

Проблеми аргументованості правових висновків Касаційного кримінального суду у складі ВС: огляд окремих постанов

Від часу, коли висновки щодо застосування норм права, викладені в постановях Верховного Суду України, а потім і Верховного Суду, стали обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують відповідну норму права та для врахування іншими судами при застосуванні такої норми, вітчизняне право збагатилося численними правовими висновками вищої судової інстанції. У порівнянні з адміністративною чи цивільною юрисдикцією, кількість таких висновків у кримінальних справах відносно невелика. Разом із тим, з огляду на небезпечність діянь, які є об'єктом розгляду в кримінальних справах, та суворість наслідків, застосовуваних до осіб, котрі їх вчинили, кожна з правових позицій Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду (далі – ККС) набуває життя важливого значення.

Микола РУБАЩЕНКО,
доцент кафедри кримінального права № 1
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого,
кандидат юридичних наук



У професійному правничому середовищі ставлення до результатів діяльності Верховного Суду (України) не є однозначним. Автор цих рядків у цілому позитивно ставиться до правових позицій, сформульованих вищим судовим органом в кримінальних справах з 2011 року і до нині. У діяльності цього органу існує чимало проблем, зокрема пов'язаних з оприлюдненням і систематизацією правових висновків, надмірним навантаженням на суддів-«верховників» тощо, однак у цій публікації йдеться про проблеми аргументації правових позицій на прикладі окремих постанов. Завдання публікації аж ніяк не в тому, щоб дискредитувати чи висміяти ці постанови, а звернути увагу на об'єктивну необхідність у чіткій та несуперечливій аргументації. Важливість останньої обумовлена тим, що сформульований у конкретній справі правовий висновок імпліцитно включає в себе й правову аргументацію запропонованого судом варіанту застосування норми права. Мотиви суду в цьому зв'язку не лише описують детермінанти відповідного висновку, але й підлягають врахуванню при застосуванні цієї норми, а в разі неоднакового її застосування — можуть слугувати підставою для подальшого оскарження іншого судового рішення.

1. Розмежування насильницького грабежу та розбою

На перший погляд звернення до цього питання при критичному розгляді практики вищої судової інстанції може здатися дивним. Здавалося б, ну що може бути незрозумілим у розмежуванні цих злочинів, особ-

ливо зважаючи на роз'яснення в постанові пленуму Верховного Суду України (далі — ВСУ) від 6 листопада 2009 року № 10. Однак судова практика вказує на труднощі при співвідношенні цих злочинів.

Нагадаю, що за ч. 2 ст. 186 КК карається, зокрема, грабіж, поєднаний із насильством, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або з погрозою застосування такого насильства (далі — насильницький грабіж). Розбій за визначенням ч. 1 ст. 187 КК полягає в нападі з метою заволодіння чужим майном, поєднаним із насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу, або з погрозою застосування такого насильства. Тобто центральним розмежувальним критерієм є характер насильства, з яким поєднуються дії, спрямовані на негайне заволодіння майном.

За роз'ясненнями пленуму ВСУ, що міцно вкоренилися в судовій практиці, насильство при грабежі включає в себе умисне заповдіння легкого тілесного ушкодження, що не спричинило короточасного розладу здоров'я або незначної втрати працездатності, а також вчинення інших насильницьких дій (завдання удару, побоїв, незаконне позбавлення волі) за умови, що вони не були небезпечними для життя чи здоров'я в момент заповдіння (п. 5 постанови пленуму ВСУ). Насильство ж при розбої — це умисне заповдіння потерпілому легкого тілесного ушкодження, що спричинило короточасний розлад здоров'я або незначну втрату працездатності, середньої тяжкості або тяжкого тілесного ушкодження, а також інші насильницькі дії, які не призвели

до вказаних наслідків, але були небезпечними для життя чи здоров'я в момент їх вчинення (п. 9 постанови пленуму ВСУ). Зважаючи на це, в судовій практиці систематично виникають проблеми в кваліфікації викрадення майна, поєднаного з насильницькими діями, які за своїми наслідками не тягнуть на розбій (напр., побої або «просто» легке тілесне ушкодження), однак за способом (характером) є небезпечними для життя в момент їх учинення (див. постанови ККС від 31.07.2018 р. у справі № 405/3734/16-к, від 11.12.2018 р. у справі № 638/5312/16-к, від 28.03.2019 р. у справі № 753/2814/15-к, від 02.07.2019 р. у справі № 316/1251/17, від 10.09.2019 р. у справі № 235/10531/15-к, від 04.12.2019 р. у справі № 203/4147/17).

Пленум ВСУ у своїх роз'ясненнях через зрозумілі причини дає тільки приблизний перелік видів такого насильства: насильство, що призвело до втрати свідомості чи мало характер мордування, придушення за шию, скидання з висоти, застосування електроструму, зброї, спеціальних знарядь тощо. ККС спробував окреслити критерії віднесення насильницьких дій до таких, що характеризують розбій. Так, у постанові від 28 березня 2019 року (справа № 753/2814/15-к), було описано наступні критерії: 1) у разі вчинення розбою посягання відбувається як на основний безпосередній об'єкт — право власності, так і на додатковий — життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу; наявність додаткового безпосереднього об'єкту й дає підстави для розмежування розбою та грабежу; 2) відмінною (від грабежу) ознакою розбою є агресивність, раптовість, небезпечність і спрямованість таких дій на подолання опору по відношенню до особи, яка зазнала нападу; 3) визначальним є не тільки наслідки, що настали в результаті застосування насильства до потерпілого, але й сам спосіб дії винних осіб.

Така аргументація ККС більшою мірою є помилковою, а за великим рахунком навіть вводить в оману, що ніяк не спрощує розв'язання проблеми кваліфікації, а навпаки — шкодить цьому. Насамперед дивує висновок про відсутність при вчиненні насильницького грабежу додаткового безпосереднього об'єкта злочину. У постанові від 31 липня 2018 року (справа № 405/3734/16-к) ККС взагалі вказав, що при насильницькому грабежі відбувається незначний вплив на потерпілого, а тому «не може бути й мови про існуван-

ня ще одного об'єкту — життя і здоров'я особи». Можливо це буде відкриттям для суддів, однак насильницький грабіж є складеним злочиним, обов'язковою об'єктивною ознакою складу якого є саме додатковий безпосередній об'єкт. При цьому такий об'єкт є хоча й альтернативним, але обов'язковим (не факультативним): здоров'я особи, її тілесна недоторканність або особиста воля. Натомість ККС мав сформулювати розглядуваний критерій у такий спосіб: і насильницький грабіж, і розбій характеризуються додатковим обов'язковим об'єктом злочину, яким для обох злочинів може бути здоров'я особи, однак життя особи (безпека життя особи) може бути додатковим об'єктом виключно при розбої.

Помилковим та шкідливим є й другий із цитованих критеріїв, який відмінною ознакою розбою називає агресивність, раптовість та небезпечність як такі. Напевно ККС послуговеться при цьому своїм власним (відірваним від загальноприйнятого та усталеного) розумінням цих характеристик. Хіба при вчиненні грабежу грабіжник спочатку попереджає потерпілого про майбутні дії, або своє поведінкою демонструє, що зараз почне застосовувати насильство? Не є таємницею, що більшість грабів, у тому числі й насильницьких, також є раптовими. Далі, чи може бути насильницький грабіж не агресивним? Звісно, що ні, так як навіть найменші прояви насильства є агресією за визначенням, що, тим самим, вказує на створення ним небезпеки для здоров'я особи, тілесної недоторканності і її особистої волі. Нарешті, вказівка на спрямованість насильницьких дій при розбої на подолання опору по відношенню до особи, яка зазнала нападу, як на відмінну ознаку, також є помилковою. З цього приводу пленум ВСУ ще в 2009 році у своїх роз'ясненнях вказав на те, що застосовуване насильство не може вважатися поєднаним з грабежем, якщо винна особа вже отримала реальну можливість розпорядитися чи користуватися протиправно вилученим майном, але застосовує насильство лише з метою уникнення затримання (абз. 4 п. 4). А звідси безсумнівним є положення, що насильство при насильницькому грабежі так само має бути спрямовано на подолання потенційного чи реального опору осіб, що заважають (будуть заважати) відкрито вилучати майно, а так само на утримання вилученого майна. В іншому випадку таке насильство буде кваліфіку-

ватися окремо (за сукупністю з грабежем).

Не викликає заперечення хіба що останній із цитованих критеріїв: «визначальними є не тільки наслідки, що настали в результаті застосування насильства до потерпілого, але й сам спосіб дії винних осіб». Це обумовлено тим, що на насильство, небезпечне для життя і здоров'я, можуть вказувати діяння, які: а) фактично спричинили настання відповідних наслідків («кваліфіковане» легке тілесне, середньої тяжкості чи тяжке тілесне ушкодження або смерть особи), б) були безпосередньо спрямовані на їх настання (напр., замах на тяжке тілесне ушкодження), чи в) такі, котрі не призвели до вказаних наслідків і не були безпосередньо спрямовані на їх настання, але при цьому були небезпечними для життя в момент їх учинення. Останнє означає, що винний обрав такий спосіб виконання насильницьких дій, який створює за конкретних умов реальну можливість настання смерті. Але вказане не означає, що додатковим об'єктом при вчиненні таких насильницьких дій обов'язково є життя особи, бо інакше самі собою такі дії, як, наприклад, придушення за шию чи удар пляшкою по голові, що спричинив втрату свідомості, автоматично б кваліфікувалися як замах на умисне вбивство.

2. Пасивна змова на вчинення грабежу

Проблем кваліфікації грабежу (а побічно також розбою та будь-якого іншого злочину, вчинюваного за попередньою змовою групою осіб) стосується ще один правовий висновок ККС. Йдеться про постанову від 14 листопада 2019 року (справа № 710/439/17). Фактичні обставини цієї справи (в оспорюваній частині) можуть бути зведені до наступної фабули: А. разом з Б. підійшли до потерпілого П. А., застосувавши насильство до П., після чого забрав його речі (продукти харчування, одяг та телефон). При цьому Б. стояв в стороні, спостерігав і не брав у вказаному участі, однак забрав собі телефон (вартість — понад 0,2 нмдг), який у потерпілого вилучив А. У результаті Б. визнано винним у вчиненні насильницького грабежу, вчиненого за попередньою змовою групою осіб (ч. 2 ст. 186 КК).

Доведеність вини Б. у вчиненні цього епізоду, як і доведеність вини в іншому епізоді, породжує величезні сумніви, проте ККС у силу ч. 1 ст. 433 КПК не мав права досліджувати докази, встановлювати та

визнавати доведеними обставинами, що не були встановлені в оскарженому судовому рішенні, вирішувати питання про достовірність того чи іншого доказу. Разом із тим, в межах касаційної скарги ККС висловився щодо аргументів засудженого проти визнання його учасником групи осіб, що вчинила грабiж за попередньою змовою між собою. Спершу ККС спирається на контрадикторну аргументацію в принциповому питанні про час досягнення змови: «домовитись про спільне вчинення злочину заздалегідь — означає дійти згоди щодо його вчинення до моменту виконання його об'єктивної сторони. Таким чином, ця домовленість можлива на стадії до готування злочину, а також у процесі замаху на злочин». Суперечність проявляється в тому, що виникнення змови виключно до початку виконання об'єктивної сторони виключає домовленість у процесі замаху. Загальноприйнятим є положення, що змова може відбутися задовго до вчинення злочину чи безпосередньо перед його вчиненням, але виключно до замаху на нього.

Далі ККС вказує, що «...домовленість повинна стосуватися спільності вчинення злочину (узгодження об'єкта злочину, його характеру, місця, часу, способу вчинення, змісту виконуваних функцій тощо)... Така домовленість може відбутися у будь-якій формі — усній, письмовій, за допомогою конклюдентних дій тощо. При цьому конклюдентними вважають мовчазні дії, з яких можна зробити висновок про дійсні наміри особи. Це, наприклад, обмін жестами, мімікою, певними рухами, внаслідок чого дії співучасників стають узгодженими». Проте ККС не зміг вказати на які-небудь мовчазні дії, які б вказували на конклюдентну домовленість в аналізованій ситуації; нічого про це не зазначили і суди попередніх інстанцій. Обставини, які на думку ККС, доводять таку домовленість, зводяться до того, що 1) потерпілий сприймав дії засуджених як такі, що діють разом, 2) Б. не перешкодив діям А. і не припиняв його дії, 3) Б. забрав собі одну з речей. Усі ці обставини за часом виникли вже в процесі замаху. Перша з них взагалі немає ніякого значення, оскільки об'єктом кваліфікації в цьому випадку є дії А. та Б., а не потерпілого з його суб'єктивними уявленнями про те, що відбувається. Таке суб'єктивне ставлення потерпілого може мати значення тільки в контексті встановлення сприйняття ним реальності погрози застосування насильства, що в цій справі доведено не було. Друга — не може свідчити про змову, бо за відсутності в особи спеціального обов'язку, вона не зобов'язана перешкоджати злочинній діяльності інших осіб. Третя — вказує хіба на заздалегідь не обіцяне отримання майна, одержаного злочинним шляхом (ст. 198 КК), яке як відомо є формою причетності до злочину та виключає співучасть у ньому. Ця обставина могла б вказувати на застосування відомих положень про переростання ненасильницького грабежу в насильницький, згідно яких якщо група осіб за попередньою змовою мала намір вчинити крадіжку чи грабiж, а один з її учасників застосував

насильство, то дії цього учасника належить кваліфікувати як насильницький грабiж чи розбiй, а дії інших осіб — відповідно як крадіжку чи грабiж, але тільки за умови, що вони безпосередньо не сприяли застосуванню насильства або не скористалися ним для заволодіння майном потерпілого. Однак, те що Б. скористався насильством А. для заволодіння майном потерпілого, у цьому контексті втрачає своє значення, оскільки передумовою такого переростання є наявність змови на грабiж як такий, що жодна із судових інстанцій так і не змогла аргументувати.

3. Умисел в небережності та небережність як форма причинного зв'язку

Такий підзаголовок сам собою вже викликає подив та нерозуміння. Однак це не «абракадабра», а de facto цитати з постанови ККС від 25 вересня 2018 року (справа № 684/766/15-к). У цій справі А. було засуджено за необережне тяжке тілесне ушкодження (ст. 128 КК), вчинене за таких обставин: А. на власному автомобілі прибув на місце масового заходу в селі та особисто привіз із собою саморобну гармату й порох із метою використання їх для проведення салютних пострілів. А. самостійно встановив і зарядив саморобну гармату та попросив Б. запалити гніт зарядженої гармати, що останній і зробив. Унаслідок вибуху гармату розірвало й одна з її частин влучила в К., завдавши йому тяжке тілесне ушкодження. Захисник А. зазначив, що оскільки гніт, який був пусковим механізмом гармати, запалила інша особа, а не засуджений, то причинного зв'язку між діями останнього та наслідками, спричиненими вибухом гармати, немає, а діям іншої особи не було надано правої оцінки.

У межах касаційної скарги ККС взявся вирішити питання, чи виключає та обставина, що гніт гармати запалив не сам засуджений, а інша особа за його командою, причинний зв'язок між діями засудженого та наслідками, які настали від розриву гармати. Проте замість того, щоб вдатися до аналізу об'єктивної сторони вчиненого, до ознак якої, власне, й належить причинний зв'язок, який ставився під сумнів захисником, ККС вдався до аналізу суб'єктивної сторони злочину та навіть міркування про «особливості» небережної форми вини.

На думку ККС, «необережний злочин включає як умисне вчинення особою певної дії або послідовності дій (...), з одного боку, так і наслідки, які не охоплювалися умислом винної особи, з іншого боку. Отже, небережний злочин відрізняється від умисного лише з огляду на ставлення винної особи до наслідків своїх дій, хоча самі дії в обох випадках вчиняються свідомо», а також «послідовність подій без сумніву свідчить про те, що здійснення пострілу з гармати передбачалося й охоплювалося умислом засудженого, а інша особа, яку він залучив, діяла відповідно до його наміру та вказівок». Саме ці міркування лягли в основу висновку, що причинний зв'язок між діями засудженого та здійсненням

запланованого ним пострілу з гармати мав місце.

Причинний зв'язок, як відомо кожному криміналісту, ознака об'єктивна і не залежить від психічного ставлення кого-небудь до вчиненого діяння та його наслідків. Більше того, часто справедливо відмічають, що встановлення причинного зв'язку є передумовою встановлення вини, або іншими словами — у злочинах з матеріальним складом спершу слід встановити об'єктивні ознаки, а потім на їх основі — суб'єктивні. Але ККС має іншу логіку, за якою об'єктивні ознаки схоже визначаються суб'єктивною стороною.

Насправді ж, ключ до відповіді на поставлене в цій справі питання лежить у площині розуміння суспільно небезпечного діяння в разі спільної участі декількох осіб у його виконанні (вчиненні). Незалежно від того, є злочин умисним чи небережним, факт спільного його вчинення впливає на визначення обсягу поняття «виконання об'єктивної сторони злочину». Адаже значна кількість злочинів

співучасником; усунення певних перешкод, що в конкретній ситуації заважають іншій особі заподіяти потерпілому смерть або істотно ускладнюють це; надання особи, яка згідно з домовленістю заподієє смерть потерпілому, конкретної допомоги під час учинення вбивства у вигляді порад, передачі зброї тощо (...). Подібно цьому в постанові ВСУ від 12 грудня 2013 року (справа № 5-47к13) викладено наступний висновок: «Дії винуватих кваліфікуються за частиною другою статті 368 КК незалежно від того, всі чи лише одна особа виконала (не виконала) обумовлені хабарем дії. Одержання хабара за попередньою змовою групою осіб вважається закінченим злочином з моменту прийняття хабара хоча б одним її учасником».

Відмінність наведених прикладів від розглядуваної справи лише у формі вини, встановлення якої проте відбувається після встановлення ознак об'єктивної сторони і не впливає на наявність чи відсутність останніх. Допомога інших осіб у вигляді

він допоміг жінці донести та поставити в салон автобуса сумку, а жінка домовилась із водієм та оплатила перевезення сумки в інший населений пункт. Після того, як жінка пішла з автовокзалу, він підійшов до водія автобуса, назвався сином тієї жінки та сказав, що він забере сумку й сам передасть її за призначенням. ОСОБА_1 вийшов з автобуса на своїй зупинці та забрав із собою вказану сумку.

Прокурор вважав, що засуджений вчинив не крадіжку, а шахрайство (ст. 190 КК), оскільки заволодів майном потерпілої шляхом обману водія автобуса. ККС натомість підтримав місцевий суд: «потерпіла добровільно не передавала своєї сумки ОСОБА_1, що є обов'язковою ознакою шахрайства. Фактично ОСОБА_1 використав обставини, що об'єктивно склалися на момент крадіжки, то ж обман водія у конкретному випадку був лише способом доступу до чужого майна, вилучаючи яке у присутності сторонніх осіб, ОСОБА_1 розраховував на те, що його дії не будуть сприйматися цими особами як протиправні. Оскільки обман за таких обставин не є способом неправомірного вилучення чужого майна, то вчинене ОСОБА_1 суспільно небезпечне діяння не може утворювати шахрайства». Така позиція ККС у цілому узгоджується з положеннями постанови пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 року № 10 стосовно шахрайства. Однак чи узгоджується вона з іншими правовими позиціями ККС щодо застосування статті 190 КК?

Останнім часом вища судова інстанція внесла уточнення щодо розуміння такої ознаки шахрайства, як «добровільна передача майна чи права на майно потерпілим», яка у згаданій постанові пленуму ВСУ описується як відмінна ознака шахрайства, особливо в порівнянні із крадіжкою. Нагадаю, що особливістю шахрайства вважається те, що: 1) особа, яку зазвичай позначають як потерпілого і воля якої сфальсифікована обманом чи зловживанням довірою, бере безпосередню участь у передачі майна чи права на нього; 2) потерпілий добровільно передає майно чи права на нього шахраю (така добровільність має умовний характер); 3) між діями винного і помилкою потерпілого, який передає майно, повинен бути такий собі причинний зв'язок. Спершу у постанові ВСУ від 24 листопада 2016 року (справа № 5-250к16) було окреслено відомий в доктрині концепт «опосередкованого шахрайства»: «до суб'єктів обману при вчиненні шахрайства належать не лише власники, а й інші особи, уповноважені на вчинення юридично значущих дій стосовно майна. Введення таких осіб в оману дає підстави говорити про опосередковане вчинення шахрайства. Оскільки стаття 190 КК не вимагає, щоб особа, яка вводиться в оману при вчиненні шахрайства, і потерпілий від цього злочину (тобто той, кому заподіюється майнова шкода) збігались». Зазначена правова позиція була підтверджена в постанові ККС від 7 лютого 2019 року (справа № 489/4597/14-к).

(Далі буде...)



з об'єктивної сторони характеризуються діянням, яке, як правило, технічно (з точки зору його виконання) безпосередньо може вчинити лише одна особа. Наприклад, вбити шляхом пострілу з одного пістолета або одержати неправомірну вигоду «з рук у руки», натиснути на кнопку, ввімкнути певний прилад чи механізм, запалити гніт тощо. Подальше встановлення форми вини не здатне вплинути на зміст ознак об'єктивної сторони, а лише може вказувати, у разі встановлення умисної участі в умисному злочині, на співучасть, що потягне відповідні наслідки для кваліфікації та призначення покарання. Саме у зв'язку з такими особливостями спільного вчинення злочину при співучасті пленум ВСУ у своїй постанові від 7 лютого 2003 року № 2 вказав на доволі широке розуміння «співвиконавства», тобто «спільного виконання об'єктивної сторони» в разі вчинення умисного вбивства за попередньою змовою групою осіб: «за цей злочин несуть відповідальність і ті особи, котрі хоча й не вчинювали дій, якими безпосередньо була заподіяна смерть потерпілому, але (...) виконали хоча б частину того обсягу дій, який група вважала необхідним для реалізації цього умислу. (...) до таких дій належать: подолання опору потерпілого з метою полегшити заподіяння йому смерті іншими

запалення гніту є вирішальною частиною сукупності дій з точки зору об'єктивної сторони, частиною de-facto спільного її виконання. Саме тому виконання іншою особою команди засудженого має розглядатися як складова діяння останнього, що й вирішує проблему встановлення причинного зв'язку. Аргументація ж ККС стосовно того, що небережність включає в себе умисел щодо діяння і небережність щодо наслідків, узагалі суперечить закону та призводить до появи змішаної форми вини там, де закон констатує відсутність різного психічного ставлення до різних ознак об'єктивної сторони та чітко вказує тільки на небережну форму вини.

4. Крадіжка чи шахрайство?

Проблем кваліфікації злочинів проти власності стосується і правовий висновок, зроблений у постанові ККС від 2 квітня 2019 року (справа № 655/289/17), аргументованість якого видається достатньо суперечливою та сумнівною. ОСОБА_1 засуджена за крадіжку (ч. 2 ст. 185 КК) за таких обставин: коли ОСОБА_1 перебував на платформі автовокзалу і чекав на прибуття рейсового автобуса, біля нього присіла невідома жінка, яка також чекала на цей автобус, щоб через водія передати сумку. Після прибуття рейсового автобуса

Проблеми аргументованості правових висновків Касаційного кримінального суду у складі ВС: огляд окремих постанов

☛ Закінчення. Початок у № 16–17.

Микола РУБАЩЕНКО,
доцент кафедри кримінального права № 1
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого,
кандидат юридичних наук



4. Крадіжка чи шахрайство?

Аналіз цих міркувань не дозволяє зробити висновку, що судова практика відмовилася від такої обов'язкової ознаки шахрайства як «добровільна передача майна/права на майно самим потерпілим». Ця ознака залишилася, однак поняття «потерпілого» було розширено: 1) в контексті встановлення цієї ознаки поняття потерпілого не є кримінально-процесуальним; 2) воно тотожне особі, яка вводиться в оману і яка внаслідок неї передає майно/право на майно шахраю; 3) такою особою може бути власник чи інша особа, уповноважена на вчинення юридично значимих дій стосовно майна (особа, якій майно ввірене, перебуває у її тимчасовому законному володінні тощо).

Враховуючи це та повертаючись до правового висновку від 2 квітня 2019 року, важко не помітити, що ККС суперечить сам собі. Маючи намір заволодіти сумкою, засуджений вводиться в оману щодо свого дійсного статусу водія, який, будучи особою, що правомірно тимчасово володіє нею у зв'язку з усною цивільно-правовою угодою з її доставки, віддає сумку засудженому. Таким чином потерпіла-власниця сумки дійсно добровільно не передавала її засудженому, разом із тим такою добровільною передачею здійснив потерпілий-водій як інша особа, уповноважена на вчинення дій щодо майна.

Далі те, що злочинець самостійно забрав сумку (водій фізично її не вручав) за суттю є тотожним самостійній передачі її водієм, адже останній, будучи особою, в правомірному володінні якої знаходиться сумка, дозволяє (помилково) її забрати. А це вже робить неоднозначним і висновок ККС щодо функціонального призначення обману – чи був він лише засобом отримання доступу до майна, чи безпосередньо саме завдяки омані засуджений заволодів майном? Вочевидь у недалекому майбутньому вищій судовій інстанції доведеться розробити більш дієві критерії для визначення функціонального призначення обману залежно

від обставин справи. Вказівка ККС на використання ОСОБОЮ_1 обставин, що об'єктивно склалися на момент викрадення, та розрахунок на те, що його дії не будуть сприйматися іншими особами як протиправні, не може бути аргументом на користь відмежування крадіжки від шахрайства, оскільки при шахрайстві злочинець так само використовує обставини, що складаються, й розраховує на те, що потерпілий та інші сторонні особи не виявлять його обману, принаймні до моменту заволодіння майном/правом на майно.

5. Незаконно виготовлений підакцизний товар як предмет злочину.

У цілому прогресивним є також і правовий висновок ККС від 14 листопада 2018 року (справа № 750/3335/16-к) стосовно встановлення ознак незаконно виготовлених підакцизних товарів, як предмету злочину, передбаченого ч. 1 ст. 204 КК. Прогресивність цього висновку пов'язана передусім з відмовою від помилкових суджень, які свого часу зробив ВСУ в постанові від 5 вересня 2013 року (справа № 5-15к13).

У справі, що розглядав ВСУ в 2013 році, засуджений як фізична особа без ліцензії на придбання, зберігання та збут алкогольних напоїв за місцем свого проживання незаконно виготовив із метою збуту, розлив у пластикові пляшки ємністю 5 та 6 л. алкогольний напій – вино під певними марками та незаконно збув 23 літри напою. Виходячи із нормативного визначення поняття «підакцизні товари», ВСУ сформулював перелік обов'язкових ознак, необхідних для визнання алкогольних напоїв предметом злочину, передбаченого ст. 204 КК: 1) одержання шляхом спиртового бродіння цукромістких матеріалів або виготовлення на основі харчових спиртів; 2) визначений мінімальний вміст етилового спирту; 3) визнання законом підакцизним товаром; 4) належність до відповідної товарної групи згідно з систе-

мою опису та кодування товарів. Зважаючи на це, ВСУ вирішив, що оскільки в розглядуваній кримінальній справі саморобно виготовлене вино не відповідало встановленим для даного товару (продукції) стандартам, нормам і умовам (ДСТУ), то й такий напій не може належати до відповідної товарної групи, а отже, й бути предметом злочину.

Вимога фіксувати відповідність встановленим для підакцизного товару стандартам, нормам і умовам його виготовлення могла стати штучною перешкодою в боротьбі з обігом незаконно виготовлених підакцизних товарів, передусім алкогольних напоїв, питома вага справ щодо яких перевищує 90% від розслідуваних за ст. 204 КК. Не виключено, що через таку правову позицію було «поховано» значну кількість справ щодо незаконно виготовлених підакцизних товарів. Була створена

біна». Проданий напій згідно з висновком експертиз також не відповідав технічним умовам (вимогам ДСТУ), виготовлений не промисловим способом, містив органічні речовини та при вживанні навіть становив загрозу життю і здоров'ю споживачів. Проте ККС проігнорував невідповідність рідини стандартам та визнав її підакцизним товаром, додатково вказавши, що «фактична наявність чи відсутність у складі ціни товару акцизного податку на кваліфікацію не впливає, оскільки цей злочин може посягати як на відносини у сфері захисту від недобросовісної конкуренції, так і на відносини у сфері оподаткування (зокрема, невключення акцизного податку до ціни товару, який законом визнається підакцизним)». Разом із тим, обмежившись лише загальним висновком про те, що в цій справі виявлена рідина відповідає всім чотирьом ознакам підакцизного товару, ККС так і не спромігся пояснити причини зміни своєї правової позиції та сформулювати нову.



загроза перетворення приписів статті 204 КК на мертві норми, адже в практичній площині в незаконному обігу перебувають переважно такі підакцизні товари, що виготовлені в непромисловий (кустарний) спосіб (у підвалах, господарських спорудах, підпільних цехах тощо) і без додержання всіх необхідних технічних умов та стандартів.

У постанові від 2018 року ККС відмовився від такого тлумачення у справі, за якою особу було засуджено, зокрема, за незаконне зберігання з метою збуту та збут незаконно виготовлених алкогольних напоїв (ч. 1 ст. 204 КК). У цій справі засуджений придбав етиловий спирт, змішав його з водою та за місцем проживання збув його у склянній пляшці «Спелая ря-

вказаних об'єктивних обставин товару суб'єкт його придбання вважатиме цей товар таким, до ціни якого має бути включений акцизний податок, і бажає вчинити відповідні незаконні дії з таким товаром. У такому разі саморобно виготовлений товар подається як справжній, тобто такий, до ціни якого включено акцизний податок (а не як самогон чи домашнє вино).

Замість цього ККС у вказаній постанові від 2018 року наводить нову правову позицію стосовно розуміння іншої обов'язкової ознаки предмета злочину, передбаченого ч. 1 ст. 204 КК. Як відомо, крім того, що товар має відповідати чотирьом ознакам належності його до підакцизного, він має бути незаконно виготовленим. Традиційно в судовій практиці послуговувалися пунктом 12 постанови пленуму ВСУ від 25 квітня 2003 року № 3, згідно з яким «незаконно виготовленими слід вважати зазначені в ст. 204 КК товари, що виготовлені: 1) особою, яка не зареєстрована як суб'єкт підприємництва, незалежно від того, чи підлягає діяльність з їх виготовлення ліцензуванню; 2) суб'єктом підприємницької чи господарської діяльності без одержання ліцензії, якщо їх виготовлення підлягає ліцензуванню». Це роз'яснення мало важливе значення передусім з огляду на те, що чинне законодавство не містить визначення поняття незаконного виготовлення.

ККС фактично вдався до неприкритого викривлення положень закону, коли вказав, що таке визначення надано в ст. 1 Закону України «Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів» від 19 грудня 1995 року № 481/95-ВР (далі – Закон № 481/95-ВР). Насправді ж вказаний закон не тільки ніколи не містив такого визначення, але й взагалі не оперує поняттям «незаконно виготовлення». Натомість у ньому надаються визначення поняття незаконного виробництва алкогольних напоїв та фальсифікації алкогольних напоїв. І якщо «незаконне виробництво» означає виробництво без наявності ліцензії на відповідний вид підприємницької діяльності, то «фальсифікація» охоплює умисне, з корисливою метою виготовлення алкогольних напоїв та тютюнових виробів із порушенням технології чи з неправомірним використанням знака для товарів і послуг, чи копіюванням форми, упако-

ки, зовнішнього оформлення, а так само прямим відтворенням товару іншого підприємця із самовільним використанням його імені. Саме останнє досить широкое поняття використав ККС, ототожнивши «фальсифікацію» з «незаконним виготовленням».

Тут необхідно підкреслити, що поняття «фальсифікація» та «незаконне виробництво» з'явилися в Законі № 481/95-ВР у 2000 році одночасно і при цьому, згідно з тим же законом, який доповнив КУпАП статтею 177-2, що встановлювала адміністративну відповідальність за виготовлення, придбання, зберігання та реалізацію фальсифікованих алкогольних напоїв та тютюнових виробів. Трактуючи «незаконного виготовлення» як такого, що здійснюється без відповідної ліцензії, та наповнення «фальсифікації» тим змістом, який витікає із законодавчого визначення, пізніше якраз і дозволяло відмежовувати адміністративну відповідальність за незаконне поводження з фальсифікатом від кримінальної відповідальності за дії з незаконно виготовленими алкогольними напоями і тютюновими виробами. Зважаючи на нову правову позицію ККС, застосовність статті 177-2 КУпАП практично унеможливується.

6. Ознаки терористичної організації.

Предметом розгляду ККС були також і вкрай гострі із соціально-політичної точки зору питання. Серед них проблема визнання організації терористичною. У постанові від 5 липня 2018 року (справа № 225/6151/15-к) зроблено висновок, що «таке визнання здійснюється судом у конкретному провадженні на підставі наявних матеріалів. Існування окремого судового рішення, рішення органу законодавчої чи виконавчої влади про визнання діяльності терористичною для притягнення особи до кримінальної відповідальності за ст. 258-3 КК не вимагається». Вітаючи цей правовий висновок, все ж таки його аргументація не позбавлена істотних недоліків, що виявилися в допущених суперечностях.

Поняття «терористична група» та «терористична організація» стали новелою КК 2001 року. У 2006 році кодекс було доповнено статтею 258-3, яка й по нині передбачає відповідальність за створення терористичної групи/терористичної організації, керівництво ними, участь у них, а також сприяння їх створенню чи діяльності. До прийняття в 2003 році Закону України «Про боротьбу з тероризмом» ці поняття вважалися різновидами організованої групи (ч. 3 ст. 28 КК) та злочинної організації (ч. 5 ст. 28 КК) відповідно як самостійних форм співучасті. Тобто для встановлення ознак терористичної організації спершу необхідно було констатувати всі обов'язкові ознаки злочинної організації як такої. Проте спеціальний закон надав власне визначення поняттю терористичної організації. З того часу триває дискусія про те, яким же визначенням слід керуватися при застосуванні відповідних норм КК.

І хоча ця проблема не була в центрі предмету оскарження,

це не означає, що її треба було ускладнювати, тим більше, що завдання ККС якраз у тому, щоб подібні проблеми згладжувати (нейтралізувати), а не поглиблювати. Спершу ККС зазначає: «поняття терористичної організації визначено у ст. 1 Закону України «Про боротьбу з тероризмом», а також ст. 28 КК, — це стійке об'єднання трьох і більше осіб, створене з метою здійснення терористичної діяльності, в межах якого здійснюється розподіл функцій, встановлено певні правила поведінки, обов'язкові для цих осіб під час підготовки та вчинення терористичних актів. Достатнім для визнання організації терористичною є те, що якщо хоча б один із її структурних підрозділів здійснює терористичну діяльність з відома хоча б одного з керівників (керівних органів) усієї організації». Тобто ККС на відміну від учених, які сперечалися стосовно того, яким із законодавчих визначень слід послуговуватися, вирішив поєднати їх. При цьому факт того, що ці визначення суперечать один одному, щонайменше в частині кількісної ознаки співучасті, був проігнорований. Вказівка на те, що поняття терористичної організації визначено ст. 28 КК, повністю нівелюється подальшим визначенням, яке є незмінним відтворенням аналізованого поняття зі спеціального закону. Надалі ККС вказує, що «терористична організація виділена як вид злочинної організації за спеціальною метою здійснення терористичної діяльності». Це твердження заперечує попереднє цитування спеціального закону.

Як вбачається, якщо терористична організація є видом злочинної організації, то повинна володіти всіма її обов'язковими ознаками, зазначеними в ч. 4 ст. 28 КК, серед яких, зокрема, кількісна ознака — не менше п'яти суб'єктів злочинів, а також мета безпосереднього вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів учасниками цієї організації, або керівництва чи координації злочинної діяльності інших осіб, або забезпечення функціонування як самої злочинної організації, так і інших злочинних груп. Звідси для потреб застосування ст. 258-3 КК не може визнаватися терористичною організацією стійке ієрархічне об'єднання з менш ніж п'яти осіб та/або метою створення якого було, зокрема, здійснення такої терористичної діяльності, яка згідно з чинним КК не підпадає під ознаки тяжкого чи особливо тяжкого злочину (для прикладу, такий вид терористичної діяльності як пропаганда й поширення ідеології тероризму взагалі не є злочином за КК України, натомість публічні заклики до вчинення терористичного акту, а також розповсюдження, виготовлення чи зберігання з метою розповсюдження матеріалів з такими закликами, є злочином середньої тяжкості).

Р. С. Автор даної статті сподівається, що висловлені в ній критичні зауваження сприятимуть вдосконаленню аргументації нових правових висновків вищого судового органу та загострять увагу на критично оцінених правових позиціях і проблемах, що з них витікають.