

## КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО УКРАЇНИ: СУЧАСНІ РЕАЛІЇ І НАЯВНІ ПРОБЛЕМИ

Тези доповідей учасників круглого столу, організованого юридичним факультетом Київського національного університету імені Тараса Шевченка присвяченого 80-річчю з дня народження професора Станіслава Сергійовича Яценка (23 грудня 2016 року)

### ☛ *Закінчення. Початок на ст. 10-11.*

5. В окремих випадках — за принципом зворотного зв'язку — зміст певних положень законодавства України про кримінальну відповідальність може бути орієнтиром щодо оцінки коректності відповідного положення Конституції України. Показовим у цьому плані є співвідношення частини другої статті 68 Конституції України та окремих положень КК щодо поняття злочину, підстави кримінальної відповідальності, вини та звільнення від кримінальної відповідальності. Зіставлення цих положень КК між собою обумовлює принципову відмінність між виключенням кримінальної відповідальності особи у зв'язку з відсутністю її підстави, передбаченої ч. 1 ст. 2 КК, і звільненням її від кримінальної відповідальності за наявності такої підстави (в статтях КК про звільнення від кримінальної відповідальності вживається формулювання «...особа, яка вчинила злочин...»). Висновок про таку відмінність, очевидно, може бути поширений і щодо юридичної відповідальності в цілому.

Частина друга статті 68 Конституції України передбачає: «Незнання законів не звільняє від юридичної відповідальності». Її нормативний зміст залишає «відкритими» ряд питань, зокрема: а) про яку юридичну відповідальність йдеться — так звану позитивну чи традиційну ретроспективну? б) який правовий зміст має формулювання «...не звільняє...»?

Відповідь на перше питання, можливо, не є однозначною. Однак очевидним є те, що словосполучення «юридична відповідальність» у кількох інших статтях розділу II Конституції України (зокрема в статтях 60, 61) вживається в значенні «ретроспективна юридична відповідальність». Якщо поширювати саме це значення на зміст частини другої статті 68 Конституції України, то відповідь на друге питання може мати два варіанти: 1) незнання законів не може бути підставою (однією зі складових підстав) звільнення від юридичної відповідальності особи, яка вчинила правопорушення; 2) незнання законів не може виключати юридичну відповідальність особи, оскільки воно не впливає на склад правопорушення, зокрема, не свідчить про відсутність вини.

Отже, зміст частини другої статті 68 Конституції України як мінімум не повною мірою відповідає принципу правової визначеності. Крім того, на наш погляд, жодне із наведених вище варіантів розуміння формулювання «...не звільняє...» не може розглядатись як прийнятний із позицій принципів гуманізму, справедливості та верховенства права. Так, при звільненні від юридичної, в тому числі від кримінальної, відповідальності, яке носить так званий диспозитивний

характер (є правом, а не обов'язком суду чи іншого органу), цілком припустимою видається можливість врахувати незнання особою відповідного закону як обставину, що впливає на позитивне рішення про звільнення в межах дискреційних повноважень суду чи іншого органу.

Другий варіант, який обумовлює неможливість впливу незнання законів на склад правопорушення, в сучасних правових системах також не є універсальним. Зокрема, в кримінальному праві окремих зарубіжних держав так звана юридична помилка за певних умов може виключати вину, а відтак, і кримінальну відповідальність.

Таким чином, з нашої точки зору, зміст частини другої статті 68 Конституції України є некоректним, а вона потребує нової редакції. Пропонуємо один з можливих варіантів: «Незнання законів або інших нормативно-правових актів може виключати юридичну відповідальність лише у випадках, передбачених законом».

### 6. Деякі загальні висновки:

1) Наявність колізій між окремими конституційними нормами та деякими положеннями законодавства про кримінальну відповідальність за їх *нормативним змістом* не завжди свідчить про неконституційність останніх.

2) Колізії між окремими конституційними нормами та деякими положеннями законодавства про кримінальну відповідальність можуть мати *неочевидний* («глибинний») характер. Такі колізії бажано вирішувати законодавчим шляхом, як варіант — рішенням КСУ.

3) Нормативний, а іноді і правовий зміст окремих конституційних норм може бути визначений з урахуванням відповідних положень законодавства про кримінальну відповідальність. В окремих випадках ці положення стають орієнтирами в оцінці коректності/некоректності змісту конкретного припису Конституції України.



**НАПРЯМ 2**
**Компаративний метод  
у кримінально-правових  
дослідженнях**

**БЕРЗІН П. С.**, професор кафедри  
кримінального права та кримінології  
Київського національного університету  
імені Тараса Шевченка,  
доктор юридичних наук, доцент

**Караний проступок (bertretung)  
за Карним кодексом ФРН**

1. У другій главі «Пояснення термінів» КК ФРН закріплений §11, в якому міститься визначення поняття «протиправне діяння» (*Rechtswidrige Tat*) — таке діяння, яке містить склад (склад діяння) (*Tatbestand*), передбачений певним карним законом. Відповідно до §12 КК таке протиправне діяння, що містить склад, поділяється на два види: а) тяжкий злочин (*Verbrechen*) та б) менш тяжкий злочин (*Vergehen*). Визначення понять «*Verbrechen*» та «*Vergehen*» здійснюється відповідно в абз. 1, 2 §12 КК. В обох випадках у тексті цих абзаців вказується, що «*Verbrechen*» та «*Vergehen*» є протиправними діяннями (*Rechtswidrige Tat*). Таким чином, поняття протиправного діяння вважається так би мовити, «родовим» стосовно двох його видів — «*Verbrechen*» та «*Vergehen*». Розмежовуються ці види за формальними ознаками, а саме: а) протиправним діянням «*Verbrechen*» визнається таке, що тягне мінімальне покарання (*MindestmaB mit Freiheitsstrafe*), яке дорівнюється чи перевищує один рік позбавлення волі; б) протиправним діянням «*Vergehen*» вважається таке, що тягне мінімальне покарання, менше ніж один рік позбавлення волі, або грошовий штраф (*Geldstrafe*).

2. У §§22, 23 КК ФРН замах на вчинення тяжких злочинів (*Verbrechens*) та замах на вчинення менш тяжких злочинів (*Vergehens*) охоплюється поняттям «замах» (*Versuch*) на каране діяння (*Straftat*). У цьому зв'язку поняття караного діяння використовується у §22 КК, що включає зворот «замах на каране діяння», а в абз. 1 §23 («Злочинність замаху») КК використовуються поняття, які позначають види такого «злочинного замаху» (*Strafbarkeit des Versuchs*) на каране діяння: 1) замах на вчинення тяжкого злочину (*Versuch eines Verbrechens*); 2) замах на вчинення менш тяжкого злочину (*Versuch eines Vergehens*). Отже, «родовим» поняттям, яке охоплює види замаху на вчинення відповідно тяжкого злочину і менш тяжкого злочину, вважається саме «каране діяння» (про замах на каране діяння та його види див. у пункті б цього вступного нарису).

3. Поділ протиправних діянь на «*Verbrechen*» та «*Vergehen*» має значення для карної відповідальності за: а) замах (*Versuch*); б) замах на співучасть (*Beteiligung*). Так, в абз. 1 § 23 «Кримінальна відповідальність за замах» передбачається, що замах на тяжкий злочин (*Verbrechen*) завжди є карним, а замах на менш тяжкий злочин (*Vergehen*) є карним лише в разі, коли закон прямо це передбачає. В іншому випадку в абз. 1 § 30 «Замах на співучасть» зазначається, що будь-яка особа, яка намагалась схилити чи підбурити іншу особу до вчинення

тяжкого злочину (*Verbrechen*), підлягає покаранню згідно з положеннями, які стосуються замаху на тяжкий злочин.

4. Історично поділ протиправних діянь, передбачених карними законами (уложеннями), на окремі види завжди був характерний для карного законодавства держав романо-германської правової системи. Для ілюстрації цього наведемо наступні приклади.

4.1. Із самого початку німецький КК, який був прийнятий у 1871-му та вступив у дію у 1872 році, передбачав наступні види караного діяння (таке діяння позначувалося як «*Straftat*»): 1) найбільш тяжкий визначався як «*Verbrechen*», 2) менш тяжкий — «*Vergehen*» та 3) найменш тяжкий вид — «*Ubretretung*». Причому ґрунтувався цей поділ караного діяння на три види в німецькому КК 1871 року на положеннях французького КК Наполеону 1810 року, який передбачав поділ караних вчинків (діянь) на три види: 1) «*contravention*» (проступок, караний проступок); 2) «*delit*» (правопорушення, порушення); 3) «*crime*» (злочин).

Отже, самостійним видом караного діяння за німецьким КК у редакції 1871 року визнавався найменш тяжкий вид караного діяння — так званий «караний проступок», що позначався німецькомовним поняттям «*Ubretretung*». Пов'язувався такий «караний проступок» із порушеннями певних правил (*Regeln*), які тягнули відповідні санкції (*Sanktion*). Діяння «*Ubretretung*», як найменш тяжкий вид караного діяння, існувало в КК у редакції 1871 року до 1975 року, коли з урахуванням названих вище двох законів про реформу карного права від 25 червня 1969 року та від 4 липня 1969 року був прийнятий «Вступний закон» (або «Установчий закон») до КК ФРН у редакції 1974 року, яким й було скасоване таке діяння, як караний проступок («*Ubretretung*»).

4.2. Перед проведенням у ФРН зазначеної реформи карного права (1969–1974 рр.) діяння «*Ubretretung*» включало такий елемент, як його склад (*Ubretretungstatbestande*) (про «*Tatbestand*» як елемент протиправних (караних) діянь «*Verbrechen*» та «*Vergehen*» див. нижче в підпункті 5.1 п. 5 вступного нарису), а також передбачало покарання у виді позбавлення волі (*Freiheitsstrafe*) строком до шести тижнів або грошовим покаранням (штрафом) (*Geldstrafe*) до 500 німецьких марок. Проте, як уже зазначалося, «караний проступок» (*Ubretretung*) як різновид караного діяння за КК ФРН був скасований у процесі зазначеної реформи карного права ФРН 1969–1974 рр. на підставі згаданих законів про реформу карного права від 25 червня 1969 р. й 4 липня 1969 р., а також «Вступного закону» до КК ФРН у редакції 1974 року. Тому склади одних діянь «*Ubretretung*» німецьким законодавцем були «перетворені» в менш тяжкі злочини (*Vergehen*) та адміністративні правопорушення (*Ordnungswidrigkeit*), а склади інших взагалі були декриміналізовані. Таким чином, КК ФРН «відмовився» від такого виду караних діянь, як «*Ubretretung*» у процесі реформування карного права в 1969–1974 рр., «залишивши» у своєму змісті після проведеної реформи інші два види караних (протиправних) діянь — «*Verbrechen*» та «*Vergehen*».

## НАПРЯМ 3

### Питання Загальної частини кримінального права України

*КОСТЕНКО О. М., завідуючий відділом проблем кримінального права, кримінології та судоустрою Інституту держави і права ім. В.М.Корецького НАН України доктор юридичних наук, професор*

#### Проблеми кримінального правознавства в світлі соціального натуралізму

Наразі досить поширеною є ілюзія, начебто, для забезпечення прогресивного правопорядку в Україні достатньо лише реформувати законодавство, в тому числі законодавство про кримінальну відповідальність. При цьому недооцінюється роль доктрини, яка є основою прогресивної правової культури в суспільстві. Згідно з інструментальною концепцією законодавства, саме по собі законодавство про кримінальну відповідальність насправді є лише інструментом в руках людей, який застосовується ними відповідно до їхньої правової культури. Отже, стан правопорядку в суспільстві залежить не лише від самого по собі законодавства, а й від тієї доктрини, на якій засновується правова культура тих, хто застосовує законодавство, зокрема законодавство про кримінальну відповідальність.

Уявляється, що для забезпечення прогресивного правопорядку в Україні продуктивною є **соціально-натуралістична доктрина кримінального правознавства, тобто доктрина, заснована на соціальному натуралізмі**. Соціальний натуралізм — це світогляд, що полягає у визнанні існування законів соціальної природи, з якими має узгоджуватися соціальне життя людей, в тому числі їх соціальна поведінка. Заснована на соціальному натуралізмі доктрина кримінального правознавства (тобто соціально-натуралістична доктрина кримінального правознавства) відкриває нові можливості для вирішення проблем кримінального правознавства. Саме з допомогою соціально-натуралістичної доктрини й має, на нашу думку, вирішуватися сьогодні основне питання кримінального правознавства, яке можна сформулювати так: «Що є кримінальне право, і як у кримінальному правознавстві слід визначати поняття злочину й відповідальності за нього?»

Згідно з теорією соціального натуралізму це питання має вирішуватися так: **кримінальне право** — це відображені у формі законодавства закони соціальної природи, порушення яких визнається злочином, що тягне за собою природну реакцію суспільства у вигляді кримінальної відповідальності. Це положення є основою соціально-натуралістичної доктрини кримінального правознавства. Керуючись ним, і слід вирішувати всі інші проблеми кримінального правознавства.

Засноване на цій доктрині кримінальне правознавство стає справжньою наукою, яка відкриває закони соціальної природи, як і науки, що відкривають закони фізичної природи (фізика) і закони біологічної природи (біологія). Функція справжнього кримінального правознавства полягає в тому, щоб відкривати закони соціальної природи для відображення їх у кримінальному законодавстві, а також для формування кримінально-правової культури громадян, законодавців і фахівців-юристів. Якщо кримінальне правознавство не виконує функцію відкриття законів

соціальної природи, то воно не є справжньою наукою. Таке кримінальне правознавство лише продукує псевдонаукові правові ілюзії, а також спотворює правову культуру людей, зокрема кримінально-правову культуру.

Приймаючи видимість за дійсність, воно таким чином уражається **позитивізмом**. Сутність правового позитивізму полягає в ігноруванні законів соціальної природи й розробці законодавства та його застосуванні виходячи з правових ілюзій, тобто зі сприйняття видимості за дійсність. Це призводить до ураження позитивізмом і кримінальної юстиції, що проявляється у вигляді зловживання законодавством, корупції, судових помилок тощо. Отже, правовий і, зокрема, кримінально-правовий позитивізм є чинником, що спричиняє кризу соціального порядку (в тому числі правопорядку). На нашу думку, подолати цей позитивізм можна лише за допомогою соціально-натуралістичної доктрини кримінального правознавства.

Кримінальний кодекс, створений відповідно до соціально-натуралістичної доктрини, має бути зводом відкритих кримінальним правознавством законів соціальної природи, порушення яких визнається злочинами, за які передбачена кримінальна відповідальність. Чим краще цей кодекс відображає закони соціальної природи, тим він є досконалішим. Лише той вчинок, що порушує відкриті кримінальним правознавством закони соціальної природи, має визнаватися законодавцем злочином у кримінальному кодексі. А той, хто застосовує норми законодавства про кримінальну відповідальність, має розглядати як злочин лише те діяння, яке є порушенням законів соціальної природи.

Для цього треба не лише **знати** текст кримінально-правової норми, а й **розуміти** той закон соціальної природи, який передається через текст цієї норми. Інакше і створення тексту кримінально-правової норми законодавцем, і застосування цього тексту в кримінальній юстиції буде проявом кримінально-правового позитивізму, який відкриває шлях зловживанням законодавством (в тому числі у формі корупції) й судовим помилкам. У світлі соціально-натуралістичної доктрини мають розглядатися, зокрема, такі фундаментальні поняття кримінального правознавства, як злочин, склад злочину, вина у вчиненні злочину й кримінальна відповідальність за нього.

Так, відповідно до зазначеної доктрини поняття злочину має визначатися наступним чином: **злочин — це діяння, яке, будучи проявом волі і свідомості людини, порушує закони соціальної природи і тому відображене в законодавстві про кримінальну відповідальність**. Відповідно до цього визначення, криміналізація (й декриміналізація) того чи іншого діяння має відбуватися за критерієм порушення чи не порушення ним законів соціальної природи. Лише те вольове і усвідомлене діяння людини, яке порушує закони соціальної природи, може визнаватися в законодавстві злочином. Зокрема, відповідно до соціально-натуралістичної доктрини кримінального правознавства крадіжка є злочином тому, що це діяння, яке порушує закони соціальної природи (а не тому, що визнання її злочином є волевиявленням людей). Так само має розглядатися будь-який злочин і в Кримінальному кодексі.

**Склад злочину**, відповідно до соціально-натуралістичної доктрини кримінального правознавства — це система визначених у кримінальному кодексі ознак, наявність яких у діянні особи дає підстави кваліфікувати його як таке, що порушує закони соціальної природи, тобто як злочин.

Вина у злочині — це **вчинення** людиною діяння, яке порушує закони соціальної природи і тому відображене в законодавстві про кримінальну відповідальність. А вчинення злочину слід визначати як прояв волі і свідомості у вигляді діяння, яке порушує закони соціальної природи і тому відображене у законодавстві про кримінальну відповідальність. Отже, **вина в злочині — це прояв волі і свідомості людини у вигляді діяння, яке порушує закони соціальної природи і тому відображене у законодавстві про кримінальну відповідальність.**

**Об'єктом злочину** є такий **порядок** відносин між людьми, який забезпечує безпеку суспільного життя людей. Саме через порушення цього порядку діяння визнається небезпечним і тому злочинним.

**Суб'єкт злочину** — це особа, що здатна проявляти свою волю і свідомість у вигляді діяння, яке порушує закони соціальної природи і тому визначається у законодавстві як злочин.

**Кримінальна відповідальність**, згідно із соціально-натуралістичною доктриною правознавства, — це **природна** реакція суспільства на діяння, яке, будучи проявом волі і свідомості людини, є порушенням законів соціальної природи і тому визначене у законодавстві як злочин.

У світлі соціально-натуралістичної доктрини кримінального правознавства існує два типи юридичної освіти: 1) **«натуралістський» тип юридичної освіти**, заснований на викладанні курсів правознавства відповідно до світогляду соціального натуралізму; 2) **«позитивістський» тип юридичної освіти**, заснований на викладанні курсів правознавства відповідно до світогляду соціального позитивізму. Очевидно, що наразі в Україні має відбутися трансформація юридичної освіти з «позитивістського» типу, який формує у фахівців-юристів «правову антикультуру», тобто «культуру» маніпуляції «буквою» законодавства, на «натуралістський» тип, який формує у фахівців-юристів правову культуру, засновану на принципі верховенства законів соціальної природи, зокрема законів природного права.

Так, на нашу думку, слід вирішувати проблеми кримінального правознавства у світлі соціально-натуралістичної доктрини. Практичне значення використання соціально-натуралістичної доктрини в кримінальному правознавстві полягає в тому, що ця доктрина дозволяє протидіяти проявам правового позитивізму, що є доктринальною основою для зловживань інструментами кримінальної юстиції. Зокрема, це стосується законотворчої діяльності, вмотивовуючи законодавця приймати законодавчі акти, узгоджені із законами соціальної природи, і протидіючи таким чином законодавчому волюнтаризму. Крім того, викладання в навчальних закладах курсу кримінального права на основі соціально-натуралістичної доктрини кримінального правознавства формує в юристів правову культуру, яка створює в них імунітет проти зловживань інструментами кримінальної юстиції.

***АЗАРОВ Д. С.**, декан факультету правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія», кандидат юридичних наук, доцент*

### **Функціональне призначення категорії кримінального проступку**

Із часу легалізації терміну «кримінальний проступок» у КПК України 2012 р. у багатьох публікаціях доводиться повсякчас наштотуватися на різноманітні запитання, переважно риторичні, пов'язані з відповідною категорією,

яка загрожує ось-ось з'явитися в кримінальному законодавстві. Утім досі ніхто не запитав, нащо нам ця новела, що не так з категорією «злочин», до якої всі так добре при звичаїлися, для чого доповнювати багатостраждальне кримінальне законодавство поняттями кримінального правопорушення та кримінального проступку? Думаю, що відповіді на ці питання не до кінця оформилися й у свідомості авторів КПК та авторів мало не всіх проектів законів, спрямованих на запровадження категорії «кримінального проступку», які в різний час реєструвалися в українському парламенті.

Зазначене певною мірою стосується й законопроекту № 2897 від 19 травня 2015 р. (у доопрацьованому вигляді поданому 3 червня 2015 р.), який комітетом з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності рекомендовано Верховній Раді України прийняти за основу у першому читанні. Адже зі змісту проекту та пояснювальної записки до нього видається неможливим встановити, який критерій використано авторами для визначення кола адміністративних деліктів, що пропонується трансформувати в кримінальні правопорушення. У будь-якому разі таким критерієм не є: 1) суворість стягнення, нині передбаченого за адміністративний делікт; 2) підвідомчість справ про певні види адміністративних правопорушень; 3) суспільна небезпека правопорушення. Такий самий підхід було обрано авторами законопроекту при створенні його первісного варіанту, зареєстрованого 16 квітня 2014 р. за № 4712.

На мою думку, функціональне призначення категорії кримінального проступку передусім полягає в тому, що запровадження цієї категорії дасть, принаймні, такі можливості: 1) на законодавчому рівні визнати той факт, що майже всі делікти, що нині передбачено КУпАП, є кримінальними за своєю природою, й забезпечити учасникам процесу — і потерпілому, і винуватому — всі гарантії прав, які притаманні кримінальному процесу; 2) провести чітку, бажано формалізовану, межу між злочинами й схожими діяннями, які наразі визнаються адміністративними правопорушеннями; 3) відділити адміністративно-деліктне законодавство від адміністративного права й реформувати останнє за зразком європейського «управлінського» права.

Мабуть, найбільш контраверсійною з наведених тез виглядає твердження про однакову правову природу злочинів та більшості правопорушень, що нині передбачено КУпАП. Дійсно, ці посягання мають однакову правову природу, а відповідальність, яка за них нині встановлена, сутнісно не відрізняється одна від одної — вона має каральний характер (на відміну від цивільної відповідальності, що спрямована на відшкодування заподіяної шкоди) й цією своєю якістю слугує запобіганню правопорушенням. Таке розуміння вже давно панує в Європі, воно знайшло відображення в багатьох рішеннях Європейського суду з прав людини (основоположним є рішення у справі *Engel and others v. the Netherlands*).

Дехто може заперечити, мовляв адміністративна відповідальність менш сувора, встановлюється за діяння, які є менш суспільно небезпечними ніж злочини, може застосовуватися «адміністративними» органами й не має наслідком судимість. Однак із такими доводами важко погодитися.

По-перше, майже всі адміністративні стягнення (окрім попередження і штрафних балів) за змістом збігаються з покараннями, за строком чи розміром дуже часто не поступаються останнім, а іноді їх перевершують.

По-друге, суспільна небезпечність, як здатність правопорушення заподіювати або створювати загрозу заподіяння шкоди, притаманна і злочинам, і адміністративним правопорушенням, а тому вона не може бути розмежувальною категорією. Суспільна небезпека є ознакою, що характеризує явище, яке об'єднує обидва види деліктів і не свідчить про їх різну правову природу. Історія знає багато випадків коли одне посягання сьогодні вважалося адміністративним, а завтра кримінальним, і навпаки, Ніколи не існувало і, очевидно, не може існувати конкретного показника суспільної небезпеки, який був би межею між злочином і адміністративним правопорушенням.

По-третє, орган, якого уповноважено законом накладати стягнення (призначати покарання) також не характеризує юридичну природу делікту. Визначення підвідомчості справ є значною мірою технічним питанням, питанням раціонального використання ресурсів держави, питанням відповідності процесуальної форми сутності правопорушення.

По-четверте, твердження про те, що накладення адміністративного стягнення не тягне судимість, є правильним лише з формальної точки зору — дійсно, у КУпАП відсутній термін «судимість». Однак основний прояв судимості — її вплив на кваліфікацію посягання та покарання в разі вчинення нового злочину — так само характерний для адміністративної відповідальності. Адже повторне протягом року вчинення порушення є кваліфікуючою ознакою багатьох складів адміністративних правопорушень та обставиною, що обтяжує відповідальність за адміністративне правопорушення (ст. 35 КУпАП). Окрім цього, накладання стягнення за адміністративні правопорушення іноді тягне певні соціальні обмеження, наприклад, неможливість обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю.

Звичайно, всі наведені вище аргументи викладено схематично й спрощено, однак це не заважає їм свідчити на користь важливого висновку про однакову юридичну природу більшості правопорушень, які нині передбачено в КУпАП та в КК. На мою думку, більшості зазначених адміністративних деліктів не притаманний управлінський (власне, адміністративний) характер, вони за своєю природою є кримінальними правопорушеннями, відповідальність за які настає в «адміністративному» порядку.

Для забезпечення реалізації аналізованою категорією своєї функції доцільно, зокрема, таке: 1) виключити з КПК норми, що передбачають особливості відповідальності за кримінальні проступки; 2), передбачити відповідальність за кримінальні проступки в окремому кодексі, який би мав дві складові — матеріально-правову та процесуальну; 3), кримінальними проступками визнати лише такі діяння (більшість теперішніх адміністративних деліктів та окремі найменш небезпечні злочини), суспільна небезпека яких, а відтак і суворість відповідного стягнення, дозволяла би передбачити позасудову форму провадження з обов'язковою можливістю оскарження рішення органу виконавчої влади до суду, де б діяли усі гарантії прав і свобод людини і громадянина; 4), у КК передбачити відповідальність лише за злочини, категоризацію яких значно поглибити і в такому розширеному вигляді використати з метою значного обмеження судової дискреції; 5), встановити в КПК спрощений та (або) специфічний порядок провадження щодо найменш небезпечних категорій злочинів.

На мою думку, лише за такого підходу категорія кримінальних проступків не стане «зайвим» ступенем тяжкості в КК, а її запровадження буде раціональним і таким, що має чітке функціональне навантаження.

**БЕРЕША Р. В.**, професор кафедри кримінального та адміністративного права Академії адвокатури України, кандидат юридичних наук, доцент

### **Значення застосування гіпнозу, магії та психології мас для суб'єктивного елементу суспільно небезпечного діяння**

Глобалізація суспільного життя потребує характеристики всіх аспектів суб'єктивного інкримінування. При визначенні екстремальних умов, в межах яких може бути вчинене суспільно небезпечне посягання, необхідно враховувати можливість впливу на свідомість людини особливих психологічних прийомів — гіпнозу, магії та психології мас. Вказані психологічні прийоми викликають в особи особливий психічний стан, який при вчиненні суспільно небезпечного діяння подібний до казусу, але ним не є, оскільки стан волі та свідомості особи при казусі й під впливом вказаних факторів не є однаковими.

Гіпноз визначається як тимчасовий стан свідомості (особливий, змінений стан свідомості), що характеризується різким фокусуванням уваги й високою схильністю до навіювання, що пов'язано зі зміною функції індивідуального контролю і самосвідомості. Сутність гіпнозу полягає в тому, що цей стан настає в результаті спеціальних впливів гіпнотизера або цілеспрямованого самонавіювання. В більш загальному значенні, гіпноз — це соціально-медичне поняття про комплекс методик цілеспрямованого словесно-звукowego впливу на психіку людини через загальмованому певним способом свідомість, що призводить до несвідомого виконання різних команд і реакцій, особливо, яка знаходиться при цьому в штучно-викликаному стані загальмованості організму — дрімоти або псевдосну.

Вважається, що стан волі та свідомості особи під впливом гіпнозу — це пост-стресова реакція організму на зовнішній психічний подразник. Як зазначається в спеціальних джерелах, у відповідь на гіпногенний стрес запускаються природні адаптаційні механізми, чим й обумовлені такі гіпнотичні феномени, як аналгезія (зниження або повне усунення чутливості до болю), анестезія (повна втрата чутливості в зв'язку з відновлюваною блокадою функції чутливих нервів), амнезія (часткова або загальна нездатність згадувати віддалені або недавні події).

Гіпноз поділяється на види за глибиною впливу на волю та свідомість особи. Зазначається, що глибокий гіпноз — це рівень, що дозволяє суб'єкту функціонувати адекватно й безпосередньо на несвідомому рівні без впливу свідомого розуму. На рівні легкого гіпнозу має місце взаємодія свідомого розуміння й очікувань з певним ступенем вольової участі. Таким чином, під впливом глибокого гіпнозу особа повністю втрачає можливість свідомо-вольового контролю над своїми діями (діяння, вчинені у такому стані, в тому числі й злочинні, обумовлені підсвідомістю, яка може скеровуватися волею та свідомістю особи-гіпнотизера, тобто має місце опосередковане вчинення злочину), а під впливом легкого гіпнозу — лише частково (діяння, вчинені в такому стані, обумовлюють наявність стану обмеженої осудності).

Щодо магії, то вона визначається як: сукупність прийомів і обрядів, що здійснюються з метою вплинути надприродним шляхом на явища природи, тварин або людину; різноманітні ритуали, спрямовані на використання таємних потойбічних, надприродних сил для досягнення людських цілей; найдавніша форма організації колективної діяльності та комунікації; форма раннісрелігійних вірувань;

перший тип спеціалізованої творчої діяльності. Найбільш відомим дослідником магії вважається Дж. Фрезер.

Магія традиційно поділяється на три основні різновиди: 1) симпатичну, що базується на вірі в те, що подібні об'єкти взаємопов'язані на надприродному рівні; 2) теургію — віру у спроможність спілкуватися, маніпулювати надприродними істотами; 3) психургію — людина переконана в спроможності силою свого «духу» впливати на волю інших людей. За безпосередньою метою магія буває промисловою, любовною (приворотна, відворотна), шкідливою (чорна магія), лікувальною (біла магія), погодозмінною тощо. За ступенем безпосередності фізичного контакту з об'єктом впливу магію поділяють на контактну і дистанційну (вербальну, візуальну, через середовище — аква-, піро-, аеро-, герба-, літомагію тощо).

Видається, що вчинення суспільно небезпечних діянь під впливом магії характеризується тим, що власна воля та свідомість особи-суб'єкта блокується волею та свідомістю особи-мага за допомогою певних прийомів та засобів, а діяння, таким чином, обумовлюються свідомо-вольовим моментом суб'єктивної сторони останнього. За таких умов, ми також можемо говорити про опосередковане вчинення суспільно небезпечного діяння.

Найбільш цікавим і в той же час складним для розуміння явищем є психологія мас, оскільки тут ідеться про вплив на волю та свідомість не однієї особи, а певної групи людей. Психологія мас (психологія натовпу) — це особливості поведінки і мислення значної кількості людей, що мають спільність поглядів і почуттів. Психологія мас конкретизується в системі ознак, серед яких найбільш істотними є наступні: 1) психологічний натовп — це скупчення людей в одному місці, а людська сукупність, що володіє спільною психічною складовою; 2) індивід існує свідомо, а маса, натовп — неусвідомлено, оскільки свідомість індивідуальна; 3) натовпи консервативні, незважаючи на їх революційний спосіб дії, для них, як і для всіх, хто знаходиться в стані гіпнозу, минуле є більш значимим ніж сьогоднішнє; 4) маси, натовпи потребують підтримки «вождя», який їх полонить своїм гіпнотизуючим авторитетом, а не доводами розуму й не підпорядкуванням силі. Пропаганда й комунікація мають ірраціональну основу. Завдяки цьому долаються перешкоди, які стоять на шляху до дії. Оскільки в більшості випадків наші дії є наслідком переконань, то критичний розум і відсутність переконаності заважають діяти. Такі перешкоди можна усунути за допомогою гіпнотичного, пропагандистського навіювання, а тому пропаганда, адресована масам, повинна використовувати енергетику й образну мову алегорій з простими і наказовими формулюваннями; 5) з метою управління масами (партією, класом, нацією і т. п.) особа-керівник має спиратися на якусь вищу ідею, яку впроваджують і вирощують у свідомості людей, у результаті чого вона перетворюється на колективні образи і дії.

Психологія мас розповсюджує свою дію на волю та свідомість певної групи людей. Тому вчинення будь-яких діянь такими групами осіб, в тому числі і злочинних, може обумовлюватись волею та свідомістю особи-лідера, а власна воля та свідомість осіб, які є членами такої групи (натовпу), блокується волею та свідомістю керівника.

Таким чином, вчинення діянь під впливом таких психічних прийомів, як гіпноз, магія та психологія мас, у тому числі й суспільно небезпечних, відповідальність за які передбачена КК України, характеризується тим, що свідомість та воля виконавця, які визначають суб'єктивну сторону діяння, блокуються волею та свідомістю особи-гіпнотизера (мага, лідера) та спрямовуються останньою. В

даному разі, думається, мають місце своєрідні, опосередковані інтелектуальний та вольовий моменти суб'єктивної сторони вчинюваного діяння. Оскільки виконавець при вчиненні діяння не має змоги самостійно усвідомлювати свої діяння та керувати ними, кримінальна відповідальність такої особи виключається. Тобто особа-суб'єкт вчинює злочинне діяння опосередковано, завдяки волі та свідомості особи, що створює психічний вплив, якому особа-виконавець нездатна чинити опір.

Суб'єктивна сторона злочинних діянь, вчинених під впливом гіпнозу, магії та психології мас, обумовлюється опосередкованою виною. На нашу думку, опосередкована вина — це особливий психічний стан виконавця злочину, при якому усвідомлення суспільно небезпечного характеру діянь та (або) їх наслідків і бажання їх вчинення та (або) настання, обумовлені виявленням волі та свідомості особи, що створює психічний вплив, якому виконавець не здатний протидіяти. Наявність опосередкованої вини при вчиненні суспільно небезпечного діяння виключає кримінальну відповідальність безпосереднього виконавця злочину. Оскільки наявність опосередкованої вини впливає на кваліфікацію злочину, під час досудового розслідування та призначення покарання правозастосовні органи мають встановлювати наявність або відсутність впливу таких чинників, як гіпноз, магія та психологія мас на психіку особи, яка вчинила злочин.

**СФРЕМОВ С. О.**, доцент кафедри кримінального права та кримінології юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук, доцент

#### **Законодавча регламентація видів учасників організованої злочинної діяльності**

Потреба регламентація в кримінальному праві України видів учасників організованої злочинної діяльності зумовлюється особливим характером її організації, що проявляється передусім у виділенні таких видів діяльності (функцій) її учасників, що не мають безпосереднього відношення до вчинення конкретних злочинів, а спрямовані на забезпечення існування її своєрідного колективного суб'єкта — організованого злочинного угруповання та здійснення ним стабільної злочинної діяльності. Іншими словами, вказана злочинна діяльність породжує такі прояви злочинної поведінки окремих її учасників, котрі не впливають у законодавчу характеристику видів співучасників злочину (ст. 27 КК) та співучасті у злочині (ст. 26 КК).

На відміну від видів співучасників злочину, види учасників організованої злочинної діяльності не знайшли розгорнутого системного відображення в чинному КК України. Разом із тим про них ідеться в окремих статтях Загальної частини КК. Так, у ч. 3 ст. 27 КК у визначенні організатора злочину йдеться про особу, котра утворила організовану групу чи злочинну організацію або керувала нею, а також про особу, що забезпечувала фінансування чи організувала приховування злочинної діяльності якогось із вказаних злочинних об'єднань. У ст. 30 КК вказується на учасників організованої групи та злочинної організації. В законі відсутні пояснення, як співвідносяться ці учасники з видами співучасників злочину, що передбачені у ст. 27 КК. Обидві вказані статті поміщені в розділ «Співучасть у злочині», отже, можна стверджувати, що зазначені учасники в розумінні законодавця є співучасниками злочину. До такого висновку підводить і той факт, що в кримінальному законі організована злочинна

діяльність як самостійне кримінально-правове явище не представлена, а її окремі прояви підводяться під поняття співучасті у злочині. Тому інститутом співучасті у злочині охоплюються лише види співучасників злочину і не передбачаються види учасників організованої злочинної діяльності. Законодавець відмовився від системної їх регламентації і обмежився розширенням обсягу поняття організатора злочину. Проте таке реагування законодавця на сучасні прояви організованості в злочинності є вельми спірним. Передусім некоректним є отождошення організатора злочину та організатора злочинної діяльності стійкого злочинного об'єднання, його керівника, діяльність якого може виходити далеко за межі організації конкретного злочину і навіть не бути безпосередньо пов'язаною з ним. Потребує додаткових пояснень і положення про організатора злочину – особу, котра утворила організовану групу чи злочинну організацію. Виникає, зокрема, питання, кого належить вважати такою особою, якщо створення відповідного організованого злочинного угруповання є справою колективною, в якій мають брати участь декілька осіб. Виходить, до кожної із них можна застосувати законодавче визначення організатора злочину. Безпідставним є й отождошення з організатором злочину особи, котра забезпечувала фінансування або організувала приховування злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації.

Не розв'язується досліджувана проблема й у теорії кримінального права. Оскільки здебільшого організована злочинна діяльність не визнається у літературі самостійною формою спільного вчинення злочинів, а її прояви розглядаються в контексті співучасті в злочині, види її учасників окремо також не вивчаються. Поширеним є віднесення до випадків протиправної діяльності стійких злочинних об'єднань тих же видів учасників (з відповідним окресленням їх функцій), що й при співучасті в злочині, – організатора, підбурювача, пособника та виконавця. Нарешті, сама по собі організована злочинна діяльність не досліджується як певна цілісність, коли злочини, що становлять її зміст, мають розглядатися як її взаємопов'язані складові. Навпаки, й у теорії, і на практиці ці складові розглядаються як ізольовані одне від одного діяння. При цьому, якщо такі діяння скоюються декількома особами, все виглядає зовні так, як при співучасті в злочині, – і характер дій осіб, і спосіб їх взаємодії.

У КК України мала б відбутися системна регламентація всіх видів учасників організованої злочинної діяльності, подібно до того, як це зроблено по відношенню до співучасників злочину. Така регламентація сприяла би розв'язанню низки важливих у теоретичному та практичному аспектах завдань, зокрема: окреслення кола осіб, котрі мають визнаватися учасниками злочинної діяльності організованих злочинних угруповань; визначення функцій, що характерні для окремих видів учасників і реалізуються кожним із них у спільній злочинній діяльності; оцінки соціального та правового значення виконуваних функцій; забезпечення криміналізації певних видів суспільно небезпечних діянь – форм участі в організованій злочинній діяльності.

Поняття учасника відображає участь окремої особи в якійсь спільній справі. Учасником організованої злочинної діяльності, відповідно, може визнаватися особа, котра так чи інакше, прямо чи опосередковано, бере в ній участь. Форми такої участі різноманітні й водночас жорстко детерміновані характером функцій, об'єктивно необхідних для успішного здійснення зазначеної діяльності. Тож при виділенні видів її учасників вирішального значення

набуває врахування типових функцій, що із закономірністю виділяються в межах злочинної діяльності організованих злочинних угруповань. Разом із тим додатковим фактором, яким впливає на диференціацію видів учасників, є відношення учасника до організованого злочинного угруповання, а саме фактор членства в ньому.

Першу групу учасників утворюють особи, пов'язані зі злочинним об'єднанням відносинами членства. Це передусім керівник угруповання, особа, котра здійснює управління ним. Це також особи, котрі беруть участь в окремих вчинюваних угрупованням злочинах, виконуючи при цьому функції, подібні до тих, що виконуються співучасниками злочину. У дану групу входять учасники, котрі забезпечують умови існування та розвитку організованого злочинного угруповання, наприклад, охоронець керівника, член угруповання, котрий надає приміщення для проведення зібрань, переховування злочинно набутого майна, коштів, особа, котра надає в розпорядження угруповання транспорт, особа, котра здійснює захист членів угруповання від кримінального переслідування тощо. У цю групу входять й особи, котрі створюють умови здійснення угрупованням злочинної діяльності в цілому, не беручи участі в окремих її епізодах. Змістом їх участі в діяльності угруповання можуть брати участь у розробці стратегії злочинної діяльності угруповання, навчання членів угруповання способам вчинення злочинів, техніці володіння зброєю, виготовлення знарядь вчинення злочинів, пошук об'єктів можливих злочинних посягань тощо.

Другу групу учасників складають особи, котрі не входять до складу угруповання, але беруть участь у його злочинній діяльності, виконуючи здебільшого функції, тотожні тим, що їх виконують члени угруповання, окрім функції керівництва ним. Проте, на відміну від членів угруповання, ці функції реалізуються ними епізодично.

Загалом ідеться про учасників, котрі беруть безпосередню участь у злочинній діяльності окремого організованого злочинного угруповання. Саме їх види мали б стати предметом регламентації у відповідній нормі Загальної частини КК. Звісно, обов'язковою передумовою законодавчої регламентації видів учасників організованої злочинної діяльності має бути «узаконення» вказаної діяльності як самостійного кримінально-правового феномену.

*ХИЛЬЧЕНКО А. С., доцент кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук*

### Прикладні засади інституту призначення покарання

Сучасне кримінальне законодавство та пеналізаційна практика вимагають переосмислення сучасного механізму реалізації кримінальної заборони з тим, щоб підвищити ефективність кримінального примусу, справедливості та доцільності його застосування та мінімізувати прояви корупційного елементу. А тому важливим є огляд та окреслення основних проблем, що складаються при реалізації кримінальної відповідальності у сфері пеналізаційної практики крізь призму зловживання суддівським правом. За вироками, що набрали законної сили в 2015 році, засуджено 94,8 [102,2] тис. осіб, що на 7,2 відсотків менше ніж минулого року, з них майже 11 (11,6%) тис. жінок. До довічного позбавлення волі засуджено 45 [24] осіб. Службові обмеження та тримання в дисциплінарному батальйоні застосовано до 340 [103] військовослужбовців.

Статистика основних видів покарань та кількості осіб, звільнених від покарання, у 2015 р.: звільнено від покарання — 41997 осіб (44,7%), призначено штраф — 18652 (19,8%); громадські роботи — 8622 (9,2%); арешт — 3510 (3,7%); обмеження волі — 1504 (1,6%); позбавлення волі — 19765 (21,0%). За судовими рішеннями, що набрали законної сили, виправдано 306 [322] осіб, стосовно 18,3 [21,7] тис. осіб справи закрито.

Аналізуючи зміни, внесені Законом від 15 квітня 2008 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності» до Особливої частини КК, необхідно відзначити, що дані зміни в основному стосувалися кримінально-правових санкцій. По-перше, вказаним законом значно розширено застосування таких видів покарань, як штраф, громадські роботи, арешт, обмеження волі, що сприятиме більш широкому застосуванню судами покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, є позитивним з огляду на наступне. По-друге, вказаним законом значно знижені як верхні, так і нижні межі санкцій у бік скорочення широти їх діапазону і дійсно саме з «прив'язкою» їх до категорій злочинів. Так, наприклад, у ч. 2 ст. 317 КК строк позбавлення волі слова «від п'яти до дванадцяти років» замінено «позбавленням волі від чотирьох до восьми років». Дані зміни мають велике значення, адже обмежують суддівський розсуд, що є гарантією законності прийнятих ними рішень.

У пункті 3 ч. 1 ст. 65 КК України закон зобов'язує суд при призначенні покарання враховувати: а) ступінь тяжкості вчиненого злочину; б) особу винного; в) обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання. «Ступінь тяжкості вчиненого злочину» (п. 3 ч. 1 ст. 65 КК України) більш широке поняття ніж «типовий ступінь тяжкості злочину», оскільки включає не тільки конкретне значення визначених у диспозиції найбільш загальних і типових ознак складу злочину, а й містить індивідуальні ознаки вчиненого, які знаходяться поза ознаками складу злочину. Однак законодавча вимога про врахування тяжкості вчиненого злочину не формує конкретних критеріїв визначення такого неоднозначного юридичного поняття. Тому вважаємо доцільним закріпити такі критерії.

Покарання призначається за злочин, проте застосовується до конкретної особи, тому врахування судом даних, які всебічно характеризують особу винного, є гарантією призначення справедливого покарання й умовою досягнення мети, яка перед ним поставлена. Конкретні практичні роз'яснення щодо того, що саме потрібно враховувати під ступенем тяжкості вчиненого злочину та особою винного містяться в постанові пленуму Верховного Суду України № 7 від 24 жовтня 2003 року «Про практику призначення судами кримінального покарання» зі змінами, внесеними згідно з постановою пленуму ПКСУ № 18 від 10 грудня 2004 р., № 8 від 12 червня 2009 р. та № 11 від 6 листопада 2009 р. Видається необхідним, враховуючи судову практику та роз'яснення, до критеріїв оцінки ступеня тяжкості вчиненого злочину відносити: 1) класифікацію злочинів, закріплену в статті 12 КК; 2) особливості конкретного злочину та обставини його вчинення: форма вини, час, місце, спосіб, стадія вчинення, кількість епізодів злочинної діяльності, роль кожного зі співучасників, якщо злочин вчинено групою осіб, поширеність злочину; 3) наявність, характер і ступінь тяжкості наслідків, що спричинені потерпілому, державі та третім особам у результаті вчинення злочину; 4) характер відносин винної особи з потерпілим. Критерії оцінки особи винного: 1) вік, стан фізичного та психічного здоров'я; 2) поведінка

до вчинення злочину, способу життя, характеристика за місцем роботи чи навчання; 3) наявність не знятих чи не погашених судимостей, адміністративних стягнень; 4) наявність на утриманні дітей та осіб похилого віку; 5) матеріальний стан винної особи; 6) мотиви та мета злочину.

Сучасному кримінальному праву притаманне зростання ролі диспозитивних відносин у механізмі кримінального-правового регулювання, розширення індивідуалістських, приватних засад, послаблення формалізації та обов'язковості покарання, що веде до віртуальної реальності кримінально-правової заборони, Законом № 4652-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України» у КК стаття 65 доповнена частиною п'ятою такого змісту: «У випадку затвердження вироком угоди про примирення або про визнання вини суд призначає покарання, узгоджене сторонами угоди». Внесення такої новели до кримінального законодавства зумовлює необхідність дослідження правил призначення покарання в передбачених випадках та аналізу практики застосування цієї норми. Відповідно до ч. 5 ст. 65 КК та ч. 1 ст. 475 КПК за наявності угоди про примирення суд призначає узгоджену сторонами міру покарання. При цьому виникає питання про межі такого покарання. Як впливає з ч. 2 ст. 469 КПК України єдиним обмеженням є можливість укладення таких угод у провадженні щодо кримінальних проступків, злочинів невеликої чи середньої тяжкості та в кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення. При цьому чи повинна така угода відповідати загальним засадам призначення покарання, чи ні, не йдеться ні в процесуальному, ні в матеріальному законодавстві. Певне тлумачення механізму призначення покарання за наявності угод про примирення міститься в інформаційному листі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 223-1679/0/4-12 від 15.11.2012 р. «Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод». Зокрема, в п. 3 цього інформаційного листа вказано, що аналіз статей 65 і 75 КК ... свідчить, що домовленості сторін угоди при узгодженні покарання не мають виходити за межі загальних засад призначення покарання, встановлених законом України про кримінальну відповідальність. Незважаючи на позитивну динаміку затверджених вироків на підставі угод, з огляду на те, що цей інститут є новим для кримінального судочинства, його механізм ще не відпрацьовано судовою практикою та достатньою мірою не досліджено науковою доктриною.

Можна відмітити певні подібні помилки в сфері призначення покарання. Вони проявляються у: 1) порушенні законодавчих меж призначення покарання; 2) у визначенні покарання в такому виді, в якому вирок практично неможливо виконати; 3) неврахуванні приписів Загальної частини КК, які стосуються умов застосування тієї чи іншої міри впливу; 4) непереконалому мотивуванні обраного покарання; 5) неврахуванні або недостатньо повному врахуванні даних у справі (провадженні).

Зловживанням суддівським правом властива прихована неправомірність (але в рамках кримінальна права не караність), а з іншого — формальна правомірність (за якої наноситься шкода іншим суб'єктам). З огляду на зазначене в кримінальному праві зловживання правом як характеристика розсудової діяльності виступає в якості особливого варіанту правової поведінки, який судді можуть виконувати поряд із правомірною поведінкою або протиправною, якщо суддівський розсуд переростає в свавілля.



Законодавчі нормативи дають можливість зловживання в кримінальному праві в межах закону, тобто діяння, яке не порушує спеціальні приписи ст. 375 КК України, однак є шкідливим неправомірним явищем. Зловживання правом як характеристика суддівського розсуду у рамках закону може мати своїм результатом скасування вироків. Однак таке зловживання, на відміну від кримінально-караного зловживання владою або службовим становищем (яке не є характеристикою суддівського розсуду), не має наслідком притягнення винного (судді) до кримінальної відповідальності, питання може ставитися про притягнення судді до дисциплінарної відповідальності і то не завжди. Притягнення суддів до кримінальної відповідальності за ст. 375 КК має ряд проблемних аспектів на практиці: 1) щодо «скасованості» судового рішення як підстави притягнення до кримінальної відповідальності за ст. 375 КК України; 2) відмежування зловживання суддівським розсудом, що існує в рамках закону, від суддівського свавілля як характеристики правопорушення, передбаченого ст. 375 КК України; 3) ознака складу злочину як «завідомість» та «формула вини» при вчиненні діяння, передбаченого зазначеною раніше статтею. А тому необхідним є вироблення нових шляхів кримінально-правового стримування зловживання та неналежної реалізації норми кримінально-правового примусу в пеналізаційній практиці.

#### НАПРЯМ 4

### Питання Особливої частини кримінального права України

**БОРОВЕНКО В. М.**, завідувач кафедри суспільно-правових дисциплін Таврійського національного університету імені В.І. Вернадського, кандидат юридичних наук, доцент

#### Місце злочинів проти громадської безпеки в системі Особливої частини КК України

В умовах інтервенції, громадянської війни, бандитизму та розрухи, а також маючи сусідів, котрі намагалися поширити свою владу на Україну, в 1922 р. УСРР ввійшла до складу СРСР, втративши незалежність. В 1927 р. набрав чинності КК УСРР, в якому були сформовані норми, котрі захищали громадську безпеку, зокрема, статті 54-7, 54-8, 54-9 та 54-11 Розділ I. «Контрреволюційні злочини», статті 56-17, 56-28, 56-29 Розділ II. «Злочини проти порядку управління, підрозділ А. Особливо для Союзу РСР небезпечні злочини проти порядку управління» та ст. 74-1 підрозділ Б. «Інші злочини проти порядку управління», а також ст. 196 Розділу VIII. «Порушення правил, що охороняють народне здоров'я, громадську безпеку і публічний порядок» (ЗУ УСРР – 1927. – № 58-59. – Ст. 232).

У другій половині 30-х років минулого століття в надмірно заполітизованій ситуації в державі все ж таки вперше в теорії кримінального права ставиться питання про розмежування понять: «порушення правил, які охороняють народне здоров'я, громадську безпеку та громадський порядок». Однак цей період розвитку держави та права характеризувався подальшим загостренням політичної («класової») боротьби, жорсткими процесами індустріалізації, колективізації, голодомору, боротьбою з «ворогами народу», світовою війною, боротьбою в партії та державних структурах, що підштовхнуло до зростання ролі репресивних органів в державі та жорстких

позаправових заходів, котрі призвели до багатомільйонних жертв.

У 50-ті – 60-ті роки політизація процесу охорони правопорядку в суспільстві дещо знизилася, але розширене їх тлумачення під лозунгом «забезпечення умов соціалістичного гуртожитку», «виховання трудівників» тощо все-таки призводило до неузгодженості кримінально-правових норм і тому в КК УСРР (1960) ці злочини містилися в розділі «Державні злочини» та інших. Крім того, відбуваються ситуативні, перманентні зміни законодавства, підслідності тощо, при повному ігноруванні теорії права. В цій історії ще багато темних сторінок, що потребують спеціального більш глибокого дослідження та встановлення помилок, які ніколи не повинні повторитися.

По-перше, злочини, що посягають на громадську безпеку та громадський порядок у КК УСРР (1960) знаходилися в різних розділах, а часто низку дефініцій ми знаходимо навіть у підзаконних актах. Так, ці кримінально-правові норми містилися в Розділі 1, «Державні злочини, 1. Особливо небезпечні державні злочини (ст. 58 та ст. 64)» та 2. «Інші державні злочини (ст. 69)», а також Розділу X, «Злочини проти громадської безпеки, громадського порядку і народного здоров'я (ст. 220-1, ст. 221, ст. 221-1, ст. 222, ст. 223, ст. 224 і ст. 225».

Це свідчить про багатовекторність підходів щодо витоків небезпеки для суспільства, законодавчого закріплення заходів протидії їм, компетенції правоохоронних органів тощо, а звідси й поява розмитого тлумачення поняття «громадська безпека» та «громадський порядок».

У цьому зв'язку, керуючись напрацюваннями попередників і чинним законодавством, **Яценко Станіслав Сергійович** в своєму науковому дослідженні наголошує, що громадський порядок – це стан суб'єктів, які взаємодіють між собою в межах, визначених нормами права та правилами співжиття, й одночасно гарантують стан суспільного спокою, не спричиняючи шкоди індивідуальній свідомості й духовному стану людей, і тому він не співпадає з громадською безпекою (Яценко С. С. Уголовно-правовая охрана общественного порядка. Сравнительно-правовой аспект. - К.: Изд-во при Киев. гос. университете издательского объединения «Вища школа», 1986. – С.27 – 28).

Дещо пізніше Яценко С. С. на основі свого багаторічного дослідження підкреслив, що в главі X Особливої частини КК УСРР (1960) встановлена відповідальність за злочини, що посягають на громадську безпеку, громадський порядок і народне здоров'я, але питання про родовий об'єкт (об'єкти) цих злочинів у доктрині кримінального права (до сьогодення, – Б.В.) вирішується неоднозначно. Саме тому Станіслав Сергійович запропонував розглядати громадський порядок, громадську безпеку та народне здоров'я як самостійні родові об'єкти злочинів, котрі він на той час визначив таким чином:

— **громадський порядок** - соціальна цінність, яка перебуває під охороною закону (статті 206 – 213 та 215-3) і характеризує такий стан суспільних відносин, що забезпечує спокійні умови суспільно корисної діяльності, відпочинку та побуту людей, включаючи зовнішні умови нормального функціонування підприємств, установ та організацій, дотримання суспільної моралі, а також принципів користування матеріальними благами. Отже, цілком доречно дослідник підкреслював, що громадський порядок це стан, який відповідає нормам права (правовий порядок), нормам співіснування й одночасно гарантує стан громадського спокою, не заподіює шкоди індивідуальній свідомості і психічному стану людей;

— **громадська безпека** – соціальна цінність, що перебуває під охороною закону (статті 215, 215-2, 215-4, 215-5, 217 – 225, 228-2 – 228-6) й означає такий стан суспільних відносин, який характеризується відсутністю небезпеки для людей і матеріальних цінностей при поводженні з джерелами загальної небезпеки, здійсненні робіт підвищеної небезпечності. Неналежне поводження з цими предметами, порушення правил поводження з ними може викликати руйнування, спричинити шкоду особистим благам невизначеного кола людей їх життя та здоров'ю, а також майну;

— **народне здоров'я** – це здоров'я невизначеного кола осіб, що характеризується забезпеченням можливості здорового буття населення країни шляхом надання їм кваліфікованої медичної допомоги, створення належних умов медико-санітарного характеру, боротьби з поширенням шкідливих для здоров'я людей засобів і речовин.

Як наслідок, у КК УРСР (1960) була створена глава Х «Злочини проти громадської безпеки, громадського порядку та народного здоров'я», однак у чинному КК України (2001) ця система була зруйнована.

По-друге, після 1991 р. на теренах колишнього СРСР виникає низка нових держав, які переглядають свій політико-правовий стан і напружують нове національне законодавство.

Враховуючи євроінтеграційні прагнення, чинне законодавство України та теорію кримінального права, ми стверджуємо, що однією з гострих проблем є, зокрема, відсутність нормативного визначення поняття «громадська безпека», що породжує термінологічну плутанину між першою та «громадським порядком», і, як наслідок, розмитість компетенцій низки правоохоронних органів тощо.

Проаналізувавши доступні першоджерела, закони та низку кримінальних кодексів автор стверджує, що **громадська безпека** є невід'ємною складовою частиною національної безпеки держави й має визначитися чинним законодавством України як стан захищеності особи та суспільства в цілому від внутрішніх загроз при відсутності реальних та потенційних посягань на життя і здоров'я, благополуччя, свободу й недоторканність особи, майно, власність та інші правовідносини, а також загальний морально-психічний та соціальний настрій, вільний від страху невизначеного кола людей.

По-третє, виходячи з реалій сьогодення та з метою створення надійного стану загальної безпеки та громадського спокою особи, суспільства та держави створюються відповідна правова база, система правоохоронних органів, оперативного-розшукових, процесуальних, а також інших заходів, за допомогою яких унеможливується виникнення загроз для недоторканності та безпеки особи, цілісності громадянського суспільства, його стабільного й упорядкованого розвитку, власності та інших невід'ємних соціальних цінностей задля забезпечення громадського миру та правопорядку.

Таким чином, загальна безпека особи та суспільства, громадська безпека та мир, спокій та правопорядок мають стати невід'ємними складовими частинами **національної безпеки України**. В КК України та відповідних законах злочини, що аналізуються, мають бути побудовані за такою внутрішньою структурою, наприклад, Розділ 1. «Злочини проти основ національної безпеки України» (родовий об'єкт), з відповідними підрозділами: «зовнішня безпека, громадська безпека, суспільний правопорядок та спокій...», в якості видових об'єктів. При цьому необхідно враховувати, що ототожнювати національну безпеку

з громадською безпекою, як мінімум некоректно, оскільки остання є лише підпорядкованою складовою частиною першої, а суспільний порядок та спокій тощо мають стати невід'ємними складовими громадської безпеки, оскільки за своєю сутністю та змістом вони найбільш наближені до громадської безпеки.

*ГРЕВЦОВА Р. Ю., доцент кафедри адміністративного права, директор Навчально-наукового центру медичного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка,*

*ГУСЕВА Г. В., фахівець Навчально-наукового центру медичного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

### **Актуальні проблеми кримінально-правової охорони відносин у сфері до клінічного вивчення, клінічних випробувань і державної реєстрації лікарських засобів**

Протягом останніх десятиліть, які позначаються підвищенням уваги до громадського здоров'я та прав людини у сфері охорони здоров'я, питання кримінально-правової охорони відносин, пов'язаних із забезпеченням доступу до лікарських засобів належної якості, набуває все більшого значення. Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення відповідальності за фальсифікацію або обіг фальсифікованих лікарських засобів» від 05.07.2012 р. № 5065-VI (далі – Закон № 5065-VI) Кримінальний кодекс України було доповнено статтею 321-2, яка запровадила кримінальну відповідальність за порушення встановленого порядку доклінічного вивчення, клінічних випробувань і державної реєстрації лікарських засобів.

Правники, однак, цілком справедливо поставили питання про необхідність дослідження доцільності криміналізації вказаних діянь та відповідності санкцій статті 321-2 КК України суспільній небезпечності посягань, передбачених нормами цієї статті.

Деякі дослідники, зокрема В. О. Гацелюк та Я. О. Гребенюк, вважають, що в даному випадку відбулася помилкова криміналізація (Гребенюк Я.О., Злочини, пов'язані з лікарськими засобами: проблеми криміналізації // Вісник Луганського університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка. – 2012. – № 4, – С. 115).

Це питання є вельми актуальним і з огляду на наявність у Кримінальному кодексі України інших статей, за якими можливе настання кримінальної відповідальності за діяння, вчинені у зв'язку з доклінічним вивченням, клінічними випробуваннями і державною реєстрацією лікарських засобів, насамперед статті 141 КК України. 31 серпня 2012 року, тобто менш ніж через місяць після набрання чинності Законом № 5065-VI, народний депутат України VII скликання В. М. Харлім подав проект Закону «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо скасування кримінальної відповідальності за порушення встановленого порядку до клінічного вивчення, клінічних випробувань та державної реєстрації засобів» (реєстр. № 11129). Проаналізувавши зазначений законопроект, Головне науково-експертне управління Верховної Ради України в своєму висновку відзначило, що «враховуючи те, що з моменту набрання чинності вказаним Законом (із 2 серпня 2012 р.) пройшло надто мало часу для того, щоб отримати об'єктивну інформацію про ефективність дії статті 321-2, поспішна декриміналізація

злочинів, передбачених цією статтею, буде свідчити про непослідовність державної політики у цій сфері» (Висновок головного науково-експертного управління ВРУ на проект ЗУ «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо скасування кримінальної відповідальності за порушення встановленого порядку доклінічного вивчення, клінічних випробувань та державної реєстрації засобів».

Із цього часу пройшло кілька років, що дозволяє нам зробити певні висновки. За даними Державної судової адміністрації, одержаними у відповідь на запит одного з авторів цих тез, серед засуджених осіб, вироки щодо яких набрали законної сили в 2012–2014 рр., не було жодної особи, засудженої за вчинення злочину, передбаченого статтею 321-2 КК України. За даними Генеральної прокуратури України, у 2013 році було зареєстровано й обліковано 3 кримінальні правопорушення (провадження) за ст. 321-2 КК України. У 2014 році було зареєстровано 4 кримінальні правопорушення (провадження) за вказаною статтею, провадження за двома з яких закриті за реабілітуючими обставинами, решту кримінальних правопорушення обліковано.

Відзначимо, що подібна ситуація спостерігається й стосовно поширеності злочинів, передбачених статтею 141 КК України. Незважаючи на порівняно невисокий рівень поширеності цих посягань, на нашу думку, повністю відмовлятися від кримінальної відповідальності за діяння, вчинені у зв'язку зі створенням лікарських засобів, принаймні на цьому етапі розвитку фармацевтичного ринку в Україні, не варто, адже певні порушення можуть становити значну небезпеку для життя і здоров'я особи та здоров'я населення.

Інша річ, що необхідно усунути невинуватого конкурентів норм, удосконалити конструкцію відповідної статті кримінального закону (зокрема статті 321-2 КК України) та забезпечити відповідність кримінально-правової санкції ступеню суспільної небезпечності посягання.

Щодо конкуренції норм статті 141 КК й частини третьої статті 321-2 КК, то об'єктивна сторона злочину, передбаченого статтею 141 КК, містить лише окремі порушення з-поміж порушень порядку проведення клінічних випробувань лікарських засобів, які можуть спричинити тяжкі наслідки. Так, наприклад, нею не охоплюються такі діяння, як неповідомлення про побічні явища та реакції, незупинення клінічного випробування в разі підвищення ризику для здоров'я або життя досліджуваних тощо. Слід звернути увагу на те, що стаття 141 КК існувала в Кримінальному кодексі України задовго до його доповнення статтею 321-2. Даючи кримінально-правову характеристику злочину, передбаченого статтею 141 КК України, Г. В. Чеботарьова справедливо звернула увагу на невідповідність заголовку розглядуваної статті («Порушення прав пацієнта») її змісту, пропонуючи сформулювати його як «Грубе порушення встановленого законом порядку проведення клінічних випробувань лікарських засобів» (Чеботарьова Г. В. Кримінально-правова охорона правопорядку в сфері медичної діяльності: монографія. — К.: КНТ, 2011. — С.334 – 335).

Дійсно, саме це і є «квінтесенцією» розглядуваної статті. Проте зараз, за наявності норми частини третьої статті 321-2 КК України, яка охоплює весь спектр порушень порядку проведення клінічних випробувань лікарських засобів, в тому числі усі порушення прав пацієнта, що бере участь у клінічному випробуванні, якщо ці порушення спричинили тяжкі наслідки, потреби в статті 141 КК

України не вбачається. На нашу думку, її доцільно виключити.

Утім, розглядувані порушення, особливо порушення порядку проведення клінічних випробувань лікарських засобів, все ж таки можуть створювати загрозу для життя і здоров'я людини та здоров'я населення. Проте самі по собі процедурні порушення (які можуть бути й незначними) суспільної небезпечності не становлять. Вони можуть становити суспільну небезпечність, якщо несуть загрозу настання тяжких наслідків.

На наше переконання, суспільно небезпечним діянням, яке потребує кримінальної заборони, є порушення порядку проведення доклінічного вивчення, клінічних випробувань, державної реєстрації лікарських засобів, якщо таке порушення створило загрозу спричинення або спричинило смерть пацієнта (добровольця) або інші тяжкі наслідки.

*ДУДОРОВ О. О., завідувач кафедри кримінального права та правосуддя*

*Запорізького національного університету, доктор юридичних наук, професор*

### **Про кримінально-правову оцінку одержання службовою особою неправомірної вигоди за діяння, яке ця особа з урахуванням її службового становища вчинити не спроможна**

Указане питання кваліфікації належить до числа дискусійних при тому, що воно має неабияке практичне значення (зокрема, через запроваджене законодавцем обмеження можливості застосування низки пільгових кримінально-правових засобів щодо осіб, які вчинили корупційні злочини). Традиційно в судовій практиці обстоювалося широке розуміння використання службового становища при одержанні хабара, яке охоплювало використання службовою особою свого службового авторитету, зв'язків з іншими службовими особами, інших можливостей, обумовлених займаною посадою. Наголос робився на тих фактичних можливостях по службі, які виходять за межі службової компетенції винного та яких позбавлені особи, котрі не займають ту чи іншу посаду.

Поява в КК ст. 369-2, крім усього іншого, фактично означає, що законодавець з усіх форм передбаченого ст. 368 КК одержання неправомірної вигоди вважає менш суспільно небезпечним одержання неправомірної вигоди за вжиття службовою особою завдяки своєму службовому становищу заходів до вчинення іншими службовими особами дій, які сам одержувач неправомірної вигоди вчинити не вправі. Одержання в цьому разі службовою особою неправомірної вигоди за здійснення впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави, з метою спонукати її вчинити певні дії чи утриматися від них утворює склад злочину «зловживання впливом» (наприклад, одержання головою суду неправомірної вигоди за вплив на прийняття процесуального рішення суддею очолюваного цим керівником суду). Виходить, що в розглядуваній ситуації має місце конкуренція загальної (ст. 368 КК) і спеціальної (ч. 2 і ч. 3 ст. 369-2 КК) норм. Обстоюють таке співвідношення вказаних кримінально-правових заборон, зокрема, такі відомі вітчизняні дослідники, як П. П. Андрушко, В. М. Киричко і Н. М. Ярмиш.

Пропоновані ж увазі читача тези присвячені іншій (так би мовити, дотичній) ситуації – одержанню службовою особою неправомірної вигоди за дію (бездіяльність), яку ця особа з урахуванням свого службового становища

(навіть у широкому розумінні зазначеного поняття) об'єктивно не спроможна вчинити при тому, що певна дія (бездіяльність) бажана для того, хто надає неправомірну вигоду (або для третьої особи) і вважає, що ця службова особа здатна вчинити таке діяння. Якщо звернутися до класики радянської юридичної літератури, то, наприклад, М. П. Кучерявий не вбачав у розглядуваній ситуації всіх ознак одержання хабара, посилаючись на текст кримінального закону, в якому йшлося про дії, які хабароодержувач міг або повинен був вчинити завдяки своєму службовому становищу (*Кучерявий Н. П. Ответственность за взятничество. — М., 1957. — С. 96–97*). З урахуванням того, що аналізовані дії службової особи є реалізацією умислу на заволодіння чужим майном шляхом зловживання довірою, не означають використання винним свого службового становища і передусім заподіюють шкоду відносинам власності, такі дії пропонуються розцінювати як шахрайство (*Пономарьова Т. І. Одержання неправомірної вигоди шляхом зловживання довірою: проблеми кваліфікації // Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції: збірник матеріалів III Міжнародної науково-практичної конференції, 3 квітня 2015 р., м. Харків. — Х., 2015. — С. 180–182*). Зустрічаються судові рішення, в яких обстоюється подібний підхід, влучно позначений К. П. Задосою як «концепція реальної можливості» (*Судова практика в справах про злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / Наук. ред. К. П. Задоя. — К., 2014. — С. 41–43*), і на підставі яких нерідко здійснюється перекваліфікація вчиненого службовими особами зі ст. 368 на ст. 190 КК з усіма правовими наслідками, що з цього випливають. Звернемося до матеріалів судової практики.

Вироком Подільського районного суду м. Києва від 3 квітня 2013 р. С. було засуджено за ч. 3 ст. 15, ч. 3 ст. 368 КК за те, що в період з 9 лютого по 8 квітня 2010 року він як прокурор з нагляду за додержанням і застосуванням законів на транспорті Київської області за попередньою змовою зі старшим слідчим цієї прокуратури Ш, вчинив незакінчений замах на одержання 50 тис. доларів США хабара від обвинуваченого за ч. 5 ст. 191 КК Л. за виконання в інтересах останнього дій з використанням наданих йому службових повноважень, — за те, що, здійснивши нагляд за розслідуванням справи, С. не буде втручатися й скасовувати постановлені Ш. процесуальні рішення, спрямовані на пом'якшення кримінальної відповідальності Л. В адресованій ВСУ заяві засуджений С. стверджував, що фактично вчинене ним діяння не є хабарництвом, а має кваліфікуватися як замах на заволодіння чужим майном шляхом обману чи зловживання довірою, оскільки він як прокурор не мав тих повноважень, за допомогою яких міг би здійснити дії на задоволення інтересів хабародавця. Зокрема, це стосується звільнення обвинуваченого за амністією, адже вирішення такого питання — повноваження виключно суду, і до того ж, Л. як особа, до якої раніше застосовувалася амністія, не міг бути за законом звільнений від кримінальної відповідальності за цією підставою.

В обґрунтування своєї тези про існуючу неоднаковість у правозастосуванні С. послався на низку ухвал ВССУ. Так, в ухвалі ВССУ від 14 серпня 2012 р. суд змінив рішення нижчестоящих судів і перекваліфікував дії засудженого з ч. 2 ст. 368 на ч. 1 ст. 190 КК, зазначивши, що головний спеціаліст відповідного відділу Київської міськради, будучи службовою особою, з урахуванням своїх обов'язків та функцій не був наділений правом приймати

рішення по суті питання щодо надання дозволу на проведення музичного фестивалю, залучення необхідних структур і служб для участі в організації та забезпеченні необхідних умов проведення цього заходу. В ухвалі ВССУ від 22 травня 2014 р. касаційний суд погодився з позицією нижчестоящих судів і зазначив, що за відсутності даних про те, що начальник та заступник начальника відділу ДВС Долинського районного управління юстиції здійснювали вплив на вирішення результату прилюдних торгів, суд обґрунтовано перекваліфікував їхні дії з ч. 2 ст. 368 на ч. 2 ст. 190 КК. Крім того, на обґрунтування своєї позиції С. долучив до своєї заяви декілька ухвал ВССУ, в яких цей суд погодився з рішеннями судів про виправдання службових осіб, які займали відповідальне становище в органах місцевого самоврядування, за відсутністю складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368 КК, на тій підставі, що вони в силу своїх службових обов'язків не мали реальної можливості одноособово вирішувати ті питання, рішення з яких приймаються колегіальними органами, і, крім того, не могли з використанням службового становища впливати на прийняття таких рішень.

Готуючи як член НКР при ВСУ висновок у справі С. та оцінюючи позицію заявника, я зробив застереження про те, що в цьому разі йдеться про розглядувану кримінально-правову проблему частково. Адже гроші одержувалися засудженим за попередньою змовою з Ш, зокрема, за обрання запобіжного заходу, не пов'язаного із взяттям під варту, звільнення з ізолятора тимчасового тримання й перекваліфікацію злочинних дій на іншу (більш сприятливу для хабародавця Л.) частину ст. 191 КК, тобто за виконання працівниками прокуратури дій із використанням свого службового становища. У цій частині немає сумнівів у тому, що вчинене С. і Ш. є службовим злочином — одержанням хабара. Щодо одержання грошей за звільнення Л. від кримінальної відповідальності за амністією, то в цій частині варто вести мову про незаконне одержання службовою особою майнового блага за дію (бездіяльність), яку ця особа, з огляду на її службове становище, об'єктивно не спроможна вчинити. У висновку робився узагальнюючий висновок про те, що у вирокі районного суду щодо засудження С. за ч. 3 ст. 15, ч. 3 ст. 368 КК, залишеному без змін рішенням судів вищих інстанцій, дії С. як незакінчений замах на одержання хабара за обтяжуючих обставин кваліфіковано правильно. Формулював я й таке, скоріше за все, риторичне питання: хіба Л. погодився б на передачу 50 тис. доларів США прокурорським працівникам, якби не був упевнений у тому, що слідчий Ш. і прокурор С. мають можливість з використанням свого службового становища прийняти бажані для нього рішення в межах розслідування кримінальної справи за ст. 191 КК?

На мою думку, в подібних ситуаціях акцент варто робити на уявленні того, хто пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду, про можливість позитивного для нього вирішення конкретного питання службовою особою, її можливість сприяти прийняттю (зокрема, колективним органом) рішення, бажаного для зацікавленої особи (відведення земельної ділянки, видача дозволу на проведення масового заходу, реалізація арештованого майна всупереч встановленому порядку, незаконне звільнення від кримінальної відповідальності тощо). Незважаючи на наявність у такій поведінці службової особи обману, вчинене, як видається, не виходить за межі службового злочину, а обман не трансформує скоєне в злочин проти власності. Адже службова особа розуміє, що неправомірна вигода пропонується, обіцяється або

надається їй за дії чи бездіяльність по службі. Крім того, умислом службової особи охоплюється усвідомлення того, що суб'єкт «активного» підкупу сприймає свою поведінку як пропозицію, обіцянку або надання неправомірної вигоди. Кваліфікація вчиненого в цьому разі за ст. 368, а не, наприклад, за ст. 190 КК дозволятиме враховувати тісний зв'язок між злочинами, передбаченими ст. 368 і ст. 369 КК, а також те, що аналізована поведінка службової особи (корумпованої принаймні суб'єктивно) посягає на ті суспільні відносини, які становлять основний безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ст. 368 КК.

До того ж, починаючи з моменту ухвалення Закону від 11 липня 1995 р. «Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності посадових осіб» законодавець, описуючи ознаки складу злочину, передбаченого ст. 168 попереднього КК і ст. 368 чинного КК, і (треба так розуміти) схилившись до сприйняття наведених вище міркувань, не використовує для характеристики поведінки службової особи зворот «повинна або могла вчинити...». Крім цього, фактичне виконання (невиконання) дій по службі в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи, як відомо, знаходиться поза межами об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 368 КК. На користь обстоюваного мною і К.П. Задосою підходу вказує й п. 39 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції проти корупції, в якому наголошується на призначенні заборон на кшталт ст. 368 КК. Ідеться про те, що вирішальним елементом складу хабарництва є не те, чи володіє посадова особа якимось розсудом на те, щоб діяти згідно з проханням хабародавця, а те, чи їй із метою від неї щось одержати запропонували, надали або пообіцяли хабар. Хабародавець може й не знати, чи володіє посадова особа такою свободою дій, проте для наявності складу злочину «давання хабара національним публічним посадовим особам» це положення є нерелевантним. Конвенція має на меті зберегти довіру громадян до справедливої публічної адміністрації. Саме таке обґрунтування наведено мною в коментарі до ст. 368 КК (*Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М. І. Хавронюка – К., 2016. – С. 213–214*).

У постанові Судової палати в кримінальних справах ВСУ від 30 жовтня 2014 р. (справа № 5-28к14), якою було відмовлено в задоволенні заяви засудженого С. про перегляд винесених щодо нього судових рішень, знайшов відображення інший підхід (вже згадувана «концепція реальної можливості»). У цьому документі зазначається, що КК формулює такі ознаки хабарництва: спеціальний суб'єкт злочину – службова особа; причинний зв'язок між незаконною винагородою та згодою службової особи використати свої службові повноваження чи становище; залежність між оплаченим хабаром результатом та спроможністю застосування (незастосування) службовою особою своїх повноважень або використання інших можливостей суб'єкта злочину для досягнення бажаного хабародавцю результату (*курсив мій – Авт.*); уявлення хабародавця про можливість позитивного для нього рішення того чи іншого питання певною службовою особою; охоплення умислом службової особи усвідомлення того, що особа, яка надає матеріальне благо, сприймає свою поведінку як давання хабара. Із викладеного, а так само здійсненої ВСУ оцінки ухвал ВССУ від 14 серпня 2012 р. і 22 травня 2014 р., на які в своїй заяві посилався засуджений С., випливає, що одержання службовою особою неправомірної вигоди за діяння, яке ця особа з

урахуванням свого службового становища об'єктивно не спроможна вчинити, має кваліфікуватися не як одержання неправомірної вигоди, а як шахрайство.

З урахуванням викладеного вище вважаю таку правову позицію дискусійною. У зв'язку зі сказаним викликає інтерес постановою Судової палати у кримінальних справах ВСУ від 13 листопада 2014 р. (справа № 5-20к14). За ч. 3 ст. 368 КК районний суд засудив міського голову м. Ніжина, який одержав 420 тис. доларів США за передачу в інтересах хабародавця у власність одного ТОВ нежитлового приміщення. Підтверджуючи правильність вказаної кваліфікації дій засудженого й спростовуючи заяву його захисника про те, що дії засудженого не можуть кваліфікуватися за ст. 368 КК, оскільки рішення про виділення у власність нежитлового приміщення приймалося колегіальним органом (міською радою на сесії), Судова палата у кримінальних справах ВСУ зазначила таке. Представник влади, одним з яких є керівник органу місцевого самоврядування, не вправі одержувати будь-яку винагороду у зв'язку зі здійсненням своїх службових повноважень. Відповідальність за ст. 368 КК настає в тому разі, коли особа, яка дає хабар службовій особі (зокрема голові міської ради), усвідомлює, що дає його саме такій особі та в зв'язку з можливостями її посади, а особа, яка одержує незаконну винагороду (хабар), розуміє (не може не розуміти) значимість займаної нею посади, її статусність та можливості. Враховуються також вагомість цієї посади в сприйнятті хабародавця, мета, яку переслідує останній, та його переконаність у тому, що ця мета буде досягнута завдяки можливостям посади, яку обіймає хабароодержувач (постанова).

Як бачимо, на відміну від постанови від 30 жовтня 2014 р., у постанові Судової палати у кримінальних справах ВСУ від 13 листопада 2014 р. наголос зроблено на суб'єктивній корумпованості службової особи, з чим, на моє переконання, слід погодитися. Очевидно й те, що в правових позиціях ВСУ щодо кваліфікації аналізованих дій службових осіб простежується непослідовність, яка є вкрай небажаною з погляду забезпечення однаковості правозастосування. До речі, явно не сприятиме досягненню такого результату й реалізація закріпленого в ч. 6 ст. 13 Закону України від 2 червня 2016 р. «Про судову устрій і статус суддів» права суду відступити від правової позиції Верховного Суду з наведенням відповідних мотивів. Складно не погодитися з тим, що «це положення нівелює обов'язковість висновків ВСУ щодо застосування норми права, оскільки надає можливість будь-якому суду в Україні ігнорувати правову позицію вищої судової інстанції» (*Романюк Я., Лащук Є. Детермінанти корупції в судовій системі України, або Чи можна очікувати позитивного ефекту від повного оновлення суддівського корпусу // Право України. – 2016. – № 6. – С. 150*). Оскільки для будь-якого грамотного судді не складно буде відшукати (придумати) мотиви його незгоди з правовою позицією Верховного Суду, відповідне право іншого суду *de lege ferenda* слід обумовити зміною норм закону, тлумачення якого здійснювалося Верховним Судом для формулювання відповідної правової позиції.

**ТИМОФЕЕВА Л. Ю.**, аспирант кафедри  
уголовного права національного університету «Одеська  
юридическа академія»,  
помічник адвоката

### **Уголовно-правовая охрана конституционных прав и свобод человека как гуманистический концепт уголовно-правовой политики Украины**

Свобода, в частности свобода выбора, — наивысшая гуманистическая ценность человека, что вытекает из преамбулы Конституции Украины, поскольку Верховная Рада Украины принимает Конституцию от имени Украинского народа..., проявляя заботу об обеспечении прав и свобод человека и достойных условий его жизни..., сознавая ответственность перед Богом, собственной совестью. Кроме того, в соответствии со ст. 3 Конституции, человек, его жизнь и здоровье, честь и достоинство, неприкосновенность и безопасность признаются в Украине наивысшей социальной ценностью. **Права и свободы человека** и их гарантии определяют содержание и направленность деятельности государства. Государство отвечает перед человеком за свою деятельность. **Утверждение и обеспечение прав и свобод человека является главной обязанностью государства.**

Положения Конституции воплощаются в задачах уголовного закона, предусмотренных ст. 1 УК Украины, которые являются отправной точкой последующих норм уголовного закона, направленных на **обеспечение охраны прав и свобод человека, как и безопасности**, а также проявляют двуаспектность (широкое и узкое значение) реализации принципа гуманизма в уголовном праве (С. А. Велиев, А. В. Гацелюк, И. В. Коршиков, Н. А. Лопашенко, В. В. Мальцев, Н. А. Орловская, Т. Р. Сабитов, В. А. Туляков, В. Д. Филимонов, Н. И. Хавронюк, Е. Е. Чередниченко, М. В. Ююкина и другие исследователи). Однако, изменения уголовного закона несут хаотичный характер, что воздействует на правоприменение и последующее законодательство.

В УК Украины содержится несколько статей, в которых прямо закрепляется охрана от посягательств на свободу (статьи 146-151, 152-155, 157, 167-169 УК). Например, в статье 157 УК предусмотрена уголовная ответственность за прельстование свободного осуществления гражданином своего избирательного права..., соединенное с обманом или принуждением, а также уклонение члена избирательной комиссии от участия в её работе комиссии без уважительных причин. При этом, способы достижения преступного результата по ст. 157 УК (подавление свободы) связаны с обманом, принуждением, уклонением от работы без уважительных причин. В ч. 2 ст. 157 УК предусмотрена уголовная ответственность за такие же деяния, соединенные с **применением насилия, уничтожением или повреждением имущества, угрозой применения насилия или уничтожения или повреждения имущества**. Особо квалифицированные составы преступления связаны с вмешательством группы лиц по предварительному сговору, а также служебного лица. В данном случае особо ярко проявляется подавление свободы человека, мотивированное коррупционной составляющей, групповым попустительством тунеядства, экспансии и прочее, что можно рассматривать как психическое насилие и определенного рода «участие» в воссоздании деструктивных человеческих качеств как результат подавленной свободы выбора бифуркационной

развилки, утратой смыслов и ценностей, поскольку быть человеком, значит быть обращенным к смыслу.

Редакция статьи 157 УК менялась четыре раза: Законом № 3504-IV от 23.02.2006 г., Законом № 270-VI от 15.04.2008 г., Законом № 1616-VI от 21.08.2009 г., Законом № 1703-VII от 14.10.2014 г., хотя вопросы системного соотношения нормы с задачами УК, принципами уголовного права и прочее так и остались не разрешенными.

Рассмотрим уголовно-правовой запрет, предусмотренный ст. 157 УК, с точки зрения философского осмысления. Содержание нормы состоит в нарушении права на выбор, **посягательстве на свободу как наивысшую гуманистическую ценность**, а также реализации принципа гуманизма в широком смысле (обеспечением гуманистических устоев общества и государства, защитой прав и свобод человека и гражданина), которое как концепт может способствовать обеспечению системности правотворчества и правоприменения.

Гуманизм представляет собой идеологию, которая ориентируется на положительные качества человека (милосердие, смирение, вера, справедливость, щедрость, надежда, скромность, целомудрие, любовь), которые являясь собой сущностную характеристику человека (т. е. только в их проявлении мы узнаем человеческое) и могут проявляться в правопослушном (**должном**) поведении; стремится их сохранить, однако не отрицает негативных характеристик человека (социальных, биологических, физиологических), а также отрицательных человеческих качеств (гнев, гордыня, тщеславие, зависть, алчность, страх, чревоугодие, вожделиние, апатия), которые могут проявляться в нежелательном (**недолжном, деструктивном, неправомом**) поведении человека. Кроме того, гуманизм рассматривается как естественное свойство человека, в основе которого лежит нравственное начало, то есть начало, которое реализуется в этическом выборе, в выборе не только по соображениям выгоды, а по велению совести, по критерию справедливости и добра (Ююкина М. В. Принцип гуманизма в уголовном, уголовно-исполнительном праве и уголовной политике и его реализация при назначении наказания / М. В. Ююкина: дис... канд. юрид. наук: 12.00.08. — Тамбовский гос. ун-т им. Г. Р. Державина. — Тамбов, 2006. — С. 173), поскольку выгода искажает истину, предполагает последующее причинение ущерба; насилие над собой и саморазрушение. При этом, создается впечатление соблюдения нравственных и других социальных норм (принципов честности, справедливости, юридических законов, милосердия), что удваивает обман (искажение истины) (Кондратюк Л. В. Антропология преступления (микро криминология). — М.: Изд-во НОРМА, 2001. — С. 65). Поэтому решение, основанное на выгоде (политической, экономической, социальной) искажает истину не только для других, но и для самого себя. Такое решение не может быть признано проявлением свободы, так как свобода всегда основана на нравственности, поэтому рассматривается как наивысшая гуманистическая ценность.

Когда лицо основывает свои решения на выгоде, концепт индивидуальной безопасности становится важнее безопасности социальной, и силы самоорганизации в угоду целесообразности разрушают нормативность мироустройства (Туляков В. А. Эффективность уголовного права и современное мироустройство: Презентация / В. А. Туляков / За матеріалами виступу на Міжнародній науково-практичній конференції «Соціальна функція кримінального права: проблеми наукового забезпечення, законотворення та правозастосування» (м. Харків, 12-13

жовтня 2016 р.) [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://prezi.com/jlzx1zhroe6f/presentation/#>). Таким образом, каждое «выгодное» решение, принятое не по велению совести, разрушает мироустройство. Мир перестает быть хорошим или плохим. Хорошее и плохое нивелируются, и ответственность за это «никакое», зато выгодное существование несет каждый из нас, поскольку жизнь человека связана с поиском и выбором траектории бифуркационного пути. Свободный выбор начала траектории на бифуркационных развилках (с учетом уважения прав других людей), а также способность нести ответственность за свой выбор во многом определяет жизнь человека как гуманистическую, как воссоздание самого себя по Сартру.

Каждое решение откликается последствиями в жизни человека, поскольку государство (в лице полномочных органов) принимает решения от имени общества, то такие решения на правотворческом (криминализация, декриминализация) и правоприменительном уровне (квалификация, назначение наказаний, освобождение от уголовной ответственности, амнистия помилование) откликаются последствиями на жизни каждого субъекта уголовных

правоотношений (потерпевшего, третьих лиц, лице, совершившем преступление и самом государстве). Аналогично каждое решение человека, как взмах крыльев бабочки, откликается на политике государства, третьих лицах.

Соответственно подавление свободы не только в осуществлении избирательного права на выборах, референдуме; способами предусмотренными ст. 157 УК (обмана, насилия, угроз и др.), но и подавление свободы принятия решений в повседневной жизни человека проявляет деструктивное, нежелательное поведение лица, ведущее к совершению преступлений. Принимая решение, лицо (как субъект уголовно-правовой охраны, уголовно-правового воздействия, правотворец либо правоприменитель) должно исходить из своих положительных качеств (милосердия, любви, смирения, веры, щедрости, надежды, скромности, целомудрия, справедливости), велений совести, а не выгоды (целесообразности), деструктивно воздействующих на человека и ведущих к совершению «нежелательных» деяний и посягающих на свободу (подавляющих свободу).

**Тези виступів ще двох учасників круглого столу — Ю. Бауліна і В. Навроцького будуть опубліковані в наступному номері ЮВУ.**

ВСЕ ПРО ЗАКОНИ — В ОДНІЙ ГАЗЕТІ!

# Юридичний Вісник України



**ЩОТИЖНЯ:**

- коментарі
- аналітика
- інтерв'ю
- консультації

**- це ключ**

**до успіху і особистісного зростання**

## "Юридичний вісник України"

передплатний індекс -21615