

Відповідальний за випуск
перший віце-президент НАПрН України *О. В. Петришин*

Редакційна колегія:

В. Я. Тацій – доктор юридичних наук, професор, академік НАН України, президент НАПрН України, ректор Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого (голова); *О. В. Петришин* – доктор юридичних наук, професор, перший віце-президент НАПрН України, завідувач кафедри теорії держави і права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого (заступник голови); *В. П. Тихий* – доктор юридичних наук, професор, віце-президент – керівник Київського регіонального центру НАПрН України (заступник голови); *А. П. Гетьман* – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, проректор з наукової роботи Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого (заступник голови); *Ю. П. Битяк* – доктор юридичних наук, професор, академік-секретар відділення державно-правових наук НАПрН України, перший проректор Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого; *В. І. Борисов* – доктор юридичних наук, професор, академік-секретар відділення кримінально-правових наук НАПрН України, директор Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України; *Н. С. Кузнєцова* – доктор юридичних наук, професор, академік-секретар відділення цивільно-правових наук НАПрН України; *С. М. Прилишко* – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, в. о. головного вченого секретаря НАПрН України, директор Науково-дослідного інституту правового забезпечення інноваційного розвитку НАПрН України; *Ю. С. Шемшученко* – доктор юридичних наук, професор, академік НАН України, академік-секретар відділення екологічного, господарського та аграрного права НАПрН України, директор Інституту держави і права ім. В. М. Корещького НАН України; *В. Д. Гончаренко* – доктор юридичних наук, професор, академік-секретар відділення теорії та історії держави і права НАПрН України, завідувач кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

П68 **Правова доктрина** – основа формування правової системи держави : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 20-річчю Нац. акад. прав. наук України та обговоренню п'ятитомної монографії «Правова доктрина України», Харків, 20–21 листоп. 2013 р. – Х. : Право, 2013. – 1032 с.

ISBN 978-966-458-606-8

У виданні вміщено матеріали Міжнародної науково-практичної конференції «Правова доктрина – основа формування правової системи держави», присвяченої 20-річчю Національної академії правових наук України та обговоренню п'ятитомної монографії «Правова доктрина України». До збірника ввійшли доповіді на пленарних засіданнях та тези виступів.

Розраховано на науковців, викладачів, аспірантів, студентів вищих національних юридичних закладів, практичних працівників, читачів, які цікавляться правовою доктриною сучасної України.

НАУКОВА БІБЛІОТЕКА

в. № 322649

УДК 340.12(094.9)

ББК 67.0я431

ISBN 978-966-458-606-8

© Національна академія правових наук України, 2013

© Видавництво «Право», оформлення, 2013

публічного обвинувачення потерпілий не має права висувати та формувати обвинувачення. Таке право йому надається тільки під час судового провадження. Якщо в результаті судового розгляду прокурор дійде переконання, що пред'явлене особі обвинувачення не підтверджується, останній повинен відмовитись від підтримання державного обвинувачення і викласти мотиви відмови у своїй постанові. В такому випадку головуючий роз'яснює потерпілому його право підтримувати обвинувачення. У випадку згоди на підтримання обвинувачення потерпілим, таке обвинувачення набуває статусу приватного і здійснюється за процедурою приватного обвинувачення. Проте, законодавець не передбачає чітку процедуру приватного обвинувачення, окрім ініціювання кримінального провадження (подача заяви) та можливість укладення угоди про примирення. Таким чином, потерпілий займає особливе місце серед учасників кримінального провадження, оскільки він може відноситись до сторони обвинувачення тільки у випадку, передбаченому ч. 4, 5. ст. 340 КПК України. Отже потерпілий стає стороною кримінального провадження з боку обвинувачення тільки в силу диспозитивності реалізації права на підтримання приватного обвинувачення у випадку відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення.

Ю. В. Гродецький,

доцент кафедри кримінального права № 1
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого, кандидат юри-
дичних наук, доцент

СПІВВИКОНАВСТВО У ЗЛОЧИНАХ, ПЕРЕДБАЧЕНИХ РОЗДІЛОМ XVII ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ КК

1. Проблема визначення відповідальності за співучасть у злочинах зі спеціальним суб'єктом у кримінальному праві розглядається достатньо давно. Одним з складних питань цієї тематики є вирішення питання про особливості відповідальності співвиконавців у злочинах зі спеціальним суб'єктом. У науці кримінального права щодо цього питання сформувався такі основні позиції.

М. Н. Меркушев стверджував, що співучасть загальних суб'єктів у злочинах зі спеціальним суб'єктом, за всіма категоріями кримінальних справ взагалі й, зокрема, за службовими злочинами, в принципі неможлива. В обґрунтування цього висновку він стверджував, що загальний суб'єкт не може бути співучасником у злочині, який вчинив спеціальний суб'єкт, тому що загальний суб'єкт, абсолютно не знаючи специфіки діяльності спеціального суб'єкта, не передбачає і не може передбачати сутність дій і можливих наслідків, які утворюють склад

злочину в результаті відхилення спеціального суб'єкта від виконання своїх обов'язків. В. С. Орлов, не погоджуючись з даним підходом, зауважував, що для наявності співучасті зовсім не вимагається обізнаності співучасників про результати дій виконавця (спеціального суб'єкта) у всіх деталях і дрібницях. Позиція М. Н. Меркушева не набула поширення серед науковців і не була підтримана практикою.

Більшість фахівців поділяє точку зору про можливість прийняття участі загальним суб'єктом у злочинах зі спеціальним суб'єктом поряд з такими особами. Однак, погляди щодо характеру такої участі висловлені різні. Приміром, В. І. Терент'єв робить висновок, що співучасть у злочинах зі спеціальним суб'єктом можлива, проте форма співучасті виключає співвиконавство. Якщо особа без ознак спеціального суб'єкта вчинює дії, зазначені в об'єктивній стороні злочину зі спеціальним суб'єктом, то вони, як він переконаний, кваліфікуються як пособництво у вчиненні злочину спеціальним суб'єктом.

В. С. Орлов та П. Ф. Тельнов визнавали, що виконавцями у злочинах зі спеціальним суб'єктом можуть бути лише особи, прямо передбачені законом. Всі інші особи, які не мають передбачених законом властивостей, можуть виконувати лише функції організаторів, підбурювачів і пособників у всіх їх формах та видах. Фактично обидва науковці виходять з того, що у злочинах зі спеціальним суб'єктом всі виконавці повинні мати ознаки спеціального суб'єкта. Даной точки зору притримувались також П. І. Грішаєв та Г. А. Крігер, М. І. Ковальов, М. І. Панов.

Р. Д. Шарاپов займає іншу позицію. Він переконує, що особа, яка не має ознак спеціального суб'єкта злочину, проте взяла участь у його вчиненні поряд зі спеціальним суб'єктом шляхом виконання частини ознак складу злочину, повинна визнаватися співвиконавцем злочину зі спеціальним суб'єктом.

Правильно, на наш погляд, вирішує досліджуване питання М. І. Бажанов, вказуючи, що коли частина об'єктивної сторони злочину зі спеціальним суб'єктом може бути виконана особою, яка таким спеціальним суб'єктом не є, то вона може підлягати відповідальності і як співвиконавець. Визнають у цілому таку позицію й В. В. Устименко, Б. О. Волженкін та В. О. Навроцький.

Аналіз висловлених науковцями аргументів дає можливість сформулювати декілька висновків. По-перше, більшістю визнається можливість загального суб'єкта бути співучасником у злочинах зі спеціальним суб'єктом поряд з такою особою. Це не викликає заперечень. Крім того, даний висновок підкріплюється окремими положеннями Особливої частини КК, у яких він знайшов свій розвиток. Так, у ч. 3 ст. 401 КК передбачено, що особи, не зазначені у цій статті, за співучасть у військових злочинах підлягають відповідальності за відповідними статтями цього розділу. У вказаній статті визначені ознаки спеціальних суб'єктів злочинів, передбачених розділом ХІХ КК. Отже, за ці злочини відповідальність

можуть нести не лише спеціальні суб'єкти. Уявляється, що вказане правило сформульовано не виходячи з якоїсь унікальної специфіки злочинів цього розділу КК, а є відображенням загального положення, яке знайшло закріплення лише стосовно окремої групи злочинів. По-друге, особи, які не є спеціальними суб'єктами, можуть виконувати функції організаторів, підбурювачів і пособників у злочинах зі спеціальним суб'єктом. Такий висновок ґрунтується на положеннях ст. 27 КК, яка не обмежує цих співучасників при виконанні ними своїх функцій лише участю у певних злочинах. По-третє, суттєві розбіжності у наукових оцінках виникають лише стосовно можливості виконання загальним суб'єктом функцій співвиконавця у злочинах зі спеціальним суб'єктом. Одні висловлюються проти такої можливості, інші її визнають, але не для всіх випадків, окреслюючи при цьому певні умови. Остання позиція уявляється більш переконливою з наступних причин. З визначення, передбаченого ч. 2 ст. 27 КК, випливає, що виконавцем (співвиконавцем) визнається, зокрема, особа, яка у співучасті з іншими суб'єктами злочину повністю або частково виконує об'єктивну сторону конкретного складу злочину. Саме це відрізняє співвиконавця від інших видів співучасників – організатора, підбурювача та пособника. Наявність або відсутність у суб'єкта спеціальної ознаки не може змінювати його функціональну роль у вчиненні злочину. У зв'язку з цим визнати особу, яка виконує об'єктивну сторону злочину, організатором, підбурювачем або пособником просто неможливо. Залишається два шляхи: 1) визнання її співвиконавцем у злочині зі спеціальним суб'єктом; 2) притягнення її до відповідальності за іншою статтею, за умови що відповідна стаття міститься у КК. Другий шлях має такі недоліки: 1) неможливо врахувати співучасть у злочині, що вплине на кримінально-правові наслідки для злочинців; 2) існує ймовірність уникнення такими особами кримінальної відповідальності, якщо жодна інша стаття КК не буде охоплювати вчиненого таким співвиконавцем.

Отже, визнання загального суб'єкта співвиконавцем у злочині зі спеціальним суб'єктом, якщо він виконав частину об'єктивної сторони цього злочину, є найбільш оптимальним варіантом.

Така позиція отримала також підтримку й правозастосовної практики щодо окремих злочинів. Так, у абз. 2 п. 9 ППВСУ від 30 травня 2008 року № 5 «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» вказано: «Дії особи, яка не вчинила і не мала наміру вчинити статевий акт чи задоволення статевої пристрасті неприродним способом, але безпосередньо застосовувала фізичне насильство, погрожувала його застосуванням чи довела потерпілу особу до безпорадного стану шляхом уведення в її організм проти її волі наркотичних засобів, психотропних, отруйних, сильнодіючих речовин з метою згвалтування її чи вчинення щодо неї насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом іншою особою, повинні розглядатися як

співвиконавство у цьому злочині. Дії таких співвиконавців визнаються вчиненими групою осіб і кваліфікуються без посилання на статтю 27 КК».

2. Складність вирішення досліджуваного питання щодо злочинів, передбачених розділом XVII Особливої частини КК, обумовлена не тільки різними поглядами науковців, але й суперечливою позицією Пленуму Верховного Суду України.

Різній наукових підходів у даному випадку обумовлений невирішеністю вказаної проблеми на загальнотеоретичному рівні. Так, В. С. Орлов визнавав, що виконавцями службових злочинів без будь-яких виключень можуть бути лише службові особи. З цим погоджувались також П. І. Грішаєв та Г. А. Крігер, зазначаючи, що приватні особи незалежно від об'єктивної ролі, яку вони відіграють у вчиненні службового злочину, не можуть бути його виконавцями. М. І. Ковальов вказував, що співвиконавцем службового злочину може бути лише службова особа, яка діє по службі й вчинює злочин у сфері своєї службової діяльності. Якщо ж у виконанні об'єктивної сторони складу службового злочину поряд з виконавцем приймає участь не службова особа, або хоча й службова, але яка діє не по службі, то вона може бути визнана лише пособником, але не виконавцем злочину. Ф. Г. Бурчак вважав, що виконавцем перевищення влади або службових повноважень може бути лише службова особа, а підбурювачем, пособником чи організатором – будь-яка особа. Всі ці точки зору мають спільну концептуальну основу – у службових злочинах співвиконавцем може бути лише службова особа.

По-іншому до цього питання підходить В. В. Устименко, який визнає можливість співвиконавства за участі загального суб'єкта у злочинах зі спеціальним суб'єктом, якщо ці злочини є складними (складеними), тобто об'єднують два самостійних суспільно небезпечних діяння, до яких, зокрема, він відносить й перевищення влади або посадових повноважень, якщо воно супроводжувалось насильством (ч. 2 ст. 166 КК 1960 року). На його думку, перший елемент діянь, які складають об'єктивну сторону цих злочинів, – перевищення влади або посадових повноважень – може бути виконаний спеціальним суб'єктом, а другий елемент об'єктивної сторони – застосування насильства як загальнокримінальне діяння – може вчинити загальний суб'єкт. Як було показано вище, ця позиція видається найбільш обґрунтованою.

Утім питання ускладнюється наявністю роз'яснень Пленуму Верховного Суду України. Так, у п. 3 ППВСУ від 26 грудня 2003 року № 15 «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень» зазначається: «Судам необхідно мати на увазі, що виконавцем (співвиконавцем) злочину, відповідальність за який передбачена ст. 365 Кримінального кодексу України ..., може бути лише службова особа. ... Організаторами, підбурювачами, пособниками перевищення влади або службових повноважень можуть визнаватись як службові, так і не службові особи. Дії таких співучасників потрібно кваліфікувати за відповідними частинами статей 27 та 365 КК». У цьому

роз'ясненні не враховується специфіка злочину, передбаченого ч. 2 ст. 365 КК, яка, як було розглянуто вище, передбачає можливість співучасті у ньому загальних суб'єктів. Крім того, у різних постановках Пленуму Верховного Суду України висловлюються концептуально різні позиції, що навряд чи буде сприяти ефективному застосуванню кримінально-правових норм.

Виходом з цієї ситуації було б надання нових роз'яснень вищими судовими інстанціями, а в перспективі і внесення відповідних положень до КК, які однозначно вирішували б досліджувану проблему.

О. М. Грудзур,
викладач кафедри кримінального права
Національної академії внутрішніх справ,
кандидат юридичних наук

ОСОБИ, ЯКІ ВИКОНУЮТЬ КОНТРОЛЬНО-ОБЛІКОВІ ФУНКЦІЇ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ВИЗНАННЯ ЇХ СЛУЖБОВИМИ ОСОБАМИ ЗА КК УКРАЇНИ

Сучасне реформування вітчизняного антикорупційного законодавства та приведення його у відповідність до вимог міжнародних нормативно-правових актів, безумовно, сприяє підвищенню його ефективності. Однак, незважаючи на значні наукові напрацювання та численні зміни і доповнення до чинного законодавства, окремі його положення, все-таки, не набувають необхідної повноти та містять окремі прогалини чи неточності. Це стосується як самого Закону України від 7 квітня 2011 року № 3206-VI «Про засади запобігання та протидії корупції», так і Кодексу України про адміністративні правопорушення та Кримінального кодексу (далі – КК) України. Очевидно, що детальне дослідження відповідних законодавчих положень може привести до висновків про наявність чималої кількості прогалин і неточностей, які прямо або опосередковано впливають на стан протидії корупційним правопорушенням. Проте, у цьому випадку необхідно було б звернути увагу виключно на найбільш важливі (концептуальні) прогалини чи неточності, які по суті визначають правовий статус та особливості юридичної відповідальності тієї чи іншої категорії осіб.

Йдеться зокрема про те, що в нормах чинного КК України не визначається статус осіб, які хоча безпосередньо і не здійснюють службову діяльність, але за характером виконуваних повноважень, прямо впливають на здійснення такої діяльності самими службовими особами. Зокрема, до них можна віднести осіб, що виконують функції нагляду та контролю, облікові чи перевірочні функції, але при цьому не виконують функцій представника влади чи місцевого самоврядування, організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій.