лютого 2003 р., де зміст розглядуваної кваліфікуючої ознаки є наступним: в позбавленні потерпілого життя брали участь декілька осіб (дві і більше), які заздалегідь, тобто до початку злочину, домовились про спільне його *виконання* [4, с. 274]. Очевидно, що таке тлумачення цієї ознаки не відповідає законодавчому визначенню «групи осіб за попередньою змовою», в якому йдеться про спільне *вчинення* злочину (ч. 2 ст. 28 КК України). Відповідно дана постанова надто широко тлумачить і поняття співвиконавства при вчиненні умисного вбивства за попередньою змовою групою осіб, наприклад: «усунення перешкод, що в конкретній ситуації заважають іншій особі заподіяти потерпілому смерть або істотно ускладнюють це», «ведення спостереження за потерпілим, іншими особами чи обстановкою

безпосередньо перед убивством». Очевидно, що наведені дії охоплюються не функціями виконавця злочину, а характеризують роль у злочині пособника згідно із законодавчим визначенням у ч. 5 ст. 27 КК України.

Проте прибічників розуміння змісту кваліфікуючої ознаки складу злочину «за попередньою змовою групою осіб» в нормах Особливої частини КК як співвиконавства досить багато (Р.Р. Галіакбаров, В.М. Биков, А.Ф. Зелінський, І.Г. Погребняк, М.С. Уткін, О.М. Царегородцев, М.Д. Шаргородський та інші). Найбільш послідовним з них є Р.Р. Галіакбаров, який груповим злочином визнає лише такий, де кожний учасник умисно, узгоджено з іншими, спільно, у повному обсязі чи частково здійснює *виконання* єдиного для всіх учасників злочину [6, с. 6]. Отже, при такому підході груповий злочин – це виключно злочин, у якому всі учасники беруть участь як співвиконавці. Тобто, по суті, вчені намагаються вивести групу осіб, яка вказується в Особливій частині КК, за межі співучасті у злочині, з чим не можна погодитись.

Слід зазначити, що і сучасній кримінально-правовій науці України притаманна наведена позиція щодо змісту кваліфікуючої ознаки «вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб»: у випадку співучасті з розподілом ролей така ознака не може бути інкримінована співучасникам злочину, а може бути інкримінована лише у випадках наявності кількох виконавців злочину [7, с. 9]. С.Д. Шапченко узагальнив аргументи на підтримку саме такого розуміння даної ознаки, одним з яких є наступний: визнання злочину таким, що вчинений за попередньою змовою групою осіб, лише тоді, коли в цьому брали участь принаймні два співвиконавці, є домінуючим для правозастосовчої практики і теорії кримінального права [8].

Проте існує й інша точка зору серед науковців щодо змісту кваліфікуючої ознаки «вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб». Сучасні українські дослідники проблем співучасті у злочині наголошують, що злочинна група, яка діє за попередньою змовою, може мати місце як у співвиконавстві, так і у формі співучасті з розподілом ролей [9, с. 9]. Досить чітко і однозначно висловлюється з цього питання у своєму дослідженні Д.П. Альошин: «Разом з тим вважаємо, що вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб припускає можливість розподілу ролей між співучасниками, причому, таким чином, що безпосереднє посягання на об'єкт кримінально-правової охорони може здійснюватися одним виконавцем» [10, с. 100]. Ця по-

зиція відображена і в одному з Науково-практичних коментарів до ст. 185 Кримінального кодексу України: співучасники можуть бути співвиконавцями, а можуть виконувати різні ролі [11, с. 503].

На наше переконання, правильною, бо насамперед узгодженою із чинним КК України, є остання аналізована нами позиція, адже визначення такої форми співучасті у злочині як «група осіб за попередньою змовою» міститься у ст. 28 Загальної частини КК, де йдеться про спільне вчинення злочину, а не лише «виконання». Отже, що в статтях Кримінального кодексу, які встановлюють відповідальність за групові злочини, немає обмеження кола учасників групи залежно від виконуваних ними ролей при вчиненні попередньо обумовленого злочину. На наш погляд, у Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» надто широким і таким, що спотворює зміст ч. 2 ст. 27 КК, є визнання співвиконавством випадків, коли «особи, котрі хоча й *не вчинювали дій, якими безпосередньо була заподіяна смерть* потерпілому, але будучи об'єднаними *з іншими співвиконавцями* вбивства єдиним умислом, спрямованим на позбавлення життя потерпілого, виконали хоча б частину того обсягу дій, які група вважала необхідним для реалізації цього умислу». Наголосимо, що згідно ч. 2 ст. 27 КК виконавцем (співвиконавцем) є співучасник, що своїми діями *безпосередньо* виконав повністю або хоча б частково (у якійсь частині) об'єктивну сторону злочину. Ми не заперечуємо того факту, що наведені дії повинні кваліфікуватись за ознакою «вчинення вбивства за попередньою змовою групою осіб», однак не слід останнє поняття звужувати до поняття співвиконавства. Адже суспільна небезпека групових злочинів полягає не в тому, що злочинці спільно виконують об'єктивну сторону вчиненого злочину, а в тому, що злочин вчиняється спільно об'єднаними зусиллями співучасників, незалежно від тієї ролі, яку виконує кожен з них – однорідності їх чи різнорідності. Подібна точка зору міститься і в одному із Науково-практичних коментарів Кримінальний кодексу України, де зазначено, що таке вбивство може бути вчинене як співвиконавцями, так і з розподілом ролей [11, с. 357]. Очевидно, що спільність умислу не охоплюється поняттям «спільність виконання».

На наше переконання, розподіл ролей у злочинній групі жодною мірою не знижує рівень її суспільної небезпечності, а навпаки – підвищує ефективність досягнення злочинного результату. Особливо це стосується злочинів, при здійсненні яких має місце організуюча чи керівна роль організатора злочину.

Організатор завжди надає злочину більшої суспільної небезпечності, адже злагоджені злочинні дії, організовані і керовані, значно підвищують ефективність досягнення злочинного результату. Даний вид співучасті характерний саме для злочинів, що вчиняються за попередньою змовою.

Отже, слід визнати, що автори позиції, яка нами критикується, суттєво перебільшують роль об'єктивних ознак співучасті у злочині та недооцінюють суб'єктивні. Тоді як, на наш погляд, саме спільність дій, яка має об'єктивно-суб'єктивний характер [12, с. 325], обумовлює той факт, що вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою визнається обтяжуючою в багатьох складах злочину в Особливій частині КК України. Крім того, переважна більшість науковців, характеризуючи ознаку «спільності» з об'єктивної сторони, розкривають її через причинний зв'язок між діями кожного і «єдиним, неподільним злочинним результатом» [13, с. 340]. Отже, і при вчиненні злочину у такій формі співучасті як група осіб за попередньою змовою за наявності розподілу ролей слід визнавати наявність причинного зв'язку між діями кожного співучасника і злочинним результатом.

Слід погодитись із Л.М. Позументовим у тому, що співучасть за попереднім зговором має місце тоді, коли учасники домовляються про спільне вчинення злочину, в результаті чого для них спрощується вчинення злочину [14, с. 78]. Отже, саме таке спрощення вчинення злочину і є однією з ознак, що обумовлюють підвищену суспільну небезпечність такої кваліфікуючої ознаки як вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою. На наш погляд, розподіл при цьому ролей не тільки не зменшує рівень суспільної небезпечності порівняно із діянням співвиконавців, але й підвищує за рахунок розподілу функцій. Слід погодитись із А.А Арутюновим у тому, що оскільки співучасть як система являє собою певну цілісність, злочинний результат спричинює не виконавець, а система (співучасть) в цілому [15, с. 69].

Отже, можна узагальнити наступні висновки. По-перше, тлумачення змісту кваліфікуючої ознаки «вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб» в Особливій частині КК України виключно як співвиконавства містить підміну поняття «спільне вчинення злочину» поняттям «спільне виконання злочину», що зовсім не одне й те саме. По-друге, з одного боку, у ч. 2 ст. 28 КК поняття «вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб» не обмежене спільним виконанням злочину (про таке виконання йдеться у ч. 1 ст. 28 КК при визначенні групи осіб без попередньої

змови). З іншого боку, поняття виконання злочину при тлумаченні даної ознаки щодо окремих складів злочину (наприклад, умисне вбивство) вимушено розширюється, охоплюючи собою дії, які характеризують роль іншого співучасника (наприклад, пособника). По-третє, для всіх форм співучасті є характерною наявність причинного зв'язку між діями кожного із співучасників (незалежно від виконуваних ролей) і спільним злочинним наслідком. По-четверте, вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб з розподілом ролей підвищує суспільну небезпеку вчиненого, можливо, навіть у більшій мірі, ніж при просто спільному виконанні злочину за попередньою змовою (особливо, за наявності організатора (керівника) злочину). По-п'яте, у проаналізованих нами нормах кваліфікуюча ознака викладена з використання терміну «вчинено», а не «виконано». Тому, на наш погляд, формулюючи кваліфікований склад групових злочинів законодавець врахував підвищену небезпеку не спільності безпосереднього виконання розкрадання, умисного вбивства чи інших злочинів, а спільності дій у вчиненні злочину загалом. Враховуючи вищенаведене доцільним вважаємо удосконалення статті 28 КК України і викладення її у наступній редакції: злочин визнається вчиненим за попередньою змовою групою осіб, якщо його спільно вчинило декілька осіб (дві або більше, незалежно від тієї ролі, що виконував у злочині кожний з них), які заздалегідь, тобто до початку злочину, домовилися про спільне його вчинення. Запропоноване уточнення сприятиме уніфікованому розумінню даної кваліфікуючої обставини як в теорії, так і на практиці.

---

1. *Навроцький В.О.* Основи кримінально-правової кваліфікації. – К.: Юрінком Інтер, 2006.

2. *Кваша О.О.* Організатор злочину. Кримінально-правове та кримінологічне дослідження. – К., 2003.

3. *Матышевский П.С.* Уголовно-правовая охрана социалистической собственности в Украинской ССР. – К., 1972.

4. Постанови Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах. 2-е вид. – К.: Скіф, 2007.

5. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. 4-те вид. / Відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2006. – С. 227.

6. *Галиакбаров Р.Р.* Квалификация групповых преступлений. – М.: Юридическая литература, 1980.

7. *Ільїна О.В.* Кримінально-правова характеристика кваліфікуючих ознак корисливих злочинів проти власності: Автореф. дис ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – 19 с.

8. *Шапченко С.Д.* Співучасть у злочині: постатейний коментар до розділу VI Загальної частини Кримінального кодексу України // Законодавства України. Науково-практичні коментарі. – 2003. – № 9. – С. 87–88.; *Шапченко С.Д.* Деякі питання тлумачення та застосування статті 28 Кримінального кодексу України // Законодавства України. Науково-практичні коментарі. – 2002. – № 3. – С. 119–120.

9. *Жаровська Г.П.* Співучасть у злочині за кримінальним правом України: Автореф. дис ... канд. юрид. наук. – К., 2004. – 19 с.

10. *Альошин Д.П.* Кримінальна відповідальність за розкрадання, вчинені у співучасті: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2002.

11. Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / За заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К.: Ін Юре, 2003.

12. *Грищук В.К.* Кримінальне право України: Загальна частина: – К.: Ін Юре, 2006.

13. *Ярмыш Н.Н.* Теоретические проблемы причинно-следственной связи в уголовном праве (философско-правовой анализ). – Х.: Право, 2003.

14. *Прозументов Л.М.* Групповая преступность несовершеннолетних и основные направления ее предупреждения. – Томск, 2001.

15. *Арутюнов А.А.* Системный подход к общей теории соучастия в преступлении // Право и политика. – 2001. – № 10.

О.Г. Колб,
доктор юридичних наук, доцент
В.В. Кондратішина,
(Волинський національний університет імені Лесі Українки)

ПРО ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Інтеграційні процеси входження України у міжнародне співтовариство та окремі його інститути обумовлюють необхідність гармонізації її правової системи та приведення її по формі і змісту до кращих світових стандартів (анг. stadart – норма, зразок). Зокрема, останнім часом як у ході проведення різноманітних науково-практичних конференцій, семінарів тощо, так і в

наукових джерелах предметом обговорення учених і практиків став проект нового КК України, розроблений робочою групою при Національній комісії зі зміцнення демократії та утвердження права. З огляду цього та дискусійності з означеної проблематики вибрана тема дослідження є досить актуальною.

Серед учених це питання є об'єктом постійного наукового пошуку. Особливо активно у цьому напрямку працюють такі вчені, як Ю.В. Баулін, В.К. Грищук, Я.М. Костенко, М.І. Мельник, В.О. Навроцький, М.І Панов, В.В. Сташис, В.Я. Тацій, П.Л. Фріс, В.І. Шакун, С.С. Яценко, ін. Проте у контексті з'ясування змісту окремих положень проекту нового КК наукових публікацій ще недостатньо, що й визначає наукову новизну даної статті.

Аналіз проекту КК (так званої запропонованої редакції, у зв'язку із запровадженням кримінальних проступків) показує, що поряд з досить сильними та обґрунтованими положеннями, які не викликають заперечень, є ряд норм, застосування яких у кримінальному праві України є проблемним завданням. Зокрема, як і у нині чинному КК України, у проекті як Загальної, так і Особливої частин вживаються терміни, зміст яких носить неоднозначний характер і потребує спеціального тлумачення (доктринального, судового, т. ін.). У той самий час, цілком очевидним є висновок про те, що чим доступнішим для населення є зміст правової норми, тим ефективнішою є її дія. Саме у такому напрямку орієнтує ст. 57 Конституції України усіх суб'єктів нормотворчої діяльності. Не менш важливим це завдання є й з огляду реалізації зазначених у КК функцій – регулятивної, охоронної та превентивної (виховної).

Як зазначено у зв'язку з цим у п. 5 постанови Пленуму Верховного Суду України від 1 листопада 1996 р. № 9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя», «...судам необхідно виходити з того, що нормативно-правові акти будь-якого державного чи іншого органу (акти Президента України, постанови Верховної Ради України, постанови і розпорядження Кабінету Міністрів України, нормативно-правові акти Верховної Ради Автономної Республіки Крим чи рішення Ради міністрів Автономної Республіки Крим, акти органів місцевого самоврядування, накази та інструкції міністерств і відомств, накази керівників підприємств, установ та організацій тощо) підлягають оцінці та відповідності як Конституції, так і закону»).

Саме цих елементів і бракує в проекті КК, який не тільки відтворює складні методологічні підходи нині діючого КК, але й

ускладнює їх шляхом застосування нових по змісту термінів, понять, норм та інститутів права (типу, кримінальні правопорушення, кримінальні проступки, юридичні особи як суб'єкти кримінального проступку, т.ін.).

На наш погляд, з метою гармонізації норм вітчизняного і міжнародного права та удосконалення чинного КК України слід здійснити наступні заходи та внести зміни і доповнення у запропоновану редакцію КК (у зв'язку з запровадженням кримінальних проступків):

1. Доповнити ст. 2 проекту КК приміткою, у якій дати так зване аутентичне тлумачення вжитих у цій нормі термінів, а саме: підстави юридичної відповідальності, склад кримінального правопорушення, суспільна небезпека діяння.

Необхідність такого роз'яснення правових категорій обумовлена як потребою однозначного з'ясування їх змісту суб'єктами правозастосувальної практики, науковцями і студентами, так і складністю їх розуміння через визначеність лише у теоретичних джерелах.

2. Частину першу статті третьої КК доповнити словосполученням «згоду на які дала Верховна Рада України».

Підставою для такої видозміни виступає ч. 1 ст. 9 Конституції України, у якій визначено, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства.

3. Статтю 3 КК доповнити приміткою, у якій дати роз'яснення терміну «аналогія», вжитого у ч. 4 цієї норми (аналогія закону та аналогія права).

Це обумовлено, по-перше, що вжитий термін – це слово іншомовного походження (грецьк. – відповідальність), який відомий тільки для вузького кола фахівців, а по-друге, зміст будь-якого закону має бути зрозумілим і доступним для уяснення населенню (ст. 57, 68 Конституції України).

4. Статтю 6 КК доповнити приміткою, у якій дати визначення терміну «територія України», який є ключовим поняттям у цій правовій нормі та без розуміння змісту якого неможливо з'ясування логіки дії закону про кримінальну відповідальність у просторі.

5. Статтю 10 КК доповнити приміткою, у якій розтлумачити зміст терміну «громадянин України», «іноземець», «особа без громадянства».

Це має правове значення для роз'яснення змісту поняття «суб'єкт злочину» (ст. 18 КК).

6. Статтю 10 КК доповнити частиною четвертою такого змісту «Іноземці та особи без громадянства не можуть бути видані державі, якщо вони переслідуються з політичних мотивів і їх життю та здоров'ю загрожує небезпека або вони не виявили на це згоди».

Цей принцип є загальновизнаним у міжнародному праві.

7. Доповнити Кодекс ст. 121 «Класифікація злочинів, вчинених з необережності».

1. Залежно від ступеня тяжкості злочини, вчинені з необережності, поділяються на злочини невеликої тяжкості, середньої тяжкості та тяжкі.

2. Злочином невеликої тяжкості є злочин, за який передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк не більше п'яти років або більш м'яке покарання.

3. Злочином середньої тяжкості є злочин .... – не більше десяти років позбавлення волі.

4. Тяжким злочином – до 15 років позбавлення волі.

Така класифікація обумовлена як формами вини (ст. 23–25 КК), так і різним ступенем суспільної небезпеки злочинів, вчинених умисно або з необережності.

8. Доповнити ст. 18 КК приміткою, у якій дати аутентичне тлумачення вжитих у цій нормі термінів – «фізична особа» та «юридична особа».

Таке розуміння є необхідною умовою правильного застосування закону про кримінальну відповідальність та матеріальним вираженням превентивної функції кримінального права.

9. Частину другу ст. 20 КК доповнити словосполученням «...або обставиною, що пом'якшує покарання».

А.И. Коробеев,
доктор юридических наук, профессор,
(Дальневосточный государственный университет, г. Владивосток, РФ)

СИСТЕМА ТРАНСПОРТНЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ В УК РФ 1996 г.: ПРОБЕЛЫ И ИЗЛИШЕСТВА УГОЛОВНОГО ЗАКОНА

Система транспортных преступлений в УК РФ 1996 г. представлена определенной группой норм, предусматривающих ответственность за преступные посягательства на общественные

отношения в сфере безопасного функционирования различных видов транспорта. Причем, по версии законодателя, истинно транспортными могут считаться лишь преступления, включенные в главу 27 УК «Преступления против безопасности движения и эксплуатации транспорта», а именно: нарушение правил безопасности движения и эксплуатации железнодорожного, воздушного или водного транспорта (ст. 263 УК); нарушение правил дорожного движения или эксплуатации транспортных средств (ст. 264 УК); недоброкачественный ремонт транспортных средств и выпуск их в эксплуатацию с техническими неисправностями (ст. 266 УК); приведение в негодность транспортных средств или путей сообщения (ст. 267 УК); нарушение правил, обеспечивающих безопасную работу транспорта (ст. 268 УК); нарушение правил безопасности при строительстве, эксплуатации или ремонте магистральных трубопроводов (ст. 269 УК); неоказание капитаном судна помощи терпящим бедствие (ст. 270 УК); нарушение правил международных полетов (ст. 271 УК). Объективности ради отметим, что в процессе реформирования российского уголовного законодательства предлагались de lege ferenda и иные модели системы норм о транспортных преступлениях [1]. Однако далеко не все из них вошли в окончательный вариант УК РФ 1996 г.

В процессе создания оптимальной системы норм об ответственности за транспортные преступления законодатель России должен был прежде всего уточнить круг преступного и уголовно наказуемого. Из этого круга он изъял деяния, предусматривавшиеся ч. 2 ст. 85, ст. 211, 2131 УК РСФСР. Декриминализация указанных преступлений стала возможной в основном в силу их малозначительности и невысокой степени общественной опасности личности нарушителей. Вместе с тем круг транспортных преступлений был расширен за счет криминализации в момент принятия кодекса оставления места дорожно-транспортного происшествия (ст. 265 УК), недоброкачественного ремонта всех видов транспортных средств (ст. 266 УК), приведения их в негодность и блокирования транспортных коммуникаций (ст. 267 УК). К положительным сторонам главы 27 УК РФ следует также отнести: отказ законодателя от криминализации неосторожных деликтов создания опасности, унификацию признаков объективной стороны многих транспортных преступлений, замену некоторых оценочных категорий формализованными понятиями, типизацию квалифицированных и особо квалифицированных

видов деяний, устранение рассогласованности между санкциями однотипных составов транспортных преступлений и др.

К сожалению, предложенная российским законодателем система норм об ответственности за транспортные преступления оказалась не свободной и от целого ряда серьезных недостатков. Во-первых, она охватывает далеко не все преступления, действительно посягающие на безопасность функциснирования транспорта. Речь идет прежде всего о таких классических транспортных преступлениях, как неправомерное завладение автомобилем или иным транспортным средством без цели хищения (ст. 166 УК); угон, а равно захват воздушного или водного судна либо железнодорожного подвижного состава (ст. 211 УК), отнесенных к посягательствам на другие объекты. Подход законодателя к оценке этих преступлений выглядит крайне нелогично в силу того, что одна из упомянутых норм оказалась в новом УК в главе о преступлениях против собственности (ст. 166), а другая – в главе о преступлениях против общественной безопасности (ст. 211). Приведение в этой связи в качестве возможного контраргумента ссылки на то, что по аналогичному пути пошли законодатели Беларуси, Азербайджана, Грузии, вряд ли может быть признано убедительным доводом, ибо очевидные ошибки разработчиков Уголовных кодексов других стран мира лучше избегать, а не копировать. Тем более, что в законодательстве ряда других государств (например, в УК Украины, Уголовном законе Латвийской республики) есть примеры противоположного свойства [2]. Так именно в разделе XI «Преступления против безопасности движения и эксплуатации транспорта» УК Украины содержатся ст. 187 «Угон или захват железнодорожного подвижного состава, воздушного, морского либо речного судна» и ст. 189 «Незаконное завладение транспортным средством».

Во-вторых, преступление, предусматривавшееся ст. 204 УК РСФСР (неоказание помощи при столкновении судов или несообщение названия судна), оказалось вообще за рамками нового УК. Между тем криминализировать данное деяние законодатель был обязан в силу тех же самых причин, которые побудили его включить в гл. 27 УК РФ ст. 270 (неоказание капитаном судна помощи терпящим бедствие), т.е. выполняя обязательства, взятые на себя Россией по международным конвенциям. Кстати, в УК Украины такая норма имеется (ст. 285 «Несообщение капитаном названия своего судна при столкновении судов»).

В-третьих, в главе «Преступления против безопасности движения и эксплуатации транспорта» УК России оказались две

новеллы, предусматривающие ответственность за посягательства не на безопасность функционирования транспорта, а на иные общественные отношения: нарушение правил безопасности при строительстве, эксплуатации или ремонте магистральных трубопроводов (ст. 269 УК), нарушение правил международных полетов (ст. 271 УК).

Родовым объектом преступления, предусмотренного ст. 269 УК, являются отношения в области экономической и хозяйственной деятельности или, в крайнем случае, общественной безопасности, но не отношения в сфере безопасного функционирования транспорта. Не должен вводить в заблуждение и сам термин «трубопроводный транспорт». По механизму функционирования и особенностям эксплуатации он не имеет практически ничего общего с транспортными средствами, о которых речь шла выше, так как он стационарен, неподвижен, находится в состоянии покоя (движущимися элементами в нем являются предметы транспортировки – нефть, газ и т.д.) и поэтому лишен одного из важнейших отличительных качеств механических транспортных средств – движущихся источников повышенной опасности. Будучи единственным видом транспорта в транспортной системе России, который не является «самодвижущимся», трубопроводный транспорт сам по себе как транспортное средство опасности не представляет. Источником повышенной опасности выступает транспортируемый по нему груз. Поэтому задачей уголовного права является обеспечение безопасных условий производственной деятельности по перемещению данных грузов, охрана их как материальных ценностей, имеющих важное хозяйственное значение. Наконец, нельзя не принимать во внимание и тот факт, что, став на путь чрезмерно широкой трактовки понятия «транспорт», можно дойти до предложений о включении в главу «Транспортные преступления» посягательств, скажем, на канализационный транспорт, тем более что упомянутый вид «транспорта» с технической точки зрения практически ничем не отличается от нефтегазопроводного.

Следовательно, что нарушение правил безопасности при строительстве, эксплуатации или ремонте магистральных трубопроводов не может быть отнесено к категории транспортных преступлений, а должно рассматриваться как разновидность преступлений экономических или против общественной безопасности, таких, например, как нарушение правил безопасности при ведении горных, строительных и иных работ (ст. 216 УК).

Характерно, что и сам законодатель Федеральным законом от 30 декабря 2006 г. расценил приведение в негодность нефтепроводов, нефтепродуктопроводов и газопроводов (ст. 2153 УК) как преступление против общественной безопасности.

Нельзя отнести к категории транспортных и преступление, предусмотренное ст. 271 УК. Нарушение правил международных полетов есть лишь одна из разновидностей нарушения правил безопасности движения и эксплуатации воздушного транспорта, о которых идет речь в диспозиции ст. 263 УК. Если бы законодатель рассматривал первое преступление как посягательство на общественные отношения в сфере безопасного функционирования воздушного транспорта, его выделение в самостоятельный состав было бы лишено всякого смысла, ибо оно полностью охватывается признаками ст. 263 УК. Остается поэтому заключить, что криминализация данного деяния предпринята законодателем в первую очередь для защиты от посягательств на неприкосновенность Государственной границы России. Общественные отношения в этой области и необходимо рассматривать в качестве объекта данного преступления.

В-четвертых, в процессе реформирования УК возникла пробельность в наказуемости одного из достаточно опасных посягательств на транспортную деятельность. Дело в том, что в новой редакции статья 266 УК (недоброкачественный ремонт транспортных средств и выпуск их в эксплуатацию с техническими неисправностями) не предусматривает наступления уголовной ответственности за «иное грубое нарушение правил эксплуатации». В результате лица, допускающие к управлению транспортными средствами водителей, не имеющих или лишенных водительских прав или не допущенных по медицинским показаниям к работе в качестве водителей транспортных средств, либо отстраненных от данной работы, а также грубо нарушающих режим работы водителей, ныне в России избегают уголовной ответственности. Между тем ст. 287 УК Украины за совершение аналогичного преступления предусматривает уголовную ответственность и в случае «иного грубого нарушения правил эксплуатации транспорта», что, безусловно, правильно.

В уголовно-правовой доктрине в качестве транспортных предлагается рассматривать и некоторые другие преступления. Так, А. И. Чучаев к транспортным преступлениям причислял деяние, предусмотренное ст. 2174 УК РСФСР (незаконный провоз воздушным транспортом взрывчатых или легковоспламеняющихся веществ). Невключение этой нормы в УК РФ 1996 г. он

считает необоснованным [3, с. 14]. В этой связи обращает на себя внимание противоречивая, недостаточно последовательная позиция автора этой идеи. К транспортным преступлениям он предлагает отнести только деяние, предусмотренное ст. 2171 УК РСФСР. Поскольку воздушным транспортом можно не только провозить, но и пересылать легковоспламеняющиеся вещества, а также перевозить пиротехнические изделия (ответственность за это деяние предусмотрена ст. 218 УК РФ), то непонятно, почему и эти разновидности преступной деятельности нельзя считать транспортными преступлениями? И, наоборот, коль скоро перевозка пиротехнических изделий и пересылка легковоспламеняющихся веществ не трактуются как транспортное преступление, то почему так должен трактоваться их провоз?

Еще меньше оснований считать транспортным преступлением подделку или уничтожение идентификационного номера транспортного средства (ст. 326 УК РФ, ст. 290 УК Украины) [4, с. 169]. Во-первых, весьма сомнительна уже сама обоснованность и целесообразность криминализации этого деяния. Во-вторых, даже если согласиться с оправданностью отнесения его к категории преступлений, то очевидно, что объектом такого деяния является отнюдь не безопасность функционирования транспорта, а порядок управления в сфере учета и регистрации транспортных средств.

Из изложенного видно, что отмеченные дефекты зафиксированной в УК РФ системы норм об ответственности за транспортные преступления кроются прежде всего и главным образом в игнорировании принципа гармоничности, в бессистемном подходе законодателя к отбору, размещению и конструированию соответствующих норм в Особенной части УК.

Каков же выход? Можно ли оптимизировать законодательство об ответственности за транспортные преступления в рамках действующего УК РФ, не ломая его структуру? Думается, что возможности для этого практически исчерпаны. Напомним, что законодатель уже предпринимал несколько попыток подкорректировать главу 27 УК РФ.

Так, а 1998 г. из диспозиции ч. 1 ст. 264 УК исчезло упоминание о «крупном ущербе». Федеральным законом РФ от 8 декабря 2003 г. были декриминализированы все виды транспортных преступлений, повлекших по неосторожности причинение вреда здоровью средней тяжести. Тем же законом признак «крупный ущерб» был исключен из диспозиции ч. 1 ст. 263 УК, а ст. 265 УК (оставление места дорожно-транспортного происшествия) была отменена вовсе.

Конечно, «зачистка» правового поля подобными законодательными акциями может быть продолжена и в будущем. Например, законодателю ничто не мешает в рамках уже существующей ст. 266 УК устранить очевидный пробел и восстановить уголовную ответственность за «иное грубое нарушение правил эксплуатации», вновь криминализировать неоказание помощи при столкновении судов или несообщение названия судна. Однако ясно, что действительно оптимальное уголовное законодательство об ответственности за транспортные преступления можно построить лишь в ходе радикальной реформы действующего УК РФ, разработав новую модель главы «Транспортные преступления» с другим набором норм и иной их конфигурацией. При этом есть смысл учесть положительный законодательный опыт других стран мира, в том числе и Украины [5].

---

1. См.: Преступление и наказание. Комментарий к проекту Уголовного кодекса России. – М., 1993. – С. 222–239.

2. См.: Уголовный кодекс Республики Беларусь. – СПб., 2001; Уголовный кодекс Азербайджанской Республики. – СПб., 2001; Уголовный кодекс Грузии. – СПб., 2002; Уголовный кодекс Украины. – СПб., 2001; Уголовный закон Латвийской республики. – СПб., 2001.

3. *Чучаев А.И.* Преступления против безопасности движения и эксплуатации транспорта. – Ульяновск, 1997.

4. *Данилов Е.П.* Автомобильные дела: Административные. Уголовные. Гражданские. Экспертиза. – М., 2000.

5. См.: *Коробеев А.И.* Транспортные преступления. – СПб., 2003.

О.М. Костенко,
доктор юридичних наук, професор
(Інститут держави і права імені В.М.Корецького НАН України)

НЕОБЕРЕЖНІСТЬ ПРИ ЗАСТОСУВАННІ ЗАКОНУ В КОНТЕКСТІ ПРИРОДНО-ПРАВОВОЇ КОНЦЕПЦІЇ ВИНИ (ПРО «БІЛУ ПЛЯМУ» У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ)

Досконаліть законодавства не може забезпечуватися без належної теорії. Діяльність із вдосконалення законодавства без застосування теорії є «сліпою», а той, хто це робить, нагадує «верш-

ника без голови». Сучасна криза правопорядку в Україні значною мірою спричинена зневажанням теорії у правотворчості. Є достатньо підстав вважати, що через зневажання теорії українські правотворці вражені правовим обскурантизмом, а тому їхня правотворчість є часто антинауковою. Тому вдосконалення законодавства зводиться фатальним чином до «ходіння по порочному колу», тобто до заміни одних недоліків законодавства іншими. Як свідчить історичний досвід, зокрема досвід застосування теорії природного права в епоху Просвітництва, розірвати це коло можна лише з допомогою прогресивної теорії. Тому, на нашу думку, сьогодні для української юриспруденції нагальною є потреба в **теорії природного права, розвинутій на основі принципу соціального натуралізму відповідно до проблем сучасності***.

Назріла, зокрема, необхідність вдосконалити з допомогою розвинутої на основі принципу соціального натуралізму теорії природного права концепцію вини в кримінальному праві, яка має фундаментальне значення як для теорії, так і для практики кримінальної юстиції.

Що ж дає природно-правова концепція вини у кримінальному праві?

Закріплене в ст. 23 КК України визначення вини як «психічного ставлення» особи до вчинюваної дії чи бездіяльності та до її наслідків, вираженого у формі умислу або необережності є некоректним. Вчинення діяння – це прояв психічних феноменів волі і свідомості особи у вигляді дії чи бездіяльності, тому «психічне ставлення» особи може бути лише до вже вчиненого нею діяння та його наслідків у вигляді, наприклад, каяття тощо, тобто «по той бік» вини, за її межами. **З позиції доктрини природного права, заснованої на принципі соціального натуралізму, вина – це прояв волі і свідомості, що знаходяться у криміногенному стані (тобто комплексу сваволі і ілюзій), у вигляді вчинення діяння, яке порушує закони природного права, відображені у КК**. Отже, вина особи у злочині – це **вчинення** нею злочину. Що є вчиненням злочину, те і є виною. «Вчинення» як феномен – це прояв волі і свідомості у вигляді діяння. Тому вина, будучи вчиненням злочину, як цілісний фе-

---

* Спроба вирішення цього завдання представлена, зокрема, в кн.: *Костенко О.М.* Культура і закон – у протидії злу. – К.: Атіка, 2008. – 352 с.

номен має суб'єктивно-об'єктивну структуру. Умисел і необережність – це суб'єктивні форми вини, а діяльність і бездіяльність – це об'єктивні форми вини. Таким чином, вина знаходиться за межами суб'єктивної і об'єктивної сторони складу злочину. Якщо, виходячи з цієї концепції вини, тлумачити положення ст. 3 КК України, відповідно до якого «підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину», то слід зробити висновок, що **підставою кримінальної відповідальності особи є вина її у злочині**, тобто **вчинення** нею суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого КК.

Природно-правова концепція вини дозволяє розгледіти природно-правову підставу для наступного принципу сучасного права: «незнання закону не звільняє від юридичної відповідальності». Для того, щоб не бути винним у порушенні законодавства не обов'язково його знати – достатньо жити у злагоді із законами природного права. Той, хто їх не порушує не буде винним, а значить і не створить підстави для юридичної відповідальності.

У контексті природно-правової концепції вини, розробленої на основі принципу соціального натуралізму, слід розглядати проблеми вини у кримінальному праві, зокрема проблеми вини особи, яка неправильно застосовує законодавство. Застосування норми права – це одне із найскладніших правових явищ. Воно залежить від стану волі і свідомості того, хто застосовує правову норму, тобто від його соціальної (в тому числі правової) культури. Слід мати на увазі, що правопорядок у суспільстві є результатом не того, яке законодавство існує у суспільстві, а того як це законодавство застосовується людьми відповідно до їхньої культури. Таке правило випливає із так званої **концепції інструментальної функції законодавства**, згідно з якою закон працює тоді, коли його застосовують люди, і так, як його застосовують люди.

Зараз проблема застосування норм права стає особливо актуальною у зв'язку, зокрема, з поширенням зловживання законодавством, тобто свавільним маніпулюванням законами, а також неправильним застосуванням законів без умислу на це. Такий стан має тенденцію до погіршення, тому що, з одного боку, правове регулювання усіх сфер життя ускладнюється, а, з другого боку, все більше осіб включаються у сферу застосування норм права. Серед останніх значною є частка осіб, які не є юристами – професіоналами. Отже, маючи відповідно до своєї посади повноваження застосовувати певні правові норми, що

регулюють їхню діяльність, в т.ч. підприємницьку, вони можуть бути не готові до належного застосування цих норм. Крім того, сучасне законодавство України страждає недосконалістю, яка ускладнює його застосування навіть дуже досвідченими юристами. За цих умов актуальною є тенденція до масового поширення ексцесів застосування законодавства, які законодавець мусить криміналізувати.

У зв'язку з цим існує два типи криміналізованих діянь: 1) ексцеси, що порушують закони природного права, які діють у суспільстві (наприклад, вбивство, крадіжка, зґвалтування); 2) ексцеси, що виникають при застосуванні законодавства, тобто законів, що приймаються волею законодавця, а не даються нам безпосередньо Матір'ю-Природою. Тому у КК ці різні за своїм типом злочини визначаються різними способами: 1) визначаючи злочини, протиприродність яких очевидна, законодавець не вказує на ознаку незаконності дій особи; 2) визначаючи злочини, які є ексцесами застосування законодавства, законодавець вказує на ознаку незаконності дій (наприклад, незаконне позбавлення волі людини, порушення чинних на транспорті правил, порушення антимонопольного законодавства).

Як показало наше вивчення судової практики, досить поширеним за цих умов є таке явище, яке можна було б назвати **«правозастосовча необережність»**. Це явище емпірично можна описати як випадок, коли особа незаконно діє тому, що, застосовуючи нормативно-правовий акт, неправильно, тобто порушуючи закони природного права, тлумачить ту чи іншу його норму.

Непомічання цієї «білої плями» у вітчизняній правовій культурі призводить на практиці, зокрема, до помилок у визначенні форми вини особи, яка вчиняє незаконні дії, внаслідок чого має місце неправильна кваліфікація дій особи та притягнення до кримінальної відповідальності за умисний злочин тих, хто насправді діяв необережно. Наприклад, К., призначена відповідальною за здійснення фінансового моніторингу у банку, обвинувачується у вчиненні умисного порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом (ст. 209^1 КК України). К. у своїх показаннях пояснила, що вона не є юристом, не має достатнього досвіду застосування законодавства, Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом» на той час був новим, рекомендації по його застосуванню ще не були запропоновані. Зустрівшись з проблемами у тлума-

ченні цього закону, вона зробила усе (як вона вважала), щоб правильно уяснити його зміст. Однак, їй не вдалося правильно протлумачити деякі норми цього закону і тому, керуючись неправильним тлумаченням, вона вчинила дії, які мають ознаки об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 209[1] КК України.

На нашу думку, у цьому випадку суд має перевірити зазначені показання і, якщо вони знайдуть підтвердження, зробити висновок, що дії К. не можуть визнаватися умисними, тому що неправильне тлумачення закону виключає такі ознаки умислу у його порушенні як усвідомлення особою суспільно небезпечного характеру свого діяння і передбачення його суспільно небезпечних наслідків. Однак, це не виключає вини у формі необережності. За цих умов дії К. не можуть кваліфікуватися за ст. 209[1] КК України.

Визнання феномену «правозастосовчої необережності» дозволить застосувати подібне правило визначення форми вини і в усіх інших подібних випадках. Таким чином буде усунено необґрунтоване притягнення до кримінальної відповідальності через неправильне визначення форми вини осіб, що вчинили незаконні дії тому, що керувалися невірним тлумаченням норми права. Інакше матиме місце ставлення в умисну вину того, що слід ставити лише у вину в формі необережності (особливий вид об'єктивного ставлення у вину).

Слід також додати наступне. В Україні діє конституційний принцип: «Незнання закону не звільняє від кримінальної відповідальності» (ст. 68 Конституції). Але цей принцип не виключає інший принцип, про який тут йшлося, а саме: **«Будучи проявом комплексу сваволі і ілюзій особи, неправильне, тобто протиприродне, тлумачення нею закону виключає вину у формі умислу (прямого і непрямого) у випадку порушення цього закону, не виключаючи при цьому вину у формі необережності».** Очевидно, відповідає цьому принципу, наприклад, те як оцінюється неправильне тлумачення правової норми при застосуванні її суддями, якщо наслідком цього є незаконні вироки чи інші рішення суду, що скасовуються. Презумується, що такі рішення приймаються, зокрема, через неправильне тлумачення закону в процесі його застосування, якщо не було встановлено, що мала місце «завідомість» неправосудності вироку, рішення, ухвали або постанови. На нашу думку, такий же підхід має реалізовуватись і в усіх інших випадках, коли будь-яка особа вчиняє незаконні дії, керуючись не-

правильним, тобто протиприродним, тлумаченням правової норми, а не лише у випадку, коли це роблять судді. До речі, тут слід зазначити наступну проблему: як законодавець має реагувати на випадки «правозастосовчої необережності» у судовій практиці? Як визначити «правозастосовчу необережність» у цьому випадку і яка відповідальність судді має бути встановлена за неї? На нашу думку, варто диференціювати «правозастосовчу необережність» службової особи в кримінальному законодавстві взагалі і, зокрема передбачити у КК відповідальність за «правозастосовчу необережність» судді. У Кримінальному кодексі Австрії, наприклад, передбачена кримінальна відповідальність «чиновника, який з необережності спричиняє шкоду правам іншої особи шляхом обмеження чи позбавлення її особистої свободи чи шляхом протиправного обшуку у житлі» (параграф 303 КК Австрії).

Виходячи з викладеного, на нашу думку, варто було б доповнити КК України наступною нормою:

Ст. 25[1]. Вина при незнанні закону та при неправильному тлумаченні закону

1. Незнання закону не виключає вини особи при вчиненні нею суспільно небезпечного діяння, передбаченого КК.

2. Якщо суспільно небезпечне діяння полягає у ексцесі застосування законодавства, то неправильне тлумачення законодавства при його застосуванні особою виключає умисел, але не виключає необережність.

Така норма, відповідаючи природно-правовій концепції вини, сприяла б, зокрема, усуненню випадків неправильної кваліфікації як умисних тих суспільно небезпечних діянь, які насправді вчиняються через необережність. Природно-правова концепція вини може бути продуктивною також при вирішенні питання щодо криміналізації чи декриміналізації діянь у кримінальному праві України. Зокрема, на нашу думку, назрілою є проблема криміналізації діянь, пов'язаних з спричиненням особі шкоди у економічній сфері, з експлуатацією людини людиною, в тому числі за сучасні форми лихварства, як це має місце, наприклад, у КК Швейцарії. Прогалини ці не сприяють розвитку прогресивного економічного порядку в Україні, більше того, це сприяє проявам позаекономічного (кримінального) збагачення одних за рахунок збіднення інших на порушення природних законів економічного життя людей. Тому особи, винні у порушенні цих природних законів, мають підлягати кримінальній відповідальності в межах своєї вини, яку слід визначати відповідно до природно-правової концепції.

М.В. Костицький,
доктор юридичних наук, професор,
академік АПрН України,
член-кореспондент АПН України

ДІАЛЕКТИЧНЕ ПРОТИРІЧЧЯ МІЖ СТРОКАМИ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ ТА СТРОКАМИ ВИПРАВЛЕННЯ І РЕСОЦІАЛІЗАЦІЇ ЗАСУДЖЕНИХ

1. Проблема злочину і покарання має не лише юридичний, але й соціологічний, психологічний і філософський сенс. П.Й.А. Фейєрбах (1775 – 1833) німецький юрист і філософ, який обстоював об'єктивний характер кримінального права та принцип nullum crimen, nulla poena, sin lege (немає злочину, немає покарання без закону), розвиваючи морально-етичне вчення І. Канта ввів в юридичну науку поняття презумпції дійсної згоди реального злочинця з його покаранням – той, хто знаючи про кримінальний закон все ж таки вчиняє злочин тим самим згоджується із заздалегідь обумовленим в законі положенням про покарання. (Правда, Фейербах вважав, що знання кримінального закону є обов'язковою умовою для застосування покарання. Очевидно, на відміну від сьогоднішнього українського законодавства, яке базується на принципі «незнання закону не звільняє від відповідальності»).

Напевно, злодій, який хоче поліпшити свій матеріальний стан за рахунок заволодіння чужою власністю, та який в процесі соціалізації засвоїв поняття «моє» – «чуже» розуміє і згоджується з тим, що право власності заслуговує захисту і захищається. А якщо він визнає право власності, то логічним буде вважати, що він має визнавати і його власне покарання. Цю схему можна застосовувати і до інших злочинів (передусім, ненавмисних), наприклад, до вбивства. Заборона вбивства є безальтернативним імперативом трьох світових релігій (іудаїзму, християнства та ісламу), до прихильників котрих належить більше ніж третина людства на Землі. Шоста заповідь дана Творцем Мойсею стала іманентною складовою (в зв'язку з глобалізацією), культури, в тому числі правової, переважної більшості народів світу. Кримінальне покарання за вбивство передбачено законодавством всіх країн світу. Тому, вбивця вчиняючи злочин завідомо, заздалегідь згоджується із тим, що на нього буде покладене покарання. Однак, в зв'язку із моральною кризою в світі для все більшої кількості людей знання про відповідальність не стає перепоною

на шляху до злочину. Це стосується в першу чергу тих, хто вибрав злочин своїм ремеслом (в т.ч. кілери) чи стоїть на таких світоглядних позиціях, чи дотримується таких релігійно-політичних настанов, які не лише дозволяють тяжкі злочини проти «невірних» (в т.ч. і вбивства) але й заохочують до злочинних дій (ісламісти, шахіди, інші релігійні фанатики).

Проблема цих людей і проблема цивілізації з ними перестає бути лише юридичною, а все більше стає філософською. В даному разі ми маємо справу із злочином не лише як із аномалією цивілізації (але й цивілізаційною нормою), метафізикою злочину.

2. Метафізика злочину нерозривно пов'язана із метафізикою вини. Вони передбачають, що кожна людина відповідальна за всяке зло, вчинене в цьому світі (а не лише окремий злочинець). Кожен з нас винен в тому, що не діє солідарно і морально спільно з іншими людьми для протидії злочинності. За ліберальною доктриною, яка лежить в основі нашої Конституції людина, сім'я, громада, етнос та ін. є суб'єктами громадянського суспільства. А це останнє творить державу та передає їй функції протидії злочинності. А ми з боку… «наша хата з краю». Філософія трактує покарання як відплату злом за зло, відновлення порушеної справедливості та виправлення злочинця, абсолютизацію функції залякування, нейтралізацію недосконалості людської природи, оберігання суспільства від нищівних проявів злочинності, як вимушене зло метою котрого є схилити волю людини до законослухняності і покори, відновлення справедливості та моральної правди, відновлення природних прав людини, соціальний захист та практичну доцільність та ін.

3. Юридична наука, зокрема теорія кримінального та кримінально-виконавчого права, виходить з того, що покарання за злочин є офіційними, примусовими заходами держави, визначеними від її імені судом у вироку до особи, визнаної винною у вчинені злочину і полягає в позбавлені або обмежені прав і свобод злочинця. Ст. 50 КК України визначає зміст покарання: 1) кара; 2) виправлення злочинця; 3) запобігання вчиненню нових злочинів засудженими і іншими особами (загальна і спеціальна превенція).

У ст. 1 Кримінально-виконавчого кодексу України, яка визначає мету і завдання кримінально-виконавчого законодавства, вказується, що воно регламентує порядок і умови виконання та відбування покарань з метою захисту інтересів особи, суспільства і держави шляхом створення умов для виправлення і ресоціалізації засуджених, попередження злочинів з боку засуджених та інших

осіб. Тобто, якщо кримінальний закон визначає, що складовою покарання за злочин є кара, то кримінально-виконавчий закон можна розуміти так, що основою покарання є захист інтересів особи, суспільства і держави та ще й в жорстко визначеній схемі – шляхом створення умов для виправлення, ресоціалізації та превенції. Складається враження, що установи відбування покарання – це реабілітаційні заклади, а те, що злочинець за злочин несе в першу чергу кару десь губиться.

Вбачаю в цьому вплив сучасної європейської тенденції яка замовчує караючий аспект, кримінального покарання, вип'ячуючи ресоціалізаційний.

Спроби вітчизняних теоретиків кримінально-виконавчого і кримінального права також замовчати чи «змазати» власне кару як елемент покарання вважаю безпідставними. Виходячи із вказаних вище філософських характеристик злочину, діада «злочин – кара» залишається актуальною і зараз. Тому, у Концепції реформування пенетенціарної системи, розробленій вченими і практиками (з участю автора) та схваленій Президентом України (2008) такий елемент покарання як кара не нівельований, а лише уточнений. (Наприклад, праця засудженого до позбавлення волі не є складовою кари, а засобом виправлення).

На мій погляд, і в кримінальному, і кримінально-виконавчому законі у зв'язку із недостатнім володінням знаннями із психології і педагогіки щодо покарання, його суті є плутаниця. Автори закону розводять як дві окремі складові покарання виправлення і ресоціалізацію (раніше було виправлення і перевиховання).

Педагоги і психологи вважають виправленням трансформацію у засудженого негативних якостей особистості в психологічні новотвори, які орієнтують на правослухняну поведінку і позитивну правову активність. Під ресоціалізацією засудженого розуміють формування таких якостей особистості, які сприяють відновленню порушених соціальних зв'язків і відносин та ідентифікації особистості як суб'єкта власної життєдіяльності. Як видно, відмінності (сутнісні) цих визначень мінімальні.

Крім того, фахівці з пенетенціарної психології і педагогіки виділяють ще й такі спрямовані на засудженого види діяльності як виховання та реадаптацію.

Під вихованням розуміють вплив на засудженого пенетанціарної системи та її працівників з метою прививання йому загальноприйнятих стандартів поведінки, а реадаптація – це моральна, психологічна і організаційна підготовка до життя на волі. Тобто в

законодавчому визначенні покарання і його змісту є неточність і нечіткість, а коментатори законодавства недостатньо розібралися з елементами покарання (крім кари). Наприклад, як застосувати матрицю про зміст покарання (кара, виправлення, превенція) до осіб, які засуджені до довічного позбавлення волі. Про яку ресоціалізацію, реадаптацію, підготовку до життя в соціумі тут може йти мова? В сенсі надії засудженого на помилування? Мої особисті спостереження за такими людьми дають мені підстави поставити під сумнів наявність цих надій.

4. В системі видів покарань та й в практиці судів позбавлення волі вже давно не є домінуючим покаранням. Популярними все більше стають покарання не пов'язані з ізоляцією злочинця. (Правда в мене є сумніви чи в таких випадках ефективно реалізовуються всі елементи покарання). Тому число осіб які відбувають покарання в установах пенетанціарної системи за майже два десятиліття зменшилося з майже четверті мільйона до сто двадцяти тисяч. З них майже третина засуджені до тривалих строків позбавлення волі.

Закон (ст. 63, 64 КК України) передбачає позбавлення волі на строк від одного до п'ятнадцяти років або довічне позбавлення волі.

Щодо засуджених до довічного позбавлення волі вище висловлена думка що такий елемент покарання як виправлення проявляється в незначній мірі. А як же з іншими засудженими? Дослідження вітчизняної та зарубіжної пенітенціарної психології дають підстави стверджувати, що виховний вплив, виправлення, ресоціалізація і реадаптація щодо засудженого до позбавлення волі є ефективними в межах від 1–2 до 5–6 років (щодо засуджених вперше). Такі люди піддаються впливу і перевихованню та живуть надією на дострокове звільнення, амністію чи помилування. Рецидивісти, особи які вчинили тяжкі і особливо тяжкі злочини і засуджені до позбавлення волі на десять і більше років виховному впливу піддаються в незначній мірі або зовсім не піддаються. Виходить, що щодо них реалізовується лише один елемент покарання – кара, а оскільки покарання це система елементів, то виходить, що вона не реалізовується, не спрацьовує. А це значить, що щороку в соціум повертається кількадцять сотень людей які формально відбули покарання, але не тільки не виправились, а набули кримінального досвіду, авторитету та засвоїли «кримінальну» теорію.

Ці люди – завідомі антагоністи правопорядку законності, моральності. Виникає одвічне питання: «що робити»? Зменшити

вдвоє строки позбавлення волі з надією, що всі засуджені виправляються чи ресоціалізуються, чи запровадити статус «соціально небезпечної особи» для тих, хто хоч і відбув покарання, але не виправився, з відповідними соціальними і правовими наслідками?

І.В. Красницький,
кандидат юридичних наук
(Львівський державний університет внутрішніх справ)

ЧИ ПОТРІБНЕ НОРМАТИВНЕ ВИЗНАЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ В КРИМІНАЛЬНОМУ КОДЕКСІ УКРАЇНИ?

Безумовно, кримінальна відповідальність – одна з основоположних категорій кримінального права. Т.О. Лєснієвскі-Костарєва, з цього приводу зазначає, що основним категоріальним рядом в кримінальному праві є: «злочин» – «кримінальна відповідальність» – «покарання». Це насправді фундаментальні категорії, причому на другій базується, по суті, весь блок кримінально-правової політики [1, с. 28].

У КК України термін «кримінальна відповідальність» вживається понад сто разів, хоч науковці не одностайні у визначенні цього поняття і у правозастосовчій практиці по-різному підходять до тлумачення сутності кримінальної відповідальності. Існують відмінності у визначенні моментів початку та закінчення реалізації кримінальної відповідальності, форм, в яких вона може реалізуватися, їх змісті тощо. Це знову ж таки у обумовлює ситуацію, коли суди дещо по-різному вирішують по суті аналогічні справи. Наприклад, є розбіжності щодо практичного застосування ч. 4 ст. 74 КК. І хоча звільнення від покарання з цієї підстави застосовується досить рідко, вивчення судової практики засвідчило розходження у застосуванні цього нормативного положення. У більшості справ*, застосовуючи звільнен-

* Висновок зроблено на підставі узагальнення застосування положень ч. 4 ст. 74 місцевими судами м. Львова та справ розміщених у Єдиному державному реєстрі судових рішень України.

ня від покарання на підставі ч. 4 ст. 74 суд, у резолютивній частині вироку, призначав особі, визнаній винною у вчиненні злочину, конкретне покарання, що, на нашу думку, є зайвим. Відтак необхідність єдиного розуміння поняття кримінальної відповідальності та інших пов'язаних з цим питань, є насправді важливе і для розвитку науки кримінального права, і для правозастосовчої практики.

Одним з способів вирішення цієї проблеми могло б стати нормативне визначення поняття кримінальної відповідальності та форм, в яких вона може реалізуватися. Таким шляхом, до речі, пішов законодавець окремих зарубіжних держав, наприклад, Республіки Білорусь. Проте, український законодавець не використав його досвіду.

Причин, як видається, декілька.

Перша. У КК більшості держав визначення поняття «кримінальна відповідальність» все ж таки немає. Воно розглядається як суто теоретичне і його визначення відносять до царини науки.

Друга, чи не основна. Визначити в КК України поняття «кримінальна відповідальність» досить складно. Це обумовлено відсутністю в українській кримінально-правовій науці такої позиції щодо цього визначення, яка сприймалася б принаймні більшістю вчених та практиків. Використавши в КК одну з позицій, його розробники отримали б низку критики від прихильників інших. А таких позицій, як виявляється, досить багато.

Учені неодноразово робили спроби класифікувати концепції з визначення поняття «кримінальна відповідальність». Залежно від ступеня деталізації науковцями виділяється три [2, с. 55], іншими чотири [3, с. 6], п'ять [4, с. 26] і навіть шість [5, с. 28] основних теорій кримінальної відповідальності. Окрім цього, у працях окремих вчених проглядається намагання поєднати елементи кількох з них.

На сьогодні в українській кримінально-правовій науці використовуються та мають своїх прихильників концепції, які умовно можна позначити таким чином: «кримінальна відповідальність – покарання»; «кримінальна відповідальність – осуд»; «кримінальна відповідальність – обов'язок»; «кримінальна відповідальність – правовідносини (сукупність правовідносин)»; «кримінальна відповідальність – перетерпіння особою заходів примусу»; «кримінальна відповідальність – застосування кримінально-правової санкції».

На основі аналізу нормативних положень українського законодавства, визначень понять юридичної та кримінальної відповідальності у працях українських вчених нами запропоновано визначення поняття «кримінальна відповідальність» як регламентованої законом однієї з форм реалізації охоронних кримінально-правових відносин, що полягає в осуді судом від імені держави вчиненого діяння та особи, яка його вчинила, як правило, поєднаному з призначенням їй покарання, а в певних випадках також у виконанні призначеного покарання, і (чи) забезпеченні встановлених вироком суду позбавлень і обмежень, які не є покаранням, а також судимості та у вимушеному перетерпінні такою особою названих негативних правових наслідків вчиненого діяння [6, с. 4]. Правда, дехто з колег-науковців вважав цю дефініцію надто громіздкою.

Так чи інакше, відсутність єдності у підходах до визначення поняття кримінальної відповідальності, на нашу думку, не повинно стати перешкодою на заваді запозичення досвіду тих держав, де ця проблема отримала нормативне вирішення.

На користь цього слід вказати на такі моменти. Насамперед слід відзначити, що передумови для нормативного закріплення у чинному КК України поняття кримінальної відповідальності та інших пов'язаних з цим понять є. Йдеться про те, що Конституційний Суд України своїм рішенням у справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положень частини третьої статті 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканність) [7] закріпив, що настання кримінальної відповідальності має місце з моменту набрання законної сили обвинувальним вироком суду, а пред'явлення обвинувачення слід розглядати як притягнення до кримінальної відповідальності. І хоча Конституційний Суд України не запропонував свого бачення поняття кримінальної відповідальності та форм, в яких вона може реалізуватися, проте розмежування понять притягнення до кримінальної відповідальності та її настання має стати відправною точкою для нормативного вирішення вищеназваних питань.

Наступне, в цьому ж рішенні прослідковується єдність позиції правоохоронних органів у розумінні поняття притягнення до кримінальної відповідальності, а саме що «особа вважається притягненою до кримінальної відповідальності з моменту винесення постанови про притягнення цієї особи як обвинуваченого і пред'явлення їй обвинувачення». Таку позицію висловили МВС

України та Генеральна прокуратура України. Це дає підстави для висновку, що така позиція є усталеною на практиці.

Окрім цього, нормативне визначення поняття кримінальної відповідальності, форм в яких вона може реалізуватись та змісту кожної з таких форм сприятиме не лише одностайності у їх застосуванні в судовій практиці, а й матиме безумовно важливе значення для розвитку кримінально-правової науки та вдосконалення чинного кримінального законодавства.

Отже, нормативне визначення в КК України поняття кримінальної відповідальності, а заодно і форм в яких вона може реалізуватись та змісту кожної з таких форм, якщо й не є нагально-необхідним, проте є доцільним і допустимим. І хоча, безумовно, що будь-який варіант нормативного вирішення цієї проблеми буде підданий критиці, такий крок матиме позитивний результат – сприятиме вдосконаленню кримінального законодавства та практики його застосування в цілому.

---

1. *Лесниевски-Костарева Т.А.* Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. – М.: Издательство НОРМА, 1998.

2. *Багрий-Шахматов Л.В.* Социально-правовые проблемы уголовной ответственности та форм ее реализации: Курс лекций. Общая часть. Изд. 2-ое. – Одесса, 2001.

3. *Хомич В.М.* Формы реализации уголовной ответственности. – Мн.: Белгосуниверситет, 1998.

4. Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник / Г.В. Андрусів, П.П. Андрушко, В.В. Бенківський та ін.; За ред. П.С. Матишевського та ін. – К.: Юрінком Інтер, 1997.

5. *Кругликов Л.Л., Васильевский А.В.* Дифференциация ответственности в уголовном праве. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002.

6. *Красницький І.В.* Поняття, підстави та форми кримінальної відповідальності за кримінальним правом Франції та України: порівняльний аналіз: Автореф. дис ... канд. юрид. наук. – Львів, 2005.

7. 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 недоторканість). Справа № 1-15/99 від 27 жовтня 1999 р. № 9-рп/99// Вісник Конституційного суду України. – 1999. – № 5. – С. 14–17.

В.М. Куц,
кандидат юридичних наук, професор
(Національна академія прокуратури України)

ПРОГАЛИНИ В ЗАКОНОДАВЧІЙ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ДЕЯКІ ВИДИ ПОЗБАВЛЕННЯ ЖИТТЯ ІНШОЇ ЛЮДИНИ

Протиправне позбавлення життя іншої людини за кримінальним законодавством України визнається вбивством без урахування будь-яких інших обставин. Проте, практиці відомі випадки, коли певні об'єктивні обставини ставлять під сумнів доцільність визнання вбивством деяких різновидів спричинення смерті. Зокрема, кримінально-правовою доктриною вже давно доведено, що не є вбивством необережне спричинення смерті. Це положення чітко відображене в кримінальному законодавстві Російської федерації. Українському законодавцю, попри певні намагання, не вдалося на належному рівні втілити цю ідею в законодавчу практику, результатом чого постало загальновідоме протиріччя між ст.ст. 115 та 119 чинного КК України.

На нашу думку, сьогодні є всі підстави для подальшої диференціації кримінально-правової оцінки спричинення смерті, а саме – для виокремлення з числа вбивств інших проявів умисного позбавлення життя людини. Одним із них є позбавлення життя з жалю до людини на її прохання.

Дискусії навколо правової природи цього виду позбавлення життя («згода потерпілого») серед науковців та практиків продовжуються з кінця XIX століття. Більшість учасників цієї дискусії пропонує кваліфікувати так звану «згоду потерпілого» як звичайне вбивство [1, с. 4], інші наполягають на віднесенні її до обставин, які пом'якшують покарання [2, с. 100].

Висловлювалася думка й щодо можливості визнання позбавлення життя іншої людини з жалю до неї привілейованим складом вбивства [3, с. 139].

Як бачимо, зазначені пропозиції не виходять за межі ототожнення позбавлення життя «за згодою» з убивством, хоча в контексті дослідження обставин, які виключають злочинність діяння, дехто з дослідників не виключає можливості визнання позбавлення життя «за згодою» саме такою обставиною [4, с. 222–227].

На нашу думку, правова природа означеного діяння не співпадає ні з убивством, ні з обставинами, які виключають зло-

чинність діяння. **Його слід визнати самостійним кримінально-правовим проявом та встановити кримінальну відповідальність, адекватну характеру та ступеню його суспільної небезпечності.**

Аргументами на користь такого висновку є наступне. При вбивстві, спричинення смерті іншій людині є головною метою, домінуючим бажанням серед інших бажань, які детермінували злочинне діяння.

Тому ми не можемо погодитись з висновком, що вбивство не перестає бути вбивством, навіть якщо воно було вчинене на прохання потерпілого [5, с. 265], адже в цьому випадку бажання вбити поступається бажанню вгамувати почуття жалю до людини, яка терпить неймовірні страждання, бажання позбавити її цих страждань. Саме цей мотив є домінуючим в процесі мотивації відповідного діяння. У ланцюгу формування злочинного умислу при позбавленні життя іншої людини з жалю до неї на перше місце виходить мета захисту честі та гідності особи, позбавлення її від страждань. Злонамірності, тобто превалюючого стремління заподіяти смерть іншій особі в наведеному випадку немає. Тому визнання таких діянь вбивством спотворює їхню соціально-правову природу і є, на нашу думку, неетичним та негуманним.

Не можна прирівнювати вбивство з мотиву, наприклад, помсти до позбавлення життя з жалю до людини, яка страждає від невиліковної хвороби, терпить сильні болі та прохає про припинення страждань. У цьому діянні домінуючою метою є позбавлення людини від страждань, яка сформована стійким почуттям (мотивом) жалю до такої людини. Ця мета не тільки не є небезпечною. Навпаки, вона є суспільно корисною. Наявність соціально корисної мети перетворює означений випадок спричинення смерті з убивства на «не вбивство». Означене, перш за все, і спонукає до переоцінки ставлення до позбавлення життя іншої людини з жалю до неї.

Отже, ми пропонуємо інший погляд на юридичну природу означеного діяння, а саме – вважати його не вбивством, а позбавленням життя іншої людини з жалю. Спричинення смерті виступає у цьому діянні лише крайнім засобом для досягнення відповідної мети – позбавлення від страждань.

Виокремлення цього виду злочинів проти життя, окрім іншого, сприятиме вдосконаленню класифікації злочинів проти життя та забезпеченню понятійної кримінально-правової чистоти, а встановлення адекватної кримінальної відповідальності за

нього усуне наявну нині прогалину в регулюванні цього аспекту соціальної дійсності.

В кримінального права існує три позиції щодо класифікації злочинів проти життя. Прихильники першої вважають злочинами проти життя у вузькому сенсі слова: а) вбивство (ст.ст. 115–119 КК); б) доведення до самогубства (ст. 120 КК); в) погроза вбивством (ст. 129 КК); г) тяжкі тілесні пошкодження, що спричинили смерть (ч. 2 ст. 121 КК).

За другою позицією до числа таких злочинів належать: а) вбивство (ст.ст. 115–119 КК); б) доведення до самогубства (ст. 120 КК); в) погроза вбивством (ст. 129 КК).

Відповідно до третьої позиції, злочинами проти життя є: а) вбивство (ст.ст. 115–119 КК); б) доведення до самогубства (ст. 120 КК).

Класифікація російського професора С.В. Бородіна дещо схожа з третьою точкою зору, але у відповідності із російським законодавством, він виділяє з числа вбивств спричинення смерті з необережності [6, с. 111–113].

На нашу думку, жодна з наведених позицій не є досконалою. Кожна з них є віддзеркаленням позиції законодавця, котра, як відомо, може бути й хибною. Ми пропонуємо наступну класифікацію злочинів проти життя: а) вбивство (ст.ст. 115–117 КК); б) умисне спричинення смерті (ст. 118 КК та можлива стаття «Позбавлення життя з жалю»); в) необережне спричинення смерті (ст. 119 КК); г) доведення до самогубства (ст. 120 КК).

Не належить до числа злочинів проти життя погроза вбивством, тому що безпосереднім об'єктом цього злочину виступає не життя людини, а її особиста безпека, наслідком чого є порушення її внутрішньої душевної рівноваги у зв'язку з можливим виконанням погрози. Іншими словами об'єктом погрози вбивством виступає психічна недоторканність людини [7, с. 64].

Не може відноситися до злочинів проти життя людини й умисне тяжке тілесне ушкодження, яке спричинило смерть, адже до настання наслідків у вигляді спричинення смерті іншій людині ставлення винної особи є необережним. Умисел у цьому злочині спрямований на завдання шкоди здоров'ю іншої особи, тому основним об'єктом цього злочину є саме її здоров'я, а життя виступає додатковим об'єктом.

Крім уточнення юридичної природи, невизнання вбивством позбавлення життя з жалю має неабияке етико-гуманістичне значення. В зрілому суспільстві несправедливо й негуманно

називати вбивцею людину, яка позбавила від страждань ближнього шляхом спричинення йому смерті. Означене має спонукати законодавця до відповідних змін в оцінці такого діяння.

---

1. *Дурманов Н.Д.* Обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность. – М., 1961.

2. *Гаухман Л.Д.* Уголовно-правовое значение «соглачия потерпевшего» на причинение смерти или телесных повреждений // Тр. Киевс. ВШ МВД СССР. – К., 1976. – Вип. 10.

3. *Ивченко О.С.* Уголовная ответственность за эвтаназию в России // Уголовное право в XX1 веке: Матер. междунар. науч. конфер. МГУ, 31 мая – 1 июня 2001 г. – М.: ЛексЭст, 2002.

4. *Блинников В.А.* Обстоятельства, исключающие преступность деяния в уголовном праве России. – Ставрополь, 2001.

5. *Фойницкий И.Я.* Учение о наказании в связи с тюрьмоведением. – М., 2000.

6. *Бородин С.В.* Преступления против жизни. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003.

7. *Борисов В.И., Куц В.Н.* Преступления против жизни и здоровья: вопросы квалификации. – Х.: КОНСУМ, 1995.

Н.В. Кушакова-Костицька,
кандидат юридичних наук
(Конституційний Суд України)

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ СПАМУ ЗГІДНО З КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Сьогодні проблеми, пов'язані з законодавчим регулюванням Інтернет, залишаються гострими і неврегульованим як в Україні, так і в інших країнах. Одна з найактуальніших таких проблем – законодавче регулювання боротьби зі спамом – кореспонденцією рекламного характеру, яка надсилається на електронну пошту.

Фактично спам – це та ж реклама, тільки в електронному форматі. У ряді країн світу передбачено правову відповідальність за поширення спаму, адже через нього може надходити із

запізненням актуальна кореспонденція, можуть виникати серйозні проблеми у роботі комп'ютерів та їх мереж. Характерними ознаками спаму є наявність у темі листа спонукальних пропозицій («Прочитай це обов'язково!», «Відкрий мене» тощо), рекламних кліше («Унікальна пропозиція», «Найкращий у цьому сезоні», «Тільки для Вас» тощо), відсутність чіткої інформації в графі «ім'я відправника» і т.ін.

Згідно з чинним КК України (ст. 363[1] «Перешкоджання роботі електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку шляхом масового розповсюдження повідомлень електрозв'язку») умисне масове розповсюдження повідомлень електрозв'язку, здійснене без попередньої згоди адресатів (тобто спам), що призвело до порушення або припинення роботи комп'ютерів та їх мереж карається штрафом від п'ятисот до тисячі неоподаткковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років. Ті ж дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, якщо вони заподіяли значну шкоду, караються обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той же строк, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років та з конфіскацією програмних або технічних засобів, за допомогою яких було здійснено масове розповсюдження повідомлень електрозв'язку, які є власністю винної особи.

Згідно зі ст. 363[1] КК України об'єктивна сторона злочину полягає в умисному масовому розповсюдженні повідомлень електрозв'язку, здійсненому без попередньої згоди адресантів, що призвело до порушення або припинення роботи комп'ютерів, автоматизованих систем, комп'ютерних чи телекомунікаційних мереж. Перешкоджання в роботі комп'ютерів, автоматизованих систем, комп'ютерних чи телекомунікаційних мереж означає порушення їх нормального функціонування чи припинення їх роботи взагалі. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про захист інформації в автоматизованих системах» порушення роботи автоматизованої системи – це дії або обставини, які призводять до спотворення обробки інформації.

Перешкоджання роботи комп'ютерів, автоматизованих систем, комп'ютерних чи телекомунікаційних мереж внаслідок розповсюдження спаму в першу чергу пов'язано з тим, що в силу масового характеру поштових розсилок ускладнюється робота інформаційних систем і ресурсів, створюючи для них зайве

навантаження. Крім того, користувачі електронної пошти примушені витрачати свій час на боротьбу зі спамом, оплачуючи додатковий час користування системою, або встановлювати та оплачувати використання «антиспамових» утиліт – спеціальних програм для фільтрації та знищення спаму.

Суб'єктивна сторона злочину характеризується умисною формою вини, адже диспозиція ст. 363[1] передбачає саме умисне масове розповсюдження повідомлень електрозв'язку. Мотивація розповсюдження масових електронних повідомлень без попередньої згоди адресатів (чи адресату) може бути різною, але на кваліфікацію злочину не впливає. Найчастіше це корисливі мотиви, пов'язані з розповсюдженням звичайної реклами, але може мати місце й недобросовісна реклама, яка містить некоректні порівняння з аналогічними товарами; яка спрямована на дискредитацію громадян та організацій, котрі не користуються рекламованими товарами; яка містить висловлювання, образи, принижуючі честь, гідність та/чи ділову репутацію конкурентів; яка містить для споживачів дезінформацію щодо рекламованих товарів або приховує частину суттєвої інформації, зловживаючи довірою фізичних осіб чи недостатнім рівнем їх знань тощо.

Мета розповсюдження спаму може бути й хуліганська: це стосується, наприклад, повідомлень непристойного характеру чи розсилки комп'ютерних вірусів через електронну пошту, які викликають порушення чи навіть припинення роботи комп'ютерів, автоматизованих систем, комп'ютерних або телекомунікаційних мереж.

Масове розповсюдження небажаних електронних повідомлень може бути і не навмисним, а в наслідок необережності чи недбалого користування електронною поштою. Так, наприклад, користувач електронної пошти може вчасно не знищити надіслану йому програму-вірус, яка викликає розповсюдження спаму за всіма адресами, збереженими в його електронному записнику. Не дивлячись на те, що з поштової скриньки такого користувача буде розіслано численні небажані повідомлення всім його знайомим адресатам, у цьому випадку суб'єкт не несе кримінальної відповідальності.

На мою думку, термінологія ст. 363[1] неточна і досить застаріла, зокрема, це стосується невживання терміну «спам», вживання терміну «електронно-обчислювальні машини», який вже давно не вживається ніде, крім КК та ін. Крім того, «повідомлення електрозв'язку» – термін, який теж практично не вжи-

вається (і відповідно не визначається в нормативних актах). За змістом ч. 1 ст. 363^1 можна стверджувати, що йдеться про електронні повідомлення у вигляді даних, тобто про повідомлення при електронному інформаційному обміні, коли інформація подається у вигляді сигналів, тексту, зображення, цифрових даних тощо, що передаються як об'єкти від одного автора одному чи кільком одержувачам. Такі повідомлення мають визначену структуру, вони придатні до оброблення, пересилання чи використання користувачем (ДСТУ 2229-93. Локальні обчислювальні мережі. Терміни та визначення).

Зауважу, що на законодавчому рівні спам визначений як «незамовлені попередньо споживачами електронні повідомлення, які є масовими, або в яких не наведено достовірні відомості про повну назву, власну поштову чи електронну адресу замовника чи відправника цих повідомлень, або подальше отримання яких споживач не може припинити шляхом інформування про це замовника чи відправника» згідно з п. 3 Правил надання та отримання телекомунікаційних послуг, затверджених постановою Кабінету Міністрів України № 720 від 9 вересня 2005 р.

Треба також відзначити, що крім рекламного спаму, зустрічається «ідеологічний», який містить повідомлення політичного, агітаційного чи релігійного характеру, а також «хуліганський» спам у вигляді, наприклад, набору нецензурних виразів та слів. І хоча спам розповсюджуються переважно через мережу Інтернет засобами електронної пошти (e-mail), але може також розповсюджуватися в Інтернет під час телеконференцій, чатів (програми ICQ, IRC). Спамом також можна вважати небажані масові SMS- і факсові повідомлення.

Основною проблемою можна вважати те, що на сьогодні технічно та організаційно відслідковувати і карати всіх відправників спаму неможливо. Крім того, на мою думку, санкції ст. 363^1 є такими, що не відповідають тяжкості злочину, особливо, коли порівнювати наслідки від поширення звичайної реклами (тобто реклами не в електронному вигляді). По-перше, коли йдеться про звичайну рекламу, то аудиторія значна ширша, адже ЗМІ нас оточують на відміну від комп'ютера скрізь, незалежно навіть від нашої волі, зокрема, це стосується друкованої реклами та біг-бордів, розташованих в найбільш людних місцях. По-друге, зі спамом можна боротися програмними, технічними і організаційними методами через мережу Інтернет (йдеться про звичайних користувачів мережі, Інтернет-провайдерів, програ-

містів тощо), а зі звичайною рекламою, крім правових методів боротьби, інших не передбачено, при цьому кримінальна відповідальність чітко визначена саме за спам. Таким чином, вважаю, що санкції згідно ст. 363[1] КК є перебільшеними і потребують перегляду. Водночас доцільно ввести кримінальну відповідальність за розповсюдження інформації про алкогольні, тютюнові вироби, харчову та іншу продукцію, шкідливу для здоров'я, та інші види реклами, яка носить в цілому негативний характер у сенсі психічного і фізичного здоров'я як окремих громадян, так і нації в цілому.

В.В. Лень,
кандидат юридичних наук, доцент
(Запорізький юридичний інститут
Дніпропетровського державного університету
внутрішніх справ)

ОБМЕЖЕНА ОСУДНІСТЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНІ: ПРОБЛЕМИ ПРОДОВЖУЮТЬСЯ

Статистичні дані щодо злочинності у державі зовсім невтішні, про що свідчать за різними офіційними джерелами показники, відповідно простежується і тенденція до збільшення кількості злочинних діянь, вчинених громадянами з психічним аномаліями та хронічними психічними захворювання. Нестабільність в економічній сфері, погіршення соціально-політичних відносин в Україні впливає відповідно і на прогресуюче падіння матеріальної та духовної культури населення, а ці та багато інших негараздів сприяють збільшенню психічної захворюваності у суспільстві.

Водночас, слід відзначити, що наявність психічних аномалій та хронічних психічних захворювань у певної частини громадян не веде фатально до злочину. Однак одним з необхідних суб'єктивних факторів, який сприяє вчиненню суспільно небезпечних діянь, є стан психічної дезадаптації, який набагато частіше зустрічається у зазначених категорій осіб, ніж психічноздорових.

На 2007 р. в Україні лише зареєстровано 1,21 млн. громадян з психічними аномаліями та психічними захворюваннями [1, с. 615]. Ця тенденція постійно збільшується (і є латентною) вона зберігається і на світовому рівні, і відповідно поширюється

спектр й кількість злочинів, вчинених особами з психічними діагнозами [2, с. 1.]

Слід відзначити, що існує значна група осіб, котрі мають специфічну здатність усвідомлювати свою суспільно небезпечну поведінку та (або) керувати нею. У ч. 1 ст. 20 КК України підлягає кримінальній відповідальності особа, визнана судом обмежено осудною, тобто така, яка під час вчинення злочину, через наявний у неї психічний розлад, не була здатна повною мірою усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та (або) керувати ними [3, с. 43]. Ця норма була закріплена у чинному КК України.

Науковці багатьох держав світу (зацікавлені цією проблемою), фахівці з кримінального права, кримінології, психіатрії та психології, а також практики протягом тривалого часу ретельно досліджують її. На сьогодні єдності у цьому питанні немає і у юристів, і у психіатрів. Так прихильниками визнання і закріплення обмеженої осудності є психіатри Б.М. Алмазов, О.З. Голубков, Д.І. Майер, І.М. Фарбер та ін.; юристи Ю.М. Антонян, С.В. Бородін, О.В. Зайцев, В.П. Ємельянов, В.І. Каменська, Н.А. Мірошниченко, С.В. Михайлівська, І.С. Ной, Н.А. Орловська, І.А. Петрухін, Т.М. Приходько, П.Л. Фріс та ін.; заперечують необхідність визнання зазначеної правової норми психіатри П.Б. Ганнушкін, Є.К. Краснушкін, В.Х. Кандинський, Д.Р. Лунц, О. Насінник, В.П. Сербський, Б.А. Спасєнніков та ін.; юристи З.А. Астеміров, О.Ф. Кістяківський, І.І. Карпець, Г.Б. Калманов, М.Й. Коржанський, О.І. Коробєєв, В.М. Кудрявцев, В.М. Куц, Р.І. Михєєв, А.А. Музика, В.С. Орлов, С.В. Познишев, О.Я. Свєтлов, Б.А. Спасєнніков, М.С. Таганцев, В.М. Трубников, Н.М. Ярмиш та багато інших.

Не зрозумілим є алгоритм визначення міри спроможності особи. Не могла *повною мірою...* Як встановити цю *міру* саме на момент вчинення злочину? Чи особа була саме у стані обмеженої осудності? Йдеться про діагноз чи діагнози психіатричної аномалії або (та) психіатричного захворювання? Часто знайти відповідь на ці питання дуже не просто .

Над проблемою розробки і встановлення меж, критеріїв, параметрів обмеженої осудності з 1993 р. працює Науково-дослідний інститут судової психіатрії (м. Київ), але, на жаль, наразі вагомих позитивних результатів не досягнуто. Ця обставина не викликає сумнівів не лише у противників, а й у прибічників обмеженої осудності [4, с. 75]. Тому хотілося б звернути увагу на аспект застосування у правозастосовчій практиці цієї норми, що пов'язано з комплексом невирішених питань.

Проведені нами у 2003 р. дослідження підтвердили, що переважна більшість працівників – 210 осіб (а це слідчі ОВС та працівники прокуратури, судді з Дніпропетровської, Запорізької та Херсонської областей), 98% висловилися проти законодавчого закріплення обмеженої осудності у КК України (98%, тобто 206 опитаних) і лише 1,9% – за [5, с. 177].

У квітні 2008 р. у ми провели анкетування 44 слідчих ОВС з різних регіонів України (лише слідчих ОВС, тому що близько 93% усіх кримінальних справ на сьогодні розслідують саме слідчі МВС України), з них 27(61,36%) висловилися проти обмеженої осудності; 14 (31,8%) – за, 3 (6,8%) не визначилися; та 15 суддів (Дніпропетровська та Запорізька області), з яких 13 (86,6%) висловилися також проти обмеженої осудності і лише 2 (13,3%) позитивно ставляться до законодавчого закріплення її у кримінальному законі.

З цього приводу (стосовно обмеженої осудності) проф. М.Й. Коржанський зазначає, що осудність, як вагітність – або вона є, або немає [6, с. 222], тобто особа жіночої статті не може бути «трішки» вагітною. Інакше кажучи, поняття «осудність» не може мати ступенів, градацій. Особа або страждає на психічне захворювання або ні; або вона здатна до усвідомленої вольової поведінки або ні; може бути визнана судом або осудною, або неосудною [7, с. 134]. Так визначає своє ставлення до цієї проблеми професійний психіатр та юрист російський вчений Б.А. Спасєнніков.

Всесвітньо відомий російський кримінолог проф. Ю.М. Антонян також зазначає, що на сьогодні не визначені критерії цього поняття, вкрай важливого для науки і практики, і загалом нема переконливої наукової теорії обмеженої осудності [5, с. 7].

Проведені дослідження М.М. Книгою показали, що психіатри і відповідно судді, все ж рідко (безумовно враховуючи об'єктивні та суб'єктивні підстави) застосовують зазначену норму. Так, 2006 р. в Україні визнано злочинців: 11754 – осудними (з числа осіб, які мають психічні розлади); 1234 – неосудними і лише 392 (3%) обмежено осудними [8, с. 74].

Не знаходить реального застосування зазначена кримінально-правова норма й у Російській Федерації. Так, Г.Б. Калманов відзначає, що розгляд цієї проблеми у кримінально-правовому аспекті дає підстави стверджувати, що як нові норми, так і доповнення до КК РФ, котрі передбачають врахування психічних розладів, які не виключають осудності, не знайшли суттєвого відображення у правовиконавчій діяльності судових органів [9, с. 1].

На нашу думку, сьогодення юриспруденції та психіатрії переконує, що концепція обмеженої осудності щодо її визнання і закріплення у кримінальному законі є сумнівною та необґрунтованою. І відповідь, на наш погляд, має бути заперечливою. Осудність як юридичне поняття має бути точно й однозначно визначено в законі і не допускати ніяких градацій.

На наше глибоке переконання, має місце й внутрішнє неприйняття інституту обмеженої осудності з боку переважної більшості представників судової, слідчої та прокурорської практики, але це наполегливо ігнорується [10, с. 218].

---

1. *Закалюк А.П.* Курс сучасної української кримінології: теорія і практика: У 3 кн. – К.: Вид. дім «ІнЮре», 2007. – Кн. 2: Кримінологічна характеристика та запобігання вчиненню окремих видів злочинів. – 712 с.

2. Психіатричні захворювання // МИГ. – 2002. – 10–16 октября. – № 41 (6356).

3. Науковий коментар Кримінального кодексу України / М.Й. Коржанський. – К.: Атіка; Академія, Ельга – Н., 2001. – 656 с.

4. *Голіна В., Ємельянов В., Петрюк П.* Проблеми боротьби зі злочинністю неповнолітніх з психічними аномаліями // Право України. – 2005. – № 10. – С. 74–76.

5. *Лень В.В.* Осудність у кримінальному праві і законодавстві: Монографія / Передмова проф. Ю.М. Антоняна. – Дніпропетровськ: Ліра ЛТД, 2008. – 180 с.

6. Кримінальне право і законодавство України. Загальна частина: Курс лекцій / За ред. М.Й. Коржанського. – К.: Атіка, 2001. – 432 с.

7. *Спасенников Б.А.* Принудительные меры медицинского характера: история, теория, практика / Предислов. проф. Ю.М. Антоняна. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 412 с.

8. *Книга М.М.* Медичний критерій визначення суспільної небезпечності психічно хворих, до яких застосовуються примусові заходи медичного характеру // Актуальні проблеми протидії злочинності в Україні: Матер. наук.-практ.семінару. – Дніпропетровськ, 2008. – С. 73–75.

9. *Калманов Г.Б.* Патопсихологические механизмы насильственного преступного поведения: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Москва, 2002. – 36 с.

10. *Лень В.В., Колісник С.Є.* Правові та медичні аспекти обмеженої осудності: проблемні питання // Науковий вісник ДДУВС. – 2006. – № 1 (26). – С. 214–218.

О.М. Литвак,
доктор юридичних наук,
професор, член-кореспондент
АПрН України
А.А. Музика,
доктор юридичних наук, професор
(Секретаріат Президента України)
О.П. Горох,
кандидат юридичних наук
(Київський національний університет внутрішніх справ)

ЗАКОН УКРАЇНИ ВІД 15 КВІТНЯ 2008 р. ЩОДО ГУМАНІЗАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ: ЗАГАЛЬНЕ ВРАЖЕННЯ

І. КК України 2001 р. «працює» вже сім років. Від моменту набрання чинності він зазнав безліч змін, доповнень і робота в цьому напрямі наразі продовжується...

15 квітня 2008 р. вітчизняне кримінальне законодавство в черговий раз було оновлено, і треба визнати – його новели справили сильне враження на багатьох юристів. Змін зазнали не лише диспозиції, а й санкції кримінально-правових норм. Загалом ці зміни можуть заслуговувати на підтримку (наприклад, дуже добре, що вже не стало насправді смішного складу викрадення шляхом демонтажу дротів – ст. 188 КК). Маємо надію, що їх якість і обґрунтованість з часом належно оцінить слідча та судова практика. Водночас вважаємо, що окремі положення Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності» (реєстр. № 270-IV) не позбавлені низки вад (певна незавершеність, невиправданий вибірковий підхід, міжгалузеві суперечності, прогалини).

ІІ. Насамперед звернемо увагу на назву документа, яка завжди є принциповим елементом будь-якого правового акта. Можна сказати: **«Назва зобов'язує!»**. В нашому випадку законодавець сміливо і відверто (а чи відповідально?) **визначив напрям** свого кримінально-правового рішення. Але **що таке гуманізація** у контексті кримінальної відповідальності? Чи є поняття «гуманізація відповідальності» тотожним поняттю «пом'якшення відповідаль-

ності»? Що буде протилежним за значенням слову «гуманний»? Мабуть, нелюдяний, жорстокий. А зворотні напрями кримінально-правової політики (якщо у відповідній сфері завершиться «ера милосердя») будемо називати «дегуманізацією кримінальної відповідальності»?

У контексті кримінальної відповідальності закон давно використовує, зокрема, антоніми **пом'якшення – посилення**. Ця пара протилежних за значенням слів відображає, по суті, якісні характеристики кримінальної відповідальності, визначає певну спрямованість кримінально-правової політики. Саме їх, на нашу думку, і треба використовувати у сполученні з поняттям «кримінальна відповідальність».

Ознайомлення з назвою і змістом аналізованого Закону дозволяє зробити висновок про те, що він насправді (але не завжди) спрямований на **пом'якшення** кримінальної відповідальності. Донедавна, треба зазначити, гуманізація кримінального закону пов'язувалася в основному з гуманізацією відповідних заходів (їх визначення, порядку призначення і виконання), що застосовуються до осіб, які вчинили злочин. Однак такий підхід до цієї проблеми залишав відкритим запитання: чому у кримінальному праві, що проголошує своїм завданням охорону суспільно значущих інтересів від злочинних посягань, превалює гуманізм лише щодо злочинця – осторонь принципу гуманізму залишилось гуманне ставлення до потерпілого? чому показником реалізації гуманізму в кримінальному праві постає людське ставлення виключно до злочинця, а не рівень охорони прав і інтересів законослухняних громадян, тобто інтересів суспільства у цілому? Правильно зауважує з цього приводу А.П. Козлов: необхідність максимально прийнятної гуманізації ставлення до злочинця є безсумнівною, однак це не повинно затьмарювати собою іншу, мабуть більш важливу для кримінального права сторону гуманізму – гуманізму до суспільства [1, с. 10]. Таким чином, у сучасній кримінально-правовій доктрині гуманізм почав розглядатися у його двохсторонній спрямованості – ставленні до людської особистості як до об'єкта не лише кримінально-правового впливу, а й кримінально-правової охорони [2, с. 52; 3, с. 75; 4, с. 152; 5, с. 144; 6, с. 274].

Отже, потрібно відповісти: на реалізацію якої саме сторони гуманізму спрямований аналізований Закон? Проведений аналіз переконує в тому, що гуманізація кримінальної відповідальності була спрямована виключно стосовно осіб, які вчиняють злочини.

При цьому були внесені зміни не лише до норм Особливої частини (як це робиться традиційно), а й до норм Загальної частини КК України. Завдяки такому підходу в Загальній частині, зокрема, розширено передумови для звільнення від кримінальної відповідальності у разі дійового каяття (ч. 1 ст. 45), примирення винного з потерпілим (ч. 1 ст. 46), із застосуванням примусових заходів виховного характеру (ч. 1 ст. 97); передбачено можливість сплати штрафу з розстрочкою виплати певними частинами (ч. 4 ст. 53); доповнено ст. 68 КК положеннями, які регламентують порядок призначення покарання за вчинення готування до злочину (ч. 2) та за вчинення замаху на злочин (ч. 3); розширено перелік обставин, що пом'якшують покарання (п. 2^1 ч. 1 ст. 66); доповнено Кодекс ст. 69^1, яка визначає порядок призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання. У ч. 2 ст. 65 КК маємо нове речення: «Більш суворий вид покарання з числа передбачених за вчинений злочин призначається лише у разі, якщо менш суворий вид покарання буде недостатній для виправлення особи та попередження вчинення нею нових злочинів».

III. Гуманізація кримінальної відповідальності в Особливій частині КК здійснювалася в основному шляхом *депеналізації* (пом'якшення покарання за певні діяння). Внаслідок цих змін санкції відповідних норм були доповнені менш суворими видами покарання (штрафом, громадськими роботами, виправними роботами, арештом, обмеженням волі), в інших санкціях – виключено, знижено нижню та/або верхню межі покарань у виді обмеження волі, позбавлення волі на певний строк.

Водночас, всупереч назві, при загальній спрямованості аналізованого Закону на декриміналізацію і депеналізацію діянь, спостерігаються й інші напрями кримінально-правової політики – *криміналізація* (визнання певних діянь злочинними і кримінально караними) та *пеналізація* (встановлення більш суворих покарань за діяння, що раніше визнані злочинними). Зокрема, п. 3 ч. 2 ст. 115 КК тепер містить новий кваліфікуючий показник – умисне вбивство «викраденої людини»; в ч. 3 ст. 281 КК з'явилася також нова кваліфікуюча ознака – порушення правил безпеки польотів повітряних суден особами, які не є працівниками повітряного транспорту, що спричинило «інші тяжкі наслідки»; санкцію ч. 2 ст. 344 КК доповнено обов'язковим додатковим покаранням – позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю.

Втім, наведені зміни нагадують фрагментарне «залатування» положень кримінального законодавства і не можуть свідчити про забезпечення законодавцем іншої сторони гуманізму – турботу про охорону інтересів законослухняних громадян, потерпілих від злочину, суспільства у цілому.

IV. Можна висловити певні зауваження щодо обсягу гуманізації кримінальної відповідальності.

Є підстави стверджувати, що законодавець намагався використати комплексний підхід при вдосконаленні положень КК України. У Загальній частині зазнали змін чимало норм, які стосуються як злочину, так і покарання. Однак, на нашу думку, парламент не зміг реалізувати свій намір повною мірою. Видається, що низка обґрунтованих кримінально-правовою доктриною і апробованих у законодавстві інших держав положень, які мали б отримати закріплення у вітчизняному кримінальному законі у контексті аналізованого напряму, так і залишилися нереалізованими. Йдеться, зокрема, про визначення принципів кримінального права, подвійної (змішаної) форми вини, безвинного спричинення шкоди; розширення переліку обставин, що виключають злочинність діяння, за рахунок таких їх видів, як здійснення власного права, виконання професійних функцій, згоди потерпілого на заподіяння шкоди.

Давно заслуговують на більшу увагу законодавця і положення, що стосуються покарання. Так, врешті-решт, треба було б виказати своє ставлення щодо кримінально-правового значення обмеженої осудності – чітко й однозначно визнати вчинення злочину у цьому стані обставиною, яка пом'якшує покарання. Існують прогалини в регламентації правил призначення покарання за сукупністю злочинів (необхідно визначити, в яких саме випадках має застосовуватися принцип поглинення, а в яких – повне або часткове складання призначених покарань), при рецидиві злочинів. Без сумніву, потребують вдосконалення норми, що регламентують застосування примусового лікування (ст. 96 КК).

Варто було б підтримати пропозиції науковців щодо визнання потерпілого суб'єктом відносин кримінальної відповідальності, у межах яких він реалізує свої права на відтворення порушених законом інтересів. Йдеться про законодавче врегулювання питання про компенсацію матеріальної і моральної шкоди від злочину безпосередньо в нормах Кримінального кодексу України.

V. Нескладно виявити прогалини, аналізуючи внесені зміни і до Особливої частини КК України. Безумовно, значне розширення законодавцем санкцій кримінально-правових норм, в яких містяться покарання, альтернативні позбавленню волі, заслуговує на підтримку. Так, 5 санкцій були доповнені штрафом, 21 санкція – громадськими роботами, 1 санкція – виправними роботами, 10 санкцій – арештом, 14 санкцій – обмеженням волі. Водночас, вважаємо, законодавець не повною мірою використав наявний потенціал при пом'якшенні кримінальної відповідальності за певні злочини. Зокрема, покарання у виді громадських робіт тепер входить до «комплекту» покарань семи розділів Особливої частини (до прийняття аналізованого Закону таких розділів було лише чотири). Втім, у контексті пом'якшення кримінальної відповідальності законодавець, на нашу думку, міг би використати зазначене покарання, наприклад, і в санкціях норм розділу XI «Злочини проти безпеки руху та експлуатації транспорту», розділу XII «Злочини проти громадського порядку та моральності», розділу XVI «Злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку». Те саме стосується й іншого покарання – виправних робіт, яке можна було б передбачити у санкціях норм розділу VIII «Злочини проти довкілля», розділу XII «Злочини проти громадського порядку та моральності». Видається, що існує також резерв для закріплення згаданих покарань у тих розділах Особливої частини Кримінального кодексу України, санкції окремих норм яких вже передбачають ці покарання.

У багатьох санкціях знижено нижню та/або верхню межі покарань у виді позбавлення волі на певний строк (19 санкцій) та обмеження волі (1 санкція), виключено покарання у виді позбавлення волі на певний строк (1 санкція). Від цього певні злочини автоматично «перейшли» в іншу категорію залежно від ступеня їх тяжкості (ст. 12 КК). Змінилися, відповідно, і правові наслідки для осіб, які вчинять подібні злочини в майбутньому. З урахуванням наведеного, постає питання про обґрунтованість таких змін у санкціях.

Як відомо, «практика законотворчості позбавлена науково обґрунтованих рекомендацій і вимушена найчастіше удаватися в цій сфері до методу «спроб та помилок», встановлюючи санкції не через наукове збагнення суті кримінально-правових заборон, а, так би мовити, «прикидаючи» на рулетці, виходячи з існуючих

санкцій в інших складах,, а також із суб'єктивних поглядів учасників розробки пропозиції» [7, с. 142]. Аналогічні висновки зроблені і в нашій юридичній літературі: «У більшості випадків пропозиції щодо визначення покарання за певний вид злочину (у тому числі зроблені за результатами дисертаційних досліджень) не мають під собою належної наукової основи і базуються в основному на суб'єктивному баченні автора щодо виду та розміру покарання, порівняльному підході санкцій суміжних злочинів тощо» [8, с. 18].

Автори законопроектів часто не враховують того, що законодавче конструювання меж санкцій має бути зумовлено об'єктивними процесами та обставинами: змінами в соціальній і політичній обстановці, набутим досвідом боротьби зі злочинністю, даними судової практики, результатами наукових досліджень [9, с. 20]. Отже, цікаво знати: чим все таки керувався законодавець (а передусім – розробники законопроекту) при внесенні змін до санкцій кримінально-правових норм? Чи передувало цьому процесу належне наукове дослідження, яке спиралося на дані судової практики? Чи ці зміни базувалися традиційно на суб'єктивному баченні авторів проекту щодо меж покарання у виді позбавлення волі за певний злочин? Доводиться констатувати, що вірогідним видається останнє припущення. Про це, зокрема, свідчить безсистемне внесення змін у санкції; корегування санкцій за злочини, які вчинюються в рідкісних випадках; неврахування правил законодавчої техніки при «вдосконаленні» санкцій.

VI. Нам імпонує нова редакція ст. 5 КК (зворотна дія закону про кримінальну відповідальність у часі) – вона ґрунтується на усталених теоретичних положеннях. Хоча треба сказати й про інше. Аналізована новела знову відроджує давню проблему щодо розуміння поняття «закон про кримінальну відповідальність» (чи «кримінальний закон»). По-перше, більшим стало розходження кримінально-правового з конституційним текстом (ч. 1 ст. 58 Основного Закону України), якщо взяти до уваги, зокрема, слова «або іншим чином поліпшує становище особи» (ст. 5 КК). По-друге, зазначеним доповненням ми зробили ще один крок (і це добре) до сприйняття закону про кримінальну відповідальність не лише у виді КК України загалом, а й його складових – окремих слів, ком, крапок, приміток до статей тощо. Звідси, – по-третє, на нашу думку, риторичне запитання: чи можна дотепер сприймати (м'яко кажучи, спірне) рішення Конституційного Суду України у справі про зворотну дію кримінального закону в часі від 19 квітня 2000 р. № 6-рп/2000, яке стосувалося положень КК України 1960 р.?

Ми переконані в тому, що будь-які зміни чи доповнення до КК України, котрі пом'якшують або іншим чином поліпшують становище особи, мають зворотну дію в часі. Це стосується й випадків, коли кримінально-правова норма опосередковано наповнюється новим змістом через «трансляцію» відповідною приміткою (наприклад, до ст.ст. 185, 209, 305 КК) змін і доповнень, що вносяться до галузевого законодавства.

VII. У прикінцевих положеннях до Закону зазначено, що він набирає чинності з дня його опублікування. Фактично цей закон набрав чинності 7 травня 2008 р. (під час «травневих» свят), після його оприлюднення в «Урядовому кур'єрі» від 7 травня 2008 р. № 83.

Аналізованим законом внесено зміни більше як до сотні норм КК України. Хіба можливе безпроблемне застосування такого масштабного акта без надання необхідного часу для його попереднього вивчення? Законодавцю треба було врахувати цю обставину.

В юридичній літературі слушно наголошується: з дня опублікування допускається набрання чинності тим кримінальним законом, який містить незначні зміни до КК. У разі внесення до нього суттєвих змін і доповнень, доцільно, щоб кримінальний закон набирав чинності пізніше ніж через десять днів з дня його офіційного оприлюднення [10, с. 18].

VIII. Хотілося б «зазирнути у майбутнє». В якому обсязі політика законодавця щодо пом'якшення кримінальної відповідальності буде збережена при подальшому вдосконаленні законодавства (і взагалі – які межі такої гуманізації можуть бути визнані оптимальними, розумними)? Чи, можливо, в майбутньому треба очікувати на курс щодо посилення кримінальної відповідальності за певні злочини?

Аналіз законопроектів, які перебувають на розгляді у Верховній Раді України, свідчить про їх спрямованість на посилення кримінальної відповідальності за певні злочини (або встановлення злочинності діяння). Це, наприклад, законопроекти про внесення змін до КК України щодо використання дитини для жебракування; захисту суспільної моралі; кримінальної відповідальності за ухилення від відбування покарання; кримінальної відповідальності у сфері охорони і використання надр; відновлення кримінальної відповідальності за наклеп; посилення відповідальності за: злочини проти сім'ї та дітей; розпалювання політичної, ідеологічної, расової, національної або релігійної ворожнечі; невиконання судового рішення; на-

ругу над державними символами України; несвоєчасну виплату або безпідставну невиплату заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших встановлених законом виплат; злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів; діяння, які внаслідок порушення вимог санітарних і протиепідемічних правил та норм призвели до реальної загрози життю і здоров'ю людей чи до їх смерті.

Чи доцільно реалізовувати всі зазначені законопроекти? Очевидно, якісь із них насправді є актуальними, викликані потребами часу. І без подібного (поточного) поліпшення кримінального закону не обійтись. Проте, на нашу думку, істина в іншому. Аналізований та всі попередні «нові» закони (так само, як і законопроекти) спрямовані на фрагментарне вдосконалення положень кримінального законодавства. А справжня нормотворча діяльність потребує комплексного і системного підходу. Сподіваємося, що чергове реформування Кримінального кодексу України буде саме таким.

IX. Підсумовуючи, зазначимо таке.

1. Необхідно запровадити практику, згідно з якою будь-який кримінальний закон у назві має містити положення про свою спрямованість – про пом'якшення чи посилення кримінальної відповідальності. Якщо закон у цьому сенсі є комбінованим, в його тексті треба робити відповідні застереження щодо кожної новели.

Подібна практика зобов'язуватиме – на законодавця (а також розробників законопроектів) буде покладена зрозуміла й необхідна відповідальність. Треба чітко знати, в якому напрямі ми рухаємось. Від цього, звичайно, «матиме зиск» і правозастосовна діяльність – передусім при визначенні того, який закон є більш м'яким. Наша пропозиція могла б знайти відображення у довгоочікуваному «законі про закони» (законі про нормативно-правові акти).

2. Аби мати більш-менш реальне уявлення про кримінологічну ситуацію в країні, конче потрібно розробити і прийняти Закон України «Про єдину систему державної реєстрації та обліку злочинів і адміністративних правопорушень».

Такий закон діє у Білорусі, а росіяни вже розробили відповідний проект.

3. Нам, юристам, треба стати на захист Кримінального кодексу України. **Мусимо убезпечити його від «кримінально-правових потрясінь»!**

Ми, фахівці, зобов'язані постійно і всюди пропагувати наше **парадоксальне кредо**: ми не віримо (не повинні вірити) у те, чим займаємося, точніше – у «надзвичайні можливості» кримінального закону. Кримінальний закон – не панацея від лихої, злої волі людини.

Цей постулат мають усвідомити передусім народні депутати України.

---

1. *Козлов А.П.* Система санкций в уголовном праве. – Красноярск: Изд-во Краснояр. ун-та, 1991. – 120 с.

2. *Загородников Н.И., Сахаров А.Б.* Демократизация советского общества и проблемы науки уголовного права // Советское государство и право. – 1990. – № 12. – С. 52.

3. Курс уголовного права. Общая часть. Т. 1. Учение о преступлении / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. – М.: ИКД «Зерцало». – М., 2002. – 556 с.

4. *Гацелюк В.А.* Реализация принципов уголовного права Украины: проблемы и перспективы. – Луганск, 2003. – 152 с.

5. *Пудовочкин Ю.Е., Пирвагидов С.С.* Понятие, принципы и источники уголовного права: сравнительно-правовой анализ законодательства России и стран Содружества Независимых Государств. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 297 с.

6. *Велиев С.А.* Принципы назначения наказания. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 388 с.

7. *Коробеев А.И.* Советская уголовно-правовая политика: проблемы криминализации и пенализации. Монография. Владивосток, 1987. – 268 с.

8. *Мельник М.І.* Законодавчі тенденції удосконалення нового Кримінального кодексу України // Кримінальний кодекс України 2001 р. (проблеми, перспективи та шляхи вдосконалення кримінального законодавства). – Матеріали науково-практичної конференції 4–5 квітня 2003 р. – Львів, 2003. – С. 13–20.

9. *Кондрашов Н.* Меры наказания в законе и на практике // Социалистическая законность. – 1968. – № 2. – С. 20.

10. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. 5-те вид. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2008. – 1216 с.

В.О. Меркулова,
доктор юридичних наук, професор
(Одеський державний університет внутрішніх справ)

ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО ВИЗНАЧЕННЯ СПІВВІДНОШЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ТА ПОКАРАННЯ

Загальна частина чинного КК України містить норми, які визначають систему покарань, підстави, порядок та умови призначення покарань, підстави, умови та порядок звільнення від покарань, – тобто як такі, де йдеться безпосередньо про покарання, як форму державного примусу, яка застосовується до винної особи. КК містить також норми, де одночасно використовує і термін «кримінальна відповідальність» і термін «покарання». Насамкінець чимало в чинному кримінальному законодавстві норм, в яких законодавець оперує лише поняттям «кримінальна відповідальність». Не викликає сумнівів те, що законодавцем надається належна увага такому кримінально-правовому інституту як кримінальна відповідальність, а поняття кримінальна відповідальність є основоположним у науці кримінального права. Проте, використовуючи неодноразово це словосполучення в окремих розділах Загальної частини КК, законодавець не визначає поняття та зміст кримінальної відповідальності, системи її форм, співвідношення останніх із кримінальним покаранням.

Існуванню позиції, що визначення сутності та змісту кримінальної відповідальності – надто складне питання, яке не має однозначного вирішення, сприяє передусім саме чинне законодавство, яке не тільки не надає визначення поняття та форм кримінальної відповідальності, а й містить кримінально-правові норми, які аж ніяк не сприяють уточненню сутності цього інституту, його змісту, форм, мети, критеріїв розмежування із покаранням. Аналіз змісту деяких кримінально-правових норм Загальної частини КК, в яких йдеться про покарання, справедливо викликає запитання: що в даному конкретному випадку мав на увазі законодавець? Лише покарання як форму реалізації кримінальної відповідальності, чи і покарання, і кримінальну відповідальність як таку, або, використовуючи поняття покарання, вкладав у нього набагато ширший зміст, ніж той, що відтворюється у конкретному виді покарання.

Так, у розділі І «Загальні положення» у ч. 2 ст. 1 КК (практично без змін відповідно до попереднього законодавства) йдеться про те, що для здійснення завдань кримінально-правової охорони об'єктів, визначених у ч. 1 ст. 1, КК визначає, які суспільно небезпечні діяння є злочинами та які *покарання* застосовуються до осіб, що їх вчинили. Водночас у ч. 1 ст. 2, яка визначає, що «підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого цим Кодексом», – без наявності будь-якої послідовності вже йдеться про підстави *кримінальної відповідальності* і нічого не згадується про покарання. До речі у аналогічній ст. 3 КК 1960 року, йшлося «кримінальній відповідальності та покаранню підлягає лише особа... «, тобто про кримінальну відповідальність та покарання йдеться окремо, що надавало підстави окремим науковцям розглядати їх як самостійні правові інститути.

Редакція ч. 1 ст. 2 КК 2001 р. є досконалішою і дозволяє розглядати кримінальну відповідальність як більш загальний правовий інститут, який за своїм змістом охоплює і покарання як свою окрему форму, найбільш сувору. Проте у ч. 2 ст. 2 КК, в якій йдеться про те, що «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», – знову ж таки законодавець визначає лише один наслідок доведення в законному порядку вини особи у вчиненні злочину – можливість за вироком суду піддати цю особу покаранню. Тож співставлення змісту лише цих двох норм вже свідчить не на користь чіткості у визначенні співвідношення кримінальної відповідальності та покарання. Зміст ст. 1, ч. 2 ст. 3 КК можна розглядати як підтвердження тотожності кримінальної відповідальності та покарання, а зміст ч. 1 ст. 2 КК – як підтвердження, що кримінальна відповідальність більш загальний кримінально-правовий інститут, який охоплює й покарання, як один із засобів реалізації кримінальної відповідальності.

На нашу думку, значення інституту кримінальної відповідальності як одного з основних у теорії кримінального права, законодавстві має бути відтворено законодавцем у відповідних кримінально-правових нормах, тим більше у статті, яка визначає завдання КК України. Тож якщо тлумачити зміст ч. 1 ст. 2 КК як такої, що визначає кримінальну відповідальність як загальний

інститут, який в повному обсязі охоплює і покарання, як свою частину, найбільш типову форму реалізації, – маємо підстави стверджувати про необхідність внесення певних змін у редакцію ст. 1 КК, яка визначає завдання кримінального законодавства. Зокрема ч. 2 ст. 1 КК сформулювати наступним чином «Для здійснення цього завдання Кримінальний кодекс України визначає, які суспільно небезпечні діяння є злочинами та які форми кримінальної відповідальності, види покарання застосовуються до осіб, що їх вчинили». Відповідно потребує удосконалення ч. 2 ст. 2 КК, де у чинному законі йдеться лише про покарання. Доцільніше визначити наступне: «Особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальній відповідальності та покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду».

Термін кримінальна відповідальність використовується у назві розділу IV «Особа, яка підлягає кримінальній відповідальності (суб'єкт злочину)». Законодавець, визначаючі принципові положення щодо необхідних кримінально-правових ознак суб'єкта злочину, які є достатніми для притягнення особи до кримінальної відповідальності, розміщує їх у розділі, який називається «Особа, яка підлягає кримінальній відповідальності» («суб'єкт злочину»), що на наш погляд є підтвердженням тому, що у ньому розглядаються положення, що стосуються властивостей особи не лише як суб'єкта злочину, але й суб'єкта кримінальної відповідальності. Аналіз чинного кримінального, кримінально-виконавчого законодавства надає підстави стверджувати, що значно поширена сфера дії специфічних форм кримінальної відповідальності, які мають застосовуватися лише до певної окремої категорії осіб, які вчинили злочин, і пов'язуються не тільки з конституційними і додатковими ознаками суб'єкта злочину, що передбачені кримінальним законом як достатні для притягнення їх до кримінальної відповідальності, але й з деякими властивостями, що залишилися за межами складу злочину, але впливають на визначення ступеня суспільної небезпеки особи, яка визнана винною. Зокрема, правове значення для диференціації кримінальної відповідальності мають ряд властивостей соціально-демографічного, психофізіологічного характеру, з якими кримінальне законодавство пов'язує можливість застосування особливих форм кримінальної відповідальності, призначення і виконання покарання. У чинному кримінальному, кримінально-виконавчому законодавстві

особливості кримінальної відповідальності, значно менший обсяг кримінально-правового впливу, який полягає в більш широких можливостях умовного не застосування покарання, наявністю практично іншої системи покарання, звільнення від відбування покарання, більш пільгових умовах його виконання, пов'язуються з віком, статтю засудженого. Так, КК України визначає певний перелік покарань, які не застосовуються до осіб похилого віку, неповнолітніх, вагітних жінок та жінок, які мають малолітніх дітей; особливі умови застосування звільнення від відбування покарання із випробуванням та звільнення від покарання до вагітних жінок та жінок, які мають маленьких дітей. Законодавець віднайшов необхідним виокремити в кримінальному та кримінально-виконавчому законодавстві розділи, які б передбачали особливості застосування та реалізації кримінальної відповідальності стосовно неповнолітніх (розділ XV Кримінального кодексу), неповнолітніх та жінок (глава 21 Кримінально-виконавчого кодексу).

Таким чином, у певних випадках вікові, статеві відмінності, соціально-демографічні і психофізичні властивості винної особи мають певне кримінально-правове значення, враховуються в процесі реалізації кримінальної відповідальності й індивідуалізації покарання. В одних випадках ці властивості впливають на ступінь суспільної небезпеки винної, а тому тягнуть менший обсяг репресії, в інших – вони не виражають суспільної небезпеки особистості, але враховуються при індивідуалізації відповідальності відповідно до принципу гуманізму (наявність дітей). І в тому і в іншому випадках визначені властивості характеризують винну особу як особливого суб'єкта кримінальної відповідальності, дозволяють оцінити її соціальні властивості, які не охоплюються конкретним складом злочину. Вони мають значення для визначення конкретних форм кримінальної відповідальності, знаходять відображення в переліку пом'якшуючих провину обставин, тягнуть призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, впливають на можливість звільнення від реального відбування покарання, дострокового звільнення від покарання. На нашу думку, дослідження проблем особливостей і специфіки кримінальної відповідальності окремих категорій засуджених, впливу їхніх особистісних характеристик на визначення обсягу та форм кримінальної відповідальності, припускає звернення до поняття «суб'єкт кримінальної відповідальнос-

ті», його змісту, функціональної спрямованості, співвідношення з іншими кримінологічними та кримінально-правовими поняттями.

Особливої уваги потребує розгляд окремих статей розділу X «Покарання та його види» та розділу XI «Призначення покарання», зокрема ст.ст. 50, 65, 66, 67 КК, які визначають мету покарання, загальні засади призначення покарання, обставини, які пом'якшують чи обтяжують покарання. Виникає питання: «Чому мета, визначена ч. 2 ст. 50 КК, як така, що обумовлює основні завдання кримінального правосуддя, має стосуватися лише покарання?» Кара, виправлення, запобігання злочину є метою застосування будь-якої форми кримінальної відповідальності і такої, що не пов'язана із призначенням або реальним виконанням покарання.

Звернення до змісту ст.ст. 65, 66, 67 КК, в яких визначаються загальні засади призначення *покарання,* обставини, які пом'якшують та обтяжують *покарання,* теж породжує певні запитання: «Чи правильним є розуміння, що загальні правила призначення покарання, визначені ст. 65 КК, стосуються лише факту визначення судом виду і терміну конкретного покарання?» Теж саме стосується обставин, які пом'якшують та обтяжують відповідальність. Це помилкове припущення хоча б тому, що суд враховує всі обставини справи, характер і ступінь суспільної небезпеки вчиненого злочину, особистість винного, обумовлені ст. 65 КК як правила призначення покарання, і у випадках ухвалення рішення про застосування примусових заходів виховного характеру до неповнолітнього (ст.ст. 97, 105 КК), і приймаючи рішення про застосування звільнення від покарання з випробуванням (ст.ст. 75–79 КК), тощо. Теж стосується загальних засад відправлення кримінального правосуддя, які мають бути враховані під час визначення обсягу кримінальної репресії, а отже форм кримінальної відповідальності, видів та термінів покарання. Тим більш це відноситься до обставин, які пом'якшують або обтяжують відповідальність особи, яка вчинила злочин. Саме пом'якшуючі обставини є підставою для застосування більш м'яких форм кримінальної відповідальності, прийняття рішення про звільнення винної особи від реального відбування покарання. До речі, КК 1960 р. у цьому є більш прогресивнішим, оскільки тільки загальні начала стосувалися *покарання* (ст. 39). Проте ст.ст. 40 та 41 КК 1960 р. були визначені законодавцем

наступним чином: «Обставини, що пом'якшують *відповідальність*», «Обставини, що обтяжують *відповідальність*». Отже чинний КК зробив крок назад порівняно із попереднім кримінальним законодавством.

Розділ XII «Звільнення від покарання та його відбування» містить у собі кримінально-правові інститути, що застосовуються на різних стадіях здійснення правосуддя: під час ухвалення вироку; під час виконання вироку. Частина норм розглядуваного розділу визначає ті форми кримінальної відповідальності, які не пов'язані із реалізацією покарання. Особа, за наявності визначених законом підстав (формальних та матеріальних, стан здоров'я) звільняється від покарання, (ч. 4, 5 ст. 74); від відбування покарання, коли покарання призначається, але особа звільняється від реального його виконання (ст.ст. 75, 79, 80, 84, 85). Серед останніх підвидом є звільнення від відбування покарання із випробуванням, коли особа звільняється реально від покарання лише за умови дотримання певних обов'язків, не вчинення нового злочину у термін випробування (ст.ст. 75, 79). Частина норм визначає види та умови звільнення особи від подальшого відбування покарання. Цей вид звільнення застосовується на стадії реалізації найсуворішої форми кримінальної відповідальності, коли покарання призначається і реально виконується (ст.ст. 81, 82, 83 КК). Взагалі в цьому розділі не згадується про кримінальну відповідальність як таку, тим більш про її форми. Якщо поняття та система покарання у кримінальному законодавстві визначено досить чітко, то навпаки поняття кримінальної відповідальності, яке використовується практично у кожному розділі, є назвою чотирьох розділів, – не існує. Не визначеною є і система форм кримінальної відповідальності. Як би окремі види звільнення від покарання до того ж визначалися у законі як певні форми кримінальної відповідальності, можливо і відношення до них як певного обсягу кримінального примусу (кари) з боку суспільства було б інакшим.

Маємо дійти висновку, що кримінальна відповідальність і покарання за чинним законодавством два взаємозалежні, але досить самостійні поняття, різні за змістом. На жаль законодавцем надається лише визначення покарання. Щодо кримінальної відповідальності, її характерні ознаки та особливості (порівняно із покаранням) маємо визначати на підставі історичного, системно-правового, граматичного та логічно-

го аналізу положень законодавства. Кримінальна відповідальність становить складний кримінально-правовий інститут, що не може бути зведений до інституту покарання. Вона завжди передує покаранню, у ряді випадків настає без застосування покарання, його реального виконання. У той же час призначення і виконання кримінального покарання, як найбільш суворої форми державного примусу, однієї з крайніх форм кримінальної відповідальності, можливі лише в порядку її реалізації. Поняття кримінальної відповідальності ширше поняття покарання, і за змістом у своєму повному обсязі припускає засудження винного, призначення йому покарання із подальшим його виконанням.

Зрозумілим є те, що законодавець, оперуючи поняттям «покарання» надає йому більш широкий зміст, ніж той, що вкладається в нього, коли мова йде про конкретні види покарання, обумовлені ст.ст. 53–64 КК, в яких визначається їхній зміст, порядок й умови виконання. Більш того, мета покарання, визначена ч. 2 ст. 50 КК (кара, виправлення, запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами), сприймається як така, що має відношення не лише до покарань як таких. Законодавець передбачає й інші заходи кримінально-правового впливу, застосування яких переслідує ту ж мету. Не заперечуючи можливості і доцільності розглядати покарання (у певних випадках) у широкому розумінні цього слова як міру покарання, визначену вироком суду (а не тільки як вид покарання, зазначеного в санкції статті), проте вбачаємо напрямок удосконалення кримінального законодавства у більш чіткому розмежуванні таких понять як кримінальна відповідальність та покарання, система форм кримінальної відповідальності та система видів покарання.

Кримінальне право – право кримінальної відповідальності, адже в багатьох статтях Загальної частини КК визначаються її підстави, умови й особливості реалізації щодо певних категорій правопорушників. Інститут кримінальної відповідальності маємо розглядати як один з центральних у теорії і практиці кримінального права, як такий що має суттєве теоретичне і практичне значення в зміцненні правопорядку, боротьбі із злочинністю. Відсутність в законодавстві визначення поняття «кримінальна відповідальність», «суб'єкта кримінальної відповідальності», системи форм кримінальної відповідальності, чіткого розмежування між ним і кримінальним покаранням позначаться на її ефективності.

В.О. Навроцький,
доктор юридичних наук, професор
(Львівський державний університет внутрішніх справ)

СПЕЦІАЛЬНІ І КАЗУЇСТИЧНІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ НОРМИ ТА ПРОГАЛИНИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНІ

Розвиток кримінального законодавства характеризується постійним збільшенням кількості статей його Особливої частини. Якщо КК України 1960 р. (у його первісній редакції) містив 208 статей Особливої частини, то КК 2001 р. «стартував» зі 339 таких статей. Та й подальші зміни та доповнення чинного КК врешті-решт зводяться до появи все нових і нових статей Особливої частини. Не важко навести цифрові викладки для підтвердження цієї тези – вказати, скількома новими статтями доповнено КК з моменту набрання ним чинності, акцентувати на тому, що виключених статей незрівнянно менше.

При цьому спостерігається одна досить дивна обставина – поява все нових і нових статей Особливої частини КК не супроводжується зростанням кола кримінально караних діянь. За великим рахунком, все, що визнавалося злочинним і караним півтори сотні років тому продовжує бути такими же і зараз. Мабуть придумати новий злочин (чи, говорячи іншими словами, сформулювати новий склад злочину, передбачити відповідальність за нове посягання, ввести нову норму) так же важко і непотрібно, як запровадити нову букву в алфавіті. При більш-менш уважному вивченні з'ясовується, що нововведена стаття Особливої частини КК передбачає відповідальність за дії, які охоплювалися і раніше чинними статтями. Показовими є приклади з законодавчими новелами, які передбачають відповідальність за злочини у сфері господарської діяльності – за великим рахунком все це різновиди шахрайства в його широкому розумінні.

Можна констатувати, що переважна більшість статей Особливої частини КК передбачають відповідальність за посягання, які, водночас, охоплюються і іншими статтями цього ж КК. Існує порівняно небагато (за підрахунками автора десь із півсотні) статей, які можна назвати «корінними» – що охоплюють певне коло суспільно небезпечних посягань, які визначають сутність кримінального права і спрямовані на реалізацію його

основних завдань. Це, ті, які виражають кримінально-правову заборону постулатів «не вбий», «не вкради», «будь лояльним до влади», «шануй безпеку інших людей» тощо. Всі ж інші статті Особливої частини КК передбачають відповідальність за різновиди посягань, які охоплюються «корінними» статтями – її посилення чи пом'якшення. Є в КК і статті, які поширюються на конкретні вузько визначені діяння (казуїстичні норми), причому щодо ряду з них взагалі не існує якихось загальних норм.

Таке співвідношення статей Особливої частини КК лежить в основі поділу всіх кримінально-правових норм на загальні/спеціальні та ті, що передбачають частину посягання/посягання в цілому. У правовій теорії досі не проводилося глибоких досліджень у напрямку встановлення співвідношення кримінально-правових норм, передбачених окремими статтями КК, проте як загальноприйняте сприймається положення, що такі норми поділяються за обсягом (на загальні та спеціальні) та за змістом (на норми про частину та ціле). Такими ж аксіоматичними є й правила подолання конкуренції між відповідними нормами, відповідно до яких пріоритет віддається спеціальній нормі та нормі про ціле.

Доцільність виділення спеціальних норм (із загальних) та конструювання норм про ціле (які передбачають так звані складені злочини) ніким особливо не піддається сумніву. Більш того, загальноприйнята думка, згідно якої наявність таких норм є свідченням розвитку та досконалості кримінального законодавства, оскільки, мовляв, це дозволяє враховувати різноманіття життєвих ситуацій, нюанси конкретних посягань, їх різну суспільну небезпеку.

Мабуть, не вдаючись до пояснень та узагальнень, суб'єкти права законодавчої ініціативи буквально засипають законодавця пропозиціями щодо встановлення в окремих статтях Особливої частини КК відповідальності за ті чи інші діяння. Тим же грішать і дисертанти. Керівники правозастосовних органів свою безпорадність у протидії тим чи іншим суспільно небезпечним проявам повсякчас пояснюють неповнотою законодавства – мовляв, дайте нам ще одну статтю в КК і ситуація з певним видом злочинів зміниться кардинально. На щастя, більшість із пропозицій щодо доповнення КК залишається нереалізованими. Ті ж із них, які отримують втілення в КК, породжують проблеми, неспівмірні з очікуваним позитивним ефектом.

Негаразди, викликані засиллям спеціальних кримінально-правових норм в чинному законодавстві, вельми різноманітні. Серед них:

– збільшення обсягу КК; велика кількість статей призводить до того, що в них важко орієнтуватися як під час вивчення кримінального права, так і в ході правозастосування;

– відсутність більш-менш чітких критеріїв виділення спеціальних норм. Через це спеціальні норми виділяються хаотично; часто важко зрозуміти, чому в одних випадках законодавець виділяє спеціальну норму за певною ознакою, а в аналогічних – обходиться без цього;

– не розроблені положення, базуючись на яких можна стверджувати, що певна норма є спеціальною щодо якоїсь іншої – загальної; відповідно, у конкретних випадках важко вирішити, яким же є співвідношення кількох норм і якими правилами подолання конкуренції слід керуватися;

– наміри законодавця про посилення кримінальної відповідальності шляхом виділення спеціальної норми насправді втілюються у норму, яка є пільговою, оскільки її введення фактично послаблює відповідальність;

– спеціальні норми, особливо ті, які сформульовані казуїстично, ведуть до спрощення процесу правозастосування; насамперед, це призведе до зниження рівня юридичного мислення як у тих, хто вивчає право, так і у тих, хто застосовує відповідні норми; таким чином, поширеність спеціальних норм означає, що законодавець орієнтується на нижчий рівень кваліфікації правників;

– юристи, які орієнтуються на наявність та застосування спеціальних норм, стають нездатними застосовувати загальні норми – вони просто забувають про їх існування, не в змозі піднятися до належного рівня абстракції;

– продовж тривалого часу відбувається процес витіснення з кримінального закону і з правозастосування загальних норм – поширений підхід, згідно з яким вважається, що якщо діяння не передбачене спеціальною нормою, то воно не криміналізоване взагалі;

– спеціальні норми піддаються лише буквальному чи обмежуваному тлумаченню;

– виникає ілюзія того, що відсутність спеціальної норми означає відсутність правової регламентації певної ситуації; то ж створюється уява про наявність прогалин у кримінальному законодавстві;

– велика кількість спеціальних норм об'єктивно веде до виникнення прогалин у кримінальному законі. І чим більш є таких норм, тим більше виникає прогалин.

Останні положення заслуговують детальнішого аналізу й обґрунтування.

Відомо, що серед вітчизняних та зарубіжних криміналістів висловлюється думка про безпробільність кримінального законодавства. Вона базується на тому, що лише законодавець вправі визначати коло посягань, які є злочинними. Тому відсутність певної кримінально-правової норми означає, що таким чином законодавець виразив свою позицію і він свідомо не бажає криміналізувати дане діяння. Погодитися з таким підходом можна було б за умови визнання того, що чинне законодавство – ідеальне, вітчизняний законодавець становить собою взірець мудрості і передбачливості і у діючому КК бездоганно виразив потреби кримінально-правової протидії суспільно небезпечним посяганням. На жаль, підстав для такого оптимістичного висновку немає.

Тому є підстави поділяти протилежну думку, згідно якої у кримінальному законодавстві прогалини реально існують. Що ж до поняття прогалин, то важливими для його визначення видається таке:

1) прогалинами існують як в Загальній, так і в Особливій частині КК;

2) прогалини в Особливій частині КК мають місце тоді, коли певне суспільно-небезпечне діяння, для криміналізації якого існують необхідні підстави (критерії, передумови) не може бути оцінене як злочин – кваліфіковане за жодною із статей чинного кримінального закону;

3) прогалини існують об'єктивно. Інакше кажучи, прогалини – це об'єктивна риса чинного законодавства, а не суб'єктивні уявлення чи оцінки окремих осіб (працівників правозастосовних органів, науковців, журналістів) про відсутність певних норм і потребу в тому, щоб те чи інше діяння відносити до категорії злочинів;

4) не слід відносити до прогалин відсутність норм, які диференціюють кримінальну відповідальність, а також випадки, коли законодавець може вибирати спосіб впливу на поведінку людей за допомогою норм різних галузей законодавства і обґрунтовано не робить вибір на користь кримінально-правових засобів;

5) не є прогалинами ті ситуації, коли особа не в змозі віднайти існуючу кримінально-правову норму (внаслідок недостатньої кваліфікації) чи не бажає її застосовувати (переважно, через корупційні причини) і таку свою неспроможність пояснює наявністю прогалин у законі. Це прогалини не дійсні, а уявні чи надумані.

Таким чином, можна декларувати, що прогалини – це незаповнені місця у сфері кримінально-правової регламентації суспільних відносин. Вони утворюються в точках дотику існуючих норм і тієї частини вказаної сфери, яку не займає жодна норма. Очевидно, що чим більшу роль в кримінальному законі відіграють статті, які передбачають загальні норми і чим менше є спеціальних норм, норм казуїстичних, тим менше виникає прогалин. І, навпаки, засилля спеціальних та казуїстичних норм породжує дійсні та уявні прогалини у кримінально-правовій регламентації суспільних відносин.

В цілому ж є підстави констатувати, що розвиток кримінального законодавства шляхом надання пріоритету загальним нормам, окрім інших переваг, дозволить скоротити коло прогалин в кримінальному законі.

А.М. Орлеан,
кандидат юридичних наук, доцент
(Науково-дослідний інститут
Національної академії прокуратури України)

ПЕРСПЕКТИВИ ВДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ ЗАСОБІВ ПРОТИДІЇ РЕЙДЕРСТВУ В УКРАЇНІ

Останнім часом все більшого поширення в Україні набувають випадки протиправного встановлення контролю над активами підприємств всупереч волі їх власників та менеджменту, що також називають рейдерськими захопленнями.

На сьогодні «рейдерство» – поняття не юридичне, оскільки ні в чинному законодавстві, ні в юридичній науці воно не визначене. В перекладі з англійської мови слово the raid означає захоплення, набіг, нальот [1, с. 377], а відповідно raider – це учасник захоплення, набігу, нальоту. У загальносвітовій практиці рейдерство визначають як недружнє захоплення бізнесу або дії, метою яких є перерозподіл власності різними, як правило сумнівними з точки зору законності, засобами [2]. При цьому під недружнім захопленням чи поглинанням розуміють «комплекс пов'язаних між собою довготривалих та дорогих заходів, спрямованих на встановлення контролю над «компанією-мішенню» [3, с. 31] або «встановлення над компанією чи активом повного

контролю як в юридичному так і в фізичному сенсі, всупереч волі менеджменту та/або власника (власників) цієї компанії чи активу» [4, с. 10]. Терміни рейдерство, вороже (недружнє) поглинання (злиття), захоплення тощо часто використовують як синонімічні.

Враховуючи відсутність визначення поняття «рейдерства» у чинному законодавстві, жодні офіційні статистичні дані не можуть надати чіткі межі його розповсюдженості в Україні. Водночас, поширеність цього явища не викликає сумнівів. Про це свідчить і масова поява повідомлень про нові рейдерські захоплення у ЗМІ і інтерес науки до дослідження наведеної тематики. В результаті опитування працівників різних структурних підрозділів прокуратури України (всього 98 осіб), нами було з'ясовано, що близько 60% працівників прокуратури або безпосередньо зустрічались у своїй практичній діяльності із випадками злочинних заволодінь активами юридичних осіб, або про такі випадки їм відомо з роботи колег. Близько 89% опитаних визнали проблемою існування цього явища, при цьому 38% вважає його розповсюдженість такою, що загрожує безпеці економіки країни. Наведені результати, на наш погляд, наглядно підтверджують розповсюдженість рейдерства в Україні.

Враховуючи нагальну необхідність боротьби з рейдерством, науковці та ЗМІ розпочали обговорення питання необхідності встановлення кримінальної відповідальності за такі дії. Відповідною реакцією компетентних державних органів на це був проект Закону про внесення змін та доповнень до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за захоплення підприємств (рейдерство) № 3300 від 13 березня 2007 р. Цим законопроектом пропонувалося окремо передбачити кримінальну відповідальність за замовлення та (або) організацію нападу на підприємство, установу, організацію з метою його захоплення, що потягло порушення його нормальної роботи. Такі дії автори законопроекту називали рейдерством. Крім того, законопроектом передбачено зміни до ст.ст. 172, 221, 223, 375 КК України з метою посилення відповідальності за дії, які є складовими рейдерства. Не вдаючись у деталі аналізу означеного законопроекту, зазначимо лише, що не підтримуємо ідею звуження кримінально караного рейдерства лише до силового захоплення підприємства, адже відповідно до чинного КК України такі дії можуть кваліфікуватись за ст.ст. 187, 257, 341, 356 КК України. Означений законопроект отримав негативний висновок експертів

Головного науково-експертного управління та був повернутий суб'єкту права законодавчої ініціативи на доопрацювання. При цьому обґрунтованій критиці піддано не лише запропоновану норму про відповідальність за рейдерство, і й зміни до інших статей КК України.

Проблема криміналізації рейдерства обумовлюється насамперед складністю цього явища. По-перше, воно може вчинюватись багатьма альтернативними або сукупністю різних дій (винесення неправосудного рішення суду, незаконні дії службової особи, підробка документів, фальсифікація доказів, примушування до вчинення (відмови від вчинення) правочину, самоправство або застосування фізичного насильства). По-друге, у вчиненні таких дій можуть приймати участь різні співучасники (замовник або особа в інтересах якої вчинюються рейдерські дії; особа котра безпосередньо організовує рейдерську схему, а також виконавці незаконних дій – складових рейдерської схемі тощо). Очевидно, що конкретні випадки рейдерства можуть надзвичайно відрізнятись один від одного і тому важко поєднати всі різновиди рейдерства в одному складі злочину. Означена ситуація обумовлює існування двох різних шляхів вдосконалення кримінального законодавства з метою протидії рейдерству.

Першим є внесення змін до статей кримінального кодексу, якими встановлено відповідальність за суспільно небезпечні діяння, що є складовими рейдерства з метою посилити відповідальність за них та отримати можливість більш ефективно використовувати ці норми для притягнення рейдерів до кримінальної відповідальності. Прихильники такої позиції вважають, що протидіяти рейдерству можна за допомогою чинного КК України, в якому передбачено кримінальну відповідальність за зловживання службовим становищем, перевищення влади або службових повноважень, винесення завідомо неправосудних рішень, підробку документів, самоправство та інші суспільно небезпечні діяння, що є складовими рейдерства [5]. Для більш ефективної протидії рейдерству в такий спосіб слід або посилити відповідальність за ці дії або передбачити відповідні кваліфікуючі ознаки із підвищеною відповідальністю. Другий серед наведених варіантів виглядає більш прийнятним, оскільки ступінь суспільної небезпечності рейдерських зловживань без сумніву є набагато вищім у порівнянні із вчиненням тих самих діянь, не пов'язаних з метою захоплення юридичної особи або її активів.

Принципово інший шлях протидії рейдерству кримінально-правовими засобами полягає у криміналізації цього явища як окремого складу злочину. Цей шлях має своїх прихильників [6, с. 69] та певні переваги, порівняно із притягненням до відповідальності за окремі дії, що є складовими рейдерства. По-перше, він дозволить відокремити рейдерство від багатьох інших злочинів, що мають значно менший ступінь суспільної небезпечності (непоодинокими на практиці сьогодні є випадки кваліфікації рейдерських захоплень великих підприємств як хуліганство, групове порушення громадського порядку тощо). По-друге, названий шлях є більш оптимальним через те, що призводить до появи в КК України лише одного нового складу злочину, в той час коли внаслідок криміналізації рейдерських дій в якості кваліфікуючих ознак інших складів злочинів, виникне багато нових кваліфікованих складів злочинів. До того ж, далеко не завжди особу, котра вчинила злочин, що є складовим рейдерської схеми можна визнавати рейдером. Наприклад, людина, що за грошову винагороду підробила документ або вчинила службове підроблення може бути необізнаною про плани рейдера. По-третє, законодавче визначення поняття рейдерства дозволить уникнути різнотлумачень цього терміну. По-четверте, наявність в кримінальному законодавстві статті, що передбачатиме заборону рейдерства дозволить отримувати чіткі статистичні відомості щодо кількості порушених кримінальних справ, обвинувальних вироків, засуджених за рейдерські дії осіб, та відповідно, оцінювати ситуацію із протидією рейдерству в країні. По-п'яте, не слід ігнорувати і превентивну функцію кримінального закону, оскільки незабруднена криміналом репутація починає відігравати все більш значну роль в українському бізнесі. По-шосте, враховуючи елементарні кримінологічні прогнози, криміналізація рейдерства призведе до значного подорожчання злочинних схем, що зробить останні нерентабельними для злочинців. Між іншим, 92% опитаних працівників прокуратури підтримують ідею криміналізації незаконного заволодіння юридичною особою чи її активами як самостійного складу злочину.

Важливим при формулюванні диспозиції кримінально-правової норми є з'ясування основного адресата кримінально-правової заборони. Враховуючи той факт, що до рейдерської схеми, як правило, залучається декілька учасників, зробити ви-

бір непросто. Одна особа замовляє та фінансує рейдерські дії, інша підробляє документи, виносить неправосудне рішення, застосовує фізичне насильство і т. ін., третя виступає посередником. Очевидно, що виконавцем такого злочину слід закріпити саме ту особу, яка шляхом застосування певних злочинних технологій та залучення інших співучасників встановлює контроль над юридичною особою чи її активами або організовує встановлення такого контролю.

Враховуючи викладене, майбутню кримінально-правову норму можна було б сформулювати так: **«Встановлення контролю над юридичною особою чи її активами, поєднане із вчиненням суспільно небезпечного протиправного діяння, або із використанням суспільно небезпечного протиправного діяння вчиненого іншою особою, карається …»**

Наведений варіант проекту кримінально-правової заборони рейдерства відрізняється від запропонованого нами раніше [7, с. 88] та є таким, що створений в розвиток попереднього. В той же час, як і раніше, ми не наполягаємо на безспірній правильності обраного шляху та очікуємо від публікації названого проекту активізації обговорення проблеми криміналізації рейдерства.

---

1. Современный англо-русский и русско-английский словарь / Состав. Т.А. Сиротина. – Донецк: ООО ПКФ «БАО», 2003. – 992 с.

2. Словник антирейдера // www.antiraider.opora.org.ua

3. *Фаенсон М.И., Примакова А.А.* Рейдерство (недружественный захват предприятий): практика современной России. – М.: Альфа-Пресс, 2007. – 120 с.

4. *Анисимов С.Н.* Рейдерство в России. Особенности национального захвата. – СПб.: Невский проспект; Вектор, 2007. – 217 с.

5. *Гуторова Н.А.* Щодо встановлення кримінальної відповідальності за рейдерство // www.yurradnik.com.ua

6. *Черных Д.* Протидія «рейдерству»: теоретико-правовий аспект // Вісник прокуратури. – 2007. – № 5. – С. 64–69.

7. *Орлеан А.,* Дурдиєв Р. Щодо криміналізації рейдерства // Вісник прокуратури. – 2007. – № 8. – С. 83–88.

Ю.А. Пономаренко,
кандидат юридичних наук
(Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого)

ПРО ПРОГАЛИНИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНІ ТА ШЛЯХИ ЇХ ПОДОЛАННЯ

Не буде перебільшенням сказати, що проблема прогалин у кримінальному законодавстві досі залишається однією з малодосліджених. Категорична заборона застосування кримінального закону за аналогією (ч. 4 ст. 3 КК України 2001 р.) наклала свого роду «табу» і на вивчення проблем, пов'язаних з підставами аналогії, а саме: прогалинами у законі. Однак відсутність належного рівня уваги до певної наукової проблеми зовсім не свідчить про те, що нема такої проблеми. Саме тому тематика нинішнього симпозіуму є надзвичайно актуальною, а сам він необхідним і своєчасним для вітчизняної науки кримінального права.

У загальній теорії права розуміння прогалини в законі є досить усталеним. Зокрема, В. В. Лазарєв визначає її як «повну чи часткову відсутність нормативних настанов, необхідність яких зумовлена розвитком суспільних відносин і потребами практичного вирішення справ, основними принципами, політикою, сенсом і змістом чинного законодавства» [1, с. 37]; С.С. Алексєєв визначає прогалину в законі як «повну або часткову відсутність в чинних законах необхідних юридичних норм» [2, с. 118]; А.Ф. Черданцев називає нею «відсутність норми, яка повинна бути в системі права, з точки зору принципів та оцінок самого права» [3, с. 41]. Виходячи з такого загальнотеоретичного розуміння прогалини в законі, про її наявність в кримінальному законі можна говорити тоді, коли певне суспільне відношення є за своїм характером кримінально-правовим, тобто підлягає кримінально-правовому регулюванню, однак повністю чи частково не врегульоване положеннями кримінального закону.

Усунення прогалин у законах (в тому числі й у кримінальному) здійснюється законодавцем шляхом створення приписів, яких не вистачає. Проте, щодо конкретних неврегульованих відносин, які вже склалися, подолання прогалини має здійснюватися правозастосувачем, зокрема й шляхом застосування закону за аналогією. Таким чином, твердження про те, що кримінальний закон не може застосовуватися за аналогією, може ґрунтуватися

на одній з двох наступних посилок: або в кримінальному законі немає і в принципі не може бути прогалин, або, якщо вони все ж виявлені, кожного разу необхідно чекати, поки законодавець сам їх усуне, залишаючи фактичне відношення, яке вже склалося, у такому собі «правовому вакуумі».

Перша посилка уявляється хибною, оскільки кожен закон – це продукт людської діяльності, який перш ніж стати регулятором суспільних відносин, повинен не лише пройти всі стадії законодавчого процесу, а й до цього зародитися в свідомості законотворця. В силу ж інертності людської свідомості закон завжди тією чи іншою мірою відстає від рівня розвитку суспільних відносин. Саме тому об'єктивно в ньому можуть час від часу з'являтися прогалини стосовно регулювання абсолютно нових чи модифікованих суспільних відносин. Більше того, будучи результатом людської діяльності кримінальний закон не застрахований від помилок законодавця, які також іноді можуть призводити до відсутності правового регулювання тих питань, які є його предметом. Відомо, що кримінально-правове регулювання суспільних відносин здійснюється шляхом визначення у законі двох соціальних явищ: діянь, які є злочинами (тобто, юридичних фактів, що породжують кримінальні правовідносини), та кримінальної відповідальності, якій підлягають особи, що вчинили злочини (тобто, змісту цих правовідносин). Саме визначення злочинності діянь та кримінальної відповідальності за них і є завданням кримінального закону [4, с. 20–21]. Тому про наявність прогалини в кримінальному законі можна говорити лише тоді, коли:

а) не визначена злочинність чи не злочинність певного діяння або

б) не визначена кримінальна відповідальність за певний злочин.

Отож, чи є прогалини в кримінальному законі в частині визначення злочинності діянь? Відповідно до ч. 1 ст. 11 КК «злочином є *передбачене цим Кодексом* суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину». Отже, діяння, яке *не передбачене* КК, за жодних умов не може бути визнане злочином, оскільки це суперечитиме вказаному визначенню. Таким чином, в питанні визначення злочинності діянь законодавцем створена логічна конструкція суперечливих понять, при яких кожне конкретне явище може відноситися лише до одного класу (класу «А») і не може відно-

ситися до іншого (класу «не-А») [5, с. 99–100]. Зокрема, певне конкретне діяння особи може бути або злочином, якщо воно передбачене в кримінальному законі, містить склад злочину (клас «А»), або не злочином, якщо воно в ньому не передбачене, складу злочину не містить (клас «не А»). Tertium no n datur. Злочин («А») і не злочин («не-А») повністю вичерпують діяння людини як універсум [6, с. 39]. З цього випливає, що невизнання законодавцем певного діяння злочином рівнозначне визнанню його не злочином (правомірним діянням чи правопорушенням іншого виду)*. Отже прогалин в питанні злочинності діянь з урахуванням змісту ч. 1 ст. 11 КК немає і бути не може. Кримінально-правова оцінка кожного можливого діяння людини дана в законі: воно або є злочином, або не є ним. Законодавчої невизначеності в цьому питанні немає. Оскільки ж у даному випадку немає прогалини, значить немає і необхідності її подолання, в тому числі й з використанням такого засобу як аналогія закону.

Чи є прогалини в кримінальному законі в частині визначення кримінальної відповідальності? Якщо виходити зрозуміння кримінальної відповідальності як передбачених кримінальним законом обмежень прав і свобод особи, яка вчинила злочин [4, с. 153–157], то очевидно, що її визначення кримінальним законом полягає як у встановленні видів і розмірів таких обмежень, так і у визначенні правил їх застосування (тобто, призначення, заміни, припинення тощо).

Стосовно визначення видів і розмірів правообмежень, в яких полягає кримінальна відповідальність (а це, перш за все, покарання, а також судимість та іспитові строки при умовному звільненні від кримінальної відповідальності чи покарання) [4, с. 158–160], законодавець також зайняв позицію про те, що застосуванню підлягають лише ті види правообмежень і лише в тому розмірі, в якому вони передбачені в КК. Такий висновок

---

* Інша точка зору у О. Гуцала. На його думку, «злочин, який кваліфікується за аналогією, слід також вважати передбаченим у законі, хоча і непрямо» (Див.: *Гуцало О.* Протиправність злочину та аналогія кримінального закону // Вісник Академії правових наук України. – 1999. – № 4 (19). – С. 161). Видається, що таке судження суперечить самій сутності аналогії, як застосування закону до тих відносин, для яких спеціальний припис не встановлений, *не передбачений*.

підтверджується системним аналізом цілої низки його положень, зокрема: ч. 3 ст. 3 («караність та інші кримінально-правові наслідки злочину *визначаються тільки цим Кодексом*»); ч. 1 ст. 50 (покарання полягає в *передбачених законом* обмеженнях прав і свобод засудженого); ст. 51 (закритий перелік покарань) тощо. Як видно, в цьому відношенні кримінальний закон також використовує суперечливі поняття: кримінальна відповідальність, що підлягає застосуванню до особи, яка вчинила злочин, може полягати лише в тих правообмеженнях, що визначені в кримінальному законі (клас «А»), і не може полягати в інших (клас «не-А»). Тобто, невизначеності в тому, яким правообмеженням підлягає злочинець, в кримінальному законі також немає. Тому в цьому аспекті визначення кримінальної відповідальності в кримінальному законі також немає і не може бути прогалин.

Стосовно ж визначення правил застосування (тобто, призначення, заміни, припинення тощо) правообмежень, в яких полягає кримінальна відповідальність, в кримінальному законі і теоретично мислимі, і практично наявні прогалини. Цей висновок зумовлений тим, що дані питання за своєю природою є такими, що не допускають контрадикторності в своєму регулюванні. Скажімо, законодавча неврегульованість правил визначення конкретного розміру іспитового строку, що передбачений ч. 3 ст. 75 КК, правил покладення обов'язків, що передбачені ст. 76 КК, не означає, що згадані положення не можуть застосовуватися до осіб, які вчинили злочин. Інакше кажучи, кримінальний закон інколи не містить приписів, що регулювали б питання порядку застосування (тобто, призначення, заміни, припинення тощо) кримінальної відповідальності. Проте, з урахуванням самого призначення кримінального закону, належності цих питань до предмету кримінально-правового регулювання, нарешті з урахуванням того, що стосовно інших подібних випадків подібні правила в законі містяться, цілком можна стверджувати, що й відсутні в законі правила повинні бути в ньому. Отже, в подібних випадках мова йде про відсутність в кримінальному законі такого правила, яке повинно бути в ньому, про повну чи часткову не врегульованість положеннями кримінального закону певного суспільного відношення, яке за своїм характером є кримінально-правовим, тобто про *прогалину в кримінальному законі*.

Отже ч. 4 ст. 3 КК не досягає тієї мети, яка перед нею ставилася. Відомо, що в якості основного її призначення вбачалося

унеможливлення визнання певного діяння злочином «за аналогією» чи призначення покарання «за аналогією». В такий спосіб автори цього припису прагнули реалізувати у вітчизняному кримінальному законодавстві класичний принцип nullum crimen nulla poena sine lege. Однак, як виявляється, ні в питанні злочинності діянь, ні в питанні визначення видів і розмірів покарань, які можуть бути застосовані за них, немає і не може бути прогалин. Саме тому в даних випадках взагалі не можна говорити про аналогію кримінального закону. *Визнання злочином діяння, що не передбачене законом в якості такого, або застосування за злочин таких заходів кримінальної відповідальності, які не передбачені в законі, оскільки вони не пов'язані з подоланням прогалини, не мають нічого спільного з аналогією. Це не застосування закону за аналогією, а свавільне застосування закону, порушення принципу законності в кримінальному праві.* Таке застосування кримінального закону заборонене ще з моменту включення до понять злочину та покарання ознаки передбачення їх кримінальним законом. Частина 4 ст. 3 КК до заборони подібного застосування закону нічого нового не додала.

Таким чином, попри наміри законодавця заборона застосування кримінального закону за аналогією отримала зовсім не той зміст, який в неї намагалися вкласти. Благий намір обернувся створенням проблеми в застосуванні кримінального закону у тих випадках, коли в ньому дійсно має місце прогалина. Нагадаємо, що вони можуть мати місце у визначенні правил застосування кримінальної відповідальності. У зв'язку з цим постає питання: як бути судові в тому разі, коли ним встановлено прогалину в кримінальному законі?

Розглянемо обґрунтованість другої з двох сформульованих вище посилок, на яких може ґрунтуватися заборона застосування кримінального закону за аналогією, а саме: в кожному випадку встановлення прогалини в кримінальному законі суд повинен чекати її законодавчого усунення. Видається, що ця посилка також не може бути підставою для заборони застосування кримінального закону за аналогією. Кожна справа, у тому числі й кримінальна, що знаходиться на розгляді суду, повинна бути вирішена, незалежно від того, наявні чи відсутні на даний момент спеціальні законодавчі приписи щодо неї. Інакше матиме місце відмова в правосудді – одне з найбільш серйозних порушень прав людини. Європейський суд з прав людини неодноразово наголошував, що ч. 1 ст. 6 Європейської конвенції про

захист прав людини і основних свобод забезпечує кожному «право на суд», тобто право особи на вирішення її справи судом [7, с. 45]. Саме тому необхідно, щоб «в принципі не могла виникнути ситуація, коли суддя не виносить рішення, оскільки відсутній закон» [8, с. 42]. Крім того, якщо стати на ту позицію, що суд повинен чекати законодавчого врегулювання певного неврегульованого кримінально-правового відношення, виникнуть відомі проблеми, пов'язані, перш за все, зі зворотною дією нового закону в часі, а також зі строками давності, строками попереднього ув'язнення тощо.

Отже наявні у кримінальному законі прогалини, які, звичайно ж, повинні усуватися законодавцем, у кримінально-правових відносинах, що вже склалися, повинні долатися судом із застосуванням аналогії кримінального закону. Слушність цього висновку підтверджується й фактами застосування Верховним Судом України чинного кримінального закону України фактично за аналогією, хоча такий термін в його рішеннях, звичайно ж, не зустрічається. Наприклад, Х. вироком місцевого суду від 20 червня 2001 р. був засуджений за ст. 114 КК 1960 р. (ухилення від сплати аліментів на утримання дітей) до шести місяців позбавлення волі і виконання цього вироку було відстрочене на один рік (ст. 461 КК 1960 р.). В період відстрочки він вчинив нові злочини, за сукупністю яких був засуджений вироком від 18 жовтня 2002 р. до дванадцяти років позбавлення волі з конфіскацією всього майна. До цього покарання суд на підставі ст. 43 КК 1960 р. (призначення покарання за сукупністю вироків) приєднав шість місяців позбавлення волі, не відбутих за попереднім вироком. Переглядаючи справу в касаційному порядку, Судова палата в кримінальних справах Верховного Суду України, пославшись на п. 6 розділу II Прикінцевих та перехідних положень до КК 2001 р., прийшла до висновку, що Х. треба вважати засудженим за попереднім вироком (місцевого суду) до шести місяців обмеження волі, і саме це покарання, повинно бути перераховане в позбавлення волі у співвідношенні, визначеному ст. 72 КК, та приєднане до покарання, призначеного за новим вироком [9, с. 87–89]. однак, п. 6 Прикінцевих та перехідних положень КК передбачає, що «осіб, які *відбувають покарання* за вироком суду у виді позбавлення волі на строк до п'яти років в колоніях-поселеннях, вважати такими, які відбувають покарання у виді обмеження волі, передбачене статтею 61 цього Кодексу». В даній справі Х. хоч і був засуджений попереднім

вироком до позбавлення волі в колонії-поселенні строком на 6 місяців, проте реально це покарання *не відбував*. Питання про те, чи підлягає це покарання, у разі, якщо воно реально не відбувається, заміні обмеженням волі, законом не врегульоване, хоча, очевидно, підлягає врегулюванню, оскільки подібні суспільні відносини (у випадках, коли призначене покарання реально відбувається) піддані законодавчому врегулюванню. Тобто, в кримінальному законі є прогалина, яка й була подолана Верховним Судом України шляхом застосування за аналогією п. 6 розділу II Прикінцевих та перехідних положень КК.

Викладене дає підстави сформулювати певні висновки з проведеного дослідження. По-перше, в кримінальному законі і теоретично мислимі і фактично наявні прогалини лише в питаннях визначення правил застосування заходів кримінальної відповідальності (в першу чергу, покарання), і відсутні прогалини у визначенні злочинності діянь та видів і розмірів заходів кримінальної відповідальності. По-друге, не є аналогією застосування кримінального закону у тих випадках, коли в ньому немає прогалини. По-третє, наявні в кримінальному законі прогалини не тільки повинні усуватися законодавцем, але й можуть долатися судом шляхом застосування цього закону за аналогією. У зв'язку з цим, по-четверте, положення ч. 4 ст. 3 КК не є обґрунтованим і підлягає, на наш погляд, скасуванню. В цьому плані завданням науки кримінального права є подальше дослідження проблем прогальності кримінального закону та засобів їх подолання, при чому не тільки аналогії кримінального закону, але й аналогії кримінального права.

---

1. *Лазарев В.В.* Пробелы в праве и пути их устранения. – М.: Юридическая литература, 1974.

2. *Алексеев С.С.* Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. – М.: Статут, 1999.

3. *Черданцев А.* Применение закона по аналогии // Российская юстиция. – 1998. – № 6.

4. *Пономаренко Ю.А.* Чинність і дія кримінального закону в часі. – К.: Атіка, 2005.

5. *Строгович М.С.* Логика. – М.: Госполитиздат, 1949.

6. *Светлов В.А.* Практическая логика: Учеб. пособие. – СПб.: Росток, 2003.

7. Див., наприклад: Голдер (Golder) против Соединенного Королевства: Судебное решение от 21 февраля 1975 г. // Европейский Суд по правам человека. Избранные решения: В 2 т. Т. 1 / Пред. ред. коллегии В.А. Туманов. – М.: Норма, 2001.

8. *Спасибо-Фатєєва І.* Закономірність випадковості: філософсько-правовий етюд // Вісник Академії правових наук України. – 2004. – № 4 (39).

9. Рішення Верховного Суду України: Офіційне видання / За ред. В.Т. Маляренка. – 2004. – Вип. 1 (8). – січень–червень.

А.И. Рарог,
доктор юридических наук, профессор,
(Московская государственная юридическая академия, РФ)

УГОЛОВНО-ПРАВОВЫЕ СРЕДСТВА СДЕРЖИВАНИЯ ОРГАНИЗОВАННОЙ ПРЕСТУПНОСТИ

Эффективная борьба с организованной преступностью возможна только на основе качественного уголовного законодательства. Уголовные кодексы Украины, Беларуси и России предусматривают определенные инструменты для противодействия организованной преступности. Во-первых, совершение преступления в составе группы лиц по предварительному сговору (п. 2 ч. 1 ст. 67 УК Украины), группы лиц по предварительному сговору, организованной группы или преступной организации (п. 11 ч. 1 ст. 64 УК РБ, п. »в» ч. 1 ст. 63 УК РФ) признается обстоятельством, отягчающим наказание. Во-вторых, совершение преступления группой лиц, группой лиц по предварительному сговору или организованной группой во многих составах преступлений предусмотрено как квалифицирующий признак. В-третьих, создание некоторых видов организованной преступной группы или преступного сообщества (преступной организации) либо руководство ими, а равно участие в них образует самостоятельные составы преступлений. Однако практическое применение названных инструментов существенно осложняется несовершенством уголовного закона и создает ряд проблем практического характера.

Первая проблема связана с оценкой группового способа совершения преступления как *обстоятельства, отягчающего*

наказание. В силу п. 2 ч. 1 ст. 67 УК Украины к таким обстоятельствам относится совершение преступления только группой лиц по предварительному сговору, включая и организованную группу (ч. 3 ст. 28 УК). УК Республики Беларусь признает отягчающим обстоятельством совершение преступления группой лиц по предварительному сговору, организованной группой или преступной организацией (п. 11 ч. 1 ст. 64). Российский УК отягчающим обстоятельством признает и совершение преступления группой лиц без предварительного сговора (п. «в» ч. 1 ст. 63 УК).

Суть проблемы правоприменения состоит в том, что законодатель придает одинаковое юридическое значение всем названным формам соучастия, хотя они, конечно, обладают различной степенью общественной опасности. Таким образом, закон не дает суду каких-то конкретных критериев для дифференциации наказания в зависимости от того, какой характер носила преступная группа при совершении преступления (без предварительного сговора, с предварительным сговором, организованная). Лишь УК Беларуси обязывает суд назначить организатору (руководителю) организованной группы не менее трех четвертей максимального срока наиболее строгого вида наказания (ч. 2 ст. 66). Однако это правило почему-то не распространено на организатора (руководителя) преступной организации.

Вторая проблема касается роли группового способа совершения преступления как *квалифицирующего* признака. В ней можно отметить три аспекта.

Первый аспект заключается в том, что в целом ряде случаев все виды преступной группы имеют равное значение (например, по УК РФ убийство, причинение тяжкого вреда здоровью, изнасилование квалифицируются одинаково при совершении этих преступлений группой лиц, группой лиц по предварительному сговору или организованной группой). В подобных случаях суд испытывает те же трудности, что и при оценке группового способа как обстоятельства, отягчающего наказание.

Второй аспект связан с тем, что в Особенной части УК групповой способ совершения преступления как квалифицирующий признак используется далеко не всегда корректно. Так, УК Украины иногда придает квалифицирующее значение почему-то только группе лиц (например, ст. 121, 152, 153), порой – только группе лиц по предварительному сговору (например, п. 12 ч. 2 ст. 115, ч. 2 ст. 127, ч. 2 ст. 201), подчас – только орга-

низованной группе (например, ст. 147, 234). В первых двух случаях организованный характер преступной группы не может получить надлежащей оценки в квалификации преступления, поскольку закон группу лиц по предварительному сговору приравнивает к организованной группе только в качестве обстоятельства, *отягчающего наказание* (ст. 67 УК).

В отдельных случаях позиция законодателя определяется непросто. Так, совершенно необъяснимо, почему в составе незаконной охоты групповой способ преступления имеет квалифицирующее значение (ч. 2 ст. 248 УК), а в составе незаконного воднодобывающего промысла (ч. 2 ст. 249 УК) он в этом качестве не предусмотрен. В ч. 2 ст. 129 УК устанавливается ответственность за угрозу убийством, совершенную *членом* организованной группы. Неясность формулировки вытекает из ее несогласованности ни с определением организованной группы (ч. 3 ст. 28), ни с диспозициями ст.ст. 257, 258^3, 260 УК. Наиболее удачным законодательным решением представляется дифференциация наказания в зависимости от вида преступной группы (ст.ст. 146, 149, 185–187, 188, 189–191 и др.).

Во многих нормах УК РФ квалифицирующее значение придается только группе лиц по предварительному сговору или организованной группе (кража, мошенничество, грабеж, разбой, вымогательство, террористический акт, захват заложника и др.). В таких случаях суд вынужден преступление, совершенное группой лиц, действовавших без предварительного сговора, квалифицировать как совершенное единолично, т.е. явно недооценивать опасную форму соучастия. Иногда в законе в качестве квалифицирующего признака предусмотрено совершение преступления только организованной группой (ст. 171, 179, 186, 188 УК и др.). В таких случаях преступление вынужденно квалифицируется как совершенное единолично, хотя оно реально совершается группой лиц без предварительного сговора или даже с предварительным сговором.

Третий аспект вытекает из того, что в Особенной части УК РФ совершение преступления организованной группой как квалифицирующий признак используется не всегда удачно. Так ч. 3 ст. 227 УК предусматривает ответственность за особо квалифицированные виды пиратства, и роль особо квалифицирующего признака отводится совершению этого преступления организованной группой. Однако фактическое содержание пиратства таково, что оно во всех случаях совершается именно организован-

ными преступными группами. Поэтому ч. 1 и ч. 2 ст. 227 УК РФ применяться практически не могут.

Третья проблема обусловлена несовершенством законодательного регулирования ответственности организованных преступных групп и преступных сообществ.

Во-первых, ни в законе, ни в судебной практике не выработано четких критериев для разграничения организованной группы и преступного сообщества. В ст. 35 УК РФ организованная группа определяется как *устойчивая* группа лиц, заранее объединившихся для совершения одного или нескольких преступлений (ч. 3), УК РБ признает преступную группу организованной, если два или более лица предварительно объединились в *управляемую устойчивую* группу для совместной преступной деятельности (ч. 1 ст. 18), а УК Украины характеристику организованной группы дополняет указанием на *распределение функций* между участниками группы, направленных на достижение общего преступного плана (ч. 3 ст. 28).

Преступное сообщество (преступная организация) определяется в УК РФ как *сплоченная* организованная группа, созданная для совершения тяжких или особо тяжких преступлений, либо объединение организованных групп, созданное в тех же целях (ч. 4 ст. 35). Таким образом, преступное сообщество отличается только признаком сплоченности и целью совершения тяжких или особо тяжких преступлений. УК Украины для характеристики преступной организации вместо признака сплоченности использует более конкретный признак – *иерархическую* ее структуру (ч. 4 ст. 28).

Признак сплоченности является оценочным, поэтому носит недостаточно определенный характер для того, чтобы разграничивать организованную группу и преступное сообщество. Доктринальные попытки разграничить организованную группу и преступное сообщество не привели к единообразному пониманию вопроса, что признается многими юристами [1].

Присущий преступному сообществу признак сплоченности тесно связан с признаком устойчивости, но означает более высокую степень согласованности преступной деятельности членов преступного сообщества, более высокую степень их социально-психологической общности. «Сплоченность предполагает монолитность, стойкую спаянность, единение и общность людей вокруг решения конкретных задач в сфере преступной деятельности» [2, с. 313]. Показателями сплоченности преступ-

ного сообщества (преступной организации) могут служить: постоянство ее состава; иерархические связи подчинения одних участников другим; подчинение каждого участника внутригрупповым нормам поведения, соблюдение которых обеспечивается жесткими мерами вплоть до физического воздействия; наличие специального фонда финансового обеспечения деятельности сообщества; наличие специальных структурных подразделений, занимающихся разведывательной и контрразведывательной деятельностью, а также обеспечивающих безопасность существования сообщества силовыми способами и установлением коррупционных связей [3].

Во-вторых, в Особенной части УК РФ нет полной ясности относительно видов преступного сообщества. Прежде всего, нет единства мнений относительно юридической природы вооруженной банды. До принятия УК 1996 г. российские юристы традиционно считали ее преступным сообществом [4]. Да и сейчас некоторые ученые полагают, что «по своим основным характеристикам банда гораздо ближе к преступному сообществу (преступной организации), нежели к организованной группе» [5]. Тем не менее, законодатель прямо именует банду устойчивой вооруженной *группой* (ст. 209 УК РФ). В ст. 286 УК РБ банда характеризуется как вооруженная *организованная группа*. Однако Пленум Верховного Суда РБ в постановлении от 25 сентября 2003 г. № 9 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с созданием и деятельностью организованных групп, банд и преступных организаций» [6], по сути, ставит банду *между* организованной группой и преступной организацией. УК Украины вообще не определяет статус банды как организованной группы либо преступной организации (ст. 257).

Далее. Под определение преступной организации, созданной для совершения тяжких и особо тяжких преступлений, подпадают только незаконное вооруженное формирование (ч. 2 ст. 260 УК Украины, ст. 208 УК РФ, ст. 287 УК РБ), преступная организация (ст. 255 УК Украины, ст. 210 УК РФ, ст. 285 УК РБ) и террористическая организация (ст. 258^3 УК Украины). Но в уголовном законодательстве есть и такие формы соучастия, как объединение, посягающее на личность и права граждан (ст. 181 УК Украины, ст. 239 УК РФ, ст. 193 УК РБ), а также экстремистское сообщество (ст. 282^1 УК РФ), которые не связаны с совершением тяжких и особо тяжких преступлений. Видимо, для приведения этих преступлений в соответствие с законодательным определением преступного сообщества

следует из наименования упомянутых преступлений исключить термины «группа», «организация» («сообщество»).

Четвертая проблема связана с практикой применения поощрительных норм об освобождении от уголовной ответственности участников организованных групп и преступных организаций, прекративших свое участие в них.

В УК Украины и России такие нормы сформулированы в статьях Особенной части, посвященных преступной организации (ч. 2 ст. 255 и ч. 2 ст. 258^3 УК Украины) или в примечаниях к подобным статьям (ст. 208, 210 и 282^1 УК РФ). УК Беларуси решает этот вопрос в Общей части (ст. 20) применительно к преступной организации и банде, а применительно к незаконному вооруженному формированию – в примечании к ст. 287. Применение подобных норм осложняется недостаточной четкостью законодательных решений.

Во-первых, такие поощрительные нормы предусмотрены не во всех статьях УК о преступных объединениях. В российском кодексе они сформулированы в виде примечаний к статьям 208, 210 и 282^1, но по непонятным причинам такая норма отсутствует в ст. 239. В Беларуси законодатель допускает освобождение от уголовной ответственности участников преступной организации, банды и незаконного вооруженного формирования, но, как и в России, не допускает такой возможности для участников объединения, посягающего на личность и права граждан, т.е. самого безобидного из преступных объединений.

Во-вторых, недостаточно четко определен круг лиц, которые подлежат освобождению от уголовной ответственности.

Во всех упомянутых примечаниях главным основанием освобождения от уголовной ответственности является то, что участник соответствующе преступной организации добровольно прекращает свое участие в них и (в большинстве случаев) активно способствует раскрытию или пресечению преступления. Отталкиваясь от законодательного определения соучастия, некоторые российские ученые полагают, что «освобождению подлежат не только собственно участники формирований, но также создатели и руководители таких формирований» [7, с. 374]. Аргументации данной позиции представляется недостаточно корректной. Действительно, соучастниками преступления наряду с исполнителями признаются организаторы, подстрекатели и пособники. Но в уголовно-правовых нормах о преступных объединениях ответственность дифференцируется как раз в зависимости от функциональной роли соучастника: организаторы и руководители по российскому (как и

белорусскому) законодательству наказываются значительно строже, чем рядовые участники. Следовательно, положение об освобождении от уголовной ответственности лиц, добровольно прекративших *участие* в преступном объединении, по смыслу закона относится только к рядовым участникам*. Однако эту идею следовало бы четко сформулировать непосредственно в тексте закона, как это сделано в УК Украины (ч. 2 ст. 255 и ч. 2 ст. 258[3]) и РБ (ст. 20), в которых организаторы и руководители организованных групп и преступных организаций исключены из числа лиц, подлежащих освобождению от уголовной ответственности. В этой связи представляется целесообразным в примечаниях к статьям 208, 210 и 282[1] УК РФ указать, что на организаторов и руководителей соответствующих объединений они не распространяются, а также снабдить аналогичным примечанием ст. 239 УК (организация объединения, посягающего на личность и права граждан). Следовало бы уточнить и примечание к ст. 287 УК Беларуси об освобождении от уголовной ответственности лиц, прекративших участие в незаконном вооруженном формировании и сдавших оружие. Само наличие этого примечания вызывает вопрос о статусе незаконного вооруженного формирования, поскольку в ст. 20 УК в общей форме решен вопрос об освобождении от уголовной ответственности *рядовых* участников преступных организаций и банд. Для корреляции примечания к ст. 287 со ст. 20 УК РБ в этом примечании необходимо прямо указать, что оно не распространяется на организаторов и руководителей незаконных вооруженных формирований.

---

1. См., например: *Галимов И.Г., Сундуров Ф.Р.* Организованная преступность: тенденции, проблемы, решения. – Казань, 1998. – С. 33; *Яровой А.А.* Вопросы разграничения преступлений, совершаемых преступным сообществом и организованными группами // Проблемы уголовного законодательства и судебной практики. — Майкоп, 2001. – С. 101.

---

* Эта точка зрения поддерживается многими российскими учеными (см., например: *Мальцев В.* Ответственность за организацию незаконного вооруженного формирования или участие в нем // Российская юстиция. – 1999. – № 2; *Мальцев В.В.* Специальные виды освобождения от уголовной ответственности // Уголовное право. – 2005. – № 3; *Агапов П.В., Хлебушкин А.Г.* Организация незаконного вооруженного формирования ил участие в нем: политико-правовой, криминологический и уголовно-правовой анализ. – М., 2005).

2. *Галиакбаров р.Р.* Формы соучастия // Энциклопедия уголовного права. Т. 6. Соучастие в преступлении. – СПб., 2007.

3. См.: *Гаухман Л.Д., Максимов С.В.* Уголовная ответственность за организацию преступного сообщества. – М., 1997. – С. 10; *Безбородов Д.А.* Теоретические основы совершенствования уголовно-правовых мер борьбы с совместно совершаемыми преступлениями. – СПб., 2006. – С. 156.

4. См., например: *Трайнин А.Н.* Учение о соучастии. – М., 1941. – С. 90–91; *Гришаев П.И., Кригер Г.А.* Соучастие по уголовному праву. – М., 1959. – С. 57; Курс советского уголовного права. Часть Общая. – Л., 1968. – Т. 1. – С. 606–607; Курс советского уголовного права. – М., 1970. – Т. 2. – С. 466.

5. Уголовное право России. Особенная часть / Под ред. А.И. Рарога. – М., 2008. – С. 369 (автор – В.С. Комиссаров).

6. См.: Судовы веснік. – 2003. – № 3. – С. 4–6.

7. Российское уголовное право России. Особенная часть. – СПб., 2008 (автор – В.С. Комиссаров).

А.В. Савченко,
доктор юридичних наук, доцент
(Київський національний університет внутрішніх справ)

ГУМАНІЗАЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ: ПЛЮСИ ТА МІНУСИ

Нещодавно КК України) зазнав чергових коректив на підставі Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності» від 15 квітня 2008 р. Проте порівняно з попередніми змінами та доповненнями ці новели були дійсно суттєвими як у кількісному (КК України зазнав 80 нововведень), так і в якісному аспекті (були внесені численні зміни до санкцій статей, рідше – до диспозицій статей та їх назв). Головне призначення усіх цих змін полягало у поліпшенні правового статусу суб'єкта злочину, особи винного, обвинуваченого (підсудного). Вже, напевно, минув той мінімум часу, протягом якого науковці, судді, правоохоронці, адвокати, юристи, а також інші зацікавлені особи (обвинувачені й потерпілі включно) змогли б вислови своє ставлення до зазначеного закону. Тому наша

мета з'ясувати позитивні і негативні (якщо такі є) риси здійсненої законодавцем гуманізації кримінального законодавства України.

Неодмінно, що основне завдання Закону України від 15 квітня 2008 р. полягало у здійсненні ним системного оновлення положень кримінального законодавства в аспекті гуманізації відповідальності, а отже й покарання. При чому зміни торкнулися як положень Загальної (20 змін), так і Особливої частин (60 змін) КК України. На наш погляд, усі зміни до Кодексу можна поділити на шість груп: 1) зміни до диспозицій статей; 2) зміни до назв статей; 3) зміни до приміток до статей; 4) зміни до санкцій статей; 5) зміни у формі запровадження нових статей або їх частин; 6) зміни у формі скасування існуючих статей або їх частин. Деякі зміни були комплексними, оскільки, приміром, одночасно змінювалася і назва статті, і її диспозиції, і санкції (наприклад, ст.ст. 127, 193, 419, 420).

У Загальній частині КК України були уточнені та конкретизовані положення щодо: 1) законодавства України про кримінальну відповідальність (ч. 3 ст. 3), зокрема було зазначено, що «злочинність і караність, а також інші кримінально-правові наслідки діяння визначаються законом про кримінальну відповідальність, що діяв на час вчинення цього діяння»; 2) зворотної дії закону про кримінальну відповідальність у часі (ст. 5); 3) мінімальної кількості учасників злочинної організації (ч. 4 ст. 28), яка була збільшена з трьох до п'яти членів; 4) звільнення від кримінальної відповідальності, зокрема у разі дійового каяття (ст. 45) та примирення винного з потерпілим (ст. 46), зокрема відтепер суд може звільнити особу, яка вперше вчинила злочин як невеликої тяжкості, так і необережний злочин середньої тяжкості; 5) конструкції «в санкції статті», яка доповнена словами «(санкції частини статті)», зокрема про це йдеться у ч. 4 ст. 52, ч. 3 ст. 53, ч. 2 ст. 55, п. 1 ч. 1 ст. 65 тощо; 6) штрафу (ст. 53), який, з урахуванням майнового стану особи, може призначатися судом з розстрочкою виплати певними частинами строком до трьох років; 7) обставин, які пом'якшують покарання (ст. 66), зокрема до таких віднесено надання медичної або іншої допомоги потерпілому безпосередньо після вчинення злочину; 8) призначення покарання за незакінчений злочин (ст. 68), зокрема відтепер за вчинення готування до злочину строк або розмір покарання не може перевищувати половини (за замах на злочин – двох третин) максимального строку або розміру найбільш суво-

рого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини Кодексу; 9) інших аспектів призначення покарання (за сукупністю злочинів – ст. 71, правил складання покарань – ст. 72), а також звільнення від покарання та його відбування (ст. 74); 10) особливостей кримінальної відповідальності та покарання неповнолітніх (ч. 1 ст. 97, ч. 1 і 3 ст. 102, ч. 2 ст. 104) тощо.

Крім цього, Загальну частину КК України було доповнено новою статтею (ст. 69^1 «Призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання»), де сформульовано таке правило: за наявності обставин, що пом'якшують покарання, передбачених п.п. 1 та 2 ч. 1 ст. 66 цього Кодексу, відсутності обставин, що обтяжують покарання, а також при визнанні підсудним своєї вини, строк або розмір покарання не може перевищувати двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого відповідною санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини цього Кодексу.

В Особливій частині КК переважна кількість змін стосувалася гуманізації санкцій, зокрема, законодавець пішов двома головними шляхами: по-перше, зменшив мінімальну (приміром, ч. 1 ст. 127) або максимальну межу покарань у виді обмеження волі чи позбавлення волі (ст. 196, ч. 3 ст. 364 та ін.), або те й те (ч. 2 ст. 127, ч. 1 і 2 ст. 228 та ін.); по-друге, розширив межі альтернативних санкцій через збільшення видів пропонованих основних покарань (приміром, альтернативу позбавленню волі склало обмеження волі (ч. 1 ст. 194^1, ч. 1 ст. 200, ч. 1 ст. 269 та ін.), а їм, у свою чергу, у багатьох санкціях – штраф (ч. 2 ст. 125, ч. 1 ст. 164 і 165 та ін.), громадські роботи (ч. 1 ст. 136, ч. 1 ст.ст. 168, 190 і 192 та ін.), арешт (ч. 2 ст. 185, ч. 1 ст. 313 та ін.) тощо). При цьому зміни окремих санкцій були більш альтернативними порівняно з попереднім їх, як правило, бінарним варіантом (зокрема, якщо раніше санкція до ст. 178 КК України передбачала штраф або позбавлення волі, то нова її редакція запровадила в якості альтернативи штраф, громадські роботи, арешт, обмеження волі і, лише в останню чергу, позбавлення волі). Гуманнішою та альтернативнішою ще на два види покарання стала санкція за крадіжку (ч. 1 ст. 185 КК України) – найпоширеніший злочин в нашій державі: віднині вона «карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від вісімдесяти

до двохсот сорока годин, або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або позбавленням волі на строк до трьох років». Інші ключові зміни до Особливої частини КК України – це: а) вдосконалення норми про умисне вбивство та катування; б) скасування ст. 188 «Викрадення шляхом демонтажу та іншим засобом електричних мереж, кабельних ліній та їх обладнання»; в) конкретизація диспозиції статей про злочини проти власності та господарські злочини; г) уточнення назви статей про військові злочини, їх диспозиції та санкції тощо.

Таким чином, можна стверджувати, що КК України дійсно став більш гуманним (або, так би мовити, «людяним»), центральним його об'єктом стала особа, котра вчинила злочин, її кримінальна поведінка (безпосередньо вчинення злочину), а також подекуди й посткримінальна поведінка, яка впливає на призначення покарання, звільнення від покарання та його відбування. Рівень репресивності Кодексу значно знизився, оскільки у багатьох його статтях зменшилися мінімальні й максимальні межі покарань передусім у виді обмеження волі та позбавлення волі, а в альтернативних санкціях за найпоширеніші злочини було розширено перелік покарань, які суд може обрати в якості основних при постановленні вироку. Усе це посприяло значному посиленню забезпечення прав і свобод обвинуваченого (підсудного).

Однак, ретельний аналіз Закону України від 15 квітня 2008 р. дозволяє стверджувати, що поряд із позитивними надбаннями, процес гуманізації кримінального законодавства України мав, на наш погляд, і певні недоліки, прогалини чи упущення. Найбільш ключовими з них ми виділяємо такі:

– по-перше, на жаль, можна спостерігати перервність і фрагментарність системного оновлення положень КК України в частині їх гуманізації. Зокрема: а) не було законодавчо визначено низку важливих понять і термінів (приміром, «принципи кримінального права» та їх види, «кваліфікація злочину», «казус» тощо); б) не було розширено перелік обставин, що виключають злочинність діяння (зокрема, не розглянуто питання про такі з них, як: здійснення свого права; виконання професійних функцій; згода потерпілого на заподіяння шкоди тощо); в) у нормах про звільнення від кримінальної відповідальності: не було скасовано обмежувальний термін «вперше» (ст.ст. 45–48); не було зазначено про злочин середньої тяжкості як підставу для звільнення (ст.ст. 45 і 46); не було зменшено строки давності

притягнення до відповідальності (хоча б у п.п. 1 і 2 ст. 49); г) у нормах про звільнення від покарання та його відбування не було зменшено строки давності виконання обвинувального вироку (хоча б у п.п. 1 і 2 ст. 80); ґ) не було зменшено термін продовження або зміни застосування примусових заходів медичного характеру (приміром, з шести місяців до чотирьох); д) не було зменшено максимальний строк позбавлення волі для неповнолітніх (п. 5 ч. 3 ст. 102), який і досі становить п'ятнадцять років; е) не були розширені в бік альтернативності санкції багатьох статей Особливої частини КК України (приміром, громадські роботи могли бути запроваджені до ч. 1 ст. 142, ч. 1 ст. 162 тощо, а арешт – до ст. 123, ч. 1 ст. 161 тощо); є) не було скасовано колізійні норми (приміром, ст. 194[1] «Умисне пошкодження об'єктів електроенергетики») або норми, що передбачають відповідальність за злочини невеликого ступеня суспільної небезпеки (приміром, ст. 235 «Недотримання особою обов'язкових умов щодо приватизації державного, комунального майна або підприємств та їх подальшого використання») тощо;

– по-друге, поза центром уваги законодавчих змін чомусь залишився потерпілий (жертва злочину), тобто фізична особа, якій злочином безпосередньо заподіяно моральну, фізичну або майнову шкоду. На фоні піклування про суб'єкт злочину, особу винного, обвинуваченого (підсудного), законодавець неначе забув про існування потерпілого від злочину. При вирішенні дилеми щодо того, чиї права мають бути захищені більше – потерпілого чи злочинця, законодавець поки що обрав другий варіант. Отже, гуманізація прийняла тільки однин бік, але ж хіба це демократично і справедливо? У глобальних масштабах в Україні наразі немає ні програми, яка забезпечує відшкодування збитків потерпілим від злочинів, ні усталеного механізму забезпечення їх державного захисту (в тому числі як свідків). Негативним фактором є також щорічне збільшення суми податкової соціальної пільги, яку використовують замість неоподатковуваного мінімуму доходів громадян при кваліфікації злочинів (через це існує потреба у виокремленні спеціальної категорії – «розрахункової одиниці», яка б збалансувала названі показники);

– по-третє, не були запроваджені передові (прогресивні) види покарань (зокрема: а) реституція – обов'язкове відшкодування злочинцем завданої шкоди фізичній чи юридичній особі, втрачених доходів і вигод; б) вчинення дій щодо повідомлення потерпілих, яке полягає у наданні засудженим за злочин, потер-

пілими від якого є три і більше особи, обґрунтованих і розумних пояснень з приводу свого засудження, шляхом направлення таким особам відповідної інформації за власні кошти поштою, телеграфом, шляхом поміщення оголошень у визначених місцях або через певні засоби масової інформації чи іншим належним чином; в) конфіскація замінних цінностей, якщо майно, котре підлягає конфіскації, в результаті якої-небудь дії чи бездіяльності засудженого не може бути виявлено після всіх ужитих заходів, було переведено, продано, депоновано третій стороні, розміщено за межами юрисдикції суду, суттєво зменшено у розмірі або злито з іншим майном, що не може бути відділено звичайним способом), а також нові кримінально-правові інститути, що ефективно зарекомендували себе за кордоном (зокрема, заходи безпеки, до яких, крім примусових заходів медичного характеру, примусового лікування та примусових заходів виховного характеру, можна було б віднести дистанційний нагляд чи домашній арешт, депортацію, інформування громадськості про злочинців, позбавлення додаткових вигод, пільг і привілеїв для осіб, що вчинили злочини, тощо).

Отже, очевидно, що поряд з вагомими позитивними надбаннями, нещодавня гуманізація кримінального законодавства мала й певні недоліки, котрі, сподіваємося, можуть бути виправлені при подальшому удосконаленні положень КК України. На наш погляд, у перспективі акцент щодо законодавчих змін і доповнень має бути зроблений на: 1) забезпеченні адаптації кримінального законодавства України до стандартів Європейського Союзу, ратифікації та імплементації міжнародних конвенцій у сфері протидії злочинності, ефективному використанні позитивного іноземного досвіду; 2) криміналізації суспільно небезпечних діянь «нової хвилі» (зокрема: клонування людини або проведення генетичних дослідів з людськими яйцеклітинами; сексуального насильства, яке б поєднувало зґвалтування та насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом, а також сексуального переслідування; телемаркетингового шахрайства і посягань у кібернетичній сфері; незаконних організацію та проведення лотерей, розіграшів та інших азартних ігор, а також створення фінансових пірамід; екологічного тероризму); 3) створенні норм та інститутів, які б дієво сприяли реалізації попереджувальної та виховної функції кримінального права, забезпечували механізми відновлювальних (компенсаційних) процедур тощо.

Т.І. Созанський
(Львівський державний університет внутрішніх справ)

НЕОБХІДНІСТЬ ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАКРІПЛЕННЯ ПРАВИЛ КВАЛІФІКАЦІЇ СУКУПНОСТІ ЗЛОЧИНІВ

У теорії кримінального права проблеми кримінально-правової кваліфікації розглядаються у двох напрямах. Перший стосується кваліфікації окремих видів злочинів, які виділяються за предметною ознакою (проти власності, проти особи тощо), а другий –загальних питань кваліфікації, її підстав, логічних прийомів, що застосовуються в ході кваліфікації, місця кваліфікації у процесі застосування кримінально-правових норм, а також кваліфікації окремих категорій злочинних посягань залежно від стадій вчинення злочину, форм і видів співучасті, наявності множинності та т.п. [1, с. 27]. Отже, кваліфікація сукупності злочинів належить до другого напряму. Таким чином, правила кваліфікації сукупності злочинів повинні міститись у розділі, що визначає поняття і види сукупності злочинів.

Необхідність законодавчого закріплення правил кваліфікації сукупності злочинів викликана тим, що при вчиненні двох злочинних діянь часто виникає питання скільки фактично злочинів вчинено? Саме поняття сукупності злочинів не дає відповіді на нього, оскільки визначає лише основні ознаки цього поняття. Законодавче закріплення правил кваліфікації сукупності злочинів дасть можливість чіткіше розрізняти випадки коли одне діяння утворює декілька злочинів, а коли – один злочин, а також випадки, коли декілька діянь утворюють декілька самостійних злочинів. Відповідно до чинного КК України відповідь на ці питання дати складно, оскільки законом не передбачено правил кваліфікації дій у таких випадках.

Однак, для визначення правил кваліфікації сукупності злочинів потрібно застосувати дедуктивний метод дослідження, адже неможливо передбачити всі варіанти злочинної поведінки, розглядаючи лише загальні положення про сукупність не дослідивши питання кваліфікації за сукупністю злочинів окремих видів злочинів.

У науці кримінального права зроблено ряд спроб виділити окремі правила кваліфікації сукупності злочинів. Так, В.Н. Кудрявцев спробував вивести єдине універсальне правило для визна-

чення ідеальної сукупності злочинів, яким і треба послуговуватись при кваліфікації [2, с. 251]. Проте, різноманітність ситуацій, що утворюються у процесі злочинної діяльності, вказують, що існування єдиного правила кваліфікації ідеальної сукупності не достатньо для забезпечення правильності кваліфікації.

Таким чином, кваліфікація ідеальної сукупності злочинів передбачає ряд правил, що вказують на певні обмеження або вимоги щодо злочинів, які утворюють ідеальну сукупність злочинів.

Дослідження правил кваліфікації ідеальної сукупності злочинів показали, що їх можна поділити на два види:

– ті, що визначають випадки утворення ідеальної сукупності злочинів;

– ті, що визначають випадки, коли ідеальна сукупність злочинів є неможливою.

Такий поділ правил кваліфікації ідеальної сукупності злочинів дозволяє вказати на протилежні ознаки цього поняття та перевірити дієвість одного з правил, при наявності правила-відповідника. Тобто, зіставляючи протилежні правила, що є прямо пропорційними, можна визначити, чи охоплює це правило всі відносини, що їх регулює.

Яскравим прикладом відповідності правил кваліфікації ідеальної сукупності злочинів є запропонована В.О. Навроцьким порівняльна таблиця, в якій наведено ситуації, за яких ідеальна сукупність злочинів відсутня і на противагу їм ситуації, що передбачають обставини наявності ідеальної сукупності злочинів [3, с. 345–346].

Але перелічені ситуації не вказують на всі можливі варіанти кваліфікації ідеальної сукупності злочинів. Наприклад, якщо одне діяння посягає на різні об'єкти, то діяння не завжди буде утворювати ідеальну сукупність злочинів. Залежно від того, як співвідносяться ці об'єкти, і буде кваліфіковано діяння. Якщо ці об'єкти співвідносяться як основний і додатковий, то діяння кваліфікується як одиничний злочин, якщо ж обидва (чи більше) об'єкти є основними, то діяння утворює ідеальну сукупність злочинів. Практично визначити, коли об'єкт є додатковим, а коли він переходить в основний, доволі складно. Проте, одним із варіантів вирішення цього питання є визначення суспільної небезпечності посягань на відносини, що охороняються цими об'єктами. Якщо суспільна небезпечність відносин, що охороняються додатковим об'єктом більша, ніж основного об'єкта, то діяння утворює ідеальну сукупність.

Отже, якщо диспозиція статті передбачає посягання на два об'єкти одночасно, то ідеальна сукупність буде утворюватися тоді, коли санкція статті, що передбачає самостійну відповідальність за посягання на додатковий об'єкт, є суворішою, ніж санкція, що передбачає відповідальність за основний об'єкт.

Кваліфікація злочинів передбачає встановлення відповідності вчиненого діяння кримінально-правовими нормами, що його передбачають. Але процес встановлення передбачає також і відмежування суміжних понять, які містять ряд спільних ознак з оцінюваним поняттям і відрізняється від нього за найбільш значущою ознакою. Тому, доцільно визначити правила, за якими здійснюється кваліфікація суміжних понять і шляхом співставлення вивести правила кваліфікації ідеальної сукупності злочинів.

У кримінальному праві передбачено самостійні поняття, які відображають ситуації, що не утворюють ідеальної сукупності. Таким, найбільш близьким є поняття конкуренції кримінально-правових норм. Встановлення відмінності між ідеальною сукупністю злочинів та конкуренцією кримінально-правових норм дало змогу визначити два основних правила, які розрізняють ці поняття.

Перше правило – це перевага спеціальної норми над загальною, друге – перевага злочину, який передбачає діяння в цілому над злочинами, які передбачають лише його певну частину. Перше правило виключає можливість утворення ідеальної сукупності злочинів за обставин, коли діяння порушує дві норми, що перебувають у відносинах підлеглості. Цьому правилу відповідає два положення, що були виділені вище, як такі, що характеризують діяння, яке не утворює ідеальної сукупності злочинів. Якщо ж діянням заподіяно наслідки, що вказують на порушення підпорядкованих між собою об'єктів і якщо діяння передбачене кількома кримінально-правовими нормами, що кваліфікують різні види одного і того ж злочину. Таким чином відповідно до вищевикладеного можна сформулювати правило: ідеальну сукупність утворюють закінчені злочини, що не підпорядковані між собою.

Друге правило виключає можливість утворення ідеальної сукупності злочинів у випадках, коли діяння порушує дві норми, одна з яких повністю охоплює вчинене, а друга – лише частину. З наведених вище випадків, що не утворюють ідеальної сукупності, цьому правилу відповідають: заподіяння кількох однакових наслідків, які відносяться до одного і того ж об'єкта, заподіяння однорідної шкоди одному і тому ж потерпілому, діянням виконуються злочини, які є обов'язковою (конститутивною)

ознакою посягання, передбаченого однією статтею Особливої частини КК.

Спричинення однорідної шкоди одному і тому ж потерпілому характеризує діяння як таке, що спричиняє різні наслідки одному потерпілому, але, враховуючи однорідність наслідків, діяння вважається одиничним злочином. Однорідність наслідків визначається самою кримінально-правовою нормою, тобто якщо об'єкт даного злочину охороняє ці відносини, то наслідки можна вважати однорідними, якщо наслідки не входять у коло відносин, що охороняються даною нормою, такі наслідки вимагають самостійної кримінально-правової оцінки.

Вчинення діяння, яке охоплює собою декілька обов'язкових (конститутивних) ознак одного злочину, передбачених окремою нормою Особливої частини КК. Особливістю цього діяння є те, що без цієї обов'язкової (конститутивної) ознаки не можна виконати диспозицію цієї статті Особливої частини КК. Тому у разі невиконання такого діяння у повному обсязі відповідний злочин вчинити не можливо.

Спільною ознакою цих трьох випадків, коли ідеальна сукупність не має місця, є те, що діяння чи наслідки, що їх складають за вказаних обставин не можуть охоплюватись однією нормою Особливої частини КК

Тому наступне правило кваліфікації ідеальної сукупності злочинів повинно виглядати так: злочини утворюють ідеальну сукупність, якщо диспозиція однієї зі статей повністю не охоплює вчинене.

Щодо реальної сукупності злочинів, то слід звернути увагу на формулу кваліфікації, якою відображаються вчинені діяння. Не викликає складності кваліфікація різнорідних злочинів, що утворюють реальну сукупність, кожен з них повинен отримати самостійну кримінально-правову оцінку і самостійне відображення у формулі кваліфікації, незалежно від того, вчинене утворює закінчені злочини, чи закінчений і не закінчений або злочин вчинено у співучасті.

Наведене положення дає підстави вивести загальне правило кваліфікації реальної сукупності злочинів: кожен зі злочинів, що входить у реальну сукупність, оцінюється самостійно і підлягає окремій кримінально-правовій кваліфікації. Питання кваліфікації однорідних і тотожних злочинів, що є складовою реальної сукупності злочинів, ускладнюється наявністю у деяких нормах Особливої частини КК України кваліфікуючої ознаки «повторність», кваліфікація за якою створює певні непорозуміння при написанні формули кваліфікації. У науці кримінального права

запропоновано три можливих варіанти складання формули кваліфікації двох тотожних або однорідних злочинів, що черговий раз вказує на необхідність законодавчого визначення правил кваліфікації сукупності злочинів.

Проте найбільш обґрунтованим видається варіант кваліфікації кожного злочину, як самостійного. Тобто, коли особа вчиняє два самостійних тотожних злочини, за жоден з яких особа не притягалась до кримінальної відповідальності, розірвані між собою у часі, то правильною видається кваліфікація злочинів за правилами кваліфікації реальної сукупності злочинів, де кожен злочин отримує самостійну кримінально-правову оцінку і відображення у формулі кваліфікації.

Таким чином законодавчого закріплення потребують три правила кваліфікації:

– ідеальну сукупність утворюють закінчені злочини, що не підпорядковані між собою.

– злочини є ідеальною сукупністю, якщо диспозиція статті повністю не охоплює вчинене.

– кожен зі злочинів, що входить у реальну сукупність, оцінюється самостійно і підлягає окремій кримінально-правовій кваліфікації.

---

1. *Навроцький В.О.* Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації. – К.: Атіка, 1999.

2. *Кудрявцев В.Н.* Общая теория квалификация преступлений. 2-е изд. – М.: Юристь, 1999.

3. *Навроцький В.О.*Основи кримінально-правової кваліфікації. – К.: Юрінком Інтер, 2006.

З.А. Тростюк,
кандидат юридичних наук, доцент
(Київський університет права НАН України)

ДО ПРОБЛЕМИ НЕГАТИВНОГО ПРОЯВУ ЛАТЕНТНОСТІ ТЕКСТУ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Мовна форма права розглядається науковцями як своєрідний правовий феномен та вагома складова законодавчого акту

[1, с. 42; 2, с. 26]. Мова права є тим єдиним способом, за допомогою якого об'єктивно існує позитивне право. Перехід права з ідеального буття (нормативних суджень законодавця) в об'єктивне буття (позитивне право) обумовлений виразом нормативного судження у знаках мови [3, с. 16]. Тому текст будь-якого нормативно-правового акта – це єдність змісту (правових понять, ідей, які утворюють норму права) та виразу (термінів, термінологічних зворотів та статей закону у вигляді закінченої логіко-граматичної конструкції, що сформульована відповідно до вимог української мови).

Проблема мовної форми кримінального закону завжди привертала і привертає увагу багатьох як українських, так і зарубіжних вчених-криміналістів. Найбільш вагомий внесок в її дослідження зробили П.П. Андрушко, М.Й. Коржанський, М.Б. Кострова, Н.Ф. Кузнєцова, Н.А. Лопашенко, В.О. Навроцький, М.І. Панов, М.І. Хавронюк та інші вчені-криміналісти. Вони однозначні у тому, що закон повинен бути сформульований законодавцем так, щоб його зміст був зрозумілим адресату, а форма виразу – ідентичною волі законодавця. Однак, як наочно демонструє аналіз тексту КК України, не завжди зміст та форма його виразу збігаються. При цьому спостерігається дві тенденції, до яких вдається законодавець: по-перше, це надлишковість при формулюванні статей КК України і, по-друге, латентність кримінально-правових приписів. Кожен з цих факторів у більшості випадків негативно впливає на якість мови кримінального закону, його сприйняття та спричиняє суперечливі тлумачення як в кримінально-правовій доктрині, так і на практиці. Проблема надлишковості тексту КК України вже була предметом наших наукових пошуків [4, с. 95–100], а тому в межах цієї статті зупинимося на окремих проблемах латентності тексту КК України та її негативних проявах у ньому.

Аналіз наукової літератури як з кримінального права, так і з загальної теорії права наочно демонструє, що проблема латентності тексту нормативно-правових актів (в т.ч. і КК України) не отримала належного висвітлення. Ці питання розглядалися у працях таких теоретиків права, як М.Д. Локшина [5] та Ю.В. Туранін [6], а в кримінально-правовій доктрині вони практично не висвітлювалися, хоча у понятійному апараті науки кримінального права часто зустрічаємо поняття «латентні ознаки складу злочину».

Насамперед, з'ясуємо зміст поняття «латентність тексту КК України». В українській мові слово «латентний» (від лат.

latens, latentis – прихований, невидимий) означає «який не виявляється зовнішньо, прихований» [7, с. 607]. Синонімами до слова «латентний» є «неявний», «імпліцитний», які також використовуються вченими-криміналістами. У царині текстів нормативно-правових актів (в т.ч. КК України) латентність розглядається як невідповідність між змістом та формою виразу нормативно-правових приписів, в результаті якої зміст є ширшим, ніж форма. Латентність нормативно-правових актів можна віднести до явища правового синтаксичного синкретизму (грец. συνκρητισμός – з'єднання), яким є суміщення (синтез) в одній словоформі значень двох або більше елементів граматичної конструкції нормативно-правового акта, що є одним із проявів загальної тенденції розвитку правового синтаксису – прагнення до економії правових засобів [8, с. 657; 3, с. 23]. Отже, ***по-перше***, латентність тексту КК України має місце в тих випадках, коли ***кримінально-правова норма є ширшою за обсягом, ніж її мовний вираз*** (відповідна логіко-граматична конструкція у статті КК України). А тому у цій статті міститься латентна інформація про волю законодавця.

По-друге, імпліцитність має місце як в Загальній, так і в Особливій частинах КК України, причому у різних структурних частинах статей. Переважна більшість статей Загальної частини КК України носять позитивний (регулятивний) характер. Забороняючі норми, викладені в статтях Особливої частини КК України, складаються з гіпотези, диспозиції та санкції. Гіпотеза належить до латентних структурних частин цієї норми, оскільки у жодній статті Особливої частини КК України вона термінологічно не виражена. Латентна інформація може міститися як в диспозиції, так і в санкції статті Особливої частини КК України. В останньому випадку йдеться про такі покарання, які або взагалі не наводяться в жодній санкції (позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю), або ті, що можуть або передбачатися, або ні у санкції статті Особливої частини КК України (наприклад, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як додаткове покарання). В усіх інших випадках санкція статті Особливої частини КК України має експліцитний (явний) характер та збігається в відповідною частиною кримінально-правової норми.

По-третє, латентна інформація у тексті КК України має сприйматися на рівні наукового пізнання і повинна

визначатися на підставі тлумачення, а також закономірно випливати з ознак складу злочину, які термінологічно закріплені у відповідній статті КК України (з термінологічного контексту, термінологічного поля). У цьому випадку латентність буде мати місце і тоді, коли зміст однієї кримінально-правової норми можна з'ясувати шляхом аналізу інших статей КК України.

По-четверте, латентність тексту КК України має як позитивні, так і негативні прояви. Зокрема, ***позитивність латентності*** визначається, насамперед, її обґрунтованістю, об'єктивним характером існування в КК України. Адже, як зазначає М.Д. Локшина, імпліцитне (приховане, неявне) притаманне будь-якому тексту та є ефективним способом економії мовних засобів. В тексті середнє значення явної та неявної інформації наближається до одиниці [5, с. 180]. І, навпаки, латентність має ***негативний прояв*** в тих випадках, коли спостерігається наявність необґрунтованих, непередбачуваних джерел, які несуть в собі приховані для сприйняття користувача змістовні елементи поняття [6, с. 20]. Тобто, у першому випадку латентність тексту КК України зумовлена об'єктивними причинами, а в другому – суб'єктивними, які проявляються в недоліках законодавчої техніки, недоопрацюванні законодавцем мовного вираження кримінально-правових норм.

Отже, враховуючи вище викладене, сформулюємо таке визначення латентності тексту КК України: ***це зумовлена об'єктивними та суб'єктивними чинниками невідповідність між кримінально-правовою нормою та статтею КК України, що обумовлює наявність у ньому прихованої (імпліцитної, неявної) інформації, яка визначається на рівні наукового пізнання та з використанням прийомів тлумачення.***

З'ясувавши загальнотеоретичні питання, які стосуються латентності тексту КК України, визначимо її **негативні прояви у ньому**.

По-перше, ***у випадку формулювання ознак складів злочинів за допомогою т.зв. «відкритого переліку»***. Наприклад, «інший спосіб» (ч. 2 ст. 157 КК України), «іншим чином» (ч. 1 ст. 160 КК України), «інші тяжкі наслідки» (ч. 2 ст. 194 КК, ч. 2 ст. 271 КК України) тощо. За такого текстуального оформлення ознак складу злочину маємо їх різне тлумачення у кримінально-правовій доктрині. Зокрема, кваліфікуючою ознакою порушення вимог законодавства про охорону праці (ч. 2 ст. 271 КК України) є заподіяння в результаті суспільно небезпечного діяння

загибелі людей або інших тяжких наслідків. Вчені-криміналісти по-різному визначають поняття «інші тяжкі наслідки». Зокрема, на думку І.Г. Поплавського, такі наслідки охоплюють велику матеріальну шкоду, знищення лісових масивів, загибель тварин тощо [9, с. 564]. В.І. Борисов та О.О. Бахуринська вважають, що до них належать тяжкі тілесні ушкодження хоча б одній людині або середньої тяжкості тілесні ушкодженя двом чи більше особам [10, с. 754; 11, с. 948]. А з точки зору В.О. Навроцького – це заподіяння хоча б одному потерпілому смерті чи тяжких тілесних ушкоджень [12, с. 760]. Не розглядаючи проблеми встановлення змісту термінологічного звороту «загибель людей» відзначимо, що під поняттям «інші тяжкі наслідки» у цій статті та в інших статтях Особливої частини КК України, де поєднуються в одну логіко-граматичну конструкцію звороти «загибель людей» та «інші тяжкі наслідки», необхідно розуміти лише заподіяння певної фізичної шкоди потерпілому. Адже шкода, яка позначена термінологічним зворотом «інші тяжкі наслідки» повинна бути однопорядковою з загибеллю людей (фізичною шкодою). Тому відповідним поняттям не може охоплюватися заподіяння матеріальної шкоди у будь-якому розмірі.

По-друге, ***якщо та чи інша ознака складу злочину термінологічно не виражена у диспозиції статті Особливої частини КК України, а її зміст не можна однозначно встановити, виходячи з інших ознак складу злочину (а в окремих випадках, і з санкції статті Особливої частини КК України)***. Наприклад, у ч. 1 ст. 143 КК України відсутня вказівка на те, хто може бути суб'єктом порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин людини. На думку М.І. Хавронюка, суб'єкт цього злочину загальний. «Як правило, … ним є медичний працівник, який порушує встановлений законом порядок трансплантації органів або тканин людини» [12, с. 325]. П.П. Андрушко вважає, ним може бути лише спеціальний суб'єкт – «особа медичного персоналу, яка здійснює діяльність по трансплантації (пересадці) органів або тканин людини, порушує встановлений законом порядок її проведення» [11, с. 343]. Погодимося з другою точкою зору, оскільки у ст. 1 Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині» трансплантація визначається як «спеціальний метод лікування, що полягає в пересадці реципієнту органа або іншого анатомічного матеріалу, взятих у людини чи у тварини» [13]. Саме через це порушити встановлений законом

порядок трансплантації (спеціального методу лікування) органів або тканин людини може лише медичний працівник.

По-третє, ***якщо ознака складу злочину не повністю термінологічно відображена у диспозиції статті Особливої частини КК України***. Наприклад, у ст. 155 КК України потерпілою від злочину названа особа, яка не досягла статевої зрілості без зазначення її статі. Відповідно до Правил проведення судово-медичних експертиз (обстежень) з приводу статевих станів в бюро судово-медичної експертизи, затв. Наказом МОЗ України № 6 від 17 січня 1995 р., експертиза встановлення статевої зрілості в Україні проводиться щодо осіб *жіночої статі* [*курсив наш – З.Т.*] віком з 14 до 16 років (п.п. 1.3, 2.1.1). А це, у свою чергу, означає, що потерпілою від злочину, передбаченого ст. 155 КК України, може бути лише особа жіночої статі, яка не досягла статевої зрілості. На нашу думку, для уникнення латентності у цьому випадку достатньо у диспозиції цієї статті зазначити, що потерпілим може бути як особа жіночої, так і чоловічої статі, яка не досягла статевої зрілості (приміром, як це сформульовано у ст. 154 КК України) та привести у відповідність Правила, які аналізувалися вище.

По-четверте, ***у випадку використання в КК України термінів (термінологічних зворотів), які не мають у ньому легальних дефініцій, а також для них відсутні контекстуальні (неявні) визначення***. Вони мають місце у тих випадках, коли зміст поняття прямо не розкривається, однак може бути більшменш точно встановлений на підставі статті чи нормативно-правового акта в цілому [14, с. 158]. При цьому, якщо вчені-криміналісти та практичні працівники по-різному визначають відповідне поняття, то його дефініцію доцільно закріплювати у КК України (зокрема, це стосується таких понять, як «шантаж», «загибель людей», «збут» тощо).

По-п'яте, ***якщо у статтях КК України використовуються терміни (термінологічні звороти), запозичені з інших нормативно-правових актів, які не мають у них законодавчих визначень*** (т.зв. подвійна латентність). Це стосується, наприклад, таких термінологічних зворотів, як «стратегічно важливі сировинні товари, щодо яких законодавством встановлено відповідні правила вивезення за межі України» (ч. 1 ст. 201 КК України), «мікробіологічні або інші біологічні агенти чи токсини» (ч. 1 ст. 326 КК України), «адміністрація виправної установи» (статті 391, 392 КК України), «члени сім'ї, коло яких визначається у законі» (ч. 2 ст. 385, ч. 2 ст. 396 КК України).

По-шосте, ***у випадку використання в статтях КК України такого синтаксичного прийому, як безсполучниковість***. Наприклад, у ч. 2 ст. 363[1] кваліфікуючі ознаки умисного масового розповсюдження повідомлень електрозв'язку сформульовані так: «ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, якщо вони заподіяли значну шкоду». Невживання сполучника «або» після слова «осіб» перетворює «якщо» в підрядний сполучник умови, а тому фактично за ч. 2 ст. 3631 КК України може наставати, якщо відповідні суспільно небезпечні діяння вчинені або повторно, або за попередньою змовою групою осіб, але за умови, що вони заподіяли значну шкоду.

Ми зупинилися лише на окремих аспектах латентності тексту КК України. Незважаючи на те, що в окремих випадках законодавець змушений використовувати приховану інформацію, саме вона створює труднощі при тлумаченні, кримінально-правовій кваліфікації, розмежуванні суміжних складів злочинів та їх відмежуванні від адміністративних правопорушень. У більшості випадків законодавець може усунути відповідну латентність, використовуючи певні терміни (термінологічні звороти) для зовнішнього виразу правових понять, які конструюють норму права без шкоди для стислості термінологічного апарату КК України. Однак, для виявлення негативних проявів латентності у тексті КК України, а також для її усунення необхідні ґрунтовні дослідження цієї проблеми та наполеглива праця не лише юристів, а й лінгвістів.

---

1. *Кострова М.Б.* Язык закона: Научное наследие М.Д. Шаргородского и современность // Правоведение. – 2004. – № 3. – С. 29–42.

2. *Ушаков А.А.* Очерки советской законодательной стилистики. – Пермь, 1967.

3. *Петрова И.Л.* Правовой синтаксис. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – Владимир, 2006. – 28 с.

4. *Тростюк З.А.* Понятійний апарат Особливої частини Кримінального кодексу України: Монографія. – К.: Атіка, 2003. – 144 с.

5. *Локшина М.Д.* Язык закона. – М., 1990.

6. *Туранин В.Ю.* Негативные проявления латентности законодательного текста // Право и образование. – 2005. – № 3. – С. 19–26.

7. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.–Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.

8. Українська мова: Енциклопедія. – К.: Українська енциклопедія, 2000. – 750 с.

9. Уголовный кодекс Украины: Комментарий / Под ред. Ю.А. Кармазина и Е.Л. Стрельцова. – Харьков: ООО «Одиссей», 2001. – 960 с.

10. Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. Ю.В. Бауліна, В.І. Борисова, В.В. Сташиса, С.Б. Гавриша та ін.; За заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – Вид. 3-є. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2007. – 1184 с.

11. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. 2-е вид. /За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – К.: Дакор, 2008. – 1428 с.

12. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. – 4-т вид. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2007. – 1184 с.

13. Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині: Закон України від 16 липня 1999 р. //Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 41. – Ст. 377.

14. *Власенко Н.А.* Язык права. – Иркутск: Восточно-Сибирское кн. изд-во, 1997. – 176 с.

П.Л. Фріс,
доктор юридичних наук, професор
(Прикарпатський юридичний інституту
Львівського державного університету
внутрішніх справ)

ДО ПОНЯТТЯ ОБМЕЖЕННЯ СФЕРИ ЗАСТОСУВАННЯ ПРАВА

Часто-густо аналіз явищ та процесів, у тому числі соціальних, можливий лише за допомогою достатньо парадоксального прийому, який тим не менше, активно застосовується у науці. Це аналіз на ґрунті протилежностей. Мається на увазі парадокс: щоб зрозуміти явище – треба спочатку пізнати його антипод. Саме з цього міркування почнемо аналіз питання про обмеження у праві.

Антиподом обмеження є безмежність.

Безмежність напевно, насамперед, асоціюється із Всесвітом. Людському розуму тяжко зрозуміти це поняття. Ми усі звикли жити в обмеженому просторі – там, де око, а від нього

розум можуть визначити відповідні межі – стіни, обрій тощо. Інша справа із Всесвітом. Нам важко уявити, що кінця і краю немає. Але це факт його існування і ми усвідомлюючи це приймаємо його за константу.

Цікавим є те, що фактично суспільство, на своєму рівні, повторює Всесвіт, є його моделлю і відтворює його основні закони на своєму рівні. Як закони Всесвіту, так і закони суспільства прагнуть до всеохоплення. Як закони Всесвіту так і натуральні закони не підвладні людській волі. Вони дані споконвічно.

Закони Всесвіту є основоположними для нього і відповідним чином відтворюються у натуральному праві. Природній закон, природне право (натуральне право – *jus naturales*) фактично не підвладний людській волі. Він є даним і людина лише робить спробу, тим чи іншим чином, його інтерпретувати (часто вдала, а у більшості випадків ні). Людина (суспільство) постійно робить спробу у законах держави «підправити» натуральний закон через власне, суб'єктивне визначення його поняття та тлумачення його змісту. Звичайно, що ці спроби частіше є невдалими і нежиттєздатними. Приклади цього зустрічаються на кожному кроці. Але досить часто вони відповідають внутрішнім прагненням самого природного права і тоді стають дійсно потужними інструментами, регуляторами суспільного життя.

Наші роздуми торкаються питання і про сферу діяльності натурального права. І саме на цьому рівні бачимо наявність колізії у самому натуральному праві. Виникнувши як універсальний механізм регулювання взаємовідносин членів суспільства у їх повсякденному житті, воно об'єктивно прагне до максимального розширення сфери власного застосування. І це абсолютно зрозуміло. оскільки будь-яка система, внаслідок дії законів системності, прагне максимально розширити сферу власного застосування. Одночасно таке розширення завжди буде суперечити оптимізації вирішення завдань, що стоять перед системою у цілому, оскільки викликатимуть, як зовнішні конфлікти даної системи з іншими, так і внутрішні конфлікти всередині системи, між її складовими елементами.

Це об'єктивно впливає на інший інтерес системи, який може бути визначений, як прагнення до максимальної ефективності системи.

У зв'язку з цим виникає внутрішніх конфлікт між інтересами при якому досягається компроміс між ними, який вирішується шляхом застосування обмежень.

Фактично у цьому компромісі яскраво проявляє себе закон єдності та боротьби протилежностей добре відомий філософській науці.

Соціальні закони (*jus sociales*), за великим рахунком, повинні завжди відповідати натуральному праву. Але ми знов стикаємось з парадоксом – як природне право прагне до безмежності у вирішення сфери свого застосування, так і соціальні закони прагнуть до цього ж. Однак, якщо від прагнення перших людство тільки виграє, то для других це може призвести до негативних наслідків (дивлячись на те, хто формулює, приймає, впроваджує, виконує та т. ін. соціальні закони). Історії, у тому числі нашій недавній, добре це відомо. Найяскравішим прикладом реалізації цього прагнення є спроба запровадити у життя принцип «Дозволено все, що передбачено законом», який був притаманний радянському законодавству.

Що ж таке правове обмеження? Як слід його розуміти? Але почнемо із з'ясування змісту самого терміну «обмеження». Новий Тлумачний словник української мови визначає поняття «обмежити», як «не допускати поширення чого-небудь; локалізовувати» [1, с. 29]. Тлумачний словник російської мови визначає «обмеження» («ограничение») як «сжатие, ограничивающее права, возможности» [2, с. 153].

Але це загальне розуміння обмеження, як такого.

Обмеження у правовій сфері може виступати у двох видах. По-перше, обмеження у сфері застосування самого права. По-друге, – обмеження, які визначає закон для суб'єктів тобто, обмеження застосування закону як такого.

Одразу слід зауважити, що другі визначаються першими. Тому без з'ясування змісту перших не можна вести мову про другі.

Обмеження сфери застосування права, як це не парадоксально, пов'язане із бажанням максимального посилення дії закону у цілому. Вони визначаються законами системності коли кожний елемент системи виконує свою функцію у власній визначеній сфері. При цьому ці сфери визначені умовами ефективності закону. Вони не повинні пересікатись, накладатись одна на другу оскільки тоді буде зменшуватись їх ефективність. Єдине що може бути це їх лінійна залежність коли один закон є логічним продовженням (можливо розвитком) другого (наприклад відповідальність за адмінправопорушення, яке може при відповідних умовах перерости у злочин). Фактично обмеження служить меті посилення дії правового припису оскільки розши-

рення сфери може, так би мовити, «розмивати» припис, що буде суттєво зменшувати силу його впливу. Цей вид обмеження може бути визначений, як *обмеження по горизонталі*.

Другий вид – *обмеження по вертикалі*, яке полягає в обмеженні по колу об'єктів правового регулювання, охорони, в обмеженні по суб'єктам, в обмеженні по видам діяльності та т. ін.

Вказані особливості висувають надзвичайно важливу проблему, яка стоїть перед законодавцем в полягає у чіткому визначенні: а) меж дії соціального закону і б) напрямку його дії.

А.В. Малько пов'язує зміст правового обмеження виключно з першим рівнем (горизонтальним) і визначає його як: «... правове стримування протизаконного діяння, що створює умови для задоволення інтересів контрсуб'єкту й суспільних інтересів в охороні й захисті» [3].

Зміст категорії «правове обмеження» повинен розкриватись у співвідношенні з категорією «правовий дозвіл», який являє собою можливість, що надана кожному члену суспільства, за допомогою максимально широкого кола діянь, що обираються відповідно до волі, можливостей та т. ін., задовольняти власні потреби та інтереси. Тут йдеться про формування правового режиму на базі принципу «усе, що не заборонено, те дозволено», тобто, спочатку дозволяється (теоретично) все, після чого встановлюється система правових обмежень, що і формує рамки припустимого поводження.

Вихідним для цього положення є норма ст. 22 Конституції України, яка встановлює: «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 звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод».

---

1. Новий тлумачний словник української мови: У 3-х т. – К.: АКОНІТ, 1998. – Т. 3.

2. *Ушаков Д.* Толковый словарь русского языка: В 4 т. – М:, 1996. – Т. 4.

3. *Малько А.В.* Стимулы и ограничения в праве. – М., 2003.

А. Чистякова,
аспірант
(Київський національний університет імені Тараса Шевченка)

ШЛЯХИ УСУНЕННЯ ПРОГАЛИН У МЕХАНІЗМІ ЗЛОЧИННОГО ПОСЯГАННЯ, ПОВ'ЯЗАНОГО З ПРИМУШУВАННЯМ ДО АНТИКОНКУРЕНТНИХ УЗГОДЖЕНИХ ДІЙ

І. У чинній редакції ст. 228 КК механізм злочинного посягання, пов'язаного з примушуванням до антиконкурентних узгоджених дій, має ряд прогалин.

Насамперед не врахувано різне «значення» предмета антиконкурентних узгоджених дій у регулятивному законодавстві та у чинній редакції ст. 228 КК. Зокрема, у ч. 1 цієї статті акцентується на об'єкті примушування – потерпілому. Це знову ж таки обумовило відсутність законодавчої конкретизації різновидів антиконкурентних узгоджених дій в диспозиції 228 КК. При цьому врахування такого значення має здійснюватись залежно від:

а) специфічної юридичної конструкції складу (складів) господарських правопорушень, визначених у Законі «Про захист економічної конкуренції», а також співвідношення його (їх) ознак зі змістом елементів складів злочину, передбаченого чинною редакцією ст. 228 КК;

б) особливостей відтворення окремих ознак (властивостей) антиконкурентних узгоджених дій у структурі основного і кваліфікованого складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 228 КК, яка має враховуватись при вдосконаленні чинної редакції ст. 228 КК, де мають бути відтворені: у ч. 1 – ознаки складу відповідного господарського правопорушення (їх сукупності) у поєднанні з певними криміноутворюючими ознаками, якими (криміноутворюючі ознаки) в основному складі злочину може виступати матеріальна і нематеріальна шкода, що охоплюється поняттям «тяжкі наслідки»; у ч. 2 – додаткові криміноутворюючі ознаки, які відтворюють зміст (характер) заподіяння шкоди додатковому безпосередньому об'єкту (об'єктам). В цьому разі доцільно враховувати таке заподіяння залежно від варіативності складових юридичних конструкцій «тяжкі тілесні ушкодження» (так само, як і в ч. 4 ст. 187), «тяжкі тілесні ушкодження або інші тяжкі наслідки», «загибель людини або інші тяжкі наслідки»,

«поєднане з насильством, небезпечним для життя і здоров'я потерпілого»;

в) особливостей криміналізації діяння, які залежать від: особливостей заподіяння шкоди основному і додатковому безпосередньому об'єкту цього злочину; характеристик предмета антиконкурентних узгоджених дій, що визначених регулятивним законодавством; характеристик об'єкта примушування у способи, передбачені чинною редакцією ч. 1 ст. 228 КК;

г) ступеня і характеру суспільної небезпечності діянь, які встановлюється шляхом врахування у змісті антиконкурентних узгоджених дій шкідливих наслідків: а) обмеження конкуренції та б) матеріальної і нематеріальної шкоди.

Зважаючи на доцільність конкретизації та криміналізації окремих видів антиконкурентних узгоджених дій (встановлення єдиних цін чи інших умов реалізації товарів (робіт, послуг), фальсифікацію результатів аукціонів, тендерів, конкурсів, можна дійти висновку про доцільність «обмеження» рівня криміналізації лише тими явищами, що набувають характеру кваліфікованих чи особливо кваліфікованих ознак складу злочину. Таке обмеження абсолютно не стосується формулювань, що позначають різновиди антиконкурентних узгоджених дій, які маючи характер узагальнюючих, відтворюють всі ознаки (характеристики) господарських правопорушень, передбачених чинним регулятивним законодавством. Такий підхід відповідає існуючим в кримінальному праві принципам: а) відсутності прогалин у законі й не надмірності заборони; б) визначеності і єдності термінології (у межах бланкетних норм кримінального закону та норм чинного регулятивного (некримінального) законодавства. Саме з цих принципів слід виходити при обранні «способів» узагальнення у ч. 1 запропонованого проекту ст. 228 КК різновидів антиконкурентних узгоджених дій, передбачених у нормах чинного регулятивного законодавства. При цьому тлумачення змісту і значення обраних термінів (термінологічних зворотів), наявного в нормативно-правовому акті, не потребує його дублювання у названих кримінально-правових нормах. Адже при такому узагальненні враховується сприйняття загального змісту положень Закону «Про захист економічної конкуренції» та інших нормативних актів. Таке комплексне застосування викладеної системи неминуче обумовлює позитивний результат – взаємозалежність і взаємодію всіх ознак основного, кваліфікованого та особливо кваліфікованого складів злочину, редакція якого пропонується нижче.

Відсутність надмірної криміналізації пов'язується з доцільністю криміналізації лише такого діяння, боротьба з яким кримінально-правовими засобами може стати ефективною і прогнозовані побічні соціальні наслідки такої криміналізації не є негативними [1, с. 8]. Тому передусім вважаю за необхідне застерегти, що криміналізація зазначених типів (видів) антиконкурентних узгоджених дій (з урахуванням запровадження відповідних криміноутворюючих ознак); на даний момент обумовлена відсутністю належного забезпечення ефективної боротьби кримінально-правовими засобами з такими діяннями, а існуючі адміністративно-, цивільно- та господарсько-правові засоби боротьби, будучи більш м'якими, ніж кримінально-правові, призначені передусім для вирішення численних соціально-економічних проблем, які не запобігають заподіянню істотної шкоди засадами добросовісної конкуренції, про що йшлося вище, а також відсутністю у чинному КК «суміжних» (інших) складів злочинів, ознаки яких повністю би охоплювали (навіть при кваліфікації за правилами сукупності злочинів) такі дії. За таких умов «частина» вчинюваних дій, незважаючи на реально заподіяні наслідки залишається поза увагою кримінального закону, а застосування в окремих випадках норм адміністративного, господарського чи цивільного права, як вже зазначалось, не є ефективним.

Крім того, у змісті (складових елементах) юридичної конструкції основного складу злочину, не відображені всі особливості механізму злочинного посягання на засади добросовісної конкуренції. У свою чергу така ситуація зумовлює «випадіння» із змісту норм КК зазначених вище діянь, ступінь і характер суспільної небезпечності яких характеризується здатністю «заподіювати об'єктам кримінально-правової охорони (а не будь-яким іншим об'єктам) істотну (а не будь-яку іншу) шкоду» [2].

З урахуванням наведених вище положень зміна редакції ст. 228 КК, у т.ч. у зв'язку необхідністю з криміналізації певних діянь, не призведе до небажаної конкуренції з іншими нормами КК, не ускладнюючи таким чином процес їх кваліфікації, а також сформулювати «умови кримінально-процесуального характеру», які пов'язані з доказуванням факту вчинення даних діянь кримінально-процесуальними засобами [1, с. 9], оскільки у АМК не передбачена підстав та порядку отримання (одержання) необхідної інформації для доведення факту узгодженості дій. Так, для розслідування правопорушень у вигляді антиконкурентних угод досліджується не тільки індивідуальне становище підприємців на ринку, а й їх можливість обмежувати конкуренцію

на ринку спільно, змінювати рівень конкуренції між учасниками угоди, динаміка зміни цін товарів на певному ринку [3, с. 17].

II. При характеристиці насильства як «способу примушування», що передбачений у ч. 1 ст. 228 КК законодавець не передбачає його поділ залежно від характеру небезпечності для життя і здоров'я, як це передбачено, наприклад, у ч. 2 і ч. 3 ст. 206 КК. Зокрема, у ч. 2 ст. 206 КК при конструюванні кваліфікованого складу протидії законній господарській діяльності альтернативно визначені такі обставини: 1) повторність; 2) вчинення за попередньою змовою групою осіб; 3) погроза вбивством; 4) погроза заподіяння тяжких тілесних ушкоджень; 5) насильство, що не є небезпечним для життя і здоров'я; 6) пошкодження та знищення майна (ч. 2). Відповідно у ч. 3 цієї статті у особливо кваліфікованому складі цього злочину відповідні обставини систематизовані таким чином: 1) вчинення протидії законній господарській діяльності організованою групою; 2) службовою особою з використанням службового становища; 3) насильство, небезпечне для життя чи здоров'я ; 4) заподіяння великої шкоди; 5) настання тяжких наслідків. У свою чергу, при порівнянні чинних редакцій ст. 206 та 228 КК з'ясовується, що у ст. 206 КК поняття «насильство, що не є небезпечним для життя і здоров'я» у межах ч. 2 цієї статті поєднується з тими ознаками, які у ст. 228 КК взагалі не передбачені, а поняття «насильство, небезпечне для життя чи здоров'я» передбачається у ч. 3 ст. 206 КК у поєднанні з ознаками, лише одна із яких передбачена у ст. 228 КК – «вчинення організованою групою». Отже, відсутність такого законодавчого «поділу» насильства у ст. 228 КК, як це має місце у суміжних складах злочину, передбаченого ст. 206 КК, не дозволяє вдосконалити ст. 228 КК таким чином, щоб вичерпний перелік ознак основного та кваліфікованого (особливо кваліфікованого) складів був визначений хоча б з урахуванням двох видів насильства, які передбачені у ч. 2 і ч. 3 ст. 206 КК. При цьому особливої уваги потребує врахування в межах одного складу злочину (передбаченого ст. 206 КК): а) насильства, що не є небезпечним для життя чи здоров'я, у поєднанні з тими діями, які не призвели до безпосереднього заподіяння реальної шкоди життю чи здоров'ю потерпілого («дії, вчинені … з погрозою вбивства чи заподіяння тяжких тілесних ушкоджень»), та з діями, які призвели до заподіяння шкоди, але не життю чи здоров'ю, а праву власності («дії, вчинені «з пошкодженням чи знищенням майна»); б) насильства, небезпечного для життя чи здоров'я, з діями, які пов'язані з реальним заподіянням шкоди

(«заподіяння великої шкоди чи спричинення інших тяжких наслідків»). При визначенні такого «врахування» слід мати на увазі, що:

– поняття насильства (незалежно від ступеня і характеру його небезпечності для життя і здоров'я) та дій, пов'язаних із створенням реальної загрози вбивства чи заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, співвідносяться як ціле (насильство) і частина. Зокрема, психічне насильство, якраз і передбачає виникнення реальної загрози життю чи здоров'ю. При цьому ці термінопоняття характеризують діяння, що посягають на тотожні об'єкти кримінально-правової охорони. У той же час різні (різнорідні) об'єкти мають враховуватись при характеристиці дій, пов'язаних з насильством або пошкодженням чи знищенням майна (в останньому випадку таким об'єктом є право власності конкретної особи на певне майно);

– слід враховувати відповідні ознаки насильства та тих видів суспільно небезпечних наслідків, які передбачені у ч. 3 ст. 206 КК («велика шкода» та «інші тяжкі наслідки»).

Необхідність вдосконалення ст. 228 КК обумовлюється також тим, що сфера публічного права охоплює ті відносини, які виникають в результаті вчинення будь-якого правопорушення, передбаченого відповідною статтею Закону України «Про захист економічної конкуренції». При цьому, як обґрунтовано зауважує Б.В. Волженкін, такі відносини, маючи певні особливості, не можуть бути врегульовані лише нормами господарського законодавства, оскільки здатні заподіяти певну шкоду публічним інтересам [4, с. 695]. Така позиція цілком узгоджується з вимогами Закону РФ «О Защите конкуренции» [5] та може бути відтворена при характеристиці підстав криміналізації названих вище вчинків. При цьому особливість зазначених відносин обумовлюється передусім відсутністю права держави в особі правозастосовчих органів застосовувати заходи кримінальної репресії за заподіяння істотної шкоди таким публічним інтересам. Залежно від цього, між іншим, слід формулювати зміст наслідків як результату названих вище дій. І, знов-таки, використовуючи висновок Б.В. Волженкіна про доцільність (необхідність) конструювання наслідків дій, описаних у ст. 178 КК РФ, таким чином, щоб охопити заподіяння шкоди будь-яким правам і законним інтересам громадян [4, с. 695] (саме цей висновок слід брати за основу при подальшому визначенні шляхів вдосконалення чинної редакції ст. 228 КК на рівні відповідних ознак складу злочину).

Вид і зміст наслідків, які пропонуються передбачити у новій (запропонованій) редакції ст. 228 КК, має визначатись зале-

жно від особливостей істотного ушкодження (порушення) тих соціальних цінностей, які можна визнати «спільною» ознакою складів не лише злочину, передбаченого ст. 228 КК, але і складів суміжних злочинів і передусім, складу злочину, передбаченого ст. 206 КК, у примітці до якої законодавцем встановлена сума неоподаткованих мінімумів доходів громадян. Отже, враховуючи зазначену «спільність» (схожість) ушкодження (порушення) зазначених цінностей при вчиненні діянь, передбачених відповідними частинами ст. 206 та 228 КК, своєрідним орієнтиром («показником») заподіяної матеріальної шкоди при вчиненні антиконкурентних узгоджених дій може служити сума, що в 500 і більше разів перевищує нмдг.

---

1. *Хавронюк М.І.* Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2007.

2. Див.: *Хавронюк М.І.* Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2007. – С. 8; Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник / Ю.В. Александров, В.І. Антипов, О.О. Дудоров та ін. Вид. 4-е, переробл. та допов. / За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – К.: Атіка, 2008. – С. 46.

3. *Журик Ю.* Порядок розгляду справ про порушення антимонопольного законодавства України // Хозяйственное право. – 2000. – № 7. – С. 15–17.

4. *Волженкин Б.В.* Избранные труды по уголовному праву и криминологии (1963 – 2007 гг.).– СПб.: Юридический центр Пресс, 2008. – 971 с.

5. Федеральный закон «О защите конкуренции». – М.: Омега-Л, 2008. – 70 с.

Н.В. Шигина,
кандидат юридических наук
(Московская государственная юридическая академия, РФ)

ИНТЕРЕС И НОРМЫ УГОЛОВНОГО ПРАВА

Интересы субъектов уголовного права и субъектов уголовно-правовых отношений не зависят от того, положениями

какой части УК РФ они обеспечены, гарантированы, урегулированы. Их выделение условно. Можно говорить лишь о технико-юридических аспектах отражения в Общей или Особенной частях УК РФ этих интересов. В положениях Общей части УК РФ закреплены преимущественно нормы регулятивного характера, содержание которых предполагает взаимные права и обязанности субъектов соответствующих отношений. Такие отношения характерны для субъектов уголовного права. Поэтому интересы субъектов уголовного права получили концентрированное выражение именно в Общей части УК РФ.

Все интересы субъектов уголовного права дифференцируются на основные, производные и дополнительные.

Личности как субъекту уголовного права (в политико-правовых отношениях) свойственны следующие интересы: 1) безопасность от преступных посягательств (ст. 2 УК РФ); 2) безопасность от власти (ст.ст. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 14, 43 УК РФ).

Интересы безопасности личности от преступных посягательств могут быть заключены в производную форму – дозволения обороны (ст. 37 УК РФ). Так же интересы личности в безопасности от власти имеют производную фору отражения в ст. 40 УК РФ.

Наряду с основными и производными интересами субъектов уголовного права в обстоятельствах, исключающих преступность деяния, выделяются их *дополнительные интересы.* Таковыми являются интересы безопасности субъектов уголовного права от преступных посягательств, а также интересы ее обеспечения в обстоятельствах, которые выходят за рамки уголовно-правового регулирования, а также не определяют содержание его функций и задач. В дозволении причинения вреда лицу, совершившему преступление (ст. 38 УК РФ), отражаются интересы обеспечения правосудия. Дозволение причинения вреда в обстоятельствах обоснованного риска (ст. 41 УК РФ) позволяет реализовать интересы, нейтральные с точки зрения уголовного права. Общественно полезные цели могут определяться интересами деятельности в различных сферах общественного бытия (например, интересами интенсификации производства, обеспечения качества и эффективности профессиональной деятельности и пр.). Исполнение приказа или распоряжения (ст. 42 УК РФ) исключает преступность деяния в силу того, что соблюдение интересов службы обусловлено отношениями власти – подчинения и потому допускается в интересах реализации указанных отношений.

Обстоятельства задержания лица, совершившего преступление, выступают по отношению к уголовно-правовому отношению, возникшему из юридического факта совершения преступления, как внешние обстоятельства, которые находится за пределами уголовно-правового регулирования.

Интересы общества как субъекта уголовного права включают в себя: 1) основные – безопасность от преступных посягательств (ст. 2 УК) и производные – безопасность как от преступных посягательств, обеспечиваемая путем дозволения оборонительных действий (ст. 37 УК); 2) дополнительные – безопасность в обстоятельствах, выходящих за рамки уголовно-правового регулирования (ст.ст. 38, 39, 41, 42 УК РФ).

Интересы государства как субъекта уголовного права.

Основные: 1) безопасность от преступных посягательств (ст. 2 УК РФ). Производным от него является интерес безопасности от преступных посягательств, реализация которого связывается с дозволением оборонительных действий; 2) обеспечение безопасности субъектов уголовного права (ст. 2, 37–42 УК РФ). Поскольку интересы предупреждения преступлений (как специального, так и общего) реализуются посредством принципов уголовной ответственности, они являются производными от интересов обеспечения безопасности субъектов уголовного права; 3) интересы установления (ст.ст. 3, 8, 14, 43 УК РФ) и соблюдения (ст.ст. 4, 5, 6, 7 УК РФ) границ власти.

Дополнительные: интересы обеспечения мира и безопасности человечества (ст. 2 УК РФ).

Все указанные выше интересы субъектов уголовного права отражены также в соответствующих статьях (и положениях) Особенной части УК РФ.

В науке уголовного права достаточно хорошо разработаны критерии уголовно-правовой оценки преступного деяния. Критерии оценки интересов субъектов уголовного права не установлены не только с точки зрения их практического применения, но даже и на методологическом (общем) уровне. Между тем в этом есть необходимость. Она чувствуется наиболее остро в ситуации уголовно-правовой характеристики обстоятельств, исключающих преступность деяния.

Современные научные и доктринальные представления о пределах причинения вреда в обстоятельствах, исключающих преступность деяния, обусловлены ограничением их политико-правовой сущности общими интересами социальной пользы без

учета особенностей интересов субъектов уголовного права, реализация которых гарантирована соответствующим уголовно-правовым институтом.

«Явное несоответствие» не ограничивает смысл положения о критериях установления пределов крайней необходимости. Оно служит указанием на *необходимость сравнения* интересов субъектов уголовного права, охраняемых уголовным законом и вступивших в коллизию в особых обстоятельствах. Этот качественный критерий уголовно-правовой оценки определяет условия оценки последующей – количественной. Именно в нем и заключается смысл соотношения интересов субъектов уголовного права как основная проблема, от решения которой зависит формула допустимости причинения вреда.

Представляется неоправданным и противоречащим Конституции РФ один из признаков необоснованного риска, указанный в ч. 3 ст. 41 УК РФ: «Риск признается необоснованным, если он заведомо был сопряжен с угрозой для жизни многих людей». Содержание интересов в области, названной законодателем «для достижения общественно полезной цели» не определено и не ограничено. При этом законодатель не упоминает о количественных критериях оценки, видимо, потому, что в обстоятельствах обоснованного риска (при отсутствии опасности, грозящей субъектам уголовного права) они неуместны, поскольку отсутствует коллизия (столкновение) интересов. *Качественному критерию придается абсолютное уголовно-правовое значение.*

Последовательность в этом вопросе требует устранить указанное несоответствие. Поэтому целесообразно изложить ч. 3 ст. 41 УК РФ в следующей редакции: *«Риск не признается обоснованным, если он заведомо был сопряжен с угрозой для жизни хотя бы одного человека, с угрозой экологической катастрофы или общественного бедствия».*

В определении критериев сравнительной ценности интересов субъектов уголовного права структура Особенной части УК имеет значение лишь постольку, поскольку она позволяет обособить охраняемые уголовным законом интересы различных (хотя и равноправных) субъектов уголовного права – личности, общества и государства. Предлагается лишь абстрактная схема сравнения их ценности, которое должно зависеть не от характеристики субъектов, не имеющих друг перед другом преимуществ в уголовно-правовой охране, а от значимости тех или

иных интересов для каждого из них. По этому критерию важность интересов субъектов уголовного права, определяющих *необходимые* условия их существования, представляется более значительной по сравнению с интересами, определяющими *достаточные* условия существования этих субъектов.

Необходимые условия существования личности, охраняемые уголовным законом, определяются интересами безопасности жизни и здоровья человека. К интересам, определяющим *достаточные условия*, могут быть отнесены: 1) личные и политические (конституционные) права и свободы; 2) потребности в реализации социальных функций; 3) экономические интересы, реализуемые посредством экономической деятельности.

К *интересам общества, определяющим необходимые условия его существования*, относятся: 1) общественная безопасность; 2) здоровье населения; 3) экологическая безопасность. *Достаточные условия существования общества* определяются: 1) интересами защищенности общественного порядка; 2) общественной нравственности; 3) потребностями в нормальном функционировании средств общественных коммуникаций; 4) экономические интересы, реализуемые посредством экономической деятельности.

Необходимые условия существования государства определяются, по существу, элементами внутреннего и внешнего его суверенитетов. Ему соответствуют интересы: 1) безопасности основ конституционного строя, политической системы, внешняя и экономическая безопасность; 2) интересы безопасности ветвей власти (судебной и исполнительной).

Достаточные условия существования государства определяются: 1) интересами государственной службы и службы в органах местного самоуправления; 2) надлежащим функционированием правосудия; 3) надлежащим функционированием системы управления; 4) экономическими интересами государства как равноправного носителя имущественных благ.

В настоящее время экономические интересы, выраженные в институте собственности, получили признание как таких интересов, которые определяют необходимые условия существования всякого субъекта уголовного права в равной мере. Поэтому следует дополнить разделы классификации о необходимых условиях существования всех субъектов уголовного права еще одним обстоятельством – интересами собственности.

Интересы субъектов уголовно-правовых отношений, определяемых содержанием уголовно-правового запрета и отно-

шений ответственности, дифференцируются по субъектам, значению и содержанию.

Интересы лица, совершившего преступление:

– Основные (соблюдение установленных границ репрессивной власти):

1) интерес в определенности признаков преступления (ст. 14, гл. 6 УК РФ); 2) определенность оснований и пределов ответственности (ст. 8, гл. 3, 4, 5, 7, ст. 86 УК РФ). Производным от него является интерес целесообразности ответственности (гл. 11 УК РФ); 3) интерес в умеренности, определенности и пропорциональности наказания (гл. 9, 10 УК), интерес в целесообразности наказания (гл. 12 УК РФ).

– Дополнительные интересы: 1) интерес в снисхождении власти (ст. 84, 85, п. »д» ч. 1 ст. 61 УК РФ); 2) интерес в получении социальных привилегий (разд. V, ст. 82, пп. «б», «в», «г» ст. 61 УК РФ).

Интересы потерпевшего:

– Основные (защищенность от преступных посягательств): наказание виновного или применение к нему иных мер уголовно-правового характера (ч. 2 ст. 2 УК РФ). Производным от указанного интереса является интерес возмещения ущерба и заглаживания вреда, причиненных преступлением (п. «к» ч. 1 ст. 61, ст.ст. 75, 76 УК).

– Дополнительные интересы: 1) гарантии защищенности в условиях исполнения служебных функций или общественного долга (п. «ж» ч. 1 ст. 63 УК РФ); 2) гарантии защищенности лиц, нуждающихся в особой социальной заботе и поддержке (п. «З» ч. 1 ст. 63 УК РФ); 3) гарантии защищенности в связях общественных и гражданских (п. «м» ч. 1 ст. 63 УК РФ).

Государство как субъект уголовно-правовых отношений, обусловленных содержанием уголовно-правового запрета, может выступать в роли потерпевшего. В этом случае ему свойственны характерные для потерпевшего основные интересы.

Все перечисленные интересы данного субъекта уголовно-правового отношения, определяемого содержанием уголовно-правового запрета, отражены в соответствующих статьях и положениях Особенной части УК РФ.

Интересы государства как субъекта уголовно-правового отношения могут быть только основными. В правоотношениях, обусловленных содержанием уголовно-правового запрета, а также в отношениях ответственности государство выступает и в

другой роли – субъекта безопасности. Его власть и полномочия ограничены и не могут выходить за пределы прав и обязанностей как субъекта уголовного права, задача которого заключается в обеспечении безопасности личности, общества и государства. Следовательно, у государства, выступающего в качестве субъекта уголовно-правового отношения (обусловленного содержанием запрета и отношения ответственности), не должно быть (и не может быть) каких-либо дополнительных интересов, помимо тех, которые принадлежат ему как субъекту уголовного права.

Основные интересы обеспечения безопасности личности, общества и государства включают:

1) наказание виновного или применение к нему иных мер уголовно-правового характера; производными от них являются: а) возмещение ущерба, причиненного преступлением; б) предупреждение преступлений; в) применение мер безопасности (гл. 15 и 15[1] УК).

2) установление и соблюдение границ власти. Производными выступают: а) интересы целесообразности ответственности и наказания; б) интересы снисхождения и представления социальных привилегий.

Специфика функций государства как субъекта уголовного права, а также субъекта уголовно-правовых отношений, обусловливаемых содержанием уголовно-правового запрета, и отношений ответственности определяет общность содержания его интересов и интересов других субъектов уголовно-правовых отношений (лица, совершившего преступление, и потерпевшего).

Уголовно-правовое значение интересов, с одной стороны, и общественных отношений, с другой стороны, различается в зависимости от контекста, а именно – в зависимости от того ведется ли речь об уголовно-правовой охране и ее объектах или об объекте преступления. По смыслу ст. 2 УК РФ, уголовный закон охраняет от посягательств выделенные им интересы личности, общества и государства (интересы субъектов уголовного права). Следовательно, *объектами уголовно-правовой охраны являются интересы субъектов уголовного права (личности, общества и государства).*

Преступление, как основной элемент отношения, определяемого содержанием уголовно-правового запрета, представляет собой индивидуализированную связь между формально определенными лицами. В этом смысле объект преступления должен определяться в указанной системе координат, т. е. – связей, отношений. С этих позиций объектами преступлений являются

общественные отношения. Именно они определяют содержание формально-юридических признаков преступления (состава преступления), а также формально-юридические признаки субъектов уголовно-правовых отношений.

Однако понятие «общественные отношения» не приемлемо для характеристики объектов уголовно-правовой охраны, поскольку они определяются содержанием не уголовно-правовых, а политико-правовых отношений. В связи с этим отличаются спецификой уголовно-политические функции интересов субъектов уголовного права.

Функция интересов субъектов уголовного права состоит в определении системы уголовно-правовых запретов.

Разделы Особенной части УК РФ не отражают содержание родового объекта преступления. Они отражают классификацию жизненно важных интересов субъектов уголовного права, которые определяют содержание родового объекта преступления. Относительная абстрактность родового объекта преступления не имеет отношения к основаниям выделения в Особенной части УК РФ того или иного раздела. Таким основанием служит не объект преступления, а объект уголовно-правовой охраны, т.е. интересы субъектов уголовного права.

Л.С. Щутяк,
(ВДСБЕЗ ЛМУ ГУМВС України у Львівській області)

ДЕЯКІ ПРОГАЛИНИ У НОРМАТИВНІЙ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ЗАМАХУ НА ЗЛОЧИН ЗА ЧИННИМ КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

1. Одним з інститутів українського кримінального права, що зазнав змін у зв'язку із прийняттям КК України 2001 р., є інститут незакінченого злочину. Якщо врегулюванню цього питання у КК 1960 р. була присвячена одна стаття – ст. 17 КК, яка складалася з чотирьох частин, то в чинному КК цьому інституті присвячено вже 5 статей (ст. 13–16, ч. 1–3 ст. 68 КК). Окрім цього, слід зазначити, що Законом від 15 квітня 2008 р. [1] змінено особливості застосування покарання за готування до злочину та замах на злочин. Незважаючи на таке вдосконалення є підстави вважати, що виклад вищеназваних статей не можна вважати досконалим.

2. В науці кримінального права питання про кримінальну відповідальність за незакінчений злочин завжди було актуальним. Однак, у кримінально-правовій теорії протягом всієї історії її існування не було єдиної думки стосовно визначення поняття «стадія злочину» і його співвідношення із поняттям «види незакінченого злочину» Дослідженню найбільш спірних проблем цієї теми присвятили свої праці О.О. Дудоров, Б.С. Житнигор, В.А. Клименко, П.С. Матишевський, М.І. Мельник, А.О. Пінаєв, В.П. Тихий, П.Л. Фріс, М.І. Хавронюк та ін.

3. З моменту прийняття КК в Україні з проблематики стадій вчинення злочину, захищено дві дисертації [2]. В них пропонувались варіанти вирішення окремих проблемних питань, проте більшість таких пропозицій не були сприйняті (чи почуті) законодавцем. Окрім цього, певні з проблемних питань вчення про замах на злочин залишились поза увагою як законодавця так і науковців. Саме на них ми і закцентуємо свою увагу.

4. Насамперед слід відзначити, що ознайомлення зі змістом ст. 15 КК засвідчує різний підхід законодавця до формулювання назви аналізованого поняття – у назві ст. 15 КК та ч. 1 цієї статті використовується термін «замах на злочин», у ч. 2, 3 ст. 15 КК – «замах на вчинення злочину». Виникає питання: чи можна вважати ці терміни тотожними? Якщо ні, то який з них більш точний.

Проблема в тому, що невирішеним є питання, що таке замах – стадія вчинення злочину чи вид незакінченого злочину. Аналогічну ситуацію стосовно готування до злочину, Н.В. Маслак пропонує вирішувати наступним чином «його слід розглядати в двох аспектах: як стадію вчинення умисного злочину та як самостійний вид злочину». Проте така позиція видається швидше вимушеною ніж обґрунтованою.

При вирішенні цього питання, на нашу думку слід звернутися насамперед з назви розділу КК в якому міститься ст. 15, присвячена визначенню поняття замаху на злочин. Ця назва сформульовано наступним чином «Злочин, його види та стадії». Така назва не може дати підстав для вирішення питання що таке замах на злочин: вид злочину чи його стадія.

Дещо інша ситуація зі змістом цього розділу. В ньому про замах говориться лише як про вид незакінченого злочину (ч. 2 ст. 13 КК). Проте, в ч. 3 ст. 31 КК зазначено, що «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». Це дає підстави вважати, що законо-

давець розглядає замах як стадією злочину. Тобто виходячи зі змісту статей розділу 6 Загальної частини КК та ч. 3 ст. 31 КК висновку, що ж таке замах (вид незакінченого злочину чи його стадія) зробити неможливо.

Разом з тим, аналіз статей розділу 6 Загальної частини КК дозволяє стверджувати, що використання терміну замах на злочин не узгоджується з визнанням замаху видом незакінченого злочину. Беззаперечним, на нашу думку, є те, що замахом визнається лише діяння яке є суспільно небезпечним, кримінально протиправним, винним, вчиненим суб'єктом злочину, а отже злочином. Відтак, якщо замах – це злочин, то в ч. 2 ст. 13 КК, де сказано, що «незакінченим злочином є … замах на злочин», по суті передбачено, що «незакінченим злочином» є «злочин», що зрозуміло є неприпустимим.

Окрім цього, якщо замах – це злочин, то використання термінологічної конструкції «замах на злочин» по суті має таке значення – «злочин на злочин», що також є неприйнятним.

Викладене дозволяє зробити висновок, що визнання замаху на злочин видом незакінченого злочину є необґрунтованим. Однак, термінологічно не зовсім точним є також підхід щодо розгляду замаху на злочин як стадії злочину, оскільки, як ми вже зазначали, замах, сам по собі, вже злочин.

Як варіант пропонується замах на злочин розглядати як стадію реалізації злочинного наміру. По-перше, такий термін в КК вже вживається в ч. 2 ст. 32 КК. По-друге, відповідно до законодавчого визначення критерієм розмежування закінченого та незакінченого замаху є «виконала (чи не виконала) особа усі дії, які вважала необхідними…», тобто чи реалізувала свій злочинний намір.

З врахуванням цього, положення про те, що замах на злочин, а відтак і готування до злочину, є видами незакінченого злочину доцільно з КК виключити.

---

1. Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності: Закон України від 15 квітня 2008 р. № 270-VI // Офіційний вісник України. – 2008. – № 33. – Ст. 1075.

2. *Шевчук А.В.* Стадії вчинення злочину: Автореф. дис ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – 20 с.; *Маслак Н.В.* Кримінальна відповідальність за готування до злочину. – Х., 2005. – 20 с.

СУПУТНІ ПРОБЛЕМИ, ПОВ'ЯЗАНІ З ПОДОЛАННЯМ ПРОГАЛИН У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

Т.К. Агузаров,
кандидат юридических наук
(Верховный Суд Республики Северная Осетия-Аслания, РФ)

НЕУВАЖЕНИЕ К СУДУ: СПОРНЫЕ ВОПРОСЫ ТРАКТОВКИ

Неуважение к суду является одним из самых распространенных преступлений, посягающих на независимость и неприкосновенность судей. Между тем многие признаки состава преступления, предусмотренного ст. 297 УК РФ, в литературе раскрываются по-разному. Так, определенные расхождения наблюдаются в трактовке непосредственного объекта преступления. Одни авторы говорят о нормальном отправлении правосудия, другие – нормальной деятельности по осуществлению правосудия, третьи – интересах правосудия. Подобные определения при кажущемся их различии выражают сущность одного и того же явления – правильной деятельности суда по осуществлению судебной власти в форме отправления правосудия, что выступает общим объектом для всех преступлений против правосудия, т.е. является их видовым объектом, а не непосредственном. Более правильными видятся дефиниции непосредственного объекта неуважения к суду, в которых с большей или меньшей определенностью отражается неприкосновенность судей как самостоятельная социальная и юридическая ценность.

Ряд авторов (М.А. Голоднюк, Л.В. Иногамова-Хегай, М.М. Курбанов, Л.В. Лобанова и др.) в определении непосредственного объекта делают акцент на авторитет суда как органа судебной власти. К этой точке зрения примыкает и позиция (С.Ф. Милюков и др.), согласно которой в содержание рассматриваемого объекта к авторитету суда добавляется нормальный ход судебного разбирательства. В этом случае авторы пытаются из совокупности общественных отношений, складывающихся в сфере отправления правосудия, выделить в качестве непосредственно-

го объекта более узкую группу общественных отношений, на которые посягает преступление, предусмотренное ст. 297 УК РФ.

Данная точка зрения также вызывает некоторые возражения.

Авторитет означает «общепризнанное значение, влияние», т.е. признание заслуг и лидирующего положения определенного лица, группы лиц или социального института. В этом смысле авторитет суда как единственного органа, осуществляющего судебную власть, является общепризнанным и непререкаемым. Его основанием выступает всеобщее признание роли суда как социального института, гарантирующего объективное, справедливое решение правовых вопросов, споров. Нанесение оскорбления лицам, участвующим в отправлении правосудия, не в состоянии подорвать авторитет суда как социального института и важнейшего звена системы юстиции. От этого преступления непосредственно страдает не суд, а конкретные физические лица, олицетворяющие правосудие в связи с рассмотрением конкретного юридического спора или факта. Посягательство на их честь и достоинство может служить лишь способом посягательства на авторитет судебной власти. Поэтому авторитет суда нельзя отрывать от чести и достоинства лиц, осуществляющих правосудие. Нанесение этим лицам оскорбления ущемляет не общечеловеческое, а профессиональные честь и достоинство, являющиеся одним из элементов неприкосновенности судей. Таким образом, честь и достоинство лиц, осуществляющих правосудие, выступают не дополнительным объектом преступления, как считают некоторые ученые, а составной частью такой более общей и более важной ценности, как неприкосновенность судей.

Следовательно, непосредственным объектом неуважения к суду следует признавать неприкосновенность судей в части их чести и достоинства. Объективная сторона рассматриваемого преступления определена в законе как неуважение к суду, выразившееся в оскорблении участников судебного разбирательства (ч. 1 ст. 297 УК РФ) или в оскорблении судьи, присяжного заседателя или иного лица, участвующего в отправлении правосудия (ч. 2).

Раскрывая содержание понятия оскорбления, практически все авторы обращаются к его определению в ст. 130 УК РФ, где оно характеризуется как унижение чести достоинства другого лица, выраженное в неприличной форме, т.е. не соответствующей правилам поведения, вежливости, благопристойности. При этом упускается из виду, что в названной уголовно-правовой норме содержится юридическая характеристика уголовно нака-

зуемого оскорбления, т.е. деяния, не совпадающего по объему с понятием оскорбления в общепринятом моральном и этическом смысле. Уголовно-правовое определение оскорбления нельзя абсолютизировать и распространять на другие правовые нормы, а тем более переносить в неправовую сферу.

Неприличная форма унижения чести и достоинства другого лица служит разграничительным признаком, по которому уголовно наказуемое посягательство на честь и достоинство частных лиц отграничивается от оскорбления как нарушения норм этики и морали. Не случайно ни в одной из специальных норм об оскорблении (ст. 319, 335 УК РФ) не предусмотрена неприличная форма совершения деяния.

Само понятие неприличной формы является оценочным, поэтому его установление представляет серьезные практические трудности. В оценке указанной формы оскорбительных высказываний есть и другая, обычно не обсуждаемая криминалистами проблема, – вопрос субъективного восприятия этих высказываний адресатом. Установление состава оскорбления только на основе неприличной формы действий или высказываний без учета субъективного их восприятия адресатом было бы искажением идеи уголовно-правовой нормы.

В судебной практике также нет единства по этому поводу. Вот пример. К. был осужден за неуважение к суду по ч. 2 ст. 297 УК РФ. Отменяя приговор с направлением дела на новое судебное рассмотрение, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ указала, что под оскорблением в ст. 297 УК РФ понимаются действия, направленные на унижение чести и достоинства, в частности судьи, выраженные в неприличной форме. Между тем в приговоре суд не указал, было ли выражено нанесенное судье оскорбление именно в такой форме.

По другому делу (против журналиста, назвавшего в своей публикации П. Грачева Пашей-Мерседесом) обвиняемый был признан виновным в оскорблении на том основании, что он в недопустимо фамильярном тоне отзывался о Министре обороны РФ. Оставляя приговор без изменения, кассационная инстанция тем самым признала необязательным признаком неприличную форму оскорбительных высказываний, подменив ее недопустимо фамильярным тоном.

Отступления от законодательного определения допускаются при рассмотрении уголовных дел не только по ст. 130 УК, но и по специальным нормам об оскорблении, в частности об оскорблении

судьи. Так, по ст. 176^3 УК РСФСР (оскорбление судьи, народного или присяжного заседателя) был осужден К. за деяние, совершенное при следующих обстоятельствах.

Осуществляя в качестве адвоката защиту Л. по уголовному делу в одном из районных судов г. Екатеринбурга, К. в подготовительной части судебного заседания имел намерение заявить ходатайство о допуске к участию в деле общественных защитников, но не получил такой возможности, и судья объявил о переходе к судебному следствию. Заявленный адвокатом протест был отклонен, и прокурору было предложено огласить обвинительное заключение. Считая это грубым нарушением уголовно-процессуальных норм, К. встал со своего места и заявил судье: «Вы – преступник». В ответ судья объявил К. предупреждение, но последний вновь встал со своего места и повторил в адрес судьи фразу: «Вы – преступник».

Приговором Челябинского областного суда за описанные действия К. был признан виновным в оскорблении судьи в связи с его деятельностью по осуществлению правосудия. Определением Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ приговор был оставлен без изменения, а кассационная жалоба осужденного – без удовлетворения.

По данному делу оскорбление судьи было констатировано без всякого обоснования его неприличной формы.

Представляется заслуживающим внимания позиция ученых, полагающих, что «неуважение к суду не исключается и в тех случаях, когда унизительная оценка квалификации, других профессиональных и нравственных качеств судьи, присяжного или арбитражного заседателя, государственного обвинителя выражена во вполне приличных словах и действиях виновного» [1, с. 24–25].

И.М. Тяжкова указывает: «Представляется, что применительно к составу «неуважение к суду» требование неприличной формы выражения оскорбления является излишним. «Неуважительная форма» предполагает нарушение моральных и этических норм, непристойные высказывания или действия, рассчитанные на унижение чести и достоинства перечисленных лиц» [2, с. 329].

Характеризуя объективную сторону неуважения к суду, нельзя обойти молчанием несоответствие между названием и диспозицией ст. 297 УК РФ.

Термин «неуважение к суду» по своему содержанию значительно шире понятия «оскорбление». Во многих зарубежных странах неуважение к суду трактуется как различные формы

вмешательства в отправление правосудия: переговоры с присяжными, попытки оказать давление на стороны или свидетелей, недозволенное поведение в судебном заседании, неподчинение распоряжениям судьи, преждевременные публикации о судебном процессе и т.д. В соответствии с Законом Великобритании о неуважении к суду 1981 г. за неуважение к суду привлекается к ответственности лицо, вмешавшееся в отправление правосудия, независимо от того, преследовало ли оно цель проявить неуважение к суду посредством вмешательства в его деятельность.

Статья 434–24 УК Франции, открывающая раздел 3 «О посягательствах на уважение, которое надлежит оказывать правосудию», устанавливает уголовную ответственность за «оскорбление словами, жестами или угрозами, не преданными гласности текстами или изображениями любого характера или посылками с какими бы то ни было предметами магистрата, присяжного или любого лица, заседающего в судебных подразделениях, при осуществлении или в связи с осуществлением его обязанностей, которое может привести к посягательству на его достоинство или уважение, которое надлежит оказывать возложенной на него обязанности».

Анализ данной нормы позволяет сделать следующие выводы. Во-первых, сущность этого преступления французский законодатель видит в посягательстве не на личность человека, «заседающего в судебных подразделениях», а на то уважение, которое надлежит оказывать ему в связи с осуществлением полномочий по отправлению правосудия. Во-вторых, посягательством на судебную власть признается оскорбление лица, «заседающего в судебных подразделениях», при осуществлении или в связи с осуществлением этим лицом обязанностей по отправлению правосудия. В-третьих, с объективной стороны это преступление характеризуется альтернативно самыми разнообразными действиями.

Нам представляется, что расхождение между названием ст. 297 УК РФ и ее диспозицией носит не случайный характер. Видимо, законодатель в этой норме подразумевал не только действия, выразившиеся в оскорблении лиц, участвующих в отправлении правосудия, но и другие формы проявления неуважения к суду. Однако целесообразно устранить указанное несоответствие, добавив в текст статьи следующие слова: «, а равно иные деяния, выражающие явное неуважение к суду и способные помешать судебному разбирательству».

Оскорбление лица, участвующего в отправлении правосудия, признается преступлением, посягающим на интересы правосудия, только благодаря тому, что оно непосредственно связано с деятельностью суда по осуществлению судебной власти. Некоторые авторы подчеркивают связь данного деяния с процессуальной деятельностью суда, используя такие объективные признаки, как время и место его совершения (например, Л.В. Иногамова-Хегай, М.М. Курбанов и др.); другие же говорят о его связи с функциями потерпевших по отправлению правосудия (например, М.Н. Голоднюк, А.С. Горелик и др.).

На наш взгляд, посягательством на интересы правосудия следует признавать не только оскорбление, нанесенное в связи с осуществлением функций отправления правосудия, но и нанесенное во время осуществления этой функции, даже при отсутствии субъективной связи между оскорблением и выполнением, к примеру, судьей своих обязанностей по отправлению правосудия [3]. Это должно найти отражение в самом тексте закона.

В литературе было высказано мнение, что ст. 297 УК РФ может применяться только при оскорблении лиц, участвующих в разбирательстве дела судом первой инстанции, поскольку «в процессуальном законе понятие «судебное разбирательство» используется лишь для обозначения центральной стадии процесса (см., например, Часть третья УПК РФ). Процессуальная деятельность в других стадиях этим понятием не охватывается» [4, с. 69]. Данное утверждение не соответствует ни уголовному, ни уголовно-процессуальному законодательству.

---

1. *Харисов К.Н.* Ответственность за преступное вмешательство в деятельность лиц, осуществляющих правосудие и уголовное преследование: проблемы теории и законотворчества: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. – Казань, 2004.

2. Новое уголовное право России. Особенная часть / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой. – М., 1996.

3. См. об этом подробно: *Агузаров Т.К.* Преступные посягательства на независимость и неприкосновенность судей. – М., 2004.

4. *Александров А.Н.* Неуважение к суду (ст. 297 УК РФ) // Уголовная ответственность за преступления против правосудия. – М., 2003.

А.А. Ашин,
кандидат юридических наук
(Владимирский государственный университет,
г. Владимир, РФ)

ПРИНЦИПЫ НАЗНАЧЕНИЯ НАКАЗАНИЯ В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ РОССИИ

В соответствии со ст. 60 УК РФ лицу, признанному виновным в совершении преступления, суд назначает справедливое наказание в пределах, предусмотренных соответствующей статьей Особенной части УК РФ, и с учетом положений его Общей части. При назначении наказания учитываются характер и степень общественной опасности преступления, личность виновного, в том числе обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание, а также влияние назначенного наказания на исправление осужденного и на условия жизни его семьи. Указанные требования уголовного закона, являясь частью общих начал назначения наказания, сформулированы в ч. 3 ст. 60 УК РФ.

Общим началам назначения наказания давно уделяется пристальное внимание. В исследованиях проблем назначения наказания этот вопрос всегда являлся основополагающим и продолжает оставаться таким. Разнообразие взглядов на понятие и значение общих начал назначения наказания во многом было обусловлено объективными причинами – различиями в положениях уголовного законодательства, посвященных общим началам, на протяжении истории развития российского уголовного права. Вместе с тем расхождения в представлениях о них не являются простым отражением развития уголовного законодательства. Взгляд на общие начала назначения наказания имеет уголовно-политическое значение, так как он служит основанием института назначения наказания. Наконец, их понимание как декларации принципов или как правовых предписаний по-разному сказывается на правоприменительной практике, оказывая непосредственное влияние на судейское усмотрение.

Являясь фундаментом для института назначения наказания, общие начала в литературе обоснованно раскрываются как принципы, отправные требования уголовного закона, которыми должен руководствоваться суд в каждом конкретном случае назначения наказания.

В некоторых случаях общие начала отождествляются с принципами назначения наказания [1, с. 26]. По мнению Г.Л. Кригер, это происходит в связи с тем, что выделение самостоятельного вопроса о принципах назначения наказания приводит к ненужному повторению одних и тех же положений [2, с. 123].

В литературе принципы назначения наказания характеризуются либо путем отождествления их с общими началами назначения наказания [3, с. 257], либо, наоборот, путем отграничения их от общих начал [4].

М.Л. Якуб отмечает, что принципы отличаются от общих начал тем, что они являются основными положениями, выражают сущность отрасли права, разрешают ее коренные вопросы. Кроме того, принципы – наиболее общие положения. В законе нет таких норм, применительно к которым они носили бы производный, подчиненный характер. Принципы имеют руководящее значение по отношению к нормам как Особенной, так и Общей части УК РФ [5, с. 62].

По мнению Л.А. Прохорова, соотношение принципов и общих начал назначения наказания следует рассматривать в свете философских категорий общего и отдельного, где в качестве отдельного выступают соответствующие требования закона, а в качестве общего – принципы назначения наказания. Каждое общее начало как единичное требование уголовного законодательства, отмечает автор, отличается от иных подобных ему требований «и от норм других уголовно-правовых институтов. Поэтому через отдельные начала нельзя раскрыть социально-политическую сущность назначения наказания.

Но, с другой стороны, своими общими чертами общие начала объединяются в самостоятельный институт. Эти общие черты характеризуют сущность, содержание назначения наказания. Они подчеркивают социально-политическую значимость этого процесса, конечная цель которого – исправление и перевоспитание осужденного и предупреждение преступлений. В качестве общего в данном случае выступает принцип назначения наказания» [6, с. 32].

Некоторые авторы подчеркивают, что принципы назначения наказания находят свое выражение во многих нормах уголовного права, регламентирующих те или иные вопросы применения наказания. Общие начала в этом отношении не являются исключением. Более того, они могут быть охарактеризованы как концентрированная форма законодательного закрепления прин-

ципов назначения наказания в уголовном праве. Однако значение общих начал назначения наказания нельзя ограничивать лишь этим обстоятельством. Важно не только декларативно провозгласить принципы, заложить их в нормы. Необходимо, чтобы они существовали в реальных отношениях, в комплексе наличных прав и обязанностей [7, с. 30].

Соглашаясь с указанной позицией, приходится признать, что для реализации этих принципов в реальных отношениях необходимо, как минимум, сформулировать их. Принципы назначения наказания не выделены в УК РФ как отдельное положение. Нет определенности относительно их содержания и в юридической литературе. Уголовным законом устанавливаются принципы уголовной ответственности. Имея категориальное значение, уголовная ответственность является основным понятием (наряду с преступлением и наказанием). Категория «ответственность» по своему политическому значению равна категории «наказание». В то же время известно, что наказание является формой реализации уголовной ответственности. Это утверждение справедливо при условии, что у понятия наказания, помимо категориального, есть и другой смысл, который определяет связь этого понятия с понятием «ответственность».

Формой реализации уголовной ответственности наказание выступает в том случае, когда под ним понимается мера ответственности. Таковой же наказание становится только при его назначении. Следовательно, как форме реализации уголовной ответственности (но не категории) наказанию имманентно присущ атрибут его назначения. В силу этого не только меру ответственности (наказание) как результат оценки судом обстоятельств дела, но и назначение наказания (как процесс, порядок, последовательность юридических решений и действий) следует выводить из основного понятия – принципов уголовной ответственности. Принципы назначения наказания являются производными от принципов уголовной ответственности.

Принципы уголовной ответственности реализуются посредством положений, закрепленных в ст. 60 УК РФ, а также в иных нормах, относящихся к институту назначения наказания и определяющих систему правовых предписаний.

Принципы вины и оснований уголовной ответственности (ст. 5 и 8 УК РФ) находят выражение в требовании общих начал о назначении наказания лицу, признанному виновным в совершении преступления (ч. 1 ст. 60 УК РФ).

Соблюдение принципа законности (ст. 3 УК РФ) обеспечивается положением общих начал о соблюдении пределов в видах и сроках назначаемого наказания (ч. 1 и 2 ст. 60 УК РФ).

Принцип справедливости реализуется посредством соблюдения требований о полноте учета обстоятельств дела при назначении наказания (ч. 3 ст. 60, ч. 1 ст. 89 УК РФ); об обязательном и пропорциональном учете обстоятельств, относящихся к стадиям совершения преступления, соучастию, другим институтам Общей части, а также о недопустимости повторного учета одних и тех же обстоятельств (ч. 3 ст. 61, ч. 2 ст. 63 УК РФ).

Реализация принципа гуманизма обеспечивается выполнением требований о соблюдении последовательности в выборе вида наказания (от менее строгого к более строгому – ч. 1 ст. 60 УК РФ), а также об ограничениях в видах и сроках наказаний при наличии обстоятельств, указанных в ст. 62, 64, 65, ч. 6 и 6^1 ст. 88 УК РФ.

Все предусмотренные в Общей части УК РФ правила назначения наказания, предписывающие учет институтов Общей части УК РФ, смягчающих и отягчающих обстоятельств, процессуальных аспектов (рассмотрение дела судом присяжных и вынесение ими вердикта о снисхождении), объединяются в общее положение о назначении наказания с соблюдением требований Общей части УК РФ (ч. 1 ст. 60 УК РФ).

Реализация общих начал обеспечивается уголовно-процессуальным законом. С этой точки зрения они являются системой правовых предписаний, несоблюдение которых влечет отмену или изменение приговора.

Следует согласиться с М.А. Скрябиным, который указывает, что общие начала назначения наказания определяют не только правовую возможность действий суда при назначении наказания, но и возлагают на него обязанность учитывать при этом соответствующие требования. Поэтому они не только закрепляют определенные принципиальные положения, но и реализуют их в целом, обязывая суд их учитывать [8, с. 6].

Из всего сказанного можно сделать вывод: общие начала назначения наказания представляют собой систему правовых предписаний о назначении наказания, посредством которых реализуются принципы уголовной ответственности.

Эти предписания относятся к:

а) процессу назначения наказания – оценочной деятельности суда, принятию правовых решений при учете обстоятельств дела;

б) назначению наказания как результату оценочной деятельности суда.

В концентрированном виде содержание названных предписаний сводится к положениям (идеям), которые можно считать принципами назначения наказания.

По справедливому мнению М.И. Бажанова, отождествление принципов назначения наказания с общими началами представляется неверным. Принципы назначения наказания находят свое конкретное воплощение во многих нормах закона, а не только в общих началах назначения наказания [9, с. 11].

Ни в общих началах, ни в нормах, относящихся к соответствующему институту, принципы назначения наказания не закреплены. Поэтому ни ст. 60 УК РФ, ни какая-либо другая статья Уголовного кодекса не содержит принципов назначения наказания. Однако, с одной стороны, содержание правовых требований к назначению наказания, вытекающее из смысла ст. 60 УК РФ и других статей о назначении наказания, свидетельствует о том, что в них находит отражение система идей, интересов, задач, обеспечивающая достижение целей наказания в каждом конкретном случае его применения. С другой стороны, наличие в уголовном законе положений, обеспечивающих реализацию этих идей, механизмов решения задач, а также их неукоснительное исполнение, говорит о том, что идеи, составляющие содержание требований к назначению наказания, имеют принципиальное значение.

Таким образом, к принципам назначения наказания относятся:

1) полнота учета обстоятельств дела;

2) последовательность учета обстоятельств дела;

3) целесообразность наказания;

4) справедливость наказания.

---

1. Назначение наказания, его эффективность и освобождение от уголовной ответственности и наказания. – Иркутск, 1978.

2. Курс советского уголовного права: В 6 т. – М., 1970. – Т. 3.

3. См.: Советское уголовное право. Часть Общая. – М., 1964.

4. См.: Уголовное право. Часть Общая. – М., 1969. – С. 302; Курс советского уголовного права: В 5 т. Т. 2. Часть Общая. – Л., 1970. – С. 320; Советское уголовное право. Часть Общая. – М., 1977. – С. 383–384.

5. *Якуб М.Л.* О понятии принципа уголовного права и уголовного процесса // Правоведение. – 1976. – № 1.

6. *Прохоров Л.А.* О понятии и соотношении принципов и общих начал назначения наказания // Проблемы борьбы с преступностью. – Омск, 1979.

7. *Явич Л.С.* Право развитого социалистического общества. Сущность и принципы. – М., 1979.

8. *Скрябин М.А.* Общие начала назначения наказания и их применение к несовершеннолетним. – Казань, 1988.

9. *Бажанов М.И.* Назначение наказания по советскому уголовному праву. – К., 1980.

П.С. Берзін,
кандидат юридичних наук
(Київський національний університет імені Тараса Шевченка)

ОСОБЛИВОСТІ «ІНВЕРСІЙНОЇ (НЕГАТИВНОЇ) ФОРМИ» ВІДОБРАЖЕННЯ НАСЛІДКІВ У СКЛАДІ ЗЛОЧИНУ: ФОРМАЛЬНО-ЛОГІЧНІ ТА ВНУТРІШНЬОСИСТЕМНІ АСПЕКТИ

У юридичному складі злочину може міститись інформація не лише про наявність, а і про відсутність певних юридичних фактів [1, с. 101]. В одних випадках ця інформація міститься безпосередньо в нормі-забороні Особливої частини КК (наприклад, у ст. 138 КК передбачено відповідальність за заняття лікувальною діяльністю без спеціального дозволу, здійснюване особою, яка не має належної медичної освіти, якщо це спричинило тяжкі наслідки для хворого; у ч. 1 ст. 192 КК кримінально караним визнається відповідальність за заподіяння значної майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою за відсутності ознак шахрайства; у ст. 198 КК передбачається відповідальність за заздалегідь не обіцяне придбання або отримання, зберігання чи збут майна, завідомо одержаного злочинним шляхом за відсутності ознак легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом; у ч. 1 ст. 403 КК передбачається відповідальність за невиконання наказу начальника, вчинене за відсутності ознак, зазначених у ч. 1 ст. 402 КК, якщо воно спричинило тяжкі наслідки; у ч. 1 ст. 406 КК передбачена відповідальність за порушення статутних правил взаємовідносин між військовослужбовцями за відсутності між ними відносин підлеглості, що ви-

явилося в завданні побоїв чи вчиненні іншого насильства). В інших випадках інформація про відсутність відповідних юридичних фактів у змісті елементів юридичного складу певного злочину встановлюється в результаті співставлення змісту окремих положень норм-заборон, які містяться у Загальній та Особливій частинах кримінального закону, зі змістом відповідних норм так званого «некримінального закону» та/або інших нормативно-правових актів (тобто норм інших («некримінальних») галузей права та/або інших підзаконних актів). Наприклад, положення про малозначне діяння, визначені у ч. 2 ст. 11 КК, положень про таємне викрадення чужого майна (крадіжка), передбачених у ч. 1 ст. 185 КК, положень ст. 51 КУпАП та відповідних положень підпункту 6.1.1 п. 6.1 ст. 6, п.п. 22.4, 22.5 ст. 22 Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб» від 22 травня 2003 р. [2]. В іншому випадку співставленню підлягають положення про вчинення особою, яка відповідно до закону виконувала спеціальне завдання, беручи участь в організованій групі чи злочинній організації з метою попередження чи розкриття їх злочинної діяльності, у складі організованої групи чи злочинної організації особливо тяжкого злочину, вчиненого умисно і поєднаного з насильством над потерпілим, або тяжкого злочину, вчиненого умисно і пов'язаного з спричиненням тяжкого тілесного ушкодження або настанням інших тяжких або особливо тяжких наслідків (ч.ч. 1, 2 ст. 43 КК) та положення про умисне вбивство (ст. 115 КК), зґвалтування, що спричинило особливо тяжкі наслідки (ч. 4 ст. 152 КК), протидію законній господарській діяльності, поєднану з насильством, небезпечним для життя чи здоров'я, або таку, що заподіяла велику шкоду чи спричинила інші тяжкі наслідки (ч. 3 ст. 206 КК).

За таких умов конкретизація так званої «інверсійної (негативної) форми» відображення змісту наслідків, які передбачені кримінальним законом як елемент складу певного злочину, складом (у межах дефініції, передбаченої ч. 2 ст. 11 КК) малозначного діяння, включає характеристику наступних особливостей:

1. Дані про відсутність наслідків акта поведінки певної особи, який визнається малозначним діянням, позначається у ч. 2 ст. 11 КК словами: «через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі».

2. Зазначене формулювання, вказуючи на відсутність такого юридичного факту (юридичних фактів) як заподіяння істот-

ної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі, означає відсутність наслідків акта поведінки особи, які не відповідають тому виду та/або не досягають того розміру, що передбачений кримінальним законом як елемент складу певного злочину. У даному разі така відсутність не стосується тих випадків, коли при співставленні змісту окремих положень норм-заборон Загальної та Особливої частин КК з'ясовується, що відсутність наслідків у вигляді істотної шкоди, що визначена законодавцем як ознака юридичних складів певних злочинів, не означає наявності малозначного діяння (окремі діяння, передбачені нормами-заборонами Особливої частини кримінального закону, взагалі не визнаються злочинами). Адже на відміну від норм, передбачених частинами другими статей 359, 382, 410 КК, що включають істотну шкоду як елемент (ознаку) кваліфікованих складів цих злочинів, норми, «розміщені» у частинах перших цих статей не містять такої ознаки їх (злочинів) основних складів. Так, наслідком незаконного використання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації визнається істотна шкода, заподіяна охоронюваним законом правам, свободам чи інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб (ч. 2 ст. 359 КК); наслідком умисного невиконання службовою особою вироку, рішення, ухвали, постанови суду, що набрали законної сили, або перешкоджання їх виконанню, – істотна шкода, заподіяна охоронюваним законом правам і свободам громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб (ч. 2 ст. 382 КК); наслідком викрадення, привласнення, вимагання військовослужбовцем зброї – бойових припасів, вибухових або інших бойових речовин, засобів пересування, військової та спеціальної техніки чи іншого військового майна або заволодіння ними шляхом шахрайства, – заподіяння істотної шкоди (ч. 2 ст. 410 КК). Така неузгодженість ч. 2 ст. 11 КК та першої і другої частин названих статей Особливої частини КК при законодавчій підготовці їх редакцій неминуче обумовлює висновок про врахування конкретних характеристик заподіяної істотної шкоди у змісті відповідного елемента основного складу кожного із названих злочинів та/або зміни (чи навіть виключення) конкретних характеристик наслідку як елемента їх кваліфікованого складу (кваліфікованих складів). Це, у свою чергу, потребує спеціального дослідження такого відображення наслідків у специфічній конструкції юридичних складів цих злочинів у межах функціонування механізму

кримінально-правового регулювання, що в подальшому дозволить відповісти на питання про зміст юридичних фактів, який відображається в цій юридичній конструкції для позначення наслідків вчиненого діяння, а також про відповідні зв'язки між ними. Проте визначення конкретного змісту таких юридичних фактів та конкретного характеру зв'язків між ними, виходячи за межі конкретної характеристики наслідків малозначного діяння, має враховуватися при висвітленні функцій наслідків як елемента складу злочину.

3. Наявність наслідків (у складі) малозначного діяння означає, що заподіяна фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі шкода не повинна досягати розміру істотної (істотного розміру), який (розмір) є конкретною характеристикою змісту відповідної ознаки об'єктивної сторони складу певного злочину. Адже, як слушно зазначає В.О. Навроцький, діяння не може бути визнане малозначним безвідносно до конкретної кримінально-правової норми. Немає малозначного посягання взагалі – є малозначна крадіжка, малозначна підробка документів, малозначне зберігання бойових припасів тощо. Тому передумовою застосування ч. 2 ст. 11 КК є кваліфікація посягання за формальними ознаками за певною статтею Особливої частини [3, с. 589].

4. У ч. 2 ст. 11 КК законодавець вживає два формулювання для «позначення» відсутності злочину («дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого цим Кодексом» та «через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі»). При цьому співвідношення конкретного змісту цих формулювань не може однозначно свідчити про їх розуміння лише з огляду на відсутність (в межах відсутності) діяння (дії чи бездіяльності) та його наслідків як ознак об'єктивної сторони відповідного складу, оскільки поєднання у ч. 2 ст. 11 КК названих формулювань відтворює специфіку не лише загальної характеристики кримінально-правового змісту діяння, його наслідків та інших елементів (ознак) об'єктивної сторони складу злочину (способу, знарядь, засобів, місця, часу, обстановки та ситуації вчинення злочину), але й змістовної характеристики (змістовних характеристик) складових елементів малозначного діяння. Одним із таких елементів якраз і є наслідки, які відповідно до ч. 2 ст. 11 КК не пов'язані із запо-

діянням та можливістю заподіяння істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі.

---

1. Див.: Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник / Г.В. Андрусів, П.П. Андрушко, В.О. Бенківський та ін.; За ред. П.С. Матишевського, П.П. Андрушка, С.Д. Шапченка. – К.: Юрінком Інтер 1997.

2. Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 37. – Ст. 308; Урядовий кур'єр. – 2005. – 28 липня.

3. *Навроцький В.О.* Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2006.

В.П. Бодаєвський,
аспірант
(Інститут права імені В. Сташиса
Класичного приватного університету,
м. Запоріжжя)

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ РОДОВОГО ТА БЕЗПОСЕРЕДНЬОГО ОБ'ЄКТА СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 410 КК УКРАЇНИ

Відповідно до ст. 17 Конституції України оборона нашої держави, захист її суверенітету, територіальної цілісності і недоторканності покладаються на Збройні Сили України. Здійснення цих завдань неможливо без відповідного матеріального забезпечення військ, яке організаційно включає в себе порядок придбання, використання, збереження, та відчуження військового майна. Особливе завдання в цих правовідносинах держава покладає на військовослужбовців, а тому в ст. 410 КК України встановлює їх кримінальну відповідальність за корисливі посягання на військове майно, де об'єкт цього злочину є обов'язковою специфічною ознакою останнього.

Актуальність дослідження об'єкту злочину, передбаченого ст. 410 КК України, викликана також ще кількома причинами. По-перше, на жаль, на сьогодні не існує будь-яких фундаментальних наукових досліджень вказаної проблеми. Безпосередньо на рівні коментарів до ст.ст. 401 та 410 КК України її розглядали такі

науковці, як С.І. Дячук [1, с. 1327], В.І. Касинюк [2, с. 16;74–75], М.Й. Коржанський [3, с. 596], В.А. Клименко [4, с. 785], М.І. Панов [5, с. 1098], М.І. Хавронюк [6, с. 860], С.О. Харитонов [5, с. 1098], О.А. Чуваков [7, с. 788]. На рівні загальних питань для усіх військових злочинів або окремих складів військових злочинів у монографіях, підручниках та посібниках з кримінального права, наукових статтях, а також у коментарях до КК України, розглядалися окремі аспекти цієї проблеми. Їх авторами були Х.М. Ахметшин, М.І. Бажанов, В.О. Бугайов, М.І. Карпенко, Д.І. Крупко, М.І. Мельник, В.О. Навроцький, В.В. Сташис, М.М. Сенько, М.Я. Савіцький, Є.М. Самойлов, А.А. Тер-Акопов, М.С. Туркот, В.М. Чхиквадзе, О.М. Яковлев та ін.

По-друге, ст. 410 КК України є новелою у вітчизняному кримінальному законодавстві. Практика її застосування як правоохоронними органами, так і судом, ще не є досконалою. Військовою колегією Верховного Суду України узагальнення цієї практики не проводилося. Тому виникає багато питань при застосуванні норм, що досліджуються та відмежуванні їх від інших злочинів. Вказане, у певній мірі стосується і проблеми визначення родового та безпосереднього об'єкту злочину, передбаченого ст. 410 КК України.

Таким чином, дослідження цього питання є достатньо актуальним і має як наукове, так і практичне значення. М.І. Бажанов зазначав, що під об'єктом злочину розуміють суспільні відносини, на які посягає злочин, яким він спричиняє збитки та завдає шкоду, які захищаються нормами кримінального права [8, с. 31]. В.Я. Тацій також вказує, що «об'єктом злочину є ті суспільні відносини, на які посягає злочин, завдаючи їм певної шкоди, і які поставлені під охорону закону про кримінальну відповідальність» [9, с. 90]. Підтримував ці позиції і М.Й. Коржанський, який вважав, що «об'єктом злочину є суспільні відносини, які охороняються законом від злочинних посягань» [10, с. 147]. В цьому випадку слід зазначити, що таку ж думку висловлюють А.В. Савченко, Б.О. Кирись, В.О. Навроцький, Н.О. Гуторова, Ю.Л. Шевцов та ін [11, с. 53].

Отже, будь-який злочин посягає на певні охоронювані кримінальним законом суспільні відносини, а тому об'єкт є обов'язковим елементом кожного злочину.

Оскільки наша мета – аналіз родового та безпосереднього об'єкту складу злочину, передбаченого ст. 410 КК України, тому ми не торкаємось дискусії стосовно визначення понять об'єкта злочину та його видів, в тому числі загального об'єкта. З цих міркувань за основу взято триступеневу класифікацію об'єктів

злочину як це пропонував М.І. Бажанов: а) загальний; б) родовий (спеціальний, груповий); в) безпосередній (конкретний) [8, с. 31].

Загальним об'єктом злочину є всі суспільні відносини, що захищаються нормами кримінального права [8, с. 31]. Зі змісту ст. 1 КК України слідує, що будь-який злочин, який передбачений КК України є суспільно небезпечним діянням (дією чи бездіяльністю), що направлено перш за все проти прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від злочинних посягань, забезпечення миру і безпеки людства [12]. Ці положення повністю застосовується і до військових злочинів, складовими яких є діяння, передбачені ст. 410 КК України. Однак військові злочини, крім загального мають ще і свій родовий (спеціальний) об'єкт, що вказує на специфічні риси військових злочинів, який є характерним тільки для цієї групи злочинів [13, с. 159] та визначає їх місце в Особливій частині КК України.

Під родовим об'єктом злочину розуміють частину загального об'єкту. Загальний об'єкт складається з цілої низки родових. Таким чином, родовий об'єкт – це окрема група (комплекс) однорідних суспільних відносин, на які посягає в принципі однорідна група злочинів [8, с. 31].

З прийняттям нового КК України законодавчо було впроваджене і нове визначення родового об'єкта військових злочинів. Так, відповідно до ч. 1 ст. 401 КК України військовими злочинами визнаються передбачені Розділом XIX «Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини)» КК України 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 [12]. Таким чином, родовим об'єктом для усіх військових злочинів КК України визначає встановлений законодавством порядок несення або проходження військової служби. Раніше, відповідно до ст. 231 КК України 1960 р., родовий об'єкт військових злочинів визначався як встановлений порядок несення військової служби.

В сучасній юридичній літературі щодо родового об'єкту військових злочинів існують різні думки. Так, В.О. Бугаєв родовим об'єктом військових злочинів називає «встановлений законодавством України порядок несення військової служби (військовий правопорядок), який являє собою сукупність суспільних

відносин, що виникають у процесі життя і діяльності військ та сил флоту» [14, с. 9–10]. С.І. Дячук – «… встановлений законодавством порядок несення та проходження військової служби, який є складовою частиною військового правопорядку в цілому» [1, с. 1290]. В.І. Касинюк – «… сприяння або створення загрози спричинення шкоди інтересам військової безпеки держави» [2, с. 8]. М.Й. Коржанський, В.А. Клименко та М.І. Хавронюк – « ... встановлений законодавством порядок несення або проходження військової служби» [3; 15, с. 600; 16, с. 80]. М.І. Карпенко – «… відносини з охорони встановленого чинними законами та іншими нормативно-правовими актами України порядку несення або проходження військової служби» [17, с. 67]. М.І. Панов та С.О. Харитонов – «… встановлений порядок несення військової служби, який становить собою сукупність суспільних відносин, які виникають в процесі проходження служби різними категоріями військовослужбовців, їх службової і бойової діяльності й регламентованих нормами права, підзаконними нормативними актами, існуючими у військовому середовищі звичаями, правилами співжиття в армійських колективах» [5, с. 1073]. М.М. Сенько – «… суспільні відносини, які виникають із встановленого законодавством порядку несення або проходження військової служби» [18, с. 9]. М.С. Туркот – «… суспільні відносини, які виникають у зв'язку з регулюванням порядку проходження або (та) несення військової служби із забезпечення військової безпеки держави» [19, с. 9]. О.А. Чуваков – «…встановлений порядок несення військової служби» [7, с. 767].

Аналізуючи ці визначення слід погодитися з позицією науковців, які ототожнюють порядок несення або проходження військової служби з військовим правопорядком. В цьому випадку необхідно підтримати твердження М.І. Хавронюка про те, що під військовим правопорядком слід розуміти – сукупність таких, що виникають в процесі життя і бойової діяльності військ, суспільних відносин, закріплених у законах, військових статутах, положеннях про проходження служби різними категоріями військовослужбовців та інших актах законодавства. Оскільки, як він вказує, до складу цього правопорядку входять: порядок підлеглості та військової честі; порядок проходження військової служби; порядок експлуатації озброєння і військової техніки та користування військовим майном; порядок несення спеціальних служб; порядок зберігання військової таємниці; порядок здійснення своїх повноважень військовими особами ЗС та інших військових

формувань; порядок виконання військового обов'язку в бою та в інших особливих умовах; порядок дотримання звичаїв та правил ведення війни [16, с. 80]. Вказане також підтверджується існуючим в юридичній літературі визначенням поняття правопорядку – це упорядкованість суспільних відносин між конкретними суб'єктами і з приводу конкретного об'єкта їх взаємовідносин, коли кожний з них використовує свої права, виконує юридичні обов'язки та дотримується юридичних заборон, здійснюючи відповідні дії або утримуючись від них [20, с. 118].

Отже родовим об'єктом військових злочинів, в тому числі і злочину, передбаченого ст. 410 КК України, є суспільні відносини, що виникають із встановленого законодавством порядку несення або проходження військової служби (військового правопорядку).

Безпосередній об'єкт – це частина родового об'єкту. Це суспільні відносини, яким спричиняється шкода, завдаються збитки конкретним злочином. Інакше – це об'єкт окремого конкретного злочину. Безпосередній об'єкт може бути основним і додатковим. Під основним безпосереднім об'єктом розуміють суспільні відносини, які є частиною родового об'єкта і саме йому, головним чином, злочином спричиняється шкода. Тому саме цей основний безпосередній об'єкт як частина родового, визначає включення складу злочину в цей або інший розділ Особливої частини КК. Додатковий безпосередній об'єкт – це ті суспільні відносини, які терплять шкоду сумісно, попутно, з основним об'єктом та визначають з останнім сутність злочину. Слід також зазначити, що додатковий об'єкт може бути як обов'язковим – який завжди існує, так і факультативним – який існує не завжди [8, с. 32–33].

В наявних наукових публікаціях безпосередній об'єкт злочину (основний та додатковий), передбачений ст. 410 КК України, також визначається по-різному. Так, С.І. Дячук основним безпосереднім об'єктом цього злочину називає право власності на військове майно; а життя, здоров'я потерпілого, порядок виконання військовими службовими особами своїх повноважень та інші цінності у різних формах цього злочину, на його думку, є додатковим факультативним об'єктом [1,с. 1327]. В.А. Клименко – «основним безпосереднім об'єктом цього злочину є встановлений законодавством порядок несення або проходження військової служби, пов'язаний із збереженням зброї, бойових припасів, вибухових чи інших бойових речовин, засобів пересування, військової та спеціальної техніки чи іншого військового майна. Додатковим

безпосереднім об'єктом – власність Збройних Сил України, при розбої та вимаганні, поєднаному з насильством (ч. 3 ст. 410), – здоров'я потерпілого при викраденні (відчуженні) предметів, що належать до загально небезпечних, – громадська безпека, засобів пересування – безпека руху» [4, с. 625–626]. М.І. Панов та С.О. Харитонов – «об'єктом цього злочину є право власності на військове майно» [5, с. 1098], М.І. Хавронюк – «основним безпосереднім об'єктом злочину є встановлений порядок здійснення права власності щодо військового майна. Додатковим обов'язковим або факультативним об'єктом у різних формах цього злочину можуть бути життя і здоров'я, воля, честь і гідність людини» [16, с. 147], О.А. Чуваков – «об'єктом злочину визнається встановлений порядок збереження військового майна, який зобов'язує військовослужбовців берегти зброю, боєприпаси, засоби пересування, бойову і спеціальну техніку та інше військове майно» [7, с. 788].

Уявляється, що для правильного визначення безпосереднього об'єкту складу злочину, передбаченого ст. 410 КК України, необхідно враховувати всі позитивні позиції по цьому питанню дослідження. Враховуючи вище вказані погляди на проблему, яка досліджується, можливо констатувати наступне: а) основним безпосереднім об'єктом складу злочину, передбаченого ст. 410 КК України, є встановлений законодавством України порядок здійснення права власності щодо військового майна; б) цей порядок є складовою військового правопорядку – встановленого законодавством порядку несення або проходження військової служби; в) на нашу думку щодо основного безпосереднього об'єкту, – це суспільні відносини, що витікають з вказаного порядку здійснення права власності щодо військового майна; г) додатковим обов'язковим або факультативним об'єктом у різних формах цього злочину можуть бути суспільні відносини, що стосуються: життя і здоров'я, волі, честі і гідності людини; громадської безпеки; порядку виконання військовими службовими особами своїх повноважень; безпеки руху.

Таким чином, безпосереднім основним об'єктом складу злочину, передбаченого ст. 410 КК України, є суспільні відносини, що витікають з порядку здійснення права власності щодо військового майна, який є складовою частиною військового правопорядку – встановленого законодавством порядку несення або проходження військової служби. А додатковим безпосереднім об'єктом, який в різних формах цього злочину може бути як обов'язковим, так і факультативним, – є суспільні відносини, що

стосуються: життя і здоров'я, волі, честі і гідності людини; громадської безпеки; порядку виконання військовими службовими особами своїх повноважень; безпеки руху.

---

1. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. 2–е вид. / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – К.: Дакор, 2008. – 1428 с.

2. *Панов М.І., Касинюк Ел., Харитонов С.О.* Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (Військові злочини). – Х.: Харків юридичний, 200(. – 172 с.

3. Науковий коментар Кримнального кодексу України / М.Й. Коржанський. – К.: Атіка, Академія, Ельга .– Н., 2001. – 656 с.

4. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. 4-те вид. / Відп. ред. С.С. Яценю. – К.: А.С.К., 2005. – 848 с.

5. Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін.; За заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – Вид. 3-є. – Х.: ТОВ «Одісей», 2007. – 1184 с.

6. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. 5-те вид. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2008. – 1216 с.

7. Уголовный кодекс Украины: Научно-практический комментарий. Изд. 5-ое / Отв. ред. Е.Л. Стрельцов. – Х.: ООО «Одиссей», 2008. – 872 с.

8. *Бажанов М.И.* Уголовное право Украины. Общая часть. – Днепропетровск: Пороги, 1992. – 66 с.

9. Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник / М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов та ін.; За ред. професорів М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К.–Х.: Юрінком Інтер – Право, 2001. – 416 с.

10. *Коржанський М.Й.* Кримінальне право і законодавство України. Частина Загальна: Курс лекцій. – К.: Атіка, 2001. –432 с.

11. Словник термінів із Загальної частини кримінального права України / С.Ф.Денисов, О.В. Яцюк. – Запоріжжя: ЗЮІ ДДУВС, 2007. – 126 с.

12. Кримінальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25–26. – Ст. 131.

13. *Чхиквадзе В.М.* Советское военно-уголовное право. Учеб. пособие. – М., 1948. – 452с.

14. *Бугаєв В.О.* Військові злочини і покарання: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2002. –21 с.

15. Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник. Вид. 2-ге. / Ю.В. Александров, О.О. Дудоров, В.А. Клименко та ін.; За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – К.: Атіка, 2008. – 712 с.

16. *Хавронюк М.І. та ін.* Військові злочини. Коментар законодавства / М.І. Хавронюк, С.І. Дячук, М.І. Мельник; Відп. ред. М.Д. Дрига, В.І. Кравченко. – К.: А.С.К., 2003. – 272 с.

17. *Карпенко М.І.* Кримінальна відповідальність за порушення статутних правил взаємовідносин між військовослужбовцями за відсутності відносин підлеглості (кримінально-правове та кримінологічне дослідження): Монографія / За заг. ред. В.К. Матвійчука. – К.: КНТ, 2006. – 232 с.

18. *Сенько М.М.* Кримінальна відповідальність за самовільне залишення військової частини або місця служби: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – 18 с.

19. *Туркот М.С.* Кримінальна відповідальність за зловживання військовою службовою особою владою або службовим становищем: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2007. – 20 с.

20. Словарь терминов по теории государства и права: Учеб. пособие / Рук. авт. кол. Н.И. Панов. – Х.: Основа, 1997. – 180 с.

Л.П. Брич,
кандидат юридичних наук, доцент
(Львівський національний університет імені Івана Франка)

РОЛЬ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ У РОЗМЕЖУВАННІ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ

Складу злочину, як законодавчій конструкції, що становить зафіксований у законі абстрактний опис найтиповіших ознак певного виду суспільно небезпечних діянь, властиві різноманітні функції. Серед них у кримінально-правовій літературі називають розмежувальну функцію. Потрібно з'ясувати, в чому виявляється ця функція, чим є склад злочину в процесі розмежування: об'єктом, чи критерієм.

Навряд чи можна погодитися з тим, що склад злочину як цілісна конструкція виконує розмежувальну функцію, тобто є критерієм розмежування. Адже, розмежування – це процес порівняння. Кінцевою метою розмежування, що відбувається у межах кримінально-правової кваліфікації, є визначення з-поміж складів, включених до версії кримінально-правової кваліфікації, того складу злочину, що

підлягає застосуванню у конкретному випадку. У формальній логіці вважається, що саме ознаки, а не поняття, сформоване цими ознаками, це те, в чому предмети подібні один з одним чи відмінні один від одного [1, с. 27]. Відповідно, критерієм розмежування є ознака складу злочину, а не склад злочину загалом. Адже склад злочину – це складна конструкція, система, утворена сукупністю елементів, які, в свою чергу, сформовані ознаками складу злочину. Порівняння ж, як діяльність мислення, в якій втілений процес розмежування складів злочинів, повинно відбуватися на рівні первинного – найменшого елемента системи, в нашому випадку – ознаки складу злочину. В процесі розмежування порівнюються ознаки складів злочинів за їхнім змістом, і таким чином виявляються їхні функції в ході розмежування складів злочинів. Склад злочину є об'єктом, а не критерієм розмежування.

Неможливість складу злочину бути критерієм розмежування можна продемонструвати на прикладі невдалого використання законодавцем в такій ролі конкретного складу злочину чи абстрактного поняття складу злочину шляхом узагальненої вказівки на них. У Особливій частині чинного Кримінального кодексу України (далі – КК) налічується 23 статті, що містять склади злочинів, у конструкціях яких для розмежування законодавцем використані, так звані, негативні ознаки. З них узагальнена вказівка на відсутність складу злочину міститься у 13 статтях Особливої частини КК. Наприклад, «відсутність ознак державної зради чи шпигунства» – ознака, введена законодавцем у конструкції складів розголошення державної таємниці (ч. 1 ст. 328 КК України) і передачі або збирання відомостей, що становлять конфіденційну інформацію, яка є власністю держави (ч. 1 ст. 330 КК України); а відсутність ознак вимагання – складу примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань (ч. 1 ст. 355 КК України).

Такий спосіб побудови конструкцій складів злочинів не можна назвати вдалим. З одного боку, таким чином законодавець вказує на необхідність розмежовувати певний склад злочину з іншими – тими, які названі в диспозиції відповідної статті (частини статті). Але, з іншого боку, такий спосіб не вирішує проблему розмежування цих суміжних складів злочинів. Узагальнена вказівка в законі на відсутність ознак цілого складу злочину практично нічого не дає для процесу розмежування, бо є тільки підтвердженням необхідності розмежовувати відповідні склади злочинів, яка сама собою стає очевидною в результаті системного аналізу ознак відповідних складів злочинів. Аналізована законодавча модель – це вимога шу-

кати відмінність без вказівки на ознаки, що її визначають. Це постановка завдання перед правозастосувачем, для виконання якого законодавець не надав засобів. Хоч у кримінально-правовій літературі висловлювалась й інша точка зору. К.С. Хахуліна пропонувала застосовувати вербальну формулу «крім випадків, передбачених у законі спеціально» як засіб законодавчого усунення конкуренції загальної і спеціальної кримінально-правових норм [2, с. 122]. Проте, таке і подібні формулювання, наприклад, «крім випадків, передбачених іншими статтями цього кодексу», як у ч. 1 ст. 203 КК; або «крім випадків, передбачених цим Кодексом», як у ст. 445 КК, крім того, що не визначають конкретного переліку складів злочинів, які потрібно розмежовувати, на мій погляд, взагалі виглядають одіозно. Хто б, маючи достатні знанні в галузі кримінального права, сумнівався, що діяння підлягає кваліфікації за тією чи іншою статтею (частиною статті) Особливої частини КК, якщо його ознаки збігаються з ознаками складу злочину, передбаченого саме цією конкретною статтею (частиною статті), і що для цього має бути встановлена відсутність ознак інших складів злочинів. Та й навряд чи можна погодитися, що такими абстрактними вказівками можливо усунути потенційну конкуренцію кримінально-правових норм. У таких випадках обсяг definience є ширшим за обсяг definiendum (Dfd<Dfn), що вважається логічною помилкою визначення понять [1, с. 36].

Крім того, наведені вище формулювання, що мають місце в диспозиціях статей (частин статей) Особливої частини КК, є неточними. Якщо буквально тлумачити текст закону, то вказівка, наприклад, на «відсутність ознак вимагання» в диспозиції ч. 1 ст. 355 КК означає, що для кваліфікації діяння за цією статтею, необхідно встановити відсутність усіх ознак складу вимагання, в тому числі тих, які у кожному складі злочину є незмінними. Проте, порівняння складів примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань (ч. 1 ст. 355 КК) і вимагання (ч. 1 ст. 189 КК) показує, що, крім тих ознак, які у кожному складі злочину є незмінними і необхідними, вони мають спільні ознаки. А це означає, що неможливою є відсутність усіх ознак, властивих основному складу вимагання у складі примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань. Через наявність певної сукупності спільних ознак й виникає потреба у розмежуванні цих складів злочинів, які є суміжними. Для цього потрібно виявити в кожному з порівнюваних складів злочинів наявність розмежувальних ознак. Потребу в розмежуванні складів злочинів викликає наявність у них спільних ознак – тих, які у кожному з цих складів злочинів мають

однаковий зміст. Для того, щоб їх розмежувати все рівно потрібно звертатися до аналізу і порівняння змісту конкретних ознак цих складів злочинів, незважаючи на те, є відповідна вимога в тексті статті Особливої частини, чи нема. Наведене підтверджує висновок про те, що розмежування складів злочинів потрібно здійснювати на рівні їхніх ознак. Сам же склад злочину є не критерієм, а об'єктом розмежування. Критерієм розмежування є ознака складу злочину, щодо певних складів злочинів – окрема якість цієї ознаки, наприклад, стан здоров'я, професійний статус, чи соціальний статус потерпілого. Склад злочину в цілому не є критерієм розмежування.

Потрібно відрізняти значення ознак складу злочину у розмежуванні і їх значення для кваліфікації вчиненого. Значення ознак складу злочину у кримінально-правовій кваліфікації відрізняється від значення цих ознак для розмежування тим, що в першому випадку вони визначають можливість наявності чи відсутності того чи іншого складу злочину, а в другому уможливлюють вибір. У кваліфікації це проявляється в тому, що відсутність хоча б однієї з ознак, в тому числі тих, зміст яких є незмінним у кожному складі злочину, однозначно свідчить про відсутність певного складу злочину, але це автоматично не означає наявність іншого складу з групи складів злочинів зі спільними ознаками. Розмежування має місце там, де є версія з кількох складів злочинів, а версія – тоді, коли склади злочинів мають спільні ознаки.

Таким чином, ознаки складу злочину можуть виконувати у розмежуванні складів злочинів різні функції. Роль окремих ознак складу злочину в розмежуванні складів злочинів не однакова. Вона залежить від того, яка саме це ознака. Крім того, значення ознак складу злочину визначається співвідношенням складів злочинів, що підлягають розмежуванню. Не однаковим є це значення для розмежування суміжних складів злочинів між собою, для розмежування складів злочинів, передбачених конкуруючими нормами, між собою, та для їхнього розмежування з ідеальною сукупністю злочинів.

Якщо йдеться про розмежування суміжних складів злочинів, то це можуть бути функції спільних, тобто повністю чи частково збіжних за змістом, ознак; розмежувальних ознак, тобто позначених поняттями, що перебувають між собою у логічному співвідношенні диз'юнкції; чи нейтральна функція – коли та чи інша ознака не відіграє ніякої ролі в процесі розмежування, наприклад, ознаки загального суб'єкта злочину. Якщо має місце співвідношення конкуруючих кримінально-правових норм, то ознаки складу злочину, в цьому випадку, можуть виступати як спільні, а також, залежно від виду конкурен-

ції, як додаткові (за конкуренції частини і цілого), як специфічні (за конкуренції загальної і спеціальної норм, чи кількох спеціальних норм). Коли необхідно відрізнити одиничні склади злочинів зі спільними ознаками від сукупності злочинів, потрібно констатувати, що в останньому випадку ознаки, вербальне позначення яких тотожне у різних складах злочинів, не є спільними, тобто відрізняються за змістом. Ці ознаки, навіть маючи словесну подібність, не позначають одне й те саме явище реальної дійсності. Це має місце, якщо ознаки, що позначені однаковими термінами, в одному складі належать до числа об'єктивних ознак, у іншому – суб'єктивних. Наприклад, мета, як ознака одного складу злочину, і суспільно небезпечне діяння чи наслідки, у яких полягає реалізація відповідної мети, які не названі серед ознак об'єктивної сторони того складу злочину, метою якого вони є, а виступають ознаками іншого складу злочину. Відповідно, вони знаходяться за межами об'єктивної сторони того складу злочину, що включає цю мету. Вчинення діяння з певною метою й наступна реалізація цієї мети є реальною сукупністю злочинів. Наприклад, злочинів, передбачених ст. 341 КК і ст. 356 КК; або ст. 149 КК і ст. 303 КК.

---

1. *Гетманова А.Д.* Логика: для педагогических учебных заведений. – М.: Новая школа, 1995. – 416 с.

2. *Хахулина К.С.* Конкуренция уголовно-правовых норм и ее преодоление в процессе их применения: Дисс. ... канд. юрид. наук. – Казань, 1984. – 192 с.

М.В. Галабала,
аспірант
(Львівський державний університет внутрішніх справ)

РОЗВИТОК ВЧЕННЯ ПРО ЕКСТРАДИЦІЮ В УКРАЇНСЬКІЙ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІЙ ДОКТРИНІ

Успішна реалізація завдань, що стоять перед національним кримінальним законодавством, значною мірою залежить від правової співпраці між державами з огляду на те, що злочинність є явищем транснаціональним. Такі міжгалузеві інститути як інститут видачі злочинців та передачі злочинців покликані забезпечувати

правове регулювання такої співпраці. Над науковою розробкою зазначених інститутів в Україні працювали О.І. Виноградова, М.Ю. Коробкін та П.О. Іосіфов, С. Лихова, Аль-Шбуль Махмуд, Мухамад Назаль, А.В. Озерська, І.В. Озерський, С.А. Шалгунова та В.С. Березняк тощо. У 2005 р. М.П. Свистуленко захистила дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук «Екстрадиція в правовій системі України: основні кримінально-правові аспекти».

Термінологічна плутанина, що притаманна вітчизняній кримінально-правовій доктрині, не оминула й ці інститути. Зокрема, вона стосується вживання термінів «екстрадиція», «видача» та «передача». Як видається, витоки слід шукати у лінгвістичній неузгодженості міжнародно-правових актів мовою оригіналу та їх перекладу українською мовою, а також їх відповідної імплементації в національні нормативно-правові акти. В контексті міжнародно-правової співпраці між державами міжнародні документи оперують двома основними поняттями: в Європейській конвенції про видачу правопорушників 1957 р., яка регламентує процедуру примусової видачі з метою притягнення до кримінальної відповідальності, відданя до суду та приведення до виконання вироку, йдеться про «видачу» – «extradition» [1], а в Конвенції про передачу засуджених осіб 1983 р., що регламентує процедуру передачі засуджених до позбавлення волі злочинців за їх згодою з метою відбуття покарання, йдеться про «передачу» – «transfer» [2]. Водночас Римський Статут Міжнародного кримінального суду дещо ширше визначає термін «extradition» – як доставлення особи однією державою в іншу державу [3]. Ст. 10 КК України 2001 р. хоча й розмежовує поняття «видача» та «передача», проте розкриває їх зміст не у точній відповідності з двома вищезгаданими конвенціями.

Значна частина українських учених розмежовує поняття видачі та передачі. Це – О.І. Виноградова [4], М.І. Хавронюк [5], М.П. Свистуленко [6], С.А. Шалгунова та В.С. Березняк [7]. До групи науковців, що уникають розмежування цих інститутів можна віднести В.І. Борисова [8], М.Ю. Коробкіна та П.О. Іосіфова [9], А.В. Озерську [10].

Не вирізняються одноманітністю також і теоретичні визначення терміну «екстрадиція». Як процес, пов'язаний з передачею відповідної особи однією державою іншій, екстрадицію розглядають О.І. Виноградова [4], С. Лихова та М. Свистуленко [11], А.В. Озерська та І.В. Озерський [12]. Через передачу правопорушників екстрадицію визначають В.І. Борисов [8] та А.Н. Миколенко [13]. М.Ю. Коробкін та П.О. Іосіфов розглядають екстрадицію в якості зобов'язання держави [14], а С.А. Шалгунова та В.С. Березняк – в якості правового державного акту [7].

Низка вітчизняних науковців криміналістів схиляються до думки, що в Україні необхідно прийняти спеціальний закон про екстрадицію, який би детальніше врегулював відповідні положення цього інституту. До них відносяться: С. Лихова та М. Свистуленко [11], А.В. Озерська та І.В. Озерський [12], С.А. Шалгунова та В.С. Березняк [7]. Такі вчені як Аль-Шбуль Махмуд [15] та Мухамад Назаль [16] підтримують позицію стосовно необхідності прийняття універсального міжнародно-правового документу щодо екстрадиції.

Незважаючи на наявність дисертаційного дослідження, присвяченого темі екстрадиції в Україні, та низки публікацій у періодиці з даної тематики, видається, що ніша наукової розробки інститутів видачі та передачі не є достатньо наповнена відповідними теоретичними доробками. Щодо загального рівня наукової новизни робіт з даної тематики, то їм можна дати оцінку «удосконалено».

---

1. European Convention on Extradition (ETS 24) – Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1998. – P. 1.

2. Convention on the Transfer of Sentenced Persons (ETS 112). – Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1998. – P. 2.

3. United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court (Rome, 15 June – 17 July 1998 y.). Official Records – Vol. I. – Final Documents. – New York: United Nations, 2002. – P. 98.

4. *Виноградова О.І.* Видача (екстрадиція) осіб, які вчинили злочини // Адвокат. – 1999. – № 4. – С. 13.

5. *Хавронюк М.І.* Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року. 3-є вид. / [Авт. колектив: Бойко А.М., Брич Л.П., Грищук В.К., Дудоров О.О., Мельник М.І., Музика А.А., Навроцький В.О., Ришелюк А.А., Хавронюк М.І.]; За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Атіка, 2003. – С. 38.

6. *Свистуленко М.П.* Екстрадиція в правовій системі України: основні кримінально-правові аспекти: Автореф. дис ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – С. 5.

7. *Шалгунова С.А., Березняк В.С.* Проблемні питання правового визначення терміна «екстрадиція» // Науковий вісник Юридичної академії МВС України. – 2005. – № 3 (22). – С. 385–386.

8. *Борисов В.І.* Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник. 2-е вид. / За ред. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – С. 72.

9. *Коробкін М.Ю., Іосіфов П.О.* Сучасний стан екстрадиції як інституту міжнародного кримінального права // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ. – 2006. – № 2. – С. 128.

10. *Озерська А.В.* Екстрадиція в кримінальному праві України // Економіка, фінанси, право. – 2005. – № 1. – С. 35.

11. *Лихова С., Свистуленко М.* Актуальні питання вдосконалення інституту екстрадиції // Право України. – 2001. – № 1. – С. 123–124.

12. *Озерська А.В., Озерський І.В.* Екстрадиція: кримінально-правовий аналіз // Економіка, фінанси, право – 2005. – № 3. – С. 29.

13. *Миколенко А.Н.* Уголовное право Украины. Общая и Особенная части. Учебник / Отв. ред. Е.Л. Стрельцов. – Х.: Одиссей, 2006. – С. 19; *Пинаев А.А.* Уголовное право Украины. Общая часть. – Х.: Харьков юридический, 2005. – С. 33.

14. *Коробкін М.Ю., Іосіфов П.О.* Сучасний стан екстрадиції як інституту міжнародного кримінального права // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ. – 2006. – № 2. – С. 128.

15. *Аль-Шбуль Махмуд.* Проблема конфліктів права у міжнародному праві видачі злочинців // Правова держава / Інститут держави і права імені В.М. Корецького НАН України. – 1996. – Вип. 7. – С. 282.

16. *Мухамад Назаль.* Международная преступность и вопросы выдачи преступников // Держава і право / Інститут держави і права імені В.М. Корецького НАН України, Спілка юристів України. – К.: «Юридична книга», 1997. – Вип. 1. – С. 170.

С.Ф. Денисов,
кандидат юридичних наук, доцент
Д.О. Сіц,
курсант
(Запорізький юридичний інститут
Дніпропетровського державного університету
внутрішніх справ)

ПОСЯГАННЯ НА ЗДОРОВ'Я ЛЮДЕЙ ПІД ПРИВОДОМ ПРОПОВІДУВАННЯ РЕЛІГІЙНИХ ВІРОВЧЕНЬ ЧИ ВИКОНАННЯ РЕЛІГІЙНИХ ОБРЯДІВ (СТ. 181 КК УКРАЇНИ): ПРОБЛЕМА ЗАСТОСУВАННЯ І ПЕРСПЕКТИВА УДОСКОНАЛЕННЯ

Кожне суспільство, на якому етапі розвитку воно б не перебувало чи в яких умовах воно б не існувало, завжди стикається зі складною та загрозливою проблемою. Йдеться про злочин-

ність. Це явище, якщо йому не протидіяти, може цілком охопити все суспільство та привести його до безладу, хаосу та руйнації. Така ситуація спричинить втрату споконвічних принципів справедливості, моральності, ввічливого співіснування людей. Людська спільнота стане жорстокою, егоїстичною, нищівною. Саме для того, щоб стримувати рівень злочинності, запобігати їй і створюється та реалізовується кожною державою ряд заходів. На законодавчому рівні відповідна державна політика здійснюється шляхом створення та вдосконалення вже існуючих систематизованих збірників норм права, що стосуються злочинної та протиправної сфери життєдіяльності суспільства.

В нашій країні головна функція боротьби зі злочинністю на законодавчому рівні покладається на КК України 2001 р. [1]. Недооцінювати його значення в житті нашого суспільства не можна. Населення України дуже різноманітне за своїми думками , поглядами; менталітет наших співгромадян також є дуже специфічним – все це у поєднанні зі складними, проблемними умовами життя значної частини населення створює сприятливе підґрунтя для існування злочинності серед всіх верств населення, незалежно від віку, статі, матеріального становища та інших показників. На КК України покладена відповідальна функція – перетворення нашого суспільства в законослухняне, в якому основоположні, загальнолюдські цінності мали б пріоритетне значення. Все це свідчить про те, що КК відіграє не останню роль у ствердженні та визнанні України, як правової держави.

Але для створення високоморального суспільства потрібно, щоб внутрішній, духовний світ кожної людини був сильним та здатним вести боротьбу за подолання та стримування злочинності як прояву низької культурі, аморальності та антигуманності, що стоїть на заваді створення правового суспільства, а відповідно і правової держави. Злочинність має настільки розгалужену сферу свого впливу, що торкається майже всіх суспільних відносин. Що говорити, якщо навіть духовна сфера життя людей не оминається злочинними на неї посяганнями з усіма витікаючими з цього наслідками. Йдеться про діяльність різних релігійних об'єднань (груп), в яких використовуючи слабини внутрішнього світу людей, вчинюються діяння, що кардинально суперечать проголошеним принципам визнання життя та здоров'я громадян найвищою цінністю. Та навіть і в цій сфері КК намагається навести лад, передбачаючи з поміж всіх інших складів злочинів у Розділі V Особливої частини «Злочини проти виробничих, трудо-

вих та інших особистих прав і свобод людини і громадянина» такий склад злочину, як «посягання на здоров'я людей під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів», що закріплений у ст. 181 КК України.

Взагалі проблемність злочинності в релігійній сфері розглядалась не тільки тепер. Ще за радянських часів дослідженням цієї сфери займались Р. Галіакбаров [2], П. Дагель [3], В. Джунь [4], Н. Кузнецова [5], П. Матишевський [6] та інші. Сучасні науковці приділяють увагу вивченню причин, умов та інших аспектів «релігійної» злочинності. Серед вітчизняних вчених, які займаються цими питаннями – П. Андрушко [7], В. Клименко [8], А. Кузьменко [9], К. Марисюк [10], М. Мельник [8], М. Палій [11], А. Тарасенко [12], М. Хавронюк [13], Л. Ярмола [14] та ін. Наявність такого інтересу до означеної теми свідчить про її актуальність та наявність недоліків у боротьбі із «релігійною» злочинністю загалом і злочинною діяльністю неформальних релігійних об'єднань зокрема.

Що стосується об'єкту злочину, то ним є встановлений порядок проповідування релігійних віровчень та виконання (відправлення) релігійних обрядів. Додатковими безпосередніми об'єктами злочину є здоров'я людей, статева свобода чи статева недоторканість, а також нормальний розвиток неповнолітніх [7]. Отже, під встановленим порядком проповідування релігійних віровчень та виконання (відправлення) релігійних обрядів передбачається фактичний процес проведення цих обрядів та проповідувань. Тобто, в кожній релігійній групі, об'єднанні є свої специфічні способи та традиції проведення релігійних церемоній та обрядів, а також проповідування релігійних віровчень, що визнаються в групі як єдиновірні. Така діяльність в групі може бути як правомірною, так і протиправною. Виходячи із положення ст. 181 КК України порядок проповідування віровчень та виконання релігійних обрядів є протизаконним, якщо він поєднаний із заподіянням шкоди здоров'ю людей, статевою розпустою. Якщо ж діяльність групи не завдає шкоди фізичному чи психологічному здоров'ю людей і не пов'язана із статевою розпустою, то суспільна небезпечність в діяльності групи не має місця, а відповідно склад злочину, передбаченого ст. 181 КК України, відсутній.

Об'єктивна сторона злочину характеризується діями, що проявляються в організації або керівництві групою фізичних осіб, діяльність якої включає в себе два основоположних елемен-

та: перший, вона поєднана із заподіянням шкоди здоров'ю людей або статевою розпустою; другий, вона здійснюється під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів [8].

У цьому складі злочину поняття заподіяння шкоди здоров'ю людей має широке розуміння. Сюди можна віднести як заподіяння тілесних ушкоджень різного ступеня тяжкості, розлад психічного стану, фізичне виснаження організму, так і заподіяння смерті. Але слід пам'ятати, що в деяких випадках злочин може потребувати додаткової кваліфікації. До таких випадків відносяться: заподіяння середньої тяжкості чи тяжких тілесних ушкоджень (ст. 121, 122 КК України), мордування (ч. 2 ст. 126), катування (ст. 127), доведення до самогубства (ст. 120), умисне убивство (ст. 115), вбивство через необережність (ст. 119), зґвалтування (ст. 152), насильницьке задоволення статевої пристрасті не природним способом (ст. 153), статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості (ст. 155). [7] В практичній роботі правоохоронних органів правильна кваліфікація злочину, передбаченого ст. 181 КК України, часто є проблемною. У більшості випадків діяння кваліфікується не за сукупністю складів злочинів, а лише за тією статтею, яка передбачає заподіяння якоїсь конкретної шкоди здоров'ю людей, оминаючи ст. 181 КК України. Така ситуація складається, у тому числі, і через те, що крізь призму проголошеного в ст. 35 Конституції України принципу свободи совісті та віросповідання дуже складно притягнути до відповідальності релігійного діяча за злочинні діяння, що здійснюються ним, або від його імені всередині релігійної групи під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів. Керівники релігійних груп та об'єднань, або ж їх організатори, особливо якщо це стосується неформальних груп, вміло використовують надане кожній людині право вільно сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої, безперешкодно відправляти одноособово чи колективно релігійні культи і ритуальні обряди, вести релігійну діяльність, прикриваючи цим свою незаконну діяльність.

Важливу роль відіграє спосіб, яким вчинюється даний злочин. Суть його полягає у проповідуванні релігійних віровчень чи виконанні релігійних обрядів. Використовуючи релігійні почуття та переконання віруючих, здійснюючи тиск на їх свідомість, керівники та організатори релігійних об'єднань отримують повний контроль над членами групи. Проповідуван-

ня релігійних віровчень – здійснює функцію оволодіння свідомістю віруючого, нав'язування встановлених в групі правил, канонів, обов'язків, традицій та вимога їх виконання і дотримання. Все це призводить до спотворення у людини уявлень про світ, що її оточує, втрати загальнолюдських принципів. Людина стає психічно не врівноваженою, здатною вчинити будь-які діяння, що потребує наслідувана ними віра. Виконання релігійних обрядів стає наче випробовуванням членів групи на вірність їхньому об'єднанню та їхній вірі. Часто такі обряди поєднані із заподіянням якоїсь фізичної шкоди одній або декільком особам, або ж суттєвим виснаженням організму внаслідок довготривалих молебенних церемоній, дотриманням посту або дієти. Якщо навіть у церемоніальних ритуальних обрядах на перший погляд нічого загрозливого немає, то систематичне їх повторення призводить до психічних розладів, а в деяких випадках до прояву психічних захворювань, особливо у тих людей, що мають нестійку, вразливу психіку.

Організація і керівництво групою не є тотожними поняттями. Організація групи – це дії, спрямовані на створення групи (підшукування і вербування членів групи, об'єднання їх зусиль, розподіл обов'язків між ними, планування діяльності тощо), метою діяльності є проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів, поєднаних із заподіянням шкоди здоров'ю людей чи статевою розпустою [7]. Керівництво групою – дії, що спрямовані на управління процесом підтримання функціонування групи і полягають, зокрема у координації діяльності групи, виданні відповідних розпоряджень, керівництво обрядами, прийняття рішень щодо покарання членів групи тощо [8]. Але проблемні ситуації виникають у тому випадку, якщо організаторів чи керівників у групі декілька, а владні повноваження у них або розподілені порівну, або один із них ієрархічно є підлеглим іншому. І в тому і в іншому випадку при розслідуванні злочину може постати питання відносно того, кого із них притягати до кримінальної відповідальності згідно зі ст. 181 КК України. Може скластись навіть така ситуація, що один із керівників чи організаторів не знає про злочинні діяння в середині групи, що вчиняються від імені іншого керівника чи організатора. Дане питання необхідно більш детально розтлумачити або ж вирішити шляхом вдосконалення диспозиції ст. 181 КК України.

Суперечливим є питання відносно моменту, з якого даний злочин вважається закінченим. Тут ми маємо два варіанта: 1) з мо-

менту настання наслідків у вигляді заподіяння шкоди здоров'ю людей чи вчиненні розпусних дій; 2) з моменту вчинення дій по утворенню зазначеної групи або керівництву нею. Така невизначеність також негативно впливає на процес розслідування злочину і може стати причиною недосягнення кінцевого результату – покаранню винної особи за вчинений ним злочин. Якщо брати за істинно правильний перший варіант, то в такому разі втрачається дуже важливий чинник – можливість запобігти заподіянню шкоди здоров'ю людей, навіть якщо означена група вже створена. В іншому випадку стає проблемною можливість притягти керівника або організатора групи до відповідальності, бо складно віднайти доказову базу, що підтверджувала б можливість вчинення всередині групи дій, які були б поєднані із заподіянням шкоди здоров'ю людей, до моменту саме фактичного заподіяння останньої.

Якщо говорити про суб'єкт зазначеного злочину, то він є загальним. Тобто, це може бути особа, яка на момент вчинення злочину досягла шістнадцятирічного віку. Дані особи у більшості випадків мають нестійку психіку, а іноді навіть і певні психічні захворювання. Тому, розслідуючи злочини за ст. 181 КК України, необхідно звертати увагу на поведінку підозрюваного чи обвинуваченого, провести психіатричну експертизу для встановлення факту наявності чи відсутності психічних розладів або захворювань у нього.

Із суб'єктивної сторони злочин характеризується прямим умислом. Особа, яка організовує або керує групою, чітко усвідомлює свою роль в її діяльності, свідомо здійснює організаторські дії або керівні функції. Суб'єкт злочину знає про завдавання шкоди здоров'ю людей чи статеву розпусту всередині групи, але використовуючи релігійні обряди чи церемонії, проповідуючи віровчення, прагне настання відповідних злочинних наслідків. Слід зазначити, що мотивація у керівників і організаторів таких груп може бути різною. Це або прагнення досягти влади над іншими людьми, або задоволення своїх статевих збочень, або свідоме прагнення завдати шкоди здоров'ю інших, чи, навіть, бажання досягти матеріального зиску.

Склад злочину передбаченого ст. 181 КК України, є кваліфікованим і передбачає у ч. 2 вчинення тих самих дій, що і в ч. 1, але поєднаних із втягуванням в діяльність групи неповнолітніх. Саме формулювання ч. 2 ст. 181 КК України вже може викликати певні питання. Це стосується її розуміння, бо воно є двозначним. Про це зазначає і М.І. Хавронюк. Її (ч. 2 ст. 181 КК

України) можна зрозуміти і так, що кваліфікуючою ознакою є втягування в діяльність групи (не менше трьох) неповнолітніх [13] . Дана неточність потребує роз'яснення, адже вона може стати причиною неправильної кваліфікації злочинного діяння практичними працівниками. Під втягуванням неповнолітніх слід розуміти залучення осіб, які не досягли вісімнадцятирічного віку, у діяльність групи. Це певні дії дорослої особи, вчинені з будь-яких мотивів і пов'язані з безпосереднім впливом на неповнолітнього з метою викликати у нього рішучість взяти участь у діяльності групи, якою здійснюється під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів діяльність, поєднана із заподіянням шкоди здоров'ю людей або статевою розпустою, за допомогою всіх видів фізичного насильства (заподіяння тілесних ушкоджень, мордування, катування тощо) і психологічного впливу (погроза застосовувати насильство, завдати матеріальних збитків, зганьбити в очах однолітків, товаришів, позбавити повсякденного спілкування, переконання, залякування, обман, шантаж, підкуп, розпалювання почуття помсти, заздрості або інших низьких почуттів, обіцянка забезпечити грошима, подарунками, розвагами тощо) [7].

Особливостями цієї кваліфікуючої ознаки є те, що суб'єктом злочину може бути лише особа, яка є повнолітньою, а також те, що закінченим злочин вважається з моменту вчинення дій, спрямованих на втягування неповнолітніх у діяльність групи, незалежно від того, вдалося чи ні суб'єкту злочину досягти поставленої мети.

Слід зазначити, що неповнолітні особи часто стають жертвами різних неформальних об'єднань, не обов'язково релігійних. Пояснюється це тим, що, перебуваючи на складному етапі формування своєї особистості підлітки знаходять вираження свого внутрішнього «Я» у протесті до суспільства і влади. Саме підтримку цьому протесту вони віднаходять у віровченнях релігійних об'єднань, що не зареєстровані і діють неформально. Під тиском своїх наставників змінюється психіка неповнолітніх, їхнє ставлення до навколишнього світу і оточуючих. Особистість перетворюється або в психічно хвору людину, або в потенціального злочинця. Все це призводить до втрати моральних та етичних цінностей та деградації підлітків.

Отже, коротко розглянувши склад злочину, передбаченого ст. 181 КК України, та, зупинивши увагу лише на деяких її проблемних аспектах, можна зробити висновок про те, що дана стаття

потребує деякого вдосконалення. Для уникнення колізії необхідно провести комплексне розтлумачення змісту статті для того, щоб дана стаття діяла на практиці. Особливої уваги, в першу чергу, необхідно приділити конкретизації суб'єкту злочину та усунення двоякого розуміння ч.2 ст. 181. Підтвердженням того, що розглянута стаття на практиці діє не в повному обсязі, є порівняння статистичних даних. Так, за даними Департаменту інформаційних технологій МВС України з 2001 до 2007 р. всього по Україні було зареєстровано 25 злочинів, виявлено 12 осіб, які вчинили злочин, закінчено лише 8 кримінальних справ. Про факти незаконної діяльності всередині неформальних релігійних груп дедалі частіше повідомляють ЗМІ. Підтвердженням цьому є також дані Центру допомоги жертвам деструктивних культів.

---

1. Кримінальний кодекс України. Офіційний текст // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25–26. – Ст. 131.

2. *Галиакбаров Р.Р.* Уголовная ответственность за посягательства на личность и права граждан под видом исполнения религиозных обрядов: учебное пособие. – Омск, 1981. – 80 с.

3. *Дагель П.* Ответственность за посягательство на личность и права граждан под видом исполнения религиозных обрядов // Сов. юстиция. – 1962. – № 22. – С. 23–24.

4. Джунь В. Застосування ст. 209 КК УРСР // Радянське право. – 1987. – № 10. – С. 42–44.

5. *Кузнецова Н.Ф.* Уголовная ответственность за нарушение общественного порядка. – М.: Госюриздат., 1963. – 32 с.

6. *Матышевский П.С.* Ответственность за преступления против общественной безопасности, общественного порядка и здоровья населения. – М.: Юрид. лит., 1964. – 158 с.

7. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. 2-е вид. /За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – К.: Дакор, 2008. – 1428 с.

8. Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник. Вид. 2-ге. / Ю.В. Александров, О.О. Дудоров, В.А. Клименко та ін.; За ред. М.І. Мельника, В. А. Клименка. – К.: Атіка, 2008. – 712 с.

9. *Кузьменко А.* Правова оцінка діяльності неокультів та її законодавче регулювання // http://www.apologet.kiev.ua/content/viev/743/38.

10. *Марисюк К.* До питання про провадження кримінальної відповідальності за порушення таємниці сповіді// Проблеми державотво-

рення і захисту прав людини в Україні: Матер. IX регіон. наук.-практ. конф., Львів, 13–14 лютого 2003. – Львів., 2003. – С. 432–433.

11. *Палій М.В.* Злочинність у сфері віросповідання та боротьба з нею: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. – К., 2002. – 19 с.

12. *Тарасенко А.В.* Уголовная ответственность за воспрепятствование совершению религиозного обряда: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. – Харьков, 1995. – 20 с.

13. *Хавронюк М.І.* Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2004. – 504 с.

14. *Ярмол Л.* Свобода віросповідання людини: юридичне забезпечення в Україні (загальнотеоретичне дослідження): Автореф. дис. … канд. юрид. наук. – Одеса, 2003.

Л.В. Иногамова-Хегай,
доктор юридических наук, профессор,
С.А. Черебедов,
аспирант
(Московская государственная юридическая академия)

УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ ОХРАНА ИНТЕРЕСОВ СЛУЖБЫ В КОММЕРЧЕСКИХ И ИНЫХ ОРГАНИЗАЦИЯХ

Глава 23 УК РФ «Преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях» расположена в разделе VIII «Преступления в сфере экономики», родовым объектом которого являются общественные отношения в сфере экономики в виде собственности, экономической деятельности и нормального функционирования коммерческих и иных организаций. Нахождение в одном разделе УК РФ общественных отношений собственности и экономической деятельности взаимообусловлено. Совокупность общественных отношений собственности вне зависимости от ее формы является основой, на которой базируются экономические отношения по производству, распределению обмену и потреблению материальных благ.

Преступления, предусмотренные главой 23 УК РФ, нарушают интересы службы в коммерческих и иных организациях, которые являются видовым объектом этих преступлений. Имеется мнение, что рассматриваемые интересы службы характеризуют родовой объект данной группы преступлений [1, с. 2]. Исходя из

системы Особенной части УК РФ, мы придерживаемся взгляда, что эти интересы являются видовым объектом в рамках родового объекта: общественных отношений в сфере экономики. Общественные отношения по регулированию служебной деятельности имеют экономический оттенок, поскольку ущерб экономике причиняется, хотя и не непосредственно, а путем нарушения нормального функционирования управленческого аппарата участников экономической деятельности.

В юридической литературе обоснованно критикуется отнесение родового объекта преступлений, закрепленных в главе 23 УК РФ, только к сфере экономики [2]. Ст. 201 УК РФ («Злоупотребление полномочиями») находится в главе 23 УК РФ «Преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях» раздела VIII. В главе 30 УК РФ «Преступления против государственной власти, интересов государственной службы и службы в органах местного самоуправления», расположенной в разделе X о преступлениях против государственной власти, имеется ст. 285 УК РФ, предусматривающая уголовную ответственность за злоупотребление должностными полномочиями.

Сравнительный анализ названий глав, в которые включены эти преступления, дает основания говорить о близости объектов данных преступлений, охраняемых уголовным законом, что отмечалось в юридической литературе [3, с. 92–93]. Исследователи предлагают объединить эти главы в отдельную главу или раздел [4]. В поддержку данного предложения мы приводим следующие аргументы. Как уже отмечалось, преступления, закрепленные главой 23 УК РФ, посягают на нормальную управленческую деятельность коммерческих и иных организаций. Экономическим отношениям, являющимся родовым объектом рассматриваемой группы преступлений, вред причиняется опосредованно, постольку, поскольку нарушения служебной деятельности в основном происходят в сфере экономики. Следовательно, по существу, в первую очередь, нормами главы 23 УК РФ охраняются интересы службы в коммерческих и иных организациях, их нормальная управленческая деятельность.

Глава 30 УК РФ «Преступления против государственной власти, интересов государственной службы и службы в органах местного самоуправления», наряду с государственной властью защищает интересы не только государственной службы, но и интересы службы в органах местного самоуправления. Указание на последние соответствует Конституции РФ, в силу которой

функционирование местного самоуправления является способом реализации народом своей власти (ст. 3).

Федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» от 6 октября 2003 г. констатирует, что местное самоуправление как выражение власти народа составляет одну из основ конституционного строя РФ (ст. 1) [5]. Органы государственной власти и органы местного самоуправления – самостоятельные формы осуществления власти народа. Последние, в соответствии со ст. 12 Конституции РФ, не входят в систему органов государственной власти, однако, тем не менее, осуществляют деятельность, имеющую властный характер. Принимаемые ими в пределах своих полномочий решения обязательны на территории муниципального образования для всех: граждан, должностных лиц, предприятий, организаций и учреждений.

Местное самоуправление, как и государственная власть, является формой осуществления власти публичной, реализуемой в интересах всего народа (его части, проживающей на определенной территории), общеобязательной, которая обеспечивается принуждением, в том числе и принудительной силой государства. Однако, во-первых, называя весь раздел X УК РФ преступлениями против государственной власти, законодатель не учел обстоятельство, что государственная власть – не единственная форма общеобязательной власти, и что интересы службы в органах местного самоуправления также охраняются нормами главы 30 УК РФ, входящими в этот раздел. Во-вторых, в разделе X УК РФ предусмотрена ответственность за преступления, совершаемые не только в государственных органах власти и управления. Например, предусмотренное в главе 29 УК РФ разглашение государственной тайны может быть совершено лицами, работающими в коммерческих и иных организациях (транспортных, связи и т.п.), аналогично преступления против правосудия и управления могут быть совершены лицами, не имеющими отношения к государственной службе, но, использующими свое служебное положение (неисполнение руководителем частного предприятия или негосударственного образовательного учреждения приговора суда о запрете принимать на работу лицо, лишенное права заниматься определенным видом деятельности). Из сказанного можно заключить, что указание в разделе X и главе 30 УК РФ на нарушение государственной власти как родового и части видового объектов не совсем соответствует реальным обстоятельствам. Как мы уже объяснили, интересы муниципальной службы в силу конституционных предписа-

ний не являются разновидностью государственной власти, а ряд преступлений, предусмотренных в главах с 29 по 32 УК РФ, может посягать не только на государственную власть, но и на отношения, связанные с ней опосредованно.

В связи с этим предлагаем в названиях раздела X и главы 30 УК РФ слово «государственная» заменить на «публичная»*. Тогда преступления, предусмотренные в разделе X УК РФ, действительно будут иметь соответствующий родовой объект, полностью охватывающий все проявления негативного поведения, нарушающего общественные отношения публичной власти как совокупности общественных отношений по регулированию нормальной деятельности публичной власти, включая деятельность государства, его органов и институтов, местных органов власти, а также коммерческих и иных организаций.

Функционирование последних в таком случае является не просто проявлением поведения лиц, выполняющих управленческие функции в частном секторе. Нормальная деятельность субъектов частного права перестает быть их собственным делом и становится объектом уголовно-правовой охраны не сама по себе, а как разновидность общественных отношений, регулирующих и затрагивающих интересы других лиц, организаций, государства. Именно связь деятельности управленцев коммерческих и иных организаций с интересами других лиц, а также организаций, государства придает этой деятельности оттенок публичности и выводит из сферы частных интересов. Тем более не частный, а в большей степени публичный характер носят действия лиц, выполняющих управленческие функции в коммерческих организациях, преобладающие пакет акций или доля уставного капитала которых принадлежит государству (Газпром, Сбербанк и др.).

Итак, предложенное изменение названий родового и видового объектов позволит объединить в главе 30 УК РФ две группы однородных преступлений: против публичной власти, интересов государственной службы и службы в органах местного самоуправления, а также интересов службы в коммерческих и иных организациях. Нам новая редакция главы 30 УК РФ видится следующим образом.

---

* Близкой точки зрения придерживался Д.А. Семенов. См.: *Семенов Д.А.* Уголовно-правовая оценка подкупа: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – М., 1999. – С. 18.

Объединить в одной статье 285 УК РФ нормы, предусматривающие уголовную ответственность за общие виды злоупотребления полномочиями (в действующей редакции – это нормы, закрепленные ст. 201 и 285 УК РФ).

В ст. 286 УК РФ предусмотреть ответственность и за превышение полномочий, осуществляемое лицами, выполняющими управленческие функции в коммерческих и иных организациях.

В ст. 290 и 291 УК РФ установить на единых основаниях уголовную ответственность за получение и дачу незаконного вознаграждения.

Ответственность за служебный подлог, на наш взгляд, предпочтительнее установить в ст. 292 УК РФ для обеих групп субъектов, нарушающих интересы службы.

В настоящее время нет уголовной ответственности для лиц, выполняющих управленческие функции, при выполнении ими служебных полномочий по неосторожности. Мы уверены, что общественная опасность неосторожного халатного осуществления функции управленцами ничем не меньше аналогичного поведения должностных лиц. При этом отсутствие критикуемой уголовной ответственности за служебную халатность в определенной степени не укладывается в содержание принципа равенства всех перед уголовным законом (ст. 4 УК РФ). Мы не видим существенных отличий в характере и степени общественной опасности недобросовестного выполнения служебных обязанностей заведующими отделениями, соответственно, государственной и частной клиник, или деканами факультетов или институтов государственного и негосударственного университетов. Но уголовно-правовые последствия для первых и вторых при этом наступают по действующему УК РФ неодинаково. Для управленцев либо нет уголовной ответственности, либо она возможна по другим статьям УК РФ, например за причинение по неосторожности смерти (ч. 2 ст. 109 УК РФ – наказывается ограничением свободы на срок до трех лет либо лишением свободы на тот же срок с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет или без такового) и др.

Должностные же лица за халатность, повлекшую по неосторожности смерть человека (ч. 2 ст. 293 УК РФ – ст. 293 УК РФ в ред. ФЗ РФ от 8 апреля 2008 г. № 43-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации» [6]), могут быть наказаны лишением свободы на срок до пяти лет с лише-

нием права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет или без такового. Как видим, более суровая ответственность за причинение вреда личности при нарушении служебных функций предусмотрена для последней категории лиц. В новой предлагаемой редакции в ст. 293 УК РФ мы считаем желательным установить равную уголовную ответственность для обеих групп субъектов. Остальные специальные составы преступлений оставить без изменений в рамках главы 30 УК РФ.

Познавательным является опыт зарубежного законодательства. Уголовный кодекс Украины не разделяет служебные преступления на две группы, предусматривая уголовную ответственность для должностных лиц в ст. 364–367 раздела XVII «Преступления в сфере служебной деятельности». Должностными в соответствии с п. 1 примечания к ст. 364 УК Украины признаются обе группы лиц, которые по нашему УК являются или должностными, или лицами, выполняющими управленческие функции в коммерческих и иных организациях. На наш взгляд, представляется более удачным подход украинского законодателя и в других случаях. В группе служебных преступлений указаны деяния, закрепленные одними общими нормами: злоупотребление властью или служебными полномочиями – в ст. 364 УК Украины; превышение властью или служебными полномочиями – в ст. 365 УК Украины; служебный подлог – в ст. 366 УК Украины и служебная халатность – в ст. 367 УК Украины. Специальные же нормы предусмотрены в других главах УК Украины. Предпочтительнее в сравнении с нашим УК видится и решение законодателя Украины о наступлении уголовной ответственности не только за злоупотребление своими полномочиями, но и за злоупотребление положением.

Предложение по изменению криминализации служебных преступлений в УК РФ не только определяет их единый видовой объект, но и позволяет решить вопрос об установлении в УК РФ уголовной ответственности публичных должностных лиц иностранных государств и международных организаций. Изменение наименований родового объекта преступлений раздела X и видового объекта преступлений главы 30 УК РФ «государственная власть» на «публичная власть» дает возможность, не нарушая системности Особенной части УК РФ, криминализовать преступные деяния должностных лиц иностранных государств и международных организаций.

Согласно Конвенции ООН против коррупции 2003 г., которую РФ ратифицировала с заявлениями ФЗ от 8 марта 2006 г. № 40-ФЗ [7], в УК РФ следует предусмотреть ответственность за дачу рассматриваемым лицам незаконного вознаграждения, и по возможности – ответственность за получение ими такого вознаграждения. В диспозитивной форме рекомендуется государствам, участникам Конвенции, криминализировать и некоторые другие коррупционные преступления.

В Конвенции Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию 1999 г., ратифицированной РФ ФЗ от 25 июля 2006 г. № 125-ФЗ*, также предусматривается, что ее участники криминализируют согласно своим внутригосударственным принципам как дачу, так и принятие незаконного вознаграждения иностранными должностными лицами (ст. 5, 6 Конвенции), а также должностными лицами международных организаций (ст. 9–11 Конвенции). Причем Совет Европы вопрос криминализации получения незаконного вознаграждения решает жестче, фактически обязывая государства установить уголовную ответственность таких лиц, в отличие от диспозитивных предписаний ООН.

Предписания Совета Европы восприняты государствами, так в ст. 228 УК Польши, закреплена уголовная ответственность за получение имущественной или личной выгоды как своими должностными лицами, так и должностными лицами (лицами, выполняющими публичную функцию) иностранных государств и международных организаций (§ 6), а в ст. 229 УК Польши – за дачу или обещание предоставить рассматриваемую выгоду лицу, выполняющему публичную функцию, в связи с выполнением этой функции.

Представляется предпочтительным вариант установления уголовной ответственности должностных лиц иностранных государств и международных организаций в одной статье УК РФ наряду с ответственностью российских должностных лиц, а также лиц, выполняющих управленческие функции в коммерческих и иных организациях.

Введение в УК РФ предлагаемого родового объекта в виде общественных отношений по регламентации публичной власти, а также видового как общественных отношений по обеспечению

---

* Конвенция вступила в силу для России 1 февраля 2007 г. – См.: СЗ РФ. – 2006. – № 31 (Ч. I). – Ст. 3424.

публичной власти, интересов государственной службы, службы в органах местного самоуправления, а также интересов службы в коммерческих и иных организациях позволяет предусмотреть уголовную ответственность за неправомерные деяния публичных лиц зарубежных государств и международных организаций, не нарушая принципов суверенитета и независимости этих государств и организаций.

---

1. См.: *Кузнецов А.П., Лобова Е.Л.* Актуальные проблемы юридической ответственности за нарушения в сфере экономической деятельности и налогообложения // Материалы науч.-практ. конфер., 16–18 октября 2002 г. // Следователь. – 2003. – № 7.

2. См.: *Максимов С.В.* Коррупция. Закон. Ответственность. – М., 2000. – С. 95; Российское уголовное право. Особенная часть // Под ред. Л.В. Иногамовой-Хегай, В.С. Комиссарова, А.И. Рарога. – М., 2007. – С. 299.

3.См.: Курс уголовного права. Особенная часть. Т. 3 / Под ред. Г.Н. Борзенкова, В.С. Комиссарова. – М., 2002. – С. 92–93.

4. См.: *Скрябин Э.Н.* Проблемы реализации уголовной ответственности за преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях: Дисс. ... канд. юрид. наук. – Воронеж, 2002. – С. 45; *Иванов М.* Необходимы ли изменения норм уголовного закона о служебно-экономических преступлениях // Уголовное право. – 2006. – № 2. - С. 34.

5. См.: СЗ РФ. – 2003.– № 40.

6. См.: СЗ РФ. – 2008. – № 15. – Ст. 1444.

7. СЗ РФ. 2006. – № 12. – Ст. 1231.

Д.В. Каменський
(Азовський регіональний інститут управління Запорізького національного технічного університету)

ПОДАТКОВІ ЗЛОЧИНИ ТА ПОШТОВЕ ШАХРАЙСТВО У США: ПРОБЛЕМИ СПІВВІДНОШЕННЯ

Всебічний аналіз складів податкових злочинів за федеральним законодавством США має значну наукову та практичну ко-

ристь для вдосконалення вітчизняного кримінального законодавства і практики його застосування. Більшість науковців схвально сприймають тезу про те, що процеси вдосконалення відносно молодої, ускладненої та, не буде перебільшенням стверджувати, нормативно «зарегульованої» системи оподаткування України потребують звернення у тому числі до зарубіжного досвіду, зокрема американського. На наш погляд, дослідження іноземного досвіду побудови дієвої системи оподаткування та ефективних юридичних механізмів її охорони від протиправних посягань має здійснюватись у комплексі, із виділенням найбільш актуальних напрямів і водночас повинно містити не лише елементи теоретичного обґрунтування, а й реальні перспективи для критичного запозичення та втілення у сферу податкових правовідносин в Україні. Звернення до накопиченого протягом понад століття американського досвіду кримінально-правової протидії злочинним посяганням на систему федерального оподаткування, який історично ввібрав у себе чимало правозастосовних проблем, притаманних сьогоднішній ситуації із кримінально-правовою охороною системи оподаткування України, дозволить уникнути помилок, пов'язаних як із формуванням відповідної законодавчої бази, так і з кримінально-правовою оцінкою поведінки платників податків, представників контролюючих органів та інших суб'єктів податкових правовідносин.

У процесі розробки сучасної доктрини кримінального права України одним

із актуальних напрямів проведення наукових досліджень є вивчення особливостей співвідношення окремих злочинів у сфері господарської діяльності і зокрема ухилення від сплати податків і зборів (обов'язкових платежів). Так, ряд положень постанови Пленуму Верховного Суду України від 8 жовтня 2004 р. № 15 «Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів» акцентує увагу фахівців на особливостях співвідношення ст. 212 і ст. ст. 201, 222, 358, 364 КК України. Не обійдена увагою ця проблематика і в юридичній літературі.

Хотілось би відзначити, що аналогічні за своїм змістом питання постають і перед американськими криміналістами та представниками правозастосовних органів. Судова практика США досить часто звертається до питань співвідношення традиційних податкових і так званих загальнокримінальних злочи-

нів. Частково проблеми співвідношення вказаних діянь вже ставали предметом наших попередніх досліджень [1].

Метою цієї роботи є вивчення ознак складів злочинів та особливостей застосування параграфів розділу 18 Зібрання законів США (далі – ЗЗ США) про відповідальність за шахрайство із поштовими відправленнями та шахрайство із грошовими переказами як «резервних» норм у частині кваліфікації окремих форм ухилення від сплати федеральних податків та подання завідомо неправдивих документів податкової звітності.

Як відомо, однією зі специфічних ознак кримінального законодавства США є відсутність федерального кримінального кодексу у його загальноприйнятому розумінні. Актом Конгресу від 15 червня 1948 р. до ЗЗ США був включений розділ 18 «Злочини і кримінальний процес», що охоплює як вихідні положення стосовно визначення форм злочинної поведінки, так і основні склади федеральних злочинів. Критерієм розташування глав, що закріплюють схожі за своїми ознаками склади злочинів, у розділі 18 виступає алфавітний порядок, що, на нашу думку, не дає підстав розмірковувати навіть про спроби американського законодавця кодифікувати федеральні кримінально-правові приписи. Як зазначено у довідковій літературі, фактично розділ 18 ЗЗ США становить собою розташоване в алфавітному порядку і погано впорядковане зібрання окремих діючих федеральних кримінальних законів [2]. Враховуючи роль цього розділу ЗЗ США як базового джерела федерального кримінального законодавства, а так само з метою зручності посилання пропонуємо надалі у цій роботі використовувати умовне поняття «Кримінальний кодекс США» (або КК США).

§ 1341 КК США передбачає жорсткі кримінально-правові санкції (до 30 років позбавлення волі та (або) штраф до 1 млн. дол.) за пересилання грошей чи будь-яких матеріальних цінностей, що мають злочинне походження, із використанням послуг пошти чи кур'єра.

Для наявності розглядуваного складу злочину необхідно встановити такі обов'язкові елементи: 1) обвинувачений свідомо створив будь-яку завідомо шахрайську схему; 2) обвинувачений діяв зі спеціальним наміром скоїти шахрайство (тобто діяв умисно); 3) обвинувачений реалізував завідомо шахрайську схему шляхом пересилання особисто або із використанням іншої особи будь-якого предмету поштою.

Термін «шахрайська схема» у контексті розглядуваного складу федерального злочину означає будь-яку протиправну схему (модель

протиправної поведінки), метою реалізації якої є позбавлення іншої особи грошових коштів, будь-якого майна або права на одержання будь-яких послуг. При цьому реалізація шахрайської схеми передбачає, як правило, застосування обману в активній чи пасивній формі.

§ 1343 КК США передбачає аналогічні до зазначених у § 1341 КК США санкції за використання технологій бездротової передачі даних із метою реалізації шахрайських схем за межами штату відправлення чи США. Цей параграф охоплює зокрема передачу будь-якої письмової інформації чи переказ грошових коштів через електронні мережі зв'язку з метою заподіяння потерпілому майнової шкоди.

Щоб установити наявність цього складу злочину, необхідно визначити такі обов'язкові елементи: 1) обвинувачений свідомо створив будь-яку завідомо шахрайську схему; 2) обвинувачений діяв із спеціальним наміром скоїти шахрайство (тобто діяв умисно); 3) обвинувачений реалізував завідомо шахрайську схему шляхом використання технологій бездротової передачі даних за межі штату відправлення чи США. Кожен епізод шахрайства із використанням технологій бездротової передачі даних розглядається правозастосовною практикою як окремий закінчений злочин.

Для встановлення поштового чи «електронного» шахрайства від сторони державного обвинувачення не вимагається доводити, що відправлені матеріали чи дані були повністю або частково сфальсифікованими або що їх відправлення фактично призвело до реалізації шахрайської схеми. Таким чином, звертаючись до вітчизняної кримінально-правової термінології, є підстави віднести аналізовані склади злочинів до усічених: злочинне посягання визнається закінченим вже на стадії готування чи замаху на відповідний вид шахрайства.

Хоч офіційні тексти розглядуваних федеральних приписів не містять вказівки на обов'язкове спричинення матеріальної шкоди, американська судова практика традиційно вимагає встановлення критерію заподіяння матеріальних збитків внаслідок шахрайства із поштовими відправленнями або фінансовими переказами. Таким чином, у кожній кримінальній справі цієї категорії злочинів для журі присяжних повинні надаватись переконливі докази заподіяння матеріальної шкоди внаслідок реалізації шахрайської схеми.

Якщо звернутись до практики застосування розглядуваних параграфів у ретроспективному аспекті, можна зробити висновок, що довгий час американська судова практика неконкрети-

зовано підходила до тлумачення поняття «шахрайська схема». Фактично при розгляді справ цієї категорії суди часто виходили за межі загальноприйнятого у кримінально-правовій доктрині підходу до визначення шахрайства. Наприклад, апеляційний суд п'ятого округу, визначаючи «межі» застосування розглядуваних норм федерального КК США, зазначив, що передбачене ними шахрайство охоплює будь-які посягання на моральні цінності, почуття честі, загальноприйнятні правила ділових відносин, а також на встановленні правила порядної поведінки у суспільстві [3]. Із зрозумілих причин такий підхід призвів до виникнення численних складнощів у кваліфікації шахрайських посягань, а також у виробленні єдиних критеріїв їх відмежування від суміжних федеральних злочинів.

На початку 80-х р.р. минулого століття такий «всеохоплюючий» підхід у застосуванні §§ 1341 та 1343 КК США став об'єктом конструктивної критики з боку окремих судів. Нарешті, у 1985 р. четверо суддів Верховного Суду США були вимушені констатувати, що суди нижчих інстанцій у своїй практиці дозволяли собі занадто розширювати межі дії вказаних кримінально-правових статутів, наслідком чого стало охоплення цими нормами діянь, що традиційно визнавались злочинами чи цивільно-правовими деліктами лише на рівні штатів. Такий висновок став початком загальної тенденції до суттєвого звуження сфери застосування аналізованих параграфів.

Загальновідомо, що більшість заповнених податкових декларацій надсилаються платниками податків на адресу Служби внутрішніх доходів (федерального податкового органу, далі – СВД) звичайною поштою або з використанням електронних мереж. У зв'язку з цим перед суб'єктами правозастосовної практики постає цілком закономірне питання – яким чином слід давати кримінально-правову оцінку діям податкових злочинців, які в якості способу вчинення посягання обирають відправлення завідомо неправдивих документів податкової звітності звичайною чи електронною поштою? Можливі варіанти відповіді: 1) кваліфікація за сукупністю спеціального податкового припису (це, як правило, ухилення від сплати федеральних податків (§ 7201 ПК) та подання завідомо неправдивої податкової звітності (§ 7206 (1) ПК)) та загальної норми, передбаченої § 1341 КК США або 2) окрема кваліфікація за одним із названих параграфів.

Офіційна позиція Податкового підрозділу Міністерства юстиції США (правоохоронного органу, що виконує функції, аналогічні

до повноважень Генеральної Прокуратури України, далі – ПП), прокурори якого підтримують державне обвинувачення у кримінальних справах про федеральні податкові злочини, стосовно кваліфікації зазначеної поведінки податкових шахраїв полягає у наступному. За загальним правилом, податкові злочини не можуть кваліфікуватися за параграфами про шахрайське пересилання документів чи іншої юридично значущої інформації у двох випадках: 1) коли предметом звичайного поштового чи електронного відправлення виступає лише неправдива декларація чи інший документ податкової звітності або заява про повернення переплаченого податку; 2) коли відправлені матеріали мають другорядне значення порівняно з їх цільовим «об'єктом» – конкретним злочином проти системи федерального оподаткування. Наприклад, податковий шахрай надсилає своїм клієнтам брошюру із детальною інструкцією про ухилення від сплати податкового зобов'язання; пересилання цього носія інформації матиме другорядне кримінально-правове значення поряд із самим податковим злочином, що полягає в ухиленні від сплати суми федерального податку і, відповідно, не буде розглядатись як окремий злочин [4].

Оскільки в окремих випадках із наведених вище правил можуть бути виключення, ПП у кожній кримінальній справі про федеральні податкові злочини, що вчинюються шляхом надсилання юридично значущої інформації будь-яким способом, проводить ретельний аналіз всіх обставин справи з метою вироблення рекомендацій щодо визначення обсягу та правильної формули обвинувачення.

За загальним правилом, сформованим тривалою законодавчою і судовою практикою, у разі встановлення факту суспільно небезпечного посягання на встановлений порядок федерального оподаткування, акцент робиться на кримінальному переслідуванні саме цього порушення, навіть якщо його «супутником» був інший неподатковий злочин. Наприклад, у разі надсилання завідомо неправдивої податкової декларації звичайною або електронною поштою, де-юре порушуються два параграфи – про складання завідомо неправдивого документа податкової звітності (§ 7206 (1) або § 7206 (2) ПК), а також про вчинення шахрайства під час передачі інформації (§ 1341 або § 1343 КК США). Де-факто, у межах прокурорської дискреції щодо формулювання обвинувачення, інкримінуватись буде лише параграф про податковий злочин, оскільки він у цьому разі визнаватиметься спеціальним до загальної норми про пересилання фіктивної інформації. Одночасне застосування «податково-

го» і «неподаткового» параграфів дозволяється ПП вкрай рідко і виключно у випадках, коли, по-перше, шкода завдається не лише фіскальним інтересам держави, а й іншим охоронюваним законом благам і, по-друге, обвинувачення наполягає на більш суворому покаранні для винного. Доречно навести як приклад таку ситуацію. Якщо банк надає платнику податків фінансову позику під заставу грошової суми, що підлягає майбутньому відшкодуванню із бюджету у якості переплачених податків чи податкової пільги, а документ, що підтверджує відшкодування, фактично є неправдивим, то банк у такому випадку буде потерпілим від фінансового (а не податкового) шахрайства. Відповідно, податковому шахраю, крім інкримінування норми про податковий злочин, дозволятиметься також ставити у вину і порушення розглядуваних § 1341 або § 1343 КК США.

Відповідно до положень федерального податкового законодавства США податкові злочини не визнаються предикатними діяннями до легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом. Таким чином, у разі встановлення мети винної особи порушити норми податкового закону, злочинні діяння – «супутники» у вигляді відмивання «брудних» коштів і використання шахрайських поштових відправлень як способу легалізації можуть не включатись до обсягу висунутого обвинувачення. Якщо ж такі, умовно кажучи, «другорядні» діяння охоплювались умислом винного, скоєне повинно діставати самостійну кримінально-правову оцінку.

Отже, на підставі викладеного можемо зробити декілька узагальнень.

Комплексність і конкретизація, притаманні законодавчій базі, на якій ґрунтується кримінально-правова охорона системи федерального оподаткування США та яка забезпечує максимально точну і виважену юридичну оцінку неправомірних діянь учасників податкових правовідносин (проведене у цій роботи вивчення складів федеральних злочинів про шахрайство із поштовими та іншими відправленнями зайвий раз це підтверджує), справедливо визнаються основними засадами її ефективності. Дослідження закріпленої у ПК системи кримінально-правових заборон на вчинення федеральних податкових злочинів чітко демонструє ту обставину, що фіскальним інтересам держави шкода може бути заподіяна на будь-якому етапі податкового адміністрування: під час підготовки інформації про об'єкт оподаткування та розрахунку суми податкового зобов'язання, на стадії перерахування коштів до бюджету, під час погашення податкового боргу тощо.

Відзначаючи високий ступінь визначеності і практичної цілеспрямованості вимог федерального податкового закону (у т.ч. його кримінально-правової складової), зауважимо, що ключове для складу злочину, передбаченого ст. 212 КК України, поняття «ухилення від сплати», будучи законодавчо невизначеним, залишається об'єктом суперечливого тлумачення з боку як науковців, так і практиків. У зв'язку з цим ознаки відповідної злочинної поведінки мають бути більш чітко визначені у законодавчому порядку.

Вітчизняні фахівці у галузі кримінального права цілком обґрунтовано, на наш погляд, критикують існуючий законодавчий підхід до опису об'єктивних та суб'єктивних ознак злочинного ухилення від сплати податків і зборів. Це зокрема і питання про змішану протиправність діяння, і про бланкетний характер диспозиції норми ст. 212 КК, і неконкретизованість встановлених нею меж суспільно небезпечної поведінки. У зв'язку з цим обґрунтованими і своєчасними нам видаються пропозиції окремих науковців про істотну зміну редакції ст. 212 КК України з метою вироблення єдиних юридичних стандартів під час її застосування і, врешті-решт, з метою створення відповідності моделі кримінально-правової охорони системи оподаткування ринковим реаліям сьогодення.

---

1. *Каменський Д.* Ухилення від оподаткування нелегальних доходів як злочин за федеральним законодавством США // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 1. – С. 131–134; *Каменський Д.В.* Співучасть як особливо небезпечна форма організованої податкової злочинності у США // Теоретико-прикладні проблеми протидії організованій злочинності та злочинам терористичної спрямованості: Матер. міжнар. наук.-практ. конфер. (8–9 квітня 2005 р.). Ч. 2. – Львів, 2005. – С. 324–329; *Каменський Д.* Податкове шахрайство як федеральний злочин у США // Вісник прокуратури. – 2008. – № 4. – С. 110–118.

2. Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник. 3-е изд. / Отв. ред. А.Я. Сухарев. – М.: НОРМА, 2003. – С. 722.

3. United States v. Curry, 681. F. 2 d 406, 410 (5th Cir. 1982) (internal quotes omitted, quoting Blachly v. United States, 380 F. 2 d 665, 671 (5th Cir. 1967)).

4. *Townsend J.* Federal Tax Crimes. – Houston: Townsend & Jones, L.L.P, 2002. – P. 136.

Ю.Ю. Коломієць,
кандидат юридичних наук, доцент
(Одеська національна юридична академія)

МОЖЛИВІСТЬ ДОБРОВІЛЬНОЇ ВІДМОВИ ПРИ НЕЗАКІНЧЕНОМУ ЗЛОЧИНІ

На сучасному етапі розвитку держави та суспільства одним з головних принципів кримінальної політики України є гуманізація кримінального законодавства відповідно до європейських стандартів. Проте аналіз деяких кримінально-правових норм це не підтверджує. До таких норм належить норма, яка передбачає можливість виключення кримінальної відповідальності у випадку добровільної відмови від доведення злочину до кінця.

Завданням цього дослідження є гуманізація кримінально-правових норм шляхом виявлення можливості добровільної відмови при незакінченому злочині.

В теорії кримінального права завжди існувало декілька позицій щодо питання про дії, за яких можлива добровільна відмова від доведення злочину до кінця. Одні автори стверджували, що добровільна відмова можлива на стадії готування та незакінченого замаху [1, с. 246], інші були впевнені, що добровільна відмова можлива на стадії готування та замаху, як незакінченого, так і закінченого у випадках, коли «між вчиненням діяння та настанням шкідливих наслідків існує певний проміжок часу, а розвиток причинного зв'язку особа контролює і шляхом його нейтралізації відвертає загрозу та реальне заподіяння шкоди об'єкту злочину» [2, с. 75].

Згодом остання точка зору стала домінуючою, і це стало прогресивним кроком на шляху гуманізації кримінального права України. Адже метою існування інституту добровільної відмови є: по-перше, надання особі можливості усвідомити суспільну небезпечність своїх дій та наслідків, які можуть настати; по-друге, попередження спричинення шкоди об'єктам, кримінально-правової охорони. Ця точка зору не суперечила ст. 18 КК УРСР 1960 р. Порівняно із ст. 17 КК України 2001 р. вона була доволі абстрактна і надавала широкі можливості для правозастосовувачів.

Стаття 18 КК УРСР передбачала, 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. Отже, законодавець вка-

зував лише на кримінально-правові наслідки добровільної відмови, не надаючи їй визначення. У КК України 2001 р. він вказав і визначення добровільної відмови, і її кримінально-правові наслідки, проте проблем під час застосування цього інституту не стало менше. Згідно з ч. 1 ст. 17 КК України 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. Ст. 15 КК України передбачає два види замаху – незакінчений і закінчений.

Керуючись правилами системного тлумачення кримінально-правових норм, можна зробити висновок, що за чинним кримінальним законодавством добровільна відмова можлива лише на стадії готування та незакінченого замаху. «Припинити» щонебудь означає покласти кінець чому-небудь. Припинити те, що вже закінчене неможливо, отже припинити можна тільки незакінчений замах. Проте навіть такі висновки не є безперечними і можуть призвести у глухий кут. Згідно ч. 2 ст. 15 КК України 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.

Отже, якщо особа виконала усі дії, які вважала необхідними для доведення злочину до кінця, але злочин не було закінчено з причин, які залежали від її волі, закінченого замаху в діях такої особи не буде, як і незакінченого замаху, і готування до злочину. Зазначена особа не повинна підлягати кримінальній відповідальності, але застосувати ст. 17 КК України ми не можемо, адже не можна припинити те, що вже закінчене.

Відчуваючи цю складну ситуацію, російський законодавець надав інше визначення добровільної відмови. Так, згідно з ч. 1 ст. 31 КК РФ добровільною відмовою від злочину визнається припинення особою готування до злочину чи припинення дій (бездії), безпосередньо спрямованих на вчинення злочину, якщо особа усвідомлювала можливість доведення злочину до кінця [3, с. 97]. Проте, навіть, таке визначення добровільної відмови заперечує можливість виключення кримінальної відповідальності на стадії закінченого замаху. Припинити дії (бездію) безпосередньо спрямовані на вчинення злочину при закінченому замаху не можна, адже вони вже виконані.

Розуміючи недосконалість редакції ч. 1 ст. 31 КК РФ А.О. Клюїв, дослідивши на дисертаційному рівні особливості добровільної відмови від вчинення злочину в незакінченому по-

сягання, запропонував наступну її редакцію: «Добровільною відмовою від вчинення злочину визнається добровільне і остаточне припинення особою створення умов для вчинення злочину або дій, безпосередньо спрямованих на вчинення злочину, а також запобігання злочинних наслідків, в силу будь-яких мотивів, за наявності усвідомлення особою можливості доведення злочину до кінця» [4, с. 378].

Таке визначення добровільної відмови дозволило б завершити дискусію навколо щодо можливості добровільної відмови на стадії незакінченого та закінченого замаху. Однак у кримінально-правовій літературі дискусійним залишається питання про можливість виключення кримінальної відповідальності у випадку добровільної відмови від повторної спроби вчинити злочин за наявності невдалої першої спроби.

Російські вчені, узагальнивши судову практику, прийшли до висновку, що позиція Верховного Суду не забезпечує однозначного вирішення цього питання на практиці. Із розглянутих Верховним Судом РФ 58 кримінальних справ в 23 випадках відмова від повторного посягання визнавалася добровільною, а в 35 – особи були засуджені за замах на злочин (вбивство) [4, с. 371].

За радянських часів на схожу ситуацію вказував і Верховний Суд СРСР в постанові від 29 жовтня 1969 р. по справі Ф.: «Відмова від повторного злочинного посягання не виключає кримінальної відповідальності за закінчений замах, але може бути врахована судом при призначенні покарання. В даному випадку має місце добровільна відмова не від доведення злочину до кінця, а від повторного посягання» [5, с. 11]. Така позиція дотепер домінує в теорії кримінального права, хоч і викликає певні заперечення.

Ще М.В. Соколов прийшов до висновку, що відмова особи від повторної спроби вчинення злочину при невдалій першій спробі визнається добровільною і, отже, особа звільняється від кримінальної відповідальності [6, с. 71]. Його думка не була підтримана ученими, незважаючи на те, що раціональне зерно в ній було.

Прихильники точки зору про неможливість виключення кримінальної відповідальності у випадку добровільної відмови від повторного посягання свою позицію аргументують наступним чином: «По-перше, незважаючи на те, що особа відмовляється від доведення злочину до кінця з власної ініціативи, в момент вчинення першої спроби вона бажала настання наслідків. По-друге, об'єкт кримінально-правової охорони був поставлений під загрозу спричинення шкоди. Навіть якщо особа потім

відмовляється від своїх початкових намірів, припиненні дії містять ознаки складу незакінченого злочину» [4, с. 372].

Проте з наведеними аргументами не можна погодитись. Як було зазначено, метою існування інституту добровільної відмови є надання особі можливості усвідомити суспільну небезпечність своїх дій та наслідків, які можуть настати. Отже, вирішальним є не те, що особа бажала настання наслідків, а те, що вона усвідомила їх суспільну небезпечність і попередила їх настання.

Не можна погодитись з тим, що добровільна відмова від повторного посягання не виключає кримінальної відповідальності, бо припинені дії містять ознаки складу незакінченого злочину. Незалежно від того, на якій стадії було перервано злочин, припинені дії будуть містити ознаки складу незакінченого злочину. Такі висновки зроблено на підставі аналізу чинного кримінального законодавства України.

За загальним правилом, за готування до злочину і замах на злочин особа підлягає кримінальній відповідальності. Підставою кримінальної відповідальності згідно зі ст. 2 КК України є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину. Отже, у випадку готування до злочину і замаху на злочин у діянні особи міститься склад незакінченого злочину.

Згідно з ч. 1 ст. 17 КК України добровільною відмовою є припинення готування до злочину або замаху на злочин. Таким чином, при добровільній відмові від доведення злочину до кінця в діянні особи так само мається склад незакінченого злочину. Не належить добровільна відмова від доведення злочину до кінця і до обставин, що виключають злочинність діяння, оскільки у випадку готування до злочину або замаху на злочин є всі ознаки злочину. У ст. 17 КК України міститься міра заохочення, яка використовується з метою запобігання доведення злочину до кінця.

Законодавець і правозастосовувачі не мають права нехтувати будь-якою можливістю відвернення настання суспільно небезпечних наслідків, особливо, коли особа з власної ініціативи відмовляється від своїх злочинних намірів.

За редакцією ст. 18 КК УРСР можливість виключення кримінальної відповідальності у випадку добровільної відмови від доведення злочину до кінця дійсно існувала. Вважалося, 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 злочи-

ну. Отже поки злочин незакінчений завжди існує потенційна можливість його закінчення, а дії винного і при першій, і при другій спробі вчинення злочину будуть містити склад того ж самого злочину. Не дивно, що М.В. Соколов, обґрунтовуючи свою точку зору, висновки з цього приводу оприлюднив у праці під назвою «Значення інституту добровільної відмови від злочинності у зміцненні соціалістичної законності» [6, с. 68–83].

Зміст ст. 18 КК УРСР повністю увійшов до ч. 2 ст. 17 КК України, проте межі застосування добровільної відмови були обмежені ч. 1 цієї статті. А за редакцією ч. 1 ст. 17 КК України добровільна відмова можлива лише на стадії готування та незакінченого замаху, а отже неможлива при невдалій першій спробі вчинення злочину.

Цікавим є також той факт, що до повторного посягання іноді відносять дії, які не є такими насправді. Більшість вчених впевнена у тому, що у випадку, коли особа зробила один невдалий постріл, а потім відмовилася від доведення злочину до кінця, вчинене слід кваліфікувати як замах на злочин, адже добровільна відмова від повторного посягання не виключає кримінальної відповідальності [4, с. 373]. З цим не можна погодитися з наступних причин: по-перше, між першою і другою спробою вчинення злочину повинен пройти значний проміжок часу; по-друге, у наведеному прикладі дії винного містять ознаки незакінченого замаху, коли можливість добровільної відмови ніким не заперечується. Такі висновки було зроблено на підставі аналізу об'єктивних і суб'єктивних чинників незакінченого злочину, які полягають у наступному:

а) об'єктивний чинник: особа не завершила розпочате нею діяння (останнє з кількох діянь), які входять до об'єктивної сторони складу того закінченого злочину, на вчинення якого був спрямований умисел особи;

б) суб'єктивний чинник: на момент припинення, зупинення або закінчення діяння особа вважала, що ще не вчинила або не зможе вчинити усе необхідне для доведення злочину до кінця; умисел особи, що вчиняє незакінчений замах на злочин, завжди включає усвідомлення його незакінченості і саме цим він відрізняється від умислу особи, що вчиняє закінчений замах на злочин чи закінчений злочин [7, с. 28].

Коли особа вчиняє один постріл і навіть другий та жодного разу не влучає, вона усвідомлює, що не вчинила усіх дій для настання суспільно небезпечних наслідків, адже для того, щоб

вбити людину недостатньо зробити постріл, необхідно ще влучити у життєво важливі органи потерпілого. Це розуміє кожний, хто зважується на вбивство.

Приклади з матеріалів практики, які наводять вчені, дотримуючись іншої точки зору, лише підтверджують зроблені нами висновки.

Одним з таких прикладів є така ситуація: «В. промахнувся під час вчинення пострілу в П. Від доведення вбивства до кінця потім відмовився, кажучи: «Це тобі допоміг Бог, тому живий» [4, с. 373]. Отже, В., відмовляючись від доведення злочину до кінця, розумів, що не вчинив усіх дій для позбавлення життя П., смерть потерпілого не настане і він буде жити.

Щоправда, вчені, які наводять цей приклад, роблять зовсім інші висновки: «Відмова В. від вбивства не є добровільною. Промах був викликаний поганими навиками В. у стрільбі. Суспільна небезпечність не зникає в результаті відмови особи від доведення злочину до кінця. Діяльність В. підпадає під ознаки замаху на вбивство» [4, с. 373].

Незрозумілим є також той факт, коли особа, маючи намір убити людину, наносить їй декілька ударів, а потім відмовляється від вбивства. Вчинене кваліфікують залежно від настання наслідків за відповідною статтею Особливої частини КК України, яка передбачає відповідальність за заподіяння тілесних ушкоджень. Тоді як за аналогією із попереднім прикладом такі дії слід кваліфікувати, як замах на вбивство.

На підставі викладеного можна зробити висновок, що добровільна відмова від доведення злочину до кінця можлива:

1) на стадії готування до злочину та замаху на злочин, як незакінченого, так і закінченого;

2) при повторному посягання, якщо при першій спробі вчинення злочину не настали суспільно небезпечні наслідки.

З метою гуманізації кримінального законодавства України і забезпечення єдиного застосування кримінально-правових норм ч. 1 ст. 17 КК України слід викласти у такій редакції: ***«Добровільною відмовою є остаточне припинення особою за своєю волею створення умов для вчинення злочину або дій, безпосередньо спрямованих на вчинення злочину, а також запобігання злочинних наслідків, в силу будь-яких мотивів, якщо при цьому вона усвідомлювала можливість доведення злочину до кінця».***

Подальші дослідження інституту добровільної відмови повинні полягати в удосконаленні практики його застосування,

однак ні в якому разі не можна припускати ситуацію, коли впровадження прогресивних ідей заперечується загрозою дестабілізації практики вирішення кримінальних справ в судах. Якщо така загроза існує то потрібно або більш вдало використовувати правила законодавчої техніки, або відпрацьовувати механізм реалізації кримінально-правових норм.

---

1. *Коржанський М.Й.* Уголовне право України. Частина Загальна: Курс лекцій. – К.: Наук. думка; Українська видавнича група, 1996. – 336 с.

2. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. В.Ф. Бойка, Я.Ю. Кондратьєва, С.С. Яценка. – К.: Юрінком, 1997. – 960 с.

3. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. В.М. Лебедев. – М.: Юрайт-Издат, 2006. – 944 с.

4. Энциклопедия уголовного права. Т. 5. Неоконченное преступление. – СПб.: Изд. проф. Малинина, 2006. – 462 с.

5. Бюллетень Верховного Суда СССР. – 1970. – № 2. – С. 11.

6. *Соколов Н.В.* Значение института добровольного отказа от преступности в укреплении социалистической законности // Укрепление социалистической законности и охраны прав граждан: Сб. статей. – Ташкент, 1966. – С. 68–83.

7. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / Відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2003. – 976 с.

В.А. Копилян,
аспірант
(Інститут права імені В. Сташиса
Класичного приватного університету,
м. Запоріжжя)

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ ЗА ЖОРСТОКЕ ПОВОДЖЕННЯ З ТВАРИНАМИ (СТ. 299 КК УКРАЇНИ)

Жорстоке поводження з тваринами тепер не відповідає моральним устоям суспільного життя, негативно впливає на моральні засади суспільства в частині ставлення до тварин, сприяє

поширенню жорстокості серед дітей та молоді. Тому протягом останніх років світова спільнота приділяла значну увагу цій проблемі. У п. 1 ст. 3 Європейської конвенції «Про захист домашніх тварин» 1987 р., яку підписали 22 держави Європи, зазначається, що ніхто не має права завдавати тварині непотрібного болю, страждань або шкоди [1]. Через це законодавець передбачив певні правові обмеження за жорстоке поводження з тваринами. Так, на сьогодні правові відносини у цій сфері регулюються прийнятим Верховною Радою Законом України «Про захист тварин від жорстокого поводження» від 21 лютого 2006 р. [2], де відповідальність встановлюється Кодексом України про адміністративні правопорушення та КК України. Кримінальна відповідальність за порушення законодавства зазначена і у ст. 63 Закону України «Про тваринний світ» [3].

У ст. 299 чинного КК України встановлено кримінальну відповідальність за жорстоке поводження з тваринами. Ця норма зазнала значних змін порівняно із ст. 207[1] КК України 1960 р. Вона не містить вказівок на адміністративну преюдицію як передумову кримінальної відповідальності, інакше описує об'єктивні ознаки жорстокого поводження з тваринами, вводить ознаку суб'єктивної сторони, зазначає кваліфікований склад злочину, а також уточнює предмет злочину. Однак навіть з такими позитивними змінами питання застосування кримінальної відповідальності за жорстоке поводження з тваринами у сучасних умовах потребує детальнішого вивчення.

Актуальність цього дослідження полягає у наступному.

1. На сьогодні нема будь-яких фундаментальних досліджень, в яких комплексно розглядалася б ця проблема. Лише на рівні коментарів до КК України, розділів у підручниках, навчальних посібниках та наукових статтях ця тема висвітлювалася Ю.М. Антоняном, І.М. Даньшиним, С.Ф. Денисовим, В.Т. Дзюбою, М.Й. Коржанським, В.М. Кудрявцевим, В.В. Кузнєцовим, Н.Ф. Кузнецовою, Л.С. Кучанською, А.В. Ландіною, І.І. Лобовим, В.А. Ломаком, П.С. Матишевським, В.О. Навроцьким, І.Г. Поплавським, М.І. Хавронюком, С.С. Яценком та ін.

2. Верховним Судом України практика розгляду складу злочину, передбаченого ст. 299 КК України, не узагальнювалась.

3. На рівні дисертаційного дослідженні цю проблему вивчав російський учений І.І. Лобов, а в Україні вона не знайшла належного теоретичного висвітлення і не була об'єктом самостійного комплексного вивчення.

Тому спробуємо розглянути деякі аспекти вказаної проблеми та висловити свій погляд на її вирішення.

Предметом злочину виступають тварини, що належать до хребетних. Хребетні тварини (Vertebrata) – підтип хордових тварин, що виділяється наявністю кісткового хребта, складають вищий підтип найвище організованих тварин типу хордових (Chordate). Порівняно з нижчими хордовими – ланцетниками, покривниками та міксинами, вони характеризуються значно вищим рівнем організації, що наочно виражено як в їх будові, так і у фізіологічних характеристиках. Серед хребетних немає видів, що ведуть сидячий (нерухомий) спосіб життя. Вони постійно переміщаються, активно розшукуючи і захоплюючи їжу, знаходячи для розмноження партнера іншої статі та рятуючись від переслідування ворогів. Активні переміщення забезпечують хребетним тваринам можливість зміни середовища залежно від змін умов існування і потреб на різних етапах їх життєвого циклу, наприклад при розвитку, статевому дозріванні, розмноженні, зимівлях і т. ін. Вказані загальнобіологічні риси хребетних прямо пов'язані з особливостями їх морфологічної організації і з фізіологією. Нервова система хребетних значно більш диференційована, ніж у нижчих хордових. У всіх тварин цієї групи розвинений головний мозок, функціонування якого обумовлює вищу нервову діяльність – основу поведінки. Для хребетних характерна наявність різноманітних і складно влаштованих органів чуття, які слугують основним зв'язком між живим організмом і зовнішнім середовищем [4].

У спеціальних джерелах зазначено, що підтип хребетних тварин включає класи: круглоротих, хрящових риб, кісткових риб, земноводних, плазунів, птахів та ссавців. До цього підтипу належать понад 50 000 сучасних видів тварин [5].

У кримінально-правовій літературі не заперечується, що предметом злочину є хребетні тварини, бо це випливає із диспозиції відповідної кримінально-правової норми. Проблема полягає у тому, які саме хребетні повинні визнаватися предметом вказаного складу злочину, щоб нести кримінальну відповідальність за жорстоке поводження з тваринами ?

Предметом злочину, що розглядається, прийнято вважати лише вищих хребетних, до яких належать ссавці та птахи. Як зазначено у літературі, ними можуть бути: 1) за віковою ознакою: молодняк; дорослі особи; 2) за господарським призначенням: домашні тварини (собака, кіт, папуга, тощо); сільськогос-

подарські (корова, півень, кінь, коза, порося тощо); дикі (вовк, лисиця, заєць, ведмідь, орел та ін); 3) за належністю (чиї вони): належать винному; належать іншим власникам; не належать нікому – дикі; 4) залежно від їх місцеперебування: які перебувають у стані природної свободи; які перебувають у зоологічних парках чи садах [6, с. 189].

На думку В.О. Навроцького, до «хребетних» слід віднести: риб, птахів і сухопутних істот. Не мають кримінально-правового значення наявність чи відсутність у таких тварин господарів, їх перебування у стані природної свободи чи неволі, господарське призначення, стан організму тощо. Злочин може вчинятися як стосовно тварин, які перебувають у власності винного, так і будь-яких інших (належних іншим власникам, безгосподарних диких) [7, с. 828]. Така позиція базується на тлумаченні терміна «хребетні» (ссавці, птахи, плазуни, земноводні, риби і т. ін.) у відповідності зі ст. 3 Закону України «Про тваринний світ» від 13 грудня 2001 р. [8].

В.А. Ломако до предмету зазначеного злочину відносить будь-яких хребетних тварин, птахів та інших живих істот, які мають кістковий хребет, головний та спинний мозок, кровоносну та нервову системи, незалежно від їхньої належності і того, де вони мешкають та з якою метою використовуються. Закон однаково охороняє тварин, які утримуються в домашніх умовах, в зоопарках, на фермах, звірофермах, тих, які використовуються в сільському господарстві, на іподромах, в цирках, і тих, які перебувають у природному середовищі. Виняток становлять лише гризуни та інші шкідники сільськогосподарських, лісових або мисливських угідь [9, с. 387].Тобто в широкому розумінні під поняття «тварина» підпадають будь-які тварини, які мають нервову систему та відносяться до хребетних. Ними можуть бути як дорослі особи, так і молодняк, тварини домашні (наприклад, собака, кіт), сільськогосподарські (корова, півень), а також дикі (кабан, вовк, лисиця, заєць, тхір, тощо), які знаходяться як у стані природної свободи, так і в зоологічних парках, цирках, тощо. Не відносяться до предмету злочину риби, земноводні, безхребетні.

Предметом зазначеного злочину також називають всіх тварини, які відносяться до класу хребетних – ссавців та птахів, спираючись при цьому на визначенні у юридичній науці, яка розподіляє всіх тварин на три категорії: домашніх (наприклад, собака, кіт та ін.), сільськогосподарських (такі, як корова, півень

та ін.) та диких (наприклад, вовк, лисиця, заєць та ін.), які знаходяться у звичайних умовах волі і в зоопарках, тощо – як дорослих, так і молодняк [10, с. 33].

Така позиція висвітлюється авторами науково-практичного коментаря під загальною редакцією П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка [11, с. 1015], а також М.О. Потебенька та В.Г. Гончаренка, де зазначене, що в спеціальних джерелах поняття хребетних тлумачаться ширше (серед них круглороті, риби, земноводні, плазуни, птахи та ссавці). Ними можуть бути як домашні тварини (кіт, собака, папуга), сільськогосподарські тварини (порося, коза, корова), так і дикі тварини (лисиця, вовк, ведмідь), які можуть перебувати в стані природної свободи чи бути у власності певних громадян, організацій [12, с. 554].Таку ж думку висловлюють й автори науково-практичного коментаря під загальною редакцією Є.Л. Стрельцова [13, с. 568].

Інші науковці більш вузько визначають поняття «хребетні», а саме відносять до них лише ссавців та птахів [14, с. 619]. Наведена позиція ґрунтується на судовому тлумаченні термінів «тварини» [8, с. 82]. І.В. Хохлова та О.П. Шем'яков до предмету даного злочину відносять тварин, які належать до хребетних (риби, птахи, сухопутні істоти) незалежно від віку та приналежності до дикої природи чи до свійських тварин, або власності винного на цю тварину [15, с. 327]. При цьому слід зазначити, що така позиція не залежить від термінології, яку використовує законодавець. Так, у ст. 245 КК Російської Федерації 1996 р. і ст. 207[1] КК України 1960 р. предметом злочину визнавались «тварини». Незважаючи на текстуальне звуження змісту предмету складу злочину жорстокого поводження з тваринами у кримінальному законі 2001 р. (а саме хребетні тварини), можна зробити висновок, що судове розуміння вказаного предмету складу злочину не змінилося.

Законодавець у ст. 1 Закону України «Про захист тварин від жорстокого поводження» також не дав відповіді на це питання, пояснивши, що під поняттям «тварина» слід розуміти біологічні об'єкти, що відносяться до фауни: сільськогосподарські, домашні, дикі, у тому числі домашні і дика птиця, хутрові, лабораторні, зоопаркові, циркові [2]. Тобто у цьому законі було розширено поняття «тварина», до яких віднесені як хребетні, так і безхребетні тварини, а тому необхідно запропонувати у словосполучення «жорстоке поводження з тваринами» внести відповідні уточнення щодо знущання над «хребетними» тваринами.

Отже, предметом злочину, передбаченого ст.299 КК України, можуть бути усі хребетні тварини, незалежно від їх приналежності і того, де вони мешкають і для яких цілей використовуються, за винятком гризунів, інших шкідників сільськогосподарських лісових або мисливських угідь. Це випливає з визначення, що Закон однаково охороняє тварин, які утримуються в домашніх умовах, в зоопарках, на фермах, тих, які використовуються у сільському господарстві, на іподромах, в цирках, і тих, які безпритульні чи ті, які перебувають у природному середовищі, які здатні рухатися і відчувати, які мають спинний хребет, головний та спинний мозок, кровоносну та нервову системи, незалежно від їх видової чи класової приналежності, того, де вони мешкають і з якою метою використовуються [9, с. 387; 16, с. 814].

А тому можна погодитись із думкою В.В. Кузнєцова, що однією із ознак, яка дозволяє віднести до хребетних тварин до предмета складу злочину є здатність відчувати, зокрема, біль, голод, спрагу, страждати, тощо [17, с. 814]. Тому жорстоке поводження з тваринами впливає не тільки на психіку людей, але й відчувається саме хребетними тваринами.

Таким чином, предмет злочину є тварини, які відносяться до класу хребетних, а тому виходячи з висновків, які зроблені в межах даного дослідження, пропонується викласти у ст. 299 КК України слова «що відносяться до хребетних» у такій редакції: «що належать до будь-яких хребетних». Аналогічні зміни пропонується також внести до Закону України «Про захист тварин від жорстокого поводження з тваринами» від 21 лютого 2006 р., у якому в п. 10 ч. 1 ст. 1 слова «знущання над тваринами, вчинене з застосуванням жорстоких методів або із хуліганських мотивів, а також нацькування тварин одна на одну, вчинене з хуліганських чи корисливих мотивів» замінити словами «знущання над тваринами, що належать до будь-яких хребетних, вчинене із застосуванням жорстоких методів або з хуліганських мотивів, а також нацькування тварин одна на одну, вчинене з хуліганських чи корисливих мотивів».

---

1. Європейська конвенція «Про захист домашніх тварин» 1987 р. // http://www.coe.kiev.ua/docs/cets/cets123.htm.

2. По захист тварин від жорстокого поводження: Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3503-IV // Урядовий кур'єр. – 2006. – 26 квітня.

3. По тваринний світ: Закон України від 13 грудня 2001 р. № 2894-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 14. – Ст. 94.

4. http://uk.wikipedia.org/wiki/Chordate.

5. Український Радянський Енциклопедичний Словник: В 3 т. 2-е вид. / За заг. ред. А.В. Кудрицького. – К., 1987. – С. 584.

6. *Денисов С.Ф., Кулик Ю.С.* Кримінально-правова характеристика жорстокого поводження з тваринами // Вісник Запорізького юридичного інституту. – 2003. – № 3 (24). – С. 186.

7. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. 5-те вид., переробл. та доповн. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2008. – 1216 с.

8. Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення: Матер. міжнар. наук.-практ. конфер., 13–15 квітня 2007 р. У 2-х ч. – Львів, 2007. – Ч. 2. – 338 с.

9. Кримінальне право України: Особлива частина: Підручник. 3-є вид. / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін.; За ред. проф. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 624 с.

10. Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції «Удосконалення діяльності ОВС України з попередження й розкриття злочинів та інших правопорушень». 2 листопада 2007 р., м. Запоріжжя: У 2 ч. – Запоріжжя, 2007. – Ч. 1. – 144 с.

11. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. 2-е вид. / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренко, С.В. Фесенка. – К.: Дакор, 2008. – 1428 с.

12. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: У 2-х ч. / Під заг. ред. М.О. Потебенька, В.Г. Гончаренка. – К.: «Форум», 2001. – Ч. 2. – 942 с.

13. Уголовный кодекс Украины. Научно-практический комментарий. Изд. 5-ое / Отв. ред. Е.Л. Стрельцов. – Х.: ООО «Одиссей», 2008. – 872 с.

14. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. 4-те вид. / Відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2005. – 848 с.

15. *Хохлова І.В., Шем'яков О.П.* Кримінальне право України (Особлива частина). Навч. посібн. – К.: Центр навчальної літератури, 2006. – 688 с.

16. Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін.; За заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К.: Концерн «Видавничий дім «Ін Юре», 2003. – 1196 с.

17. *Кузнецов В.В.* Злочини проти громадського порядку та моральності: Практ. посібник. – К.: Вид. ПАЛИВОДА А.В., 2007. – 160 с.

В.В. Кузнецов,
кандидат юридичних наук, доцент
(Київський національний університет внутрішніх справ)

ВИЗНАЧЕННЯ ОБ'ЄКТА ХУЛІГАНСТВА ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ ОКРЕМИХ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

Предметом нашого дослідження стало визначення обов'язкових ознак об'єкта відповідних складів злочину, подібного до хуліганства (ст. 296 КК України) за кримінальним законодавством окремих зарубіжних країн. Ми проаналізували кримінальне законодавство таких країн: Австрії, Австралії, Аргентини, Болгарії, Вануату, Голландії, Островів Гілберта, Данії, Ізраїлю, Іспанії, Китаю, Островів Кука, Німеччини (ФРН), Норвегії, Південної Кореї, Польщі, Сан-Марино, Соломонових Островів, штату Техас (США), Туреччини, Франції, Острова Фіджі, Швейцарії, Швеції, Японії.

У кримінальних кодексах окремих зарубіжних країн визначено різні підходи до регламентації відповідальності за дії подібні до хуліганства. В одних країнах нема будь-яких подібних складів злочину (Австрія, Австралія, Аргентина, Німеччина, Південна Корея, Польща, Швейцарія, Японія), в інших – відповідальність передбачено у різних статтях, які містять певні форми хуліганських дій (Болгарія, Вануату, Голландія, Острови Гілберта, Данія, Ізраїль, Іспанія, Китай, Острови Кука, Норвегія, Сан-Марино, Соломонові Острова, штат Техас, Туреччина, Франція, Острова Фіджі, Швеція).

Така позиція не завжди підтримується у теорії кримінального права. Не можна повністю погодитися з думкою В. Налуцишина про те, що до злочинів, які є більш схожі на хуліганство (ст. 296 КК України), слід віднести окремі форми масових заворушень (ст. 294 КК України), групового порушення громадського порядку (ст. 293 КК України) чи закликів до вчинення дій, що загрожують громадському порядку (ст. 295 КК України) [1, с. 37–41].

Так, на нашу думку, кримінально-правовими нормами, що передбачають саме окремі форми групового порушення громадського порядку (ст. 293 КК України) та масових заворушень (ст. 294 КК України) є ст. 260 КК Швейцарії «Порушення громадського порядку, пов'язаного з насильницькими діями групи

осіб», ст. 431-3 КК Франції («зборищем є будь-яке скупчення людей на будь-якому громадському місці, здатне порушити громадський порядок»), ст. 1–3 КК Швеції, ст. 125 КК Німеччини «Порушення громадського спокою, поєднане з насильницькими діями групи осіб» та ст. 125-а КК Німеччини «Особливо тяжкий випадок порушення громадського спокою, поєднаний з насильницькими діями групи осіб».

Кримінально-правовою нормою, що передбачає окремі форми закликів до вчинення дій, що загрожують громадському порядку (ст. 295 КК України) є ст. 275 КК Австрії «Порушення громадського спокою загрозою вчинення загальнонебезпечного злочину» та ст. 126 КК Німеччини (ч. 1 «Хто будь-яким способом, що порушує громадський порядок, загрожує вчиненням...»).

Віднесення вказаних суспільно небезпечних дій до злочинів, які є більш схожі на хуліганство (ст. 296 КК України) пов'язується, як правило, з родовим об'єктом посягання. Такий підхід не є завжди правильним, зважаючи, що відповідні розділи кримінальних кодексів окремих зарубіжних країн передбачають різні норми про відповідальність за злочини, що посягають не тільки на громадський порядок, але й на громадську безпеку, моральність тощо.

Тому є логічною думка, висловлена у кримінально-правовій науці, що законодавець акцентує увагу не на факті порушення порядку в громадському місці, а на тих небезпечних, головним чином для людей злочинах, які, по-перше, викликають напруженість та страх в суспільстві, по-друге, реально і об'єктивно несуть загрозу не тільки честі і гідності людей, а і їх життю, здоров'ю, майну, благополуччю загалом [1, с. 40].

Розглянемо більш детально обов'язкові ознаки об'єкта відповідних складів злочину подібних до хуліганства (ст. 296 КК України) за кримінальним законодавством окремих зарубіжних країн.

Родовим об'єктом складів злочину подібних до хуліганства є громадський порядок (КК Голландії, КК Ізраїлю, КК Іспанії, КК Китаю, КК Островів Кука, КК Сан-Марино, КК Швеції, КК штату Техас), громадський спокій (КК Турції, КК Острова Фіджі, КК Франції, КК Швеції), порядок і громадський спокій (КК Болгарії, КК Данії, КК Норвегії), громадський інтерес (КК Вануату). В окремих кодексах, фактично, не визначений родовий об'єкт хуліганських дій (КК Соломонових Островів, КК Островів Гілберта). Така систематизація злочинів свідчить про певну спорідненість родових об'єктів хуліганських дій за вітчизняним

та зарубіжними кримінальними кодексами. Зокрема, більшість кодексів передбачають саме громадський порядок родовим об'єктом хуліганських дій. Хоча й виділення громадського спокою не суперечить вітчизняній концепції визначення об'єкта хуліганських дій, тому що громадський спокій є складовою частиною громадського порядку.

Аналіз законодавства європейських держав дозволило В. Налуцишину зробити висновок, що воно має систему норм, якими встановлена посилена відповідальність саме за протиправну участь у зборищах, натовпах, які завдають саме громадському спокою шкоду, а разом з тим і громадському порядку [1, с. 45]. З таким висновком, з певним уточненням можна погодитися, зважаючи на дуалістичний підхід до визначення родового об'єкта хуліганських дій у зарубіжному кримінальному законодавстві. Тому шкода, як правило, завдається саме громадському спокою, а потім – громадському порядку загалом. Але при цьому не можна погодитися з думкою В. Налуцишина, що родовим об'єктом хуліганських дій слід визначати саме громадський спокій [1, с. 71]. На нашу думку, доцільніше залишити у КК України громадський порядок родовим об'єктом хуліганських дій, а основним безпосереднім об'єктом – саме громадський спокій, що є складовою частиною громадського порядку.

В окремих кримінальних кодексах зарубіжних країн, у відповідних складах злочину передбачені й інші обов'язкові ознаки об'єкта злочину: потерпілий від злочину (представник влади або представник громадськості – КК Болгарії; сусіди – КК Норвегії) та предмет злочину (майно – КК Голландії, КК Ізраїлю, КК Китаю, КК Норвегії, КК Франції; повідомлення, оголошення або документ – КК Ізраїлю; інформація – КК штату Техас).

На нашу думку, потерпілий від злочину є важливою ознакою об'єкта хуліганських дій. Завдання шкоди громадському спокою не можливе без завдання реальної шкоди потерпілому. Вчинення хуліганських дій у присутності інших людей, в обстановці проведення публічного заходу (покладення квітів до пам'ятника, концерт тощо) є однією із ознак, яка вказує на грубість порушення громадського порядку [2, с. 72]. З цього випливає, що якщо вчинення хуліганських дій відбувається без присутності людей – це вказує на відсутність грубого порушення громадського порядку, тобто самого складу злочину хуліганства.

Тому без потерпілого, на нашу думку, не може бути хуліганства. Хоча таке положення викликає три таких питання.

Перше питання: хто є потерпілим; друге – чи має потерпілий спеціальні (особливі) ознаки, що дозволяють визначати його обов'язковою ознакою об'єкта хуліганських дій; третє – чи потребує змін визначення потерпілого в ч. 3 ст. 296 КК України?

Поняття потерпілого, безумовно, потребує трансформації, бо як відомо, потерпілим згідно зі ст. 49 КПК України визнається саме фізична особа, якій внаслідок вчинення злочину завдано моральної, фізичної чи майнової шкоди. Таке поняття не враховує юридичних осіб, що, безумовно, не відповідає Конституції України, яка вказує на рівність різних суб'єктів, наприклад, у сфері захисту власності від злочинних посягань. Тому це поняття потребує змін у новому КПК України.

Щодо другого питання є певні сумніви. Для порівняння пригадаємо, що при крадіжці також повинен бути потерпілий (власник майна), хоча при цьому він не є обов'язковою ознакою об'єкта крадіжки (крім ч. 3 ст. 185 КК України, де прямо вказується термін «потерпілий»). Але без заяви потерпілого (без встановлення власника майна) склад крадіжки, фактично, доказати неможливо. Нам відомо така реальна практична ситуація, коли працівники міліції затримали неповнолітніх з автомобільною магнітолою, яка знаходилася в пакеті. Під час опитування вони пояснили, що викрали цю магнітолу з автомобіля, який знаходився на певній вулиці. Була порушена кримінальна справа за фактом крадіжки. Під час проведення досудового слідства потерпілий не подав відповідну заяву, а проведеними оперативними заходами так і не було встановлено власника магнітоли. Неповнолітні на допиті відмовилися від попередніх пояснень та повідомили, що знайшли магнітолу на вулиці, а себе обмовили під тиском працівників правоохоронних органів. Справа була призупинена за відсутністю власника, хоча такої підстави чинний КПК України й не містить, що свідчить ще про одну прогалину в кримінально-процесуальному законодавстві.

Тому, на нашу думку, якщо сучасна теорія кримінального права не визнає потерпілого обов'язковою ознакою об'єкта хуліганства (крім ч. 3 ст. 296 КК України, де прямо згадується потерпілий – «представник влади або представник громадськості, які виконують обов'язки з охорони громадського порядку, інший громадянин, який припиняє хуліганські дії»), слід передбачити можливість порушення кримінальної справи лише після відповідної заяви потерпілого (в незалежності від частини статті 296 КК України), якому хуліганськими діями завдано шкоду (порушено

громадський спокій). Одним з варіантів може бути внесення відповідних змін до ст. 425 КПК України «Здійснення провадження за протокольною формою досудової підготовки матеріалів». У контексті цього слід пригадати статтю 543 «Дрібне хуліганство», яка передбачена у Розділі 7 «Кримінальні проступки проти громадського порядку та моральності» проекту КК (редакція, у зв'язку із запровадженням кримінальних проступків), що схвалений Національною комісією із зміцнення демократії та утвердження верховенства права (відповідно до проекту Концепції державної політики у сфері кримінальної юстиції та забезпечення правопорядку в Україні) [3, с. 123–124]. Можливі опоненти можуть заперечити, що за ст. 543 згаданого проекту КК не передбачені конкретні наслідки (фізична чи майнова шкода), то слід пригадати моральну шкоду, яка може бути завдана потерпілому, але яка не завжди враховується як наслідки (саме як обов'язкова ознака об'єктивної сторони складу злочину).

Щодо третього питання є цікавою, але в той же час й дискусійною думка, висловлена Г. Піщенко, щодо вилучення з н. 3 ст. 296 КК України кваліфікуючої ознаки, як опір представникові влади або представникові громадськості, які виконували обов'язки з охорони громадського порядку [4, с. 7]. Науковець наводить ряд аргументів з цього приводу: 1) опір зазначеним особам свідчить про особливу зухвалість тих, хто його надає. Тому, на погляд вченого, кваліфікація зазначених дій повинна проводитися за ознакою особливої зухвалості; 2) родовим об'єктом опору, є порядок управління, а хуліганства – громадський порядок. У свою чергу, різні й безпосередні об'єкти. Дана обставина веде до змішування останніх; 3) хуліганством охоплюється багато інших складів злочинів, закріплених в КК України як самостійні, але законодавець їх не вніс як кваліфікуючі ознаки хуліганства; 4) опір вказаним категоріям осіб може бути наданий під час покладення краю будь-якому злочину, але в жодній статті КК України (крім хуліганства) він не закріплений як кваліфікуюча ознака [4, с. 7]. Безперечно, ці аргументи можуть сприйматися по-різному. Але, на нашу думку, законодавець визначив відповідну кваліфікуючу ознаку, зважаючи на поширеність такої суспільно небезпечної дії та її підвищену суспільну небезпеку. Порівняння санкцій за ч. 3 ст. 296 КК України та ст. 342 КК України також дозволяє зробити однозначний висновок про недоцільність скасування вказаної кваліфікуючої обставини.

Є слушною позиція Г. Піщенко щодо заміни слова «громадянин» на слово «особа» в складі хуліганства (ч. 3 ст. 296 КК

України) [4, с. 10]. В цьому випадку потерпілими від злочину будуть громадяни, тобто особи, які мають громадянство України. Виникає логічне запитання: як бути, коли подібні дії припиняє особа без громадянства або громадянин іншої держави? Вказані особи залишаються поза законом та його захистом, а це суперечить ст. 26 Конституції України, в якій закріплено, що іноземці та особи без громадянства, які перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, – за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України.

На підставі проведеного дослідження обов'язкових ознак об'єкта відповідних складів злочину подібних до хуліганства (ст. 296 КК України) за кримінальним законодавством окремих зарубіжних країн, можна запропонувати такі висновки:

1. У кримінальних кодексах окремих зарубіжних країн визначені різні підходи до регламентації відповідальності за дії подібні до хуліганства: в одних країнах відсутні будь-які подібні склади злочину (Австрія, Австралія, Аргентина, Німеччина, Південна Корея, Польща, Швейцарія, Японія), в інших – відповідальність передбачена в різних статтях, які містять певні форми хуліганських дій (Болгарія, Вануату, Голландія, Острови Гілберта, Данія, Ізраїль, Іспанія, Китай, Острови Кука, Норвегія, Сан-Марино, Соломонові Острова, штат Техас, Турція, Франція, Острова Фіджі, Швеція).

2. Родовим об'єктом складів злочину подібних до хуліганства є громадський порядок (КК Голландії, КК Ізраїлю, КК Іспанії, КК Китаю, КК Островів Кука, КК Сан-Марино, КК Швеції, КК штату Техас), громадський спокій (КК Турції, КК Острова Фіджі, КК Франції, КК Швеції), порядок і громадський спокій (КК Болгарії, КК Данії, КК Норвегії), громадський інтерес (КК Вануату). В окремих кодексах, фактично, не визначений родовий об'єкт хуліганських дій (КК Соломонових Островів, КК Островів Гілберта).

3. На нашу думку, більш доцільно залишити у вітчизняному КК України громадський порядок родовим об'єктом хуліганських дій, а основним безпосереднім об'єктом хуліганських дій саме громадський спокій, що є складовою частиною громадського порядку.

4. В окремих кримінальних кодексах зарубіжних країн, у відповідних складах злочину передбачені й інші обов'язкові ознаки

об'єкта злочину: потерпілий від злочину (представник влади або представник громадськості – КК Болгарії; сусіди – КК Норвегії) та предмет злочину (майно – КК Голландії, КК Ізраїлю, КК Китаю, КК Норвегії, КК Франції; повідомлення, оголошення або документ – КК Ізраїлю; інформація – КК штату Техас).

5. Статтю 49 КПК України слід передбачити у такій редакції: «Потерпілою є фізична чи юридична особа, якій злочином заподіяно моральну, фізичну або майнову шкоду».

6. У ст. 425 КПК України слід замість слів та цифр «частиною 1 статті 296» вказати наступне «статтею 296».

7. На нашу думку, доцільно замінити слово «громадянин» на «особа» в складі хуліганства (ч. 3 ст. 296 КК України).

---

1. *Налуцишин В.В.* Кримінальна відповідальність за хуліганство (ст. 296 КК України). Дис. … канд. юрид. наук. – К., 2008. – 210 с.

2. *Кузнецов В.В.* Злочини проти громадського порядку та моральності: Практ. посібник. – К.: Вид. Паливода А.В., 2007. – 160 с.

3. Концепція державної політики у сфері кримінальної юстиції та забезпечення правопорядку в Україні. Проект. – К., 2007. – 239 с.

4. *Піщенко Г.І.* Попередження хуліганства (кримінально-правовий і кримінологічний аспекти): Автореф. дис. … канд. юрид. наук. – К., 1999. – 20 с.

Р.Л. Максимович,
кандидат юридичних наук
(Львівський державний університет внутрішніх справ)

ОБ'ЄКТ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ «НЕЗАКОННЕ ЗАВОЛОДІННЯ ТРАНСПОРТНИМ ЗАСОБОМ» (СТ. 289 КК УКРАЇНИ)

У КК України 1960 р. було передбачено відповідальність за угон транспортних засобів (ст. 215^3). У диспозиції цієї статті йшлося про угон автомобілів усіх видів, мотоциклів, тракторів або інших самохідних машин без мети їх крадіжки. В теорії кримінального права вважається, що у чинному КК України аналогічна норма міститься у ст. 289 «Незаконне заволодіння транспортним засобом» [1, с. 145]. Відповідно до п. 1 примітки до ст. 289 КК

України під незаконним заволодінням транспортним засобом тут слід розуміти вчинене умисно, з будь-якою метою протиправне вилучення будь-яким способом транспортного засобу у власника чи користувача всупереч їх волі. Основна відмінність між цими складами злочинів полягає в тому, що незаконне заволодіння транспортним засобом включає в себе, зокрема, і обернення його на свою чи інших осіб користь. По-перше, про це свідчить вказівка законодавця на «будь-яку мету» у ст. 289 КК України. По-друге, за вчинення кваліфікованого і особливо кваліфікованого складу злочину «незаконне заволодіння транспортним засобом» може бути призначено покарання у виді конфіскації майна. Згідно із ч. 2 ст. 59 КК України конфіскація майна встановлюється за тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини.

Безперечно, що значення об'єкта складу злочину надзвичайно важливе. Правильне встановлення цього елемента складу злочину дає можливість визначити суспільну небезпеку відповідного суспільно небезпечного діяння, належним чином його кваліфікувати, провести розмежування із суміжними складами злочинів і адміністративними проступками, тощо. Об'єкт злочину – це своєрідна «мішень», по якій б'є будь-який злочин. Виходячи із назви розділу XI Особливої частини КК України можна сказати, що родовим об'єктом цього складу злочину є безпека руху та експлуатації транспорту. Спробуємо визначити, що ж є основним безпосереднім об'єктом незаконного заволодіння транспортним засобом. Зокрема, у підручниках з Особливої частини кримінального права вказується, що цей злочин посягає на безпеку руху та експлуатації транспорту [2, с. 368–371; 3, с. 316–321]. О.І. Коробеєв пише, що основним безпосереднім об'єктом незаконного заволодіння транспортним засобом виступає безпека функціонування (руху і експлуатації) транспортних засобів [4, с. 198]. Тобто, основний безпосередній об'єкт фактично ототожнюється із родовим. В.А. Мисливий вважає, що об'єктом цього злочину є порядок користування транспортними засобами, безпека дорожнього руху, здоров'я і життя людей, а також право власності [5, с. 983]. Дійсно, якщо виходити із загально прийнятого в теорії кримінального права положення про те, що основний безпосередній об'єкт завжди лежить в площині і в межах родового об'єкту, то із такими позиціями можна погодитися. Разом з тим, для визначення основного безпосереднього об'єкта незаконного заволодіння транспортним засобом доцільно враховувати таке. На даний час переважна більшість автомобілів обладнана сигналізаціями, ме-

ханічними та (чи) іншими протиугінними засобами. У зв'язку із цим, незаконне заволодіння транспортними засобами, як правило, вчиняється водіями-професіоналами, які часто мають вищий рівень майстерності ніж власники відповідних транспортних засобів, не перебувають в стані алкогольного чи наркотичного сп'яніння, або ж у хворобливому чи втомленому стані, добре знають технічні характеристики транспортних засобів. Особи, які вчиняють цей злочин, не діють демонстративно і не бажають привертати до себе увагу, а тому зазвичай не порушують правила дорожнього руху (не перевищують дозволену швидкість, не ігнорують забороняючи сигнали і знаки, правильно користуються світловими приборами, тощо). Саме тому, таким суспільним відносинам далеко не завжди заподіюється чи створюється загроза заподіяння шкоди в результаті вчинення відповідного злочину. Водночас, власник чи законний користувач відповідного транспортного засобу у всіх випадках вчинення такого злочину позбавляється на завжди чи обмежується на певний час у праві володіти, користуватися і розпоряджатися таким майном.

На основі цього можна зробити висновок про те, що родовим об'єктом складу злочину «незаконне заволодіння транспортним засобом» є безпека руху та експлуатації транспорту. Основним безпосереднім об'єктом виступають відносини власності, а додатковим факультативним об'єктом може бути безпека функціонування транспортних засобів, життя і здоров'я людей тощо.

---

1. *Навроцький В.О.* Наступність кримінального законодавства України (порівняльний аналіз КК України 1960 р. та 2001 р.). – К.: Атіка, 2001. – 272 с.

2. Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / Ю.В. Александров, О.О. Дудоров, В.А. Клименко та ін.; / За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – К.: Юридична думка, 2004. – 656 с.

3. Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник 2-ге вид. / М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов та ін; За ред. проф. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – 544 с.

4. *Коробеев А.И.* Транспортные преступления. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 406 с.

5. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. 2-е вид. / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – К.: Дакор, 2008. – 1428 с.

М.В. Палій,
кандидат юридичних наук, доцент
Є.С. Назимко,
курсант
(Донецький юридичний інститут
Луганського державного університету
внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка)

ВИЗНАЧЕННЯ ЗАОХОЧУВАЛЬНИХ НОРМ В ПЕНАЛЬНІЙ ПОЛІТИЦІ УКРАЇНИ

З проголошенням незалежності в Україні розпочався активний процес творення демократичної, соціальної, правової держави, який торкнувся практично всіх сфер життя українського суспільства. Особливе місце серед проблем, пов'язаних із творенням української держави, посідають проблеми протидії злочинності. Серед засобів, що застосовуються державою в системному впливі на злочинність, найсуворішим за своїм проявом було і залишається покарання. Тому закон про кримінальну відповідальність не тільки визначає, які суспільно небезпечні діяння варто віднести до злочинів, а й встановлює покарання за кожен із них. Але запровадження у зв'язку з прийняттям Кримінального кодексу 2001 р. нових видів покарань та відповідні зміни у порядку їх виконання не здійснюють ще належного впливу на стан злочинності. Тому сьогодні набувають актуальності дослідження державної реакції на злочин та процесів реформування системи протидії злочинності, а також питання співвідношення заходів державного примусу та заохочення.

Деякі аспекти заохочення в кримінальному праві досліджувались у працях А.М. Бабенка, Ю.В. Бауліна, В.І. Борисова, В.О. Глушкова, В.В. Голіни, В.К. Грищука, Л.В. Іногамової-Хегай, І.П. Лановенка, М.І. Мельника, А.А. Музики, В.О. Навроцького, О.В. Наден, М.П. Селіванова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація, Г.О. Усатого, Є.В. Фесенка, П.Л. Фріса, М.С. Хруппи, Н.Б. Хлистової, П.В. Хряпінського, Д.В. Ягунова, С.С. Яценка та ін.

Проте дослідження заохочувальних норм у сфері протидії злочинності не отримали свого комплексного вивчення, не визначено їх місце під час призначення покарання, його відбування, або звільнення від нього. Тому нашою **метою** є визначення заохочувальних норм у пенальній політиці держави та їх структури.

Як зазначають В.М. Прусс та Д.В. Ягунов, українській в'язниці не потрібні «косметичні» реформи. Потрібні кардинальні, спрямовані на концептуальне переосмислення основ вироблення та провадження державної політики у сфері виконання покарань [1, с. 7]. Щодо цієї політики, то маємо зазначити, що нами вже було запропоновано визначення напряму правової політики держави у сфері протидії злочинності, засоби якого спрямовані на досягнення мети покарання, – пенальної політики держави. Під нею ми пропонуємо розуміти самостійний напрям правової політики держави у сфері протидії злочинності, який визначає мету, оптимальні вид і розмір покарання, розробляє положення щодо призначення та звільнення від покарання та його відбування, формує засоби протидіючого впливу на злочинність під час реалізації покарання та знаходить своє відображення в нормах кримінально-правового, кримінально-виконавчого, кримінально-процесуального й кримінологічного законодавства і практиці його застосування [2; 3].

Як бачимо з визначення, пенальна політика держави включає наступні напрями: кримінально-правовий (базовий, системоутворюючий та визначальний по відношенню до інших її напрямів), кримінально-виконавчий (забезпечує виконання покарання), кримінально-процесуальний (забезпечує призначення справедливого покарання, встановлення процесуальних гарантій прав засуджених) та кримінологічний (забезпечує запобігання злочинам та протидію злочинності на всіх етапах реалізації покарання).

Саме кримінально-правовий напрям пенальної політики держави знаходить свій прояв у формуванні положень КК України, що стосуються визначення видів та розмірів покарання, його призначення, звільнення від покарання та його відбування, особливостей покарання неповнолітніх, оптимізації міри покарання, передбаченої в санкціях Особливої частини КК України. Основними засобами його формування є пеналізація та депеналізація. Проте, поряд із змінами інтенсивності кримінально-правової репресії, в теорії кримінального права виділяють ще один засіб досягнення мети покарання – засіб заохочення осіб, яким призначають покарання, які його відбувають або звільняються від нього та його відбування.

Серед науковців та практиків немає єдиного підходу до заохочення у правовій політиці в сфері протидії злочинності, а його визначення є однією з центральних проблем в теорії

кримінального права. Від підходів до визначення цього політико-правового явища залежить, які саме норми відносяться до заохочувальних і яку роль вони відіграють у справі протидії злочинності.

Слід зазначити, що проблему заохочувальних норм у кримінальному законодавстві України на науковому рівні дослідив П.В. Хряпінський та визначив заохочувальні норми в кримінальному законодавстві України як самостійну групу кримінально-правових норм, що складається з правових приписів, які з одного боку, надають право особі, що вчиняє або вчинила злочин на соціально-схвальну, позитивну поведінку, а з другого – породжують право або обов'язок держави усунути чи пом'якшити кримінально-правове обтяження [4, с. 172].

Взаємовплив заохочення та покарання є неминучим. Так, у обвинувальному вироку суду, яким призначається покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання у вигляді з'явлення із зізнанням, щирого каяття або активного сприяння розкриттю злочину, добровільного відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди та інших (п.п. 1, 2, 8, 9 ч. 1 ст. 66 КК України) та при призначенні більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, коли обставини, передбачені п. 1, 2, 8, 9 ч. 1 ст. 66 КК, входять до сукупності пом'якшуючих обставин (ч. 1 ст. 69 КК України) суд повинен врахувати ці обставини як заохочувальні та призначити покарання м'якше, ближче до нижньої межі або перейти до більш м'якого покарання, що не передбачене санкцією статті Особливої частини КК України.

Потрібно наголосити на тому, що норми, які заохочують позитивну посткримінальну (можливо – пенальну) поведінку особи в системі заохочувальних норм займають значне, але не виключне положення. Пенальна поведінка є елементом посткримінальної поведінки. Вона проявляється в процесі призначення покарання, його відбування і звільнення від нього та його відбування. Під час реалізації покарання, коли всі превентивні заходи виявилися неефективними, саме на заохочувальні норми покладається функція стимулювання виправлення особи у справі досягення мети покарання і саме вони є важливим орієнтиром бажаної та необхідної поведінки засудженого. Тому ми розглядаємо заохочувальні норми не тільки на кримінально-правовому, а і на кримінально-виконавчому рівні та специфічній спрямованості заохочувальних норм у стимулюванні виправлення засуджених осіб.

В пенальній політиці держави не тільки кримінально-правові норми мають заохочувальний зміст. Також заохочення передбачено й в нормах кримінально-виконавчого права. Заохочувальні норми, що передбачені нормами кримінально-виконавчого права ми пропонуємо поділити на дві групи. Перша група містить норми, які значно не впливають на правовий статус засуджених (наприклад, ч. 1 ст. 54; ч. 1 ст. 67; ч. 1 ст. 81; ч. 2 ст. 120; ст. 125; ст. 127; ч. 1 ст. 130; ч. 2 ст. 143; ст. 144; ч. 6 ст. 151 КВК України), друга – містить норми, які значно впливають на правовий статус засуджених (наприклад, ч.1 ст. 46; ч. 1 ст. 54; ч. 1 ст. 67; ч. 1 ст. 81; ст. 100; ч. 1 ст. 101; ч. 2 ст. 120; ст. 125; ст. 127; ч. 1 ст. 130; ч. 2 ст. 143; ст. 144; ч. 6 ст. 151 КВК України).

Правовий статус засудженого регламентований главою другою «Правовий статус засудженого» першого розділу КВК України. У теорії кримінально-виконавчого права під правовим статусом засудженого прийнято розуміти сукупність юридично закріплених прав, свобод та законних інтересів (конституційних, громадянських та інших), якими володіє засуджений в період відбування покарання [5, с. 209; 6, с. 34; 7, с. 47].

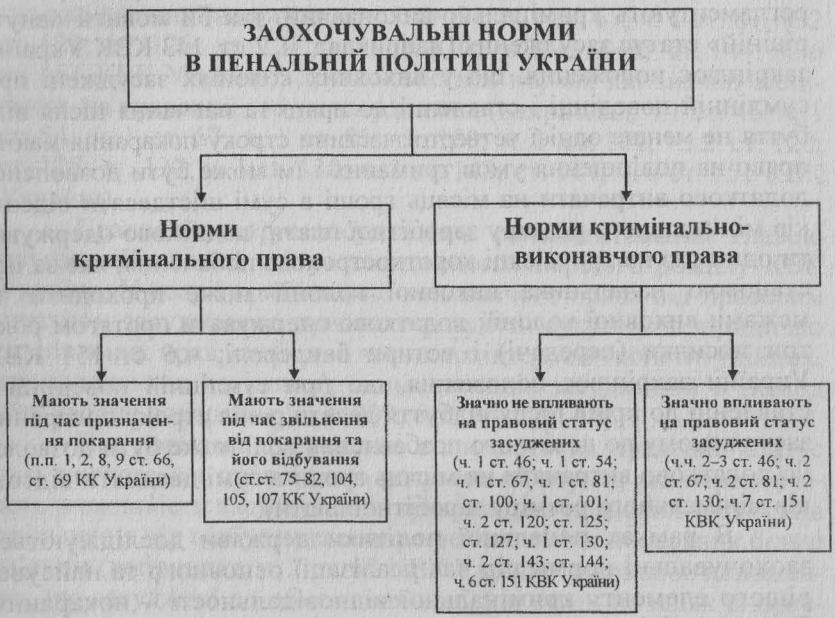
Під нормами, що значно впливають на правовий статус засудженого ми пропонуємо розуміти ті норми, які передбачають можливість застосування кримінально-правових інститутів звільнення від відбування покарання чи заміни покарання більш м'яким (наприклад, ч. 2 ст. 67 КВК України закріплює положення, що засуджені до обмеження волі, які стали на шлях виправлення або сумлінною поведінкою і ставленням до праці довели своє виправлення, можуть бути у встановленому законом порядку представлені до заміни невідбутої частини покарання більш м'яким або до умовно-дострокового звільнення від відбування покарання; ч. 2 ст. 81 КВК України закріплює положення, що засуджені до покарання у виді тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовці, які сумлінною поведінкою і ставленням до праці та військової служби довели своє виправлення, можуть бути представлені командиром дисциплінарного батальйону в установленому законом порядку до умовно-дострокового звільнення від відбування покарання; ч. 1 ст. 151 КВК України закріплює положення, що засудженим до довічного позбавлення волі може бути подано клопотання про його помилування після відбуття ним не менше двадцяти років призначеного покарання).

Під нормами, що значно не впливають на правовий статус засудженого, ми пропонуємо розуміти ті норми, які безпосередньо не передбачають застосування кримінально-правових інститутів звільнення від відбування покарання чи заміни покарання більш м'яким, а полегшують умови відбування покарання, тобто регламентують кримінально-виконавчий, так би мовити «внутрішній» статус засуджених (наприклад, ч. 2 ст. 143 КВК України закріплює положення, що у виховних колоніях засуджені при сумлінній поведінці і ставленні до праці та навчання після відбуття не менше однієї четвертої частини строку покарання мають право на поліпшення умов тримання і їм може бути дозволено: додатково витрачати на місяць гроші в сумі шістдесяти відсотків мінімального розміру заробітної плати; додатково одержувати один раз на три місяці короткострокове побачення, яке за постановою начальника виховної колонії може проходити за межами виховної колонії; додатково одержувати протягом року три посилки (передачі) і чотири бандеролі; ч.6 ст. 151 КВК України закріплює положення, що при сумлінній поведінці і ставленні до праці після відбуття десяти років строку покарання засудженому до довічного позбавлення волі може бути дозволено додатково витрачати на місяць гроші в сумі двадцяти відсотків мінімального розміру заробітної плати).

В рамках пенальної політики держави досліджуються заохочувальні норми під час реалізації основного та найсуворішого елементу кримінальної відповідальності – покарання. Тому, необхідно зауважити на тому, важливим є усунення чи пом'якшення кримінально-правового обтяження не взагалі, а лише одного з його елементів – покарання. А від цього результатом соціально-схвальної, позитивної поведінки особи може бути призначення більш м'якої міри покарання, полегшення умов його відбування чи звільнення від покарання та його відбування.

У цьому сенсі слід визначати **заохочувальні норми у пенальній політиці держави** як **самостійну групу кримінально-правових та кримінально-виконавчих норм, що складаються з правових приписів, які, з одного боку, надають право особі, яка вчинила злочин, на соціально-схвальну, позитивну поведінку, а з іншого – породжують право або обов'язок держави призначити більш м'яку міру покарання, полегшити умови його відбування чи звільнити від нього та його відбування.**

Враховуючи це визначення, можемо проводити системний аналіз заохочувальних норм. Запропонована нами схема допоможе розробити ряд теоретичних та практичних рекомендацій щодо подальшого вдосконалення діяльності з протидії злочинності.



---

1. *Прусс В.М., Ягунов Д.В.* Пенітенціарна система України: Монографія. – Одеса: Фенікс, 2006. – 252 с.

2. *Назимко Є.С.* Пеналізація як засіб кримінально-правового напряму пенальної політики держави // Шляхи та перспективи розвитку кримінального права України. Юридичні читання. Матеріали всеукраїнської науково-практичної студентської (курсантської) конференції. (Одеса, 11 квітня 2008 р.). – Одеса, 2008 – С. 210–212

3. *Назимко Є.С.* Депеналізація як засіб кримінально-правового напряму пенальної політики держави // Від громадянського суспільства – до правової держави. Тези II Міжнародної студентської конференції. – Харків, 2008. – С. 232–234

4. *Хряпінський П.В.* Заохочувальні норми у кримінальному законодавстві України. Навч. посібник. – К.: Центр учбової літератури, 2008. – 192 с.

5. *Трубников В.М., Филонов В.П., Фролов А.И.* Уголовно-исполнительное право Украины: Учебник. – Донецк, 1999. – 640 с.

6. Кримінально-виконавчий кодекс України: Науково-практичний коментар / А.Х. Степанюк, І.С. Яковець; За заг. ред. А.Х. Степанюка. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2005. – 560 с.

7. *Бадира В.А., Денисов С.Ф., Денисова Т.А., Мінаєв М.М., Хашев В.Г.* Кримінально-виконавче право: Навч. посібник / За ред. Т.А. Денисової. – К.: Істина, 2008. – 400 с.

О.Ф. Пасека,
ад'юнкт
(Львівський державний університет внутрішніх справ)

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩА

Кримінальна відповідальності юридичних осіб за вчинення протиправних дій є відносно новим інститутом для польського законодавства. Однією з перших спроб притягнення юридичної особи не лише до майнової відповідальності, передбаченої цивільним законодавством, став Закон «Про картелі» від 13 липня 1939 р., який передбачав у своїх приписах можливість притягнення колективного суб'єкта до кримінальної відповідальності [1, с. 145]

Прийнятий 16 квітня 1993 р. Закон «Про боротьбу з недобросовісною конкуренцією» передбачив адміністративну відповідальність юридичних осіб за активне хабарництво [2, с. 57].

З прийняттям Закону «Про відповідальність колективних суб'єктів за дії, заборонені під загрозою покарання» від 28 жовтня 2002 р. запроваджено кримінальну відповідальність юридичних осіб і колективних суб'єктів, які не мають статусу юридичної особи. Приводом до запровадження такого виду відповідальності для юридичних осіб стало прийняття Польщею зобов'язань, передбачених Конвенцією «Про охорону фінансових інтересів Європейської Співдружності», Конвенцією «Про боротьбу з міжнародною організованою злочинністю» та ін. Крім того, запровадження кримінальної відповідальності для колективних суб'єктів за окремі види злочинів було однією з умов вступу Польщі до Європейського Союзу. Іншим, також важливим мотивом встановлення зазначеного виду відповідальності було

прагнення польського законодавця врегулювати одну з важливих сфер суспільного життя у новий спосіб, викликаний потребами сьогодення та найближчого майбутнього.

Відповідно до ч. 1 ст. 2 Закону «Про відповідальність колективних суб'єктів за дії, заборонені під загрозою покарання» колективними суб'єктами є: юридична особа (osoba prawna), а також організаційна одиниця, яка не має статусу юридичної особи за винятком державної скарбниці, одиниці територіального самоуправління та їх об'єднання, державні органи та органи територіального самоуправління. Також ч. 2 зазначеної статті до колективних суб'єктів відносить торгову спілку з участю державної скарбниці (spółka handlowa z udziałem Skarbu Państwa); одиниці територіального самоуправління (jed nostki samorządu terytorialnego) та їх об'єднання; спілку капіталу в організації (spółka kapitałowa w organizacji), суб'єкт в стані ліквідації (podmiot w stanie likwidacji); підприємця, який не є фізичною особою (przedsiębiorca niebedący osobą fizyczną); іноземну організацію (zagraniczna jednostka organizacyjna).

Відповідно до польського Кодексу торгових товариств прийнятого 15 вересня 2000р., юридичні особи класифікуються за кількома ознаками. За відношенням до органів влади розрізняють: юридичні особи, які належать державі (казначейство, державні підприємства); юридичні особи, які належать самоуправлінню (муніципалітети, райони, воєводства); юридичні особи, які належать приватним особам і організаціям.

За метою діяльності юридичних осіб поділяють на комерційні і некомерційні. До комерційних компаній відносять: компанії, в основі яких є капітал (акціонерні товариства); товариства – повне (spółka jawna), партнерське (spółka partnerska), командитне (spółka komandytova), командитно-акціонерне (spółka komandytowo-akcyjna); кооперативи; державні підприємства, які мають статус юридичної особи.

Некомерційні організації включають в себе асоціації, політичні партії, профспілки, установи вищої освіти, церкву.

Підставою кримінальної відповідальності юридичної особи (ст. 3 Закону) є неправомірна поведінка фізичної особи, яка: 1) діє від імені або на користь колективного суб'єкта у межах повноважень або обов'язків щодо його представництва, прийняття від його імені рішення чи виконання внутрішнього контролю або при перевищенні делегованих повноважень чи неналежного виконання покладених на фізичну особу обов'язків;

2) діє з перевищенням повноважень чи неналежного виконання своїх обов'язків особою, зазначеною у п. 1 цієї статті; 3) діє в інтересах або від імені колективного суб'єкта за згодою або з відома особи, зазначеної у п. 1 цієї статті; 4) є підприємцем.

Юридична особа притягається до кримінальної відповідальності, якщо дії зазначених вище фізичних осіб принесли чи могли принести колективному суб'єкту користь, навіть не майнову. Закон про відповідальність колективних суб'єктів встановлює, що фактична або потенціальна вигода, навіть якщо вона не матеріальна, є необхідною умовою корпоративної відповідальності. Як загальний принцип закріплено положення, за яким що слухання з обвинувачення юридичної особи можуть бути розпочаті лише після того, як було постановлено обвинувальний вирок судом щодо фізичної особи (ст. 4 Закону). У випадку, коли розгляд кримінальної справи щодо фізичної особи було припинено з причин, які виключають судове переслідування (смерть обвинуваченого, наявність імунітету), може розпочатись судове слухання щодо обвинувачення юридичної особи.

Відповідальність колективного суб'єкта не виключає адміністративної, цивільної, а також індивідуальної правової відповідальності винного індивіда (ст. 6 Закону «Про відповідальність колективних суб'єктів»). Однак відповідальність організації може бути встановлена лише у випадках, якщо фізична особа була засуджена; якщо фізична особа була виправдана або якщо вона не встановлена взагалі, якщо юридична особа не може бути притягнута до відповідальності.

Ст. 16 Закону «Про відповідальність колективних суб'єктів» зазначає перелік злочинів, за які юридична особа несе відповідальність. Зокрема колективні суб'єкти підлягають кримінальній відповідальності за окремі злочини у сфері господарської діяльності, страхування, обігу облігацій, банківській сфері, права промислової власності, діяльності торгових спілок, зовнішньоторговельного обігу, оборонній сфері, грошового обігу та обігу цінних паперів, службової діяльності (хабарництво, платна протекція), охорони інформації, достовірності документів, сексуальної свободи і звичаїв, довкілля, публічного порядку, конкуренції, інтелектуальної власності, оподаткування, цільового використання коштів та обігу товарів через державний кордон.

Закон «Про відповідальність колективних суб'єктів» передбачає такі види покарань, які можуть застосовуватись до колективних суб'єктів. Так, за вчинення злочину на колективний суб'єкт

накладається штраф у розмірі до 10% доходу передбаченого, у приписах про податок на дохід юридичних осіб, отриманий у році, який передує року прийняття судового рішення. Якщо такий дохід нижчий 1 млн. злотих, то штраф визначається у розмірі до 10% видатків колективного суб'єкта у році, який передує року прийняття судового рішення. У будь-якому з перелічених випадків розмір штрафу не може бути меншим 5 тис. злотих (ст. 7 Закону).

Крім штрафу відповідно до ст. 9 Закону «Про відповідальність колективного суб'єкта» до юридичної особи можуть бути застосовані такі покарання: заборона рекламування здійснюваної діяльності, виробів які виробляє або реалізує юридична особа, послуг; заборона користуватися дотаціями, субвенціями або іншими формами фінансової допомоги з публічних джерел; заборона користуватися допомогою міжнародних організацій, членом яких є Республіка Польща; заборона отримання публічних замовлень; заборона здійснення певного виду основної чи додаткової діяльності; опублікування вироку.

Закон «Про відповідальність колективного суб'єкта» крім норм матеріального права містить ряд норми процесуального права, зокрема щодо розгляду справи в суді, участі сторін, подачі касацій на вирок та ін.

Отже, прийняття Польщею Закону «Про відповідальність колективних суб'єктів за дії, заборонені під загрозою покарання» є першою цілісною спробою запровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб в національному кримінальному законодавстві. Звісно, оскільки цей інститут кримінального права лише розвивається, то у Законі допущено ряд недоліків, на деякі з них уже вказано у висновках Конституційного Трибуналу Польщі, інші – проявлятимуться на практиці. Однак прийняття такого Закону було першим кроком, яким, з одного боку, виконувалися вимоги ЄС щодо членства, а, з іншого – зроблено вагомий внесок в удосконалення кримінального законодавства, зокрема його превентивної функції.

Подальший євроінтеграційний рух України потребує ґрунтовнішого вивчення досвіду Польщі в удосконаленні кримінального законодавства, зокрема у запровадженні кримінальної відповідальності для колективних суб'єктів.

---

1. *Namysłowska-Gabrysiak Barbara.* Odpowiedzialność karna osób prawnych. – Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2003. – 205 s.

2. *Бирюков П.Н.* Уголовная ответственность юридических лиц за преступления в сфере экономики (опыт иностранных государств). – М.: Юрлитинформ, 2008. – 136 с.

3. Komentarz do ustawy o odpowiedzialności podmiotòw zbiorowzch za czyny zabronione pod groźbą kary / Red. Marian Filar. – Torun: Wydawnictwo Dom organizatora, 3003. – 230 s.

Т.Г. Понятовская,
доктор юридических наук, профессор
(Московская государственная юридическая академия)

ОТРАЖЕНИЕ ЗАЩИЩЕННОСТИ СУБЪЕКТОВ УГОЛОВНОГО ПРАВА В СИСТЕМЕ ОСОБЕННОЙ ЧАСТИ УГОЛОВНЫХ ЗАКОНОВ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

Система Особенной части УК (порядок, в котором закреплены запретительные нормы) является показателем социально-политического значения интересов того или иного субъекта уголовного права. В обосновании проектов УК РФ и в российской уголовно-правовой доктрине дается следующее политическое обоснование: «Система Особенной части УК существенно отличается от предыдущих кодексов… Изменены приоритеты уголовно-правовой охраны. На первом месте поставлена защита личности, затем – общества, а потом – государства» [1, с. 7].

Представляется, что определение приоритетов в уголовно-правовой охране является результатом исключительно политической оценки. С правовой точки зрения, в общих отношениях между субъектами уголовного права приоритеты неуместны, так как эти отношения строятся на началах равноправия. Все субъекты уголовного права в равной степени нуждаются в достаточной защищенности их жизненно важных интересов, а обязанностью государства является обеспечение этой защищенности в той мере, в какой это необходимо для каждого из субъектов (личности, общества и государства). Вместе с тем приведенные выше положения показывают, какое значение для системы Особенной части российского уголовного права имеет не только структурное обособление интересов субъектов уголовного права, но и та последовательность, в которой перечислены разделы Особенной части УК. Указанные черты характерны не для всех

уголовно-правовых систем. Отчасти это объясняется тем, что структура уголовных законов многих государств не связана с логическим строением правовой нормы.

В силу исторических причин система Особенной части УК стран СНГ и ближнего зарубежья имеет сходство с системой Особенной части УК РФ. Однако защищенность субъектов уголовного права положена в основание классификации разделов или глав Особенной части не всех уголовных законов этих государств. *Защищенность субъектов уголовного права является критерием формирования системы уголовно-правовой охраны* в тех уголовных законах, в Особенной части которых защищенность каждого субъекта уголовного права (личности, общества и государства) имеет структурное обособление, т.е. является *замкнутой системой норм*, подобно тому, как это имеет место в Особенной части УК РФ.

Поскольку объекты уголовно-правовой охраны, в отличие от объектов преступлений, представляют собой наиболее обобщенную модель жизненно важных интересов абстрактных субъектов уголовного права в их правоотношениях (которые и называются общими), их структурное обособление в тексте уголовного закона должно отличаться максимальной степенью обобщенности. Иными словами: личность, общество и государство в такой системе должны иметь значение самостоятельных (отдельных) элементов. Структурным элементом законодательного текста, отвечающим указанным требованиям, является «раздел» Особенной части уголовного закона. Именно он позволяет построить замкнутую систему норм, ориентированную на решение задачи обеспечения защищенности каждого из трех субъектов уголовного права в отдельности. Этой особенностью отличаются УК Республики Армения; УК Республики Беларусь; УК Кыргызской республики; УК Республики Таджикистан; УК Республики Узбекистан; УК Азербайджанской республики; УК Грузии.

Защищенность субъектов уголовного права является критерием формирования системы уголовно-правовой охраны, замкнутой на защищенности выделенных законодателем субъектов (личности, общества и государства), в уголовном законодательстве многих стран дальнего зарубежья. Для многих уголовных законов этих государств характерен тот же технико-юридический прием, что и для УК РФ – безопасность личности, общества и государства исчерпывает содержание раздела Особенной части уголовного закона.

В то же время в УК некоторых государств глава является более объемным структурным элементом законодательного текста, чем раздел. Для отдельных УК характерно отражение объектов уголовно-правовой охраны именно в главах (при отсутствии разделов). В такой структуре разделение и обособление объектов уголовно-правовой охраны осуществляется не за счет формирования замкнутой системы норм, а благодаря соблюдению строгой последовательности в расположении глав УК. Как в одном, так и в другом случае, в основание системы Особенной части уголовного закона положен один и тот же принцип – обеспечение достаточной защищенности личности, общества и государства. Этот принцип соблюдается в УК Республики Сан-Марино, УК Аргентины, УК Франции, УК Турции, Уголовном законе об уголовном праве Израиля; УК штата Техас; УК Китайской Народной Республики.

О соблюдении или нарушении последовательности отражения в системе Особенной части уголовного закона интересов субъектов уголовного права можно судить только тогда, когда их защищенность является критерием формирования этой системы. Это определяет и структурные особенности законодательного текста.

Для других уголовных законов это не свойственно. Анализ содержания их Особенной части позволяет установить лишь факт отражения в ней интересов личности, общества и государства, который свидетельствует о большей или меньшей степени их защищенности. Однако на основании этого факта нельзя сделать вывод о том, что именно она является основанием для образования системы уголовно-правовой охраны в целом. Это относится к УК Республики Молдова; УК Украины; УК Республики Казахстан; УК Литовской республики; УК Латвийской республики; УК Эстонской республики. А также – УК Таиланда; УК Республики Болгария; УК Польши; УК Дании; УК Испании; УК Швейцарии; УК Республики Корея; УК Австралии; Уголовному законодательству Норвегии; УК ФРГ и УК Японии.

Особенная часть УК Украины имеет две структурные единицы – раздел и статью. Понятно, что наиболее абстрактные интересы субъектов уголовного права могут быть отражены в названии разделов этого УК, поскольку именно они являются элементами классификации преступлений. В силу того, что классификация преступлений ограничивается только этим элементом, существенные признаки защищенности субъектов уголовного права

могут проявиться только в последовательности расположения разделов Особенной части, при которой граница между интересами личности, общества и государства определяется, если не структурным обособлением, то хотя бы по смыслу (логике перечисления). В противном случае – невозможно отнести объект уголовно-правовой охраны к какому-то определенному субъекту.

«Преступления в сфере использования электронно-вычислительных машин (компьютеров), систем и компьютерных сетей» предусмотрены в разделе XVI этого УК. По смыслу перечисления объектов уголовно-правовой охраны этот раздел находится среди тех разделов, которые посвящены преступлениям против государства. Так, раздел XV назван: «Преступления против авторитета органов государственной власти, органов местного самоуправления и объединений граждан», а в разделе XVII предусматривается ответственность за преступления «в сфере служебной деятельности». Причем следующим (XVIII) разделом предусматривается ответственность за преступления против правосудия.

Логика подобного перечисления объектов уголовно-правовой охраны подсказывает, что преступления в сфере «электронно-вычислительных машин» посягают на интересы государства. Вывод о том, что сущность этих преступлений связана с причинением вреда интересам безопасности общества, не исключается. Однако он будет произвольным, основанным на том принципе, который свойственен системе Особенной части УК РФ, а не УК Украины.

Объективный вывод о принципе построения системы Особенной части УК Украины представляется затруднительным еще и потому, что объекты уголовно-правовой охраны в нем часто не определяются. Законодатель ограничивается указанием на сферу преступной деятельности. Понятно, что в той или иной сфере могут соединяться или сталкиваться интересы различных субъектов. Например, преступления «в сфере служебной деятельности» (раздел XVII) могут причинять вред интересам государственной службы и службы в органах местного самоуправления, а могут представлять опасность для других интересов, а именно – интересов службы в коммерческих и иных организациях. В одних случаях можно говорить об уголовно-правовой охране государства, а в другом случае – об уголовно-правовой охране не только государства, но и других субъектов уголовного права, по причине универсальности их экономических интересов.

Аналогичные черты характерны и для системы Особенной части УК Латвийской Республики, УК Литовской Республики и

УК Республики Молдова. Система их Особенной части также имеет только два элемента: главу и статью. Классификация преступления осуществляется по главам, а последовательность их перечисления не имеет существенной для классификации связи с интересами субъектов уголовного права. Это проявляется также в нарушении смысловой последовательности, классификации преступлений не по содержанию объектов уголовно-правовой охраны, а по сферам преступной деятельности. Аналогичная характеристика применима и к Уголовному кодексу Дании, УК Швейцарии, УК республики Корея, УК Польши, УК Норвегии, УК ФРГ, УК Японии.

Для отражения в уголовном законе социально-политического значения ее норм, а также интересов субъектов уголовного права не достаточно двух структурных элементов системы его Особенной части (главы и статьи или раздела и статьи и т.п.). Эта *система должна содержать не менее трех структурных элементов с различной степенью абстрактности (или конкретности) отображения предмета классификации (например: раздел, главу и статью).* Однако системы Особенной части УК Испании и УК Болгарии, а также УК Таиланда построены именно по указанному выше принципу. Несмотря на это, нельзя сказать, что в основании их формирования лежит критерий защищенности субъектов уголовного права. Так, обобщающим структурным элементом системы Особенной части УК Болгарии является глава (она делится на разделы, а разделы – на статьи). В главу первую включены преступления «против республики». В главу восьмую – преступления «против деятельности государственных органов и общественных организаций». «Подделка документов» – глава девятая. Глава двенадцатая – «Преступления против обороноспособности республики». Глава седьмая – «Преступления против финансовой системы». Все перечисленные главы могут определять защищенность государства, но они не образуют системы этой защищенности. Преступления против личности предусматриваются в главе второй. Однако преступления против «прав граждан» определяют содержание главы третьей. В главе четвертой предусматриваются преступления «против брака, семьи и молодежи». С одной стороны, наблюдается расчленение объекта уголовно-правовой охраны, ориентированного на субъект уголовного права, каким является личность, с другой – не исключено, что институты семьи и брака имеют другое социально-политическое значение и относятся к интересам, например, общества или государства.

Трудно составить представление и о защищенности общества, поскольку наряду с главой десятой о преступлениях против «порядка и общественного спокойствия», предусматривается глава одиннадцатая – «Общеопасные преступления», которые, в свою очередь, классифицируются не по объектам, а по способам их совершения.

Таким образом, представляется возможным сформулировать *второй вывод: предмет классификации в каждом ее элементе должен быть единым.* Защищенность субъектов уголовного права отражается лишь в той классификации преступлений, основанием которой служит объект уголовно-правовой охраны, определяющий содержание интересов того или иного субъекта.

Анализ уголовных законов рассматриваемой группы государств позволяет сформулировать и *третий вывод: систему защищенности субъектов уголовного права образует только последовательное расположение обобщающих элементов классификации преступлений.* Эта система может строиться по принципу замкнутого круга норм, относящихся к субъекту уголовного права. Принципом ее построения может быть и последовательное перечисление объектов уголовно-правовой охраны, которое не является замкнутым, при условии, что оно исчерпывает содержание безопасности каждого субъекта уголовного права.

Система Особенной части уголовного закона является своего рода следствием законодательного оформления правовых отношений между личностью, обществом и государством, благодаря которой эти отношения становятся правовой реальностью. В ней явственно обнаруживается обязанность государства перед другими субъектами уголовного права по обеспечению достаточной их защищенности. В том случае, когда система Особенной части уголовного закона не имеет структуры, подчиненной критерию защищенности субъектов уголовного права, можно судить лишь о праве государства на установление уголовно-правовых запретов, ограничение свободы личности.

---

1. Российское уголовное право: Учебник: В 2 т. – Т. 2. Особенная часть / Г.Н. Борзенков, Л.В. Иногамова-Хегай, В.С. Комиссаров; Под ред. Л.В. Иногамовой-Хегай, В.С. Комиссарова, А.И. Рарога. – М., 2007.

В.П. Тихий,
доктор юридичних наук, професор
(АПрН України)

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ І УДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ НОРМ ПРО ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ГРОМАДСЬКОЇ БЕЗПЕКИ

Безпека людини визнається в Україні однією з найвищих соціальних цінностей (ч. 1 ст. 3 Конституції України). Безпеці людей й завдають шкоди злочини проти громадської безпеки, чим і обумовлена їх велика суспільна небезпечність. В основі громадської безпеки лежить природне право людей на життя і його захист, закріплене Конституцією України (ст. 27). Тому громадська безпека віднесена законодавцем до числа стрижневих цінностей (об'єктів), правове забезпечення охорони яких має своїм завданням КК (ст. 1), а в його Особливій частині (розділі IX) вперше передбачено відповідальність за посягання на цей об'єкт в окремому розділі.

Проблеми безпеки завжди були і залишаються актуальними для людини, суспільства, людства. Безпека – найнеобхідніша з потреб. Вона – один з головних показників життя; потреби людей задовольняються гірше під впливом як недостатності, так і надміру, надлишковості безпеки.

Справа в тому, що безпека людей вимагає впровадження відповідних заходів безпеки. Але останні пов'язані з певними обмеженнями прав і свобод людини і громадянина. У зв'язку з цим формування безпечного суспільства, встановлення правильного (оптимального) балансу між безпекою і свободою, а тим самим і визначення поняття злочинів проти громадської безпеки – одна з актуальних проблем демократичної, правової держави. Проте досі правозастосовною практикою більшість норм КК про кримінально-правову охорону громадської безпеки від суспільно небезпечних посягань опрацьовано недостатньо, виникають труднощі при їх кваліфікації, відмежовуванні від інших злочинів.

Розробка численних і надто складних питань відповідальності за окремі злочини проти громадської безпеки не може бути плідною, якщо не має в своїй основі загальнотеоретичного фундаменту. Лише розкриття сутності громадської безпеки, встановлення загальних ознак злочину проти неї, визначення поняття цих посягань, дасть можливість виробити рекомендації

з правильного й найбільш ефективного застосування відповідних кримінально-правових норм та їх удосконалення.

Суспільна небезпечність злочинів проти громадської безпеки полягає в тому, що вони порушують нормальні (безпечні) умови життя невизначеного кола людей, спокійне їх існування, створюють загальну небезпеку – умови для вчинення особливо тяжких злочинів та настання інших тяжких наслідків, а нерідко їх і заподіюють, породжують обстановку суспільного неспокою, побоювання, остраху за життя, дезорганізують діяльність людей, відносини між ними, послаблюють соціальний зв'язок.

Громадська безпека як родовий об'єкт злочинів – це система суспільних відносин, які забезпечують захищеність життєдіяльності, запобігають загрозам природнього існування людей, позбавлення їх життя і здоров'я. Загальнонебезпечний характер злочинів проти громадської безпеки обумовлений як їх об'єктом, так і тим, що їх предметом і/або засобом (знаряддям) виступають зброя або інші за своєю природою, самі по собі потенційно смертоносні джерела, які використовуються або можуть бути використані як зброя, як засоби зруйнування, ураження. Це злочинні організації, терористичні групи, інші стійкі злочинні об'єднання та предмети, що становлять підвищену небезпеку для оточення. Так, стійкі злочинні об'єднання за своєю природою застосовують або можуть застосовувати погрози або насильство, завжди готові через своїх учасників або інших озброєних злочинців скористатися зброєю і, отже, залякують людей, викликають почуття втрати безпеки, породжують у людей тривогу за збереженість життя.

Застосування зброї масового знищення, її розроблення, виробництво, придбання, зберігання, збут, транспортування є злочинами проти безпеки людства (ст. 439 і 440 КК).

Безпека виробництва і безпека руху та експлуатації транспорту є спеціальними видами громадської безпеки і тому злочини проти них передбачені в окремих розділах Особливої частини КК – відповідно в X і XI.

До предметів, що становлять підвищену небезпеку для оточення належать: певні види зброї (ст.ст. 257, 258, 260, 262, 263, 264 КК); радіоактивні, хімічні, біологічні та вибухонебезпечні матеріали, речовини, предмети (ст.ст. 257, 258, 259, 260, 261 КК); бойові припаси (ст.ст. 257, 258, 260, 261, 262, 263, 264 КК); вибухові припаси (ст.ст. 257, 258, 259, 260, 262, 263, 267, 269 КК); вибухові пристрої (ст.ст. 257, 258, 259, 260, 262 КК); радіоактивні матеріали (ст.ст. 257, 259, 260, 261, 262, 265, 266,

267 КК); ядерний вибуховий пристрій чи пристрій, що розсіює радіоактивний матеріал або випромінює радіацію (ст. 265[1]); легкозаймисті речовини (ч. 2 ст. 267, ст. 269 КК); їдкі речовини (ч. 2 ст. 267 КК); небезпечні відходи (ч. 2 ст. 268 КК).

Природа зброї та інших предметів, що становлять підвищену небезпеку для оточення, полягає в тому, що вони є джерелами підвищеної небезпеки для життя і здоров'я людей, майна та довкілля. Ця внутрішня, притаманна їм здатність знищення, пошкодження навколишнього середовища, тобто володіння уражаючим ефектом, є їх об'єктивною і основною ознакою. Тому предмет злочинів проти громадської безпеки мають бути придатними для спричинення руйнувань, пошкодження, знищення оточення, мати властивості ураження людини, спричинення їй смерті чи тілесних ушкоджень, значної майнової шкоди. Якщо ознаки придатності ці предмети не мають, поводження з ними не може спричинити шкоду громадській безпеці.

Зброя та інші предмети, що становлять підвищену небезпеку для оточення, призначені або можуть бути використані як засіб ураження живої цілі, знищення чи пошкодження оточуючого середовища. В них міститься можливість їх використання як засобів вчинення злочинів, безпосереднього спричинення шкоди.

У випадках, коли для вирішення питання про те, чи є відповідні предмети зброєю, радіоактивними, хімічними, біологічними, вибухонебезпечними матеріалами, речовинами, предметами, бойовими припасами, вибуховими пристроями, вибуховими, їдкими або легкозаймистими речовинами, а також для застосування їх придатності до використання за цільовим призначенням, потрібні спеціальні знання, слід призначити експертизу. Для з'ясування лише придатності предмета до використання за цільовим призначенням достатньо участі спеціаліста.

Щоб запобігти небезпеці спричинення шкоди життю і здоров'ю людей та іншим цінностям суспільства, запобігти нещасним випадкам і злочинам з використанням зброї та інших предметів, що становлять підвищену небезпеку для оточення, і використовувати їх лише в суспільно корисних цілях, існує ціла система норм (правил) поводження з ними – порядок їх виготовлення, придбання, ремонту, зберігання, носіння, користування, обліку, перевезення, пересилання тощо. Ці правила можуть бути як загальноприйнятими, так і встановленими державою.

Їх змістом є вимоги, якими повинна відповідати поведінка людей з точки зору захисту, гарантування збереження життя і

здоров'я людей, власності та інших цінностей від небезпеки зазначених предметів, тобто з точки зору громадської безпеки. Тому ці правила називаються правилами безпеки. Поводження зі зброєю та предметами, що становлять підвищену небезпеку для оточення, в точній відповідності до даних правил, відбиваючись у конкретній поведінці людей – учасників суспільних відносин, не створює небезпеки заподіяння шкоди, запобігає такій небезпеці, забезпечує безпеку не тільки від необережних злочинів і нещасних випадків, а й від умисних посягань із застосуванням цих предметів.

Об'єктивна сторона злочинів проти громадської безпеки полягає у суспільно небезпечному, протиправному діянні (дії або бездіяльності), що порушує безпеку (захищеність) природного існування невизначеного кола людей, створює загальну (суспільну) небезпеку (умови) їх загибелі чи настання інших тяжких наслідків або заподіює такі наслідки.

Абсолютна більшість злочинів проти громадської безпеки є злочинами з формальним складом і може бути вчинена лише шляхом дії. Лише деякі злочини проти громадської безпеки мають матеріальні склади (статті 264, 267 і 270 КК) і можуть бути вчинені як шляхом дії, так і бездіяльності. Ці злочини передбачають два види наслідків: створення небезпеки настання тяжких наслідків (ч. 1 ст. 267 КК); фактичне заподіяння істотної шкоди (тяжких наслідків) (ст. 264 КК) чи шкоди здоров'ю людей або майнової шкоди у великому розмірі (ч. 1 ст. 270 КК). Але і при вчиненні цих злочинів необхідним етапом або наслідком є створення загальної небезпеки (умов) заподіяння тяжкої шкоди.

Загибель людей або інші тяжкі наслідки є і кваліфікуючими або особливо кваліфікуючими ознаками деяких злочинів проти громадської безпеки (ч 2 та 4 ст. 258, ч. 2 ст. 259, ч. 5 ст. 260, ч. 3 ст. 265, ч. 3 ст. 265^1, ч. 2 ст. 267, ч. 4 ст. 267^1, ч. 2 ст. 269, ч. 2 ст. 270 КК).

Під загибеллю людей розуміється настання смерті хоча б однієї особи. Інші тяжкі наслідки – це заподіяння тяжких тілесних ушкоджень хоча б одній особі, середньої тяжкості – двом і більше особам, майнової шкоди в особливо великому розмірі будь-якій юридичній чи фізичній особі тощо. Там, де закон передбачає матеріальні склади, у тому числі наслідок у виді створення небезпеки для життя чи здоров'я або настання інших тяжких наслідків, обов'язковою ознакою об'єктивної сторони є причинний зв'язок.

Заподіяння шкоди життю і здоров'ю або майнової шкоди може бути і способом вчинення злочинів проти громадської безпе-

ки (наприклад, ч. 1 ст. 258, ст.ст. 261, 262, 265 КК). При цьому залежно від тяжкості зазначеної шкоди вона або охоплюється статтями КК про відповідальність за злочини проти громадської безпеки, або вимагає кваліфікації за сукупністю відповідних злочинів. Але у всіх випадках тут завжди повинна бути порушена громадська безпека і створена небезпека настання тяжких наслідків.

Суб'єктивна сторона злочинів проти громадської безпеки з формальним складом – прямий умисел, а злочинів з матеріальним складом – необережність. В останніх злочинах можлива змішана форма вини, що передбачає умисел до діяння (наприклад, порушення певних правил безпеки) і необережність до наслідків (наприклад, до загибелі людей).

Мотив і мета більшості злочинів проти громадської безпеки не є їх обов'язковими ознаками і можуть бути різними.

Суб'єктом злочинів проти громадської безпеки є, як правило, будь-яка особа, яка досягла певного віку. Кримінальна відповідальність за бандитизм (ст. 257 КК), терористичний акт (ст. 258 КК) та за викрадення (крадіжку, грабіж, розбій) і вимагання вогнепальної зброї, бойових припасів, вибухових речовин чи радіоактивних матеріалів (ст. 262 КК) настає з 14 років (ч. 2 ст. 22 КК), а за інші злочини проти громадської безпеки – з 16 років (ч. 1 ст. 22 КК).

Таким чином, злочини проти громадської безпеки – це суспільно небезпечні, передбачені КК винні діяння (дії або бездіяльність) вчинені суб'єктами злочину, що порушують безпеку (захищеність) природного існування невизначеного кола людей і створюють загальну небезпеку (умови) їх загибелі чи настання інших тяжких наслідків або заподіюють такі наслідки.

На відміну від злочинів проти життя та здоров'я особи (розділ II Особливої частини КК) злочини проти громадської безпеки посягають не на життя, здоров'я і не на особисту безпеку окремих людей, а на загальну безпеку, безпеку невизначеного кола людей і тому є загальнонебезпечними діяннями. Також на відміну від вказаних злочинів, які, як правило, вимагають реального заподіяння шкоди життю, здоров'ю, для визначення посягань закінченими злочинами проти громадської безпеки необхідно і, як правило, достатньо самого створення загальної небезпеки (умов) заподіяння тяжкої шкоди. Реальне заподіяння шкоди життю, здоров'ю, власності, довкіллю тощо злочинами проти громадської безпеки виступає як спосіб або показник створення загальної небезпеки, посягання на громадську безпеку.

Сформульоване поняття злочинів проти громадської безпеки може служити основою для подальшої розробки як питань кримінальної відповідальності за конкретні злочини проти громадської безпеки, так і конструювання нових кримінально-правових норм охорони громадської безпеки.

Розвиток НТР веде до появи нових джерел енергії, матеріалів, підвищено небезпечних для оточення, в тому числі з раніше невідомими небезпеками, збільшенню їх потужності, зростання ризику настання тяжких наслідків при порушенні вимог безпеки. В зв'язку з цим кримінальна відповідальність за порушення вимог безпеки все в більшій мірі повинна конструюватися таким чином, щоб караним визнавалося не тільки заподіяння тяжкої шкоди, але й створення небезпеки її заподіяння.

Поява нових загроз для безпеки людей та переоцінка традиційних («старих») веде до суттєвого розширення обсягу поняття громадської безпеки як об'єкту злочинів і відповідно до збільшення видів цих посягань.

Забезпечення безпеки людей, в тому числі і за допомогою кримінально-правових норм, це об'єктивний і незупинний процес. Тому, якщо у КК 1960р. в розділі «Злочини проти громадської безпеки, громадського порядку та народного здоров'я» спочатку було лише 5 статей, які передбачали відповідальність за злочини проти громадської безпеки і поступово їх кількість збільшилася до 8, то у КК 2001р. в розділі IX Особливої частини «Злочини проти громадської безпеки» було вдвічі більше, а зараз вже є 22 статті. Лише за останній час цей розділ КК доповнено такими новелами: втягнення у вчинення терористичного акту (ст. 258^1), публічні заклики до вчинення терористичного акту (ст. 258^2), створення терористичної групи чи терористичної організації (ст. 258^3), сприяння вчиненню терористичного акту (ст. 258^4), незаконне виготовлення ядерного вибухового пристрою чи пристрою, що розсіює радіоактивний матеріал або випромінює радіацію (ст. 26^1), порушення режиму радіаційної безпеки (ст. 267^1).

Отже, значну увагу законодавець приділяє відповідальності за тероризм і нерозривно пов'язаному з ним, як і з іншими насильницькими злочинами, незаконному поводженню зі зброєю. Відповідно до декларації ООН «Про злочинність та суспільну безпеку» держави – члени цієї організації повинні прагнути захищати безпеку та добробут своїх громадян і всіх інших, хто знаходиться під юрисдикцією держави, шляхом прийняття ефективних національних заходів по боротьбі з небезпечною трансна-

ціональною, в тому числі організованою злочинністю, незаконним обігом зброї, терористичними злочинам та ін.

Дослідження відповідальності за злочини громадської безпеки свідчить про необхідність приведення норм КК у повну відповідність з ратифікованою Україною Конвенцією Ради Європи про запобігання тероризму, забезпечити імплементацію у національне законодавство інших конвенційних норм, міжнародних стандартів щодо протидії злочинам проти громадської безпеки; здійснити заходи з усунення фінансово-економічного підґрунтя існування злочинних об'єднань; уточнити співвідношення санкцій статей розділу IX Особливої частини КК «Злочини проти громадської безпеки» із санкціями статей інших розділів Особливої частини КК; уніфікувати і дати визначення терміно-понятійного апарату законодавства про протидію злочинам проти громадської безпеки; розробити і ввести в КК нові заохочувальні норми (норми кримінально-правового компромісу) звільнення від кримінальної відповідальності; привести у відповідність норми КК і норми Кодексу про адміністративні правопорушення; більш широко запроваджувати превентивні заходи запобігання терористичних актів, посилити контроль за обігом зброї, бойових припасів, вибухових речовин, радіоактивних матеріалів тощо. Розширити предмет злочину, передбаченого ст. 262 КК, за рахунок віднесення до нього і інших видів зброї, бойових речовин, та частин цих предметів, передбачити кримінальну відповідальність за приведення в непридатний стан об'єктів життєзабезпечення населення (катастрофічний досвід м. Алчевська) і нарешті, впровадити всі рекомендації Міжнародного науково-практичного семінару «Проблеми відповідальності за злочини проти громадської безпеки за новим Кримінальним кодексом України», який відбувся 1–2 жовтня 2002р. у м. Харкові.

М.І. Хавронюк,
доктор юридичних наук, доцент
(Верховний Суд України)

І ЗНОВУ ПРО ГУМАНІЗАЦІЮ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Відповідно до Плану заходів із виконання обов'язків та зобов'язань України, що випливають з її членства у Раді Європи, затвердженого Указом Президента України від 20 січня

2006 р. № 39/2006, для забезпечення функціонування демократичних інститутів та верховенства права було запропоновано здійснити дальшу гуманізацію кримінального законодавства, для чого, зокрема, Міністерству юстиції України, Національній комісії із зміцнення демократії та утвердження верховенства права до 1 травня 2006 р. подати Кабінету Міністрів України відповідний законопроект.

Що ж розуміється під гуманізацією кримінального законодавства, у Плані заходів, на жаль, сказано не було.

Слід відзначити, що КК України і до цього вже неодноразово «гуманізували», після чого він ставав усе більш жорстоким і в багатьох своїх положеннях незрозумілим.

У березні–квітні 2006 р. робочою групою Міністерства юстиції України, до якої було включено провідних вчених України, а також практичних працівників державних органів, було розроблено відповідний проект Закону. 15 квітня 2008 р. Верховна Рада України прийняла його як Закон.

Серед основних новацій цього Закону можна назвати такі:

Загальна частина

1. Статтю 5 запропоновано викласти у новій редакції. Вона передбачає можливість зворотної дії в часі закону про кримінальну відповідальність, який *будь-яким чином поліпшує становище особи,* а також регламентує зворотну дію так званого «проміжного закону», якщо він є найбільш м'яким (йдеться про неодноразову зміну одного і того самого положення). Про «інші кримінально правові наслідки діяння», крім власне покарання, згадується тепер і в статті 4 КК України.

2. Злочинною організацією відповідно до статті 28 відтепер визнається стійке ієрархічне об'єднання у складі як мінімум не трьох, а п'яти осіб.

3. Дещо розширюються підстави звільнення від кримінальної відповідальності. Так, у зв'язку з дійовим каяттям або примиренням з потерпілим може бути звільнена від кримінальної відповідальності особа, яка вперше вчинила *необережний злочин середньої тяжкості* (статті 45, 46). Так само і неповнолітній, який вчинив необережний злочин середньої тяжкості, може бути звільнений від кримінальної відповідальності із застосуванням примусових заходів виховного характеру (ст. 97).

4. З урахуванням майнового стану особи суду надається право призначити *штраф з розстрочкою* виплати певними частинами строком до трьох років (ст. 53). Це поширена прак-

тика в багатьох країнах світу. Дещо ускладниться діяльність по виконанню цього виду покарання, але з часом все має стабілізуватися.

5. З метою уточнити волю законодавця у ст. 65 КК, яка визначає загальні засади призначення покарання встановлюється, що «більш суворий вид покарання з числа передбачених за вчинений злочин призначається лише у випадку, якщо менш суворий вид покарання не забезпечить досягнення мети покарання». Отже, суд мусить мотивувати, чому він вважає, що менш суворий вид покарання не забезпечить досягнення мети покарання.

6. Статтю 66 доповнено ще однією обставиною, яка пом'якшує покарання. Це «надання медичної або іншої допомоги потерпілому безпосередньо після вчинення злочину». Подібна норма є у більшості КК інших держав, і вона себе виправдовує.

Внесені деякі зміни до статей 68 і 69 з метою зробити більш гуманним призначення покарання, а також КК доповнено новою статтею 69^1 «Призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання».

7. У статті 71 уточнено, що остаточне покарання за сукупністю вироків має бути більшим від покарання, призначеного за новий злочин, а також від невідбутої частини покарання за попереднім вироком, *крім випадків, коли воно визначається шляхом поглинання.*

8. У статті 102 визначено, що покарання у виді позбавлення волі особам, які не досягли до вчинення злочину 18-річного віку, може бути призначене на строк від шести місяців до десяти років, а за вчинений повторно злочин невеликої тяжкості воно не може перевищувати одного року шести місяців (було – 2). Покарання за умисне вбивство, вчинене у віці від 14 до 16 років, не може перевищувати 10 років (було 15), і лише для неповнолітніх у віці від 16 до 18 років 15 років позбавлення волі як максимум залишено.

Особлива частина

1. Санкції деяких статей доповнено вказівками на можливість застосування альтернативних позбавленню волі покарань. У кількох статтях додатково передбачено штраф, в інших – обмеження волі, у третіх – арешт.

2. Як правило, передбачено, що покарання за необережне заподіяння смерті не повинно перевищувати 10 років позбавлення волі. У зв'язку з цим та через інші міркування у більш ніж десяти статтях знижені межі покарання у виді позбавлення волі.

3. У кількох статтях покарання у виді конфіскації майна визначене як можливе (але не обов'язкове).

4. Оскільки кримінальний закон має бути зрозумілим для всіх, дещо уточнені підстави кримінальної відповідальності за: незаконне привласнення скарбу (ст. 193); порушення правил повітряних польотів (ст. 281); посів та вирощування снотворного маку чи конопель (ст. 310); порушення військовослужбовцями правил прикордонної служби і бойового чергування (статті 419 і 420); деякі інші злочини.

Пункт 3 частини 2 статті 115 запропоновано після слова «заручника» доповнити словами «або викраденої особи».

5. Виключено із КК: статтю 188 (викрадення шляхом демонтажу та іншим засобом електричних мереж); частину 1 статті 413.

Слід зазначити, що більшу частину пропозицій членів робочої групи, спрямованих на гуманізацію та загалом на удосконалення кримінального законодавства, враховано не було. Навіть значну кількість вже погоджених пропозицій було виключено із законопроекту на етапах його погодження Міністром юстиції України, ухвалення Кабінетом Міністрів України та прийняття Верховною Радою України*.

Загалом внесені 15 квітня 2008 р. до КК України зміни не можна вважати концептуальними передусім тому, що вони не ґрунтувались на якій-небудь концепції гуманізації кримінального законодавства, а були породжені спонтанно, передусім завдяки ентузіазму окремих науковців, міжнародних експертів та українських посадових осіб. Деякі з цих законодавчих новацій можна охарактеризувати як результат теоретичних досліджень окремих вчених, виявлення окремих судових помилок та труднощів правозастосування, дискусій між членами робочої групи та суб'єктивного розуміння проблем кримінального права окремими народними депутатами України. Тому сподіваюсь, що з прийняттям цього Закону процес гуманізації кримінального законодавства, по-перше, не завершиться, а по-друге, набуде більшої чіткості та більшої європейськості.

Виходячи із зазначеного, перш за все, треба визначитись у питанні, що саме слід розуміти під гуманізацією кримінального

---

* Треба підкреслити, що за час, що минув після підготовки законопроекту і до прийняття його як закону, змінювались і міністри юстиції, і склади уряду та парламенту.

законодавства. На мій погляд, вона має означати прагнення до максимально повного втілення у КК України принципу гуманізму як засадничого положення кримінального права. Це і повинно стати головною метою гуманізації кримінального законодавства України.

Принцип гуманізму сьогодні визначено безпосередньо у КК Росії, Білорусі, Молдови, Польщі, деяких інших європейських держав. Понад те, його визначенню приділено увагу навіть у конституціях деяких держав – Іспанії, Італії, Монако, Сан-Марино. Якщо скористатися дефініціями законів інших держав, можна дійти до висновку, що і у КК України так само *принцип гуманізму має означати таке:*

1) кримінальне законодавство забезпечує охорону людини, зокрема її життя і здоров'я, честі і гідності, недоторканності і безпеки, як найвищої соціальної цінності;

2) особі, яка вчинила злочин, має бути призначене покарання, необхідне і достатнє для її виправлення та попередження нових злочинів;

3) покарання та інші кримінально-правові заходи, що застосовуються до особи, яка вчинила діяння, передбачене цим Кодексом, не можуть мати своїм змістом завдання фізичних страждань або приниження людської гідності.

Якщо третя складова цього принципу має значення переважно для визначення системи покарань та порядку їх відбування, то на перші дві треба звернути увагу саме у контексті питання про гуманізацію кримінального законодавства.

Із зазначеного випливають *два основних напрями гуманізації:*

перший напрям – створення такої системи кримінального законодавства, яка б дозволяла максимально повно захистити в цій країні ЛЮДИНУ, її життя та усі її конституційні й інші права.

Цей напрям передбачає *двоєдине завдання:*

а) захистити потенційних жертв злочинності – не допустивши існування прогалин у кримінальному законі, які залишили б людину беззахисною перед злочинцями (йдеться про повну криміналізацію діянь, які дійсно є суспільно небезпечними);

б) захистити осіб, які неправомірно притягуються до кримінальної відповідальності – не допустивши існування кримінальної відповідальності за діяння, які не повинні визнаватися злочинами (йдеться про надлишкову, необґрунтовану, помилкову криміналізацію).

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

Саме у цих розділах сконцентрована найбільша кількість тяжких і особливо тяжких злочинів (60–80%) і при цьому найменша кількість злочинів невеликої тяжкості (від 0 до 10%). Отже, видно, які саме пріоритети обрала держава для кримінально-правового захисту всупереч проголошеній у ст. 3 Конституції України декларації про те, що саме людина є найвищою соціальною цінністю.

Розділ II (злочини проти життя та здоров'я людини) займає лише *п'ятнадцяте* місце, розділ III (злочини проти волі людини) – *восьме,* розділ IV (злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності) – *одинадцяте,* а розділ V (злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав та свобод людини і громадянина) – *останнє, двадцяте* місце.

Таким чином, пріоритети треба змінювати. Не може вважатися, наприклад, шпигунство тяжчим злочином, ніж умисне вбивство. Не може вважатися викрадення дитини менш тяжким злочином, ніж втручання у діяльність державного діяча. А сьогодні це саме так і є.

З іншого боку, всупереч вимогам та рекомендаціям Ради Європи, Європейського Союзу, всупереч необхідності гармонізації кримінального законодавства європейських держав в Україні досі:

а) не передбачено кримінальну відповідальність: за клонування та інші генетичні маніпуляції, які створюють загрозу генофонду українського народу; за низку злочинів проти майбутнього (ще не народженого) життя – наприклад, за травмування плоду, продаж сумнівних засобів для самостійного переривання вагітності; за деякі злочини проти довкілля тощо;

б) не визначено належні підстави і умови кримінально-правової реституції – як примусової, так і примусово-добровільної, внаслідок чого потерпілі часто залишаються «при своїх інтересах»;

в) належно не визначено велику групу злочинів приватного обвинувачення, внаслідок чого залишаються злочинами з усіма їх правовими наслідками, в які потерпілий за законом

втрутитися не має права, наприклад, крадіжка сином чи дочкою майна, належного батькам, або повторне зґвалтування чоловіком дружини з використанням її безпорадного стану і т. ін.;

г) не визначені умови і порядок здійснення примирення (медіації), крім як у випадку вчинення злочинів невеликої тяжкості у межах інституту звільнення від відповідальності тощо.

Другий напрям – створення системи покарань та інших кримінально-правових заходів, яка б слугувала у першу чергу меті виправлення винної особи та попередження вчинення нею нових злочинів.

У 2001 р., коли був прийнятий новий КК України, політики багато говорили про його гуманність, про те, що це кодекс – гідний демократичної країни. Насправді ж просте порівняння – КК України 2001 р. і КК України 1960 р. спростовує цю тезу.

По-перше, у чинному КК приблизно на 15% стало більше злочинів – 695 замість 600 (ці цифри отримані шляхом підрахунку кількості диспозицій статей Особливої частини КК, в яких визначаються відповідні діяння), при цьому близько 40 нових злочинів – за рахунок тяжких та особливо тяжких. Процес збільшення кількості злочинів, часто невиправданого збільшення триває і зараз.

По-друге, у новому КК відносна частка злочинів, за які може бути призначене покарання на строк понад 5 років позбавлення волі, збільшилась на 1%, а частка злочинів невеликої тяжкості, за які може бути призначене позбавлення волі на строк до 2 років, навпаки, зменшилась на 16%.

По-третє, з'явилися нові види покарань, за своїм змістом близькі до позбавлення волі – арешт і обмеження волі.

По-четверте, як і раніше, усі санкції КК України «взяті зі стелі».

Таким чином, каральна спрямованість кримінально-правових засобів переважає, а законодавець абсолютно байдуже ставиться до того, яким саме строком покарання винний мусить спокутувати свій гріх перед суспільством.

Між тим, практично всі країни Західної та Центральної Європи, а також деякі пострадянські країни вже давно перейшли з системи тільки покарань на «двоколійну» систему, яка складається з покарань і заходів безпеки, а окремі з них запровадили «триколійну систему»: «покарання» – «заходи» – «примирення через реституцію». При цьому цілями покарання є тільки кара і запобігання вчиненню злочинів іншими,

крім засуджених, особами. Такі ж цілі, як виправлення осіб, їх соціальна реабілітація і запобігання вчиненню ними нових суспільно небезпечних діянь, трансформувались у цілі заходів безпеки.

Ясно усвідомлюється, що злочин – це не щось незвичайне і жахливе. Злочин – це типовий соціальний конфлікт, і його треба розв'язувати за допомогою усіх можливих засобів, які існують в арсеналі держави і суспільства, і спільними зусиллями. При цьому слід відмовитися від погляду, який в нас укоренився, про те, що злочин – це порушення лише суспільного інтересу. Насправді злочин порушує як суспільний, так і приватний інтерес. І оскільки справедливе останнє, потерпілий та його представник так само мають право брати участь у визначенні долі злочинця – при вирішенні питання про можливість як звільнення його від кримінальної відповідальності або від покарання чи від відбування покарання з випробуванням, або принаймні про можливість пом'якшення покарання і застосування до засудженого амністії.

Перевага «двоколійної» системи правових наслідків протиправного діяння полягає у тому, що вона дозволяє, зокрема, зробити більш гуманною кримінально-правову політику за рахунок застосування заходів безпеки замість покарання або поряд з м'яким покаранням у випадках, коли це можливо.

В Україні ж роль заходів безпеки частково намагаються відігравати додаткові покарання. Але наразі вони неможливі без основних, і тому їх роль не стримуюча, як має бути, а так само репресивна.

Чинними КК європейських держав до заходів безпеки, які можуть застосовуватися поряд з покаранням або ж замість покарання, відносяться, зокрема: заборона користуватися певними правами або обмеження певних прав; спеціальна конфіскація, а також конфіскація доходів і вилучення вартості фінансових переваг, одержаних в результаті злочину; вислання іноземців; заборона проживати чи перебувати у певних місцях; обов'язок перебувати у певній місцевості; заборона утримання небезпечних собак тощо. Заходами безпеки, які можуть призначатися лише замість покарання, є примусові заходи медичного характеру і примусові заходи виховного характеру.

Крім того, більшість європейських держав розробили систему типових санкцій, залежних від конкретних критеріїв, що визначають тяжкість злочинних діянь, а деякі з них, наприклад

Іспанія і Сан-Марино, ці типові санкції закріпили безпосередньо в законі.

Треба також вказати і на те, що законодавці більшості інших держав з метою захисту населення від проявів злочинності не лише концентрують певні криміналістичні зусилля на протидії найбільш небезпечним злочинам, а й створюють тау систему, за якої будь-яке найменш небезпечне діяння негайно отримує свою правову оцінку з боку держави.

Іншими словами – у нашій країні Кодекс про адміністративні правопорушення майже не діє. На вулицях вже і малюки матюкаються, з автомобілів викидають сміття прямо у річки, підприємливі тітки на кожному кутку продають дітям цигарки, у ліфтах відправляють природні потреби не лише алкоголіки, автомобілі паркують на тролейбусних зупинках, а їздять ними по зустрічній, будь-де можна придбати і використати риболовні електровудки, бійцівські собаки гуляють вільно без повідків, – *владі до усього цього справи немає*. В цій ситуації *щоденно* виховується неповага до Закону, населення розуміє, що і злочини можна вчинювати безкарно.

На відміну від України, взяти хоч стару Європу – Францію чи Німеччину, або такі країни Азії, як Сінгапур чи Арабські Емірати – скрізь, де суспільство і держава поважають себе, вони і у громадян виховують повагу до Закону передусім на дрібних правопорушеннях – поліцейських порушеннях чи кримінальних проступках – незалежно від назви. Тоді і до вчинення злочинів справа часто не доходить.

В Україні досі діє суперечливий Кодекс про адміністративні правопорушення 1984 р. Лише за останні 7 років до нього було внесено понад 70 змін, а усього цих змін – вже сотні. Але що з того, що Кодекс заборонив водіям маршруток перевозити пасажирів понад встановлену кількість або ж палити на вулицях? Пасажири продовжують їздити, відчуваючи себе «оселедцями у банці», і навіть міліціонери палять на вулицях і площах.

Отже, висновок – самі по собі кодекси – чи то Кримінальний, чи то про адмінправопорушення – не треба переоцінювати. Їх положення можуть удосконалюватися безкінечно. Але якщо влада безвольна і безвідповідальна, то закони живуть своїм життям, а люди – своїм, і захищаються від всілякого зла за допомогою не кодексів, а помсти чи самочинної розправи.

В.М. Хомич,
доктор юридических наук, профессор
(Научно-практический центр проблем
укрепления законности
и правопорядка Генеральной прокуратуры
Республики Беларусь, г. Минск)

СИСТЕМА НАКАЗАНИЙ И ИНЫХ МЕР УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В УК РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ И ЕЕ ВЛИЯНИЕ НА ИЗМЕНЕНИЕ В УГОЛОВНОЙ ПОЛИТИКЕ

1. Эффективность правосудия по уголовным делам сегодня во многом определяется правильным выбором наказания и иных мер уголовной ответственности, насколько эффективно и сбалансировано применяются наказания, связанные и не связанные с изоляцией осужденных от общества, какова система альтернатив наказанию и как широко она применяется. Реформирование уголовного и уголовно-исполнительного законодательства (1993–1999 гг.), было ориентировано на прогнозируемое расширение применения альтернативных наказанию (прежде всего, лишению свободы) мер уголовной ответственности в отношении лиц, вступивших в конфликт с уголовным законом. Принятый в 1999 г. Уголовный кодекс Республики Беларусь позволял реализовать такую тенденцию в условиях постепенной стабилизации преступности и криминогенной обстановки в республике. Однако спустя 7 лет после введения в действие УК (2001 г.) с сожалением приходится констатировать, что необходимые коррективы в систему правосудия так и не были внесены. Это не позволило в полной мере реализовать указанную прогрессивную тенденцию в уголовной политике.

2. С 2001 по 2006 гг. в Республике Беларусь наблюдалась устойчивая тенденция увеличения общего количества осужденных (с 43525 в 2001 г. до 78238 в 2006 г.). В 2007 г. по сравнению с 2006 г. общее количество осужденных существенно снизилось (с 78238 до 70996).

Снижение судимости произошло прежде всего за счет уменьшения на 4678 числа лиц, совершивших преступления против собственности; на 2002 – хулиганство; на 1176 – уклонение родителей от содержания детей либо от возмещения расходов, затраченных государством на их содержание, а также за

счет декриминализации в 2006 г. повторного мелкого хищения. Подавляющая часть лиц традиционно осуждается за хищение имущества (в среднем более 45 %).

Такое резкое снижение общего количества осужденных наблюдалось лишь в 1997 и 2001 г. (в 1996 г. было осуждено 61993 человека, в 1997 г.– 55906, в 1998 г. – 59700, в 1999 г. – 59862, в 2000 г. – 57074, в 2001 г. – 43525, в 2002 г. – 53626). Снижение преступности в 1997 и 2001 г. соответственно связано с существенными изменениями УК 1960 г. в 1997 г. и введением в 2001 г. в действие УК 1999 г. Снижение общего количества осужденных в 2007 г. (на 7242 лиц) в определенной мере связано со снижением количества зарегистрированных преступлений и числа лиц, их совершивших.

3. Сопоставление числа осужденных (статистические данные Министерства юстиции Республики Беларусь) с количеством выявленных лиц, совершивших преступления (статистические данные МВД Республики Беларусь), подтверждает положительную динамику в обеспечении судами неотвратимости уголовной ответственности лиц, совершивших преступления. Так, если в 2001–2005 гг. указанное соотношение колебалось в пределах от 77,1 до 89,3%, то в 2006 г. оно достигло 97,4% (максимальное значение за все предшествующие годы). В 2006 г. выявлено лиц, совершивших преступления – 80364 , а осуждено – 78238. В 2007 г. указанное соотношение составило 91,3% (в 2007 г. выявлено лиц, совершивших преступления – 77778; осуждено – 70996).

4. Осуждение с применением назначенного наказания остается наиболее применяемой формой реализации уголовной ответственности. Так, из 57074 лиц, привлеченных к уголовной ответственности судами Республики Беларусь, в 2000 г. были осуждены с назначением различных видов наказания 38343 (69,2%); в 2001 г. из 43525 – 41510 (95,3%); в 2002 г. из 53626 – 49192 (83,7%); в 2003 г. из 65383 – 57464 (87,8%); в 2004 г. из 73713 – 65160 (88,4%); в 2005 г. из 77594 – 68573 (88,4%); 2006 г. из 78238 – 68476 (87,4%); 2007 г. из 70996 – 64906 (91,4%).

5. Совершившие менее тяжкие преступления и преступления, не представляющие большой общественной опасности составляют в среднем более 85% всех осуждаемых ежегодно лиц. Как и в прежние годы сохраняется тенденция снижения численности и удельного веса в структуре судимости осужденных за тяжкие и особо тяжкие преступления. Их число в 2007 г. снизилось на

10,8% и составило 8 664 человек. К лишению свободы осуждено 71,2% лиц, совершивших тяжкие преступления, и 98,8% – особо тяжкие.

К длительным срокам лишения свободы осуждены 97,4 % из числа лиц, совершивших убийства; 86,4% – разбои; 100% – торговлю людьми; 71,3% – сбыт наркотиков. За убийства, совершенные при отягчающих обстоятельствах, 11 осуждено к исключительным мерам наказания: 4 – к смертной казни; 7 – к пожизненному заключению.

6. В 2007 г. сохранилась тенденция сокращения назначения судами наказаний ниже низшего предела и более мягкого наказания. Коэффициент назначений лишения свободы ниже низшего предела (на 1000 осужденных к лишению свободы) сократился в сравнении с 2006 г. с 4 до 1,5 (более чем в 2 раза). Коэффициент назначения более мягкого наказания, чем предусмотрено за преступление (на 1000 осужденных), сократился с 9 до 4,3 (более чем в 2 раза). Указанную тенденцию нельзя признать социально оправданной в условиях чрезмерно завышенных санкций за многие преступления, в том числе относящиеся к категории тяжких.

В 2007 г. сохранилась тенденция роста числа осужденных, имеющих неснятую и непогашенную судимость (40,6% от всех осужденных), в 2006 г. – 39,5%. Вместе с тем, возрос удельный вес осужденных, совершивших преступление при рецидиве. Наибольший удельный вес среди осужденных-рецидивистов составляют осужденные за хищение имущества.

Значительный процент рецидива в какой-то мере является следствием недостаточно высокой эффективности деятельности уголовно-исполнительной системы и исправительного воздействия на осужденных, отсутствием должной организации социальной реабилитации и адаптации осужденных после отбытия лишения свободы. Кроме того, одной из причин рецидивной преступности является алкоголизация населения. В состоянии алкогольного или наркотического опьянения совершили преступления 46,1% осужденных.

7. В 2007 г. по сравнению с 2006 г. наказание в виде лишения свободы судами назначалось чаще. Если в 2006 г. к лишению свободы было осуждено 23,6% осужденных, то в 2007 г. – 25,5%. С учетом лиц, осужденных к наказанию в виде ареста, удельный вес осужденных, подвергнутых изоляции от общества составил 35,3%.

При этом увеличилось число осужденных к лишению свободы за совершение преступлений, не представляющих большой общественной опасности, и менее тяжких преступлений. Сохраняется высокая доля осужденных на длительные (свыше 5 лет) сроки лишения свободы (более 20% от всех лиц, осуждаемых к данному наказанию). Численность содержащихся в местах лишения свободы лиц, осужденных на длительные сроки (свыше 5 лет), составила в 2007 г. 19 861 или 51,7% всех лиц, содержащихся в местах лишения свободы).

8. Удельный вес наказаний, не связанных с лишением свободы, в целом увеличился с 52,7% в 2006 г. до 56,2% в 2007 г. Однако произошло это за счет резкого увеличения числа осужденных к наказанию в виде ограничения свободы (с 14,4% в 2006 г. до 22,3% в 2007 г.) и сокращения применения таких видов наказания как исправительные и общественные работы. Уровень применения наказания в виде штрафа в среднем на протяжении последних трех лет не превышает 13%.

Увеличение в 2007 г. удельного веса наказания в виде ограничения свободы произошло вследствие того, что в 2006 г. в Уголовный и Уголовно-исполнительный кодексы Республики Беларусь были внесены изменения и дополнения, которыми предусмотрена возможность назначения ограничения свободы без направления в исправительное учреждение открытого типа. Вследствие внесения указанных новелл произошло расширение категории лиц, которым может быть назначено ограничение свободы. Статья 55 УК допускает назначение ограничения свободы без направления в исправительное учреждение открытого типа беременным женщинам, инвалидам, несовершеннолетним, которым ограничение свободы с направлением в исправительное учреждение открытого типа не могло быть назначено.

Вместе с тем, столь значительный рост применения судами ограничения свободы без направления осужденных в исправительное учреждение открытого типа (с отбыванием его по месту жительства) уже привел к серьезной перегрузке уголовно-исполнительных инспекций, которые не в состоянии обеспечить надлежащий контроль за соблюдением осужденными установленных для них ограничений.

Кроме того, переориентация судов на применение данного вида ограничения свободы привела к резкому сокращению таких альтернативных лишению свободы мер уголовной ответственности как отсрочка исполнения наказания (ст. 77 УК) и ус-

ловное неприменение наказания (ст. 78 УК). Применение указанных мер уголовной ответственности в ряде случаев является более приемлемым в социальном и предупредительном отношении, поскольку указанные меры уголовной ответственности связаны с назначением наказания в виде лишения свободы, угроза реального исполнения которого, если осужденный не выполнит определенные требования, более эффективная мера предупреждения рецидива совершения новых преступлений.

9. Негативной тенденцией является сокращение назначения судами мер уголовной ответственности, не связанных с наказанием. В 2007 г. указанные меры (ст.ст. 77–79 УК) назначены 6,6% осужденных. Так, в 2007 г. уменьшились удельный вес осуждения с отсрочкой исполнения наказания (в 2006 г. – 6,5%, в 2007 г. – 4,4%), удельный вес осуждения с условным неприменением наказания (в 2006 г. – 4%, в 2007 г. – 2,3%), удельный вес осуждения без назначения наказания (в 2006 г. – 0,5%, в 2007 г. – 0,4%).

Такое сокращение в определенной степени обусловлено тем, что суды, как уже отмечалось, чаще назначали наказание в виде ограничения свободы, а осуждение с отсрочкой исполнения наказания и осуждение с условным неприменением наказания возможно лишь в случае назначения наказания в виде лишения свободы. В этой связи целесообразным представляется рассмотрение вопроса о закреплении в уголовном законе возможности осуждения с отсрочкой исполнения наказания и условным неприменением наказания лиц, осуждаемых к ограничению свободы с направлением в исправительное учреждение открытого типа.

10. Оценивая уголовную политику, начиная с 2001 года, надо признать, что она оставалась все-таки консервативной в отношении либеральных новелл, заложенных в УК 1999 г. Пока сохраняется назначение несоразмерного наказания за преступления, не представляющие значительной опасности. Несмотря на многочисленные попытки высшей судебной инстанции (Верховного Суда Республики Беларусь) стабилизировать тенденцию на резкое снижение применения лишения свободы за совершение преступлений, не представляющих большой общественной опасности, и за менее тяжкие преступления, они пока остаются безуспешными. Отчасти это связано с завышенным карательным уровнем наказуемости большинства преступных деяний, чрезмерно строгой и ничем необоснованной систе-

мой назначения наказания по совокупности преступлений и совокупности приговоров по сравнению с УК 1960 г. На этом уголовно-правовом стандарте и фоне поддерживается и сохраняется устойчиво карательный уклон судебной практики и правосудия по уголовным делам.

Чрезмерное завышение карательных санкций за большинство преступлений, к сожалению, не корректировалось судебной практикой более широким применением института назначения наказания ниже низшего предела или назначения более мягкого наказания, чем предусмотрено за данное преступление (ст. 70 УК). Наоборот, его применение по непонятным причинам резко сокращалось и почти сведено к нулю.

В республике не была организационно сформирована система исполнения альтернативных лишению свободы уголовных санкций, хотя это предполагалось сделать после принятия Уголовно-исполнительного кодекса. Уголовно-исполнительные инспекции, на которые было возложено исполнение практически всех уголовных санкций, не связанных с ограничением или лишением осужденного свободы, без структурной реорганизации и увеличения штатной численности сотрудников не смогли обеспечить надлежащее и эффективное исполнение указанных уголовных санкций. Организационно и материально уголовно-исполнительные инспекции все еще находятся вне системы Департамента исполнения наказаний МВД Республики Беларусь. Более того, отчетливо проявляется тенденция отхода от намерений формирования завершенной и профессионально выстроенной системы органов по исполнению уголовных санкций, не связанных с ограничением или лишением свободы. Это существенно дезориентирует общество и правосудие в необходимости применения альтернативных лишению свободы видов наказания и мер уголовной ответственности.

Как результат, в республике пока не сформировалась устойчивая уголовная политика и, следовательно, судебная практика в области применения лишения свободы и альтернативных ему видов наказания и мер уголовной ответственности. В конечном итоге это привело к деформации и самого лишения свободы как наиболее строгого наказания и средства изоляции от общества действительно опасных преступников. Самое печальное то, что лишение свободы утрачивает свойства радикальной карательной меры для большинства населения, потому что оно применяется повсеместно, как и повсеместно происходит осво-

бождение от его отбывания по амнистии, которые практически проводятся ежегодно, или вследствие условно-досрочного освобождения, которое также утратило свойство *исключительности.*

Между тем, очевидно, что пределом кары в системе наказания может (и должно) быть только *лишение свободы,* которое следует применять к преступникам, нахождение которых на свободе небезопасно для общества и его граждан. Социальное отношение к лишению свободы как к высшей *исключительной каре* за совершенное преступление – есть та основа, на которой должна строиться система уголовных санкций и дифференциация уголовной ответственности.

К.В. Хомич,
кандидат юридических наук
(Институт социологии
Национальной академии наук
Республики Беларусь, г. Минск)

ПРЕСТУПНОСТЬ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ В 2000–2007 ГОДЫ

1. В 2000–2007 гг., как и в предыдущие времена, динамика преступности несовершеннолетних носила неравномерный характер. Можно выделить два периода (рис. 1).

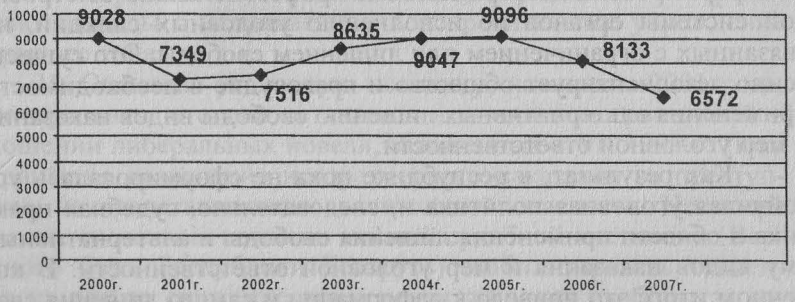


Рис. 1. Преступность несовершеннолетних в Республике Беларусь в абсолютных величинах.

Первый период (2001–2004 гг.) характеризуется тем, что в 2001 г. введены в действие новые Уголовный, Уголовно-процес-

суальный и Уголовно-исполнительный кодексы Республики Беларусь. Преступность несовершеннолетних в 2001 г. оказались ниже показателей за предыдущие годы. Так, общее число преступлений, совершенных несовершеннолетними, снизилось по сравнению с 2000 г. на 18,6% и составляло 7349 (в 2000 г. – 9028). Однако, начиная с 2002 г. в течение последующих двух лет наблюдался ежегодный рост преступности несовершеннолетних. Этот факт свидетельствует о том, что, несмотря на принятие нового законодательства, динамика преступности несовершеннолетних продолжала оставаться в рамках общей тенденции роста, характерной для предшествующего десятилетия (1991–2000 гг.). Рост преступности несовершеннолетних в последнее десятилетие во многом определяется неэффективной деятельностью государственных и общественных структур в сфере контроля за социализацией молодежной среды, ослаблением общесоциальной предупредительной деятельности общества и государства среди молодежи.

2. В 2005–2007 гг. показатели преступности несовершеннолетних стабилизировались: в 2005 г. число преступлений, совершенных несовершеннолетними, практически не изменилось по сравнению с 2004 г. (+0,5%), в 2006 г. – снизилось на 10,6%, а в 2007 г. произошло значительное снижение (на 19,2%) по сравнению с предыдущим годом. В 2007 г. зафиксирован самый низкий показатель преступности несовершеннолетних за последние 16 лет с момента провозглашения независимости Республики Беларусь (1991 г.). За четыре месяца текущего года также наблюдается снижение преступности несовершеннолетних по сравнению с аналогичным периодом 2007 г.

Такая ситуация является следствием активной работы государства в последние пять лет по профилактике и усилению контроля за подростковыми девиантными отклонениями после принятия в 2003 г. Закона «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних».

Вместе с тем, нельзя не учитывать, что снижение преступности несовершеннолетних в последние годы происходило на фоне уменьшения числа населения вообще и подросткового возраста в частности.

3. Хотя несовершеннолетние в уголовно-правовом смысле – узкая возрастная группа (14–18 лет) и круг деяний, за которые подростки несут уголовную ответственность, ограничен, их долевой вклад в преступность весьма существен. В настоящее время лицами, не достигшими 18 лет, совершается порядка 7–10%

всех преступлений (в 2007 г., например, доля преступлений, совершенных несовершеннолетним преступниками 7,1%). При этом указанная цифра представляется весьма значительной, поскольку, согласно экспертным оценкам, для успешной борьбы с преступностью и контроля ее основных показателей, необходимо, чтобы доля несовершеннолетних преступников составляла не более 4-5%. В противном случае, как утверждают эксперты, преступность начинает развиваться лавинообразно.

Среди отдельных видов преступлений доля несовершеннолетних значительно превышает усредненный показатель. Так, 15,9% расследованных угонов транспортных средств, 13,8% хулиганств, 13,0% краж, 12,8% грабежей, 11,9% разбоев были совершены несовершеннолетними и при их соучастии.

4. Особенности структуры преступности несовершеннолетних заключаются в более узком круге совершаемых преступлений по сравнению с взрослыми, обусловленные спецификой положения несовершеннолетних в социальной структуре общества. Среди преступлений, совершенных несовершеннолетними, наиболее распространенными являются преступления против собственности (преимущественно кражи), на втором – угон автотранспортных средств и хулиганство, на третьем – преступления против человека. В 2007 г. преступления против собственности составили 74,2%, в том числе кражи – 58,7% (2006 г. – 58,0%), грабежи – 9,0% (2006 г. – 8,4%), разбои – 1,7% (2006 г. – 1,7%). Преступления против личности в 2007 г. составили 2,1% в общей структуре преступности несовершеннолетних, хулиганства – 13,2% (2006 г. – 14,6%).

5. Характерной особенностью преступности несовершеннолетних является ее преимущественно групповой характер. Доля групповых преступлений, совершаемых подростками, примерно в 2–5 раз выше аналогичного показателя взрослой преступности, и составляет в среднем 70,0%. При этом негативная динамика наблюдается не в росте удельного веса групповых преступлений несовершеннолетних (он, напротив, сокращается), а в том, что значительная часть групповых преступлений совершена несовершеннолетними совместно с взрослыми лицами. В 2007 г. из числа выявленных несовершеннолетних 49,6% совершили преступление в группе (2006 г. – 48,7). Среди осужденных несовершеннолетних этот показатель составил 55,8% (2006 г. – 52,7%).

Совместная преступная деятельность взрослых и несовершеннолетних, в процессе которой транслируется криминальный

опыт и навыки, представляет большую общественную опасность. Участие несовершеннолетних в преступных группах вместе с взрослыми – один из наиболее тревожных показателей современной уголовной статистики.

Групповой характер носят и такие формы асоциального поведения несовершеннолетних, как наркомания, уличное хулиганство, половая распущенность. Группы отличаются большой мобильностью и совершают преступления за десятки километров от места жительства участников, что существенно увеличивает их общественную опасность.

Доля преступлений, совершаемых несовершеннолетними в группах, неодинакова для различных видов преступлений. Наиболее часто в группах совершаются такие преступления, как разбой, хулиганство, изнасилование.

6. В 2007 г. из всех выявленных несовершеннолетних лиц, совершивших преступления, 23,4% ранее совершали преступления (1326). В 2006 г. таких лиц было 1059, или 17,4% от выявленных лиц. Таким образом, за последний год количество выявленных лиц, ранее совершавших преступления, возросло на 25,5% (с 1059 до 1329) и их доля увеличилась с 17,4 до 23,4%.

Из числа всех осужденных 28,5% состояли на учете в ОВД, 0,4% – содержались в спецшколе (ПТУ), 0,6% – содержались в воспитательных колониях. Таким образом, 47,1% несовершеннолетних находилось под контролем официальных структур, но, несмотря на это, совершили преступление.

7. В 2000–2007 гг. количество осуждаемых ежегодно несовершеннолетних оставалась относительно стабильной (рис. 2). В 2001–2007 гг. среднегодовой показатель судимости несовершеннолетних составил 5415. Максимальное количество несовершеннолетних было осуждено в 2003 г. (6357). Минимальное количество – в 2002 г. (4779).

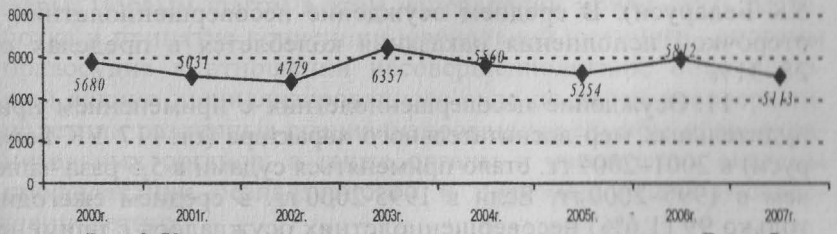


Рис. 2. Количество осужденных несовершеннолетних в Республике Беларусь

8. Наиболее распространенной мерой уголовной ответственности, назначаемой судами Республики Беларусь, по-прежнему остается осуждение к лишению свободы. В 2001–2007 гг. в среднем ежегодно к данному виду наказания осуждалось 22,7% (1211) несовершеннолетних. Начиная с 2003 г., количество осужденных к лишению свободы несовершеннолетних и их доля в общем числе осужденных несовершеннолетних постепенно снижаются. Если в 1995–2000 гг. данные показатели составляли соответственно 1690 чел., или 27,9% несовершеннолетних осужденных в год, в 2001 г. – 1487, или 29,6%, а в 2002 г. – 1548, или 32,4%, то в 2003 г. – 1310, или 20,6%, в 2004 г. – 1119 или 20,1%, в 2005 г. – 1093 или 20,8%, в 2006 г. – 978 или 16,8%, в 2007 г. – 944 или 18,5%.

9. Среднегодовой показатель назначения наказания в виде исправительных работ в 2001–2007 гг. составил 5,8% (313) от всех осужденных несовершеннолетних. Максимальное количество несовершеннолетних было осуждено к исправительным работам в 2002 г. – 456 (9,5%). С 2003 г. отмечается тенденция уменьшения назначения судами несовершеннолетним исправительных работ. В 2003 г к исправительным работам было осуждено 425 (6,7%), в 2004 г. – 288 (5,2%), в 2005 г. – 236 (4,5%), в 2006 г. – 258 (4,4%), в 2007 г. – 140 (2,7%) несовершеннолетних.

10. Ежегодно с условным неприменением наказания (ст. 78 УК Беларуси) в 2001–2007 гг. осуждается в среднем 10,2% (562) несовершеннолетних. С применением к несовершеннолетним данной меры уголовной ответственности отмечается стабильная ситуация, за исключением 2002 г., когда условно было осуждено только 185 (3,8%) несовершеннолетних.

В 2001–2007 гг. наблюдается тенденция к постепенному увеличению применения отсрочки исполнения наказания (ст. 77 УК Беларуси). В среднем осуждение несовершеннолетних с отсрочкой исполнения наказания колеблется в пределах от 28–31%.

11. Осуждение несовершеннолетних с применением принудительных мер воспитательного характера (ст. 117 УК Беларуси) в 2001–2007 гг. стало применяться судами в 5,5 раза чаще, чем в 1995–2000 гг. Если в 1995-2000 гг. в среднем ежегодно только 99 (1,6%) несовершеннолетних осуждалось с применением принудительных мер воспитательного характера, то в 2001–2007 г. – 575 (10,5%). Начиная с 2002 г. суды стали значи-

тельно чаще применять принудительные меры воспитательного характера, причем этот показатель постоянно растет. Принудительные меры воспитательного характера являются наиболее оптимальной мерой уголовной ответственности для несовершеннолетних.

12. Высокая доля лишения свободы в структуре наказаний, назначаемых несовершеннолетним, в некоторой степени объясняется недостатками мер уголовной ответственности лиц, совершивших преступления в возрасте до восемнадцати лет. В результате, подросток, который в силу возраста и особенностей психики вправе рассчитывать на особые внимание и защиту, на более гибкие и гуманные подходы при решении вопроса о применении к нему мер уголовной ответственности, оказывается в худшей ситуации по сравнению с взрослым преступником.

В целом практику применения судами мер уголовной ответственности пока нельзя признать пока достаточно сбалансированной. Не удалось сократить применение наказания в виде лишения свободы. Не используется судами карательный и социально-предупредительный потенциал наказания в виде общественных работ. Продолжает недооцениваться исправительный и предупредительный потенциал альтернативных наказанию мер уголовной ответственности (отсрочка исполнения наказания, условное неприменение наказания, осуждение без назначения наказания).

Необходим поиск новых, более эффективных форм воздействия в отношении лиц, совершивших преступления в возрасте до восемнадцати лет, продолжается. Формы воздействия в отношении указанной категории лиц должны гармонично сочетать уголовно-правовые и социально-реабилитационные меры. Первым шагом в этом направлении может стать разработка и принятие концепции ювенальной юстиции – системы правосудия в отношении несовершеннолетних, объединяющей вокруг специализированного суда по делам несовершеннолетних различные специализированные службы правоохранительных органов, а также органы и учреждения системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних

П.В. Хряпінський,
кандидат юридичних наук, доцент
(Запорізький національний університет)

СИСТЕМА СПЕЦІАЛЬНИХ ЗАОХОЧУВАЛЬНИХ НОРМ У КРИМІНАЛЬНОМУ КОДЕКСІ УКРАЇНИ

Спеціальні заохочувальні норми кримінального законодавства існують у вигляді звільнення особи від кримінальної відповідальності у випадку позитивної посткримінальної поведінки особи, що передбачене в Особливій частині КК України 2001 р. Як підкреслює В.В. Сташис, характерною рисою Особливої частини цього кодексу, є значне поширення заохочувальних кримінально-правових норм, які мають перспективу щодо поширення [1, с. 10]. Кількість заохочувальних норм, які передбачають звільнення від кримінальної відповідальності, порівняно з Особливою частиною КК 1960 р., збільшилася більше ніж у двічі (16 проти 6). Ця проблема жваво дискутується у вітчизняних наукових колах. Так, на минулорічній Міжнародній науково-практичні конференції «Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення», В.І. Борисовим, В.К. Грищуком, О.М. Костенком, В.О. Навроцьким, П.Л. Фрісом та іншими висловлена ґрунтовна думка про поглиблене дослідження заохочувальних норм в системі кримінально-правового регулювання. «Треба прогнозувати, – вказує В.І. Борисов, – більш інтенсивне зростання таких норм, оскільки в законопроектах, що надходять до Верховної Ради, є чимало пропозицій щодо необхідності введення до КК разом з забороннимі нормами також і заохочувальних» [2, с. 19].

Заохочувальні норми Особливої частини КК загалом, та окремі їх види досліджували українські вчені А.Ф. Бантишев, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.К. Грищук, О.О. Дудоров, М.І. Мельник, В.О. Наден, В.О. Навроцький, В.В. Сташис, В.П. Тихий та інші, а також з позицій КК Російської Федерації 1996 р. російськими фахівцями Х.Д. Алікперовим, Р.М. Асланом, Ю.В. Голиком, Л.В. Головком, В.С. Єгоровим, В.А. Єлеонським, І.Е. Звечаровським, Р.А. Сабітовим, І.А. Тархановим, Е.С. Тенчовим та іншими. Проте, у вітчизняній теорії кримінального права не існує системного дослідження різновидів спеціальних заохочувальних норм Особливої частини КК.

Відтак, наша мета – дослідити систему спеціальних заохочувальних норм кримінального законодавства, а також визначи-

ти ґрунтовні підстави та провести класифікацію заохочувальних норм Особливої частини КК.

Спеціальне заохочення у вигляді звільнення від кримінальної відповідальності передбачене, якщо: «громадянин України добровільно заявив органам державної влади про злочинний зв'язок з іноземною державою, іноземною організацією або їх представниками та отримане завдання» (ч. 2 ст. 111 КК), «особа без громадянства або іноземець добровільно заявили органам державної влади про припинення злочинної діяльності, якщо внаслідок цього і вжитих заходів було відвернене заподіяння шкоди інтересам України» (ч. 2 ст. 114 КК), «керівник підприємства, установи або організації виплатив заробітну плату, стипендію, пенсію чи інші, установлених законами виплати громадянам до притягнення його до кримінальної відповідальності» (ч. 3 ст. 175 КК), «особа сплатила податки, збори (обов'язкові платежі), а також відшкодувала шкоду завдану державі їх несвоєчасною сплатою (фінансові санкції, пеня) до притягнення її до кримінальної відповідальності» (ч. 4 ст. 212 КК), «особа сплатила страхові внески на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, а також відшкодувала шкоду, завдану Пенсійному фонду України їх несвоєчасною сплатою (фінансові санкції, пеня), до притягнення її до кримінальної відповідальності» (ч. 4 ст. 212^1 КК), «особа добровільно повідомила правоохоронний орган про створення злочинної організації або участь у ній» (ч. 2 ст. 255 КК), «особа, крім організатора і керівника терористичної групи чи терористичної організації, добровільно повідомила правоохоронний орган про відповідну терористичну діяльність сприяла її припиненню або розкриттю злочинів, вчинених у зв'язку із створенням або діяльністю такої групи чи організації» (ч. 2 ст. 258^3 КК), «особа добровільно вийшла з воєнізованих або збройних формувань, не передбачених законом і повідомила про їх існування органи державної влади» (ч. 6 ст. 260 КК), «особа добровільно здала органам влади зброю, бойові припаси або вибухові пристрої» (ч. 3 ст. 263 КК), «особа добровільно заявила про незаконне заволодіння транспортним засобом правоохоронним органам і повернула транспортний засіб власнику і повністю відшкодувала завдані збитки» (ч. 4 ст. 289 КК), «особа добровільно здала наркотичні засоби, психотропні речовини і вказала джерело їх придбання або сприяла розкриттю цих злочинів» (ч. 4 ст. 307 КК), «особа добровільно звернулась до лікувального закладу і розпочала лікування від наркоманії» (ч. 4 ст. 309 КК), «особа

добровільно здала прекурсори, що призначалися для виробництва або виготовлення наркотичних засобів чи психотропних речовин, і вказала джерело їх придбання або сприяла розкриттю цих злочинів» (ч. 4 ст. 311 КК), «особа добровільно здала отруйні чи сильнодіючі речовини, що не є наркотичними або психотропними чи їх аналогами, або сильнодіючі лікарські засоби та вказала джерело їх придбання або сприяла розкриттю злочинів, пов'язаних з їх незаконнім обігом» (ч. 5 ст. 321 КК), «особа після давання хабара добровільно заявила про те, що сталося, до порушення кримінальної справи щодо неї» (ч. 3 ст. 369 КК), «військовослужбовець може бути звільнений від кримінальної відповідальності із застосуванням до нього заходів, передбачених Дисциплінарним статутом Збройних Сил України» (ч. 4 ст. 401 КК).

У кримінальному праві спеціальні заохочувальні норми виокремлюються за своєрідним методом, способом впливу на поведінку особи. Особливістю заохочувального методу є стимулювання, формування системи позитивних спонукань, мотиваційно-стимулюючого механізму правомірної, соціально-корисної поведінки особи. Правовий стимул розглядається як основний спосіб, засіб впливу заохочувальний норм на поведінку людини. Відтак, першою системною ознакою заохочувальних норм є особливий характер їх правового впливу на свідомість, волю і психіку людей, закликаний стимулювати соціально-схвальну поведінку особи в сфері кримінально-правового регулювання. Друга системна ознака пов'язана у виключному взаємозв'язку позитивної соціально-корисної поведінки після вчинення конкретного злочину, юридичний факт вчинення якого виступає передумовою звільнення від кримінальної відповідальності. Третім системним фактором об'єднання різних підстав звільнення від кримінальної відповідальності в єдину систему є їх соціально-правовий результат, а саме імперативне та безумовне звільнення особи від кримінальної відповідальності [3, с. 64–65].

У вітчизняній теорії кримінального права відсутній поділ спеціальних видів звільнення від кримінальної відповідальності на групи. Є ґрунтовна позиція О.В. Наден щодо спеціальних видів звільнення від кримінальної відповідальності за злочини в сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, яка сприймаючи класифікацію В.Н. Рябчука, в основу якої покладено вимогу закону здачі предмету злочину [4, с. 35–36], відносить зазначені звільнення до різних кваліфікаційних груп. «Якщо звільнення на підставі ч. 4 ст. 304 КК України, – зазначає

О.В. Наден, – не обумовлене здачею наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, то звільнення на підставі ч. 4 ст. 307 та ч. 4 ст. 311 як раз залежить від того, чи здала особа наркотичні засоби, психотропні речовини, їх аналоги або прекурсорі, що були предметом вчинення нею злочинів» [5, с. 52].

Не може розглядатися як класифікація зазначених видів звільнення «причини укладення компромісних угод, залежно від конкретних умов сьогодення», що визначаються Г.О. Усатим, та з точки зору цього дослідника можуть бути різними: від вимушеної потреби до тактичних хитрощів. Цей дослідник наводить найпоширеніші причини, згідно з якими реалізуються компромісні норми: 1) рятівна альтернатива; 2) оптимальне рішення; 3) можлива альтернатива (варіант розв'язання проблеми); 4) тактичний прийом; 5) засіб тимчасового припинення протиріч (суперечностей); 6) інші варіанти [6, с. 28]. Відсутність в аналізованій роботі розподілу за вказаними причинами компромісних норм на групи не надає можливості розглядати їх типологію.

Всі кваліфікації спеціальних видів звільнення, що існують у науці, основані на російському кримінальному законодавстві. Тому виникає потреба дослідити заохочувальні приписи, що передбачають звільнення від кримінальної відповідальності в Особливій частині Кримінального кодексу Російської Федерації 1996 р. Чинна редакція Особливої частини КК РФ нараховує 20 спеціальних видів звільнення, що викладені у вигляді приміток до відповідних статей та передбачають обов'язкове звільнення особи від кримінальної відповідальності, якщо у її діях не має іншого складу злочину у наступних випадках, якщо: 1) «друга особа, яка поставлена у загрозу або заражена ВІД – інфекцією, була своєчасно попереджена про наявність у винного цієї хвороби і добровільно погодилася вчинити дії, що створили загрозу зараження (примітка до ст. 122); 2) «особа добровільно звільнила викрадену людину (примітка до ст. 126); 3) «особа, яка вперше вчинила торгівлю людьми, добровільно звільнила потерпілого і сприяє розкриттю вчиненого злочину» (примітка до ст. 127.1); 4) «особа добровільно повідомила про комерційний підкуп органу, що має право порушувати кримінальну справу» (примітка до ст. 204); 5) «особа, що приймала участь у підготовці акту тероризму, своєчасним попередженням органів влади або іншим шляхом сприяє припиненню вчиненню акту тероризму» (примітка до ст. 205); 6) «особа, яка сприяла терористичній діяльності, своєчасним повідомленням органам влади або іншим шляхом

сприяє попередженню чи припиненню злочину, який вона фінансувала та/або вчиненню якого сприяла» (примітка до ст. 205.1); 7) «особа добровільно або за вимогою влади звільнила захопленого заручника» (примітка до ст. 206); 8) «особа добровільно припинила участь в незаконному озброєному формуванні та здала зброю» (примітка до ст. 208); 9) «особа добровільно припинила участь у злочинному об'єднанні (злочинній організації), або структурному підрозділі, що до неї входить, або об'єднані організаторів, керівників, або інших представників організованих груп та активно сприяла розкриттю чи припиненню цього злочину» (примітка до ст. 210); 10) «особа добровільно здала зброю, його основні частини, боєприпаси, вибухові речовини та вибухові пристрої; не визнається добровільною здача зазначених предметів при їх вилученні при затриманні особи, а також при провадженні слідчих дій по їх виявленню і вилученню» (примітка до ст. 222); 11) «особа добровільно здала виготовлену нею зброю, його основні частини, боєприпаси, вибухові речовини та вибухові пристрої» (примітка до ст. 223); 12) «особа добровільно здала наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналоги та активно сприяла розкриттю чи попередженню злочинів, що пов'язані з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, викриттю осіб, що їх вчинили, виявленню майна, здобутого злочинним шляхом; не визнається добровільною здача наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів при їх вилученні при затриманні особи, а також при провадженні слідчих дій по їх виявленню і вилученню» (примітка до ст. 228); 13) «особа, яка вчинила державну зраду, шпіонаж, насильницьке захоплення влади або насильницьке утримання влади, якщо вона добровільним і своєчасним повідомленням органам влади або іншим шляхом сприяла попередженню подальшої шкоди інтересам Російської Федерації» (примітка до ст. 275); 14) «особа добровільно припинила участь в діяльності громадського або релігійного об'єднання або іншої організації, відносно яких судом прийняте рішення, що набуло чинності, про ліквідацію або заборону діяльності у зв'язку із здійсненням екстремістської діяльності» (примітка до ст. 282.1); 15) «особа добровільно припинила участь в діяльності громадського або релігійного об'єднання або іншої організації, відносно яких судом прийняте рішення, що набуло чинності, про ліквідацію або заборону діяльності у зв'язку із здійсненням екстремістської діяльності» (примітка до ст. 282.2); 16) «особа добровільно повідомила орган, що має право

порушити кримінальну справу, про давання хабара» (примітка до ст. 291); 17) «свідок, потерпілий, експерт, спеціаліст або перекладач добровільно при провадженні дізнання, попереднього слідства або судового розгляду до винесення вироку або рішення суду заявили про неправдивість даних ними показів, висновку або завідомо невірному перекладі» (примітка до ст. 307).

А.І. Рарог у залежності від підстав спеціального звільнення виділяє чотири різновиди спеціального звільнення від кримінальної відповідальності: 1) коли для застосування звільнення достатньо фактично припинити вчинюваний злочин, який юридично вже є закінченим (ст. ст. 208, 222, 223 КК РФ); 2) формують активні дії, що свідчать про дійове каяття особи, яка вчинила злочин (ст.ст. 126, 206, 296, 307 КК РФ); 3) настають за умови, щоб активні дії винного мали своїм наслідком відвернення події злочину або відвернення подальших збитків правоохоронним інтересам, що могли наступити, якщо б не втрутилися активні суспільно-корисні дії винного (ст. ст. 205, 275); 4) основані на врахуванні особливих обставин вчинення злочину, виключно які є єдиною, достатньою підставою звільнення від відповідальності (ст. 291 КК РФ) [7, с. 480–481]. Від змісту позитивних посткримінальних вчинків А.В. Єндольцева виокремила сім різновидів спеціального звільнення: 1) добровільне звільнення потерпілого (ст.ст. 126, 127.1, 206 КК РФ); 2) сприяння попередженню акту тероризму, а також попередженню наступної шкоди інтересам Російської Федерації (ст. ст. 205, 205.1, 275, 276, 278 КК РФ); 3) добровільне припинення участі у формуваннях, організаціях та об'єднаннях, вказаних у визначених статтях (ст. ст. 208, 210, 282.1, 282.2 КК РФ); 4) добровільна здача предметів, вказаних у визначених статтях (ст. ст. 208, 222, 223, 228 КК РФ); 5) добровільне повідомлення про вчинене діяння компетентному органу (ст. ст. 204, 291, 307 КК РФ); 6) сприяння розкриттю злочину (ст. ст. 127.1, 210, 228 КК РФ); 7) попередження потерпілого про наявність у особи хвороби і згода потерпілого вчинити дії, що створили загрозу зараження (ст. 122 КК РФ) [8, с. 300].

Основою класифікації спеціальних заохочувальних приписів Особливої частини КК повинна стати соціальна спрямованість цих норм на вирішення завдань кримінального закону. З цих позицій класифікація спеціальних видів звільнення від кримінальної відповідальності має наступний вигляд: 1) норми, спрямовані на припинення злочину, самовикриття і викриття інших осіб, винних у його вчиненні, активне сприяння розкриттю злочину (ч. 2 ст. 111, ч. 2 ст. 114, ч. 2 ст. 255, ч. 2 ст. 2583,

ч. 6 ст. 260, ч. 4 ст. 289, ч. 4 ст. 309, ч. 5 ст. 321, ч. 3 ст. 369 КК); 2) норми, спрямовані на виключення з обігу предметів, засобів, речовин, що становлять підвищену суспільну небезпеку (ч. 3 ст. 263, ч. 4 ст. 307, ч. 4 ст. 311, ч. 5 ст. 321 КК); 3) норми, спрямовані на повернення майна, здобутого злочинним шляхом або на відшкодування завданих збитків (ч. 3 ст. 175, ч. 4 ст. 212, ч. 4 ст. 2121, ч. 4 ст. 289 КК).

Отже, системний характер спеціального заохочення в Особливій частині КК визначається соціальною спрямованістю позитивної поведінки особи на: а) припинення злочинної поведінки; б) добровільного повідомлення про злочин; в) самовикриття у злочині; г) викриття інших осіб, винних у злочині; д) нейтралізації, мінімізації, відшкодуванні суспільно-небезпечних наслідків майнового (податки, збори, обов'язкові платежі, фінансові санкції, пені, тощо); е) вилучення з неконтрольованого обігу предметів зі спеціальним статусом обігу (предмети, що є носіями державної таємниці, наркотичні засоби, психотропні речовини, зброя, бойові припаси або вибухові пристрої); є) спеціального і загального попередження вчинення нових злочинів; ж) виховного впливу на свідомість населення з метою профілактики вчинення злочинів [9, с. 101; с. 10, 30].

---

1. *Сташис В.В.* Загальна характеристика нового Кримінального кодексу України // Новий Кримінальний кодекс України. Питання застосування і вивчення: Матер. міжнар. наук.-практ. конф. Харків, 25–26 жовтня 2001 р. / Редкол. В.В. Сташис та ін. – К. – Х.: Юрінком Інтер, 2002. – С. 3–12.

2. *Борисов В.І.* Норми Особливої частини КК, їх види та розвиток // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення: Матер. міжнар. наук.-практ. конф. Львів 13–15 квітня 2007 р.: У 2 ч. – Львів. – 2007. – Ч. 1. – С. 17–20.

3. *Баулін Ю.В.* Звільнення від кримінальної відповідальності: Монографія. – К.: Атіка, 2004. – 296 с.

4. *Рябчук В.Н.* Освобождение от ответственности в связи с социально одобряемым поведением правонарушителя // Правоведение. – 1989. – № 1. – С. 30–38.

5. *Наден О.В.* Спеціальні види звільнення особи від кримінальної відповідальності за злочини в сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів: Монографія. – Харків: Право, 2003. – 224 с.

6. *Усатий Г.О.* Кримінально-правовий компроміс: Монографія. – К.: Атіка, 2001. – 128 с.

7. Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть: Учебник / Под ред. Л.В. Иногамовой-Хегай, А.И. Рарога, А.И. Чучаева. – М.: ИНФРА-М: Контакт, 2004. – 742 с.

8. *Ендольцева А.В.* Институт освобождения от уголовной ответственности: теоретические, законодательные и правоприменительные проблемы: Дисс … докт. юрид. наук: – М., 2005. – 396 с.

9. *Хряпінський П.В.* Заохочувальні норми у кримінальному законодавстві України: Навчальний посібник. – К.: Центр учбової літератури, 2008. – 192 с.

10. *Соловьев Р.* Специальные виды освобождения от уголовной ответственности // Законность. – 2001. – № 11. – С. 29–30.

Г.В. Чеботарьова,
кандидат юридичних наук, доцент
(Кримський економічний інститут
ДВНЗ «Київський національний економічний
університет імені Вадима Гетьмана»)

ДЕЯКІ ПЕРСПЕКТИВИ ВДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ПРАВОПОРЯДКУ В СФЕРІ МЕДИЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ (НА ПРИКЛАДІ ПІДСТАВ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ ВСТАНОВЛЕНОГО ЗАКОНОМ ПОРЯДКУ ТРАНСПЛАНТАЦІЇ ОРГАНІВ АБО ТКАНИН ЛЮДИНИ)

Загострення соціально-економічних проблем, яке відбувалося в державі в останні роки, призвело до істотного погіршення стану здоров'я населення країни, показниками чого є зменшення рівня народжуваності, скорочення тривалості життя, зростання рівня захворювань. Динаміка поширення таких соціально небезпечних хвороб, як СНІД, туберкульоз, наркоманія створило загрозу національній безпеці держави. За таких обставин розвиток медичної галузі та правове забезпечення охорони правопорядку в цій сфері для сучасної української держави та суспільства стали життєво необхідним завданнями. Тепер кримінальне законодавство України забезпечує охорону правопорядку у сфері медичної діяльності завдяки існуванню в ньому низки кримінально-правових норм, розташованих у розділі II Особливої частини КК, а

також деяких заборонних приписів, розміщених у інших його розділах. Зокрема, злочини, передбачені ст.ст. 131, 132, 138–142, 145 КК України серед посягань на життя та здоров'я особи утворюють специфічну групу, яка відрізняється від інших суспільно небезпечних діянь самостійним видовим об'єктом.

Зміст зазначених норм свідчить про прагнення вітчизняного законодавця привести у відповідність із сучасними реаліями стан охорони кримінально-правовими засобами відносин у медичній галузі. Окрім заборон на вчинення таких «традиційних» суспільно небезпечних діянь у сфері медицини, як ненадання або неналежне надання медичної допомоги, незаконна лікувальна діяльність, незаконне проведення аборту, у чинному КК описано такі невідомі колишньому кримінальному закону нашої держави злочинів, як порушення прав пацієнта, незаконне проведення дослідів над людиною, порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин людини, вилучення у людини шляхом примусу або обману її органів або тканин з метою їх трансплантації, незаконна торгівля органами або тканинами людини, насильницьке донорство. Певною мірою забезпечують охорону правопорядку в сфері медицини деякі норми, що містяться у інших розділах Особливої частини (зокрема, про незаконне поміщення в психіатричний заклад (ст. 151 КК), про порушення права на безоплатну медичну допомогу (ст. 184 КК). Дослідження наведених приписів дозволяє вважати, що вони досить вдало (детальніше та досконаліше, до речі, аніж кримінальні закони багатьох інших європейських держав та країн т.з. «пострадянського простору») формулюють юридичні підстави кримінальної відповідальності за суспільно небезпечні діяння, що посягають на правопорядок у медичній сфері. Однак не всі питання, що стосуються збереження цього об'єкта кримінально-правової охорони, вирішуються українським законодавцем безспірно: деякі положення КК потребують критичного аналізу з метою вироблення пропозицій по його вдосконаленню. Звернемо увагу на деякі з них.

1. Важливу роль у виконанні завдань з охорони правопорядку в сфері медичної діяльності відіграє група кримінально-правових норм, що передбачають відповідальність за порушення при здісненні трансплантації органів та тканин людини й донорства (ст.ст. 143, 144 КК). Серед передбачених цими статтями злочинних діянь найвищий ступінь суспільної небезпечності, вважаємо, притаманний незаконній торгівлі органами або тканинами людини (ч. 4 ст. 143 КК). Це пояснюється тим, що в та-

ких випадках органи або тканини людини (нирки, серце, легені, печінка тощо) використовуються як товар, людина (донор) розглядається лише як джерело анатомічних матеріалів, а операції з трансплантації перетворюються на різновид злочинного бізнесу. Потенційна небезпека активного поширення незаконного використання можливостей трансплантології в Україні суттєво зростає у зв'язку з її географічним розташуванням (неподалік від країн Східної та Південно-Східної Європи, які часто пов'язують з торгівлею органами – Молдови, Болгарії, Румунії, Росії і Туреччини). При оцінці сучасних тенденцій у сфері незаконної трансплантології (з одного боку, зростає дефіцит донорських органів і тканин у світі, а відповідно – і попит на них, з іншого – у багатьох регіонах світу погіршується соціально-економічне становище населення, що збільшує кількість осіб, готових за відносно невисоку матеріальну винагороду стати донорами) можна зробити висновки, що найближчим часом рівень цієї загрози постійно зростатиме. Так, вже сьогодні Україна розглядається як один з головних маршрутів перевезення донорів з Молдови та інших країн Південно-Східної Європи до Росії, Туреччини з метою видалення органів [12, с. 20, 21].

2. Слід звернути увагу, що вітчизняний кримінальний закон неповною мірою описує суспільно небезпечні діяння, пов'язані із незаконним відчуженням органів або тканин людини. Так, у ч. 4 ст. 143 КК передбачено кримінальну відповідальність лише за торгівлю органами чи тканинами людини. Виходячи з економічного змісту терміну «торгівля» (це – господарська діяльність з обігу, купівлі та продажу товарів (послуг) [1], об'єктивну сторону передбаченого ч. 4 ст. 143 КК злочину можуть утворювати лише дії з купівлі анатомічних матеріалів, їх продажу, або поєднання цих дій (купівлі з наступним продажем). Ця форма суспільно небезпечного діяння відповідає вимогам Закону України від 16 липня 1999 р. «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині», статтею 18 якого встановлено абсолютну заборону на укладання угод, що передбачають купівлю-продаж органів або інших анатомічних матеріалів людини (за винятком її кісткового мозку) [6]. Ці заборони підкреслюють один з загальновизнаних медичних, етичних та правових принципів, згідно з яким людське тіло та його частини не можуть бути предметом комерційних угод, забезпечують захист світоглядних засад донорства й трансплантації як діяльності, що ґрунтується на ідеях альтруїзму та гуманізму. Однак, у вітчизняному кримінальному законі не враховано,

що незаконні дії щодо людських органів та тканин, які призводять до комерціалізації сфери трансплантології, можуть набувати й інших форм, які не є купівлею-продажем (торгівлею), а тому їх вчинення не може кваліфікуватися за ч. 4 ст. 143 КК. Це, зокрема, може бути обмін донорських органів чи тканин на будь-які матеріальні цінності або послуги, використання їх як засобу погашення боргу, приховані способи оплатного відчуження цих предметів (наприклад, під виглядом дарування) тощо. Не може бути сумнівів в тому, що зазначені діяння повинні розглядатися як протиправні, а їх суспільна небезпечність не набагато нижча, аніж, власне, торгівля анатомічними матеріалами. Таким чином, діюче кримінальне законодавство не охоплює всі можливі незаконні дії комерційного характеру щодо органів або тканин людини, вчинені з метою їх трансплантації. Може бути запропоновано два способи усунення цієї прогалини. Одним з них є доповнення диспозиції ч. 4 ст. 143 КК вказівкою на таке діяння, як «інша незаконна угода» щодо зазначених в цій нормі предметів. Другим, більш оптимальним, як на нашу думку, є описання зазначених діянь у самостійній кримінально-правовій нормі, якою встановлювалася б кримінальна відповідальність за незаконний обіг (а саме за придбання, зберігання, перевезення, пересилання з метою збуту, збут органів або інших анатомічних матеріалів людини).

3. Під час операцій з трансплантації органів або тканин створюється реальна небезпека для життя та здоров'я як донора, так і пацієнта, а в більшості випадків донору завдається фізичної шкоди. Однак, у чинній редакції ст. 143 КК зазначена обставина не знайшла відображення. Це, на нашу думку, є недоліком закону, на який слід звернути увагу. Вид та розміри шкідливих наслідків, які настають для здоров'я особи (щодо донора це визначається, зокрема, характером вилученого анатомічного фрагменту, тривалістю відновлювального періоду) істотно впливають на ступінь суспільної небезпечності кожного конкретного випадку такого порушення. Так, скажімо, суттєво відрізняється небезпечність цих наслідків вилучення у донора легені порівняно з вилученням в нього невеликої ділянки шкіри. Слід погодитися, що неуважність законодавця до диференціації кримінальної відповідальності за порушення порядку трансплантації залежно від наслідків для життя чи здоров'я особи певним чином «вихолостила» соціальне призначення згаданої кримінально-правової норми [4, с. 43].

4. Законодавча конструкція кримінально-правової норми про порушення встановленого законом порядку трансплантації

органів або тканин та її розташування в системі Особливої частини КК не дозволяє однозначно вирішити питання щодо змісту об'єкта цього злочину. Проблема виникає при з'ясуванні об'єкта посягання у випадку відбору анатомічного матеріалу з метою трансплантації не від живого донора, а від трупа. Поміщення законодавцем статті 143 до розділу «Злочини проти життя та здоров'я особи» вимагає вважати, що всі описані в ній діяння мають родовим об'єктом життя або здоров'я. Однак, зважаючи на те, що зазначені блага виникають з народженням людини та зникають з її смертю, взяття органу чи тканини у померлої особи, яке здійснене бездоганно з технічної точки зору, але з порушеннями умов, передбачених Законом «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині» (без прижиттєвої згоди особи, або без згоди одного з подружжя чи родичів, які проживали з померлим до його смерті, або без згоди законних представників померлих неповнолітніх, обмежено дієздатних чи недієздатних), загрози для життя чи для здоров'я не створює. Оскільки об'єкт злочину від діяння не зазнає шкоди, слід визнати в таких випадках відсутність складу злочину, описаного в розділі II Особливої частини КК. Вважаємо, що у разі подібних порушень зазнає шкоди інший об'єкт, який охороняється кримінальним законом – засади громадської моральності в частині, що стосується недоторканності тіла померлої людини, поваги до нього. Як приклад більш адекватної кримінально-правової оцінки характеру суспільної небезпечності зазначеного діяння може бути наведене одне з положень КК Узбекистану, де встановлено кримінальну відповідальність за вилучення органів або тканин померлої людини з метою їх трансплантації, консервації з науковою або навчальною метою без її згоди за життя або погодження з близькими родичами (ст. 133), причому діяння віднесено до групи злочинів проти сім'ї, молоді та моральності [10, с. 161].

5. Одним з «побічних» негативних ефектів розвитку трансплантології є поява «індустрії» з кримінального постачання донорських органів. Узагальнення відомої в світі інформації про злочинну діяльність т.з. «чорних трансплантологів» або «трафікерів» дозволяє визначити кілька її основних форм, причому деякі з них пов'язані із застосуваннням насильства щодо донора, з видаленням органів за допомогою фальшивих свідоцтв про смерть [12]. При цьому вбивство для вилучення органів чи тканин розглядається як досить вигідний для злочинців спосіб: з'являється можливість одночасно отримати комплекс органів і тканин, які можна збути,

економиться винагорода, яку міг би вимагати донор, усувається свідок, який може допомогти правоохоронним органам розкрити злочин [5, с. 68]. Як обгрунтував ще в 70-х роках минулого століття І.І. Горелік (один з перших дослідників кримінально-правових проблем трансплантації), вбивство, вчинене з метою використання органів або тканин потерпілого для пересадки іншій особі, слід визнати позбавленням життя за особливо тяжких обставин [2, с. 76–79]. З цією думкою слід повністю погодитися. Привертає увагу, що вона вже знайшла відображенння у КК ряду країн, зокрема, Республіки Білорусь [8, с. 213], Російської Федерації [11, с. 38], Республіки Молдова [9]. Подібних положень КК України не має, що, на нашу думку, є недоліком, адже незаконне використання біомедичних технологій, в яких людина розглядається лише як річ, джерело біологічного матеріалу, суттєво підвищує суспільну небезпечність умисного вбивства. У цьому звязку ми підтримуємо існуючі в літературі пропозиції про можливість доповненння ч. 2 ст. 115 КК України кваліфікуючою ознакою, яка дозволяла б посилювати відповідаліть при вчиненнні умисного убивства для використання органів чи тканин потерпілого для пересадки (трансплантації) іншій особі або крові для переливання іншій особі [13, с. 150]. Слід звернути увагу, що Пленум Верховного Суду України в п. 10 постанови №2 від 07.02.2003 р. «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров`я особи» вказав на необхідність кваліфікації убивства з метою подальшого використання органів чи тканин людини як вчиненого з корисливих мотивів (за п. 6 ч. 2 ст. 115 КК) [3, с. 121]. Ця позиція підтримана деякими вітчизняними фахівцями [7]. Однак, таким чином можна кваліфікувати передусім випадки, коли злочин вчиняється для подальшої реалізації (продажу, обміну тощо) отриманих анатомічних матеріалів, оскільки корисливим мотивом, виходячи з практики того ж Верховного Суду України, є прагнення винного отримати матеріальні блага для себе чи інших осіб, одержати чи зберегти певні майнові права, уникнути матеріальних витрат чи обов'язків, досягти іншої матеріальної вигоди (п. 10 постанови № 2 від 07.02.2003 р.). Тому, наприклад, вчинення убивства з метою використання органів потерпілого для пересадки їх самому вбивці, виходячи з встановленого національним законодавством та міжнародними нормативними актами принципу безоплатності надання донорських органів та тканин, не може розглядатися як такий, що характеризується корисливим мотивом. Найбільш оптимальним способом формулювання норми про цей

кваліфікований вид умисного убивства вважаємо вказівку в законі про «умисне убивство, пов'язане з взяттям анатомічних матеріалів для трансплантації або для виготовлення біоімплантатів».

Вважаємо, що звернення уваги законодавця на зазначені проблеми дозволить більш ґрунтовно та деталізовано забезпечувати дотримання порядку в сфері трансплантології, а в кінцевому рахунку – покращити стан виконання кримінальним законом завдань з охорони найбільш важливих соціальних цінностей.

---

1. Большой бухгалтерский словарь / Под ред. А.Н. Азрилияна. – М.: Институт новой экономики, 1999. – 574 с.

2. *Горелик И.И.* Правовые аспекты пересадки органов и тканей. – Минск: Вышэйша школа, 1971. – 90 с.

3. Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах / Упоряд. Н.О. Гуторова, О.О. Житний – Х.: Одіссей, 2008. – 528 с.

4. *Крылова Н.Е.* Уголовная ответственность за принуждение к донорству органов и тканей человека по законодательству России и Украины // Вестник Московського ун-та. Серия. 11. Право. – 2004. – № 5. – С. 39–51.

5. *Піщенко Г., Мінченко С., Тищенко О.* Торгівля людськими органами – протиправна діяльність і надприбутковий бізнес // Право України. – 2005. – № 11. – С. 67–70.

6. Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині: Закон України від 16 липня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 41. – Ст. 377.

7. *Сапронов О.В.* Окремі питання кваліфікації умисного вбивства, пов'язаного з вилученням органів чи тканин для трансплантації // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ України. – 2005. – № 6. – С. 183–191.

8. Уголовный кодекс Республики Беларусь. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – 474 с.

9. Уголовный кодекс Республики Молдова: [Електронний ресурс] // Режим доступу: www.legislationline.org/ru/legislation.php?tid=1&lid=7028

10. Уголовный кодекс Республики Узбекистан / Вступ. ст. М.Х. Рустамбаева, А.С. Якубова, З.Х. Гулямова. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – 338 с.

11. Уголовный кодекс Российской Федерации. – М.: Элит, 2005. – 160 с.

12. *Холмс П.* Протидія торгівлі органами людини: Додаткові рекомендації для представників правоохоронних органів України. – К.: МОМ, 2007. – 72 с.

13. *Чеботарева Г.В.* Уголовно-правовые проблемы трансплантации органов и тканей человека и донорства крови в Украине: Монография. – К.: КНЕУ, 2006. – 180 с.

А.А. Чучаев,
соискатель
(Владимирский государственный университет, г. Владимир, РФ)

НЕЗАКОННОЕ ПЕРЕСЕЧЕНИЕ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ГРАНИЦЫ РФ: ПРОБЛЕМЫ ТОЛКОВАНИЯ УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ НОРМЫ

Непосредственный объект преступления, предусмотренного ст. 322 УК РФ, в литературе, как правило, раскрывается одинаково. Под ним понимается режим государственной границы, регламентирующий порядок ее пересечения физическими лицами [1, с. 649].

Вместе с тем некоторыми авторами содержание непосредственного объекта рассматриваемого деяния, на наш взгляд, необоснованно расширяется. Так, Ю.А. Красиков считает им режим государственной границы вообще [2, с. 907].

Виды пограничного режима определяется 16 Закона РФ от 1 апреля 1993 г. № 4730-I (в ред. от 4 декабря 2007 г.) «О Государственной границе Российской Федерации». Режим Государственной границы включает различного рода правила, например ее содержания, пересечения, перемещения через нее грузов, товаров и животных, пропуска лиц, транспортных средств, ведения на Государственной границе либо вблизи нее на территории Российской Федерации хозяйственной, промысловой и иной деятельности и др. (ст. 7 Закона РФ «О Государственной границе Российской Федерации») [3].

На наш взгляд, уголовно-правовая нормы, содержащаяся в ст. 322 УК РФ, не имеет цели обеспечить соблюдение всех указанных правил. Об этом свидетельствует и описание в законе деяния как пересечения государственной границы.

По указанным же основаниям нельзя согласиться с определением непосредственного объекта как неприкосновенности государственной границы [4, с. 729]. «Неприкосновенный» означает «сохраняемый в целости, защищенный от всякого посягательства со стороны кого-н.», «не подлежащий расходованию» [5, с. 402]. Таким образом, только одно значение этого слова в целом может

быть отнесено к границе – ее защищенность от посягательства. Однако защищенность как таковая, по нашему мнению, вообще не может признаваться объектом преступления, а характеризует состояние огражденности границы от посягательств.

В ст. 322 УК РФ говорится о «пересечении Государственной границы Российской Федерации без действительных документов на право въезда в Российскую Федерацию или выезда из Российской Федерации либо без надлежащего разрешения, полученного в порядке, установленном законодательством Российской Федерации». В первую очередь имеет значение въезд в страну. Он осуществляется на путях международного железнодорожного, автомобильного сообщения либо в иных местах, определяемых международными договорами или решениями правительства. Нормативными правовыми актами может определяться время пересечения государственной границы, устанавливается порядок следования от государственной границы до пунктов пропуска через государственную границу и в обратном направлении; при этом не допускается высадка людей, выгрузка грузов, товаров, животных и прием их на транспортные средства.

Под пунктом пропуска через государственную границу понимается территория (акватория) в пределах железнодорожной, автомобильной станции или вокзала, морского (торгового, рыбного, специализированного), речного (озерного) порта, аэропорта, военного аэродрома, открытых для международных сообщений (международных полетов), а также иной специально выделенный в непосредственной близости от государственной границы участок.

В соответствии с ст. 5 Федерального закона от 15 августа 1996 г. № 114-ФЗ (в ред. от 4 декабря 2007 г.) «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию» выезд из Российской Федерации и въезд в Российскую Федерацию граждане РФ осуществляют «по действительным документам, удостоверяющим личность гражданина Российской Федерации за пределами территории Российской Федерации». Таковыми признаются: паспорт, дипломатический паспорт, служебный паспорт, паспорт моряка (ст. 7 указанного Федерального закона)*.

---

* По этому вопросу также см.: Указ Президента РФ от 21 декабря 1996 г. № 1752 «Об основных документа, удостоверяющих личность гражданина Российской Федерации за пределами Российской Федерации» // СЗ РФ. – 1996. – № 52. – Ст. 5914.

Иностранные граждане и лица без гражданства, получившие вид на жительство в Российской Федерации, при пересечении ее Государственной границы соответственно дополнительно должны иметь документ, удостоверяющий вид на жительство. Беженцы могут въезжать в Россию на основании проездного документа беженца (ст. 24 Федерального закона «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию»).

Транзитный проезд через территорию России иностранных граждан и лиц без гражданства в государство назначения всеми видами транспорта разрешается по предъявлении российской транзитной визы, визы на въезд в сопредельное с РФ по маршруту следования государство либо государство назначения (ст. 29 указанного закона).

Иностранные граждане и лица без гражданства обязаны при въезде в Российскую Федерацию и выезде из Российской Федерации предъявить «действительные документы, удостоверяющих их личность и признаваемые Российской Федерацией в этом качестве, и визу, если иное не предусмотрено... Федеральным законом или международным договором Российской Федерации (ст. 5 Федерального закона «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию»)*.

Таким образом, согласно ст. 322 УК РФ преступность деяния заключается в пресечении Государственной границы РФ без названных выше документов или по подложным документам**. Так, Е., действуя по предварительному сговору с другим лицом, с целью пересечения Государственной границы РФ, изготовил два фиктивных документа, по которым въехал на территорию России через контрольно-пропускной пост «Буран», расположенный в Северной Осетии. Был задержан в г. Казани.

Как правило, при определении момента окончания преступления, предусмотренного ст. 322 УК РФ, в литературе ограничи-

---

* По этому вопросу также см.: Постановление Правительства РФ от 8 октября 2007 г. № 655 «Об утверждении правил оформления приглашений на въезд в Российскую Федерацию иностранных граждан и лиц без гражданства» // СЗ РФ. – 2007. – № 42. – Ст. 5053.

** По этому вопросу также см.: Постановление Правительства РФ от 8 октября 2007 г. № 655 «Об утверждении правил оформления приглашений на въезд в Российскую Федерацию иностранных граждан и лиц без гражданства» // СЗ РФ. – 2007. – № 42. – Ст. 5053.

ваются указанием на то, что состав преступления является формальным, преступление считается оконченным с момента пересечения государственной границы [6]. В принципе это верно, однако отсутствие конкретизации в указанном определении порождает дополнительный вопрос о том, когда считается граница пересеченной, причем с учетом въезда в страну или выезда из страны.

При установлении момента окончания преступления необходимо исходить из ряда обстоятельств: во-первых, вида транспорта (авиационного, железнодорожного, водного). Только при пересечении границы вне установленных пунктов пропуска на автомобильном транспорте или пешком момент окончания преступления будет совпадать с фактическим въездом в страну, во всех же остальных случаях фактическое прибытие в страну и момент окончания преступления могут существенно различаться.

В определении Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ по делу Д. О. и Ж. указано, что они дважды на автомобиле незаконно пересекали Государственную границу РФ со стороны Казахстана, были задержаны на территории России [7].

Во-вторых, при определении момента окончания преступления необходимо иметь в виду место нахождения пунктов пропуска. Так, по делу Д. Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ указала, что преступление было совершено «в районе пограничного знака № 196, установленного на территории сумона Берт-Даг Тес-Хемского кожууна Республики Тыва» [8].

В качестве квалифицирующих признаков в ч. 2 ст. 322 УК РФ названы: совершение преступления группой лиц по предварительному сговору или организованной группой; с применением насилия или угрозы его применения. В. признан виновным в незаконном пересечении Государственной границы РФ. 26 мая 2005 г. он в составе группы лиц, заранее договорившись об этом, совершил указанное преступление на участке пограничной заставы им. П.И. Овчинникова, расположенной на территории Барабашского поселкового совета Хасанского района Приморского края [9].

Преступление считается совершенным организованной группой, если оно совершено устойчивой группой лиц, заранее объединившихся для совершения одного или нескольких преступлений (ч. 3 ст. 35 УК РФ). Таким образом, эта форма соучастия предполагает наличие между преступниками прочных постоянных связей и специфичных индивидуальных методов преступной деятельности. Они могут заключаться в распределении функций между членами группы. Например, одни готовят фальшивые докумен-

ты, по которым будет осуществляться незаконное пересечение государственной границы, другие – определяют место перехода границы и т.д. Как правило, такая группа имеет организатора. Так, по делу Д., О., Ж., Т., и Г., отклоняя кассационное представление государственного обвинителя о необоснованном исключении из обвинения указания о совершении преступления организованной группой лиц, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ в определении отметила, что выводы органа следствия основаны на предположениях, в деле нет достаточных доказательств совершения преступления такой группой [10].

Совершение рассматриваемого преступления с применением насилия или угрозой его применения наряду с основным непосредственным объектом причиняет вред дополнительному объекту, содержание которого зависит от вида насилия. Если имело место физическое насилие, то терпит урон физическая неприкосновенность лица, а при угрозе – его психическая неприкосновенность [11].

Как правило, в литературе понятие потерпевшего по данному преступлению не конкретизируется. Между тем его установление представляет определенную сложность, которая в том числе обусловлена и тем, что законодатель не называет его. В связи с этим необходимо решить, идет ли речь о представителе власти или любом лице, в отношении которого применено насилие или высказана соответствующая угроза. В пользу первой позиции говорит, в частности, то, что преступление направлено против порядка управления. Следовательно, при посягательстве на потерпевшего он может быть нарушен тогда, когда последний является носителем властных полномочий. Однако надо иметь в виду, что насилие в данном случае выступает обстоятельством, повышающим степень типовой общественной опасности преступления (квалифицирующим признаком), суть которого и конструктивные признаки состава указаны в ч. 1 ст. 322 УК РФ. В пользу второй позиции свидетельствует ряд моментов. Как уже говорилось, потерпевший в законе не назван. На наш взгляд, это сделано не случайно. Законодатель, формулируя норму, исходил из криминологической характеристики деяния. Нетрудно представить ситуацию, в которой противодействие незаконному пересечению государственной границы будет оказано лицом, не являющимися представителем власти. Квалификация насилия в отношении него как преступления против личности не будет отражать ни социальной направленности содеянного, ни его мотивационной обусловленности.

Исходя из этого, думается, потерпевшим в преступлении, предусмотренном ст. 322 УК РФ, следует признавать любое лицо, а не только представителя власти, в частности военнослужащих пограничной службы. Характер насилия в законе не определен. Насилие может выражаться в физическом воздействии на потерпевшего (например, связывании), побоях, умышленном причинении легкого и средней тяжести вреда здоровью, причинении тяжкого вреда здоровью по неосторожности. Умышленное причинение тяжкого вреда здоровью и убийство требуют самостоятельной юридической оценки.

Угроза по содержанию не ограничена и может охватывать угрозу причинением физического вреда, в том числе убийством, а также причинением материального вреда (уничтожением или повреждением имущества).

Обязательным признаком субъективной стороны преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 322 УК РФ, является мотив – месть за деятельность по предупреждению незаконного пересечения государственной границы. Преступление, предусмотренное ст. 322 УК РФ, необходимо отличать от аналогичного административного правонарушения. Ст. 18.1 КоАП РФ предусматривает административную ответственность за нарушение правил пересечения Государственной границы РФ. Таким образом, данные деяния отличаются по объективной стороне. Если преступление предполагает использование подложных документов или разрешения либо вообще без них, то административный проступок заключается в нарушении режима государственной границы.

По приговору Оренбургского областного суда О. и Р. оправданы за отсутствием в их действиях преступления, предусмотренного ст. 322 УК РФ. Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ, отклонив кассационное представление государственного обвинителя, считавшего оправдание незаконным, в определении указала, что в действиях О. и Р. по пересечению Государственной границы РФ имеется состав административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 18.1 КоАП РФ [12].

Незаконное пересечение государственной границы нередко сочетается с совершением ряда других преступлений, например нарушения правил международных полетов, контрабандой, угоном воздушного судна и т.д. Во всех этих случаях совершенные деяния образуют совокупность преступлений.

Согласно примечанию к ст. 322 УК РФ не влечет уголовной ответственности прибытие в Российскую Федерацию с нарушением правил пересечения Государственной границы РФ иностранных граждан и лиц без гражданства для использования права политического убежища в соответствии с Конституцией РФ.

---

1. Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть / Под ред. Л.В. Иногамовой-Хегай, А.И. Рарога, А.И. Чучаева. – М., 2006.

2. *Игнатов А.Н., Красиков Ю.А.* Курс российского уголовного права: В 2 т. – Особенная часть. – М., 2002. – Т 2.

3. Ведомости СНД и ВС РФ. – 1993. – №17. – Ст. 594; Российская газета.– 1993. – 8 декабря.

4. Уголовное право. Общая и Особенная части / Под ред. М.П. Журавлева, С.И Никулина. – М., 2006.

5. *Ожегов С.И., Шведова Н.Ю.* Толковый словарь русского языка. – М., 1995.

6. См., например: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. В.М. Лебедева. – М., – 2007. – С. 321; Учебно-практический комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Под ред. А.Э. Жалинского. – М., 2006. – С. 957.

7. См.: Определение Судебной коллегии Верховного Суда РФ от 4 мая 2006 г. № 32-006-20.

8. См.: Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 6 сентября 2006 г. № 92-006-16.

9. См.: Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 7 февраля 2006 г. № 56-005-97.

10. См.: Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 4 мая 2006 г. № 32-006-20.

11. См. об этом подробно: *Крашенинников А.А.* Угроза в уголовном праве России. – Ульяновск, 2002; *Лукьянова И.В.* Угроза как преступление в уголовном праве России. – Калуга, 2004; *Орешкина Т.Ю.* Физическое или психическое принуждение // Уголовное право. – 2000. – № 1; *Фомичева М.А.* Угроза как способ совершения преступления (основания криминализации, виды и характеристика). – Владимир, 2007.

12. См.: Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 19 августа 2005 г. № 47-005-52.

А.И. Чучаев,
доктор юридических наук, профессор
(Московская государственная юридическая академия)

УГОЛОВНО-ПРАВОВОЕ ЗНАЧЕНИЕ РЕШЕНИЙ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РФ

1. Судебное правотворчество в том или ином проявлении играет все более важную роль в правовых системах государств романо-германской правовой семьи, т.е. в тех странах, которым традиционно не свойственно формальное признание судебной практики в качестве источника права. В России признание судебных актов как источников права следует связывать с деятельностью Конституционного Суда РФ. Принадлежность данного органа к судебной власти сама по себе не означает, что принимаемые им акты носят исключительно правоприменительный характер. Принцип разделения властей в его практическом проявлении не исключает взаимодействие ее ветвей, наличия системы сдержек и противовесов, которая предопределяет частичное пересечение их функций.

2. Действующие правовые нормы, регламентирующие полномочия органа конституционного правосудия и определяющие основные свойства принимаемых им решений, создают основу для правотворческой деятельности Конституционного Суда РФ. Его решения не соответствуют устоявшимся в теории характеристикам правоприменительных актов. Утрата юридической силы неконституционного положения нормативного правового акта приводит к изменению системы действующих правовых норм. Таким образом, несмотря на то, что у Конституционного Суда РФ формально нет права отменять правовые акты, фактически утрата юридической силы означает именно отмену соответствующих норм права. Его решения общеобязательны и действуют непосредственно, поэтому можно говорить о наличии у них признаков нормативных правовых актов.

3. Конституционный Суд РФ, признавая нормативно-правовые акты или их отдельные положения неконституционными, равно как и подтверждая их соответствие Конституции РФ, всегда опирается на интерпретацию конституционно-правовых принципов и норм, которая раскрывает смысл конституционных установлений. Поэтому его решения имеют так называемую истолковательную природу.

4. Положения решений Конституционного Суда РФ, интерпретирующие нормы Конституции РФ и выявляющие в этом контексте конституционно-правовой смысл отраслевого законодательства, именуются правовыми позициями. Их формированию всегда предшествует толкование конституционных норм и норм отраслевого законодательства. Правовые позиции, по сути, представляют собой выводы, полученные в результате такого толкования.

Таким образом, правовая позиция – это содержание решения Конституционного Суда РФ, а само решение – внешняя форма ее выражения. Правовые позиции содержатся как в итоговых решениях, так и в определениях Конституционного Суда РФ.

Толкование норм права, осуществляемое Конституционным Судам РФ и закрепляемое в виде правовых позиций в его решениях, относится к официальному толкованию. Интерпретационные акты, принятые в результате нормативного толкования, теорией права признаются источником права. Содержащаяся в них интерпретация распространяется на все случаи применения правовой нормы, положения которой были конкретизированы в данной интерпретации.

Правовые позиции являются неотъемлемой частью решений Конституционного Суда РФ, которые согласно ст. 6 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. № I-ФКЗ (в ред. от 5 февраля 2007 г.) «О Конституционном Суде Российской Федерации» имеют обязательный характер для субъектов права на всей территории РФ. Обязывающая сила охватывает и мотивировочную, и резолютивную части, поэтому правовые позиции, в том числе и те, которые содержатся в мотивировочной части, имеют общеобязательный характер, причем вне зависимости от того, в каком именно решении (постановлении или определении) Конституционного Суда РФ закреплены. От норм права, содержащихся в актах законодательной и исполнительной власти, правовые позиции отличает их истолковательная природа.

5. В литературе достаточно часто упоминается так называемый «реальный смысл нормы» как критерий, который служит для оценки точности и легитимности толкования закона. Данный критерий предполагает, что в процессе толкования должно выявляться содержание соответствующего законодательного установления, которое изначально подразумевалось законодателем. С гносеологических позиций он небезупречен, так как смысл положения нормативно-правового акта не известен до окончания его толкования. Существование доэкзегетического смысла у текста закона вызыва-

ет сомнение. Текст познается только посредством толкования – внутреннего интеллектуального процесса, направленного на установление его (текста) значения.

6. Если Конституционный Суд РФ из нескольких возможных вариантов толкования законодательных установлений выбирает один, то такое толкование приобретает элементы правотворчества и состоит в конструировании на основе уяснения смысла существующих норм права правового решения сложных юридических проблем, не имеющих четкой законодательной регламентации. Подобные правовые решения (применительно к Конституционному Суду РФ правовые позиции) непосредственно участвуют в регулировании общественных отношений, выступая одним из правовых средств, составляющих механизм правового регулирования.

В узком смысле правотворчество – форма государственной деятельности, направленная на установление, изменение или отмену правовых норм. Изменение норм права включает также введение в действие положений, конкретизирующих законодательные установления, направленных на уточнение смысла закона, конечно же, при условии, что такая деятельность осуществляется уполномоченным государственным органом, а акты, в которых, подобные положения находят свое внешнее выражение, носят общеобязательный, нормативный характер. Исходя из этих соображений, можно признать, что Конституционный Суд РФ принимает непосредственное участие в формировании норм права.

В результате принятия Конституционным Судом РФ решения существующее регулирование общественных отношений изменяется, однако такое изменение в плане отражения на действующей системе законодательства не несет содержательной новизны, т.е. не приводит к формальной отмене или изменению каких-либо положений закона. Следовательно, в сфере правотворчества Конституционный Суд РФ осуществляет правокорректирующую функцию.

7. Решения указанного суда имеют ряд черт, которые максимально приближают их к нормативным правовым актам, однако истолковательная природа его постановлений (определений) и содержащихся в них правовых позиций отличают их от названных актов в традиционном понимании. Поэтому можно признать, что решения Конституционного Суда РФ представляют собой общеобязательные нормативные правовые акты интерпретационного характера. Их следует рассматривать как самостоятельный источник российского права особого рода. При этом указанные решения

выступают в качестве формы права, а правовые позиции – в качестве права, в ней содержащегося.

8. Несмотря на то что решения Конституционного Суда РФ имеют нормативный характер и выносятся по вопросам соответствия Конституции РФ норм уголовного закона, в доктрине уголовного права распространенным является мнение, что судебное нормотворчество в настоящее время не затрагивает уголовно-правовую сферу.

Решение Конституционного Суда РФ о признании неконституционным положения уголовного закона влечет его фактическую отмену. Выявляя конституционно-правовой смысл уголовного закона, суд дает его официальное, нормативное толкование, обязательное для всех субъектов права.

Возможности придания решениям Конституционного Суда РФ статуса источника уголовного права препятствует формулировка принципа законности. Законодатель в ч. 1 ст. 3 УК РФ закрепил положение, в соответствии с которым преступность деяния, его наказуемость и иные уголовно-правовые последствия определяются только уголовным кодексом. Между тем в содержание принципа законности в уголовном праве включается в качестве элементов подконституционность уголовного закона, единообразное и толкование и применение законов при разрешении уголовных дел. В этой связи реальное соблюдение законности обеспечивается и Конституционным Судом РФ.

Решения Конституционного Суда РФ имеют большое значение для конституционализации положений УК РФ, а выработка судом правовых позиций по вопросам, касающимся уголовного права, не только выявляет конституционно-правовой смысл уголовно-правовых норм, но и обеспечивает единообразное их толкование правоприменителем.

Таким образом, решения Конституционного Суда РФ укрепляют законность в сфере уголовного права и способствуют реализации соответствующего уголовно-правового принципа.

Основываясь на прямом указании об ограничении уголовного законодательства РФ только уголовным кодексом и об обязательности включения в него новых законов, предусматривающих уголовную ответственность, многие авторы утверждают, что в области уголовного права принцип законности следует усматривать в объявлении закона единственным источником разрешения криминальных деликтов.

По нашему мнению, принцип законности следует рассматривать как появление учредительного характера норм УК

РФ. Уточнение и конкретизация положений уголовного закона не охватываются требованием включения всех нормативных положений уголовно-правового характера в УК РФ. С этой точки зрения, правовые позиции Конституционного Суда РФ, не лишающие нормы уголовного закона юридической силы, но выявляющие их конституционно-правовой смысл, не подлежат обязательному включению в УК РФ, так как содержательно не меняют закон. Вместе с тем они уточняют и конкретизируют его, внося определенную нормативную новизну в уголовно-правовое регулирование. Кроме того, отдельно от УК РФ не может действовать ни один уголовный закон. Что же касается решений Конституционного Суда РФ, то требование об обязательности инкорпорирования данных правовых актов в действующий уголовный кодекс не содержится. Они относятся к актам иной правовой формы, не являются частью законодательства, действуют наряду с уголовным законом. Именно это обстоятельство позволяет рассматривать решения Конституционного Суда РФ, содержащие правовые позиции, в качестве источников уголовного права.

9. Путем преобразовательной интерпретации уже действующих, закрепленных в законодательстве правил Конституционный Суд РФ выявляет истинное содержание права, которое и фиксирует в своем решении. Лишение качества источников права тех правовых актов, которые позитивируют право, вносят изменения в правовую систему, правовое регулирование, но не затрагивают действующее законодательство, не оправдано.

Позитивная правовая позиция по отношению к положению закона, которому она корреспондирует, должна рассматриваться в качестве специальной нормы того же уровня. Норма, предусмотренная законом, и правило, выраженное в виде правовой позиции в решении Конституционного Суда РФ, направлены на регламентацию одних и тех же отношений. Однако в виду того, что правовая позиция является результатом смысловой конкретизации законодательного положения, последнее изначально имеет абстрактный характер.

Негативная правовая позиция представляет собой норму права большей юридической силы, чем норма, предусмотренная признанным несоответствующим Конституции РФ положением нормативного правового акта. Соответственно и решение Конституционного Суда РФ в части, содержащей негативную правовую оценку, является нормативно-правовым актом, занимающим более высокое место в иерархии указанных актов.

10. Решения Конституционного Суда РФ выступают одним из формальных источников уголовного права, поэтому правоприменитель не может не руководствоваться ими в практической деятельности. Нельзя согласиться с авторами, полагающими, что в качестве источника уголовного права следует признавать не само решение Конституционного Суда РФ, а нормы Конституции РФ. Решение суда действует непосредственно и не требует подтверждения другими органами и лицами, т.е. регулирует соответствующие отношения самостоятельно. В свою очередь, нормы Конституции РФ имеют высшую юридическую силу и прямое действие на всей территории РФ, непосредственно регламентирует общественные отношения независимо от того, состоялось ли решение Конституционного Суда РФ. Конституция не нуждается в таком правовом акте, как решение органа конституционного контроля, чтобы оказывать регулятивное воздействие на общественные отношения. Конституционно-правовая норма и решение Конституционного Суда РФ, направленное на отмену противоречащего данной норме нормативного правового акта или его отдельного положения, действуют совместно, непосредственно регулируя соответствующие общественные отношения.

І.В. Шимончук,
аспірант
(Волинський національний університет імені Лесі Українки)

ІСТОРИЧНИЙ РОЗВИТОК ТА ЮРИДИЧНА ПРИРОДА ІНСТИТУТУ ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ПОКАРАННЯ ВАГІТНИХ ЖІНОК І ЖІНОК, ЯКІ МАЮТЬ МАЛОЛІТНІХ ДІТЕЙ

За даними Державного департаменту України з питань виконання покарань станом на 1 грудня 2007 р. в установах виконання покарань відбували покарання 7014 засуджених жінок. При цьому, майже 13% їх мали дітей віком до шести років; майже 100 дітей віком до трьох років утримувалися у будинках дитини в Чернігівській та Чорноморської (Одеська область) виправних колоніях. Станом на 1 січня 2008 р. на обліку кримінально-виконавчої інспекції перебувало 15497 осіб жіночої статі, і лише 287 із них були звільнені від відбування покарання з випробу-

ванням на підставі ст. 79 КК України [1].Зрозуміло, що тут йшлося навіть не стільки про долю конкретних жінок, скільки про долю їх малолітніх дітей, які, як би це не абсурдно звучало, відбувають покарання разом зі своїми матерями, або поневіряються у сиротинцях, будучи позбавленими батьківської турботи. Це глибока моральна і соціальна проблема, вирішити яку покликаний досліджуваний нами кримінально-правовий інститут звільнення від відбування покарання вагітних жінок і жінок, які мають малолітніх дітей. Але, на жаль, доводиться констатувати, що навіть нині, в часи, коли відбувається реформування кримінально-виконавчої політики в Україні та загалом кримінально-правової системи, інститут звільнення від покарання вагітних жінок і жінок, які мають малолітніх дітей, залишається без змін. Оминають це питання увагою не лише на законодавчому рівні, й науковці.

Оскільки для того щоб правильно зрозуміти та оцінити будь яке явище необхідно прослідкувати процес його розвитку, ми теж наше наукове дослідження даного інституту розпочали із вивчення історичних джерел вітчизняного права, щоб проаналізувати процес його зародження, виникнення, розвитку, що допоможе нам з'ясувати основні напрямки і тенденції для подальшого його реформування у наш час.

Хоча звільнення вагітних жінок і жінок, які мають малолітніх дітей, від покарання належить до «нових» кримінально-правових інститутів, усе ж цей процес має свою багату історію. Так, звільнення жінок від покарання були відомі ще за часів Київської Русі. Уже в Статуті князя Ярослава про церковні суди (XI–XII ст.) передбачається можливість своєрідного «звільнення» жінки від покарання у порядку викупу її рідними, насамперед батьками (ст. 6 «Пространної редакції Статуту князя Ярослава про церковні суди») [2, с. 85].

Не обійшли питання звільнення жінок від покарання і Литовські Статути. Зокрема в даних історичних джерелах кримінального права уже передбачалась норма, за якою вагітній жінці відстрочували виконання суворого покарання до того часу, коли вона народить дитину. Хоча до пологів жінку все одно утримували в ув'язненні (Розд. 11, арт. 34) [3].

Соборне Уложення 1649 р. теж передбачало своєрідну «відстрочку» покарання для вагітних жінок до завершення пологів [4, с. 42]. Слід, звичайно, зауважити, що усі згадані історичні джерела допускали відстрочку вагітним жінкам лише у виконанні смертної кари.

Без сумніву, ті часи відрізнялись суворим ставленням до жінок, але починаючи з XIX ст. можна вже прослідкувати певну гуманізацію у цій сфері: спочатку введення заборони тілесних покарань щодо вагітних жінок, згодом додалася ще й «відстрочка» до сорока днів після пологів і цей строк з часом продовжили до півтора року. Так, в Уложенні кримінального судочинства від 20 листопада 1864 р. вперше у вітчизняному праві йдеться про відстрочку відбування покарання вагітних жінок і жінок, що народили дітей. Ст. 959 Уложення визначала, що виконання покарання для вагітної жінки відкладається до закінчення сорока днів після пологів. При цьому, як зауважував Н.С. Таганцев, в Уложенні не вказується, виконання яких саме видів покарання відкладається в даному випадку, тому напевно, що така відстрочка була можлива по відношенню до усіх видів покарань [5, с. 328].

Уложення кримінального судочинства діяло аж до прийняття кримінально-процесуального кодексу Української РСР 1922 р. Цим кодексом визначалося, що відстрочка виконання вироку щодо вагітних жінок допускалась у разі, якщо вагітність засудженої буде заважати відбуванню нею покарання. Термін такої відстрочки був визначений в один рік після пологів. При цьому не вказувався вид покарання, при якому можлива така відстрочка його виконання. Тому, напевно, така відстрочка допускалася при усіх видах покарання, що носили особистий характер [6, с. 228].

КПК України 1960 р. термін відстрочки виконання вироку щодо вагітних жінок залишає у межах одного року, але уже визначає види покарань, при яких така відстрочка допускається, - це позбавлення волі, заслання, виселення, виправні роботи і штраф [7]. Таке уточнення видів покарання при застосуванні відстрочки виконання вироку відразу породило питання, чи є цей перелік покарань виключним і чи можливе застосування такої відстрочки щодо інших, не вказаних тут видів покарань, наприклад конфіскація майна. Так, В.І. Пінчук і М.І. Царєв вважали, що при конфіскації у засудженої все одно залишаються речі та майно, які дають можливість їй самій, а також, особам, що перебувають на її утриманні нормально жити [8, с. 18]. Ще одним спірним питанням серед радянських науковців у той час стало питання про момент коли суд приймає рішення про відстрочку виконання вироку [9, с. 479].

Отже, кримінальним і кримінально-процесуальним правом того часу хоч і регулювався інститут відстрочки відбування покарання вагітних жінок, але він був досить недосконалий і

породжував багато спірних питань. На жаль, ці питання не були вирішені і з прийняттям змін до кримінально-процесуального кодексу України в 1977, 1984, 1992, 1994 та 2001 рр. хоч ці зміни і розширили коло жінок, до яких може застосовуватися такий вид звільнення від відбування покарання, включивши до цього кола, крім вагітних жінок, ще і жінок, які мають дітей віком до трьох років.

На завершення слід наголосити на наступних моментах.

1. У ст. 79 КК України регулюється порядок звільнення з випробуванням вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до семи років безпосередньо на стадії винесення їм обвинувального вироку, у ст. 83 КК України визначається порядок звільнення від відбування покарання вагітних жінок на стадії відбування ними покарання. Таке звільнення відбувається за рішенням суду в порядку, який додатково регулюється ст. 407[1] КПК України та ст. 154 КВК України, отже, цей інститут звільнення від відбування покарання вагітних жінок і жінок, які мають малолітніх дітей, належить до міжгалузевих інститутів.

2. Проведений нами аналіз історичних джерел підтверджує, що в усі часи, навіть в період застосування найжорстокіших покарань, було особливе ставлення кримінальної репресії до вагітних жінок. Ця тенденція зберігалась з розвитком і реформуванням кримінального права. Важливо, щоб така тенденція не зупинилася, а продовжила цей розвиток і надалі. Основними напрямки, в яких можливий цей розвиток, для початку можуть бути такі:

- розширення кола злочинів, при яких допускатиметься таке звільнення, шляхом уточнення, що такими злочинами не можуть бути тяжкі і особливо тяжкі злочини, що посягають на життя і здоров'я людини, для чого внести відповідні зміни в ч. 1 ст. 79 і ч. 1 ст. 83 КК України, як це уже зроблено в Російській Федерації;

- виключення обов'язкової вимоги ч. 2 ст. 83 КК України про згоду родичів на спільне проживання із засудженою, або про підтвердження засудженою самостійних можливостей виховання дитини;

- урівнення строку, залежно від віку дитини, на який жінка звільняється від відбування покарання, шляхом внесення відповідних змін до ч. 1 ст. 83 КК України, де вказати, що така відстрочка надається до досягнення дитиною не трьохрічного віку, а семирічного, як це визначено в ст. 79 КК України, одночасно

узгодивши ці положення із строками давності виконання вироку (ст. 49 КК України).

---

1. http://www.kvs.gov.ua/pu№ish/co№trol/ – Офіційний сайт Державного департаменту України з питань виконання покарань.

2. Древнерусские княжеские Уставы XI – XV вв. / Под ред. Л.В. Черепнина. – М.: Наука, 1976. – 240 с.

3. Статут Великого княжества Литовского с подведением в подлежащих местах ссылки на конституции, примечания содержащего оного. / Пер. с польс. – Санктпетербург: Печ. при Правит. Сенате, 1811. – Ч.1. – XXVII+ 543+ 6 с.

4. *Евреинов Н.Н.* История телесных наказаний в России: Репринтное издание. – Харьков: Прогрес ЛТД, 1994. – 235 с.

5. *Таганцев Н.С.* Русское уголовное право. Лекции. Часть Общая. В 2-х т. Т 2: Лекции. – СПб.: Гостипограф., 1902. – 1460 с.

6. История законодательства СССР и РСФСР по уголовному процесу и организации суда и прокуратуры 1917–1954 гг.: Сб. док. / С.А. Голунский (ред.), Л.Н. Гусев (сост.). – М.: Госюриздат, 1955. – 625 с.

7. Кримінально-процесуальний кодекс Української РСР від 1960 р. // ВВР. - 1961. - № 2. - С. 15.

8. *Пинчук В.И., Царев М.И.* Вопросы уголовного права и процесса при исполнении приговора. – М.: Юридическая литература, 1966. – 178 с.

9. *Чельцов М. А.* Советский уголовный процесс. – М.: Юридическая литература, 1962. – 560 с.

Т.В. Шутемова,
(ГОУ ВПО «Самарский государственный экономический университет», филиал в г.Тольятти, РФ)

О НЕКОТОРЫХ ВЗГЛЯДАХ Ф. БЭКОНА НА УГОЛОВНЫЕ ЗАКОНЫ И ИХ ПРИМЕНЕНИЕ

В известном «Образце трактата о всеобщей справедливости или об источниках права, в одной главе, в форме афоризмов» английский философ-юрист Фрэнсис Бэкон (1561–1626)

поставил перед собой задачу «выявить некий символ и идеал справедливости в каждой отдельной области права, чтобы всякий смог бы оценить достоинства законов того или иного государства»[1, с. 484–485].

«Образец трактата о всеобщей справедливости…» включает в себя несколько частей а именно: Вступление; О главном достоинстве законов – их точности; О случаях, не оговоренных в законе; Обращение к аналогичным случаям и расширение сферы действия законов; О прецедентах и их использовании; О судах преторских и цензорских; Об обратной силе законов; О неясности законов; О чрезмерном изобилии законов; О новых сводах законов (Дигестах); О сложном и неясном изложении законов; О Способах разъяснения закона и устранении его двусмысленности; Об описании процессов; Об аутентичных авторах; О вспомогательной литературе; Об ответах и консультациях; О лекциях; О колебании и непоследовательности в судебных решениях. Даже такое простое перечисление направлений исследования, осуществленного Ф. Бэконом, показывает, насколько обстоятельно и в достаточной степени конкретно ученый пытался проникнуть в суть исследуемого вопроса.

Ф. Бэкон высоко оценивал значение законов, называя их «якорями государства» [1, с. 503]. Констатируя, что законы резко отличаются между собой (одни из них превосходные, другие посредственные, третьи вообще никуда не годятся). Он утверждал, что закон будет считаться хорошим, «если смысл его точен, если требования его справедливы, если он легко исполним, если он согласуется с формой государства, если он рождает добродетель в гражданах» [1, с. 486].

От точности закона зависит его справедливость («…прежде чем нанести удар, закон должен сначала предупредить об этом») [1, с. 486]. Ф.Бэкон выделяет две формы неточности закона : когда вообще не существует никакого закона и когда закон двусмыслен и неясен [1, с. 487].

Говоря о случаях, не оговоренных в законе, Ф.Бэкон предлагал три возможных выхода : либо обращение к аналогичным случаям, либо использование прецедентов, хотя еще и не зафиксированных законом, либо решение, выносимое уважаемыми людьми по их усмотрению и здравому рассуждению [1, с. 487].

Более широкое и всеобъемлющее толкование, по Бэкону, можно дать тому закону, который эффективно и ощутимо заботится о благе государства, но «если государство могло долго сущест-

вовать без полного закона… то не так уж и страшно, если, случаи, не нашедшие отражения в законе, подождут некоторое время, пока не будет издан новый законодательный акт» [1, с. 488].

Интерес представляют афоризмы Ф. Бэкона относительно использования прецедентов как источников права. Он предостерегает от использования прецедентов эпох господства тирании, борьбы партий и полной распущенности и произвола, призывает держаться в границах прецедента, быть осторожным с отрывочными изложениями прецедента, учитывать, кем они составлены и санкционированы, считает наиболее важными опубликованные прецеденты, определяет, что «прецеденты должны давать советы, а не приказывать и повелевать», авторитет прошлого должен применяться к нуждам настоящего [1, с. 489–492], т.е. предлагает, говоря современным языком, программу использования прецедентов.

Много внимания уделял Ф. Бэкон проблеме неясности законов и направлениям ее устранения. Он выделял четыре источника неясности : чрезмерное изобилие законов, двусмысленное или невразумительное и не очень отчетливое их изложение, небрежное или неумелое истолкование законов, противоречивость и несовместимость судебных решений [1, с. 496]. Каждое из этих положений он рассматривал в той или иной степени подробности. Так, неясность и сомнения можно устранить пятью способами: описанием процессов, использованием сочинений аутентичных авторов, вспомогательной литературы, лекций, ответов или консультаций юристов [1, с. 503].

Часть афоризмов в названном «Образце трактата…» непосредственно касается уголовного закона и его применения. Так, в афоризме XIII Ф. Бэкон утверждал: «Жестоко терзать законы для того, чтобы получить возможность терзать людей. Поэтому не следует распространять действие уголовных законов, а тем более законов, требующих смертной казни, на новые проступки. Если же мы имеем дело с давно известными и оговоренными в законе преступлениями, но его преследование создает новый казус, не предусмотренный законом, то следует скорее отойти от требований права, чем оставить преступление безнаказанным» [1, с. 487–488]. Как представляется, этот афоризм дает нам представление о понимании Ф.Бэконом аналогии закона, носящей выборочный характер.

Цензорские суды (суды, разбирающие уголовные дела) должны обладать правом и возможностью не только наказывать

за новые проступки, но и усиливать установленные законом кары за старые проступки, если случай окажется из ряда вон выходящим и чудовищным (только это не должна быть смертная казнь) [1, с. 492].

Довольно определенно Ф. Бэкон высказывается о смертной казни (афоризм XXXIX): «Не должно быть статей, требующих пролития крови, и пусть ни один суд не произносит смертного приговора, если у него нет на это известного и определенного закона. … И лишать жизни можно лишь того, кто уже заранее знал, что его проступок угрожает его жизни» [1, с. 493].

Афоризм XL Ф. Бэкон посвятил необходимости предоставить судам не выносить решение, если обстоятельства дела не ясны, чтобы перед ними не стояла необходимость либо оправдать, либо осудить. Там же он обращает внимание и на воспитательную роль уголовного суда [1, с. 493]

О наказании приготовления и покушения на преступление Ф. Бэкон высказал суждение в афоризме XLI, причем « строгость требует наказывать преступления еще в зачатке, а милость – мешать их свершению, наказывая преступные действия еще тогда, когда они только готовятся» [1, с. 494].

Рассмотрение исключительных и необычных дел должно происходить в судах высших инстанций, ведь « право дополнять закон и расширять границы его применения или же смягчить его действие мало чем отличается от права издавать законы». Суды должны состоять из нескольких человек, решение должно быть гласным и суды должны объяснять причины своего приговора…, чтобы свободу, вытекающую из самой власти, все же ограничить страхом перед общественным мнением» [1, с. 493].

В отдельном афоризме Ф.Бэкон отмечает, что «не следует открывать легкого и удобного пути для отмены приговоров посредством апелляций, исправления ошибок или пересмотра дел и т.п.» [1, с. 510].

Таким образом, краткое рассмотрение некоторых правовых взглядов Ф. Бэкона показывает, что их содержание не утратило своей актуальности и до настоящего времени.

---

1. *Бэкон Ф.* Сочинения: В 2 т. / Сост., общ. ред. и вступ. ст. А.Л. Субботина. – М.: Мысль, 1977. – Т. 1 – 567 с.

С.В. Якимова,
кандидат юридичних наук
(Львівський державний університет внутрішніх справ)

ЗАПОБІГАННЯ ЗЛОЧИНАМ ЯК ЗАВДАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Сучасне кримінальне право – динамічна система кримінально-правових норм. Останнім часом науковці особливу увагу приділяють кримінологічній обґрунтованості кримінального закону в контексті запобігання злочинам. У зв'язку з цим вказується, що кримінально-правові приписи повинні бути не лише репресивними, а й максимально сприяти недопущенню вчиненню нових злочинів [1]. До того ж актуальність цієї проблеми визначається ще й тим, що на відміну від Кримінального кодексу України 1960 р., чинний КК України у ст. 1 чітко вказує на запобігання злочинам, як одне з основних його завдань [2]. Це нове положення заслуговує не лише схвалення, а й викликає науковий інтерес у поважної наукової громадськості. Окремі науковці стали переоцінювати запобіжне значення кримінального закону. Відтак на порядку денному знову постали питання щодо тенденцій у розвитку кримінального права, й, зокрема: «якою повинна бути подальша кримінально-правова політика – ліберальною чи жорстокою» [3]; яке ж первинне завдання кримінального закону – «попередження чи охорона» [3]?

Загалом завдання запобігання злочинам, що зазначено у кримінальному кодексі, реалізується за такими основними напрямами: 1) наявність кримінально-правових заборон щодо найбільш небезпечних діянь, що утримує певну частину населення від учинення злочинів, так звана «загальна превенція»; 2) кримінально-правові норми стимулюють громадян до активної протидії злочинній поведінці (необхідна оборона (ст. 36 КК України), затримання особи, що вчинила злочин (ст. 38 КК України), крайня необхідність (ст. 39 КК України); 3) кримінальний закон стимулює добровільну відмову від вчинення злочину; 4) кримінальний закон за певних умов, що вказані у конкретних статтях, стимулює добровільну заяву про вчинення злочину і подальше звільненням такої особи від кримінальної відповідальності (наприклад, ч. 2 ст. 111; ч.2 ст. 114; ч. 4 ст. 212 КК України та ін.); 5) застосовування до конкретної особи покарання повинно запобігати рецидиву так звана «спеціальна превенція» [4].

Кожен з наведених напрямів запобіжного вияву кримінального закону має свої особливості й у зв'язку з цим потребує детальнішого розгляду та розробки рекомендацій, спрямованих на найефективніше використання. Водночас вбачається доцільність зробити застереження про неприпустимість переоцінки запобіжного значення кримінального кодексу. Так, зокрема, за результатами кримінологічних досліджень, проведених співробітниками кафедри кримінальної політики та організації профілактики злочинів Академії управління МВС РФ, встановлено, що 70%–80% респондентів утримуються від злочинної діяльності не через страх перед кримінально-правовими заборонами, а виходячи із десяти християнських заповідей та особистих уявлень про добро та зло. І лише 15%–18% респондентів бояться вчинити злочин через страх перед покаранням [5]. Отже, як з цього слідує, наявність кримінально-правових заборон впливає на свідомість порівняно незначної частини населення (15%–18%) та утримує їх від учинення злочинів.

Провідні вітчизняні вчені також дійшли аналогічних висновків. Так, як зазначає Ю. Баулін, абсолютна більшість громадян не має повного уявлення про той чи інший вид злочину й санкцію, яка передбачена за його вчинення. Відтак сам по собі факт передбачуваності певного виду поведінки в кримінальному кодексі як злочину в своїй більшості ще не спроможний утримати осіб від учинення злочинів, якщо б не працювала вся система кримінальної юстиції. Тому з точки зору реалізації охоронної функції регулятивними кримінально-правовими засобами, кримінальний закон розрахований на правозастосувачів, які уповноважені врегулювати конфлікт, що виник між державою та собою, яка вчинила злочин [3].

У своїй праці «Кримінально-правова доктрина України (проблеми розвитку)» професор О.М. Костенко також застерігає від хибного уявлення про те, що закон, у тому числі кримінальний, вступивши в силу здатен діяти сам по собі й з цього приводу узагальнює, що слід позбавлятися ілюзії, стосовно того, що ефективність кримінального закону залежить лише від нього самого [6].

Сказане вище певною мірою можна віднести і до заохочувальних норм, що містять відповідні умови звільнення від кримінальної відповідальності. Адже їх дія багато в чому залежить від навиків слідчого, прокурора, наскільки професійно вони зуміють донести зміст цих норм до особи не лише на інтелектуа-

льно, але й емоційному-вольовому рівнях і тим самим зуміють схили її до відповідної поведінки. Те ж саме стосується й діяльності оперативного працівника, який з метою запобігання злочину має стимулювати відмову конкретної особи від реалізації її злочинного наміру.

Вирішення завдання запобігання злочинам у напрямку активної протидії злочинній поведінці (необхідна оборона (ст. 36 КК України, затримання особи, що вчинила злочин (ст. 38 КК України), крайня необхідність (ст. 39 КК України) має відбуватись шляхом проведення ефективної виховної роботи серед населення з метою зниження рівня віктимізації населення. Для цього доцільно навчати прийомам самозахисту, комплексно розвивати положення про необхідну оборону, виховувати та стимулювати у громадян потребу та готовність чинити опір злочинцеві т. ін.

Отже, вплив кримінально-правових засобів буде ефективним тільки тоді, коли він буде застосовуватись в системі інших засобів протидії й, зокрема кримінологічного змісту. Адже «...кожна міра кримінально-правового впливу може бути замінена за своєю сутністю достатньо ефективними мірами інших галузей права». У системі запобігання злочинним проявам кримінально-правові засоби слід розглядати не як першочергові, пріоритетні, а як останній, крайній засіб протидії протиправній поведінці. З урахуванням цього має формуватись і сучасна концепція антикримінальної політики, що має міжгалузевий характер й, зокрема, включає кримінально-правові засоби.

---

1. Криминология – XX век / Под ред В.Н. Бурлакова, В.П. Сальникова. – С.Пб.: Юридический центр Пресс, 2000. – 178 с.

2. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Атіка, 2004. – С. 9–10.

3. *Баулін Ю.* Тенденції розвитку сучасного кримінального права України // Юридичний вісник України. – 2007. – 14–20 квітня.

4. *Туркевич І.К.* Запобігання злочинам як одне із завдань кримінального закону // Теорія та практика застосування чинного кримінального та кримінально-процесуального закону в сучасних умовах: Тези доповідей на наук.-практ. конфер. – К., 2002. – С. 35.

5. *Горшенков Г.Н.* Идеология криминальной политики // Соблюдений, обеспечение и реализация прав человека как приоритетные на-

правления уголовной и уголовно-исполнительной политики России: ответственность и зарубежный опыт: Матери. междунар. науч.-практ. конфер., 28 апреля 2006 г. – Владимир, 2007. – С. 38.

6. *Костенко О.М.* Культура і закон – у протидії злу: Монографія. – К.: Атіка, 2008. – 226 с.

ЗМІСТ

Ортинський В.Л., Марін О.К.

Прогалини у кримінальному законодавстві: постановка проблеми.....3

ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ПРОБЛЕМИ ПОДОЛАННЯ ПРОГАЛИН У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНІ

Авраменко О.В.

Прогалини в законодавстві про кримінальну відповідальність за злочини вчинені у стані сильного душевного хвилювання 7

Азаров Д.С.

Основні прогалини в законодавстві про кримінальну відповідальність за «комп'ютерні» злочини 12

Андрушко П.П.

Поняття прогалин у кримінальному законі: їх види, шляхи подолання 18

Басова Т.Б.

Пробелы уголовного закона России в регламентации ответственности за служебный подлог 25

Батюк О.В., Неймарк Н.О.

Зловживання довірою службовою особою, яка є представником влади: прогалини чинного кримінального законодавства України та шляхи їх подолання 32

Блажівський Є.М.

Окремі прогалини у регламентації захисту осіб від втручання в їхню діяльність за чинним Кримінальним кодексом України 36

Бурдін В.М.

Причини неосудності: прогалини законодавчого регулювання 40

Грищук В.К.

О некоторых причинах пробелов в уголовном законодательстве и уголовно-правововом регулировании в Украине 44

Дудоров О.О.

Про необхідність законодавчої регламентації юридичної помилки при вчиненні злочинів із змішаною протиправністю 48

Дуфенюк О.М.

Прогалини кримінально-правового забезпечення заборони репродуктивного клонування людини в Україні 63

Калинина Т.М.

Институт конфискации нуждается в переосмыслении.....69

Кваша О.О.

Вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб: проблеми кваліфікації 75

Колб О.Г., Кондратішина В.В.

Про перспективи розвитку кримінального законодавства України.....82

Коробеев А.И.

Система транспортных преступлений в УК РФ 1996 г.: пробелы и излишества уголовного закона.....85

Костенко О.М.

Необережність при застосуванні закону в контексті природноправової концепції вини (про «білу пляму» у кримінальному праві) 91

Костицький М.В.

Діалектичне протиріччя між строками позбавлення волі та строками виправлення і ресоціалізації засуджених.....97

Красницький І.В.

Чи потрібне нормативне визначення кримінальної відповідальності в Кримінальному кодексі України? 101

Куц В.М.

Прогалини в законодавчій регламентації відповідальності за деякі види позбавлення життя іншої людини 105

Кушакова-Костицька Н.В.

Проблемні питання законодавчого регулювання спаму згідно з кримінальним законодавством України.....108

Лень В.В.

Обмежена осудність у кримінальному законі: проблеми продовжуються 112

Литвак О.М., Музика А.А., Горох О.П.
Закон України від 15 квітня 2008 р. щодо гуманізації кримінальної відповідальності: загальне враження 116
Меркулова В.О.
Проблеми законодавчого визначення співвідношення кримінальної відповідальності та покарання 125
Навроцький В.О.
Спеціальні і казуїстичні кримінально-правові норми та прогалини у кримінальному законі 132
Орлеан А.М.
Перспективи вдосконалення кримінально-правових засобів протидії рейдерству в Україні 136
Пономаренко Ю.А.
Про прогалини у кримінальному законі та шляхи їх подолання 141
Рарог А.И
Уголовно-правовые средства сдерживания организованной преступности 148
Савченко А.В.
Гуманізація кримінального законодавства України: плюси та мінуси 155
Созанський Т.І.
Необхідність законодавчого закріплення правил кваліфікації сукупності злочинів 161
Тростюк З.А.
До проблеми негативного прояву латентності тексту Кримінального кодексу України 165
Фріс П.Л.
До поняття обмеження сфери застосування права 172
Чистякова А.
Шляхи усунення прогалин у механізмі злочинного посягання, пов'язаного з примушуванням до антиконкурентних узгоджених дій 176
Шигина Н.В.
Интерес и нормы уголовного права 181

Щутяк Л.С.

Деякі прогалини у нормативній регламентації замаху на злочин за чинним Кримінальним кодексом України 188

СУПУТНІ ПРОБЛЕМИ, ПОВ'ЯЗАНІ З ПОДОЛАННЯМ ПРОГАЛИН У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

Агузаров Т.К.

Неуважение к суду: спорные вопросы трактовки 191

Ашин А.А.

Принципы назначения наказания в уголовном праве России 197

Берзін П.С.

Особливості «інверсійної (негативної) форми» відображення наслідків у складі злочину: формально-логічні та внутрішньосистемні аспекти 202

Бодаєвський В.П.

Проблеми визначення родового та безпосереднього об'єкта складу злочину, передбаченого ст. 410 КК України 206

Брич Л.П.

Роль складу злочину у розмежуванні в кримінальному праві 213

Галабала М.В.

Розвиток вчення про екстрадицію в українській кримінально-правовій доктрині 217

Денисов С.Ф., Сіщ Д.О.

Посягання на здоров'я людей під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів (ст. 181 КК України): проблема застосування і перспектива удосконалення 220

Иногамова-Хегай Л.В., Черебедов С.А.

Уголовно-правовая охрана интересов службы в коммерческих и иных организациях 228

Каменський Д.В.

Податкові злочини та поштове шахрайство у США: проблеми співвідношення 235

Коломієць Ю.Ю.

Можливість добровільної відмови при незакінченому злочині 243

Копилян В.А.

Проблеми застосування кримінального закону за жорстоке поводження з тваринами (ст. 299 КК України) 249

Кузнецов В.В.

Визначення об'єкта хуліганства за кримінальним законодавством окремих зарубіжних країн 256

Максимович Р.Л.

Об'єкт складу злочину «незаконне заволодіння транспортним засобом» (ст. 289 КК України) 262

Палій М.В., Назимко Є.С.

Визначення заохочувальних норм в пенальній політиці України 265

Пасека О.Ф.

Кримінальна відповідальність юридичних осіб за законодавством Республіки Польща 271

Понятовская Т.Г.

Отражение защищенности субъектов уголовного права в системе Особенной части уголовных законов зарубежных стран 275

Тихий В.П.

Проблеми застосування і удосконалення кримінально-правових норм про відповідальність за злочини проти громадської безпеки 281

Хавронюк М.І.

І знову про гуманізацію кримінального законодавства 287

Хомич В.М.

Система наказаний и иных мер уголовной ответственности в УК Республики Беларусь и ее влияние на изменение в уголовной политике 296

Хомич К.В.

Преступность несовершеннолетних в Республике Беларусь в 2000–2007 годы 302

Хряпінський П.В.

Система спеціальних заохочувальних норм у Кримінальному кодексі України 308

Чеботарьова Г.В.

Деякі перспективи вдосконалення кримінально-правової охорони правопорядку в сфері медичної діяльності (на прикладі підстав кримінальної відповідальності за порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин людини).....315

Чучаев А.А.

Незаконное пересечение Государственной границы РФ: проблемы толкования уголовно-правовой нормы 322

Чучаев А.И.

Уголовно-правовое значение решений Конституционного Суда РФ 329

Шимончук І.В.

Історичний розвиток та юридична природа інституту звільнення від покарання вагітних жінок і жінок, які мають малолітніх дітей 334

Шутемова Т.В.

О некоторых взглядах Ф. Бэкона на уголовные законы и их применение.....338

Якимова С.В.

Запобігання злочинам як завдання Кримінального кодексу України 342