

НАЦІОНАЛЬНИЙ ЮРИДИЧНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ІМЕНІ ЯРОСЛАВА МУДРОГО
КОНСУЛЬТАТИВНА МІСІЯ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ В УКРАЇНІ
ГРОМАДСЬКА ОРГАНІЗАЦІЯ
«ВСЕУКРАЇНСЬКА АСОЦІАЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА»

**ПРОЄКТ НОВОГО
КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ
У ВИМІРІ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА**

Матеріали сателітного заходу
V Харківського міжнародного юридичного форуму

м. Харків, 21 вересня 2021 року

Харків
«Право»
2022

УДК 343.23(477)(094.4)
П68

Редакційна колегія:
Ю. В. Баулін, Ю. А. Пономаренко, І. А. Вишневська

Матеріали опубліковано в авторській редакції

Проект нового Кримінального кодексу України у вимірі верховенства права : матеріали сателіт. заходу в рамках V Харків. міжнар. юрид. форуму, м. Харків, 21 верес. 2021 р. / редкол.: Ю. В. Баулін, Ю. А. Пономаренко, І. А. Вишневська. – Харків : Право, 2022. – 172 с.
ISBN 978-966-998-414-2

- © Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, 2022
- © Консультативна місія Європейського Союзу в Україні, 2022
- © Громадська організація «Всеукраїнська асоціація кримінального права», 2022

ISBN 978-966-998-414-2

ПЕРЕДМОВА	8
------------------------	---

**ПРОЄКТ КК УКРАЇНИ І ПРИНЦИП
ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА: ЗАГАЛЬНІ ПІДХОДИ**

Баулін Ю.В.

ОСНОВНІ ЗАСОБИ ВТІЛЕННЯ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА В ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ	9
---	---

Хавронюк М.І.

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ ЯК НАЙВИЩОЇ СОЦІАЛЬНОЇ ЦІННОСТІ В ПРОЄКТІ НОВОГО КК УКРАЇНИ	13
---	----

Рабінович С.П.

ПРОЄКТ КК УКРАЇНИ У ВИМІРІ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА І КОНСТИТУЦІЙНОЇ ЗАКОННОСТІ	16
--	----

Максимов С.І.

КРИМІНАЛЬНИЙ КОДЕКС ОЧИМА ЮСНАТУРАЛІСТА.....	18
--	----

Музика А.А., Музика Л.А.

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА ЯК РЕАЛЬНІСТЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ І ПРАВОЗАСТОСУВАННІ (В АСПЕКТІ DE LEGE FERENDA).....	21
--	----

Пономаренко Ю.А.

JUS PUNIENDI VS ПРАВА ЛЮДИНИ У ВИМІРІ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА	24
--	----

Рябчинська О.П.

ПОЛОЖЕННЯ ПРОЄКТУ КК УКРАЇНИ ЩОДО РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА	28
---	----

Киричко В.М.

ПРО ПРАВОЗАХИСНУ ФУНКЦІЮ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА В ПРОЄКТІ НОВОГО КК УКРАЇНИ ТА ПРО ЙОГО ЗАСТОСУВАННЯ ДЛЯ ЗАХИСТУ ВІД БЕЗПІДСТАВНО УЗАКОНЕНОГО ОБМЕЖЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ	32
---	----

Пащенко О.О.

ПРИНЦИП ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА ТА ПРАВИЛА НОРМОПРОЄКТУВАННЯ: ПРОБЛЕМИ СПІВВІДНОШЕННЯ.....	35
--	----

Вишневіська І.А.

ОДНОЗНАЧНІСТЬ ТЕРМІНОЛОГІЇ ЯК ПРОЯВ ЮРИДИЧНОЇ ВИЗНАЧЕНОСТІ В КК УКРАЇНИ.....	38
---	----

Карпунцов В.В.

ОСНОВНІ ПРАВОЗАСТОСОВНІ АСПЕКТИ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА	41
--	----

Демчук П.В.

ДО ПИТАННЯ ПРО ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ СУДАМИ ЗАГАЛЬНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ.....	44
--	----

Самбор М.А.

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА ЯК ЗАСАДНИЧИЙ ПРИНЦИП
ДІЯЛЬНОСТІ СУБ'ЄКТІВ ПРАВОНАСТОСУВАННЯ
УДОСКОНАЛЕННЯ ПОЛОЖЕНЬ ЗАГАЛЬНОЇ ЧАСТИНИ
ПРОЄКТУ КК УКРАЇНИ47

Гришук В.К.

ОКРЕМІ КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРОЄКТУ
ЧЕРГОВОЇ КОДИФІКАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОГО (КАРНОГО)
ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ.....50

Бантшиєва О.О., Бантшиєв О.Ф.

ЗАУВАЖЕННЯ ДО ОКРЕМИХ ПОЛОЖЕНЬ КК УКРАЇНИ
(ПРОЄКТ/КОНТРОЛЬНИЙ ТЕКСТ (станом на 25.07.2021 р.).....54

Таволжанська Ю.С.

КРИТИЧНЕ ОСМИСЛЕННЯ ПОЛОЖЕНЬ Ч. 3 СТ. 1.2.6 «ГУМАНІЗМ»
ПРОЄКТУ КК УКРАЇНИ56

Храмцов О.М.

ЩОДО НАСИЛЬСТВА ТА ЙОГО ВИДІВ У ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ.....59

Репіна Ю.С.

НАПРЯМИ УЗГОДЖЕНОСТІ НОРМ ЦИКЛУ КРИМІНАЛЬНОГО
ЗАКОНОДАВСТВА В ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ62

Тимофєєва Л.Ю.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ РОЗУМІННЯ
ДЕЯКИХ ДИСКРИМІНАЦІЙНИХ ПРОЯВІВ.....64

Розовський Б.Г.

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА – ЭТО КОГДА СУДЯТ НЕ РОБОТА,
А ЧЕЛОВЕКА, НАРУШИВШЕГО ЗАКОН67

Оробець К.М.

ЩОДО ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАК КРИМІНАЛЬНОГО
ПРАВООПОРУШЕННЯ В ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ.....70

Марін О.К.

СКЛАДЕНІ СКЛАДИ ЗЛОЧИНІВ У ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ72

Кулик О.Г.

МЕТОДИЧНІ ЗАСАДИ РОЗРОБЛЕННЯ
КРИМІНОЛОГІЧНОЇ КЛАСИФІКАЦІЇ ЗЛОЧИНІВ75

Мисливий В.А.

ПРИЧИНОВИЙ ЗВ'ЯЗОК ЯК КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА
КАТЕГОРІЯ В ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ78

Вереша Р.В.

МОРАЛЬНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ СУБ'ЄКТИВНОГО
ЕЛЕМЕНТУ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВООПОРУШЕННЯ
В ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ81

Гродецький Ю.В.

ВІДПОВІДНІСТЬ НОРМ ПРО НЕЗАКІНЧЕНЕ
КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВООПОРУШЕННЯ ТА ПРО
ДОБРОВІЛЬНУ ВІДМОВУ ПРИ НЕЗАКІНЧЕНОМУ
ЗЛОЧИНІ ЗАСАДАМ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА.....84

Вознюк А.А. ФОРМИ СПІВУЧАСТІ В ПРОЄКТІ НОВОГО КК УКРАЇНИ.....	87
Копйова І.А. ЮРИДИЧНА ВИЗНАЧЕНІСТЬ НЕВДАЛОЇ СПІВУЧАСТІ В ПРОЄКТІ НОВОГО КК УКРАЇНИ	91
Михайліченко Т.О. ТЕРМІНОЛОГІЧНИЙ ДИСКУРС: «НЕОХІДНА ОБОРОНА» ЧИ «ПРАВОМІРНИЙ ЗАХИСТ»?.....	93
Степанюк А.Ф. ПРОЄКТ КК УКРАЇНИ ЯК ВТІЛЕННЯ КАРАЛЬНОЇ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ	95
Куц В.М. РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ЗАСОБІВ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕАГУВАННЯ НА ВЧИНЕННЯ ПРАВОПОРУШЕННЯ В ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ ПОТРЕБУЄ УДОСКОНАЛЕННЯ	98
Горох О.П. ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ВІДБУВАННЯ ПОКАРАННЯ З ВИПРОБУВАННЯМ З УРАХУВАННЯМ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ	101
Нікіфорова Т.І. ПЕРЕГЛЯД ВИРОКІВ ДОВІЧНО ЗАСУДЖЕНИХ У СВІТЛІ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА	104
Орловська Н.А. ДЕЯКІ ПИТАННЯ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА В КОНТЕКСТІ РІШЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ ВІД 16 ВЕРЕСНЯ 2021 РОКУ	106
Зайцев О.В. ЩОДО ВІДПОВІДНОСТІ ПОЛОЖЕНЬ ПРОЄКТУ КК УКРАЇНИ ПРО ПОЛІТИКО-ПРАВОВЕ РІШЕННЯ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА	109
Кузнецов В.В. ПЕРСПЕКТИВИ НОРМАТИВНОГО ЗАКРІПЛЕННЯ ПОЛІТИКО-ПРАВОВОГО РІШЕННЯ ЯК ВИНЯТКОВОГО КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ЗАСОБУ	112
Мирошниченко Н.А., Басалюк Н.В. НЕПОВНОЛІТНІ І МОЛОДІ ДЕЛІКВЕНТИ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ВИДІВ ПОКАРАНЬ	115
Светлічний І.В. ВІДНОВНЕ ПРАВОСУДДЯ В ПРОТИДІЇ ЗЛОЧИННОСТІ НЕПОВНОЛІТНІХ УДОСКОНАЛЕННЯ ПОЛОЖЕНЬ ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ ПРОЄКТУ КК УКРАЇНИ	118
Савінова Н.А. ПРО МІСЦЕ «ГІДНОСТІ І ЛЮДИНИ» В ОСОБЛИВІЙ ЧАСТИНІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА.....	120
Самощенко І.В. ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ЗАГАЛЬНОГО ПОНЯТТЯ ПОГРОЗИ В КК УКРАЇНИ	122

Забуга Ю.Ю.

ОБСТАВИНИ, ЯКІ ПІДВИЩУЮТЬ ТЯЖКІСТЬ ВБИВСТВА
ЗА ПРОЄКТОМ НОВОГО КК УКРАЇНИ : ПИТАННЯ ДО РОЗДУМІВ 125

Політова А.С.

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЗАХОПЛЕННЯ ЗАРУЧНИКІВ
У ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ 128

Акімов М.О.

ДО ПИТАННЯ ПРО ВИЗНАЧЕННЯ МОМЕНТУ ЗАКІНЧЕННЯ
ЗАХОПЛЕННЯ ЗАРУЧНИКІВ У ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ 131

Кришевич О.В.

ШАХРАЙСТВО В ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ 133

Соловійова А.М.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ
ЗА ШАХРАЙСТВО В КОНТЕКСТІ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА 137

Лукашевич С., Салаєва К.

КРИМІНОЛОГІЧНЕ ОБГРУНТУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ
ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ВАНДАЛІЗМ 139

Кубальський В.Н.

ТЕРОРИСТИЧНІ ЗЛОЧИНИ В ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ 142

Сербіна А.В.

ЗЛОЧИНИ ПРОТИ МОРАЛЬНОСТІ:
РЕАЛІЇ ПРАВОВАСТОВОСОВОЇ ПРАКТИКИ ТА ВИКЛИКИ
СУСПІЛЬСТВА / АБО ПРОДОВЖЕННЯ РАДЯНСЬКОЇ ІСТОРІЇ
ПРО ТЕ, ЩО СЕКСУ НЕ БУЛО 145

Палюх Л.М.

ОКРЕМІ КОНЦЕПТУАЛЬНІ ЗАСАДИ УСТАНОВЛЕННЯ
ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ
ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ В ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ 148

Балобанова Д.О.

ДЕЯКІ ПРОПОЗИЦІЇ ДО РОЗДІЛУ 7.4 «ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ»
ТА РОЗДІЛУ 7.5 «ЗЛОЧИНИ ТА ПРОСТУПКИ ПРОТИ
СПРІЯННЯ ПРАВОСУДДЮ ТА ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ
ПРАВОПОРЯДКУ» ПРОЄКТУ КК УКРАЇНИ 151

Заруба П.І.

ОКРЕМІ АСПЕКТИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ
ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА В ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ 154

Степанюк К.С.

АНАЛІЗ КРИМІНАЛЬНИХ НОРМ ЗАГАЛЬНОЇ ЧАСТИНИ
ПРОЄКТУ НОВОГО КК УКРАЇНИ, ЩО СТОСУЮТЬСЯ
КОРУПЦІЙНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ 157

Харитонов С.О.

ЗМІСТ ТА ФОРМА НОРМ ПРОЄКТУ КК УКРАЇНИ
ЩОДО КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ
ЗА ВІЙСЬКОВІ КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ
В АСПЕКТІ ЇХ ВІДПОВІДНОСТІ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА 160

Подскребкіна К.О.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ПРОТИДІЯ ВІЙСЬКОВИМ
КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОПОРУШЕННЯМ.....162

Юртаєва К.В.

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЗЛОЧИНИ ТА ПРОСТУПКИ
ПРОТИ ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ В ПРОЄКТІ
КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ КРИЗЬ ПРИЗМУ
ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА164

Руднєва О.М.

ПОРУШЕННЯ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ
ПРАВ ЛЮДИНИ В УМОВАХ СУЧАСНОЇ ГЛОБАЛЬНОЇ
КРИЗИ ПРАВОПОРЯДКУ167

Kuzmin E. E.

WHEN “DOMESTIC” AND “INTERNATIONAL” COLLIDE:
SOME REFLECTIONS ON THE FUTURE OF THE CHAPTER XX
OF THE CURRENT CRIMINAL CODE OF UKRAINE.....170

ШАНОВНИЙ ЧИТАЧУ!

Збірник матеріалів конференції «Проект КК України у вимірі верховенства права» присвячений як загальним підходам, так і прикладним питанням утілення принципу верховенства права в робочому варіанті проекту нового КК України станом на 27.07.2021 року, підготовленого Робочою групою з питань розвитку кримінального права Комісії з питань правової реформи при Президентові України.

Автори статей і тез із різних боків аналізують положення проекту КК України під кутом зору відповідності його як у цілому, так і в окремих положеннях виміру верховенства права.

Але ж все ж таки основним залишається питання про те, як треба розуміти принцип верховенства права стосовно кримінального права. Відповідь на це питання дають як представники філософії та загальної теорії права, так і в основному – спеціалісти з кримінального права. Ці відповіді, на перший погляд, не зовсім збігаються, але якщо придивитися до них, то можна дійти висновку, що всі вони стосуються обґрунтування обмеження повноважень держави щодо людини, яка вчинила кримінальне правопорушення, у реалізації нею прав і свобод у кримінально-правових відносинах з державою. Водночас в одних випадках мова йде про підстави такого обмеження (аналіз ознак складів окремих кримінальних правопорушень), а в інших – про саму суть таких правообмежень. І це спостерігається як на етапі законотворчості, так і на етапі правозастосування кримінально-правових норм. Тому автори матеріалів, що розміщені в збірнику, розмірковують над питаннями структури проекту КК взагалі і окремих його розділів і статей; порівнюють положення проекту КК з чинною редакцією КК України; обґрунтовують свої пропозиції щодо удосконалення окремих положень проекту КК.

Члени робочої групи вдячні всім, хто долучився до дискусії з проблем відповідності проекту КК вимогам принципу верховенства права, висловив свої аргументовані пропозиції щодо удосконалення його положень. Такі пропозиції регулярно обговорюються членами робочої групи, що зумовлює внесення певних коректив до тексту проекту КК. Робоча група сподівається на подальшу творчу співпрацю як із науковцями, так і практичними працівниками у сфері кримінальної юстиції.

Учасники конференції щиро вдячні Консультативній місії Європейського Союзу в Україні за участь у проведенні заходу та публікації матеріалів і сподівається на подальшу технічну підтримку, співпрацю щодо реалізації проекту «Підтримка розробки нового кримінального законодавства України».

З повагою
голова Робочої групи
з питань розвитку кримінального права,
д.ю.н., професор

Юрій БАУЛІН

ПРОЄКТ КК УКРАЇНИ І ПРИНЦИП ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА: ЗАГАЛЬНІ ПІДХОДИ

*Баулін Ю.В.,
професор, д.ю.н.,
професор кафедри кримінального права №1
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого,
голова Робочої групи з питань розвитку
кримінального права Комісії з питань правової реформи
при Президентові України*

ОСНОВНІ ЗАСОБИ ВТІЛЕННЯ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА В ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ

Кримінальне право в національній системі права України є публічною галуззю права, кримінально-правові норми якої регулюють повноваження держави щодо осіб, які вчиняють кримінальні правопорушення, в інтересах суспільства, зокрема потерпії особи. Таке регулювання здійснюється юридичними засобами, які включають в себе приписи кримінального закону, юридичні факти, що породжують, змінюють та припиняють кримінально-правові відносини між державою та кримінальними правопорушниками; акти застосування кримінально-правових норм, наприклад обвинувальний вирок, тощо. Юридичною формою втілення зазначених кримінально-правових норм є Кримінальний кодекс України (далі - КК) як комплексний нормативно-правовий акт, який наразі потребує суттєвого удосконалення [1, с.29-33].

Робоча група з питань розвитку кримінального права (далі – Робоча група) Комісії з питань правової реформи, що утворена Указом Президента України від 7.08.2019 р. «Питання Комісії з питань правової реформи» [2], дійшла висновку про необхідність підготовки проекту нового КК України на інших концептуальних засадах порівняно з чинним КК України [3, с.21-28]. Опублікований робочий варіант проекту КК [4], який ще доопрацьовується Робочою групою, передбачає, що КК є єдиним законом України, який на засадах верховенства права регулює відносини між державою та особами, які вчиняють передбачені цим кодексом діяння (ч.1 ст.1.1.1). До таких осіб належать, перш за все, особи, які вчиняють кримінальні правопорушення. КК встановлює виключений перелік видів та ознак кримінальних правопорушень (злочинів і кримінальних проступків), видів та розмірів кримінально-правових засобів, а також підстав та умов, за яких ці засоби застосовуються або не застосовуються.

Враховуючи, що кримінально-правові відносини мають публічно-правовий характер, за яких особа, яка вчинила кримінальне правопорушення, знаходиться в нерівному правовому положенні до держави, то видається, що сутність принципу верховенства права в кримінальному праві правильно визначила Міжнародна комісія юристів як засадничий принцип, що захищає людину від свавілля держави та управлює особою на людську гідність [5, п.29]. Виходячи із зазначеного, можна дійти висновку, що, відповідно до принципу верховенства права, КК України на основі поваги до людської гідності в кримінально-право-

вих відносинах має забезпечувати права і свободи людини від свавільного втручання держави. Таким чином, повноваження держави щодо кримінального правопорушника та інших учасників кримінально-правових відносин обмежені принципом верховенства права.

Які ж основні засоби втілення принципу верховенства права передбачені в проекті КК України?

Перш за все, таким засобом є закріплення, розкриття та втілення в текст проекту КК його принципів (уперше за всю історію кримінального законодавства України). Проект КК передбачає вісім принципів: законність, юридична визначеність, рівність перед КК, пропорційність, індивідуальність, гуманізм, однократність, сумлінне виконання міжнародних зобов'язань. Слушно зауважує Ю. Пономаренко, що «із основоположного принципу верховенства права виводиться вісім окремих принципів нижчого рівня, що підлягають закріпленню у кримінальному законі, і яким має підкорятися не лише правозастосовний рівень, а й правотворчий рівень здійснення кримінально-правової політики, причому – у всіх її напрямках» [6, с.382,420]. Фактично, увесь текст Загальної та Особливої частин проекту КК розкриває той чи інший його принцип у різних провах.

Так розділ 1.3 Загальної частини «Значення термінів Кримінального кодексу» та статті окремих розділів Особливої частини, у яких роз'яснюються терміни, що вживаються в цьому окремому розділі, конкретизують принцип юридичної визначеності, відповідного до якого «положення цього Кодексу мають відповідати вимогам достатньої чіткості, зрозумілості та передбачуваності...» (ст.1.2.2). Принципу законності відповідають положенням проекту КК щодо визначення кримінального правопорушення, його складу та окремих елементів, а також вичерпного переліку кримінально-правових засобів. Згідно із ч.1 ст.2.1.1, «кримінальним правопорушенням є діяння, яке: а) є протиправним, тобто порушує норму приватного або публічного права та б) відповідає складу кримінального правопорушення, передбаченого цим Кодексом». З цього визначення випливає, що кримінальним правопорушенням може бути визнане лише діяння протиправне; окрім того, таке діяння має відповідати певному складу правопорушення; і, нарешті, такий склад повинен бути передбачений КК. Ознаки складу кримінального правопорушення встановлюються тільки КК, а їх зміст визначається на підставі положень цього Кодексу та інших джерел права (ч.3 ст.2.1.2). Таким чином, уповноважені державні органи обмежені у визнанні діяння кримінальним правопорушенням його ознаками, які передбачені лише у КК.

До того ж, якщо ознаки кримінального правопорушення визначені у КК вичерпним чином, то обставини, що виключають таку його ознаку, як протиправність діяння, навпаки, у проекті КК визначені невичерпно. Такими обставинами, що виключають протиправність діяння, є дії або бездіяльність особи, які: а) заподіюють шкоду правам чи правоохоронювальним інтересам особи, інтересам суспільства чи держави або інтересам міжнародного співтовариства, за заподіяння якої передбачена кримінальна відповідальність; б) є правомірними, тобто вчинені при використанні особою свого суб'єктивного права, виконанні юридичного обов'язку або здійсненні владних повноважень і в) відповідають умовам, передбаченим Конституцією України, Розділом 2.7 проекту КК, іншим законом або міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України. На відміну від чинного КК, який містить вісім таких обставин, Розділ 2.7 проекту КК «Обставини, що виключають протиправність діяння» налічує їх дванадцять, до яких віднесені: необхідна оборона; використання захисного засобу, що вражає автономно; затримання особи, яка вчинила про-

типравне посягання; крайня необхідність; виправданий ризик; заподіяння шкоди за згодою особи; заподіяння шкоди під час занять спортом; виконання професійних або службових обов'язків; виконання законного наказу або розпорядження; суперечність (колізія) обов'язків; виконання спеціального завдання із запобігання чи розкриття злочинів організованої групи чи злочинної організації; застосування фізичного впливу, спеціальних засобів або зброї. Але й цей перелік обставин не є вичерпним, адже відомо, що перелік правомірних діянь, учинюваних суб'єктом при використанні свого права, є невичерпним. А це означає, що підставою для захисту особою своїх прав і свобод при заподіянні нею шкоди об'єктам кримінально-правової охорони від свавільного втрачання держави в реалізацію нею свого права чи свободи є такі обставини, що виключають протиправність вчиненого діяння, які передбачені не тільки в Розділі 2.7 проекту КК, а й в інших актах національного та міжнародного права.

Проект КК (уперше в історії кримінального законодавства) містить Розділ 2.8 «Кримінально-правова кваліфікація», у якому визначаються поняття, формула, обґрунтування та правила кваліфікації, зокрема при сукупності кримінальних правопорушень, у разі конкуренції статей КК, незакінченого злочину, кримінального правопорушення, вчиненого у співучасті, а також при наявності обставин, що виключають протиправність діяння. Таким чином, проектом КК вирішується важливе політико-правове питання щодо юридичної оцінки вчиненого діяння: його кримінально-правова кваліфікація повинна здійснюватися за правилами, установленими в законі, а не в наукових рекомендаціях та мінливих позиціях судової практики.

Обмеженню свавільного втручання держави в реалізацію прав і свобод людини послугує і закріплення в проекті КК вичерпного переліку кримінально-правових засобів. Кримінально-правові засоби, а також правила їх застосування чи не застосування передбачають обмеження особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, у реалізації її певних прав і свобод з метою кари такої особи, запобігання кримінальним правопорушенням і спонукання засудженої особи до правослухняної поведінки (ч.2 ст. 3.1.1). Кримінально-правові засоби, що передбачені в КК, поділяються на засоби кримінальної відповідальності, до яких віднесені покарання, пробація і судимість, та інші кримінально-правові засоби, а саме: засоби безпеки, амністії та помилування, реституція і компенсація, спеціальна конфіскація та вилучення речі, кримінально-правові засоби щодо юридичних осіб. Кожний кримінально-правовий засіб характеризується певними ознаками та обмеженнями, а також установленими правилами їх застосування чи незастосування.

Втіленню принципу верховенства права послугує і особливий порядок установлення санкцій за кримінальні правопорушення, що має виключно важливе значення, оскільки чинний КК України налічує щонайменше 500 унікальних санкцій [7, с.556]. Проект КК поділяє кримінальні правопорушення на дві групи: кримінальні проступки та злочини, які, у свою чергу, поділяються на 10 ступенів тяжкості залежно від шкоди, що заподіюється об'єкту злочину (ст.2.1.12). Згідно зі ст.3.1.6 Загальної частини КК, покарання за злочин суд повноважний призначити лише в межах типової санкції. Це означає, що кожному ступеню тяжкості злочину (від 1 до 10) відповідає певний вид санкції: за злочини 1-3 ступенів тяжкості передбачена альтернативна санкція (штраф або ув'язнення на певний строк); починаючи від злочину 4 ступеня тяжкості і до злочину 8 ступеня тяжкості визначена санкція, що містить тільки ув'язнення на певний строк, а за злочини 9 та 10 ступенів тяжкості – санкція як ув'язнення на певний строк або довічного позбавлення волі. Водночас за кримінальний про-

ступок передбачена одна кумулятивна санкція, що визначена в ст.3.1.11 Загальної частини проекту КК і передбачає: а) грошове стягнення в розмірі від 50 до 100 розрахункових одиниць (1 розрахункова одиниця дорівнює 200 грн.); б) безоплатні роботи на строк від 1 до 3 місяців, в) обмеження свободи пересування на строк від 15 днів до 3 місяців або г) арешт на строк від 15 днів до 3 місяців (ст. 3.1.11). Якщо врахувати те, що в статті Особливої частини проекту КК, де передбачені ознаки основного складу злочину, вказується лише на ступінь тяжкості того чи іншого злочину, то, звичайно, мова йде про відсилочну санкцію, вид і розмір якої передбачені в статті 3.1.6 Загальної частини проекту КК. Таким чином, законодавець обмежений типовою санкцією і не може довільно встановлювати вид і розмір покарання за той чи інший злочин, чим досягається рівність осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, перед Кримінальним кодексом.

Утвердженню принципу верховенства права сприяє і встановлення досить чітких підстав та правил застосування як засобів кримінальної відповідальності, так й інших кримінально-правових засобів, що має на меті забезпечити реалізацію принципів рівності, пропорційності, гуманізму та однократності застосування кримінально-правових засобів як складових основоположного принципу верховенства права.

Цьому принципу підпорядковано й конструювання статей Особливої частини КК, у яких досить чітко визначені ознаки суб'єкта (особа, яка ...), об'єктивної сторони (установлення вичерпного переліку діянь) та суб'єктивної сторони основного складу злочину. Водночас у Загальній частині проекту КК передбачений вичерпний перелік ознак, які підвищують на 1 або на 2 ступені тяжкість учиненого злочину, а в окремих розділах Особливої частини - специфічні ознаки, що підвищують чи знижують ступінь тяжкості лише окремих злочинів, передбачених у цьому Розділі.

Список використаних джерел:

1. Тацій В.Я. Підстави та перспективи реформування кримінального законодавства України // Концептуальні засади нової редакції Кримінального Кодексу України. – Харків: Право, 2019.
2. Указ Президента України №584/2019 від 07 серпня 2019 року «Питання Комісії з питань правової реформи».
3. Концепція реформування кримінального кодексу України та інших актів чинного законодавства України про відповідальність за правопорушення в публічній сфері // Концептуальні засади нової редакції Кримінального Кодексу України. – Харків: Право, 2019.
4. Проект Кримінального Кодексу України станом на 31 жовтня 2021 року. URL. newcriminalcode.org.ua
5. Доповідь про правовладдя /Європейська комісія «За демократію через право»/ (Венеційська комісія), Страсбург, 4 квітня 2011 р., дослідження №512-2009, ухвалено на її 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25-26 березня 2011 р.). Пер. і комент. С.Головатого. Київ, USAID, 2019
6. Пономаренко Ю.А. Загальна теорія визначення караності кримінальних правопорушень: монографія/ Ю.А.Пономаренко. – Харків: Право, 2020.
7. Там само.

*Хавронюк М.І.,
професор, д.ю.н.,
професор кафедри кримінального
та кримінального процесуального права
Національного університету
«Києво-Могилянська академія»,
член Робочої групи з питань розвитку
кримінального права Комісії з питань правової реформи
при Президентові України*

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ ЯК НАЙВИЩОЇ СОЦІАЛЬНОЇ ЦІННОСТІ В ПРОЄКТІ НОВОГО КК УКРАЇНИ

Відповідно до статей 1 і 3 Конституції України, Україна є соціальною державою, а людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Те, що наша держава є соціальною, беззаперечно означає, що вона слугує забезпеченню громадянської злагоди на землі України. Злагода ж неможлива без порозуміння, зокрема й у випадках кримінально-правових конфліктів.

Чому новий КК після набрання ним чинності буде краще захищати права і безпеку людини?

Є ціла низка підстав так вважати стосовно різних категорій людей, а саме:

- 1) людини як потерпілої особи від кримінального правопорушення;
- 2) людини, яку притягують до кримінальної відповідальності;
- 3) усіх людей, на яких поширюватиме свою чинність Кодекс.

Нижче наведено перелік лише основних зазначених підстав – він є не повним і продовжує доповнюватися по мірі підготовки Робочою групою нових розділів проєкту КК [1].

Захист прав, інтересів та безпеки людини як потерпілої особи

1. Насамперед, потерпіла особа стає окремим суб'єктом кримінально-правових відносин (ст. 1.1.1).

Стаття 1.2.6 “Гуманізм” визначає як принцип те, що КК забезпечує визнання та дотримання прав, свобод і законних інтересів потерпілої особи; здійснення прав особою, яка вчинила діяння, передбачене цим Кодексом, не має шкодити правам потерпілої особи та інтересам суспільства.

2. У ст. 3.2.13 “Призначення покарання за угодою” визначено межі угоди, які враховують інтереси потерпілої особи, і, на відміну від чинного КК, вона стає значимим учасником визначення умов угоди.

3. У ст. 3.3.4 визначено, що невиконання під умовою призначеного ув'язнення є неможливим, якщо особа вчинила тяжкий насильницький злочин. Це положення враховує насамперед інтереси потерпілої особи.

4. Під час вирішення питання про помилування враховується думка потерпілої особи про доцільність помилування (ст. 3.5.2).

5. Вчинення злочину щодо будь-якої особи (чи її близької особи) у зв'язку з виконанням нею, зокрема в минулому, службових повноважень, професійних функцій або реалізацією нею суб'єктивного права чи виконання юридичного

обов'язку в інтересах суспільства або правосуддя, є обставиною, що збільшує тяжкість злочину на 1 ступінь, а щодо окремих осіб – на 2 ступені. Ці положення статей 2.1.5, 2.1.16 захищають усіх соціально активних осіб, що особливо важливо у демократичній, правовій, соціальній державі.

6. Під особливу охорону КК (статті 2.1.5, 2.1.16, де визначені ознаки складу злочину, які підвищують тяжкість злочину) також взято неповнолітніх, зокрема малолітніх осіб; вагітних жінок; осіб, які досягли 70-річного віку; осіб з інвалідністю та осіб, які перебувають у уразливому стані; осіб, які мають психічний розлад; осіб, які перебувають у матеріальній або службовій залежності від суб'єкта злочину; осіб, з якими суб'єкт перебуває (перебував) у сімейних чи близьких відносинах.

7. Враховано (статті 2.1.5, 2.1.16), що дуже часто права, свободи і законні інтереси людини порушуються особами, які використовують владу, службові чи професійні повноваження або пов'язані з ними можливості.

В усіх випадках таких порушень тяжкість злочину також збільшується на 1 або на 2 ступені.

8. Передбачено (ст. 3.6.5) широке коло обмежувальних засобів – заборон, що накладаються на засудженого з метою забезпечення, насамперед, потерпілої особи: заборона перебувати у визначених місцях; заборона наблизитися до потерпілої особи або її близьких; заборона переслідувати потерпілу особу або її близьких; заборона спілкуватися з потерпілою особою тощо.

9. Визначено загальний обов'язок особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, унаслідок якого порушене особисте право потерпілої особи та/або завдана шкода потерпілій особі, здійснити реституцію та/або компенсацію (ст. 3.7.1).

Без повної або значної реституції та/або компенсації не може бути щирого каяття (ст. 1.3.1), зупинення під умовою виконання ув'язнення (3.3.8 і 3.3.9), нормального завершення пробації (статті 3.4.8 і 3.4.9), амністії (ст. 3.5.1), погашення судимості (ст. 3.9.2). Звичайно, це значні гарантії для потерпілої особи.

10. Має бути створено Державний фонд відшкодування шкоди потерпілим.

Згідно з положеннями проекту КК, Фонд має наповнюватися за рахунок стягнення штрафу за злочин, грошового стягнення за проступок, конфіскації майна та вилучення речі, а також штрафу з юридичної особи.

У разі неможливості здійснення компенсації щодо особи, визнаної винною у вчиненні умисного насильницького кримінального правопорушення, завдана шкода компенсується державою за рахунок Фонду у випадках та в порядку, передбачених законом (ст. 3.7.1).

11. У ст. 2.1.10 визначено, що єдиним видом особливо тяжкої шкоди є смерть людини – за тяжкістю до неї не може бути прирівняний жоден інший наслідок.

Водночас в Особливій частині КК передбачені нові групи злочинів і проступків проти людини: проти ментальної та фізичної безпеки людини; проти сім'ї, дітей та вразливих осіб; проти приватності та інших особистих прав людини; проти соціально-економічних прав людини; проти виборчих прав громадян та референдумного права; проти політичних прав громадян; проти людяності тощо.

12. З'являються нові статті щодо захисту конституційних прав, які наразі КК не захищає. Це статті: 4.1.8 Схиляння до самогубства; 4.1.10 Заподіяння смерті плоду людини; 4.2.8 Тяжке ушкодження плоду людини; 4.5.8 Примушування; 4.7.10 Незаконне вивезення дитини із України; 4.8.6 Обмеження інформаційних

прав людини; 4.9.3 Порушення трудових прав викривача; 4.9.7 Порушення права на користування об'єктом права власності народу та багато інших.

Усі ці нові розділи і статті створюють систему кримінально-правового захисту прав людини від кримінально протиправних посягань.

Захист прав та інтересів людини, яку притягують до кримінальної відповідальності

1. Багато злочинів трансформуються в кримінальні проступки з більш легким покаранням.

2. Широкі можливості для уникнення при виконанні певних умов виконання покарання у виді ув'язнення – розширення підстав звільнення від покарання: заохочення до позитивної поведінки (ст. 3.3.2); невиконання ув'язнення під умовою – розширення підстав застосування пробації та змісту самої пробації (статті 3.3.4, 3.4.1, 3.4.2 та ін.); відстрочення виконання призначеного покарання у зв'язку з особливою обставиною (ст. 3.3.8); зупинення під умовою виконання ув'язнення (статті 3.3.9 і 3.3.10).

3. З урахуванням майнового стану засудженого суд може прийняти рішення про: а) розстрочення штрафу – сплату частинами на строк до 5 років, з визначенням розмірів платежів та періодичності (раз на 60 днів) або б) відстрочення сплати штрафу на строк до одного року (ст. 3.1.3).

4. Розмір покарання у виді ув'язнення загалом зменшується (ст. 3.1.6): більшість злочинів є злочинами 1 ступеня (до 2 років ув'язнення) або 3 ступеня (від 3 до 4 років ув'язнення); просте вбивство (особливо тяжкий наслідок) або будь-який тяжкий злочин, вчинений за особливо обтяжуючих обставин, передбачає максимальний строк - 13 років.

5. Стаття 3.3.10 передбачає зупинення під умовою виконання довічного ув'язнення, якщо особа має низький ризик вчинення нового злочину, здатна інтегруватися в суспільство та здійснила повністю чи значною мірою частково реституцію та/або компенсацію, – після відбуття нею 25 років ув'язнення.

6. Додаткові права та їхні гарантії, передбачені розділами Особливої частини КК: Розділ 7.4 Злочини проти правосуддя і Розділ 7.5 Злочини та проступки проти сприяння правосуддю та діяльності органів правопорядку.

Захист прав та інтересів усіх людей, на яких поширюватиме свою чинність Кодекс

1. Усі положення проєкту КК враховують принципи юридичної визначеності і пропорційності.

2. Передбачена сувора уніфікація всіх обтяжуючих обставин, що чітко визначає умови посилення покарання (не чіпай малого і слабкого, не створюй групи, не зловживай статусом тощо).

3. Визначено обов'язок судів враховувати міжнародні зобов'язання, а особливо – практику ЄСПЛ.

Отже, людина зможе бути більш упевненою щодо того, за що її можуть покарати і як саме. Усе це, зокрема, значно зменшує можливості для вибіркового правосуддя.

Список використаних джерел.

1. Текст проєкту нового Кримінального кодексу. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://newcriminalcode.org.ua/criminal-code>

ПРОЄКТ КК УКРАЇНИ У ВИМІРІ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА І КОНСТИТУЦІЙНОЇ ЗАКОННОСТІ

Робочою групою з питань розвитку кримінального права Комісії з питань правової реформи при Президентіві України здійснена і нині здійснюється винятково важлива, значна за обсягом і значенням праця, утілена в проєкті КК України. Зважаючи на тематику сателітного заходу-форуму, особливо важливою складовою цієї праці є систематизована імплементація в текст проєкту елементів верховенства права (далі – ВП).

Сьогодні нормативний зміст вимог ВП, фактично, постає галузевою конкретизацією загальних принципів права, здійсненою відповідно до цілей кримінально-правової політики сучасних демократичних держав.

У Розділах 1.1 та 1.2 Проєкту втілено принципи, які, за Г. Радбрухом, можуть обґрунтовано вважатися системоутворювальними засадами права [1, 155-160], а отже, і засадами, які є ключовими для його ж таки верховенства: справедливість (1.2.4, 1.2.5, 1.2.7), юридична визначеність («правопевність») (1.2.1 і 1.2.2) і морально-правова доцільність (1.1.2 і 1.2.6). Докладніша номенклатура вимог ВП, як відомо, ситуативно розкривається в правотлумачній практиці КСУ, ЄСПЛ, Суду ЄС та узагальнюється в актах Венеційської комісії.

Практична проблема полягає в збалансуванні окремих вимог ВП, що має ґрунтуватися на пріоритеті засад конституційної законності. З цього погляду дозволю собі прокоментувати окремі новели Розділів 1.1. і 1.2 проєкту, які наразі здаються мені дискусійними.

1. Запровадження додаткових законодавчих часових гарантій стабільності КК, що мають слугувати юридичній визначеності (ч. 2 ст. 1.1.3), безумовно, має важливу суспільно важливу мету. Пункти в) і г) цієї статті передбачають юридичне закріплення самообмежень у здійсненні часової компетенції ВРУ.

Потребує уваги нормативна природа таких самообмежень. У цьому зв'язку зауважу, що Парламент може встановити юридичні межі власних повноважень, тільки здійснюючи установчу владу. Сам прийом юридичної техніки – закріплення правил зміни акта в самому ж акті – є прерогативою Основного Закону. В інших випадках правила зміни НПА мають встановлюватися в актах вищої юридичної сили або ж в НПА, посилення до якого є в Конституції. Зважаючи на це, у разі їх законодавчого закріплення, такі самообмеження, їх дотримання і дієвість залежатимуть виключно від доброї волі народних депутатів України, матимуть, по суті, лише морально-етичний характер. У приписі ж ч. 3. ст. 1.1.3 щодо нечинності Закону про внесення змін до цього Кодексу, що порушує вимоги частини 2 цієї ж статті, прослідковується суперечність із презумпцією конституційності закону, заснованою на приписі статті 152 Конституції. Інституту ж нікчемного закону чинна Конституція України не передбачає.

Окрім цього, пункт д) ч. 2 ст. 1.1.3 вступає в суперечить статті 94 Конституції: момент набрання чинності законом може диспозитивно визначатися саме цим законом, а не іншим законом, навіть кодифікованим.

Зважаючи на конституційну законність, потребує узгодження з Конституцією та практикою КСУ також і запровадження поняття «кримінального про-

ступку» як додаткової (щодо приписів Конституції, пов'язаних зі вчиненням злочину) підстави для обмеження конституційних прав особи.

2. Юридична сила норм-принципів ВП у КК визначатиметься тим, що вони елементи конституційної засади ВП. Тому безпосереднє застосування норм-принципів Загальної частини КК є, звичайно, опосередкованим застосуванням норм Конституції.

Практика галузевого закріплення конституційних засад у Кодексі фактично призводить до того, що в складі одного НПА опиняються норми різної юридичної сили.

Звідси виникає проблема оцінювання одних норм КК на підставі інших його норм. Висновок про відповідність/невідповідність будь-якої норми Особливої частини КК нормам його Загальної частини, які змістовно чи текстуально відтворюють конституційні засади, фактично стає результатом оцінювання конституційності таких норм, тобто специфічною формою здійснення конституційного контролю. Водночас у чинному КПК України немає механізму аналогічного іншим процесуальним кодексам України щодо незастосування судом норм закону, які суперечать Конституції України. Своєрідний еквівалент такого механізму закладається ч. 3 ст. 1.1.1, у якій, проте, не уточнюється, про які саме норми Загальної частини йде мова. Тому, безперечно, будь-якому правозастосовцеві КК тут надається надто широка дискреція.

3. З практичного погляду головними адресатами закріплених у КК вимог ВП є не тільки і навіть не стільки законодавець, а й суд, органи досудового розслідування і прокуратури. Водночас норми ст. 1.2.6 «Гуманізм» мають переважно констатуючий і декларативний характер (ч. 1, 2) і подекуди навіть взагалі не стосуються змісту засади гуманізму (ч. 4). Заборонне формулювання ч.3 цієї статті потребує уточнення, оскільки кримінально-правові засоби не тільки не повинні мати на меті приниження людської гідності, але й за жодних умов не можуть принижувати цю гідність. На мій погляд, зважаючи на правозастосовну спрямованість Кодексу, перелік кримінально-правових вимог гуманізму заслуговує також на додаткову деталізацію з урахуванням тих пропозицій, які уже висловлювалися М.І. Хавронюком: «у випадках, передбачених цим Кодексом, допускається звільнення від кримінальної відповідальності і від покарання чи його відбування, а також заміна покарання більш м'яким» [2].

Норму ст. 1.2.4 доцільно доповнити також вказівкою на те, що призначене судом покарання має бути необхідне і достатнє для виправлення особи і попередження нових злочинів, а також зазначити тут інші принципи, які забезпечують індивідуалізацію покарання [там само]. Припис ч. 1 ст. 1.2.6 виражає вимогу пропорційності і тому потребує перенесення у ст. 1.2.4 «Пропорційність».

Зміст принципу юридичної визначеності у ст. 1.2.2 проекту адресований фактично тільки законодавцю. Натомість, в розумінні ЄСПЛ і Венеційської комісії цей принцип охоплює також низку вимог, які також заслуговують на закріплення у КК, оскільки стосуються також або виключно правозастосовців: стабільність і послідовність закону та його застосування на практиці; відсутність зворотної сили закону; дотримання принципів *nullum crimen sine lege* і *nulla poena sine lege*, додержання засади *res judicata* та ін.

Список використаних джерел:

1. Радбрух Г. Філософія права. К.: Тандем, 2006. 316 с.
2. Хавронюк М. І. 10 років чинності КК України: час закріпити принципи. 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Харків, 13-14 жовтня 2011 р.). URL: https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/307/1/10_Let_KK_2011.pdf

КРИМІНАЛЬНИЙ КОДЕКС ОЧИМА ЮСНАТУРАЛІСТА

1. *Що таке верховенство права?* Верховенство права – дуже складний і багатогранний феномен, який у Конституції України визначається як принцип. Щодо його змісту ведуться спори, і не лише в Україні, а й у всьому світі. Водночас цей зміст може змінюватися від однієї правової культури до іншої, а також від однієї історичної епохи до іншої, зберігаючи при цьому свою сутність та головне призначення – обмеження нормативними та інституційними засобами свавілля державної влади.

Українські правознавці у своєму прагненні зрозуміти суть цього принципу, або навіть ідеалу, пройшли певний шлях від намагань протиставлення верховенства права верховенству закону до розуміння його не як окремого принципу, а як системи принципів за своєю природою спрямованих виразити особливості організації сучасної держави. Тому в прагненні пояснити зміст цього мегапринципу, або ідеалу, слід відмовитись від намагання знайти його в простому поясненні значення термінів, що складають англійську формулу «The Rule of Law». Головне тут не стільки у правильному перекладі цього терміну українською мовою, скільки в адекватному розумінні його змісту, який може прямо не впливати із значення слів, що складають цей термін.

Вирізняючи певні ознаки, або атрибути верховенства права, такі, як формальна визначеність, заборони та противаги, суверенітет народу, негативні права, позитивні права [1, с.21], зарубіжні науковці по-різному вирішують питання про компонування цих атрибутів. Тому вирізняється вузька і широка концепція верховенства права. Перша обмежуються ознаками, які характеризують ядро верховенства права, насамперед, формальною законністю (тенденція характерна для аналітичного або позитивістського підходу до розуміння права) [1]; друга розширює зміст верховенства права, включаючи до нього також такі ознаки, як права людини - негативні та позитивні (тенденція, яка тяжіє до природно-правового, або юснатуралістичного, підходу) [2].

Варта уваги точка зору австралійського філософа права Мартінам Крігера, який вважає верховенство права універсальним ідеалом, тому що за будь-яких політичних та ідеологічних особливостях правової системи досягнення верховенства права є безумовним благом, оскільки забезпечує більш ефективну організацію політичного та економічного життя суспільства [3].

2. *Що таке юснатуралізм?* Неможливо однозначно сказати, що коріння верховенства права слід шукати в теорії природного права так само, як й заперечувати наявність зв'язку між цими концепціями. Принаймні спрямовані вони обидві до обмеження державної влади, тільки в юснатуралізмі таке обмеження забезпечується природними правами людини, а у верховенстві права – більш широким набором нормативних та інституційних засобів.

Архетипічною для природно-правового підходу є ситуація, що була відображена ще в трагедії Софокла «Антигона», коли встановленому правителем закону було протиставлене закріплене традицією та освячене богами право на по-

вагу до гідності людини як за її життя, так і після смерті. Отже, не будь-який закон може вважатись обов'язковим до виконання, та він взагалі може не вважатись правом, якщо істотно суперечить універсальним моральним уявленням про справедливість та людську гідність. У спрямованості на покращення існуючого правопорядку відповідно до цінностей, що поділяються людьми та до яких вони прагнуть, їх невідчужуваних прав, полягає гуманістичний сенс природно-правового підходу.

3. Чи притаманні ознаки природно-правового підходу проекту Кримінального кодексу України? Зазвичай, кримінальне законодавство як таке важко «звинуватити» в симпатіях до юснатуралізму. Навпаки, воно прагне до максимальної правової визначеності та слідуванню принципу законності. Тому за своєю природою воно більше тяжіє до позитивістського критерію права як авторитетного встановлення та максимально повного викладення усіх можливих на певний момент злочинів та правопорушень.

Однак важливою особливістю цього проекту є новаторська спроба подолати парадигму жорсткої соціальної орієнтованості правової системи та зробити крок до ціннісно-орієнтованої правової системи. Експліцитно ця вимога виражається, насамперед, у визначенні об'єкту складу злочину, яким визначається не суспільні відносини, а цінності. Так у ч. 4 ст. 2.1.2 «Склад кримінального злочину» читаємо: «Об'єкт складу кримінального правопорушення визначають ознаки, що характеризують соціальні цінності, яким заподіюється шкода кримінальним правопорушенням» [4]. Отже, в основу визначення правопорушення покладений критерій шкоди, заподіяної соціальним цінностям, а не критерій суспільної небезпеки. Історичний досвід ХХ століття свідчить, що перехід від формально-юридичного підходу до соціально-орієнтованого, а від нього до ціннісного підходу є характерним для сучасних правових систем процесом набуття їх системної зрілості.

Перехід до ціннісно-орієнтованої правової системи, що орієнтується на здобутки природно-правового підходу, який був «відроджений» у «Загальній декларації прав людини», означає орієнтацію на права людини як найвищу цінність. Саме категорія прав людини та їх захист є характерною відмінністю концепції цього проекту Кодексу порівняно з попередніми підходами. Однак не слід вважати, що перехід до ціннісно-орієнтованого підходу відмінняє належне встановлення правил поведінки та суспільний ефект діяння як критерії визнання дій протиправними, - вони лише стають похідними від ціннісного критерію.

4. Чи відповідають принципи кримінального права вимогам верховенства права? Безпосереднім проявом ціннісної складової будь-якого кримінального кодексу є система його принципів. Набір цих принципів (розділ 1.2) свідчить про те, що автори проекту Кримінального кодексу виходять за межі вузької версії верховенства права, додаючи до «ядра» цього феномену – принципам законності - юридичної визначеності та рівності перед законом, а також принципам, що конкретизують вимоги «формальної каральної справедливості», пропорційності, індивідуальності, однократності ще й принцип гуманізму (ст. 1.2.6) [4]. За причиною нечіткості змісту принципу гуманізму, назву відповідної статті, на наш погляд, краще було б змінити на «Права людини» або «Додержання прав людини», тому що в цій статті йдеться про гарантування прав людини, основою яких є людська гідність. Зважаючи на висновок, зроблений Конституційним Судом України в рішенні від 22.05.2018 № 5-р/2018 щодо визнання людської гідності «критерієм допустимості можливих обмежень таких прав» [5], явно невдалим є формулювання першої частини відповідної статті: «Цей Кодекс передбачає гуманне обмеження прав і свобод особи, яка вчинила протиправне діяння» [4]

можна запропонувати змінити у вказаному напрямі, наприклад, так: «Критерієм допустимості обмеження прав і свобод особи, яка вчинила протиправне діяння, за цим Кодексом слід вважати недоторканість людської гідності».

5. *Людська гідність*. У проекті Кодексу розділ 4.5 безпосередньо відсилає до злочину проти гідності людини. Однак назва цього розділу «Злочин проти волі і гідності людини» у першій частині є не коректною. Поняття «воля» в українській мові має два значення: властивість свідомості людини, яка полягає у здатності приймати самостійні рішення та слідувати ним; та як певний буденний аспект категорії «свобода» у її негативному аспекті, коли йдеться про «позбавлення волі», - і це є головний зміст цього розділу. Зважаючи на обидва значення вказаного поняття, кращим визначенням, на наш погляд, було б таке: «Злочини проти особистої свободи та гідності людини». Водночас категорія гідності у цій статті тлумачиться дуже вузько, як лише межа покарання, яка не повинна посягати на людську гідність. Категорія гідності заслуговує на більшу представленість у статтях особистої частини проекту Кримінального кодексу України як ключова цінність і основа прав людини.

Список використаних джерел:

1. Jorgen Moller. The advantages of a thin view. Handbook of the Rule of Law. Edited by Christopher May and Adam Winchester. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2018. С. 21–33.
2. Adriaan Bedner. The Promise of a thick view. Handbook of the Rule of Law. Edited by Christopher May and Adam Winchester. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2018. С. 34–47.
3. Vartin Krygier. Arbitrary Power and Ideal of the Rule of Law. Handbook of the Rule of Law. Edited by Christopher May and Adam Winchester. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2018. С. 75–96.
4. Проект Кримінального кодексу України: контрольний текст станом на 25.07.2021 р. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/08/12/1-kontrolnyj-tekst-projektu-kk-25-07-2021-1.pdf>
5. Рішення Великої палати Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України (конституційності) пункту 12 розділу I Закону України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України» від 28 грудня 2014 року № 76-VIII від 22.05.2018 № 5-п/2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005710-18>.

*Музика А.А.,
професор, д.ю.н.,
провідний науковий співробітник
Державного науково-дослідного інституту МВС України*

*Музика Л.А.,
доцент, д.ю.н.,
доцент кафедри приватного права
факультету правничих наук
Національного університету «Києво-Могилянська академія»*

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА ЯК РЕАЛЬНІСТЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ І ПРАВАЗАСТОСУВАННІ (В АСПЕКТІ DE LEGE FERENDA)

1. Верховенство права – планетарна соціальна цінність, в основі якої лежать інтереси, права та свободи людини. Цей феномен-ідеал може слугувати (як метод) у науковому пізнанні функціонування інститутів права і держави у конкретній країні. Сьогодні ми маємо практичну можливість зрозуміти, що таке верховенство права в реальному вимірі. Цьому слугує «Мірило правовладдя» («Rule of Law Checklist») як інструмент для різноманітних суб'єктів, що вирішать здійснювати таке оцінювання. Верховенство права вже «виросло» з традиційних форм правового принципу і заслуговує на нове трактування і реалізацію як метод наукового пізнання (юридичного методу дослідження). Прикладний характер цього методу дозволяє запровадити його в ужиток як в процесуальних, так і в матеріальних галузях права. Функцію методики (своєрідного «провідника») у застосуванні нового методу, як зазначено вище, забезпечуватиме «Rule of Law Checklist» [1, с. 79 – 100; 243 – 267].

Застосування юридичного методу дослідження необхідно для: а) пояснення можливості пізнання тих процесів, що відбуваються у сфері державотворення, законодавства та юридичної практики, крізь призму оцінки дотримання верховенства права; б) розуміння тих причин, які зумовлюють настання негативних наслідків у відповідних правовідносинах через нехтування верховенством права.

2. Розділ 1.2 проекту Кримінального кодексу України (далі – проект) присвячений принципам цього Кодексу. Тут спостерігається певна непослідовність і суперечність. Принцип верховенства права згадується в ст. 1.1.1 проекту, натомість серед принципів Кодексу його немає. Вважаємо такий підхід не прийнятним. Беручи до уваги, що законність і юридична визначеність (вони пропонуються як принципи Кодексу), згідно з документом Венеційської комісії «Rule of Law Checklist», є складовими принципу верховенства права, їх виокремлення у такий спосіб видається не коректним.

Враховуючи складність визначення поняття верховенства права і водночас неприпустимість його ігнорування як принципу, пропонуємо розділ 1.2 доповнити статтею:

«Стаття... Верховенство права

Кримінальний кодекс України ґрунтується на соціально-правовому ідеалі – верховенстві права, зміст якого визначила Венеційська комісія (доку-

мент «Rule of Law Checklist»»).

Водночас для усунення суперечливих положень, що містить стаття 1.1.1 «Кримінальний кодекс», її частину першу доцільно викласти у такій редакції: «Кримінальний кодекс України є єдиним законом України, який на засадах верховенства права **і Конституції України** (далі – за текстом)». Відповідно перше речення ч. 2 цієї статті необхідно вилучити.

3. В юридичній спільноті гостродискусійним є питання щодо усвідомлення винуватим протиправності вчинюваних діянь. Утім для Робочої групи вирішення цього питання має стати принциповим. Згідно з ч. 1 ст. 1.1.3 проекту, «в Україні діє презумпція знання положень Кримінального кодексу», що є цілком виправданим. Натомість далі спостерігаємо відступ від цього концепту: низка статей містить вимогу щодо необхідності усвідомлення особою протиправного характеру своєї дії чи бездіяльності (статті 2.2.2 – 2.2.4; 2.3.2, 2.3.3). Окрім зазначеного, це також суперечить Конституції України: «незнання законів не звільняє від юридичної відповідальності» (ч. 2 ст. 68).

4. Робоча група визнає як цінність «пріоритет інтересів потерпілого від злочину». Тому було б коректним положення ст. 1.2.6 (гуманізм) викласти в іншому порядку: спочатку частини 2 і 4 (про потерпілого), а потім – частини 1 і 3 (про особу, яка вчинила кримінально каране діяння).

5. Необхідно взяти до уваги, що ст. 1.4.6 проекту визначає переважно юридичний аспект поняття «місце вчинення діяння». Зокрема, залишаються нерозкритими особливості встановлення місця продовжуваних, тривалих і дистанційних злочинів. Найголовнішим є те, що досягти правильного розуміння загального поняття «місце вчинення діяння» (у кримінально-правовому аспекті, на відміну від процесуального чи криміналістичного) вдається винятково через застосування просторово-часового підходу. А саме він проігнорований. Феномен місця вчинення злочину не може бути позачасовим. Пропонуємо повернутися до обговорення цього питання. У кримінально-правовому розумінні видається доцільним таке визначення аналізованого поняття: **«Місцем вчинення діяння визнається факультативна ознака об'єктивної сторони складу злочину чи проступку, яка характеризує певну територію України (зокрема й рухому територію, а в окремих випадках, визначених кримінальним законом, – територію, що знаходиться за межами України), де суб'єкт під час перебування на ній вчинив передбачену Кримінальним кодексом України дію або бездіяльність»**. Неприпустимим слід визнати підхід, за якого місце вчинення діяння визначається як територія, де настали наслідки вчинення кримінального правопорушення.

6. У проєкті широко використовується термін «ризик вчинення нового злочину»; його пропонується розуміти в правозастосовному аспекті як «імовірність вчинення особою нового злочину, що впливає на застосування виду та міри кримінально-правового засобу, визначена з урахуванням психологічних, соціальних та правових характеристик особи» (п. 54 ч. 2 ст. 1.3.1). Фактично йдеться про різновид надзвичайно складного явища – кримінально-правові ризики. Але це не просто імовірність чогось, а власне *усвідомлена ймовірність небезпеки* настання певного наслідку тим, хто обирає варіант якогось рішення. Спеціалісти наголошують, що існує безліч визначень поняття ризику. Пояснюється це, зокрема, тим, що феномен ризику є притаманним усім сферам нашого життя. Складність цього явища Ніклас Луман охарактеризував у такий образний спосіб: «Якщо намагаєшся визначити поняття ризику, то враження таке, ніби заїхав у густий туман, де видимість не далі бампера машини. Навіть в основоположних працях проблема ніколи не досягається належним чином» [1, с. 139].

На нашу думку, більш вдалим може бути таке визначення цього поняття: «54) **ризик вчинення нового злочину** – усвідомлена спеціалістами ймовірність небезпеки вчинення особою нового злочину в разі ухвалення чи відмови від ухвалення судом відповідного рішення для досягнення позитивного результату визначена на підставі врахування низки об'єктивних і суб'єктивних факторів».

Об'єктивно зазначена можливість настання такого суспільно небезпечного наслідку існує, наприклад, у разі безпідставного притягнення або непритягнення особи до кримінальної відповідальності чи призначення несправедливого покарання. Це ж стосується й незаконного застосування (незастосування) інституту звільнення від покарання та його відбування, інститутів амністії та помилування [2].

7. Ми залишаємося непохитними у своєму ставленні до необхідності законодавчого регламентування кримінально-правового виду примусового лікування. Відповідна аргументація з цього приводу вже неодноразово спільно оприлюднювалась членами робочої групи О. П. Горохом та А. А. Музикою (запрошений до участі в діяльності робочої групи як експерт з відповідних питань). Уникаємо повторення й акцентуємо лише на принциповому положенні про те, що зважувати на права людини у цій проблемі (права осіб, які вчинили кримінальне правопорушення і страждають на соціально небезпечне захворювання) слід розглядати в системному зв'язку з порушенням прав інших людей, суспільства в цілому. Окрім того, якщо сприйняти як аргумент окремих членів робочої групи на кшталт «примусове лікування не є ефективним», то його значною мірою можна поширити і на квазіефективність кримінального покарання. Але ж ми не відмовляємося від останнього.

Серед цінностей робочої групи проголошено таке: «Ніхто не має монополії на істину. При прийнятті рішення вирішальне значення має вагомість аргументів, а не будь-які інші фактори; жодне питання не вважаємо вирішеним остаточно». Тому пропонуємо критично оцінити аналізовану проблему і розв'язати її відповідно до потреб сьогодення, спираючись, зокрема, на Основи законодавства України про охорону здоров'я (ст. 53), міжнародно-правовий досвід, практику зарубіжного законотворення.

8. «Олівець зачепився» за такий текст ст. 3.6.3 (примусова психіатрична допомога): «... 2. Під час визначення виду примусової психіатричної допомоги особі, яка вчинила протиправне діяння, суд, крім відомостей, зазначених у частині 2 статті 3.6.2 цього Кодексу, враховує: ... б) **вірогідність** вчинення нею нового протиправного діяння» (виділено нами – А. М., Л. М.).

За словником української мови, вірогідність – це те, що не викликає сумніву; достовірне (на відміну від імовірності, тобто можливості). Очевидно, саме останнє поняття (імовірність) треба використовувати в цьому тексті.

Список використаних джерел:

1. Музика Л. А. Концепція цивільно-правової політики України: монографія. Київ: ПАЛІВОДА А. В., 2020. 504 с.
2. Луман Н. Понятие риска / Пер. А. Ф. Филиппова. THESIS. 1994. № 5. С. 135 – 160.
3. Музика Анатолій. Про кримінально-правові ризики: загальний огляд проблеми. Право України. 2020. № 2. С. 97 – 118.

Пономаренко Ю. А.,
доцент, д.ю.н.,
завідувач кафедри кримінального права №
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого, член робочої групи з питань розвитку кримінального
права Комісії з питань правової реформи при Президентові України

JUS PUNIENDI VS ПРАВА ЛЮДИНИ У ВИМІРІ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА

Повноваження держави карати осіб, які вчиняють кримінальні правопорушення, що в літературі має назву «право покарання» або ж *jus puniendi*, становить собою передані державі українським народом на підставі суспільного договору правомочності щодо встановлення, застосування й виконання покарань щодо осіб, які вчиняють кримінальні правопорушення. Саме ж покарання розуміється сучасною наукою й закріплюється законодавцем як примусове обмеження в реалізації прав чи свобод, належних особі, яка вчинила кримінальне правопорушення з метою заподіяти такій особі кару, через яку досягнути її виправлення та запобігання вчинення нових кримінальних правопорушень. Отож, покарання є ні чим іншим, як правомірним заподіянням державою особі страждань з метою досягнення цілей кримінального права. Як писав Н. Крісті, «покарання, що призначається та виконується системою кримінальної юстиції, становить усвідомлене заподіяння болю. Передбачається, що ті, кого карають, – страждають. ... Ті, кого карають, повинні отримати дещо таке, що робить їх нещасними, заподіює їм шкоду»¹. Відтак здійснення державою *jus puniendi* становить легітимізоване насильство держави над особою, а «кримінальне право встановлює норми суверенного посягання держави на права індивідуума, що здійснюється в інтересах всього суспільства»².

Таким чином, у сфері кримінальної юстиції відбувається зіткнення двох конфліктуючих цінностей: з одного боку – *jus puniendi*, що здійснюється державою для загального інтересу протидії злочинності, з іншого боку – права і свободи окремої особи, що є об'єктом правового захисту. Визначення оптимального балансу між ними є завданням матеріального кримінального права, що є галуззю національного публічного права України і регулює здійснення державою її *jus puniendi* шляхом визначення того: 1) які діяння є кримінальними правопорушеннями і 2) яким покаранням або іншим кримінально-правовим засобам підлягають особи, які вчинили кримінальні правопорушення. Отож, урегулювання балансу між *jus puniendi* та правами людини піднімається на надзаконодавчий рівень – на рівень основоположних принципів права, яким мають бути підпорядковані не лише практика правозастосування, а й самі законодавчі приписи.

Основоположним принципом права, якому має відповідати будь-яка, зокрема й пов'язана з реалізацією *jus puniendi*, діяльність держави, є принцип верховенства права, який, відповідно до ч. 1 ст. 8 Конституції України, «в Україні визнається і діє». Зміст цього принципу є настільки широким і всеохоплюючим, а його значення для правової системи настільки загальним, що навіть за наявності у проєкті КК розділу 1.2. «Принципи кримінального закону» розробники вважали за потрібне «підняти» його ще вище – до розділу 1.1 «Вихідні

¹ Крісті Н. Причиняє біль. Роль покарання в уголовной политике. Санкт-Петербург: Алтея, 2011. С. 24.

² Фристер Г. Уголовное право Германии. Общая часть: учебник: пер. с нем. Москва: Инфотропик Медиа, 2013. С. 2.

положення». Звісно, не є завданням КК України (так само, як і будь-якого іншого закону) визначення поняття чи елементів змісту цього принципу. Проте в проекті КК вперше в історії кримінального законодавства України проголошується, що «І. Кримінальний кодекс України є єдиним законом України, який на засадах верховенства права регулює суспільні відносини між державою, потерпілими особами та особами, які вчиняють передбачені цим Кодексом діяння, шляхом встановлення:

- а) вичерпного переліку видів та ознак кримінальних правопорушень ...;
- б) видів і розмірів кримінально-правових засобів;
- в) підстав та умов, за яких ці засоби застосовуються або не застосовуються» (ст. 1.1.1).

За слушним судженням Ю. В. Бауліна, «Відповідно до принципу верховенства права, Кримінальний кодекс України на основі поваги до людської гідності унеможливило свавільне втручання держави у права і свободи особи, яка вчинила злочин»³. Так само розуміє призначення цього принципу й Конституційний Суд України, який в одному зі своїх рішень відзначив, що «верховенство права означає, що органи державної влади обмежені у своїх діях заздалегідь регламентованими та оголошеними правилами» і що «основна мета верховенства права полягає насамперед в обмеженні влади держави над людиною, у забезпеченні від довольного втручання держави та її органів у певні сфери життєдіяльності людини»⁴.

Сутнісний зміст цього принципу може бути встановлений з урахуванням доповіді Європейської комісії «За демократію через право» (Венеційської комісії) «Верховенство права», схваленої на її 86-му пленарному засіданні (м. Венеція, 25–26 березня 2011 року)⁵. Констатувавши спершу, що розбіжності значень поняття «верховенство права» не повинні викликати сумнівів у його корисності як основоположної концепції публічного права і що з урахуванням сучасних нормативних міжнародних та національних правових актів і праць науковців на сьогодні існує консенсус щодо ключового значення поняття «верховенство права» та щодо елементів, охоплених ним (п.п. 34, 35), Комісія дійшла висновку, що «існує потреба у його (верховенства права. – Ю. П.) осягненні, а відтак – його чіткому розумінні» (п. 34). Уникнувши формалізоване визначення цього принципу, Комісія констатувала наявність консенсусу щодо таких обов'язкових елементів поняття «верховенство права»:

- а. Законність, включаючи прозорий, підзвітний та демократичний процес введення в дію приписів права;
- б. Юридична визначеність;
- в. Заборона свавілля;
- д. Доступ до правосуддя, пред'явленого незалежними та безсторонніми судами, включно з тими, що здійснюють судовий нагляд за адміністративною

3 Баулін Ю. В. Принцип верховенства права у кримінально-правовому вимірі. Концептуальні засади нової редакції Кримінального кодексу України : матеріали міжнар. наук. конф., м. Харків, 17–19 жовт. 2019 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), А. П. Гетьман, Ю. В. Баулін та ін. Харків : Право, 2019. С. 113.

4 Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 62 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Указу Президента України «Про дострокове припинення повноважень Верховної Ради України та призначення позачергових виборів» № 6-р/2019 від 20 червня 2019 року. Офіційний вісник України. 2019. №57. Ст. 1984 (абз. 6 п. 4 і абз. 1 підп. 4.3 п. 4 мотивувальної частини)

5 Верховенство права : доп., схвал. Венец. коміс. на 86-му пленар. засід. (Венеція, 25–26 берез. 2011 р.) / Європ. коміс. «За демократію через право» (Венец. коміс.) ; пер. укр. мовою С. Головатого (за підтримки Амер. агенції з міжнар. розвитку/USAID). Право України. 2011. №10. С. 168–184

діяльністю;

е. Дотримання прав людини;

ф. Заборона дискримінації та рівність перед законом» (п. 41).

Кожен з цих елементів верховенства права знайшов своє втілення в положеннях проекту нового КК України про його принципи. Тобто як самостійні принципи проект розглядає ті вимоги, які Венеційська комісія називає елементами принципу верховенства права (наприклад, законність, юридична визначеність, рівність та ін.). Окрім того, до числа принципів нового КК були віднесені й ще деякі, які безпосередньо в змісті принципу верховенства права Венеційською комісією не були названі (наприклад, однократність чи сумлінне виконання міжнародних зобов'язань). Так чи інакше, але сукупність цих вимог і слід вважати тими правилами, яким мають підкорятися уся кримінально-правова політика в державі і все її кримінально-правове регулювання на різних рівнях здійснення державою її *jus puniendi*.

Принцип законності полягає в тому, що закон повинен визначити таке: по-перше, загальне поняття покарання, його ознаки та мету, а також місце покарання у системі кримінально-правових засобів-установлень; по-друге, зміст кожного окремого виду покарання; по-третє, розміри кожного виду покарання; по-четверте, коло осіб, до яких той чи інший окремий вид покарання може бути застосований; по-п'яте, караність кожного окремого кримінального правопорушення (санкцію за нього).

Принцип юридичної (чи правової) визначеності полягає в тому, що: по-перше, приписи закону про караність кримінальних правопорушень мають бути сформульовані максимально чітко, припускати лише один варіант їх тлумачення й унеможливити будь-який інший; по-друге, має бути віднайдений розумний баланс між імперативністю приписів закону в частині караності та дискреційними повноваженнями суду щодо призначення покарання; по-третє, має бути забезпечений постійний контроль за придатністю до застосовування положень кримінального закону про караність; по-четверте, приписи кримінального закону про караність мають бути передбачуваними; по-п'яте, усі зміни караності мають провадитися з наданням суспільству реальної можливості ознаяомлення з ними та привичаєння до них; по-шосте, посилення караності не може мати зворотної дії в часі.

Принцип рівності перед кримінальним законом у частині визначення караності кримінальних правопорушень має чотири складові: по-перше, це визначення караності всіх кримінальних правопорушень, учинюваних будь-якою особою, в єдиному кримінальному законі; по-друге, для всіх суб'єктів кримінальних правопорушень караність, за загальним правилом, має бути визначена однаково і незалежно від їхніх ознак - раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, мовних або інших ознак; по-третє, допущення можливості законодавчого встановлення обґрунтованих особливостей караності кримінальних правопорушень для представників окремих соціальних груп; по-четверте, допущення можливості існування так званих «спеціальних» покарань.

Принцип пропорційності в частині визначення караності кримінальних правопорушень має такий прояв: по-перше, легітимність мети визначення караності обумовлюється підставами криміналізації діяння; по-друге, караність кримінальних правопорушень має бути домірною (розмірною), але не надмірною; по-третє, покарання має бути *ultima ratio* (крайнім засобом), що застосовується

за вчинення кримінального правопорушення; по-четверте, розміри самого покарання мають бути диференційовані і відповідати типовій тяжкості кримінального правопорушення.

Принцип індивідуальності при визначенні караності кримінальних правопорушень полягає в тому, що цей кримінально-правовий засіб повинен встановлюватися в такому виді, щоб він мав максимально особистий характер, тобто щоб покарання в мінімальному ступені зачіпали права інших осіб, окрім тієї, яка вчинила кримінальне правопорушення.

Принцип гуманізму в частині визначення караності кримінальних правопорушень, з одного боку, вимагає належної поваги до прав особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, обмеження їх лише в тому обсязі, в якому це необхідно й допустимо для досягнення цілей покарання; а з іншого боку, є перешкодою для встановлення негуманних (нелюдських) видів покарань або негуманних моделей таких видів покарань, існування яких загалом не визнається порушенням ст. 3 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Принцип однократності в частині визначення караності кримінальних правопорушень має три складові: по-перше, у кримінальному законі має бути закріплене загальне правило про те, що кожне кримінальне правопорушення карається лише один раз; по-друге, визначаючи караність окремих кримінальних правопорушень, законодавець повинен брати до уваги і те, що у разі, коли склади окремих злочинів чи кримінальних проступків співвідносяться між собою як частина і ціле, була унеможливлена кваліфікація цілого за сукупністю двох статей, а відтак – і подвійна його караність; по-третє, у законі мають бути передбачені територіальні межі дії принципу *non bis in idem* таким чином, щоб ним не охоплювалася заборона подвійної міждержавної юрисдикції в тих випадках, коли вона допускається міжнародним правом.

Сумлінне виконання міжнародних зобов'язань як принцип здійснення законодавцем діяльності з визначення караності кримінальних правопорушень полягає в максимально повному втіленні в кримінальному законі норм і механізмів, закладених у міжнародно-правових договорах України щодо караності окремих діянь з урахуванням особливостей нашої національної правової системи та вимог наступності нашого кримінального законодавства.

Правове врегулювання конфлікту між державним *jus puniendi* і правами окремої людини, звісно ж, не обмежується викладеними принципами кримінального законодавства. Окрім того, воно включає в себе й низку інших правил, зокрема, правил побудови переліку (системи) видів покарань та приписів про кожен окремий вид покарання в цьому переліку і правил побудови системи санкцій у кримінальному законі. Але основа такого врегулювання, безумовно, випливає саме з принципу верховенства права, що вимагає підпорядкування нормам права і зв'язаності нормами права усієї діяльності держави, а тим паче, такої болючої для індивіда, як здійснення каральних повноважень.

ПОЛОЖЕННЯ ПРОЄКТУ КК ЩОДО РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА

В Україні визнається і діє принцип верховенства права (ч. 1 ст. 8 Конституції України), основними елементами якого є справедливість, рівність, правова визначеність [1]. У рамках Організації Об'єднаних Націй поняття «верховенство права», що було включене до преамбули Загальної декларації прав людини (1948), застосовується для впровадження низки принципів, що мають властивість змінюватися залежно від того чи іншого контексту [2, с.173]. Сьогодні до обов'язкових елементів поняття «верховенство права» відносять такі: а. Законність, включаючи прозорий, підзвітний та демократичний процес введення в дію приписів права; б. Юридичну визначеність; с. Заборону свавілля; d. Доступ до правосуддя, представленого незалежними та безсторонніми судами, включно з тими, що здійснюють судовий нагляд за адміністративною діяльністю; е. Дотримання прав [2, с.173]. Вимоги верховенства права поширюються на публічних та приватних осіб та передбачають (за Т. Бінгемом): 1) доступність закону, тобто його зрозумілість, чіткість та передбачуваність; 2) урегулювання питань щодо прав людини нормами права, а не на основі дискреції; 3) рівність перед законом; 4) здійснення влади правомірним, справедливим та розумним способом; 5) захист прав людини; 6) забезпечення засобів для розв'язання спорів без надмірних матеріальних витрат чи надмірної тривалості; 7) справедливість суду; 8) дотримання державою міжнародно-правових зобов'язань і зобов'язань, що випливають із національного права [3, с. 201].

У проєкті КК в ст. 1. Кримінальний кодекс України зазначається, що він діє на *zasadaх верховенства права* і саме на цих засадах регулює суспільні відносини між державою, потерпілими особами та особами, які вчиняють передбачені цим Кодексом діяння, шляхом встановлення: а) вичерпного переліку видів та ознак кримінальних правопорушень – злочинів і кримінальних проступків (далі у цьому Кодексі – проступки); б) видів і розмірів кримінально-правових засобів; в) підстав та умов, за яких ці засоби застосовуються або не застосовуються. Отже засади верховенства права мають бути покладені в основу вищезазначених установлень.

Це ж стосується й визначених в проєкті принципів, зокрема законності (ст. 1.2.1); юридичної визначеності (ст. 1.2.2); рівності перед законом (ст.1.2.3); пропорційності (ст. 1.2.4); індивідуальності (ст. 1.2.5); гуманізму (ст. 1.2.6); однократності (ст.1.2.7); сумлінного виконання міжнародних зобов'язань (ст. 1.2.8); застосування Кримінального кодексу відповідно до його принципів (ст.1.2.9); забезпечення відповідності змін до Кримінального кодексу його принципам (ст. 1.2.10). Окремі з цих принципів спрямовані на підсилення дії принципу правової визначеності, який вимагає від законодавця чіткості, зрозумілості, однозначності правових норм, їх передбачуваності (постійної прогнозованості ситуацій і правових відносин) для «забезпечення стабільного правового становища людини» [1]. Важливим кроком щодо дотримання верховенства права слід розцінювати й норми щодо презумпції знання закону та стабільності Кримінального кодексу (ст.1.1.3 проєкту).

Не сумісними з принципами правової визначеності є, зокрема, зворотна дія юридичних норм, принаймні в кримінальному праві (ст. 7 ЄКПЛ), позаяк суб'єкти права повинні знати наслідки своєї поведінки; необмежена дискреція органів влади за відсутності механізму запобігання зловживання повноваженнями; існування суперечливих рішень, що їх винесла вища судова інстанція або суд конституційної юрисдикції, що негативно позначається на стабільності й сталості судової практики.

Якщо зворотна дія Кримінального кодексу в часі доволі чітко й детально регламентована в ст.1.4.2 проекту, включаючи й особливості встановлення зворотної дії при так званих проміжних законах, то інші позиції потребують більш детального аналізу.

Забезпечення єдності судової практики визнається реалізацією принципу правової визначеності, який, зокрема, є одним із фундаментальних аспектів верховенства права. Саме через передбачуваність, прогнозованість та сталість судової практики реалізуються засадничі принципи правової держави – верховенство права, правова визначеність, законність, рівність усіх перед законом і судом та ін. [4, с. 28]. Тому вимагається, щоб суди, особливо вищих інстанцій, запроваджували механізми, що надають можливість уникати суперечливості та забезпечувати узгодженість їхньої судової практики [1].

Закон наділяє суд дискреційними повноваженнями в питаннях урахування обставин, що впливають на ступінь тяжкості кримінального правопорушення, й вид та розмір призначеного покарання, яке було би справедливим, співрозмірним ступеню тяжкості кримінального правопорушення, необхідним та достатнім для досягнення як завдань кримінального закону в цілому, так і цілей покарання зокрема. Подібний підхід має бути збережений і в новому законі, зважаючи на принципову позицію Венеційської комісії про те, що закон повинен вказати на обсяг будь-якої такої дискреції та на спосіб її здійснення з достатньою чіткістю, аби особа мала змогу відповідним чином захистити себе від свавільних дій. Фактично мова йде про створення та запровадження механізму запобігання зловживанню дискреційними повноваженнями.

На запровадження стабільних (узгоджених) підходів щодо кримінально-правової оцінки суспільно небезпечних діянь як елементу правової визначеності спрямовано ряд позицій, окреслених в проекті КК України; зокрема, до таких можемо віднести норми, які визначають: 1) вимоги щодо достатньої чіткості, зрозумілості та передбачуваності, щоб давати особі можливість заздалегідь знати, які діяння є кримінальними правопорушеннями та які кримінально-правові засоби передбачені за їх вчинення (ст. 1.2.2 Юридична визначеність); 2) зміст термінів Кримінального кодексу (ст.1.3.1), зокрема й розрахункової одиниці, розміру майнової шкоди, розміру шкоди здоров'ю; 3) що ознаки складу кримінального правопорушення встановлюються тільки цим Кодексом, а їх зміст визначається на підставі положень цього Кодексу та інших джерел права (ч.3 ст.2.1.2 склад кримінального правопорушення); 4) алгоритм визначення ступеня тяжкості злочину (2.1.18); 5) поняття та ознаки юридичної (2.3.8) і фактичної помилки (2.3.9) та ряд інших.

Окремо варто відзначити норми Розділу 2.8 «Кримінально-правова кваліфікація», у яких регламентуються порядок, правила та особливості кваліфікації кримінальних правопорушень, а також визначають підстави для зміни такої кваліфікації. Водночас зауважимо, що питання зміни кваліфікації регламентуються нормами Кримінального процесуального кодексу, зокрема в § 2. Межі судового розгляду. Так ч.3 ст. 337 КПК «Визначення меж судового розгляду» визначає, що з метою ухвалення справедливого судового рішення та захисту прав

людини і її основоположних свобод суд має право вийти за межі висунутого обвинувачення, зазначеного в обвинувальному акті, лише в частині зміни правової кваліфікації кримінального правопорушення, якщо це покращує становище особи, стосовно якої здійснюється кримінальне провадження; а в ч.1 ст. 338 КК регламентується, що з метою зміни правової кваліфікації та/або обсягу обвинувачення прокурор має право змінити обвинувачення, якщо під час судового розгляду встановлені нові фактичні обставини кримінального правопорушення, у вчиненні якого обвинувачується особа [5]. У ст. 408 КПК регламентовані підстави для зміни вироку або ухвали в порядку апеляційного провадження, зокрема в разі зміни правової кваліфікації кримінального правопорушення і застосування статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність, про менш тяжке кримінальне правопорушення (п.2 ч.1 ст. 408 КПК). Отже, положення проекту КК в цій частині та чинні норми кримінального процесуального законодавства щодо підстав та порядку зміни правової кваліфікації мають узгоджуватися між собою.

Стабільність судової практики, зокрема в питаннях узгоджених підходів щодо кримінально-правової оцінки суспільно небезпечних діянь (кваліфікації злочинів), окрім вищезазначених положень проекту КК, сьогодні забезпечується передбаченими в КПК нормами, де визначається, що відхід від правової позиції, викладеної в рішенні вищої судової інстанції (ВСУ, Великої Палати), є підставою для звернення про перегляд цієї справи Великою Палатою Верховного Суду, а також визначають однією з підстав передачі Касаційним кримінальним судом справи на розгляд Великої Палати Верховного Суду з метою касаційного перегляду (ст. 434-1, 434-2 КПК України) наявність виключної правової проблеми в разі, якщо така передача необхідна для забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовної практики. Безпосередньо Велика Палата Верховного Суду в постанові від 27 листопада 2019 року в справі № 629/847/15-к зазначила, що необхідність існування єдиного сталого механізму для відступу від висновку щодо застосування норми права в подібних правовідносинах, викладеного раніше, безпосередньо впливає з тих завдань, реалізацію яких має здійснювати Верховний Суд [6].

Тож забезпечення принципів та основоположних ідей верховенства права в діяльності правоохоронних та судових органів при притягненні особи до кримінальної відповідальності та визначення заходів кримінально-правового характеру й інших правових наслідків вчинення кримінального правопорушення може бути досягнуто органічним поєднанням кримінально-правових засобів та кримінально-процесуальних механізмів обмеження судового розсуду (дискреційних повноважень), забезпечення правової визначеності, єдності, сталості та стабільності судової практики, законності, дотримання прав людини, врахування позицій ЄСПЛ як складових верховенства права як в правовій системі держави в цілому, так і в галузевому законодавстві та правозастосовній діяльності.

Список використаних джерел:

1. Рішення Конституційного Суду України від 27 лютого 2018 року № 1-р/2018 у справі за конституційними поданнями 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців тринадцятого, чотирнадцятого пункту 32 розділу I Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо податкової реформи» та Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення абзацу першого підпункту 164.2.19 пункту 164.2 статті 164 Податкового кодексу України (справа про оподаткування пенсій і щомісячного довичного грошового утримання). URL: http://search.ligazakon.ua/_doc2.nsf/link1/KS18009.html

2. Доповідь щодо верховенства права, схвалена Венеційською Комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 року). Право України. 2011. № 10. С.168-184.
3. Цувіна Тетяна. Формальні та субстантивні концепції верховенства права в сучасному дискурсі. Підприємництво, господарство і право. 2020. № 11. С. 197-203.
4. Пархоменко Н.М. Єдність судової практики як складова правового регулювання. Часопис Київського університету права. 2020. № 3. С.26-30.
5. Кримінальний процесуальний кодекс України 13 квітня 2012 року № 4651-VI. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2013, № 9-10, № 11-12, № 13, ст.88).
6. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 27 листопада 2019 року у справі № 629/847/15 к. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/86105184>

ПРО ПРАВОЗАХИСНУ ФУНКЦІЮ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА В ПРОЄКТІ НОВОГО КК УКРАЇНИ ТА ПРО ЙОГО ЗАСТОСУВАННЯ ДЛЯ ЗАХИСТУ ВІД БЕЗПІДСТАВНО УЗАКОНЕНОГО ОБМЕЖЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ

Відповідно до статей 8 та 129 Конституції України, в Україні визнається і діє принцип верховенства права, а суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним та керується верховенством права. Таке конституційне значення принципу верховенства права обумовлює його пріоритетне значення як для всього процесу розробки нового Кримінального кодексу України, так і серед принципів, які будуть закріплені в новому Кодексі. Водночас складним і дискусійним залишається питання про те, як відобразити принцип верховенства права в новому Кримінальному кодексі України.

У проєктах нового Кримінального кодексу України (далі – проєктах КК), підготовлених Робочою групою з питань розвитку кримінального права Комісії з питань правової реформи при Президентові України, відображені два різні підходи до вирішення цього питання. Так в проєктах КК від 15 вересня 2020 р. та від 19 жовтня 2020 р. принцип верховенства права закріплювався в статті 1.2.1 проєкту КК таким чином: 1) у проєкті КК від 15 вересня 2020 р. – «цей Кодекс, виходячи з верховенства права, з урахуванням інтересів потерпілого, обмежує повноваження держави, запобігаючи свавільному втручанням в права і свободи людини»; 2) у проєкті КК від 19 жовтня 2020 р. – «цей Кодекс, виходячи з верховенства права, обмежує повноваження держави, запобігаючи свавільному втручанням в права і свободи людини». У наступних проєктах КК від 2 та від 17 січня, від 29 березня, від 31 травня, від 5 та від 25 липня 2021 р. їх розробники відмовились від виділення окремої статті КК «Верховенство права». Останнє рішення пояснюється ними як таке, при якому відображення принципу верховенства права в проєкті КК здійснено шляхом включення таких положень, які є конкретизацією змісту цього принципу; зокрема, це стосується принципів законності, юридичної визначеності, рівності перед Кримінальним кодексом, пропорційності, індивідуальності, гуманізму, однократності, сумлінного виконання міжнародних зобов'язань. Як видно, обидва запропоновані розробниками варіанти вирішення цього питання є не досконалими, тому що не враховують належним чином наступні важливі аспекти цієї проблематики.

У кримінальному праві слід розрізнити два аспекти, пов'язані з принципом верховенства права. *Перший аспект* стосується того, яким повинен бути зміст закону про кримінальну відповідальність в цілому чи в окремих його частинах або зміст окремих кримінально-правових норм, або якою повинна бути практика застосування КК, щоб вони відповідали принципу верховенства права. Ті принципи, які зазначені в статтях 1.2.1 - 1.2.8 проєкту КК від 25 липня 2021 р., стосуються саме цього аспекту, оскільки в них ідеться про такий зміст, який по-

винен відповідати чи вже відповідає принципу верховенства права. Показовим підтвердженням цього є ст. 1.2.9 проекту КК, де зазначено, що «цей Кодекс застосовується відповідно до принципів, визначених у його статтях 1.2.1 - 1.2.8».

Другий аспект стосується випадків, коли в змісті КК чи в практиці його застосування має місце *невідповідність принципу верховенства права*. Про це в розділі 1.2 «Принципи Кримінального кодексу» взагалі нічого не сказано, що є його недоліком. Зазначена невідповідність може стосуватися різних кримінально-правових норм, а ще вона може розглядатися на різних рівнях: а) на законотворючому рівні, б) щодо змісту чинного КК або в) щодо практики його застосування. У таких випадках принцип верховенства права необхідно розглядати як такий, що виконує в кримінальному праві *правозахисну функцію*, адже приведення у відповідність з цим принципом відповідних норм чи практики їх застосування *обумовлено виключно необхідністю забезпечення захисту прав людини від необґрунтованого їх обмеження*. Правові механізми забезпечення того, щоб принцип верховенства права виконував таку правозахисну функцію належним чином, є різними. Так у випадках, коли принцип верховенства права отримав закріплення у вигляді конкретизованих принципів (юридична визначеність, пропорційність та ін.), невідповідність таким конкретним положенням фіксується як їх порушення, за яким повинно слідувати конкретизоване відновлення відповідності цим положенням. У інших випадках порушення принципу верховенства права для відновлення справедливості може бути лише один шлях – *посилання на принцип верховенства права в його загальному формулюванні та значенні* (відповідно до ст. 8 Конституції України). Саме тому в тексті проекту КК *необхідно вказати на те, що відновлення справедливості у випадках необґрунтованого обмеження прав чи свобод людини може здійснюватися шляхом прямого застосування принципу верховенства права*.

Окрім того, пряме застосування цього принципу необхідно закріпити в проекті КК для особливих випадків, коли в КК з'являються *норми, що передбачають формально-юридичну підставу для обмеження прав людини, але при цьому в реальній соціальній дійсності повністю відсутня необхідність в такому обмеженні прав (відсутня фактична підстава)*. Зокрема, ідеться про такі випадки. *По-перше*, коли законодавець безпідставно криміналізував діяння, що не є суспільно небезпечним, тобто воно не заповділяло і не могло заповдіяти істотну шкоду фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі. Наприклад, Конституційний Суд України в своєму рішенні від 27 жовтня 2020 р. № 13-р/2020 фактично визнав безпідставною криміналізацію діянь, передбачених ст. 366¹ КК «Декларування недостовірної інформації» і, пославшись на порушення принципу верховенства права, закріпленого в ч. 1 ст. 8 Конституції України, визнав цю статтю КК неконституційною. *По-друге*, це стосується випадків, які мною раніше названі «законодавчим вірусом» і які характеризуються тим, що в глибині змісту деяких кримінально-правових норм існують положення, що створюють узаконену можливість безпідставного порушення прав людини при їх застосуванні на практиці. Наприклад, у рішенні Конституційного Суду України від 26 лютого 2019 р. № 1-р/2019 серед правових підстав визнання ст. 368² КК неконституційною була наявність в цій статті КК «фіктивної» підстави кримінальної відповідальності – «відсутність підтвердження доказами законності підстав набуття особою у власність активів». За таких обставин уможливлювалося притягнення до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення особи, яка на законних підставах набула активи у власність, але не має підтвердження законності підстав такого набуття. *По-третє*, це стосується законодавчої помилки, яка викликає (обумовлює) обмеження прав і свобод особи лише на підставі по-

милкових формальних приписів КК. Наприклад, особа, яка внаслідок вимагання в неї неправомірної вигоди (хабара) вимушено надала таку вигоду з метою захисту своїх прав чи законних інтересів, за Кримінальним кодексом УРСР 1960 р. та до 18 травня 2013 р. за КК України обов'язково звільнялась від кримінальної відповідальності. Однак внаслідок помилкового рішення законодавця спочатку в Законі України від 18 квітня 2013 р. № 221-VII, а потім у Законі України від 12 лютого 2015 р. № 198-VIII така особа почала притягуватись до кримінальної відповідальності лише на підставі помилкових формальних приписів у КК. *По-четверте*, підстава кримінальної відповідальності, передбачена в ст. 2 КК, може внаслідок зміни обстановки втратити свою основну соціальну складову – суспільну небезпечність діяння, і тоді в КК також залишається лише формально-юридичний припис.

Виходячи з вищевикладеного, необхідно передбачити в проекті КК окрему статтю такого змісту:

«Стаття 1.2.1 Верховенство права.

1. Зміст і застосування цього Кодексу повинні відповідати принципу верховенства права.

2. Не відповідає принципу верховенства права обмеження прав чи свобод людини лише на підставі формальних законодавчих приписів, які включені до Кримінального кодексу України внаслідок свавільних дій чи помилки законодавця або без голосування за них народними депутатами, або за фактичної відсутності суспільної необхідності в обмеженні прав чи свобод людини.

3. Відновлення справедливості у випадках необґрунтованого обмеження прав чи свобод людини може здійснюватися шляхом прямого застосування принципу верховенства права».

Пащенко О. О.,
доцент, д.ю.н.,
провідний науковий співробітник відділу
дослідження проблем кримінального
та кримінально-виконавчого права
Науково-дослідного інституту вивчення
проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса

ПРИНЦИП ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА ТА ПРАВИЛА НОРМОПРОЄКТУВАННЯ: ПРОБЛЕМИ СПІВВІДНОШЕННЯ

Держава протидіє кримінально-протиправним посяганням різними засобами, найбільш вагомими та ефективними серед яких є засоби *виховного характеру, культурно-просвітницькі засоби, засоби організаційного, трудового, економічного та іншого характеру*. Їх належне застосування скорочує обсяг криміногенних чинників та усуває коло причин кримінальних правопорушень. Для підвищення ефективності цих засобів вони доповнюються *правовими* засобами протидії кримінально-протиправним посяганням, серед яких провідне місце посідають засоби так званих «регулятивних» галузей законодавства – конституційного, цивільного, адміністративного, фінансового, екологічного та ін. Проте ефективність і цих засобів абсолютною бути не може, а тому постає необхідність ужиття *кримінально-правових* засобів [1, с. 62, 63].

Для вирішення поставленої задачі кримінальне право використовує власний інструментарій, головним елементом якого є норми законодавства про кримінальну відповідальність, перш за все, *охоронні*. Необхідність виділення саме такого виду норм пояснюється не лише законодавчими положеннями, зазначеними у ст. 1 чинного КК (за проектом нового КК – ч. 1 ст. 1.1.2), а й наявністю відповідного виду правовідносин, на що неодноразово зверталася увага в дослідженнях з кримінального права.

Охоронні норми мають першочергове значення для забезпечення сталого функціонування існуючих суспільних відносин та попередження посягань на них загалом та для встановлення кримінально-правової заборони зокрема; а тому є сенс ретельно дослідити їх на предмет відповідності суспільним потребам та правилам нормопроекткування, що вироблено в сучасній доктрині кримінального права. На наш погляд, такими вимогами є: *суспільна корисність; системно-правова несуперечливість; відповідність історичним традиціям або змінам у суспільному житті; можливість боротьби з діяннями за допомогою кримінально-правових засобів; наявність ресурсів для здійснення кримінального переслідування; співрозмірність позитивних і негативних наслідків заборони, повнота і ненадмірність заборони*.

Вважаємо, що верховенство права не є якоюсь окремою вимогою, що має бути врахована під час проектування охоронних норм законодавства про кримінальну відповідальність. Воно ніби «пронизує» наведені вище вимоги, становить їх квінтесенцію, без нього ці вимоги взагалі стають беззмистовими, адже вимоги до конструювання законодавства завжди мають бути «правовими». Несправедливого права не може бути аргіорі, а от створений волею законодавця закон може і не віддзеркалювати суспільні потреби, бути не правовим. Верховенству права протистоїть «легізм», тобто введення в абсолют закону безвідносно до змісту нормативних настановлень [2, с. 8]. Тому серед наведених правил нормопрое-

ектування в досліджуваному аспекті першочергове значення має *системно-правова несуперечливість*.

Теоретики відзначають, що систему права складають такі *елементи*: 1) норма права, 2) інститут права, 3) підгалузь права (об'єднання взаємопов'язаних інститутів, що формуються в межах однієї галузі права – виборче право в межах конституційного права, спадкове право в межах цивільного права), 4) галузь права, 5) підсистема права (інтегрована принципами, завданнями і функціями, зумовлена характером інтересів сукупність інститутів і галузей права, які регулюють комплекс суспільних відносин за допомогою методів правового регулювання. Такими підсистемами є приватне і публічне право, процесуальне і матеріальне право, регулятивне та охоронне право [3, с. 176, 177]. Тому, з нашої точки зору, певна охоронна норма не має суперечити: 1) іншим нормам кримінально-правового інституту, до якого належить досліджувана норма, 2) нормам інших кримінально-правових інститутів, 3) нормам інших галузей права, 4) нормам інших підсистем права. Останнє є дуже важливим, адже орієнтує на необхідність встановлення несуперечливості досліджуваної норми іншим нормам публічного, матеріального, охоронного права, тобто тих підсистем, куди належить кримінальне право згідно з наведеною класифікацією [4, с. 205].

Зважаючи на те, що систему права утворюють не лише положення чинного національного законодавства, а ще, зокрема, нормативно-правові договори, вважаємо за можливе стверджувати, що підписані від імені України міжнародні договори є *частиною вітчизняної системи права*, навіть якщо вони ще не ратифіковані Верховною Радою України. На сьогодні така ситуація склалася з Римським статутом Міжнародного кримінального суду [5, с. 78–80] та Конвенцією Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами [6]. Ці документи Верховною Радою України ще не ратифіковано, проте в національне законодавство вже було внесено суттєві зміни, що спрямовані на втілення в життя низки нормативних положень цих документів міжнародного характеру. Водночас *частиною системи законодавства* такі міжнародні договори стають лише після ратифікації (набуття чинності відповідним законом). Наведене дозволяє зробити висновок, що несуперечливість охоронної норми положенням, підписаним від імені України, але ще не ратифікованим Верховною Радою України, міжнародних договорів (конвенцій), охоплюється системно-правовою несуперечливістю і не вимагає окремого виділення.

Зважаючи на викладене, під *системно-правовою несуперечливістю* пропонуємо розуміти узгодженість відповідної норми із системою права (як внутрішньо-національного, так і міжнародного) [4, с. 194, 195], що є віддзеркаленням принципу верховенства права.

Список використаних джерел:

1. Пономаренко Ю. А. Кримінально-правова політика в системі правових і позаправових заходів протидії злочинності. Морально-етичні засади реформування кримінального законодавства України: матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. (Дніпропетровськ, 10 квіт. 2015 р.) / редкол.: В. Ф. Примаченко (голов. ред.) та ін. Дніпропетровськ: Вид-во Дніпропетров. держ. ун-ту внутр. справ, 2015. С. 61–64.
2. Жилин Г. Соотношение права и закона. Рос. юстиция. 2000. № 4. С. 8–10.
3. Олейников С. М. Поняття і структура системи права. Теорія держави і права: підручник / за ред. О. В. Петришина. Розд. 16, § 1. С. 174–177.
4. Пашенко О. О. Соціальна обумовленість закону про кримінальну відповідальність:

монографія. Харків: Юрайт, 2018. 446 с.

5. Борисов В., Пащенко О. Римський статут та питання гармонізації його норм з Особливою частиною Кримінального кодексу України. Римський статут Міжнародного кримінального суду: проблеми імплементації до національного законодавства України: матеріали дискус. панелі IV Харків. міжнар. юрид. форуму (Харків, 25 верес. 2020 р.) ; редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.) та ін. Харків: Право, 2021. С. 78–85.

6. Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами від 11.05.2011. URL: <https://rm.coe.int/1680093d9e>. (дата звернення: 27.08.2021 р.).

ОДНОЗНАЧНІСТЬ ТЕРМІНОЛОГІЇ ЯК ПРОЯВ ЮРИДИЧНОЇ ВИЗНАЧЕНОСТІ В КК УКРАЇНИ

1. Згідно з доповіддю Венеціанської комісії, закон має бути зрозумілим, чітким та передбачуваним, а одним з індикаторів чіткості закону є однозначне тлумачення термінів і понять в нормативному акті [1; 2, с. 39]. Непослідовне використання термінології в тексті КК України, наділення одного терміна різними значеннями не лише створюють складнощі для правозастосувачів, а й змушує говорити про порушення одного із елементів принципу верховенства права - юридичної визначеності. Термінологічні дефекти КК України суттєво знижують якість закону. На це звертає увагу ЄСПЛ у своїх рішеннях проти України, зокрема в п. 170 рішення у справі “Олександр Волков проти України” та п. 118 рішення у справі “Заїченко проти України” [4; 5]. Розкриваючи формулювання “згідно із законом” у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, Суд зазначив, що зміст національного законодавства має бути достатньо передбачуваним для особи і надавати їй можливість регулювати свою поведінку відповідно до вимог закону, а для державних органів - установлювати межі повноважень та спосіб їх здійснення задля уникнення випадків свавільного втручання в права людини.

2. Питання термінології чинного КК України неодноразово ставало предметом обговорення на наукових заходах. Так М.І. Хавронюк слушно зазначив, що в чинному КК України термін “істотна шкода” має 5 визначень, “значна шкода” - 3, а “тяжкі наслідки” - 17 [3]. І це лише один із багатьох випадків недосконалості тексту чинного КК України.

Іншим прикладом, який у цій публікації буде розглянуто більш детально, є використання законодавцем у тексті Особливої частини КК формулювань “протиправно”, “відповідно до закону”, “незаконне” тощо. Через відсутність їх визначення в тексті КК України доводиться стикатись із випадками, коли суб’єкти законотворення і правозастосування вкладають в них різний за обсягом зміст, що призводить до виникнення колізій та прогалин. Так у чинному КК формулювання “законне/незаконне” використовується **238 разів**, “протиправне” - **12**, а “встановлено законом/відповідно до законодавства/охоронюваного законом/всупереч закону/не передбаченого законом/згідно з законом/без передбаченого законом дозволу” - **96**. Таким чином, у назві статті Особливої частини або у її диспозиції законодавець **346 разів** використовує різні терміни, що не лише не додає КК України системності, а навпаки - заплує правозастосувача.

3. Відсутність послідовності у використанні термінології призвело до неоднозначного тлумачення КК та діаметрально протилежних рішень національних судів, зокрема щодо розуміння припису “без передбаченого законом дозволу” при застосуванні ст. 263 КК “Незаконне поведження зі зброєю, бойовими припасами або вибуховими речовинами”. Велика Палата Верховного Суду постановою від

03 липня 2019 року здійснила спробу поставити крапку в цьому спорі, проте однозначно цього зробити не вдалось. Так Верховний Суд зазначив, що відсутність спеціального закону, яким було б врегульовано порядок отримання дозволу, ще не є підставою для констатації відсутності складу кримінального правопорушення у діянні особи. На думку Великої Палати, відповідно до підходів загальної теорії права, у цьому випадку “закон” слід тлумачити в “широкому значенні”, тобто таке формулювання охоплює як власне закон, так й інші акти чинного законодавства [6]. Однак така аргументація викликає зауваження не лише в практиків, а й у науковців і змушує говорити про підміну поняття “закон” іншими поняттям “законодавство”. Перш за все, у загальній теорії права не згадується про різний обсяг розуміння поняття “закон”. Наразі як у Конституції України, так й у сучасних підручниках з теорії права “закон” використовується саме в розумінні нормативно-правового акту, який приймається органами законодавчої влади держави або шляхом референдуму в спеціальному порядку та регулює найважливіші суспільні відносини. Водночас сукупність нормативно-правових актів різних рівнів, зокрема й інструкції МВС України, називається або “законодавством” у широкому розумінні, або “системою нормативно-правових актів” (слід зазначити, що наразі серед теоретиків є дискусія щодо правильності використання цих найменувань, проте за змістом вони збігаються). У цьому випадку в Конституції України використовується саме термін “законодавство” [7, с. 260, 264; 8, с. 175, 178].

4. У проєкті КК України зазначена проблема вирішується шляхом підтримки іншої концепції розуміння протиправності як ознаки кримінального правопорушення [9]. Зокрема, у ст. 2.1.1 зазначено, що протиправність – це вчинення суб’єктом кримінального правопорушення діяння, яким порушуються вимоги норм приватного та публічного права. З цього визначення можна зробити висновок про те, що за порушення вимог або порядку, встановленого нормативно-правовим актом будь-якого рівня (хоч законом, хоч інструкцією, затвердженою галузевим міністерством), особа у визначених КК України випадках буде підлягати кримінальній відповідальності. Презюмуючи, що всі діяння, перелічені в КК України, є протиправними, у використанні таких формулювань, як “законне/незаконне” “встановленого законом”, “згідно з законом” тощо немає потреби, що дозволить більш оперативно уникати зазначених проблем.

Проте в тексті проєкту КК все ще зустрічаються випадки використання формулювання “законне/незаконне”, що становить ризики для стабільності визначення змісту цього акту. Причиною цього може бути непослідовність, непередбачуваність та раптовість деяких рішень законодавця щодо скасування та прийняття нових законів. Так спеціальний закон, до якого “прив’язана” стаття проєкту, законодавчим органом може бути скасовано без відповідної аргументації та без прийняття на його зміну нового закону, що стане підставою для виникнення прогалини та, як наслідок, неможливості застосування відповідної статті Особливої частини. Розглянемо це на прикладі однієї з таких статей проєкту КК, зокрема, ст. 6.4.18 “Незаконний обіг відходів або вторинної сировини”. У даному випадку автори презюмують наявність Закону України “Про відходи”, який регулює відповідний обіг відходів або вторинної сировини. Однак це не виключає потенційної можливості визнання вказаного закону таким, що втратив чинність, і, як наслідок, статтю буде неможливо застосувати. Водночас терміни “законне/незаконне” необхідно використовувати у випадках, коли, згідно зі ст. 92 Конституції України, відповідні правовідносини повинні бути врегульовані виключно законом України.

Список використаних джерел:

1. Доповідь про верховенство права, схвалена Венеціанською Комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 року). URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/CDL_AD_2011_003_rev_2011_04_04.pdf
2. Мірило верховенства права (правовладдя) національного рівня: практика України (Rule of law Checklist at national level: case of Ukraine)/за заг. ред. М. Козюбри. Київ, 2020. 144 с.
3. Виступ М.І. Хавронюка “Визначення ступеню тяжкості злочинів у проєкті КК України” на Львівському форумі кримінальної юстиції (16 вересня 2021 року, м. Львів). URL: VII Львівський форум кримінальної юстиції. День 1 - YouTube
4. Рішення ЄСПЛ у справі “Олександр Волков проти України”. URL: Справа «Олександр Волков проти України... | від 09.01.2013 (rada.gov.ua)
5. Рішення ЄСПЛ у справі “Заїченко проти України” URL: Справа «Заїченко проти України (№ 2)» ... | від 26.02.2015 (rada.gov.ua)
6. Постанова Великої палати Верховного Суду у справі № 288/1158/16-к від 03 липня 2019 року URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82998245>
7. Загальна теорія права : підручник / [О. В. Петришин, Д. В. Лук’янов, С. І. Максимов, В. С. Смородинський та ін.] ; за ред. О. В. Петришина. – Харків : Право, 2020. – 568 с.
8. Загальна теорія права: Підручник / За заг. ред. М.І. Козюбри. – К.: Ваіте, 2015. – 392 с.
9. Текст проєкту Кримінального кодексу України. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/criminal-code>

ОСНОВНІ ПРАВОЗАСТОСОВНІ АСПЕКТИ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА

Принцип верховенства права є одним із системи основоположних принципів, що визначають новітній конституційний лад України і є юридично обов'язковою нормою найвищого рівня сучасного українського правопорядку [1, с. 51]. У ст. 8 Конституції України встановлено, що в Україні визнається і діє принцип верховенства права.

Академік В.Б. Авер'янов вказує на дві складові доктринального тлумачення принципу верховенства права, які розкриваються через такі вимоги: а) підпорядкування діяльності всіх без винятку державних інститутів потребам реалізації та захисту прав людини; б) пріоритетність цих прав перед усіма іншими цінностями демократичної, соціальної, правової держави [2, с. 31].

Конституційні права та свободи людини і громадянина є безпосередньо діючими. Вони визначають цілі і зміст законів та інших нормативно-правових актів, зміст і спрямованість діяльності органів законодавчої та виконавчої влади, органів місцевого самоврядування і забезпечуються захистом правосуддя. Виходячи із зазначеного принципу та гарантування Конституцією судового захисту конституційних прав і свобод, судова діяльність має бути спрямована на захист цих прав і свобод від будь-яких посягань шляхом забезпечення своєчасного і якісного розгляду конкретних справ. Водночас варто мати на увазі, що, згідно зі ст. 22 Конституції, закріплені в ній права і свободи людини й громадянина не є вичерпними.

Розкриваючи зміст принципу верховенства права, зазвичай, наводиться правова позиція Конституційного Суду України у Рішенні від 02.11.2004 № 15-рп/2004, коли під верховенством права необхідно розуміти «... панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним з проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою відображена в Конституції України. Таке розуміння права не дає підстав для його отождолення із законом, який іноді може бути й несправедливим, зокрема обмежувати свободу та рівність особи. Справедливість одна з основних засад права, є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права. Зазвичай, справедливість розглядають як властивість права, виражену, зокрема, в рівному юридичному масштабі поведінки і пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню. У сфері реалізації права справедливість проявляється, зокрема, у рівності всіх перед законом, відповідності злочину і покарання,

цілья законодавця і засобах, що обираються для їх досягнення» (абз. 2–4 пп. 4.1 п. 4 Рішення Конституційного Суду України від 02.11.2004 № 15-рп/2004).

Наведена правова позиція Конституційного Суду України дозволяє врахувати принцип верховенства права як ключовий принцип розмежування процесуальної компетенції органів прокуратури, зміст якого розкривається в таких правових вимогах:

1) відповідність правореалізації функцій органів прокуратури в процесуальних правовідносинах, виходячи з пріоритету захисту прав і основоположних свобод;

2) правова визначеність процесуальної компетенції, недопущення використання дискреції у випадку належного врегулювання процесуальної компетенції.

В основу формування принципів розмежування процесуальної компетенції органів прокуратури доцільно покласти науковий підхід щодо виділення закономірностей у праві, спираючись на розуміння принципів як основи, початку, керованої ідеї або основного правила поведінки [3, с. 363].

У межах закономірностей у праві, насамперед, властивості чіткості, усталеності, їх зміст має соціально-політичний та спеціально-юридичний аспекти. Відповідно до загальної класифікації, відправним пунктом при розгляді правових закономірностей може бути розподіл притаманних праву зв'язків і відносин на: 1) закономірності виникнення і розвитку, тобто зв'язки генезису; 2) закономірності функціонування, буття, тобто зв'язки структурно-функціонального характеру [4, с. 98]. Так, загальні закономірності виникнення і розвитку права є специфічним проявом загальних закономірностей розвитку суспільства і поширюються на всі соціально-політичні явища: закономірності виникнення права; закономірності розвитку права; закономірності розвитку конкретних національних правових систем. Щодо загальних структурно-функціональних закономірностей права зазначено, що вони характеризують буття права, його функціонування і характеристики.

Екстраполюючи ці базові положення про закономірності в праві на визначення і характеристику принципів застосування права, необхідно вказати на таке: визнаючи й характеризуючи принципи з філософсько-правових позицій, цілком доречно зауважити, що ця категорія стосується правових явищ, які мають динамічний характер, а тому можуть бути виділені принципи, притаманні розвитку цього явища (їх умовно можна назвати принципами розвитку); і принципи, на яких ґрунтується власне відповідна діяльність, що має правовий характер (їх умовно можна назвати принципами функціонування). Саме остання група принципів (тобто принципів функціонування) й охоплює принципи застосування норм права.

На принципи застосування норм права вказано в контексті фундаментальних, імперативних положень, реалізація яких забезпечує ефективність правозастосовної діяльності шляхом висунення відповідних вимог до осіб, уповноважених на її здійснення. Серед основних властивостей принципів правозастосування виділяють їх фундаментальність, орієнтуючий характер, вищу імперативність і підвищену стійкість, а також їх відображення офіційно-виконавчої та процесуальної природи правозастосовної діяльності.

Список використаних джерел:

1. Конституція України: Науково-практичний коментар. Редкол.: В.Я. Тацій (голова), О.В. Петришин (відп. секр.), Ю.Г. Барабаш та ін.; Нац. акад. прав. наук України. 2-ге вид., переробл. і допов. Х.: Право, 2012. 1128 с.
2. Принцип верховенства права: проблеми теорії та практики: у 2 кн. [голова редкол.: Ю.С. Шемшученко та ін.]. Кн. 2: Принцип верховенства права у діяльності держави та в адміністративному праві. [ред. В.Б. Авер'янов]. К.: Конус-Ю, 2008. 314 с.
3. Хавронюк М.І. Дисциплінарні правопорушення і дисциплінарна відповідальність: навч. посібник. К.: Атіка, 2003. 240 с.
4. Алексеев С.С. Общая теория права: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2008. 576 с.

ДО ПИТАННЯ ПРО ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ СУДАМИ ЗАГАЛЬНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ

1. Дискусія щодо значення та застосування принципу верховенства права в кримінальному праві є тривалою та незгасаючою, як і питання про те, чи впливають принципи кримінального права на правозастосування. Актуальність порушеного питання підтверджується, зокрема, тим, що на V Харківському міжнародному юридичному форумі окремий захід іменований «Проект Кримінального кодексу України у вимірі верховенства права».

2. Усталеним є розуміння того, що категорією «принцип верховенства права» здебільшого оперує Конституційний Суд України під час оцінювання конституційності нормативно-правових актів. Це може бути обумовлено універсальністю, глибиною та відносною невизначеністю змісту категорії «верховенство права». Останнім часом окремі положення Кримінального кодексу України (далі – КК України) визнавалися неконституційними, зокрема, із мотивів того, що вони не відповідали принципу правової визначеності як елементу принципу верховенства права. Це актуалізує наукові розвідки щодо можливості оцінки відповідності КК України вимогам принципу верховенства права судами загальної юрисдикції. В інших процесуальних галузях права передбачено можливість судді не застосовувати положення закону, якщо він прийде до висновку про його суперечність Конституції України, однак чинний кримінальний процесуальний закон такої можливості не містить. Водночас, чи варто сповідувати формальний підхід до повноважень суду й стверджувати про те, що суд позбавлений у ході судового розгляду можливості встановити суперечність окремих положень КК України Конституції України?

3. Принцип верховенства права текстуально не закріплений у КК України. Робочою групою з питань розвитку кримінального права, створеною у складі Комісії з питань правової реформи Указом Президента України № 584/2019 від 07 серпня 2019 року, була зроблена спроба закріпити його в проекті КК України. Однак у контрольному примірнику станом на вересень 2021 року вказаний принцип у тексті проекту відсутній. Чинний КК України не містить також і вимог щодо точності і визначеності його положень, передбачуваності його застосування. Проте, зокрема, із цих мотивів виходив КСУ при постановленні рішення про визнання неконституційною ст. 375 КК України [1]. З іншого боку, чинний КК України містить положення про те, що він ґрунтується на Конституції України та загальновизнахних принципах і нормах міжнародного права (ч. 1 ст. 3 КК України). Конституція України в працях великої кількості дослідників визнається джерелом кримінального права, її програмний характер у сфері кримінально-правового регулювання майже не заперечується. Вважаємо за правильний підхід тих науковців, які стверджують, що умовою безпосереднього застосування принципів права не повинно бути їх формальне закріплення в тексті закону, оскільки це обмежить їх зміст та буде суперечити їх природі як принципів права.

4. Аналізуючи категорії з високим рівнем узагальнення (до яких можемо

віднести принцип верховенства права), корисно звертатися до прикладів їх безпосереднього застосування. Вивченням судової практики виявлено декілька судових рішень, у яких суди відходили від приписів КК України на користь безпосереднього застосування Конституції України, Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Одним із них є ухвала Роменського міськрайонного суду Сумської області від 24 травня 2019 року в справі № 585/492/19, якою задоволено клопотання засудженого до довічного позбавлення волі про умовно-дострокове звільнення від відбування покарання та заміну невідбутої частини покарання більш м'яким. При її постановленні суддя виходив із примату положень Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод та практики Європейського суду з прав людини, який чітко в своїх рішеннях вказує на прогалину в законодавстві України, наслідком якої є порушення прав осіб, засуджених до довічного позбавлення волі, а також із того, що необґрунтована відмова в наданні таким особам права на помилування є незаконною [2]. Вказане обґрунтування не було сприйняте судом апеляційної інстанції - і, як наслідок, ухвалу скасовано.

5. Існують й інші приклади. Так вироком Октябрського районного суду м. Полтави від 31 серпня 2018 року № 554/674/17 дії особи були перекваліфіковані з ч. 3 ст. 369² КК України на ч. 1 ст. 190 та ч. 2 ст. 15 ч. 2 ст. 190 КК України. Одним із ключових мотивів суду першої інстанції було те, що ст. 369² КК України, вочевидь, суперечить положенням міжнародних договорів, ратифікованих в установленому законом порядку Україною, зокрема ст. 12 Кримінальної конвенції РЄ про боротьбу з корупцією і ст. 18 Конвенції ООН проти корупції, а також не узгоджується із засадами юридичної визначеності, оскільки відсилає до нечинного нормативно-правового акту, а саме Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» [3]. Останній із недоліків кримінального закону не лише був усунутий законодавцем, а й отримав свій аналіз в постанові Об'єднаної палати Верховного Суду від 29 березня 2021 року у справі № 554/5090/16-к. У ній зазначено, що ані зміст закону України про кримінальну відповідальність, ані законів, до яких він відсилає для встановлення змісту та обсягу окремих понять, що визначають ознаки складу злочину в ч. 2 ст. 369² КК України, не містить вказівок на наміри законодавчого органу пом'якшити закон через декриміналізацію (хоча б часткову) передбачених там діянь або через встановлення менш суворого виду чи розміру покарання [4].

Висновки. Пряма дія норм Конституції України, властивості принципів права як універсальних правил, що відображають основоположні цінності, здобуті в ході еволюційного розвитку людства, не дозволяють стверджувати, що суди загальної юрисдикції під час розгляду кримінальних проваджень позбавлені можливості встановлювати суперечність окремих положень КК України Конституції України та принципу верховенства права (як і його елементам). Наведені судові рішення показують кардинально різний підхід до застосування принципів права в кримінальному праві. Це порушує питання про необхідність формування алгоритму оцінки правильності застосування положень Конституції України, принципу верховенства права (його складових) у кримінальному праві. Приділити увагу цим питанням плануємо в наступних студіях. Видається, що запорукою доречного та релевантного застосування принципу верховенства права буде належна аргументація судового рішення. Водночас, якщо підхід суду не сприймається судами апеляційної та касаційної інстанцій, це може свідчити про те, що він був не правильний або ж передчасний за таких умов розвитку суспільних відносин.

Список використаних джерел:

1. Рішення Конституційного Суду України від 11 червня 2020 року № 7-р/2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-20#Text> (дата звернення: 06.09.2021).
2. Ухвала Роменського міськрайонного суду Сумської області від 24 травня 2019 року у справі № 585/492/19. URL: <https://reestr.court.gov.ua/Review/82053036> (дата звернення: 06.09.2021).
3. Вирок Октябрського районного суду м. Полтави від 31 серпня 2018 року у справі № 554/674/17. URL: <https://reestr.court.gov.ua/Review/76172417>. (дата звернення 06.09.2021).
4. Постанова Верховного Суду від 29 березня 2021 року у справі № 554/5090/16-к (провадження № 51-1878кмо20). URL: <https://reestr.court.gov.ua/Review/96074938> (дата звернення: 06.09.2021).

Самбор М.А.,
*к.ю.н., член-кореспондент Національної академії
наук вищої освіти України,
начальник сектора моніторингу Прилуцького районного відділу поліції
ГУНП в Чернігівській області,
депутат Прилуцької районної ради*

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА ЯК ЗАСАДНИЧИЙ ПРИНЦИП ДІЯЛЬНОСТІ СУБ'ЄКТІВ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Верховенство права сприймається як принцип панування права в суспільстві, який виступає універсальним та загальноприйнятим засобом правового регулювання суспільних відносин соціальних систем та окремих індивідумів або їх груп на основі триєдності свободи, справедливості та рівності як вихідних начал права, що є універсальним регулятором відносин у соціальному середовищі. Варто відзначити й те, що верховенство права є наслідком історичного та темпорально-правового розвитку суспільства в цілому та його окремої галузі – права, що розвивалася нерозривно з розвитком суспільства, розвитком системи відносин та елементів взаємодії між його суб'єктами. Верховенство права, як ключовий принцип організації системи правового регулювання суспільних відносин, закріплений на найвищому законодавчому рівні – у Основному Законі України. Демонструючи послідовність дій у впровадженні, зокрема й формальному, вказаного принципу в систему законодавства України, законодавець посилається на вказаний принцип в інших нормативно-правових актах, норми яких урегульовують певні сфери життєдіяльності суспільства або визначають правовий статус та повноваження органів державної влади чи місцевого самоврядування.

Водночас зауважимо, що з часу формально-юридичного визнання принципу верховенства права на конституційному рівні в теорії та правотворчій діяльності не визначено особливості розмежування та взаємодії принципів верховенства права і законності в діяльності суб'єктів правозастосування – органів виконавчої влади. Власне, Конституція України в конституційних нормах, викладених у ст.ст. 6 та 19 Конституції України, чітко сформулювала засадничий принцип організації і діяльності державних органів та органів місцевого самоврядування, тоді як застосування принципу верховенства права в діяльності органів виконавчої влади, наприклад, Національної поліції України, є доволі розмитим та пов'язаним з іншими принципами діяльності, зокрема дотриманням прав і свобод людини та громадянина.

Отже, найбільший інтерес, на наш погляд, викликають питання саме застосування принципу верховенства права в правозастосовній діяльності, перш за все, органів виконавчої влади.

Кримінальна відповідальність є надзвичайною важкою та небезпечною для особистості, оскільки зумовлена застосуванням ряду заходів, що можуть обмежувати або й взагалі позбавляти людину її прав, свобод та інтересів, а також можливостей їх здійснення.

У зв'язку з цим, вважаємо, що норми нового Кримінального кодексу України не повинні бути надто переобтяженими легальним визначенням термінів, сфера застосування яких, насамперед, не стосується кримінально-правових відносин.

Важливою, як на нашу думку, є юридична визначеність норм майбутнього кримінального кодексу України. Як зазначив Конституційний Суд України у своєму рішенні від 11 жовтня 2005 року № 8-рп/2005, принцип доступності є складовим принципом верховенства права, елементом же першого є, зокрема, правова передбачуваність та правова визначеність, які необхідні для того, щоб учасники відповідних правовідносин мали можливість завбачати наслідки своїх дій і бути впевненими у своїх законних очікуваннях, що набуте ними на підставі чинного законодавства право, його зміст та обсяг буде ними реалізовано [2].

У проєкті КК України з незрозумілих для нас причин «загубилися» принцип верховенства права та дотримання прав і свобод людини. Безперечно, принцип законності та гуманізму є вкрай важливими, однак саме згадані нами принципи є визначальними для демократії. Ст.1.3.1 проєкту КК України розмежовує легальну термінологію на ту, що використовується для цілей КК України, а також ту, що використовується для регулювання інших видів суспільних відносин. На наш погляд, перший принцип юридичної визначеності має полягати в тому, що легальні визначення повинні бути єдиними для використання в соціетальній системі України та забезпечувати єдність легітимних очікувань для всіх учасників суспільних відносин. Окрім цього, проєкт КК України рясніє подібними умовами застосування легальних визначень; наприклад, у ст. 5.4.2 подано визначення, яке застосовується виключно під час встановлення складів кримінальних правопорушень, визначених у вказаному Розділі 5.4; аналогічно в ст. 5.10.1 проєкту КК України пропонується легальні визначення термінів, які мають вкрай обмежене застосування виключно «у цьому Розділі та Розділі 5.11 цього Кодексу». На нашу думку, недоречно визначати «масові дії, масовий захід – дії, захід, у яких брали участь 50 чи більше осіб». На перший погляд, це доволі низька планка для визначення кількісного людського фактору в масовому заході. Однак варто пам'ятати, що в Україні вже або ще існують населені пункти, де проживає навіть менша кількість мешканців. Як результат, сходи такого села навіть не підпадуть під масовий захід, що може призвести до зникнення правових механізмів захисту права на свободу мирних зібрань цих суб'єктів. Згадані зауваження були нами висвітлені, наприклад, щодо поняття «мирне зібрання», яке вміщується у ст. 4.10.1 проєкту КК України [3], а відтепер - у ст. 4.12.1 вже оновленого проєкту КК України.

Виникає питання, чи треба вести мову в статтях про інфекційні та неінфекційні захворювання людей (наприклад, ст. 5.4.2, 5.4.3, 5.4.4). Адже зараження тими чи іншими хворобами тягне за собою кримінальну відповідальність. Вважаємо, що під такий розподіл хвороб (класифікацію, якщо її можна так назвати) підпадають усі хвороби, особливо під термін «неінфекційні». Тому, можливо, треба дослідити питання особливостей поширення та зараження інфекційними та вірусними хворобами; а, на наш погляд, таке розмежування необхідно роботи, виходячи з того, яку інтелектуально-вольову роль відіграє людина в процесі поширення такої хвороби.

Окрім того, саме викладення складів кримінальних правопорушень, а точніше – злочинів, надзвичайно складний для пересічних громадян, що не сприяє принципу презумпції знання Кримінального кодексу (ст. 1.1.3 проєкту КК України).

Глибоко переконані в тому, що верховенство права має сягати всіх боків людського буття, не винятком є й відносини, що виникають унаслідок вчинення окремими представниками суспільства кримінальних правопорушень. Принципом верховенства права має бути проіннятий кожен формально визначений склад проєкту КК України, кожне слово, яке використовується на позначення

діянь, що формулюють склад кримінального правопорушення та тягнуть за собою кримінальну відповідальність. Будь-яка норма (не винятком є й кримінально-правова норма) буде виконуватися, дотримуватися, використовуватися чи застосовуватися, коли її зміст буде зрозумілим усьому суспільству, а не окремому його інституту, організації, групі або особі. Сподіваємося, що пропонуванний проект КК України, безперечно, є в цілому вдалим, однак поки що не має тієї довершеності, яка дає можливість вести мову про його схвалення як закону для застосування в регулюванні суспільних відносин. Для громадян особливості викладу його статей є складними для сприйняття, а використання загальновідомих дефініцій, зокрема й тих, що мають відповідні легальні визначення в позитивному праві, у іншому смисловому наповненні не сприятиме їх правильному правозастосуванню. Усе вищевикладене дозволяє зробити єдиний висновок про необхідність доопрацювання проекту КК України в частині забезпечення принципів верховенства права та дотримання прав і свобод людини та громадянина в тих відносинах, на які вказує кодекс у разі його прийняття як закону.

Список використаних джерел:

1. Проект Кримінального кодексу України. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/08/12/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-25-07-2021-1.pdf> (дата звернення: 07.09.2021).
2. Рішення Конституційного Суду України від 11 жовтня 2005 року № 8-рп/2005 у справі № 1-21/2005 за конституційними поданнями Верховного Суду України та 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців третього, четвертого пункту 13 розділу XV «Прикінцеві положення» Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» та офіційного тлумачення положення частини третьої статті 11 Закону України «Про статус суддів» (справа про рівень пенсії і щомісячного довічного грошового утримання). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v008p710-05#Text> (дата звернення: 07.09.2021).
3. Самбор М.А. Проект Кримінального кодексу України: доступність і складність норм. Проблеми впровадження нового Кримінального кодексу в правову систему України : матеріали міжнар. наук. конф. (м. Харків, 7 квіт. 2021 р.) / редкол.: Ю. В. Баулін, Ю. А. Пономаренко, І. А. Вишневіська ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, Робоча група з питань розвитку кримін. права Коміс. з питань прав. реформи, Громад. орг. «Всеукр. асоц. кримін. права», Консулт. місія Європейського Союзу в Україні. Харків : Право, 2021. С. 59-62.

УДОСКОНАЛЕННЯ ПОЛОЖЕНЬ ЗАГАЛЬНОЇ ЧАСТИНИ ПРОЄКТУ КК УКРАЇНИ

*Гришук В.К.,
доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
член Вищої ради правосуддя України*

ОКРЕМІ КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРОЄКТУ ЧЕРГОВОЇ КОДИФІКАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОГО (КАРНОГО) ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

1. Реалізація курсу України на входження до Європейського Союзу передбачає, зокрема, наближення (імплементацію) законодавства України до законодавства Європейського Союзу. У державах Європейського Союзу, як правило, закон про кримінальну відповідальність має назву «Карний кодекс» або «Кодекс карний». На одну з цих назв варто орієнтуватися при визначенні назви нового закону про кримінальну (карну) відповідальність. Нічого незвичного в цих назвах немає, але вони більш точно відображають основну суть цих кримінально-правових явищ.

Наукою кримінального права та світовою кодифікаційною практикою доведено, що наріжним принципом чергової кодифікації кримінального законодавства має стати **принцип гармонійного і одночасного проведення** чергової кодифікації трьох галузей законодавства: кримінального (карного) матеріального, кримінального (карного) процесуального та кримінального (карного) виконавчого. Зважаючи на це, є сенс обговорити також питання про створення замість трьох кодексів єдиного кодексу, наприклад, у трьох книгах під назвою «Кодекси карного законодавства» або «Кодекси законів про карну відповідальність».

Регулятивна сила трьох названих кодексів має «витікати» саме з кримінального (карного) кодексу. Він визнається базовим, домінуючим. Процесуальні та виконавчі норми є обслуговуючими щодо матеріальних норм. Жодні порушення процесуального чи виконавчого характеру не можуть бути підставою для уникнення винного від карної відповідальності, пом'якшення йому кари.

2. Щодо карного матеріального кодексу доцільно зберегти його поділ на дві частини: «Загальну» і «Спеціальну». **Саме «Спеціальну», а не «Особливу»**, тому що нічого «особливого» в ній зараз немає. **Кожна з двох частин КК є своєрідно особливою.** Окрім цього, при застосуванні таких назв, як «Загальна» і «Спеціальна» зберігається одна логічна площина, єдиний рівень логічного мислення.

3. У проєкті кодексу застосований неординарний підхід до формулювання назв його книг. Так назви книг Загальної частини проєкту КК розпочинаються словом **«про»**. Наприклад, книга друга **«Про кримінальне правопорушення»**. Водночас назви книг Особливої частини сформульовані без цього слова.

4. Новою і дуже позитивною рисою проєкту КК є розділ «Принципи Кримінального кодексу України». Змістова наповненість кожного з них є дуже оптимальною. Водночас статтю 1.2.6 «Гуманізм» доцільно назвати «Гуманність» або

«Людянність», а 1.2.7 «Однократність» - «Одноразовість», забезпечивши відмінкову кореляцію з іншими принципами.

5. Викликає заперечення наявність в книзі третій Загальної частини проекту КК розділу 3.9 «Судимість», оскільки **це спосіб своерідної стигматизації, клеймування людини, характерний для тоталітарних держав**. Законодавчий механізм реалізації цього інституту зводиться фактично до посилення відповідальності такої особи через урахування вчиненого раніше злочину. Тобто, як би це не замаскувалося доцільністю профілактики, попередження злочину тощо, реально має місце притягнення до кримінальної відповідальності і покарання такої особи вдруге за вчинений раніше злочин, що суперечить принципів юридичної відповідальності «**non bis in idem**», який означає, що особа не може бути притягнута до юридичної відповідальності двічі за одне й те саме правопорушення. Цей принцип закріплений і також і в статті 1.2.7 самого проекту КК.

Недоречним також є посилання в частині третій статті 3.9.2 проекту КК на пункт «н» частини 1 статті 2.1.16 цього проекту, оскільки в ньому нічого не зазначено про судимість.

6. Потребує редакційного уточнення назва розділу 1.4 «Дія Кримінального кодексу України в часі, просторі і за колом осіб», де слова «**за колом осіб**» потрібно замінити словами «**на коло осіб**», що більш точно відображатиме спрямованість дії КК. Окрім того, термін «**дія**» функціонально **властивий для фізичних осіб**, і тому назви вказаного розділу та інших статей КК правильно буде застосувати термін «**чинність**», який давно вже наявний в юридичній літературі.

7. У розділі 3.10 книги третьої «Про кримінально-правові засоби та їх застосування» визначені особливості кримінально-правових засобів щодо неповнолітніх та молодих порушників приписів кримінального законодавства. А втім у самому проекті КК містяться також окремі особливості застосування цих засобів щодо осіб перестарілого та старечого віку, обмежено осудних, неповносправних, вагітних жінок та жінок, які мають на вихованні малолітніх дітей або дітей-інвалідів. Варто розширити ці особливості і розмістити їх в розділі 3.10 названої книги третьої.

8. Книгу третю «Про кримінально-правові засоби та їх застосування» вочевидь є потреба доповнити розділом 3.11 «Застосування кримінально-правових засобів щодо іноземних громадян та осіб без громадянства», де, зокрема, більш детально врегулювати такі питання: 1) дипломатичний імунітет та його кримінально-правове значення; 2) передача для відбування покарання іноземців, які вчинили злочини на території України і засуджені за них на підставі КК України, тій державі, громадянами якої вони є; 3) видача іноземній державі для притягнення до кримінальної відповідальності і віддання до суду або для відбування покарання іноземців та осіб без громадянства, що постійно не проживають на території України; 4) міждержавний обмін засудженими за вчинення кримінальних правопорушень.

9. Підстави кримінальної(карної) відповідальності. Саме «підстави», а не «підстава». У доктрині кримінального права обґрунтовано нові підходи до розуміння множини підстав кримінальної (карної) відповідальності. Можна розглянути принаймні дві такі підстави: а) **формальна** - наявність заборони певного діяння в чинному кримінальному (карному) кодексі України; б) **матеріальна** - учинення суб'єктом діяння, що містить склад кримінального (карного) правопорушення, передбаченого чинним кримінальним (карним) кодексом України.

10. Викликало застереження формулювання в статті 2.1.1 проекту КК поняття кримінального правопорушення, що здається логічно розірваним, не ла-

конічно стислим як поняття. До дискусії пропонується така його редакція: «Кримінальним (карним) правопорушенням є винно вчинене суб'єктом діяння (дії або бездіяльності), яке містить ознаки складу карного правопорушення, передбаченого чинним кримінальним (карним) кодексом України. Видами кримінального (карного) правопорушення є проступок і злочин». При такому підході буде збережена кореляція з редакцією статті про підставу або підстави кримінальної (карної) відповідальності.

11. За сучасних умов європейської правової дійсності вже немає сумніву щодо доцільності запровадження разом з індивідуальною і **колективною кримінальною (карною) відповідальністю**. Колективна кримінальна (карна) відповідальність обов'язково поєднана з індивідуальною відповідальністю посадових осіб, винних у вчиненні карно-протиправних діянь в інтересах юридичної особи чи колективного суб'єкта. Такий принцип відповідальності можна умовно назвати квазііндивідуальним. Отже, є потреба розглянути доцільність законодавчого визначення **двох видів суб'єктів кримінального(карного) правопорушення: індивідуального і колективного**. Найбільш типовим прикладом такого підходу може слугувати досвід законодавця Республіки Польща. З прийняттям Закону «Про відповідальність колективних суб'єктів за дії, заборонені під загрозою покарання» від 28 жовтня 2002 р. була запроваджена карна відповідальність юридичних осіб і колективних суб'єктів, які не мають статусу юридичної особи.

Наведене вище дає підстави сумніватися щодо доцільності наявності в проекті КК України розділу «Кримінально-правові засоби щодо юридичної особи». Настала пора, як говориться, називати речі своїми іменами. Визначені в ньому «засоби» є за своєю суттю покараннями (карами).

12. **Покарання (кари), їх види та система**. Вихідним, ключовим поняттям варто вважати поняття «кара», а не «покарання» з огляду на наведені вище аргументи щодо назви нового кодексу та й самої відповідальності як виду юридичної відповідальності. У цьому контексті розділ загальної частини КК мав би таку назву: «**Кара та її види**». Наступні назви розділів КК, їх змістовну частину, також варто формулювати, **застосовуючи термін «кара» замість терміну «покарання»**. Кара - це статичне поняття, термін, константа; а **покарання, за змістовим лінгвістичним наповненням, означає процес застосування кари**. З цих позицій статтю 3.1.2 доцільно назвати так: «Види кар за злочини і проступки», а статтю 3.1.6 – «Розміри і строки кар за злочини» тощо.

Водночас статтю КК «**Поняття кари та її мета**» можна запропонувати для дискусії в такій редакції: «**Кара** є примусовим заходом, який призначається судом і виконується в установленому законом порядку від імені держави, суб'єктові карного правопорушення і полягає в передбаченому законом позбавленні, позбавленні та обмеженні або обмеженні його прав і свобод.

Кара має на меті не лише позбавлення, позбавлення та обмеження або обмеження прав і свобод суб'єкта карного правопорушення, але й також запобігання вчиненню ним, а також іншими особами, нових карних правопорушень». У цьому випадку **враховувалися б всі можливі комбінації** призначення судом основних та додаткових покарань (кар).

13. Позитивним є наявність в проекті кодексу розділу 1.3 «Значення термінів Кримінального кодексу України». Але можливості такого підходу ще не вичерпані повністю. У проекті КК є низка інших термінів, що потребують свого визначення. Наприклад, «особа без громадянства» (стаття 1.4.5); «дипломатичний імунітет», «інший імунітет» (стаття 1.4.7); «континентальний шельф», «виключна морська економічна зона України» (стаття 1.4); «реінтеграція» (розділ

3.4); чи ідентичні поняття «людина» та «особа», ужиті багаторазово в проекті КК, оскільки в доктрині науки наявна дискусія щодо їх однозначності тощо.

14. У проекті КК більше 40 разів ужиті в різних відмінках терміни «**правомірний**» та «**неправомірний**». Термін «правомірний» утворений поєднанням двох термінів: «право» і «мірний».

Поняття «**право**» розглядається в двох аспектах: у широкому – як природне право і у вузькому – як наявне в суспільстві об'єктивне право. У даному випадку у вузькому значенні розуміється чинний КК України – кримінальний закон. Термін «**мірний**» - такий, яким виміряється що-небудь, який є мірним, а слово «міра» – як певна величина, що є одиницею виміру в конкретних умовах, те, чим міряють, виміряють що-небудь. Виходячи з наведеного, поведінку людини за її кримінально-правовим значенням **можна класифікувати як два види**: а) який має кримінально-правове значення – такий, що може бути «виміряний», визначений, оцінений за допомогою критеріїв, ознак, закріплених у нормах кримінального закону, тобто є **кримінально-правомірним**; б) який **не має кримінально-правового значення, не може бути** «виміряний», визначений, оцінений за допомогою критеріїв, ознак, закріплених у нормах кримінального закону, тобто **не є кримінально-правомірним**, хоча може бути правомірним у контексті норм інших галузей права або взагалі «**правонейтральним**».

Правомірну поведінку дуже часто безпідставно ототожнюють з правослужняною, чим допускається логічна помилка, бо **правослужняний** поведінці кореспондує **протиправна** поведінка як її протилежність, антипод. І лише в такій площині зберігається логічний ряд законодавчих конструкцій.

Кримінально-правомірною є поведінка людини, яка: а) може бути «виміряна», визначена, оцінена за допомогою критеріїв, ознак, закріплених у чинному кримінальному законі; б) може бути як «**правослужняною**», так і «**протиправною**». Якщо погодитися з викладеним вище, то є сенс внести відповідні редакційні правки до проекту КК.

15. Не можна не звернути уваги на те, що в розділі 4.5 «Злочини проти волі і гідності людини» відсутні склади злочинів «**наклеп**» та «**образ**». Відмова від кримінально-правового захисту гідності людини в цій частині не узгоджується з курсом України на інтеграцію в європейське співтовариство, де кримінальні кодекси передбачають відповідальність за посягання на ці цінності.

*Бантшиєва О. О.,
к.п.н., доцент кафедри
психології та соціального забезпечення
Державного університету «Житомирська політехніка»*

*Бантшиєв О.Ф.,
професор, к.ю.н.,
провідний науковий співробітник НОЦ
Національної академії СБ України*

ЗАУВАЖЕННЯ ДО ОКРЕМИХ ПОЛОЖЕНЬ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ (ПРОЄКТ/ КОНТРОЛЬНИЙ ТЕКСТ (станом на 25.07.2021р.)

При вивченні тексту проєкту виникли деякі зауваження та пропозиції, які не треба сприймати як безсуперечні.

Незрозуміло, з якою метою, окрім частин і розділів, треба ділити кодекс ще й на книги. Відомо, що книга – велика за обсягом або важлива за змістом книжка, зброшурована в одне ціле й оправлена певна кількість (звичайно, більше 5) друкованих або рукописних аркушів; це тільки чималий за обсягом твір, надрукований окремим виданням.

Вважаємо, що нумерація статей кодексу повинна бути звичайною – наскрізною.

Частина 3 статті 1.1.1 Кримінального кодексу (чи не зручно було б нумерувати її просто «1»?) визначила, що «у разі суперечності положень Загальної та Особливої частини цього Кодексу застосовуються положення його Загальної частини». Думаємо, що Кодекс не повинен мати суперечностей.

У тексті Кодексу не варто застосовувати термінів, значення яких звичайний громадянин повинен шукати у словнику (п. «а» ч. 2 ст. 1.1.2).

Не можна обмежувати строки внесення змін до Кодексу.

Треба упорядкувати вживання термінів «злочин» та «проступок».

У статті 1.3.1 «Значення термінів Кримінального кодексу п.45 ч. 2» до поняття «потерпіла особа» треба додати «суспільство та держава».

Щодо складу кримінального правопорушення (ст. 2.1.2) необхідно відзначити, що при вчиненні будь-якого правопорушення в реальному житті ми, насамперед, стикаємось з його об'єктивною стороною або її наслідками і лише після встановлення суб'єкта правопорушення та його суб'єктивної сторони можна зробити висновок про об'єкт правопорушення. Саме тому пропонуємо об'єктивну сторону в складі кримінального правопорушення поставити на перше місце.

Щодо класифікації кримінальних правопорушень (ст. 2.1.11) треба відзначити, що класифікація кримінальних правопорушень, яка є в КК 2001 року (ст. 12), на наш погляд, набагато краща.

У статті 2.4.2 «Готування до кримінального правопорушення» необхідно додати «створення особою обставин, спрямованих на уникнення в майбутньому можливості відповідальності за злочин, що готується».

Вважаємо, що поняття «перевищення меж необхідної оборони (ч. 4 ст. 2.7.21)» не повинне мати місце в кримінальному законі, як і «перевищення меж заподіяння шкоди, необхідної для затримання (ч. 2 ст. 2.7.4)».

Як бути з покаранням у разі вчинення умисного вбивства, передбаченого

ч.2. статті 2.7.12?

Пропонується стаття, яка визначає обставини, що обтяжують покарання за проступок (ст. 3.2.3). А як щодо злочину? Пункт «г» частини першої цієї статті пропонуємо викласти так: «г) що особа, яка має психічний розлад, про що відомо винному». Пункт «м» пропонується викласти так: «м) з мотиву расової, національної, релігійної чи соціальної ворожнечі».

У статті 3.3.4 «Невиконання під умовою призначеного ув'язнення на певний строк» у першій її частині не зрозуміло, як треба розуміти невстановлення високого ризику вчинення нового злочину. У статті 3.3. 10 ч.1 не зрозуміло, як треба розуміти, що особа має низький ризик учинення нового злочину. Це ж у ч. 1 статті 3.10.5.

Варто було б пояснити в пункті «г» частини п'ятої статті 3.5.2, що таке «ризик вчинення особою нового злочину».

Не можна погодитись із віднесенням до обмежувальних заходів (ст. 3.6.5) обмеження права брати участь у виборах або референдумі (пункт «и» частини третьої).

Розділ 3.11 «Кримінало-правові засоби щодо юридичної особи» підлягає виключенню з проекту. Недоцільність існування таких засобів (заходів) щодо юридичних осіб неодноразово обґрунтував Микола Іванович Панов.

Вважаємо, що в кожній статті Особливої частини КК необхідно вказувати санкцію, а не посилання на ступінь злочину.

У статтях 4.1.10 та 4.1.11 «Заподіяння смерті плоду людини» та «Необережне заподіяння смерті плоду людини» викликає заперечення встановлення строку як 22 тижні вагітності.

У статті 4.7.1 треба вести мову, напевно, не про людину-агресора, а про винну особу, про суб'єкта кримінального правопорушення. У статті 4.7.15 до пияцтва, бродяжництва та заняття азартною грою варто додати жебрацтво, проституцію. У статті 4.8.7 треба вказати, кому ж винна особа повинна була надати вказану інформацію. У статті 4.10.5 до «заподіяння шкоди правам чи свободам людини або моральності» треба додати «здоров'я або життя». У статті 4.12.3 до вказаних видів ворожнечі необхідно додати «соціальну». Це ж треба зробити і в статті 4.12.4.

Фінансування тероризму (ст. 5.2.6) є пособництвом цього злочину, фінансуватися можуть будь-які злочини. Чи варто в Особливій частині дублювати положення Загальної.

Це ж стосується й фінансування злочинів проти держави ст. 7.1.4.

У статті 5.5.1 необхідно дати пояснення термінів «наркотичний засіб», «психотропна речовина», «прекурсори» та ін. До розділу 5.8. треба додати статтю «Значення термінів, ужитих у цьому розділі». У статті 5.13.1 треба пояснити термін «інформація», «комп'ютерні дані», «телекомунікаційні послуги», «цифровий образ», «суспільно необхідна інформація». Чому в розділі 6.1 відсутній «розбій»? У цьому ж розділі варто визначити, що є предметом кримінального правопорушення - «річ» або «майно». Чому в статті 7.3.2 «Незаконне перетинання державного кордону України» суб'єктом злочину може бути лише особа, який забаронено в'їзд на територію України? Чому переміщення іноземця чи особи без громадянства в схованці (ст. 7.3.7) віднесено до проступків? Розділ 7.5 потребує пояснення термінів, як й інші розділи, де цього немає.

Проступки передбачені статтями 5.3.7, 4.9.10, 4.9.11, 4.9.12, 4.9.13, 5.3.8, 5.47, 5.4.8, 5.13.10, 5.13.11, як і деякі інші, необхідно віднести до злочинів.

Текст проекту потребує серйозної редакційної правки.

КРИТИЧНЕ ОСМИСЛЕННЯ ПОЛОЖЕНЬ Ч. 3 СТ. 1.2.6 «ГУМАНІЗМ» ПРОЄКТУ КК УКРАЇНИ

У ч. 3 ст. 1.2.6 «Гуманізм» проєкту КК (за редакцією від 25.07.2021 р.) закріплено, що покарання та інші кримінально-правові засоби не мають на меті завдати фізичних страждань або принизити людську гідність [17]. Це положення (із поширенням на інші кримінально-правові засоби) фактично є відтворенням ч. 3 ст. 50 «Поняття покарання та його мета» чинного КК України. До слова, норми з аналогічним змістом містять КК багатьох країн пострадянського простору (ч. 7 ст. 3 «Принципи кримінального закону та кримінальної відповідальності» КК Республіки Беларусь [5], ч. 3 ст. 39 «Цілі покарання» КК Грузії [3], ч. 2 ст. 39 «Поняття і цілі покарання» КК Республіки Казахстан [7], ч. 3 ст. 9 «Принцип гуманізму» КК Киргизької Республіки [4], ч. 2 ст. 7 «Принцип гуманізму» КК Російської Федерації [13], ч. 2 ст. 9 «Принцип гуманізму» КК Республіки Таджикистан [9], ч. 7 ст. 3 «Принципи кримінального законодавства» КК Республіки Туркменістан [10], ч. 1 ст. 7 «Принцип гуманізму» КК Республіки Узбекистан [11]). Вочевидь, тотальне закріплення цього положення обумовлене правонаступництвом правової спадщини СРСР. Так, хоча положення щодо покарання злочинця з дотриманням поваги до його гідності має глибоке коріння: його першу формалізацію з *акцентом на* недопущення *саме* фізичних страждань та приниження людської гідності знаходимо в Основних засадах кримінального законодавства Союзу РСР та союзних республік 1924 р. Пункт 4 цих Основних засад відзначав, що всі заходи соціального захисту мають бути доцільні та не повинні мати на меті заподіяння фізичного страждання і приниження людської гідності [14]. Далі цю норму з вдосконаленням змістом було закріплено у ч. 3 ст. 20 Основ кримінального законодавства Союзу РСР та союзних республік 1958 р. та у ч. 3 ст. 28 Основ кримінального законодавства Союзу РСР та республік 1991 р. Останні вказували, що покарання не має своєю метою заподіяння фізичних страждань або приниження людської гідності [15, 16]. Аналогічні положення містили й КК УРСР (п. 6 КК УРСР 1927 р. [18 с. 13], ч. 2 ст. 22 «Мета покарання» КК УРСР 1960 р. [12]).

Варто визнати, що положенню про неприпустимість покарання із заподіянням фізичних страждань або приниженням людської гідності властива певна універсальність, що й дотепер дозволяє йому функціонувати в чинних КК. Водночас практика ЄСПЛ щодо застосування ст. 3 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (далі – Конвенція) свідчить не на користь досконалості наведеного положення. Зокрема, на думку Суду, серйозність фізичних і моральних страждань є лише *одним із* критеріїв, за допомогою якого треба оцінювати ступінь жорстокості та визначати, чи мало місце і, якщо «так», яке саме порушення відповідно до ст. 3 Конвенції. У цьому розумінні вказівка на те, що покарання та інші кримінально-правові засоби не мають на меті завдати фі-

зичних страждань (вузька складова змісту ч. 3 ст. 1.2.6 проекту КК) фактично є такою, що забороняє прагнути *лише до одного з можливих* наслідків жорстокості (фізичного страждання). Безсумнівно, історія дає відповіді на питання про те, чому в контексті покарання закон згадує саме страждання і лише його фізичний різновид. Проте апелювання до цього результату: а) не виправдано звужує коло тих наслідків, із настанням яких пов'язується знецінення людської гідності як об'єкта кримінально-правової охорони і конвенційного захисту, та б) породжує необхідність надавати спеціальні пояснення, чому ж виокремлено саме цей наслідок.

Не позбавлена критики й широка складова змісту ч. 3 ст. 1.2.6 проекту КК – вказівка на те, що покарання та інші кримінально-правові засоби не мають на меті принизити людську гідність. Остання лише умовно корелює положення ст. 3 Конвенції. Так, хоча і катування, і нелюдське покарання становлять посилене приниження гідності, у ст. 3 Конвенції (на відміну від ч. 3 ст. 1.2.6 проекту КК) їх *через необхідність* названо самостійними видами жорстокості. Окрім того, конвенційний і конституційний (ст. 28 Основного Закону України) підходи ґрунтуються на забороні, перш за все, і не лише, катування (*найжорстокішого* виду поведінки і покарання). Саме воно зафіксовано в назві ст. 3 Конвенції і першим згадано серед заборонених видів поведінки та покарання. Водночас у ч. 3 ст. 1.2.6 проекту КК увагу зосереджено на «основі» жорстокості (приниженні гідності). Цей підхід є протилежним конвенційному – заборона йде від *найменш жорсткого* виду поведінки і покарання. Це знову ставить розробників проекту КК у ситуацію, за якої необхідно надавати спеціальні пояснення. Останні, до речі, мають стосуватися не тільки обґрунтування відмінності підходу, але й доведення того, що наведене положення, з одного боку, не встановлює стандарти вищі за конвенційні, а з іншого, охоплює рівень катування.

Нарешті, ст. 1.2.6 проекту КК претендує на формалізацією одного з відправних начал права і при цьому обмежує забезпечення людської гідності вимогами *лише до* покарання та інших кримінально-правових засобів. Нагадаємо, ст. 3 Конвенції встановлює *широку* заборону поганого і поведінки, і покарання. Travaux Préparatoires до Конвенції містять згадку про те, що під час опрацювання тексту ст. 3 уповноваженими особами вносились пропозиції щодо конкретизації заборони катування. Проте жодна з них не була підтримана з огляду на бажання «батьків Конвенції» *найширшим* чином сформулювати конвенційне положення, надавши йому таким чином запас міцності [1]. Урешті-решт цього ж прагнуть і члени робочої групи з підготовки проекту нового КК. Зважаючи на те, що у ст. 1.2.6 йдеться саме про принцип, закріплення ідеї поваги до гідності найширше відповідало б тим очікуванням, із якими пов'язується формалізація вихідного начала права, та сприяла б підвищенню якості нового закону про кримінальну відповідальність. До слова, на це пішли законодавці Азербайджанської Республіки, Республіки Вірменія та Республіки Молдова. До роботи останнього маємо низку зауважень, тому нижче упустимо положення КК Республіки Молдова. Щодо інших КК зазначимо, що у ч. 2 ст. 9 «Принцип гуманізму» КК Азербайджанської Республіки передбачено, що покарання та інші заходи кримінально-правового характеру, застосовувані до особи, яка вчинила злочин, не можуть мати характер або мету катування чи іншого жорсткого, нелюдського або тако-

го, що принижує гідність, поведження [2]. У ч. 2 ст. 11 «Принцип гуманізму» КК Республіки Вірменії закріплено, що нікого не має бути піддано катуванням або жорстокому, нелюдському чи такому, що принижує гідність, поведженню або покаранню [6].

Список використаних джерел:

1. Preparatory work on Article 3 of the European Convention of Human Rights. European Commission of Human Rights. URL: [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART3-DH\(56\)5-EN1674940.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART3-DH(56)5-EN1674940.pdf).
2. Кримінальний кодекс Азербайджанської Республіки. URL: http://continent-online.com/Document/?doc_id=30420353#pos=20;-48.
3. Кримінальний кодекс Грузії. URL: <https://matsne.gov.ge/ru/document/view/16426?publication=229>.
4. Кримінальний кодекс Киргизької республіки. URL: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111527>.
5. Кримінальний Кодекс Республіки Беларусь. URL: <https://pravo.by/document/?guid=3871&p0=hk9900275>.
6. Кримінальний кодекс Республіки Вірменія. URL: <http://www.parliament.am/legislation.php?ID=1349&lang=rus&sel=show#1a>
7. Кримінальний кодекс Республіки Казахстан. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575252#pos=822;-60.
8. Кримінальний кодекс Республіки Молдова. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30394923#pos=5;-116.
9. Кримінальний кодекс Республіки Таджикистан. URL: http://continent-online.com/Document/?doc_id=30397325#pos=8;-172.
10. Кримінальний кодекс Республіки Туркменістан. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31295286#pos=114;-49.
11. Кримінальний кодекс Республіки Узбекистан. URL: http://continent-online.com/Document/?doc_id=30421110#pos=458;-25.
12. Кримінальний кодекс Української РСР 1960 р. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KD0006.html.
13. Кримінальний кодекс Російської Федерації. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_10699/866a153d3ef4e6afebe17e3966817719ddd9e30/.
14. Основные начала уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1924 г. URL: http://www.libussr.ru/doc_ussr/ussr_2237.htm.
15. Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1958 г. URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ESU&n=4905#dl1oKkSkirL7vxWd>.
16. Основы уголовного законодательства Союза ССР и республик 1991 г. URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ESU&n=5360#JjGvKkSQJRbjZV9y>.
17. Текст проекту нового Кримінального кодексу від 25.07.2021. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/08/12/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-25-07-2021-1.pdf>.
18. Уголовный кодекс УССР в редакции 1927 г. с постатейными комментариями / И.И. Курицкий, Л.А. Гиммельфарб, Н.И. Шихмантер. Юр. Изд-во НКЮ УССР, Харьков, 1927 г. 322 с.

*Храмцов О.М.,
професор, д.ю.н.
професор кафедри кримінально-правових
дисциплін юридичного факультету
Харківського національного університету
імені В.Н. Каразіна*

ЩОДО НАСИЛЬСТВА ТА ЙОГО ВИДІВ У ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ

Авторами проекту нового Кримінального кодексу зроблені істотні кроки щодо вдосконалення кримінально-правового забезпечення протидії злочинам та кримінальним проступкам, що пов'язані з насильством. На відміну від чинного КК, проект містить законодавчі визначення кримінально-правових понять, зокрема й насильства, окремих насильницьких дій тощо. Вони знаходяться у відповідних нормах Загальної та Особливої частини проекту Кодексу.

Безперечно, нами підтримується включення цих норм в законодавство про кримінальну відповідальність, однак окремі визначення насильства та дій з ним пов'язаних, що даються розробниками, є не досконалими, а в окремих випадках надто поверхневими. Так у ст. 1.3.1, яка містить значення термінів Кримінального кодексу, під насильством розуміється фізичний вплив на іншу людину, зокрема шляхом нанесення удару, побоїв, застосування акустичних, світлових, термічних чи хімічних факторів або обмеження її особистої свободи [1]. Таким чином, можна зробити висновок про те, що під насильством авторами проекту розуміється лише насильство фізичне. Ми не можемо погодитись з таким підходом, бо велика кількість кримінальних правопорушень вчиняється із застосуванням психічного насильства, яке не обмежується тільки погрозами. Варто погодитись з О.П. Дзьобанем та В.Г. Пилипчуком, які зазначають, що в масовій свідомості насильство найчастіше зводиться до стереотипу, що це суто фізична наруга над особою [2, с. 30]. Якщо це й припустимо в масовій свідомості, то в середовищі фахівців такого бути не може.

Психічне насильство відрізняється від фізичного засобами впливу на іншу особу та характером шкоди (наслідків). Це обов'язково має бути враховано в законодавчому визначенні поняття кримінального насильства. До речі, воно з'являється в Особливій частині проекту КК як один із видів домашнього насильства. Так стаття 4.7.13 визначає, що домашнє насильство, яке не спричинило наслідків для потерпілої особи, має місце у випадках, коли винна особа, яка систематично застосовувала фізичне, психологічне або економічне насильство щодо подружжя чи іншої близької особи, зокрема колишньої, і тим самим вчинила проступок [1].

Авторами проекту Кримінального кодексу дається достатньо розгорнуте визначення поняття погрози - усне, письмове чи конклюдентними діями залякування особи застосуванням насильства, з'валтуванням чи сексуальним насильством, знищенням чи пошкодженням майна або заподіянням їй будь-якої іншої шкоди (звільнення з роботи, позбавлення засобів до існування, виселення з житла, відібрання дитини, розголошення відомостей, які особа бажає зберегти в таємниці тощо) [1]. Ми в цілому погоджуємося з таким визначенням. Водночас розробники проекту залишилися на старих позиціях щодо виділення окремо норм Особливої частини КК, які передбачають відповідальність за погрозу заподіяти смерть і погрозу заподіяти тяжку шкоду здоров'ю потерпілій особі. Зокре-

ма, це вказано в ст.ст. 4.4.1 «Погроза заподіяти смерть»; 4.4.2 «Погроза заподіяти тяжку шкоду здоров'ю»; 8.1.10 «Погроза вбивством щодо командира (начальника)»; 8.1.11 «Погроза спричиненням тяжкої шкоди здоров'ю командира (начальника)».

У більшості випадків погрози щодо спричинення фізичної шкоди (смерті, шкоди здоров'ю) носять невизначений характер. Тому доречніше б було об'єднати ці два види погроз в одній кримінально-правовій нормі Особливої частини КК. На наш погляд, варто було б включити до неї й відповідальність за погрозу знищення чи пошкодження майна. На цьому наголошував ще М.С. Таганцев, який писав про те, що сутність погрози полягає у впливі на психічну діяльність того, кому погрожують [3, с. 41-42].

Саме такий підхід має кримінальне законодавство країн Європи та колишнього СРСР. КК Естонської Республіки в ст. 128 передбачає відповідальність за погрозу вбивством або заподіянням особливо тяжкого тілесного ушкодження або знищенням чи пошкодженням майна в значних розмірах, якщо існували підстави побоюватися здійснення цієї погрози. Цей злочин знаходиться в главі «Злочини проти особи» [4, с. 123.]. Ст. 151 КК Грузії передбачає кримінальну відповідальність за погрозу спричинення смерті або шкоди здоров'ю або знищення майна [5, с. 194]. Стаття 102 КК Республіки Казахстан вказує на такий злочин, як погроза вбивством або нанесенням тяжкої шкоди здоров'ю, іншим тяжким насильством або знищенням майна підпалом, вибухом або іншим загальнебезпечним способом [6, с. 139].

Ми вважаємо, об'єктом погрози вбивством, нанесенням тяжкої шкоди, знищенням майна є саме особа, а конкретно її душевний спокій, свобода волевиявлення, а також в окремих випадках фізичне чи психічне здоров'я. Саме тому ці діяння повинні бути передбачені в одній нормі законодавства про кримінальну відповідальність.

Неоднозначним, на нашу думку, є й визначення поняття нападу. Розробниками проекту КК України наголошується, що напад – це раптове відкрите насильство або замах на застосування насильства з розрахунком на відсутність опору через несподіваність для потерпілого або його переляк [1]. Фактично автори проекту ототожнюють напад та фізичне насильство. Така позиція є не новою, вона була висунута ще радянськими вченими-криміналістами. Нами ж підтримується позиція В.А. Владимірова, який під нападом (при розбої) розуміє активну протиправну умисну дію, здійснену з метою заволодіння майном, що створює реальну небезпеку негайного застосування насильства, небезпечного для життя і здоров'я. На його думку, сутність нападу складається не з застосування насильства, а зі створення об'єктивно і суб'єктивно небезпечної обстановки, що загрожує застосуванням фізичного насильства до потерпілого, якщо він буде намагатися перешкоджати в заволодінні майном. Учений нападом вважає процес, початком якого є момент створення реальної небезпеки застосування насильства, а закінченням – момент заволодіння майном, у силу досягнення винним злочинної мети, шляхом насильства або погрози застосування такого насильства [7, с. 64-65,67]. Таким чином, напад може характеризуватися не тільки фізичним, а й психічним насильством (погрозою). На нашу думку, категорії «напад» та «насильство» не є однорідними. Фізичне та психічне насильство є лише простими діями, які разом з іншими створюють напад. Фізичний вплив, слова, жести є лише діями, які в своєму комплексі створюють кримінально-протиправне діяння, яке називається «напад».

Ми розуміємо, що наші пропозиції також є неоднозначними і дискусійними, і тому пропонуємо дискусію з досліджених питань, яка дозволить виробити

максимально точні кримінально-правові поняття, що будуть закріплені в чинному законодавстві про кримінальну відповідальність і дозволять практичним працівникам уникати помилок при встановленні необхідних ознак складу кримінальних правопорушень, які пов'язані з насильством, і здійснювати правильну та об'єктивну кваліфікацію дій винних осіб.

Список використаних джерел:

1. <https://newcriminalcode.org.ua/criminal-code> (дата звернення 29.08.2021 року);
2. Дзьобань О.П., Пилипчук В.Г. Інформаційне насильство та безпека: монографія. Харків: Майдан, 2011. 244 с.;
3. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Часть общая. Т. 1. Тула: Автограф, 2001. 800 с.;
4. Уголовный кодекс Эстонской Республики / [науч. ред. и пер. с эстонского В. В. Запелалова ; вступ. ст. Н. И. Мацнева]. Санкт-Петербург: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001. 262 с.;
5. Уголовный кодекс Грузии / [науч. ред. З. К. Бигвава ; пер. с груз. И. Мериджанашвили]. Санкт-Петербург: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. 409 с.;
6. Уголовный кодекс Республики Казахстан / [предисл. И. И. Рогова]. Санкт-Петербург: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001. 466 с.;
7. Владимирова В.А. Квалификация похищений личного имущества: монография. Москва: Юридическая лит-ра, 1974. 208 с.

НАПРЯМИ УЗГОДЖЕНОСТІ НОРМ ЦИКЛУ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА В ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ

1. Галузі кримінального циклу (кримінальне, кримінальне процесуальне і кримінально-виконавче право) тісно пов'язані між собою.

До того ж, серед наук кримінального циклу кримінальне право належить до категорії фундаментальних. Отже, розробка, трактування кримінальним правом міждисциплінарних категорій і понять є науковою і нормативно-правовою основою для інших наук цього блоку [1, с. 13].

2. Зв'язок між кримінальним (матеріальним) правом і кримінальним процесуальним правом виявляється в їх співвідношенні як змісту і форми, адже кримінальне процесуальне право є формою реалізації кримінального права. Відтак, норми кримінального права встановлюють, зокрема, що є кримінальним правопорушенням (стаття 2.1.1 проекту КК України), його склад (стаття 2.1.2 проекту КК України), класифікацію кримінальних правопорушень (стаття 2.1.5 проекту КК України), ознаки складу злочину, які знижують (статті 2.1.7, 2.1.8 проекту КК України) або підвищують (статті 2.1.6, 2.1.9, 2.1.10 проекту КК України) тяжкість злочину тощо. Кримінальне процесуальне законодавство визначає порядок кримінального провадження, зокрема поняття доказів, належність та допустимість при визнанні відомостей доказами (статті 84-90 КПК України), початок досудового розслідування (стаття 214 КПК України) тощо.

3. Кримінально-виконавче право ґрунтується на нормах кримінального права (зокрема поняття, види, порядок призначення покарань тощо встановлені в кримінальному законі (Книга 3 проекту КК України). Водночас сам порядок виконання покарань регулюється нормами КВК України (зокрема Розділ II КВК України регламентує виконання покарань, не пов'язаних з позбавленням волі). Хоча в проєкті КК України серед шляхів досягнення завдань цього кодексу є ресоціалізація і реінтеграція осіб, які вчинили злочини (стаття 1.1.2 проекту КК України), а стаття, присвячена визначенню поняття і умов ресоціалізації, міститься в КВК України (стаття 6 КВК України).

4. Ефективність захисту прав і свобод людини і громадянина, інтересів суспільства, держави і міжнародного співтовариства від кримінальних правопорушень значною мірою залежить від узгодженості норм кримінального, кримінального процесуального та кримінально-виконавчого права. Прикладом неузгодженості можна вважати, зокрема, передбачений частиною сьомою статті 46 КПК України обов'язок органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх службових осіб виконувати законні вимоги захисника. Проте як у чинному КК України, так в у проєкті КК України відповідальність за невиконання таких вимог не передбачена, що не гарантує в майбутньому ефективну реалізацію прав захисника (адвоката) у кримінальному провадженні [2, с. 117].

Конституція України в статті 8 закріпила визнання і дію принципу верховенства права. Серед складових цього принципу виділяється правова визна-

ченість. Але протягом тривалого періоду часу спостерігається суперечність прийнятих Верховною Радою України законів у галузі кримінального права принципу правової визначеності, а інколи й певним положенням Конституції України, що нівелює принцип верховенства права як найпотужнішого правового ідеалу, визнаного всім демократичним світом [3, с. 343-344]. Прикладом може слугувати недавнє Рішення Конституційного Суду України № 6-р(II)/2021 від 16.09.2021 р., яким визнано такими, що не відповідають [Конституції України](#) (є неконституційними), частину першу статті 81, частину першу статті 82 Кримінального кодексу України в тому, що вони унеможливають їх застосування до осіб, яких засуджено до відбування покарання у вигляді довічного позбавлення волі [4].

5. Подолання більшості проблем, що спричинені відсутністю системних зв'язків у законодавстві кримінального циклу, можливе шляхом його реформування з метою гармонізації (поєднання, злагожденості, взаємної відповідності) його положень. Указом Президента України № 584/2019 від 7 серпня 2019 р. «Питання Комісії з питань правової реформи» створена робоча група з питань розвитку кримінального права. Перед нею, зокрема, поставлені завдання забезпечення розроблення та внесення Президентом України узгоджених пропозицій з питань вдосконалення правової системи України з урахуванням сучасних викликів та потреб демократичного суспільства, зокрема підготовки та узагальнення пропозицій щодо змін до законодавства про кримінальну відповідальність. Виокремлено 10 причин, що обумовили необхідність реформування кримінального законодавства України (див.: Реформування кримінального законодавства. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/concept>).

6. Проект нового Кримінального кодексу України містить статтю 1.1.3, положення якої видаються такими, що здатні забезпечити стабільність і узгодженість всього циклу кримінального законодавства. Частиною другою цієї статті, зокрема, передбачено, що зміни до цього Кодексу вносяться виключно шляхом прийняття окремого закону про внесення змін до цього Кодексу, який також може містити положення про зміни до Кримінального процесуального кодексу, Кримінально-виконавчого кодексу.

Список використаних джерел:

1. Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 9–10 жовт. 2014 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків : Право, 2014. 536 с.
2. Красій М. О. К. Політика в сфері боротьби зі злочинністю: взаємозв'язок кримінально-напорової та кримінально-процесуальної підсистем : монографія / М. О. Красій. Калуш : Петраш К.Т., 2020. 153 с.
3. Панов М.І., Зінченко І.О. Наука кримінального права і проблеми її міждисциплінарних зв'язків (за матеріалами міжнародної науково-практичної конференції з кримінального права 9-10 жовтня 2014 р.). Вісник Асоціації кримінального права України. 2014. № 2(3). С.338-362.
4. Рішення Другого сенату Конституційного Суду України у справі за конституційними скаргами Крупка Дмитра Володимировича щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини першої статті 81, частини першої статті 82 Кримінального кодексу України, Костіна Володимира Володимировича, Мельниченка Олександра Степановича щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини першої статті 82 Кримінального кодексу України та за конституційною скаргою Гогіна Віктора Івановича щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини першої статті 81 Кримінального кодексу України (справа про перегляд вироку особи, караній на довічне позбавлення волі) : Рішення Конституційного Суду України № 6-р(II)/2021 від 16.09.2021 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-21#n88> (дата звернення: 04.10.2021)

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ РОЗУМІННЯ ДЕЯКИХ ДИСКРИМІНАЦІЙНИХ ПРОЯВІВ

Відповідно до ст. 24 Конституції України, «громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом. Не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками».

Заборона дискримінації передбачена статтею 14 ЄКПЛ, яка гарантує рівність у користуванні іншими конвенційними правами. 2000 року був відкритий для підписання Протокол № 12 до Конвенції. Він розширює заборону дискримінації і створює гарантії рівності в користуванні будь-якими правами, включаючи права, передбачені національним законодавством держав-членів. Станом на сьогодні цей Протокол ратифікували далеко не всі держави-члени ЄС. У пояснювальній записці до Протоколу зазначено, що його завдання полягає в посиленні захисту від дискримінації як основної складової гарантій прав людини. Протокол став результатом обговорення шляхів забезпечення, зокрема, гендерної і расової рівності [1, с. 15].

Незважаючи на проголошену Конституцією «рівність», люди не є рівними в правах та у доступі до правосуддя. Нерівність виявляється у віці, статі, соціальному статусі, місці проживання та ін.

Щодо цього питання, зокрема, прийнято директиви: Директиви про рівність у сфері зайнятості, що ввела заборону дискримінації у сфері зайнятості за ознакою сексуальної орієнтації, релігійних переконань, віку та обмежених фізичних можливостей, і Директиви про расову рівність, що встановила заборону дискримінації за ознакою раси та етнічного походження у контексті зайнятості, а також у питаннях доступу до системи добробуту, соціального захисту, товарів та послуг. Ці директиви значно розширили сферу дії антидискримінаційного права ЄС і підтвердили тезу про те, що необхідною умовою повноцінного використання особами своїх можливостей на ринку праці є гарантії рівного доступу до таких сфер як охорона здоров'я, освіта, забезпечення житлом. 2004 року з прийняттям Директиви про гендерну рівність у доступі до товарів та послуг заборона дискримінації за ознакою статі поширилася на сферу товарів та послуг.

Водночас зі сплином часу також інші прояви нерівності розглядаються як форми дискримінації, зокрема дискримінація за віком (ейджизм), за статтю або гендером (жінок та чоловіків), бідності, походження, мови, зовнішнього вигляду та ін.

У статті 161 чинного КК України передбачена кримінальна відповідальність за порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності, релігійних переконань, інвалідності та за іншими ознаками. У статті 4.12.4 проєкту нового КК пропонується передбачити кримінальну відповідальність за дискримінацію. Згідно з цією статтею, підлягає кримінальній відповідальності особа, яка прямо чи опосередковано за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних або інших переконань, статі, інвалідності чи стану здоров'я, етнічного чи соціального походження, майнового стану, місця проживан-

ня, за мовними або іншими ознаками: а) обмежила рівне право на доступ до державної служби чи служби в органах місцевого самоврядування, б) порушила рівність прав жінки і чоловіка, в) обмежила інше конституційне право людини чи громадянина або г) встановила для людини прями чи непрямі привілеї. Криміналізація такого діяння в такій редакції є позитивним кроком.

Види дискримінаційного поводження також відображені в сучасній практиці ЄСПЛ. Але в багатьох справах паралельно з порушенням ст. 14 Конвенції розглядають порушення ст. 3 Конвенції в частині нелюдського поводження.

Так у справі «Молдаван та інші проти Румунії» (заява № 64320/01 від 12 липня 2005 р.) ЄСПЛ зазначив, що саму дискримінацію за ознакою раси можна розглядати як поводження, яке принижує людську гідність, і тому така дискримінація є порушенням ст. 3 Конвенції.

У справі *Lăcătuș проти Швейцарії* суд встановив, що місто Женева порушило статтю 8 ЄКПЛ (повага до приватного та сімейного життя) щодо молодій жінки ромського походження, наклавши штраф та врешті-решт ув'язнивши її за жебрацтво. При зважуванні інтересів, Суд встановив, що заявник знаходився в «ситуації явної вразливості» як особа, яка була бідною, неписьменною та абсолютно без доходу. Тому вона «мала право, властиве людській гідності, мати змогу висловити своє горе та намагатися задовольнити свої потреби шляхом жебрацтва» [2]. Розглядаючи аргумент держави щодо захисту прав перехожих та власників бізнесу, Суд постановив, що «мотивація зробити бідність менш помітною в місті та залучення інвестицій» не є законною мотивацією заходів, які обмежують права людини. Також не було переконливо продемонстровано відсутність менш обмежувальних засобів. Фактично ця справа продемонструвала дискримінацію бідності.

Ейджизм – дискримінація особи на підставі її належності до певної вікової групи, поширена як у формальних, так і в неформальних сферах життя суспільства – виявляється в готовності адекватно сприймати і співпрацювати лише з людьми, які відповідають заздалегідь установленим віковим критеріям.

Поняття ейджизму було запропоноване американським ученим-геронтологом Робертом Батлером (Національний інститут старіння) 1969 року і спочатку пов'язувалося з віковою стратифікацією та нормативними цінностями суспільства – продуктивністю та результативністю. Ейджизм супроводжують такі процеси: 1) ярликування (ототожнення особи та вікової групи); 2) стереотипізація, тобто негативна оцінка особистісних якостей певної вікової групи; 3) дискримінація (утиски прав та свобод особи через її належність до вікової групи). Ейджизм ґрунтується на понятті норми та відхилення; нормою представники окремої вікової групи вважають себе, а інших – відхиленням. Така дискримінація, як і будь-яка деліквентна поведінка, часто переростає на вчинення кримінальних правопорушень.

Дискримінація молодості пов'язана, зокрема, з тим, що молодість асоціюється в інших вікових групах з незрілістю, опозиційністю, безвідповідальністю, недосвідченістю, безкультурністю та ін. Ярликування та стереотипізація в цьому випадку викликає сприйняття молодих людей як не повністю дієздатних, що призводить до нижчого рівня оплати праці, позбавлення певних професійних чи матеріальних преференцій (наприклад, пошуки працівників «до 25 років з досвідом роботи» у кадрових агентствах тощо). Це призводить до того, що «виключені» групи шукають інші «способи заробітку», зокрема тіньові та кримінально-протиправні.

Висновки. Дискримінація здебільшого пов'язана з неприйняттям «іншо-

го». Таке неприйняття часто переростає у вчинення кримінальних правопорушень на ґрунті дискримінації та неприйняття. Та національне законодавство невичерпно відображає сучасні форми дискримінації. Важливо використовувати та популяризувати діалогові, медіаційні та відновні практики для налагодження культурного діалогу між різними поколіннями.

Врахування різності людей, їх природних, соціальних особливостей не є дискримінацією. Різність людей необхідно враховувати при кримінально-правовій кваліфікації та призначенні покарання. Це досягається, зокрема, за допомогою реалізації принципів індивідуалізації та диференціації кримінальної відповідальності, гуманізму та інших принципів кримінального права.

Список використаних джерел:

1. Посібник з європейського антидискримінаційного права. Агенція Європейського Союзу з питань основоположних прав Європейський суд з прав людини – Рада Європи. 2011. 196 с. https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discr_law_UKR.pdf
2. Corina Heri. Beg your Pardon!: Criminalisation of Poverty and the Human Right to Beg in *Lăcătuș v. Switzerland*. February 10, 2021 <https://strasbourgobservers.com/2021/02/10/beg-your-pardon-criminalisation-of-poverty-and-the-human-right-to-beg-in-lacatus-v-switzerland>

Розовский Б.Г.,
профессор, д.ю.н.,
заведующий кафедрой правоведения Восточноукраинского
национального университета имени В. Даля,
ведущий научный сотрудник
Государственного учреждения
«Институт экономико-правовых исследований имени В.К.
Мамутова Национальной академии наук Украины»

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА – ЭТО КОГДА СУДЯТ НЕ РОБОТА, А ЧЕЛОВЕКА, НАРУШИВШЕГО ЗАКОН

Учитывая ограниченный размер тезисов, поступлю необычно – начну с постановки задачи. Образно говоря, современное уголовное право – это управление лошадью, запряженной в исторически древнюю телегу, с помощью кнута. Эффективность близкая к нулю. Еще в давние времена больше всего краж кошельков совершалась у зевак на месте казни попавшегося вора. Я не смог получить данные отечественной статистики, но по отчетности ФСИН РФ в 2020 году впервые попал за решетку 144 861 человек, повторно — 81 756 россиян, а в третий и более раз — 149 527. Чтобы поднять действенность уголовного права надо пересечь если не на космическую ракету, то хотя бы на технически оснащенный автомобиль.

Уголовное право должно воссоединиться с криминологией, максимально привлечь на помощь психологию и медицинскую науку, стимулируя исследования человека как многостороннего биологического вида с его судьбой и характером. Начавшаяся эра IT-технологий открывает новые возможности для устройства общественных отношений, что требуется учитывать.

Необходимо внести уточнение в понятие вменяемости-невменяемости, оговорив существование у некоторых людей биологически обусловленного влечения к физической опасности и другим социальным отклонениям.

Теперь к сути. Философы во всех исследованиях трубят о том, что человечество вступило в фазу никогда ранее не ведомого интенсивного изменения окружающего его мира. Апогеем стало массовое появление неведомой ранее новации – роботов, которые во многих сферах, вплоть до секса, заменяют живого человека. Цели роботизации многоплановы. Выделю показательную в контексте дальнейшего изложения: пока искусственный разум находится в стадии разработки, в ряде технологий робот будет действовать по заранее спрогнозированным и заложенным программам, что позволит исключить человеческий фактор в сложных операциях.

Это в будущем. Но есть сфера общественных отношений, где уже тысячелетиями человек выступает в роли безукоризненного робота. И не один - два субъекта, сто или миллион, а подавляющая часть человечества. Это сфера государственного законодательного регулирования жизни и деятельности человека от рождения до смерти. Если вдуматься, *мы живем в мире, в какой-то части познанным, а больше выдуманном законодателем, заранее смоделировавшим все мыслимые и немыслимые ситуации для обычных людей, которых принято называть среднестатистическими.* Посмотрите непредвзято: государство извечно, не всегда логично пытается регулировать каждый шаг, каждый вздох человека, предписывая, что ему можно делать, и что нельзя, а если можно, то как, в каких

границах.

Реально мы живем в условиях верховенства не права, а закона, его диктатуры, рассчитанной в применении на не рассуждающих роботов. В проекте УК это выражено уже в самом определении преступления, которое предписывается свыше без достаточно аргументированного обоснования. Лишь потом предпринимается заведомо безуспешная попытка перечислить все мыслимые условия освобождения от ответственности. (В перечне, например, нет элементарного несчастного случая – человек поскользнулся и в падении травмировал внезапно пробежавшего мимо ребенка).

В действительности же редко какое правило не требует выявляемых в процессе его применения разного рода исключений. По большому счету прогресс – это результат преодоления множества запретов. Недаром говорят, что все великие открытия сделали хулиганы. Отсюда подавляющая часть разрабатываемых прогрессивных новаций первоначально нередко воспринимается как посягательство на правопорядок с активизацией мер уголовной ответственности. Данная констатация должна красной нитью проходить через Уголовный кодекс, чего в проекте не наблюдается. Не видно успехов в разработке математической модели Уголовного кодекса. [1.с.30 -46]

В основе правосудия должна быть судьба не робота, а человека, совершившего правонарушение со всеми его достоинствами и бедами. В Италии высший суд разрешил голодным красть еду. В 2011 году безработного Острякова приговорили к шести месяцам заключения и штрафу 100 евро за кражу двух кусков сыра и упаковки сосисок за четыре евро. Высший кассационный суд Италии отменил приговор и постановил, что кража продуктов для утоления голода не является преступлением. Не подлежит наказанию тот, кто, будучи движимым нуждой, крадет маленькое количество еды, чтобы удовлетворить жизненно важную потребность в пропитании, — говорится в постановлении суда. Решение Высшего кассационного суда является окончательным. Но это в Италии, не в Украине.

Моему коллеге, в прошлом судье, пришлось рассматривать дело о краже молодым отцом нескольких листов металла. Он вспоминал: «Семья испытывала вынужденные трудности. На вопрос о причине хищения виновный пояснил: «Я прихожу домой, а маленький сын спрашивает: «Папа, ты принес конфетку?». До сих пор помню, как он это произнес. Признаюсь, я сказал прокурору: «Забери дело на доследование, осудить этого человека не могу». Подобные жизненные ситуации отнюдь не единичны, но понимание их разработчиками УК не просматривается.

В уголовном праве при определении наказания оценивается внешнее поведение людей. Однако по мере прогресса науки появляется возможность распознавать биологическую природу проступков. Выявлены эксцессы, когда человек в здравом уме в полной мере не в состоянии должным образом управлять своим поведением. Так шведские биологи обнаружили в головном мозге группу нервных клеток, отвечающих за принятие человеком решения об употреблении алкоголя, даже в том случае, когда здравый смысл подсказывает ему, что этого делать не надо, но удержаться не может.

Столь же неоднозначна природа получающего распространение такого опасного неформального вида экстремального спорта, как риппинг, трейсерфинг, зацепинг - запрыгивание на движущийся состав, проезд снаружи поездов.

Известно многовековое влечение некоторых людей к физической опасности. Один из примеров – восхождение на вершины восьмитысячников. Только

на склонах Эвереста за годы его освоения расстались с жизнью более 10 тысяч человек. Если обратиться к истории, труднообъяснимое влечение к физической опасности было у Пушкина и Лермонтова, заговорщика Гумилева. Нет таких же биологических экстремалов среди тех, кого предают суду за совершение умышленных преступлений? Не они ли, как маньяки и педофилы, повторно совершают преступления почти сразу по выходу из колонии? Не приписываем ли мы им видимую цель совершения преступления вместо истинной биологической причины? Уголовное наказание для них бессмысленно, в зависимости от тяжести содеянного требуется применять меры социальной защиты. В перспективе это может быть вариант с принудительным чипированием.

Человек – самый уникальный и самый непознанный объект вселенной. В целях верховенства права уголовное право обязано преодолеть традиционную косность и переориентироваться на регулирование с учетом познаваемых его биологических и психологических особенностей. (Подробное изложение высказанного сделано в статье «Рваные» нормы уголовного кодекса», принятой к печати).

Список использованной литературы:

1. Розовский Б. Г. СИЗИФОВ ТРУД УГОЛОВНОГО ПРАВА . Актуальні проблеми права: теорія і практика No1 (41), 2021 <http://app.snu.edu.ua/index.php/actual-law/issue/view/8>

ЩОДО ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАК КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ В ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ

Проект Кримінального кодексу (далі – КК) України, розмішений на сайті <https://newcriminalcode.org.ua/criminal-code> (станом на 02.10.2021 року), у порівнянні з чинною редакцією КК 2001 р. містить положення, які вдосконалюють, розвивають положення чинного законодавства. Зокрема, варто позитивно оцінити спробу законодавчого закріплення принципів кримінального права (хоча їх перелік є недостатнім), поняття складу кримінального правопорушення, його елементів. Суттєве значення для підвищення рівня однозначності застосування закону про кримінальну відповідальність має законодавче роз'яснення окремих термінів. Також закріплено положення, які спрямовані на підтримання стабільності кримінального законодавства, що є особливо актуальним з урахуванням численних змін до КК 2001 р.; розширено перелік обставин, що виключають протиправність діяння.

Водночас зазначений проєкт КК містить низку положень, які, на нашу думку, є неприйнятними, суперечливими або принаймні недостатньо точними. Одним із таких положень, з яким не можна погодитися, є перехід до суто формального визначення поняття кримінального правопорушення. Ідеться про ч. 1 ст. 2.1.1 проєкту КК, згідно з якою «кримінальним правопорушенням є діяння, яке: а) є протиправним, тобто порушує норму приватного або публічного права, та б) відповідає складу кримінального правопорушення, передбаченому цим Кодексом». По-перше, у цій дефініції дублюється ознака протиправності кримінального правопорушення: спочатку в п. а) вживається сам термін «протиправність», а потім окремим п. б) зазначається відповідність кримінального правопорушення складу, передбаченому КК. Однак насправді КК закріплює вичерпний перелік діянь, які визнаються кримінальними правопорушеннями, саме через визначення елементів і ознак складів конкретних кримінальних правопорушень. І навпаки, якщо хоча б одна з ознак складу буде відсутньою, діяння не може визнаватися кримінально протиправним. У зв'язку з цим, вказівка на те, що кримінальне правопорушення «порушує норму приватного або публічного права», є зайвою; доцільніше було б, замість пропонованих п.п. а) і б) ч. 1 ст. 2.1.1 проєкту КК, визначити, що кримінальним правопорушенням є діяння, яке є протиправним, тобто відповідає складу кримінального правопорушення, передбаченому цим Кодексом.

До того ж, уже саме визначення кримінального правопорушення як діяння, що порушує норми «приватного або публічного права», є нелогічним, адже, як відомо, кримінальне право є галуззю публічного права і аж ніяк не приватного. Діяння навіть у випадках «подвійної протиправності» визнається кримінальним правопорушенням у зв'язку з тим, що воно закріплене в кримінальному законі як протиправне. Порушення норм інших галузей права (а серед них і галузей приватного права) саме собою не перетворює діяння на кримінальне правопорушення, і лише кримінальний закон, зокрема і шляхом закріплення бланкетних диспозицій, уможливорює оцінку діяння як кримінально протиправного.

По-друге, не можна підтримати відмову від матеріальної ознаки криміналь-

ного правопорушення (його суспільної небезпечності) у ч. 1 ст. 2.1.1 проекту КК. Суспільна небезпечність є невід'ємною об'єктивною ознакою будь-якого кримінального правопорушення, підґрунтям криміналізації та пеналізації, а соціально необґрунтоване встановлення кримінальної відповідальності призводить до зниження ефективності кримінального закону. Яскравим свідченням необхідності збереження формально-матеріального визначення поняття кримінального правопорушення є те, що навіть у пропонованому проекті КК, хоча й ігнорується термін «суспільна небезпечність», ідеться про малозначність діяння (ч. 2 ст. 2.1.1), встановлення розуміння того, що кримінальне правопорушення повинно заподіювати шкоду певного виду або створювати загрозу її заподіяння (ст.ст. 2.1.6–2.1.10), класифікацію кримінальних правопорушень за ступенем тяжкості з урахуванням заподіяної ними шкоди (ст. 2.1.11), пропорційність заходів кримінальної відповідальності ступеню тяжкості кримінального правопорушення (ч. 3 ст. 1.2.4 проекту КК) тощо. Урахування ступеня суспільної небезпечності, тобто тієї шкоди, яка була заподіяна або могла бути заподіяна особі, суспільству або державі, є важливим при кваліфікації кримінальних правопорушень, зокрема, при відмежуванні їх від поведінки, що не є кримінально протиправною (наприклад, від адміністративних правопорушень або правомірних діянь), при призначенні конкретного виду та розміру (строку) покарання тощо. У цілому виключення ознаки суспільної небезпечності кримінального правопорушення суперечить положенням науки кримінального права України, призводить до спрощеного, однобічного розуміння кримінального правопорушення, яке є не лише юридичним, а і суспільним явищем.

На наш погляд, формально-матеріальне визначення поняття кримінального правопорушення має переваги і над формальним, і над матеріальним. У ньому підкреслюється необхідність закріплення кримінального правопорушення в законі про кримінальну відповідальність, що виключає можливість його застосування за аналогією. Водночас у формально-матеріальному визначенні виявляється і соціальна природа кримінального правопорушення як діяння суспільно небезпечного. Суспільна небезпечність є і повинна бути предметом належної оцінки під час як правотворчої, так і правозастосовної діяльності. Урахування в КК певної шкоди, що була заподіяна або могла бути заподіяна кримінальними правопорушенням, фактично є у врахуванням суспільної небезпечності. Ніяких очевидних підстав вважати термін «суспільна небезпечність» застарілим і цілеспрямовано уникати його вживання в проекті КК немає.

У визначенні поняття кримінального правопорушення доцільно відобразити й таку його невід'ємну ознаку, як караність. Будь-яка стаття Особливої частини чинного КК, що закріплює те чи інше кримінальне правопорушення, містить санкцію як типовий правовий наслідок учинення кримінально протиправного діяння. І хоча проект КК відходить від цього традиційного підходу (що є досить сумнівним), закріплення покарань у прив'язці до тих чи інших кримінальних правопорушень (залежно від їх ступеня) у ньому залишається. Загроза застосування покарання та інших заходів кримінально-правового характеру є потужним інструментом стримування певної частини населення від учинення кримінальних правопорушень як одного з напрямів реалізації регулятивної функції кримінального права.

Таким чином, розгляд деяких суперечливих положень проекту КК дає підстави дійти висновку, що зазначений проект потребує суттєвого доопрацювання, має більшою мірою враховувати спадкоємність розвитку національного кримінального законодавства та здобутки науки кримінального права як останніх, так і попередніх часів, що не втратили своєї актуальності до сьогодні.

СКЛАДЕНІ СКЛАДИ ЗЛОЧИНІВ У ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ

Хоча уважне вивчення Концепції реформування кримінального законодавства України, підготовленої Робочою групою з питань розвитку кримінального права і опублікованої на сайті, присвяченому розробці нового Кримінального кодексу [1], про це не вказує, члени Робочої групи на різноманітних науково-практичних заходах, під час яких представлялися певні етапи цієї кодифікаційної роботи, неодноразово заявляли, що вони намагатимуться позбутися відомих доктрині кримінального права «складених складів злочинів» [2].

У зв'язку з цим, виникає питання, чи це, по-перше, можливо та, по-друге, чи потрібно?

Нагадаємо, що складений злочин – це вид одиничного ускладненого багатоб'єктного (поліоб'єктного) злочину, який об'єднує декілька внутрішньо пов'язаних між собою супідрядних умисних діянь, кожне з яких передбачене у кримінальному законі як окремий самостійний склад злочину [3, с.115-116].

Відповідаючи на питання, чи можливий сучасний Кримінальний кодекс без статей, які передбачають складені складі кримінальних правопорушень (злочинів), необхідно звернутися до опублікованого тексту проєкту КК України та проаналізувати, чи вдалося авторському колективі дотриматися проголошеної мети.

Наведемо перелік статей проєкту КК, які, на нашу думку, містять, або точніше – потенційно містять, складені складі злочинів: ст. 4.1.6 «Доведення до самогубства» (п. (г) систематично протиправно примушувала до дій, що суперечать її волі); ст. 4.1.7 «Доведення до спроби самогубства» (з тієї самої причини); ст. 4.3.6 «Неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником, що спричинило особливо тяжку шкоду (п. (а) смерть людини; п. (б) загибель плоду людини)»; ст. 4.7.3 «Домашнє насильство (що призвело до розладу здоров'я» (п. (б)) тощо.

Інакше кажучи, проєкт КК містить положення, які відображають якщо не «класичні» випадки складених складів злочинів, то інші, які без особливої складності можна «розкласти» на складові, які: а) спричинять шкоду самостійним об'єктам кримінально-правової охорони; б) передбачені хоча б ще однією статтею проєкту КК як самостійний злочин; в) органічно одне з одним пов'язані. Останній з наведених тут прикладів – домашнє насильство – стаття, яка відображає достатньо складне, структурне явище, що поєднує різноманітні форми поведінки, які утворюють його лише в сукупності. Не складно уявити собі прояви домашнього насильства, у якому поєднуються й економічне насильство, що призвело до погіршення якості життя потерпілої особи, і фізичне насильство, що спричинило розлад здоров'я та втрату працездатності, і психологічне (чому не психічне?) насильство, що спричинило емоційну залежність. При цьому фізичне насильство, що заподіяло розлад здоров'я, може охоплюватися ст. ст. 4.2.4 – 4.2.9 проєкту КК, а психічне насильство з відповідними наслідками – 4.4.1, 4.4.2., та 4.5.8 тощо. Отже, можуть виникнути випадки так званої конкуренції

частини і цілого – проблеми, яка характерна саме для існування в кримінальному праві складених складів злочинів.

Окремим є питання про інші види ускладнених складів кримінальних правопорушень, які не є складеними в прямому значенні терміна, але близькі за правовою природою: склади, у яких спосіб вчинення злочину є (або може бути) самостійним складом злочину. Серед таких посягань можна виокремити, наприклад, посягання, передбачені ст. 4.2.11 «Штучне переривання вагітності внаслідок примушування або обману (п. (а) шляхом насильства або погрози...)»; ст. 4.2.12 «Стерилізація особи внаслідок примушування або обману (п. (а) шляхом насильства чи погрози...)»; ст. 4.3.7 «Протиправне спонукання до надання згоди на вилучення анатомічних матеріалів людини (п. (б) шляхом насильства...)» та інші посягання.

Отже, опублікований текст проекту КК України не позбавлений положень, які або є нетиповими прикладами складених складів злочинів, або іншими видами ускладнених складів, що створюватимуть для практики правозастосування ті ж проблеми, які пов'язуються зараз з існуванням та особливостями конструювання саме складених складів злочинів. Таким чином, відповідь не перше поставлене тут запитання, чи можливий сучасний Кримінальний кодекс без статей, які передбачають складені склади кримінальних правопорушень (злочинів)? – Ні, не можливий.

Друге питання, чи потрібно уникати використання складних законотворчих формулювань, ускладнених юридичних конструкцій у тексті кримінального закону? Відповідь на нього, здається, лежить у площині балансів та адекватності. Намагання уникнути конструювання складеного складу кримінального правопорушення може призвести до достатньо незвичних законодавчих «рішень». Так, наприклад, наскільки можна зрозуміти авторів проекту КК з тексту закону, за звичною термінологією «захоплення заручників» потрібно буде кваліфікувати за сукупністю норм, передбачених ст. 4.5.4 «Протиправне позбавлення волі людини» та ст. 4.5.10 «Примушування як умова звільнення заручника». Тим самим відбувається «розкладення» складеного складу на складові. Однак при цьому треба враховувати той факт, що особа може вчинити поведінку, яка міститиме ознаки складу одного зі злочинів, і при цьому не охоплюватись родовим поняттям про суспільно небезпечне явище, що об'єктивується у, наприклад, наведених тут статтях. Так можна сконструювати випадок, коли особа погрожує (враховуючи невизначений зміст погрози у ст. 4.5.10.) якимись негативними для адресата наслідками, примушуючи його виконати вимогу терориста, який захопив, утримує заручника та висуває «основну» вимогу як умову його звільнення; і поведінка такої особи буде оцінюватись як злочин, передбачений 4.5.10., що, здається, не повною мірою відповідатиме природі вчиненого посягання.

Складні юридичні конструкції в праві покликані відображати особливості складних (проти-)правових явищ, які, безсумнівно, існують в реальній дійсності, і штучне спрощення, розроблення таких конструкцій на складові далеко не у всіх випадках буде здатне адекватно відобразити відповідне явище. На які складові можна розкласти таке комплексне та складне явище, як домашнє насильство в спробі збалансовано відобразити його в тексті КК України? Окрім того варто погодитись із І.О. Зінченко: «Наявність у КК складених злочинів свідчить не лише про різноманітність форм та прийомів законодавчої техніки, а й виступає наочним показником рівня розвитку кримінального законодавства, відповідності його потребам практики...» [3, с.102]. Тож для чого спеціально «спрощувати» рівень кримінально-правового регулювання за умови, якщо кримінальний закон не буде адекватно відображати явища, що у ньому відображаються?

Таким чином, приходимо до висновку про негативну відповідь і на друге поставлене тут запитання: уникати використання складних законодавчих конструкцій, які б відображали складні (проти-)правові явища у новому КК України, не потрібно.

Список використаних джерел:

1. Концепція реформування кримінального законодавства України. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2020/08/25/povnyj-tekst-kontseptsiyi-reformuvannya-kk-ukrayiny.pdf>
2. Див. виступ керівника Робочої групи проф. Ю.В. Бауліна на Львівському форумі кримінальної юстиції 16.09.2021 року, таймінг 1:43:20-1:43:38 URL: <https://www.youtube.com/watch?v=MmzplYA3nMQ>
3. Зінченко І.О., Тютюгін В.І. Одичинні злочини: поняття, види, класифікація. Харків: Видавництво «ФІНН», 2010. 256 с.

*Кулик О. Г.,
професор, д.ю.н.,
завідувач науково-дослідної лабораторії кримінологічних
досліджень та проблем запобігання злочинності,
Державного науково-дослідного інституту МВС України*

МЕТОДИЧНІ ЗАСАДИ РОЗРОБЛЕННЯ КРИМІНОЛОГІЧНОЇ КЛАСИФІКАЦІЇ ЗЛОЧИНІВ

Проблема класифікації злочинів завжди привертала увагу фахівців з наук кримінально-правового циклу. У сфері кримінального права вдалося досягти помітних успіхів у розробленні такої класифікації. Зокрема, класифікація злочинів за ступенем суспільної небезпечності (тяжкості) є загальновизнаною в теорії кримінального права, закріплена в ст. 12 Кримінального кодексу України і широко використовується в правоохоронній діяльності. З кримінологічною класифікацією злочинів ситуація дещо інша. Важливість розроблення такої класифікації визнається більшістю вчених, але особливих успіхів у вирішенні цієї проблеми досі немає.

Як справедливо зазначають автори, які розглядали цю проблему, певний час у підручниках з кримінології та монографічних роботах про неї взагалі не згадувалося. Надалі в підручниках з кримінології в рамках особливої частини, у монографіях та дисертаціях почали виділяти за різними критеріями окремі кримінологічні групи злочинів [1, с.55-56; 2, с. 374-375; 3, с. 9-10; 4, с. 91]. До того ж вибір критеріїв виділення ніяк не обґрунтовувався. Такий стан справ залишається незмінним до цього часу. Наприклад, у підручнику з кримінології підготовленому авторським колективом Національної академії внутрішніх справ 2020 р., виокремлені такі групи: злочини, що вчиняються неповнолітніми; насильницькі злочини; корисливі злочини; злочини у сфері господарської діяльності; екологічна злочинність; наркоманія та незаконний обіг наркотичних засобів; кіберзлочини; корупційні злочини; злочини в Збройних силах та інших військових формуваннях; організована злочинність; професійна злочинність; рецидивна злочинність; злочини в установах виконання покарань; злочини, які вчиняються з необережності [5, с. 258-599]. У підручнику, виданому цього ж року авторським колективом Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, додатково виділяються злочини проти миру і безпеки людства; терористичні злочини; тяжкі насильницькі злочини; злочини у сфері охорони інтелектуальної власності; загальнокримінальні злочини проти власності (частково співпадають з корисливими злочинами); домашнє насильство [6, с. 181-378].

Не заперечуючи практичної корисності виокремлення зазначених класифікаційних груп злочинів, необхідно зазначити, що воно здійснюється довільно, за різними ознаками (критеріями) і при цьому інші ознаки цих груп злочинів не враховуються, групи злочинів є дуже різними за обсягом та рівнем узагальнення; і, нарешті, зазначені класифікаційні групи не включають всі види злочинів. Зокрема, у таких переліках класифікаційних груп, зазвичай, не згадуються посягання проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина; проти громадської безпеки; проти безпеки виробництва; проти безпеки руху та експлуатації транспорту; проти правосуддя тощо.

Необхідно також зазначити, що в кримінології було дуже мало робіт, спеціально присвячених проблемі розроблення кримінологічної класифікації злочинів. Вона, за окремими винятками, не розглядалася в підручниках з кримінології

та монографічних дослідженнях. Усе обмежувалося стислим аналізом вказаної проблеми в окремих наукових статтях. Серед них варто виділити публікацію провідних російських кримінологів В.М. Кудрявцева та В.В. Лунеева «О кримінологической классификации преступлений» (2005 р.). У статті вперше запропоновано кримінологічну класифікацію злочинів, побудовану за єдиним критерієм, і таку, що охоплює всю сукупність вчинюваних злочинів. Як критерій класифікації автори обрали зміст мотиву злочинної поведінки - ознаку злочину, яка є найближчою до причин злочину, більшою мірою характеризує «взаємодію суб'єктивних причин та об'єктивних умов» його вчинення. При цьому було спеціально зазначено, що об'єкт, об'єктивна сторона та суб'єкт злочину таким критерієм бути не можуть. За змістом мотиву в роботі виділені такі класифікаційні групи злочинів: політичні, корисливі, насильницько-егоїстичні (агресивні), анархічні та легковажні (необережні) [1, с. 57-60]. Пізніше один з цих вчених відтворив наведену класифікацію в авторському підручнику з кримінології [5, с. 41-40].

Наведений варіант кримінологічної класифікації злочинів є цікавим і заслуговує на увагу, але визнати його вдалим, на наш погляд, не можна. По-перше, не зрозуміло, чому автори вважають, що критерій кримінологічної класифікації злочинів має бути близьким до їх причин. Адже причини злочину не входять до його ознак, хоча певні ознаки злочину можуть виражати його причини. По-друге, автори надто широко трактують поняття мотиву злочину. Мотив злочину є усвідомленою актуальною потребою, яку особа задовольняє шляхом вчинення злочину. Тобто це суб'єктивний стан особи, який спонукає її до вчинення злочину, але в ньому ніяк не виявляються об'єктивні умови його вчинення, характер діяння тощо. Імовірно, розуміючи недоліки мотиву як єдиного критерію кримінологічної класифікації злочинів, автори намагаються штучно розширити його зміст, відображаючи в формулюваннях видів мотивів об'єктивні ознаки злочинного діяння (політичні, насильницько-егоїстичні (агресивні), легковажні мотиви). По-третє, суттєвим недоліком мотиву як критерію кримінологічної класифікації злочинів є те, що за значною кількістю злочинів важко взагалі визначити мотив; при вчиненні ряду посягань має місце декілька мотивів (полімотивність), зміст мотивів часто по-різному розуміється як вченими, так і працівниками правоохоронних органів. І, по-четверте, цінність такої класифікації для практики протидії та запобігання злочинності є незначною, між тим, як правильно зазначає Л.М. Кривоченко, «класифікація злочинів викликана до життя потребами практики боротьби із злочинністю...» і «оцінка класифікації злочинів не може бути взагалі дана поза практикою боротьби зі злочинністю» [6, с. 17].

На нашу думку, для розроблення обґрунтованої кримінологічної класифікації злочинів необхідно правильно визначити її методичні засади. Перш за все, вибір критерію такої класифікації має здійснюватися на основі вивчення ознак злочинів, але не кримінально-правових ознак складу злочину (як це, до речі, відображено в роботі В.М. Кудрявцева та В.В. Лунеева), а на основі вивчення кримінологічних ознак злочину як соціального акту в усій їх повноті і різноманітті. Ця сукупність ознак є значно ширшою за кримінально-правові ознаки і утворює кримінологічну характеристику злочину. Як ключову ознаку – критерій кримінологічної класифікації злочинів, як ми вважаємо, треба обрати характер або образ діяння (час, місце, перелік дій, використані засоби, предмет або предмети посягання, ситуація його вчинення (наявність свідків, стан освітлення тощо), характер та розмір заподіяної шкоди тощо). Ми виходимо з того, що саме характер діяння розкриває соціальну сутність злочину, його вплив на суспільство, і саме з ним пов'язані і в ньому проявляються інші об'єктивні та суб'єктивні озна-

ки злочину.

Що стосується розроблення кримінологічної класифікації злочинів, то його доцільно здійснювати шляхом індукції, тобто аналізу кримінологічних ознак кожного злочину з репрезентативної вибірки, сформованої з усієї сукупності відомих злочинів, і поступового формування близьких за характером діяння та іншими ознаками класифікаційних груп злочинів. Треба зазначити, що такий підхід певною мірою давно реалізується на практиці шляхом виділення в якості об'єктів запобігання та протидії таких кримінологічних груп злочинів, як квартирні крадіжки, кишенькові крадіжки, злочини, учинені з використанням зброї та боеприпасів, злочини, пов'язані з домашнім насильством. Вважаємо, що, базуючись на цих методичних засадах, згодом кримінологам вдасться створити теоретично обґрунтовану, повну, корисну для правоохоронної практики кримінологічну класифікацію злочинів.

Список використаних джерел:

1. Кудрявцев В.Н., Лунеев В.В. О криминологической классификации преступлений // Государство и право. - 2005. - № 6. - С.54-66.
2. Эминов В.Е. Криминологическая классификация и характеристика преступлений// Lex russica (Русский закон). 2006. Т. 65. № 2. С. 374-377.
3. Новикова Ю.В. Классификации преступности (преступлений)//Вестник института: преступление, наказание, исправление. 2012. № 3 (19). С. 9-13.
4. Сметаніна Н.В. Наукові підходи до теорії злочинності у сучасній українській кримінології: монографія / Н. В. Сметаніна ; за заг. ред. В. В. Голіни. – Харків: Право, 2016. – 192 с.
5. Лунеев В.В. Курс мировой и российской криминологии. В 2 т. Т.ІІ. Особенная часть: учебник для вузов / В.В. Лунеев. – М.: Издательство Юрайт, 2013. – 872 с. Серия: Магистр.
6. Кривоченко Л.Н. Классификация преступлений. Харьков. Издательство при Харьковском государственном университете издательского объединения «Вища школа». 1983. 129 с.

*Мисливий В. А.,
професор, д.ю.н.,
професор кафедри інформаційного, господарського
та адміністративного права
Національного технічного університету України
«Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»*

ПРИЧИНОВИЙ ЗВ'ЯЗОК ЯК КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА КАТЕГОРІЯ В ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ

Відсутність усталеної доктрини законотворчої діяльності обумовлює існування не завжди збалансованого підходу щодо закріплення в кримінальному законодавстві його найбільш важливих категорій і, передусім, тих, що мають наскрізне кримінально-правове значення.

Парадоксально, що хоча кримінально-правова теорія і правозастосовна практика ніколи не обминає таку категорію, як «причинний зв'язок», кримінальне законодавство України не лише не містить його поняття, але й взагалі не вживає цього терміна. Натомість досі в нормах кримінального законодавства певним заміником цієї категорії слугують терміни «спричинення» і «заподіяння» як еквівалентні відображення об'єктивного зв'язку відповідних діянь з різними видами суспільно небезпечних наслідків, передбачених кримінальним законом (істотна шкода, загибель потерпілого, тяжкі наслідки, тілесні ушкодження, небезпека, забруднення та багато ін.).

Між тим, аналіз кримінальних проваджень показує, що поняття «причинний зв'язок» постійно використовується в кримінальному судочинстві як незамінна складова експертних досліджень та процесуальних рішень слідства і суду щодо з'ясування причинно-наслідкових зв'язків в кримінальних справах. У зв'язку з цим, неодмінно постає питання, чому така важлива ознака об'єктивної сторони складу кримінального посягання, яка характеризує детермінацію механізму злочинної поведінки, не знаходить свого закріплення в кримінальному законодавстві? Не вдаючись до поглибленого аналізу цього питання, відзначимо, що, на наше переконання, дана ситуація, насамперед, пов'язана переважно з філософською природою сутності причинного зв'язку, передбачення якого в законодавстві в якості правової категорії тривалий час не вважається доцільним. Певним підтвердженням цьому може бути відсутність згадки про причинний зв'язок у колишньому союзно-республіканському кримінальному законодавстві радянської доби і навіть пізніше у Модельному кримінальному кодексі країн СНД, яким для держав пострадянського простору пропонувалися загальні засади майбутнього кримінального законодавства [1].

Водночас відзначимо, що ідея передбачення в кримінальному законодавстві поняття причинного зв'язку пропонувалася, зокрема, у Альтернативному проєкті КК України (1994 р.), яка була сформульована в ст. 14 «Причинний зв'язок»: «Умисне каране діяння або діяння, вчинене з необережності, тягне за собою відповідальність лише у разі наявності причинного зв'язку між діянням і шкідливими наслідками, що настали» [2, с. 6]. Проте в остаточній редакції офі-

ційного проекту КК України 2001 року ця пропозиція залишилась без підтримки. Принагідно деякі вчені, піддаючи критиці цю пропозицію, зазначали, що таку світоглядну філософську категорію, як причиновий зв'язок не можна вкладати в «прокрустове ложе» кримінально-правової норми.

Натомість поняття причинового зв'язку на пострадянському просторі було в Кримінальному кодексі Грузії (1995 р.). Це єдиний КК на теренах бувшого СРСР, у якому передбачено вказану новелу. Так у ст. 8 «Причиновий зв'язок» КК Грузії сформульовані такі положення:

1. Якщо, згідно з відповідною статтею цього Кодексу, злочин тільки тоді вважається закінченим, коли діяння потягло протиправні наслідки або створило конкретну небезпеку настання таких наслідків, необхідно встановлення причинового зв'язку між цим діянням та наслідками або небезпекою;

2. Причиновий зв'язок існує тоді, коли діяння було необхідною умовою передбачених відповідною статтею цього Кодексу протиправних наслідків або конкретної небезпеки, без яких цього разу ці наслідки не були здійснені або така небезпека не виникла б;

3. Бездіяльність у цьому випадку буде вважатися необхідною умовою здійснення передбачених відповідною статтею цього Кодексу протиправних наслідків або створення конкретної небезпеки, коли на особу покладался спеціальний правовий обов'язок дії, особа мала можливість такої дії, і як результат обов'язкової і можливої дії наслідки були б відвернені [3].

Звичайно, що назва цієї статті налаштувала законодавця на формулювання самого поняття причинового зв'язку, але важливо вже те, що грузинський законодавець прямо визначив «необхідну умову» як сутнісну, атрибутивну його ознаку. Закріплення цього феномена в КК Грузії, можливо, є символічним тому, що одним із фундаторів розробки цієї проблеми була відома представниця грузинської школи кримінального права проф. Т.В. Церетелі, яка, зокрема, стверджувала, що для встановлення причинового зв'язку між діянням людини і суспільно небезпечним наслідком достатньо констатувати, що діяння людини було необхідною умовою його настання [4, с. 193]. Такий досвід подолання грузинським законодавцем значної розбіжності між наявними доктринами щодо причинового зв'язку і конкретною нормою закону може слугувати прикладом впровадження апробованих теоретичних положень у сучасне кримінальне законодавство.

Сьогодні проблема законодавчої регламентації причинового зв'язку залишається актуальною та обговорюється у зв'язку з розробкою нової моделі вітчизняного кримінального законодавства. У проекті КК України пропонується стаття 2.1.5 «Причиновий зв'язок» у такій редакції: «Причиновий зв'язок між діянням (дією чи бездіяльністю) та його наслідком, передбаченим в статті Загальної чи Особливої частин цього Кодексу, є ознакою складу кримінального правопорушення, якщо вчинене діяння:

- а) передувало у часі настанню цього наслідку,
- б) було необхідною його умовою і
- в) закономірно призвело до настання цього наслідку.

У плані дискусії з приводу вказаного визначення можуть виникати питання: *по-перше*, щодо передбачення необхідності тлумачення в проєкті КК наслідків з огляду не лише на їх фактичне, реальне настання, але й у випадках так званих деліктів створення небезпеки (можливо, у змісті відповідних категорій тезаурусу); *по-друге*, за наявності визначених у проєкті вказаної статті умов «а» («передувало у часі настанню цього наслідку») і «б» («було необхідною його умовою»), на наш погляд, бракує ще однієї важливої умови, яка характеризує закономірність, а саме – «достатньої умови». Адже, як видається, саме сукупність необхідності та достатності з огляду на математичну логіку (яку, до речі, автори проєкту часто використовують) найбільш чітко відповідає виразу «тоді і тільки тоді».

Проте, незважаючи на можливі дискусійні зауваження, пов'язані з цією новелою та її змістом, варто погодитися, що законодавче поняття причинного зв'язку є важливим, оскільки воно пропонує: 1) «легалізувати» в законі про кримінальну відповідальність поняття причинного зв'язку; 2) законодавчий кримінально-правовий понятійний інструментарій для використання цього теоретичного феномену в правозастосовній діяльності; 3) розкриття в законі про кримінальну відповідальність змісту такої складної категорії, як причинний зв'язок; 4) обов'язковість встановлення причинного зв'язку між діянням та наслідками; 5) поштовх для подальшого розвитку теорії причинного зв'язку в кримінальному праві тощо.

Така необхідність є втіленням правової визначеності кримінального законодавства як елементу принципу верховенства права, а також обумовлена теоретичними, науковими, практичними та освітніми потребами кримінального права.

Оскільки законодавець не дає сутнісного поняття причинного зв'язку, він перекладає цю проблему на того, хто застосовує кримінальне право, щоб він простежував цей зв'язок у кожному конкретному випадку, керуючись власними міркуваннями. Проте, який ланцюг причинно-наслідкових зв'язків буде використовувати дослідник (слідчий, прокурор суддя, адвокат й ін.) та чи буде в ньому обґрунтована кримінально-правова норма замість панівного фактору суб'єктивізму і свавілля, залежить від розробників проєкту та законодавця.

Список використаних джерел:

1. Модельный уголовный кодекс для государств – участников Содружества Независимых Государств : Рекомендательный законодательный акт. Принят Постановлением Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ. Санкт-Петербург 17 февраля 1996 г. URL: <https://www.icrc.org/ru/doc/assets/files/other/crim.pdf>.
2. Кримінальний кодекс України. Проект внесений Комісією Верховної Ради України з питань правопорядку та боротьби із злочинністю. К. : Українська правнича фундація. Вид-во «Право», 1994. 156 с.
3. Уголовный кодекс Грузии. URL: <https://matsne.gov.ge/ka/document/download/16426/143/ru/pdf>.
4. Церетели Т. В. Причинная связь в уголовном праве. М. : Госюриздат, 1963. 362 с.

МОРАЛЬНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ СУБ'ЄКТИВНОГО ЕЛЕМЕНТУ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВOPOPУШЕННЯ В ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ

Вина є не лише кримінально-правовим положенням. Вона також є загальноновизнаним міжнародно-правовим та конституційним принципом, що передбачає криміналізацію діянь особи лише за наявності в її діяннях вини. Формула даного принципу може виражатись як «nullum crimen, nulla poena sine culpa» («немає кримінального правопорушення, немає покарання без вини»). Отже, не може бути кримінальної відповідальності без вини, а вина, у свою чергу, є необхідною суб'єктивною передумовою кримінальної відповідальності й покарання. Принцип вини забезпечує межі необхідного і достатнього інкримінування особи наслідків, які виникли в результаті вчиненого нею кримінального правопорушення.

Принцип вини має самостійне етичне і конституційне походження, чим і зумовлене його особливе місце серед інших принципів кримінального права. При цьому існує думка про те, що вина являє собою більшою мірою філософсько-етичну категорію і саме вона пов'язує кримінальний закон з основними проблемами моральності. Зокрема, Г.В.Ф. Гегель у своїй кримінально-правовій теорії аналізував кримінальне право крізь призму категорій «вина» і «суб'єктивне ставлення особи до діяння». Також морально-етичне походження принципу акумулює зв'язок права і моралі, що є самостійними системами нормативного регулювання. Найчіткіше такий зв'язок виявляється в критеріях оцінки поведінки людини, її вчинків, оскільки більшість правових приписів виходять з уявлень про моральність. Зауважимо, що чим об'ємнішою і змістовнішою є моральна основа кримінального права, тим вищою є його ефективність.

При цьому треба зазначити, що проблема зв'язку моралі й права ґрунтовно досліджується вченими. Так, зокрема, питання права визначаються в органічному зв'язку з питаннями моралі та моральності в працях Г.В.Ф. Гегеля. Мораль, на думку вченого, вимагає, передусім, виконання права і лише після того, як воно буде вичерпано, мають набирати чинності норми моралі. Також звертав увагу на неможливість існування права без моралі І. Кант.

Мораль і право тісно взаємопов'язані, тому є підстави говорити про їх взаємопроникнення: ці дві регулюючі системи взаємообумовлюють, доповнюють і взаємозабезпечують одна одну в процесі регулювання суспільних відносин у різних галузях. Це пояснюється тим, що норми права (правові закони) ґрунтуються на принципах гуманізму, справедливості, рівності людей, тобто втілюють основні норми моралі, які сформувались у суспільстві протягом історичного розвитку. Право, активно впливаючи на мораль, сприяє більш глибокому її укоріненню в суспільстві, й водночас саме перебуває під впливом морального фактора і, завдяки цьому, постійно збагачується: розширюється його моралістична основа, підвищується авторитет, зростає його роль як регулятора суспільних відносин.

Право і мораль об'єднує також структура самих цих регулятивних інститу-

тив. Нормативна структура – одна з найважливіших ознак правової та моральної системи, тому розгляд соціальної природи нормативності сприятиме розкриттю як загальних ознак права і моралі, так і специфіки соціальних регуляторів. Окрім того, право і мораль мають також загальне функціональне значення, оскільки формують еталони і стандарти поведінки, які складають ціннісно-нормативний орієнтир.

Право впливає на розвиток моралі не менше, ніж мораль на розвиток права. Для стримування певних негативних проявів людських якостей, тільки внутрішніх моралістичних мотивів недостатньо – потрібне застосування закону стримуючої сили. Саме право встановлює чіткий порядок відносин у суспільстві, чим створюється підґрунтя для розвитку моральних відносин. Окрім того, право справляє і виховний вплив, оскільки стримує свавілля, прояви емоційно-вольової сфери людини. Тому саме право в поєднанні з мораллю здатне протидіяти прояву комплексу сваволі та ілюзій, властивих окремим індивідам. Про цей комплекс як про одну з причин кримінально протиправної поведінки неодноразово зазначав у своїх працях О.М. Костенко [1, с. 152].

Що стосується виключно кримінально-правової сфери, то в кримінальному праві категорія вини, яка пов'язує в єдине ціле уявлення про основи, межі та мету кримінальної відповідальності, є необхідною ланкою в системі соціального контролю, слугує найважливішою загальнофілософською передумовою обґрунтування необхідності і меж регулятивного впливу кримінального права на суспільне життя. Основою процесу правотворчості є регулювання мораллю та правом однотипних суспільних відносин. При цьому, на думку Н.Ф. Кузнецової, для моральної норми однаково важливими є і об'єктивна, і суб'єктивна сторони вчинку людини, що є характерним також для норми кримінального права (без вини немає кримінального правопорушення) [2, с. 21].

Морально-етичний аспект принципу вини пов'язаний також з колективним характером життєдіяльності людей, взаємодією особи з суспільством. Однак не лише особа вступає в певні відносини із суспільством, підпорядковуючись загальноприйнятим морально-етичним установкам, – існує ще один соціально-правовий зв'язок важливий для розуміння принципу вини: це зв'язок суспільства і держави, який підпорядковується ідеї відображення інтересів суспільства у діяльності держави, зокрема правотворчій [3, с. 43].

Саме морально-етичним і комунікативно-правовим критеріями обумовлюється виокремлення принципу вини в кримінальному праві. Об'єктивну потребу визначення вини як принципу кримінально-правового регулювання обумовлено щонайменше трьома її факторами: 1) вина – це гуманний редут проти свавільного переслідування будь-яких суб'єктів суспільно небезпечної поведінки, зокрема й такої, що виправдовується громадською мораллю; 2) вина – це обов'язкова умова досягнення правових цілей (про планування і вольове здійснення наміру, про справедливість покарання у зв'язку із цим, про виправлення і обов'язок тощо); 3) вина – це додатковий критерій індивідуалізації кримінальної відповідальності. Походження вини як окремого принципу кримінального права пов'язане зі значним посиленням фактора соціалізації галузі права, у межах якої проводиться дослідження, наближення базових установок кримінально-правового регулювання до морально-етичних цінностей суспільства і правової держави.

Саме врахування морально-етичних аспектів вини в процесі правотворчості дає поштовх до розвитку кримінально-правової науки, дозволяє вивести її на новий рівень, що відповідає гуманізації та соціалізації відносин у сучасному суспільстві, а характер відповідальності за наявності вини став аксіоматичним

принципом будь-якого прогресивного законодавства.

Отже, вина має морально-етичне походження, що полягає у встановленні зв'язку між нормами моралі та кримінального законодавства як самостійних систем регулювання сфер суспільного життя в частині забезпечення правопорядку. Психологічний зміст кожного кримінального правопорушення тісно пов'язаний із зовнішнім його вираженням, що виявляється в такому: особа, яка має всі ознаки суб'єкта кримінального правопорушення, у кожному кримінальному правопорушенні виявляє своє особисте ставлення до зовнішнього світу, суспільства і до окремої особи. Кримінальне правопорушення як конкретний акт поведінки людини є психофізичною єдністю, у якому зовнішні прояви поведінки і зміни, що були ним викликані, в об'єктивній дійсності нерозривно пов'язані з внутрішньою стороною, якою є ті психічні процеси, що породжують, спрямовують і регулюють поведінку людини. Тому при кваліфікації кримінального правопорушення необхідно встановлювати вказаний зв'язок з метою уникнення об'єктивного інкримінування.

Список використаних джерел:

1. Костенко О. М. Культура і закон – у протидії злу: монографія. Київ: Атіка, 2008. 352 с.
2. Кузнецова Н. Ф. Сравнительный анализ института преступления по уголовным кодексам стран СНГ и Балтии. Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2003. № 3. С. 19–35.
3. Крестовська Н. М., Матвеева Л. Г. Теорія держави і права: елементарний курс. 2 вид. Харків: Одіссея, 2008. 432 с.

ВІДПОВІДНІСТЬ НОРМ ПРО НЕЗАКІНЧЕНЕ КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВОПОРУШЕННЯ ТА ПРО ДОБРОВІЛЬНУ ВІДМОВУ ПРИ НЕЗАКІНЧЕНОМУ ЗЛОЧИНІ ЗАСАДАМ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА

1. На відміну від чинного КК, у проекті нового кримінального кодексу (надалі – проект), який був підготовлений Робочою групою з питань розвитку кримінального права в межах роботи Комісії з питань правової реформи, створеної відповідно до Указу Президента України від 7 серпня 2019 р. № 584/2019, передбачена вказівка на засади верховенства права.

Згідно з п. 41 Доповіді № 512/2009 «Верховенство права», схваленої Венеційською Комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 року), одним з обов'язкових елементів поняття «верховенство права» є юридична визначеність [1, с. 177]. У проекті юридична визначеність належить до принципів Кримінального кодексу. Так у ст. 1.2.2 проекту передбачено: «Положення цього Кодексу мають відповідати вимогам достатньої чіткості, зрозумілості та передбачуваності, щоб давати особі можливість заздалегідь знати, які діяння є кримінальними правопорушеннями та які кримінально-правові засоби передбачені за їх вчинення». Порівняння змісту цієї норми з положеннями п. 44–47 Доповіді № 512/2009 «Верховенство права» [1, с. 178–179] дозволяє зробити висновок, що у ст. 1.2.2 проекту юридична визначеність розуміється в тому ж значенні, яке їй надається як елементу поняття «верховенство права», з тією відмінністю, що у останньому випадку йдеться про більш широке значення.

У зв'язку з цим, виникає необхідність дослідити питання про відповідність передбачених проектом норм про незакінчене кримінальне правопорушення та про добровільну відмову при незакінченому злочині юридичній визначеності як елементу верховенства права.

2. У ч. 1 ст. 1.1.1 проекту вказано, що Кримінальний кодекс України є єдиним законом України, який на засадах верховенства права регулює суспільні відносини між державою, потерпілими особами та особами, які вчиняють передбачені цим Кодексом діяння. При цьому таке регулювання суспільних відносин можливе шляхом встановлення: а) вичерпного переліку видів та ознак кримінальних правопорушень – злочинів і кримінальних проступків; б) видів і розмірів кримінально-правових засобів; в) підстав та умов, за яких ці засоби застосовуються або не застосовуються. З цього переліку випливає, що верховенством права, зокрема, повинен керуватися і законодавець, приймаючи кримінально-правові закони. Вказані три шляхи певною мірою обмежують напрямки регулювання суспільних відносин, адже досліджуваний перелік шляхів у ч. 1 ст. 1.1.1 проекту має вичерпний характер. У зв'язку з цим, виникає питання: який з шляхів повинен використати законодавець при визначенні в КК норм про добровільну відмову? Так у ч. 1 ст. 2.4.4 проекту передбачені ознаки добровільної відмови при незакінченому злочині, а в ч.ч. 3, 4 ст. 2.4.5 проекту зазначені ознаки добровільної відмови організатора, підбурювача та пособника. У цих нормах описані ознаки діянь, а не правових наслідків, тому не можна говорити, що

йдеться про шляхи встановлення видів і розмірів кримінально-правових засобів або підстав та умов, за яких ці засоби застосовуються або не застосовуються. Утім, і перший шлях (встановлення вичерпного переліку видів та ознак кримінальних правопорушень – злочинів і кримінальних проступків) також не підходить, адже акт добровільної відмови не належить до злочинів і кримінальних проступків.

Можна припустити, що в проекті йдеться про те, що норми про добровільну відмову є реалізацією встановлення підстав та умов, за яких кримінально-правові засоби не застосовуються (п. «в» ч. 1 ст. 1.1.1 проекту). За такої логіки, далі слід визнати, що в цьому ж п. «в» ч. 1 ст. 1.1.1 проекту йдеться і про встановлення вичерпного переліку видів та ознак кримінальних правопорушень – злочинів і кримінальних проступків як підстав та умов, за яких кримінально-правові засоби застосовуються (це впливає з тексту п. «в» ч. 1 ст. 1.1.1 проекту), але ж на ці випадки спеціально вказано у п. «а» ч. 1 ст. 1.1.1 проекту. Відповідно до правил нормотворчої техніки, дублювання норм не повинно існувати, отже, у п. «а» та п. «в» ч. 1 ст. 1.1.1 проекту передбачені різні випадки. Таким чином, п. «в» ч. 1 ст. 1.1.1 проекту не розрахований на визначення переліку видів та ознак діянь. Такі характеристики щодо переліку видів та ознак кримінальних правопорушень передбачені п. «а» ч. 1 ст. 1.1.1 проекту, а от перелік видів та ознаки діянь, що не є кримінальними правопорушеннями, у ч. 1 ст. 1.1.1 проекту не враховано.

Можливо, вказані вище норми про добровільну відмову є реалізацією передбачених ч. 1 ст. 1.1.1 проекту способів регулювання суспільних відносин, на які розрахований КК. Усунення вказаної недоречності можливе шляхом уточнення переліку, сформульованого у ч. 1 ст. 1.1.1 проекту.

3. Одним з проявів принципу юридичної визначеності, що передбачений ст. 1.2.2 проекту, є використання чіткої та зрозумілої термінології в КК. Вимоги щодо норм готування до кримінального правопорушення та про замах на кримінальне правопорушення не завжди виконуються. Так, відповідно до ч. 3 ст. 2.4.1 проекту, готування до кримінального правопорушення та замах на кримінальне правопорушення є видами незакінченого кримінального правопорушення. Водночас у ч. 1 ст. 2.8.3 «Обґрунтування кваліфікації» проекту готування до кримінального правопорушення та замах на кримінальне правопорушення названі стадіями. Про недопустимість ототожнення видів незакінченого кримінального правопорушення з стадіями вчинення кримінального правопорушення (злочину) у науковій літературі висловлювалися вже неодноразово [детальніше див.: 2]. Таким чином, дотримання у КК єдиної термінології вимагає вибору між видами незакінченого кримінального правопорушення та стадіями вчинення кримінального правопорушення (злочину). На користь певного вибору між цими поняттями можуть використовуватися аргументи різного характеру. Не вдаючись до конкретних рекомендацій, адже формат цієї публікації не передбачає можливості всебічного розгляду такої проблематики, пропонуємо у проекті усунути вказану термінологічну подвійність.

4. Достатньої чіткості, зрозумілості та передбачуваності змісту юридичної визначеності можна досягти і шляхом використання єдиних підходів щодо визначення понять, що передбачені КК. У зв'язку з цим, звертають на себе увагу дефінітивні норми розділу 2.4 «Незакінчене кримінальне правопорушення» проекту.

У ст. 2.4.1 проекту відразу передбачені два визначення поняття незакінченого кримінального правопорушення. У ч. 1 цієї статті вказано: «Незакінченим є кримінальне правопорушення, яке не містить усіх ознак об'єкта або об'єктивної сторони закінченого складу кримінального правопорушення, передбачених

частинами 1 та 2 статті 2.1.2 цього Кодексу». Також у ч. 3 цієї статті передбачено: «Незакінченим кримінальним правопорушенням є готування до кримінального правопорушення та замах на кримінальне правопорушення». По формі надання інформації йдеться про дві дефініції, перша з яких визначає поняття через перелік його суттєвих ознак, а друга – шляхом переліку його видів. Наявність двох вказаних визначень є зайвим, тому варто залишити лише одне з них. Загально-визнаним є висновок про перевагу першого типу визначення, яке окреслює суттєві ознаки поняття. У зв'язку з цим, у проєкті доопрацюванню підлягає норма, що передбачена ч. 3 ст. 2.4.1 проєкту. Зрозуміло, що в ній йдеться про види незакінченого кримінального правопорушення. Це впливає з самої назви ст. 2.4.1 «Поняття і види незакінченого кримінального правопорушення» проєкту.

На підставі зазначеного ч. 3 ст. 2.4.1 проєкту пропонується викласти так: «Видами незакінченого кримінального правопорушення є готування до кримінального правопорушення та замах на кримінальне правопорушення».

У розділі 2.4 «Незакінчене кримінальне правопорушення» проєкту зустрічаються дві мовні конструкції дефінітивних норм. Прикладом першої конструкції є визначення, що передбачене ч. 1 ст. 2.4.2 проєкту: «Готування до кримінального правопорушення вчинила особа, яка ...». Тут описується, насамперед, поведінка особи, аналіз якої і дозволяє встановити суттєві ознаки поняття. Друга мовна конструкція є більш звичною та передбачає пряму вказівку на ознаки поняття. Наприклад, у ч. 1 ст. 2.4.1 проєкту передбачено: «Незакінченим є кримінальне правопорушення, яке ...».

Зрозуміло, що друга мовна конструкція має перевагу, адже є більш простою. Вона не потребує для встановлення ознак поняття додаткового аналізу, пов'язаного з використанням вказівки на особу. Ці ознаки прямо зазначені в дефініції другого типу. Зважаючи на це, пропонується всі визначення розділу 2.4 «Незакінчене кримінальне правопорушення» проєкту сформулювати за допомогою другої мовної конструкції. Саме так побудовані, зокрема, поняття готування до кримінального правопорушення та замаху на кримінальне правопорушення в ч. 1 ст. 14 та ч. 1 ст. 15 чинного КК. Такий підхід є традиційним, не викликав заперечень науковців та практиків.

Список використаних джерел:

1. Доповідь № 512/2009 «Верховенство права», схвалена Венеційською Комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 року). Переклад на українську мову С. Головатого. Право України. 2011. № 10. С. 168–184.
2. Гродецький Ю. В. Шляхи вдосконалення норм про стадії вчинення злочину та про добровільну відмову. Вісник Асоціації кримінального права України: електрон. наук. вид. / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, Громад. орг. «Всеукр. асоц. кримін. права». Харків, 2020. Вип. 2 (14). С. 1–13. URL: <https://doi.org/10.21564/2311-9640.2020.14.219153> (дата звернення: 20.09.2021).

ФОРМИ СПІВУЧАСТІ В ПРОЄКТІ НОВОГО КК УКРАЇНИ

За дев'ятнадцять років чинності Кримінальний кодекс України (далі – КК) зазнав суттєвих змін, прийняття яких обґрунтовувалося необхідністю його удосконалення. Однак насправді частина таких змін суттєво ускладнила застосування кримінально-правових норм, зокрема призвела до виникнення дублюючих норм, невинуватих конкурентів, втрати окремих кримінально-правових інструментів впливу на осіб, які вчиняють суспільно небезпечні діяння. Окремі положення КК протягом усього періоду його чинності залишалися «мертвими» нормами. Правозастосовна діяльність яскраво продемонструвала й інші суттєві його вади, усунення яких, очевидно, можливе лише за умов комплексного реформування кримінального законодавства.

З огляду на зазначене, цілком очікуваним кроком Президента України було створення робочої групи з питань розвитку кримінального права (Указ Президента України № 584/2019 від 7 серпня 2019 р. «Питання Комісії з питань правової реформи»), перед якою поставлено завдання реформувати кримінальне законодавство України.

Нині вже є перші результати роботи – проєкт нового КК (далі – проєкт), а точніше проєкт окремих норм та інститутів станом на 25 серпня 2021 року[1], важливе місце серед яких відводиться формам співучасті.

Аналіз положень проєкту, що стосуються форм співучасті, свідчить про наявність окремих дискусійних моментів, що виникли в результаті конструюванні нових кримінально-правових норм.

1. Скільки форм співучасті закріплено в проєкті?

У ч. 1 ст. 2.5.4 проєкту формами співучасті визнано вчинення кримінального правопорушення в складі:

- а) простої групи;
- б) організованої групи.

Аналіз цього законодавчого положення, на перший погляд, свідчить про те, що в новому КК України пропонується лише дві форми співучасті. Однак чи так це насправді?

По-перше, видом організованої групи визнається злочинна організація (ч. 4 ст. 2.5.4 проєкту). З огляду на те, що злочинній організації властиві інші ознаки, ніж організованій групі, виникає закономірне питання: чи не є злочинна організація самостійною формою співучасті?

По-друге, у ч. 1 ст. 5.2.1 проєкту зазначається про терористичну групу, яка за своєю природою нагадує різновид простої групи, хоча ніяких застережень (подібних тим, що містяться в ч. 4 ст. 2.5.4 проєкту, відповідно до яких злочинна організація – різновид організованої групи) з цього приводу в проєкті немає. Суттєва відмінність простої групи від терористичної в тому, що співучасники останньої об'єднуються для вчинення злочинів, передбачених розділом 5.2 «Злочини проти безпеки суспільства від тероризму». Відтак терористична група спе-

ціалізується на цих злочинах, а проста група – на будь-яких інших або на усіх кримінальних правопорушеннях.

З огляду на зазначене, зрозуміло, що в проекті закріплено дві загальні форми співучасті – проста група, організована група та дві особливі – злочинна організація і терористична група.

2. Злочинна організація – різновид організованої групи та інші злочинні об'єднання.

У зв'язку з визнанням злочинної організації видом організованої групи (ч. 4 ст. 2.5.4. проекту), очевидно, що всі правила щодо організованої групи будуть поширюватися на злочинну організацію. Це стосуватиметься, наприклад, ознак складу злочину, які підвищують тяжкість злочину на два ступені (ст. 2.1.15 проекту), кримінальної відповідальності за злочин, учинений у складі організованої групи (ст. 2.5.5 проекту), ексцесу співучасника (ст. 2.5.6 проекту), виконання спеціального завдання із запобігання чи розкриття злочинів організованої групи (ст. 2.7.12 проекту). Однак чи не створить це певні проблеми?

Поширення на учасників злочинної організації положень, передбачених ст. 2.5.5 проекту (кримінальна відповідальність за злочин, вчинений у складі організованої групи), абсолютно виправдано хоча б з огляду на те, що злочинна організація, за загальним правилом, більш небезпечне злочинне об'єднання, ніж організована група. Логічним є поширення положень щодо організованої групи і на правила щодо ексцесу співучасника (ст. 2.5.6 проекту) та виконання спеціального завдання із запобігання чи розкриття злочинів організованої групи (ст. 2.7.12 проекту).

Однак як бути з іншими положеннями, зокрема правилами кваліфікації таких злочинів. З огляду на те, що створення злочинної організації та участь в ній визнається самостійним складом злочину, а тотожні дії щодо організованої групи – ні, кваліфікація дій учасників цих організованих злочинних об'єднань має бути різною. Очевидно, що не можна вчинення злочину злочинною організацією відносити до ознак складу злочину, які підвищують тяжкість злочину на два ступені (ст. 2.1.15 проекту). Адже більший ступінь суспільної небезпеки щодо злочинної організації вже враховано в окремому складі злочину – стаття 5.1.1 «Створення злочинної організації або участь у ній чи її діяльності». Якщо ж враховувати це двічі, то, імовірно, буде мати місце порушення принципу *non bis in idem*.

Окрім того, особа, яка створила організовану групу, повинна визнаватися організатором відповідно до ч. 3 ст. 2.5.2 проекту. Однак як бути з особою, яка створила злочинну організацію (ст. 5.5.1 проекту)? Її дії в такому випадку підпадають під функції організатора і виконавця одночасно [3, с. 108-109].

Вихід вбачається в тому, щоб визнати злочинну організацію самостійною формою співучасті, а не різновидом організованої групи, і в кожній статті, де повинна фігурувати злочинна організація, зазначити про це. Наприклад, у ст. 5.1.1 проекту йдеться лише про злочинну організацію, натомість у ст. 2.7.12 проекту варто конкретизувати, що виконання спеціального завдання із запобігання чи розкриття злочинів стосується як організованої групи, так і злочинної організації, а можливо, й інших злочинних об'єднань, наприклад, терористичних.

Самостійною формою співучасті треба визнати й терористичну групу. До речі, автори проекту забули про організовану терористичну групу та терористичну організацію. Якими ж можуть бути варіанти її запровадження в проекті? Імовірно, це можуть бути окремі склади злочину на кшталт того, що міститься в

ст. 5.2.5 проєкту. Або ж у цій статті варто передбачити положення про те, що вчинення злочину, організованою терористичною групою, підвищуватиме ступінь тяжкості злочину, передбаченого ст. 5.2.5 на один ступінь, а терористичною організацією – на два ступені.

Не можна залишити поза увагою питання, де варто закріпити визначення форм співучасті – у Загальній чи Особливій частині КК? Імовірно, найбільш логічно це зробити в Загальній частині в межах ст. 2.5.4 проєкту або ж принаймні в цій статті зробити примітку про те, що є й інші форми співучасті, окрім простої та організованої групи.

3. Диференціація форм співучасті видається необґрунтованою. Насамперед, гостро дискусійним вважаю встановлення такої ознаки злочинної організації, як *«протягом невизначеного часу здатна протидіяти зовнішнім і внутрішнім загрозам її існування»* (п. в ч. 4 ст. 2.5.4 проєкту). Підтвердженням такої здатності, очевидно, має бути факт функціонування злочинного об'єднання, незважаючи на зусилля правоохоронних органів щодо припинення його діяльності та притягнення винних до кримінальної відповідальності або незважаючи на намагання окремих членів вийти з нього. Припинення ж діяльності злочинного об'єднання правоохоронцями свідчатиме про те, що вони не здатні протидіяти зовнішнім і внутрішнім загрозам свого існування.

Невизначеність часу, імовірно, допускає, що це може бути як дуже короткий часовий проміжок, так і дуже довгий. Водночас за наявності короткого часового проміжку в такій ознаці відпадає необхідність, оскільки вона характеризуватиме всі форми співучасті. З іншого боку, якщо учасники злочинного об'єднання нададуть покази того, що вони мали на меті «попрацювати» пів року і припинити свою діяльність або ще якимось чином уточнять термін, на який вони планують об'єднатися (наприклад, зазначатимуть, що мають на меті вчинення лише трьох злочинів), то їх неможливо буде визнати членами злочинної організації [3, с. 109].

Встановлення тривалого проміжку часу було б більш логічним кроком. Однак тривалість є оцінною категорією, що зумовить труднощі її застосування на практиці. За таких обставин як варіант можна було б повернутися до стійкості, яку пропоную констатувати в трьох випадках: 1) за наявності змови учасників злочинного об'єднання щодо вчинення двох і більше злочинів (потенційна стійкість); 2) за наявності фактів вчинення ними двох чи більше злочинів (реальна стійкість); 3) за наявності факту вчинення учасниками злочинного об'єднання одного злочину та мети на подальше вчинення одного чи більше злочинів (реальна стійкість). Зазначені злочини повинні вчинятися у відносно постійному складі [4, с. 5].

Важливими орієнтирами в конструюванні норм про форми співучасті, очевидно, мають бути положення Рамкового рішення Ради ЄС про боротьбу з організованою злочинністю від 24 жовтня 2008 р. та Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності від 15 листопада 2000 р., а також висновок про те, що у цих міжнародних нормативно-правових актах ідеться про одне й те саме злочинне об'єднання (з однаковими параметрами), які, однак, позначено різними термінами: «організована група» (в конвенції) та «злочинна організація» (в рішенні) [5].

Список використаних джерел:

1. Контрольний текст проєкту нового КК України (станом на 25.07.2021). <https://newcriminalcode.org.ua/criminal-code>.

2. Дудоров О.О., Письменський Є. О. Комплексне реформування кримінального законодавства України. Перший вагомий крок зроблено. Юридичний вісник України. № 47 (1324). С. 12–13.

3. Вознюк А. А. Інститут співучасті в кримінальному правопорушенні в проєкті нового Кримінального кодексу України. Проблеми впровадження нового Кримінального кодексу в правову систему України : матеріали міжнар. наук. конф. (м. Харків, 7 квіт. 2021 р.) / редкол.: Ю. В. Баулін, Ю. А. Пономаренко, І. А. Вишнеvsька. Харків : Право, 2021. С. 107–111.

4. Вознюк А. А. Теоретичні та практичні проблеми кримінальної відповідальності за створення злочинних об'єднань та участь у них як посягання на громадську безпеку : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2018. 38 с.

5. Vozniuk A., Dudorov O., Tytko A., Movchan R. Implementation of UN and EU recommendations on criminalization of organized crimes. Amazonia Investiga. 2020. Vol. 9, Issue 28 April. P. 234–240. <https://doi.org/10.34069/AI/2020.28.04.26>

ЮРИДИЧНА ВИЗНАЧЕНІСТЬ НЕВДАЛОЇ СПІВУЧАСТІ В ПРОЄКТІ НОВОГО КК УКРАЇНИ

У доповіді «Верховенство права», схваленій Венеційською Комісією (Комісією «За демократію через право») на 86-му пленарному засіданні (25 –26 березня 2011 р.), одним з обов'язкових елементів поняття «верховенство права» названо юридичну визначеність. Юридична визначеність вимагає, щоб юридичні норми були чіткими і точними та спрямованими на забезпечення того, щоб ситуації та правовідносини залишалися передбачуваними (параграф 46 доповіді). Такий зміст має юридична визначеність і у ст. 1.2.2 проєкту нового КК (далі – проєкт), згідно з якою, положення КК повинні відповідати вимогам достатньої чіткості, зрозумілості та передбачуваності, щоб давати особі можливість заздалегідь знати, які діяння є кримінальними правопорушеннями та які кримінально-правові засоби передбачені за їх вчинення.

У ч. 1 ст. 2.4.2 проєкту в переліку діянь, які утворюють готування до кримінального правопорушення, є залучення співучасника та вступ у змову на вчинення кримінального правопорушення. Частина 2 цієї статті присвячена випадкам співучасті, що не відбулася (є невдалою). Ними визнаються два:

а) неспроможність співучасника виконати дії, обумовлені змовою, або
б) відмова співучасника від участі в кримінальному правопорушенні до початку виконання об'єктивної сторони кримінального правопорушення. Буквальне тлумачення цих положень є підґрунтям для формулювання таких висновків:

1) співучасть відбулася (є вдалою), якщо співучаснику вдалося успішно виконати свою роль у спільно вчиненому кримінальному правопорушенні;

2) неспроможність пособника своєю бездіяльністю усунути перешкоду для вчинення кримінального правопорушення не охоплюється п. а) ч. 2 ст. 2.4.2 проєкту, бо в ньому йдеться лише про неспроможність виконати дії; 3) успішно виконана роль до початку виконання об'єктивної сторони кримінального правопорушення не робить співучасть такою, що відбулася (вдалою), тобто, незважаючи на виконані організатором, підбурювачем або пособником діяння, їх не можна визнати такими до моменту початку вчинення діяння виконавцем; 4) співучасть є вдалою з моменту початку вчинення виконавцем діяння, що утворює об'єктивну сторону кримінального правопорушення. Проте аналіз ст. 2.4.5 проєкту, що присвячена добровільній відмові при незакінченому злочині, вчиненому у співучасті, свідчить про наявність вдалої співучасті на стадії готування. Окрім того, про готування до кримінального правопорушення у співучасті йдеться в п. г) ч. 1 ст. 2.8.10 проєкту, яка присвячена кваліфікації кримінального правопорушення, вчиненого у співучасті.

Таким чином, успішно виконана роль на стадії готування до кримінального правопорушення свідчить про вдалу співучасть і отримує кримінально-правову оцінку як готування до кримінального правопорушення у співучасті. Тоді як, згідно з п. б) ч. 2 ст. 2.4.2 проєкту, відмова співучасника від участі в криміналь-

ному правопорушенні до початку виконання об'єктивної сторони кримінального правопорушення становить невдалу співучасть і є готуванням до кримінального правопорушення. Отже, є підстави порушувати питання про невідповідність п. б) ч. 2 ст. 2.4.2 проекту вимогам достатньої чіткості, зрозумілості та передбачуваності.

Для правильного вирішення питання про випадки невдалої співучасті необхідно визначити момент, з якого суб'єкт кримінального правопорушення визнається співучасником – виконавцем, організатором, підбурювачем або пособником. Зрозуміло, що таким моментом є успішне виконання співучасником своєї ролі. Таку ж позицію поділяють і розробники проекту, про що свідчать положення п. а) ч. 2 ст. 4.2.2. Проте організатор, підбурювач та пособник можуть виконувати свою роль як на стадії готування до кримінального правопорушення, так і на стадії замаху на кримінальне правопорушення, тоді як виконавець, чие діяння є початком стадії замаху, на стадії готування лише вступає в змову. Отже, суб'єкт кримінального правопорушення визнається виконавцем на стадії готування з моменту вступу в змову. Про наявність виконавця на стадії готування йдеться у ст. 2.4.5 проекту. У разі, якщо організатор, підбурювач та пособник виконали свою роль, а виконавець на стадії готування не довів кримінальне правопорушення до кінця з причин, що не залежали від його волі, або добровільно відмовився від доведення кримінального правопорушення до кінця, то співучасть варто визнати такою, що утворилася (вдалою), на стадії готування до кримінального правопорушення. Це цілком узгоджується з положеннями ст. 2.4.5 та п. г) ч. 1 ст. 2.8.10 проекту. Отже, співучасть на стадії готування треба вважати такою, що відбулася (вдалою), якщо хоча б двом співучасникам вдалося виконати свою роль: виконавцю вступити в змову, а організатору, підбурювачу чи пособнику – виконати діяння, обумовлене змовою, до початку виконання діяння, що утворює об'єктивну сторону кримінального правопорушення. У зв'язку з цим, невдалою співучастю на стадії готування треба визнати відмову від вступу в змову на вчинення кримінального правопорушення та неспроможність учасника змови виконати діяння, обумовлене змовою, до початку виконання об'єктивної сторони кримінального правопорушення.

З метою забезпечення відповідності п. б) ч. 2 ст. 2.4.2 проекту вимогам достатньої чіткості, зрозумілості та передбачуваності, пропонується викласти ч. 2 ст. 2.4.2 в такій редакції: «2. Готуванням до кримінального правопорушення також визнається співучасть, що не відбулася (невдала співучасть):

а) вступ у змову на вчинення кримінального правопорушення, однак неспроможність організатора, підбурювача чи пособника виконати діяння, обумовлене змовою, до початку виконання об'єктивної сторони кримінального правопорушення, або

б) відмова від вступу в змову на вчинення кримінального правопорушення».

Михайліченко Т. О.,
доцентка, к. ю. н.,
доцентка кафедри кримінального права
та кримінально-правових дисциплін
Полтавського юридичного інституту Національного
юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
старша наукова співробітниця
Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності
імені академіка В. В. Стайшиса

ТЕРМІНОЛОГІЧНИЙ ДИСКУРС: «НЕОХІДНА ОБОРОНА» ЧИ «ПРАВОМІРНИЙ ЗАХИСТ»?

Нами вже раніше порушувалося питання термінологічної назви щодо обставини, яка виключає кримінальну протиправність діяння, регламентованої положеннями ст. 36 чинного Кримінального кодексу (далі – КК) України. Зокрема, було наведено низку аргументів на користь того, що більш вдало було б у проекті нового КК перейменувати звичну нам «необхідну оборону» на «правомірну оборону» [1, с. 59-62]. Та спілкування з Ю. В. Бауліним додало ще одне питання до роздумів: вказана обставина має називатися «обороною» чи «захистом»? Дати відповідь на нього і є метою цієї роботи.

Отож, відповідно до положень Конституції України, людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю (ч. 1 ст. 3). Та, як справедливо зауважив Ю. В. Баулін, в Основному Законі нашої держави зазначається, що кожен має право захищати (тут і далі курсив наш – Т.М.) своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань (ч. 2 ст. 27 Конституції України). Окрім того, за ст. 46 Конституції України, громадяни мають право на соціальний захист; у ст. 55 зазначено, що права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Тобто можна дійти висновку, що для конституційного права, дійсно, більш характерним є термін «захист» в контексті гарантування та забезпечення конституційних прав і основоположних свобод людини і громадянина. Термін же «оборона» вживається у ст. 17 Конституції України («Оборона України, захист її суверенітету, територіальної цілісності і недоторканності покладаються на Збройні Сили України»), а також у випадках згадок Міністра оборони або Ради національної безпеки і оборони України.

Натомість для науки кримінального права більш характерним є термін «оборона». Історично склався підхід, що людина має право на захист, але в разі конкретної ситуації обороняється. Так у КК 2001 р., як і в КК 1960 р., вживається термін «необхідна оборона», а не «необхідний захист». У дореволюційній літературі Російської імперії також говорили саме про необхідну оборону (наприклад, див. працю Коні А. Ф. «О праве необходимой обороны» (1866))

Окрім цього, власне термін «оборона» використовується також у багатьох кримінальних законах пострадянських держав та державах, які були дружніми із СРСР (ст. 36 Азейбарджану, ст. 34 Білорусі, ст. 12 Болгарії, ст. 28 Грузії, § 28 Естонії («Hädakaitse»), ст. 29 Латвії, ст. 28 Литви, ст. 25 Польщі («Obronie koniecznej»), ст. 37 Росії, ст. 19 Сербія («Nužna odbrana»), ст. 25 Словачії («Nutná obrana»), ст. 21 Хорватії – («Nužna obrana»), гл. III § 29 Чехії («Nutná obrana») та ін.), а також в Албанії (ст. 10 КК). В англійських версіях кодексів зустрічаємо

термін «defence», що перекладається і як «захист», і як «оборона».

Таким чином, можна стверджувати, що основні відмінності варто все ж шукати в особливостях вживання цих понять в українській мові. Так, за тлумачним словником української мови, захист – «1. Це дія за значенням захищати, захистити і захищатися, захиститися. 2. Заступництво, охорона, підтримка. Брати під захист. 3. Місце, притулок, де можна захиститись, заховатись від кого-, чого-небудь; укриття. 4. Сторона, яка захищає обвинуваченого під час суду; оборона» та ін. [2, с. 432]. Натомість «оборона» – це: «1. Дія за знач. обороняти і оборонятися. 2. Заступництво, підтримка; захист. 3. Сукупність засобів, необхідних для безпеки, захисту країни. 4. (військ.) Система вогневих точок, укріплень і т. ін., на якій розміщуються війська, готуючись відбити напад противника. Займати оборону. 5. (юр.) Сторона, яка обстоює інтереси обвинуваченого під час суду» [2, с. 813]. Оборонятися ж означає насамперед захищатися, боронитися від замаху, нападу, удару, відбиватися, а також відбивати наступ, атаки противника під час воєнних дій [2, с. 813]. Водночас «захищатися» означає обороняти, обороняти себе від нападу, замаху, удару, ворожих, небезпечних дій, а також обстоювати свої погляди, права, інтереси, честь та ін. Серед значень же «захищати» є також і пильно стежити за недоторканністю чого-небудь і багато робити для цього [2, с. 433], що не є характерним для оборони, так само як і для дій, які позначаються як «обороняти» чи «оборонятися».

Підводячи підсумок невеликого наведеного вище дослідження, варто зазначити: хоча поняття «захист» та «оборона» є синонімами, вони все ж не є абсолютними (тотожними). Більш правильно говорити, що це неповні семантико-стилістичні синоніми, що відрізняються як семантичними відтінками, так і стилістичним забарвленням [3, с. 300]. І якщо поняття «оборона» охоплює, насамперед, захист конкретної людини чи людей від фізичних впливів та загроз, то «захист» є більш широким поняттям, яке охоплює не лише захист людини чи інших людей від фізичних посягань, а й захист честі, гідності особи, а також захист майна особи від протиправних посягань.

Отож, враховуючи термінологічну специфіку української мови, доречніше все ж таки говорити про «правомірний захист», що кореспондуватиме з конституційним правом людини на захист, а не про «необхідну оборону» і закріпити перше поняття в проекті нового КК у ст. 2.7.2.

Список використаних джерел:

1. Михайліченко Т. О. Термінологічна проблематика необхідної оборони: Українська модель кримінальної юстиції: блукаючи задзеркаллям. VI (XIX) Львівський форум кримінальної юстиції: збірник матеріалів науково-практичної конференції (17–18.09.2020 р.). Львів: ЛьвДУВС, 2020. С. 59-62.
2. Великий тлумачний словник української мови. 250000 слів / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. К.; Ірпінь: Перун, 2005. 1728 с.
3. Зубков М. Г. Українська мова: універсальний довідник. 3-тє вид., випр. й доп. Х.: ВД «Школа», 2007. 496 с.

ПРОЄКТ КК УКРАЇНИ ЯК ВТІЛЕННЯ КАРАЛЬНОЇ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ

У науці порівняльного кримінального права кримінально-правові системи класифікують на каральні і гуманістичні. Так О.О. Малиновський звертає увагу на те, що характерними особливостями каральної кримінально-правової системи є: охорона інтересів суспільства шляхом чітко встановлених кримінально-правових заборон; підхід до покарання як до кари, відплати за вчинене; залякування і абсолютна превенція як основні способи попередження злочинів; закріплення в кримінальному законодавстві тривалих строків позбавлення волі (15 років і більше); прагнення визначати розмір покарання у суворій відповідності з принципом винуватості; максимальна, жорсткість покарань за рецидив злочинів. Основними положеннями гуманістичної кримінально-правової системи є: сприйняття злочинця як уразливої людини з соціально-правової точки зору, чії права і свободи у процесі притягнення до кримінальної відповідальності можуть бути порушені; відносна, призначених покарань (відсутність смертної кари, тривалих строків ув'язнення за вчинення нетяжких злочинів, добрі умови тримання ув'язнених; пріоритет кримінально-правових заходів, не пов'язаних із позбавленням волі (особливо це стосується неповнолітніх злочинців) над тюремним ув'язненням; широке застосування умовного засудження і дострокового звільнення від відбування покарання[1].

Постає питання, до якої ж із кримінально-правових систем буде відноситись майбутній Кримінальний кодекс України? Звернення до тексту проекту КК [2] дозволяє перекоонатись у наявності в ньому з перерахованих вище ознак переважно тих, що відносяться саме до каральної кримінально-правової системи. Так стаття 1.1.1 вказує, що КК чітко визначає кримінально-правові заборони, тобто йдеться про «встановлення: а) вичерпного переліку видів та ознак кримінальних правопорушень – злочинів і кримінальних проступків». А ст.1.2.1 уточнює, що «не є кримінальним правопорушенням діяння, не передбачене цим Кодексом». Те, що у ст. 3.1.1 кара і запобігання кримінальним правопорушенням визначені у якості мети покарання, цілком відповідає другій характерній ознаці каральної кримінально-правової системи, а саме: підходу до покарання як кари і абсолютна превенція. Наступною ознакою каральної кримінально-правової системи є закріплення в кримінальному законодавстві тривалих строків позбавлення волі, що відображено у ст. 3.1.4 проекту, яка встановлює ув'язнення на строк до тридцяти років, а ст. 3.1.5 передбачає довічне ув'язнення. Звернення пропорційності в принцип Кримінального кодексу (ст.1.2.4) є прагненням визначати розмір покарання в суворій відповідності з принципом винуватості, що знову ж таки характеризує каральну кримінально-правову систему. Максимально жорсткий підхід до відповідальності за рецидив злочинів продемонстровано в статтях 2.6.3 і 3.2.9 проекту, де йдеться про можливість застосування ув'язнення на строк до тридцяти років, а то й довічного ув'язнення. Таким чином, абсолютно всі характерні ознаки каральної

кримінально-правової системи продемонстровано в проекті КК України. Однак це не виключає наявності деяких ознак гуманістичної кримінально-правової системи. Насамперед, це знаходить відображення в ст. 1.2.6 принципу гуманізму, згідно з яким «покарання та інші кримінально-правові засоби не мають на меті завдати фізичних страждань або принизити людську гідність», тобто покарання має бути несумісним з фізичними стражданнями. За «Великим тлумачним словником сучасної української мови», страждання має вияв фізичного чи морального болю. Страждати – зазнавати сильного фізичного болю, мучитися від нього. Відчувати наслідки чого-небудь (переважно негативного). Зазнавати моральних мук, переживань. Зазнавати утисків, переслідування. Зазнавати шкоди, збитків [3, с.1399]. Отже, не маючи на меті завдання засудженням фізичних страждань, проект КК про моральні муки страдників нічого не говорить, тим самим припускаючи можливість завдання застосуванням покаранням морального болю. Як красномовно сказав один із розробників проекту КК Ю.А. Пономаренко, «міра тих страждань, яких заподіює покарання, повинна бути адекватною мірі тієї шкоди, яку заподіяв злочин» [4]. Це позиція науковців галузі кримінального права. Однак у роботах більшості психологів страждання тлумачиться як стан, що загрожує здоров'ю людини, який приводить до неврозів і психозів [5]. Страждання іманентно притаманне покаранню; і хоча проект КК вказує, що покарання не має метою завдання фізичних страждань, але моральні страждання покараному однозначно завдаються, що одночасно спричинює загрозу психосоматичному здоров'ю людини, а це і є фізичними стражданнями.

Варто звернути увагу на те, що Європейські в'язничні правила і Мінімальні стандартні правила ООН стосовно поводження з ув'язненими (Правила Нельсона Манделі) констатують, що сам факт застосування ув'язнення заподіює покараному страждання, покарання пов'язане зі стражданнями. Вказані міжнародні документи рекомендують організувати поводження з ув'язненими таким чином, щоб не збільшувати страждання, заподіяні ув'язненням, а це можна тлумачити так: юридичний факт застосування покарання має місце, він є підставою для правовідносин у межах кримінальної відповідальності, ув'язнений вже знаходиться у правовому стані покараного, тому збільшувати кару (обмеження прав і свобод) з породженими нею стражданнями адміністрація в'язниць не повинна. Адміністрація в'язниць не повинна виконувати покарання, її обов'язком має бути забезпечення умов ув'язнення, які б відповідали сучасним цивілізаційним уявленням про людську гідність, надання ув'язненим соціальної допомоги, спонукання до змістовної діяльності відповідно до програми полегшення реінтеграції в суспільство після звільнення.

Як було показано вище, однією з ознак гуманістичної кримінально-правової системи є хороші умови тримання ув'язнених. Про такі умови тримання в місцях позбавлення волі в Україні можна лише мріяти, оскільки сьогодні тримання засуджених у виправних колоніях є нестерпним і здатним, як це вже було показано, приводити до руйнації особистості [6, с.106-107].

Таким чином, можна зробити висновок, що запропонована проектом нового КК каральна кримінально-правова система є антагонізмом гуманістичній кримінально-правовій системі.

Список використаних джерел:

1. Малиновский А.А. Уголовно-правовые системы: вопросы классификации. URL: <https://mgimo.ru/upload/iblock/1bf/1bf18e94d65af4c5d7c5fc2221a97b2f.pdf> (Дата звернення 4 вересня 2021 р.).
2. Кримінальний кодекс України (проект). URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/>

media/2021/08/12/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-25-07-2021-1.pdf (Дата звернення 4 вересня 2021 р.).

3. Великий тлумачний словник сучасної української мови. К., Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.

4. Міжнародна наукова конференція: «Реформування кримінального законодавства України: сучасність та майбутнє», 22-23 жовтня 2020 року. URL: <https://www.youtube.com/watch?v=HoN248jMHc4&t=5157s> (Дата звернення 4 вересня 2021 р.).

5. Парусимова Я.В. Стрaдaнiе кaк фiлoсoфскaя кaтeгoрия. URL: URL: <http://www.dslib.net/ontologia/stradanie-kak-filosofskaja-kategorija.html> (Дата звернення 4 вересня 2021 р.).

6. Степанюк А.Ф. Руйнація особистості в місцях позбавлення волі Проблеми саморозвитку особистості в сучасному суспільстві: Матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції, 26–27 березня 2021 р. / НІУ ім. Ярослава Мудрого. – Х.: Друкарня Мадрид, 2021. – 364 с.

*Куц В.М.,
професор, к.ю.н.,
професор кафедри кримінального
права, процесу та кримінології
Київського університету права
Національної академії наук України*

РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ЗАСОБІВ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕАГУВАННЯ НА ВЧИНЕННЯ ПРАВОПОРУШЕННЯ В ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ ПОТРЕБУЄ УДОСКОНАЛЕННЯ

Правове реагування на факт вчинення кримінального правопорушення найчастіше спрямовується на суб'єкта його вчинення у виді кримінальної відповідальності, що має декілька форм свого існування та їх видів. Деякі інші щодо кримінальної відповідальності засоби, передбачені законом, відіграють допоміжну роль у процесі реагування на вчинення протиправних діянь. Зазначене дає підстави вважати кримінальну відповідальність *головним* сучасним матеріально-правовим засобом реагування на вчинення кримінального правопорушення.

На жаль, засоби кримінально-правового реагування поки що не знаходять адекватного відображення в тексті проекту Загальної частини КК України. Як і в попередніх версіях проекту, а також у нині чинному КК України, превалює покарання. Саме його описом відкривається Книга третя проекту «Про кримінально-правові засоби та їх застосування». Покаранню, його призначенню та «звільненню» від нього присвячено три розділи вказаної Книги. При цьому про власне кримінальну відповідальність у ній не йдеться. Такій відповідальності безпосередньо присвячене лише одне, незначне за обсягом положення в загальному тезаурусі (розділ 1.3 «Роз'яснення термінів Кримінального кодексу України»). Указане рішення свідчить про домінування застарілих стереотипів у правосвідомості авторів законопроекту, надання покаранню не «заслуженого» значення серед засобів кримінально-правового реагування, про недооцінку явища «кримінальна відповідальність» та відсутність бажання надати йому належне законодавче закріплення. Останнє зумовлюється як об'єктивними, так і суб'єктивними обставинами, серед яких достатньо назвати, по-перше, відсутність консолідованого визначення кримінальної відповідальності в доктрині; по-друге, традиційну відсутність самостійних законодавчих положень, безпосередньо присвячених кримінальній відповідальності, у більшості КК пострадянських країн; по-третє, живучість сентенції «кодекс не підручник, усього не передбачиш».

Але, як відомо, «усе тече, усе змінюється». Так офіційне визначення кримінальної відповідальності та своєрідний алгоритм її пізнання знаходимо в незаслужено забутому рішенні КСУ від 27 жовтня 1999 року в справі про депутатську недоторканість; законодавче її визначення, щоправда, не зовсім досконале – у тексті КК Республіки Білорусь; більше десятка ще вчора чисті доктринальні положень учення про кримінально-правову кваліфікацію – у проєкті нового КК України. Чи не пора й один з основоположних кримінально-правових інститутів, яким є кримінальна відповідальність, відобразити в тексті нового КК України не одним «мазком», як пропонується Робочою групою зі створення його проєкту, а присвятити їй перший розділ Книги третьої цього Кодексу?

Окрім поняття кримінальної відповідальності як *засудження особи за вчи-*

нення злочину обвинувальним вироком суду, що набув чинності, наслідком якого є судимість та зумовлені нею обов'язкові обмеження статусу цієї особи з додатковими обмеженнями такого статусу у виді покарання чи інших засобів кримінально-правового характеру чи без них, у цьому розділі доцільно закріпити матеріально-правові підстави та умови настання такої відповідальності, її форми і види та темпоральні межі існування.

Особливої уваги заслуговують форми і види кримінальної відповідальності. У теорії переважно йдеться не про форми відповідальності, а про форми її реалізації, що не одне й те ж. Реалізація кримінальної відповідальності є предметом кримінально-виконавчого права, а не кримінального. Як і будь-яке інше явище об'єктивної дійсності, свій зміст і форми, що відображають цей зміст, має і власне кримінальна відповідальність, а не лише її реалізація. Оскільки, як зазначалось вище, до змісту кримінальної відповідальності належать її обов'язкові (зумовлені судимістю) та можливі (факультативні) обмеження статусу засудженої особи, що витікають з покарання, є підстави для висновку, що за чинним кримінальним законодавством існує *дві форми* кримінальної відповідальності: 1) засудження без призначення покарання, тобто без додаткових обмежень статусу засудженого; 2) засудження з призначенням покарання, тобто з додатковими обмеженнями його статусу. Також кожна із зазначених форм поділяється на низку видів та різновидів. Так *перша* форма кримінальної відповідальності має три види свого існування, законодавча назва яких (звільнення від покарання) неадекватно відображає їхню сутність: 1) у зв'язку із втратою особою суспільної небезпечності (ч. 4 ст. 74 КК України); 2) у зв'язку із закінченням строків давності притягнення до кримінальної відповідальності (ч. 5 ст. 74, ст. 49 КК України); 3) через хворобу (ч. 2 ст. 84 КК України).

Друга форма кримінальної відповідальності, за чинним КК України, має такі види свого існування: 1) засудження з призначенням покарання *без звільнення* від його відбування; 2) засудження з призначенням покарання *зі звільненням* від його відбування. Саме такий розподіл кримінальної відповідальності на форми і їх види доцільно закріпити в новому КК України.

На відміну від традиційного підходу, за якого в тексті КК України спочатку відображаються прояви більш жорсткої форми кримінальної відповідальності (засудження з призначенням покарання), доцільно *першою* визначити менш жорстку її форму – *засудження без призначення покарання*, що відповідатиме ідеї гуманізації кримінально-правового реагування на вчинення кримінальних правопорушень. Акцент на більш м'якій формі кримінальної відповідальності в тексті нового КК України став би своєрідним закликком звертатись саме до неї і лише за неможливості її застосування вдаватись до більш жорсткої форми кримінальної відповідальності – засудження з призначенням покарання.

Не існує підстав визнавати формою кримінальної відповідальності так зване звільнення від неї, а насправді – *відмову* від застосування кримінальної відповідальності. Вона є різновидом *інших засобів* кримінально-правового реагування, а не проявом відповідальності. Але автори проекту нового КК вбачають у наявності цього кримінально-правового інституту порушення Конституції України та «принципу невідворотності кримінальної відповідальності» і тому не включають до свого проекту. Насправді, ні порушенням Конституції, ні невідповідністю вказаному «принципу» відмова від застосування кримінальної відповідальності не є. По-перше, відсутність згадки про відмову від застосування кримінальної відповідальності в Конституції не свідчить про її невідповідність останній. По-друге, принцип «невідворотності кримінальної відповідальності», як і невідворотності покарання, від початку проголошення був нереальним, не-

життєвим, тобто протиприродним. Нстав час переглянути його. На зміну має прийти *невідворотність кримінально-правового реагування на кримінальне правопорушення*. Основною формою такого реагування, як зазначалось, залишається кримінальна відповідальність. Але водночас запроваджуються все нові й нові *інші засоби* такого реагування.

Таким засобам необхідно присвятити окремий розділ Книги третьої проекту КК. Серед них має знайти своє місце і *стягнення* за кримінальні проступки. Установлення кримінальної відповідальності за них та ще й у формі засудження з покаранням і судимістю є порушенням положень Концепції реформування кримінальної юстиції щодо цього виду кримінальних правопорушень.

Сприйняття Робочою групою запропонованої моделі засобів кримінально-правового реагування усуне сумніви щодо кримінально-правової природи, сутності і змісту кожного з них і, що особливо важливо, щодо сутності судимості, яку жодним чином не можна вважати одним із таких засобів та розміщувати серед них у тексті закону, як це пропонується зробити в проекті нового КК. Пам'ятаймо, що судимість – це елемент *змісту* кримінальної відповідальності, а не засіб реагування на кримінальне правопорушення. Засобами кримінально-правового реагування є не сама судимість, а зумовлені нею обмеження статусу засудженої особи.

Горох О.П.,
доцент, д.ю.н.,
доцент кафедри кримінального та
кримінального процесуального права
Національного університету «Києво-Могилянська академія»,
член Робочої групи з питань розвитку кримінального права
Комісії з питань правової реформи при Президентіві України

ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ВІДБУВАННЯ ПОКАРАННЯ З ВИПРОБУВАННЯМ З УРАХУВАННЯМ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Принцип верховенства права має бути дотриманий як законодавцем, так і судами під час правозастосування. Зокрема, у ст. 8 Кримінального процесуального кодексу України визначено, що кримінальне провадження здійснюється з дотриманням принципу верховенства права, відповідно до якого людина, її права та свободи є найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Принцип верховенства права в кримінальному провадженні застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ).

Найбільш поширеним видом звільнення від покарання, що застосовується національними судами в Україні, є звільнення від відбування покарання з випробуванням (ст. 75 КК України). Серед обставин справи, які враховує суд під час застосування цього виду звільнення від покарання, можна виокремити індивідуальний ступінь тяжкості вчиненого злочину. Враховуючи індивідуальний ступінь тяжкості вчиненого злочину, суди, зазвичай, (нами вивчено 4 455 судових рішень, ухвалених судами України від 2006 до 2020 р.р.) враховують такі обставини, як об'єкт та предмет посягання; потерпілого, щодо якого вчинено злочин (нерідко його девіантну поведінку); обстановку вчинення злочину; роль злочинця у вчиненні злочину, вчиненого у співучасті; кількість епізодів злочинної діяльності; відсутність тяжких наслідків вчиненого злочину; надання потерпілому медичної допомоги після вчинення злочину; добровільне відшкодування збитків; форму вини та види умислу чи необережності; емоційний стан особи під час вчинення злочину.

Також певні рекомендації національним судам щодо врахування обставин, що характеризують індивідуальний ступінь тяжкості вчиненого злочину, сформулював і Європейський суд з прав людини. Зокрема, у справі «Aleksakhin v. Ukraine» (Application no. 31939/06), розглядаючи скаргу заявника про жорстоке поводження з боку працівників міліції та відсутність ефективного засобу юридичного захисту у зв'язку з таким жорстоким поводженням, Страсбурзький суд констатував: «Хоча у цій справі працівника міліції було засуджено, Суд знову зазначає, що остаточний вирок від 3 липня 2006 року є майже ідентичним вироку від 23 серпня 2001 року (яким Х. було засуджено до покарання у вигляді позбавлення волі строком на п'ять років, яке треба вважати умовним з випробувальним строком), скасованому судом вищої інстанції як надто м'який. Покаравши працівника міліції за допомогою м'якого вироку, що не передбачає покарання у вигляді позбавлення волі, більш ніж через вісім років після вчинення ним протиправного діяння, насправді держава сприяла виникненню в працівника міліції «відчуття безкарності», замість того, щоб продемонструвати йому,

як вона мала б це зробити, що таким діям у жодному випадку не потуратимуть. <...> За таких обставин Суд не впевнений у тому, що покарання працівника міліції було адекватним» (п. 58) [1].

Схожа позиція Страсбурзького суду щодо сумнівності адекватного застосування мінімального умовного покарання винуватим у жорстокому поводженні з малолітнім затриманим висловлена і в справі «Okkali v. Turkey» (Application no. 52067/99). У цій справі ЄСПЛ констатував, що ніщо в судовому розгляді справи не вказувало на особливу стурбованість турецьких суддів щодо захисту неповнолітнього. Кримінально-правова система Туреччини виявилася далеко не суворого і не здійснила стримуючого ефекту, що здатний забезпечити ефективне запобігання протиправним діям, подібних до тих, на які скаржився заявник [2].

Так само в справі «Gäfgen v. Germany» (Application no. 22978/05) Європейський суд з прав людини висловив сумніви щодо адекватного умовного покарання поліцейських до незначного штрафу за погрозу застосувати до підозрюваного насильства з метою знайти викрадену ним дитину. За обставинами цієї справи, Гефген був затриманий та взятий під варту під час отримання викупу за викрадення 11-річного хлопчика. Після проведення допиту поліцією Гефген дав неправдиві показання про місцезнаходження дитини та осіб, які здійснювали викрадення. Поліція, припускаючи, що дитині загрожує смерть внаслідок холоду та відсутності їжі, із застосуванням погроз спричинити Гефгену значних страждань спеціально навченими людьми, якщо він не повідомить місцеперебування дитини, домоглась від нього зізнавальних показань щодо місця знаходження хлопчика, якого врешті-решт знайшли мертвим. ЄСПЛ констатував, що хоча кримінальне провадження щодо поліцейських, які допустили нелюдське поводження під час допиту Гефгена, було оперативним, однак поліцейські були засуджені до умовних покарань. Це, на думку Страсбурзького суду, не можна розглядати як адекватну реакцію німецького суду на порушення поліцейськими вимог ст. 3 ЄКПЛ, а їх умовне засудження як адекватну реакцію на порушення ключових конвенційних прав [3].

Отже, Європейський суд з прав людини таки висловлює свою позицію щодо доцільності врахування під час вирішення питання про можливість умовного засудження ознак злочину. В аналізованому контексті суди мають належним чином оцінювати, чи настануть позитивні зміни, що відбуваються в особистості засудженого, і чи сформулюють вони в нього готовність до правослухняної поведінки. Чи можна очікувати, у зв'язку зі звільненням засудженого від реального відбування покарання, що він не вчинить нових злочинів у майбутньому? [4].

Водночас під час розгляду інших справ Європейський суд з прав людини, навпаки, звернув увагу на доцільність справедливого і збалансованого підходу при вирішенні питання про втручання в права особи. Зокрема в справах «Frizen v. Russia» [5] (Application no. 58254/00) та «Baklanov v. Russia» (Application no. 68443/01) [6] Страсбурзький суд підкреслив необхідність досягнення при притягненні особи до відповідальності справедливого балансу між загальними інтересами суспільства та вимогами захисту основоположних прав особи. Також у справі «Sadocha v. Ukraine» (Application no. 77508/11) ЄСПЛ акцентовано увагу на тому, що «Суд має вирішити, чи забезпечило втручання необхідний справедливий баланс між захистом права власності та вимогами загального інтересу з огляду на свободу розсуду, якою наділена держава в цій сфері. Необхідний баланс не буде досягнуто, якщо на відповідного власника майна буде покладено «індивідуальний та надмірний тягар» (п. 27) [7]. А у справі «Ismayilov v. Russia» (Application no. 30352/03) Страсбурзький суд уточнив, що «для того, щоб вважатися пропорційним, втручання має відповідати тяжкості правопорушення»,

«не бути диспропорційним в тому, щоб становити «особистий надмірний тягар» для особи (п. 38) [8].

І хоча зазначені рішення стосуються здебільшого захисту права власності (стаття 1 Першого протоколу до Конвенції), українські суди вищої інстанції часто посилаються на ці справи, оцінюючи справедливість застосування судами нижчої інстанції реального покарання до засудженого.

Список використаних джерел:

1. Case of «Aleksakhin v. Ukraine». URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/974_925
2. PressreleaseissuedbytheRegistrar«Okkaliv.Turkey».URL:<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-1813191-1907543&filename=003-1813191-1907543.pdf>.
3. Case of «Gäfgen v. Germany». URL: <https://policehumanrightsresources.org/gafgen-v-germany-application-no-22978-05>
4. Case of «Böhmer v. Germany» (Application no. 37568/97). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60668>
5. Case of «Frizen v. Russia». URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68614>
6. Case of «Baklanov v. Russia». URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69317>
7. Case of «Sadocha v. Ukraine». URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-194296>
8. Case of «Ismayilov v. Russia». URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89412>

ПЕРЕГЛЯД ВИРОКІВ ДОВІЧНО ЗАСУДЖЕНИХ У СВІТЛІ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА

Уже минуло більше двох років, як ЄСПЛ в рішенні «Петухов проти України №2» зобов'язав Україну здійснити реформування законодавства з тим, щоб надати особам, засудженим до довічного позбавлення волі, право на перегляд вироків щодо можливості умовного звільнення або заміни довічного позбавлення волі на строкове. Причому законодавець не лише має встановити строк, коли засуджений буде мати право на такий перегляд, але й передбачити конкретні пеналогічні підстави для такого перегляду, тобто засуджені мають чітко знати, що вони повинні робити для звільнення [1].

Станом на сьогодні є лише рішення Конституційного суду України щодо визнання неконституційними положення статей 81 та 82 КК у частині неможливості їх застосування до засуджених до довічного позбавлення волі та зобов'язання Верховної Ради терміново усунути цю невідповідність[2]. На розгляді ВР перебуває два законопроекти про внесення змін, зокрема й до ст.ст. 81, 82 КК, а також КК та КВК щодо виконання вищевказаного рішення ЄСПЛ.

Проте, якщо держава не виконує взяті на себе зобов'язання, то чи не повинні суди, виходячи з принципу верховенства права, використовувати рішення ЄСПЛ та інші міжнародно-правові норми, переглядати відповідні судові вирoki. Такої позиції дотримуються деякі правозахисники, наголошуючи на тому, що суди сьогодні мають усі правові механізми для прямого застосування як джерела права рішення ЄСПЛ. Правосуддя в Україні функціонує на засадах верховенства права відповідно до європейських стандартів [3].

Після прийняття рішення «Петухов проти України №2» особи, засуджені до довічного позбавлення волі, почали активно звертатися до судів з клопотанням про умовно-дострокове звільнення або заміну покарання більш м'яким. Проте суди відмовляли в задоволенні клопотань на підставі того, що відповідним рішенням ЄСПЛ держава зобов'язана вжити заходи загального характеру, а саме реформувати законодавство. Оскільки відповідні зміни до КК не внесено, то суди не мають механізму для перегляду вироків, а створювати норми права вони не вправі [4]. Таку ж думку висловила й Велика Палата Верховного Суду в ухвалі за клопотанням Петухова В. С. про перегляд судових рішень, постановлених щодо нього, з підстав встановлених рішенням ЄСПЛ від 12 березня 2019 року [5].

Єдиним прикладом задоволення клопотання про заміну довічного позбавлення волі більш м'яким покаранням була ухвала Роменського міськрайонного суду від 24.05.2019 року, яка надалі була скасована апеляційним судом, рішення якого було підтримане Верховним Судом, посиляючись на вище викладені аргументи. Цією ухвалою клопотання було задоволено в частині заміни невідбутої частини покарання більш м'яким, а саме довічне позбавлення волі було замінене на покарання у виді позбавлення волі на строк 20 років за умови належної поведінки засудженого. Рішення суду є ретельно вмотивованим, з посиланням на безліч рішень ЄСПЛ та норми міжнародних актів. Особливо потрібно звернути увагу на докладний виклад судом обставин щодо позитивних змін в поведінці та

особистості засудженого, які свідчать про відсутність пенологічних підстав для подальшого довічного позбавлення волі особи. Мотивуючи своє рішення, суд зробив висновок, що повністю відповідає принципу верховенства права: «Стаття 28 Конституції України та стаття 3 Конвенції мають бути застосовані у даній справі, незважаючи на відсутність у Кримінальному кодексі України механізму дострокового звільнення від довічного позбавлення волі чи його заміни більш м'яким. Така відсутність механізму у Кримінальному кодексі України не узгоджується із Конституцією України, Конвенцією та вищевказаною практикою Європейського суду з прав людини, які мають бути застосовані безпосередньо, оскільки вони мають вищу юридичну силу, аніж Кримінальний кодекс України» [6].

Парадоксальною є ситуація, коли Україна як держава не виконує взяті на себе зобов'язання щодо виконання рішень ЄСПЛ, покликані стверджувати верховенство права, відмовляється це робити, з огляду на те, що держава не виконує свої функції, і протягом двох років в Україні застосовуються норми, які визнані такими, що не відповідають Конвенції.

Проект КК передбачає норму щодо зупинення під умовою виконання довічного ув'язнення після відбуття 25 років покарання особи, яка має низький ризик вчинення нового злочину, здатна інтегруватися в суспільство та здійснила повністю чи значною мірою частково реституцію та/або компенсацію. До такої особи обов'язково застосовується пробація (ст. 3.3.10) [7]. Така норма повністю відповідає європейським стандартам. Проте ні ця норма, ні норми відповідних законопроектів, які сьогодні знаходяться на розгляді у ВР, не будуть достатньо дієвими, доки не зміняться умови відбування довічного позбавлення волі, які сьогодні майже повністю унеможливають процес ресоціалізації, і доки не буде законодавчо закріплено чіткий перелік умов, що повинен виконати засуджений, щоб б мати реальні перспективи для задоволення свого клопотання.

Список використаних джерел:

1. Рішення ЄСПЛ «Петухов проти України №2» від 12 березня 2019 року. URL: // <http://khrpg.org/index.php?id=1553066514>
2. Рішення Конституційного Суду України від 16 вересня 2021 року № 6-р(III)/2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-21#Text>
3. Пісоцька О. «Право на надію»: заміна покарання у вигляді довічного позбавлення волі в українських реаліях. URL: <https://jurliga.ligazakon.net/analitics/205067>
4. Ухвала від 28.04.2021 № 308/4705/20 Закарпатський апеляційний суд, Ухвала від 03.03.2021 № 585/3166/20 Роменський міськрайонний суд, Ухвала від 23.04.2021 № 675/211/21 Ізяславський районний суд. URL: <https://verdictum.ligazakon.net>
5. ВП ВС розглянула заяву про перегляд судових рішень на підставі рішення ЄСПЛ у справі «Петухов проти України №2». URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/966075/>
6. Ухвала від 24.05.2019 № 585/492/19 Роменський міськрайонний суд. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/82053036>
7. Проект Кримінального кодексу України станом на 05.07.2021 року. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/07/06/tekst-proyektu-kk-ukrayiny-stanom-na-05-07-2021.pdf>

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА В КОНТЕКСТІ РІШЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ ВІД 16 ВЕРЕСНЯ 2021 РОКУ

16.09.2021 р. Конституційний Суд України в справі № 3-349/2018 (справа про перегляд вироку особі, караній на довічне позбавлення волі) прийняв рішення, яким визнав неконституційними положення ч.1 ст. 81, ч.1 ст. 82 КК в тому, що вони унеможливають їх застосування до осіб, яких засуджено до відбування покарання у вигляді довічного позбавлення волі (далі - ДПВ). Цим же рішенням Верховну Раду України було зобов'язано невідкладно привести кримінально-правові приписи у відповідність до Конституції України та зазначеного Рішення. У його мотивувальній частині акцент зроблено на дотриманні принципу верховенства права з огляду на практику ЄСПЛ, який, зокрема, й у справах щодо України, звернув увагу на необхідність унормування в національних законодавствах можливості та правил умовно-дострокового звільнення (далі - УДЗ) від відбування покарання у виді ДПВ.

Аналіз практики тих судів, які розглядали клопотання про застосування УДЗ ряду засуджених до ДПВ, актуалізує питання застосування національними судами Конвенції про захист прав людини і основних свобод, а також практики ЄСПЛ як норм прямої дії.

Ще 2014 р. в п. 12 постанови Пленуму Вищого Спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19 грудня 2014 р. №13 [1] було зазначено, що використання практики ЄСПЛ при тлумаченні й застосуванні Конвенції та протоколів до неї під час розгляду конкретної справи є необхідним. Також є обов'язковим врахування практики ЄСПЛ не тільки щодо України, а й щодо інших держав.

Концептуально верховенство права та правосуддя нерозривно пов'язані, адже перше «оживає» саме в діяльності судів. Однак чи означає це допустимість усунування судами пробілів в нормативному регулюванні? Зокрема, відома позиція про те, що верховенство права – це «доктрина «відкритого типу», яка немає чіткого вичерпного визначення і розкривається через інституційні принципи, кількість та розуміння яких постійно доповнюється, у першу чергу ЄСПЛ» [2, с.40]. Однак, очевидно, що в наведеній позиції йдеться не про судову практику в цілому, а виключно про практику ЄСПЛ.

Щодо розуміння позиції національних судів можна навести ухвали Вінницького міського суду Вінницької області від 17.07.2019 р. [3], Ізяславського районного суду Хмельницької області від 23.04.2021 р. [4], якими було відмовлено в задоволенні клопотань засуджених до ДПВ про УДЗ або заміну невідбутої частини покарання більш м'яким. В обох клопотаннях особи наголошували, що відсутність у національному законодавстві механізму такого зменшення кримінально-правових обтяжень не є визначальним, оскільки Конвенція має вищу юридичну силу, аніж КК України. Зі свого боку суди мотивували відмови в задоволенні зазначених клопотань через неузгодження аргументів заявника «не тільки з національним законодавством, а також з практикою ЄСПЛ» [3]; через те, що «суд не є суб'єктом, уповноваженим на виконання позитивного обов'язку дер-

жави із задоволення вимог ст. 3 Конвенції» [4].

Протилежну позицію зайняв Роменський міськрайонний суд Сумської області, який своєю ухвалою від 24.05.2019 р., узявши до уваги позитивну поведінку особи, думку адміністрації виправної колонії, частково задовольнив клопотання засудженого, замінивши покарання у виді ДПВ на покарання у виді позбавлення волі на строк 20 років. Таке рішення було аргументовано посиланням на ст.28 Конституції України та ст.3 Конвенції, які були застосовані в даній справі як норми прямої дії, незважаючи на відсутність у КК України механізму УДЗ від ДПВ, чи його заміни більш м'яким покаранням, як такі, що разом із практикою ЄСПЛ мають вищу юридичну силу, ніж КК України [5]. Ухвалою Сумського апеляційного суду від 27.08.2019 р. [6] зазначену ухвалу було скасовано внаслідок таких аргументів:

1) суд першої інстанції діяв не на підставі, не в межах повноважень та не в спосіб, визначений законом, явно вийшовши за межі своїх дискреційних повноважень, чим істотно порушив вимоги кримінального процесуального закону; 2) практика ЄСПЛ містить обов'язок держави виконати рішення ЄСПЛ у справах проти України, а не обов'язок суду усувати певні законодавчі прогалини своїм рішенням.

Також ухвалою Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 17.06.2020 р. касаційне провадження в даній справі було закрито через те, що розглядуване судові рішення не може бути предметом касаційного оскарження [7].

З огляду на наведене, необхідно зазначити, що суддя Роменського міськрайонного суду в ухвалі спирався на ті положення Конституції України та Конвенції, яким приділив багато уваги й Конституційний Суд України в рішенні від 16.09.2021 р. Однак ці приписи не містять конкретних правил та процедур. Щодо практики ЄСПЛ, то одним з яскравих прикладів справ проти України є справа «Петухов проти України», остаточне рішення по якій було прийнято 09.09.2019 р. [8]. П. 4 резолютивної частини даного рішення містить висновок про порушення ст.3 Конвенції «у зв'язку з тим, що покарання заявника у виді довічного позбавлення волі є таким, яке неможливо скоротити». Однак ця проблема була визначена як системна, розв'язання якої передбачає реформування всього комплексу приписів щодо покарань у виді ДПВ.

Таким чином, говорити про те, що навіть остаточне рішення ЄСПЛ «розв'язує руки» національним судам в частині УДЗ осіб, засуджених до ДПВ, немає підстав. У жодному конкретному випадку суд не зможе системно вирішити проблему, яка є кримінально-правовою, кримінальною процесуальною, кримінально-виконавчою. Такі рішення ЄСПЛ треба вважати орієнтиром у законодавчій діяльності в національній правовій системі, а не приписами прямої дії. І тут треба погодитися з позицією, що наведена в п. 45 мотивувальної частини рішення Конституційного Суду України від 16.09.2021 р., що одним з принципів, на яких має ґрунтуватися механізм перегляду покарання у виді ДПВ, щоб відповідати ст. 3 Конвенції, є принцип законності. Тобто всі питання, пов'язані зі зменшенням кримінально-правових обтяжень при ДПВ, мають бути викладені в законодавчих нормах «з достатньою мірою чіткості й визначеності».

Список використаних джерел:

1. Про застосування судами міжнародних договорів України при здійсненні правосуддя: постанова Пленуму Вищого Спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19 грудня 2014 р. №13. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/>

v0013740-14#Text (дата звернення: 01.10.2021 р.)

2. Комар П.А. Верховенство права та судова правотворчість: знову про сутність конституційного принципу у світлі пошуку ефективних шляхів його реалізації. Науковий вісник Ужгородського національного університету: Серія ПРАВО, 2020. Вип. 62. С.36-41.

3. Ухвала Вінницького міського суду Вінницької області від 17.07.2019 р. у справі №127/17624/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83138571> (дата звернення: 19.09.2021 р.)

4. Ухвала Ізяславського районного суду Хмельницької області від 23.04.2021 р. №675/211/21. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/96614034> (дата звернення: 19.09.2021 р.)

5. Ухвала Роменського міськрайонного суду Сумської області від 24.05.2019 р. у справі №585/492/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82053036> (дата звернення: 19.09.2021 р.)

6. Ухвала Сумського апеляційного суду від 27.08.2019 р. у справі №585/492/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83973124> (дата звернення: 19.09.2021 р.)

7. Ухвала Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 17.06.2020 р. у справі №585/492/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89929140> (дата звернення: 19.09.2021 р.)

8. Рішення у справі «Петухов проти України (№2)» (Заява № 41216/13) від 09.09.2019 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_d98#Text (дата звернення: 20.09.2021 р.)

ЩОДО ВІДПОВІДНОСТІ ПОЛОЖЕНЬ ПРОЄКТУ КК УКРАЇНИ ПРО ПОЛІТИКО-ПРАВОВЕ РІШЕННЯ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА

1. У наданому для громадського обговорення проєкті КК України (станом на 25.07.2021 р.) робоча група пропонує закріпити в Прикінцевих та Перехідних положеннях КК надання Президентом України можливості ухвалювати політико-правове рішення як винятковий кримінально-правовий захід, а також врегулювати питання звільнення від кримінальної відповідальності осіб, які вчинили тяжкі чи особливо тяжкі злочини на тимчасово окупованій території України у зв'язку із закінченням строків давності. Також у Верховній Раді України зареєстровано Законопроект № 5672 від 18.06.2021р. [1], який містить ідентичні пропозиції.

2. На виконання міжнародно-правового зобов'язання нашої держави КК України містить положення щодо незастосування давності тільки в разі вчинення злочинів проти основ національної безпеки України, передбачених у статтях 109–114¹, проти миру та безпеки людства, передбачених у статтях 437-439 і частині першій статті 442 цього Кодексу. Пропозиція включити до цього кола ще **тяжкі чи особливо тяжкі злочини**, що були вчинені на тимчасово окупованій території України, виглядає не досить виправданою. По-перше, через те, що в разі внесення вказаних змін до законодавства, цей вид звільнення від кримінальної відповідальності в Україні (за винятком тимчасово окупованої території) буде застосовуватися і надалі. Тобто дія закону про кримінальну відповідальність у даному випадку штучно обмежується за географічною ознакою. По-друге, притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які вчинили злочини чи переховуються від органів слідства та суду на тимчасово окупованій території України, на території держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором, можливо сьогодні через здійснення спеціального досудового розслідування.

3. Щодо запропонованого запровадження політико-правового рішення треба зауважити, по-перше, що в Україні, відповідно до Наказу № 573/152/252 від 08 квітня 2019 року Служби безпеки України, Міністерства оборони України, Міністерства внутрішніх справ України, при Службі Безпеки України діє Об'єднаний центр з координації пошуку, звільнення незаконно позбавлених волі осіб, заручників та встановлення місцезнаходження безвісти зниклих в районі проведення ООС. Положення, яке регулює діяльність згаданого вище об'єднаного центру, вказує серед його завдань координацію заходів щодо звільнення незаконно позбавлених волі осіб у районі здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії РФ у Донецькій та Луганській областях та забезпечення ведення переговорного процесу щодо обміну. Тобто в Україні вже існує орган, якому надано повноваження щодо координації переговорів та обміну.

По-друге, надання Президенту України повноважень ухвалювати винятково кримінально-правові заходи **не передбачено Конституцією України**. Така

норма може порушити баланс розподілу повноважень між гілками влади, вона не відповідає принципу стримувань і противаг, який є складовою верховенства права. Виникає проблема відповідності запропонованої норми Основному Закону України.

4. Сьогодні всі перемови і процедури щодо повернення утримуваних російською стороною конфлікту громадян України здійснюють уповноважені державні органи України в рамках політичних угод, ухвалених у «нормандському форматі». Відомо, що останній обмін полоненими і заручниками з одного боку та засудженими за злочини проти України з іншого відбувся у квітні 2020 року.

З офіційних джерел відомо, що подальший обмін (звільнення) громадян України заблокований через: 1) «**конкретне невиконання іншою стороною домовленості Нормандського саміту в Парижі про допуск представників Міжнародного комітету Червоного Хреста до місць утримання заручників на тимчасово окупованих територіях**» [2]; 2) відсутність списків осіб для обміну «**з боку Росії і з боку сепаратистів**» [3]; 3) відсутність політичної волі президента Російської Федерації, який пов'язав «**звільнення ув'язнених із Мінським процесом**» [4]. Враховуючи викладене, труднощі, що існують з приводу обміну (повернення) громадян України з тимчасово окупованих територій, не пов'язані з недосконалістю національного кримінального законодавства, а пропозиції запровадження політико-правового рішення жодним чином не вирішать цієї проблеми.

5. Вбачаємо, що запропонована норма також суперечить ст. 24 Конституції України та ст. 10 КПК України, які визначають рівність громадян перед законом і судом. Фактично, особи, які притягуються до кримінальної відповідальності на території України (затримані або заарештовані) та підлягають обміну (ч. 2 ст. 108-1 Законопроекту), будуть знаходитись у більш привілейованому становищі. І хоча автори законопроекту наголошують, що «запровадження політико-правового рішення не може усувати відповідальність за вчинений злочин», жодних кримінально-правових наслідків щодо вказаної категорії осіб взагалі не передбачено. І навпаки, збереження наявної практики застосування до цієї категорії осіб спеціальних видів звільнення від кримінальної відповідальності, амністії або помилування залишається дієвим механізмом під час необхідності обміну і повернення громадян України з полону. Посилання авторів законопроекту на ускладнений чи довгий шлях цих процедур зрозуміле, а тому, виключно в разі проведення обміну, для прискорення (спрощення) можливим є вдосконалення саме процесуальних аспектів їх проведення.

6. Додатково треба звернути увагу на ч. 3 ст. 108-1 проекту, якою пропонується поширити дію політико-правового рішення на «іноземців та осіб без громадянства, які на законних підставах захищали незалежність і територіальну цілісність України, зокрема брали участь в антитерористичній операції (АТО) або операції Об'єднаних сил (ООС)». Виникає питання: яким чином буде встановлено **законність підстав участі іноземців і осіб без громадянства в бойових діях на території України?**

7. Захист прав людини на тимчасово окупованих територіях та повернення громадян України може дієво реалізовуватись через міжнародні установи та організації (ООН та його інституції, ОБСЄ, ЄСПЛ), що мають значний політико-правовий вплив на уповноважених осіб держави-агресора. Так до ЄСПЛ вже надходять скарги щодо порушень прав і свобод людини на тимчасово окупованих територіях та щодо звільнення політичних в'язнів - громадян України. Зокрема, скаргу України проти Російської Федерації до ЄСПЛ в рамках міждержавної справи «Україна проти Росії (щодо Криму)» за №20958/14 і міждержавну

справу «Україна проти Росії» за №38334/18 щодо політичних в'язнів суд визнав частково прийнятною.

Викладене дозволяє пропонувати доопрацювання положень про політико-правове рішення з можливим врахуванням наведених зауважень.

Список використаних джерел:

1. Проект Закону про внесення змін і доповнень до Кримінального кодексу України № 5672 від 18.06.2021р. [Електронний ресурс] : [Веб-сайт]. – Режим доступу: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72284

2. Керівник Офісу Президента у складі української делегації відвідав з робочим візитом Німеччину. 03.06.2020р. [Електронний ресурс] : [Веб-сайт]. – Режим доступу: <https://president.gov.ua/news/kerivnik-ofisu-prezidenta-u-skladi-ukrayinskoyi-delegaciyi-v-61441?fbclid=IwAR1CTpFgkLNPFxFIWLPb9EffyV1x1DgWqIABCcPD6PudMVWIB3bGHYVmVjw>

3. Володимир Зеленський: Маємо рухатися до зустрічі лідерів «Нормандської четвірки», політичні радники узгоджуватимуть кластери 19 квітня. 16.04.2021 [Електронний ресурс] : [Веб-сайт]. –Режим доступу: <https://www.president.gov.ua/news/volodimir-zelenskij-mayemo-ruhatisya-do-zustrichi-lideriv-no-68041>

4. Переговори про обмін із Росією «практично заморожені» – Денісова. 26.02.2021 р. [Електронний ресурс] : [Веб-сайт]. –Режим доступу: <https://ua.krymr.com/a/news-denisova-obmin/31123783.html>

ПЕРСПЕКТИВИ НОРМАТИВНОГО ЗАКРІПЛЕННЯ ПОЛІТИКО-ПРАВОВОГО РІШЕННЯ ЯК ВИНЯТКОВОГО КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ЗАСОБУ

Сьогодні є надзвичайно актуальною проблема порушення прав людини, пов'язана з утриманням на тимчасово окупованій території України або на території Російської Федерації (РФ) українських громадян (як заручників, полонених чи політичних в'язнів). Однією зі складових вказаної проблеми є обмін українських громадян, які утримуються в різному правовому статусі на території РФ або на тимчасово окупованій території України на осіб, які притягуються до кримінальної відповідальності на території України. Сьогодні, на думку А.А. Музики, процес обміну ускладнюється, насамперед, через тривалість процедур засудження, звільнення від кримінальної відповідальності та від покарання. Окрім того, коло осіб, які можуть бути звільнені від кримінальної відповідальності чи покарання, є обмеженим...» [1, с. 116].

Отже, проблема обміну українських громадян залишається, як правило, поза спеціального нормативного врегулювання. На думку окремих експертів, «неправильно говорити, що обмін відбувається повністю поза межами права – це не так, але юридичні інструменти, які використовуються, – запозичені, і не підходять для даного процесу. Такими інструментами є застосування положень Кримінального процесуального кодексу (КПК) України – стандартні міри кримінального провадження такі, як зміна запобіжних заходів, процеси помилування. Також ухвалюються судові рішення по кожному заручнику, але вони різняться юридичною аргументацією, містять багато помилок» [2]. Для вирішення цієї складної проблеми, безумовно, необхідно змінювати законодавство.

Як відомо, народні депутати України підготували два законопроекти: М.О. Стефанчук, І.Р. Калаур зареєстрували 18.06.2021 проект Закону України «Про внесення змін і доповнень до Кримінального кодексу України» (перший проект), а Г.М. Мамка 24.06.2021 – проект Закону України «Про внесення змін і доповнень до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України» (другий проект). Цілі законопроектів подібні: «забезпечення своєчасного й ефективного захисту прав людини ... щодо повернення на Батьківщину осіб, які утримуються чи притягуються до кримінальної відповідальності або засуджені на території держави-агресора; повернення таких осіб з тимчасово окупованої території України)...» [3].

Перший проект пропонує «внесення змін до КК України, а саме: доповнити ст. 49 частиною шостою: «Давність не застосовується у разі вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину на тимчасово окупованій території України»; доповнити Загальну частину КК України розділом XV-1 «Політико-правове рішення», що передбачатиме статтю 108-1 з аналогічною назвою...» [3]. Другий проект пропонує доповнити Загальну частину КК України розділом XV-1 «Правильне рішення», що передбачатиме статтю 108-1 з аналогічною назвою; Особливу ча-

стину – новою статтею 344-1, що встановлює відповідальність за невиконання Правильного рішення; зміни до статті 216 КПК, якими встановлюється підслідність НАБУ щодо розслідування кримінальних правопорушень за новою статтею 344-1 КК України [4].

Водночас у проєкті Кримінального кодексу (КК) України (станом на 25.07.2021 р.) пропонується відобразити в Прикінцевих та перехідних положеннях аналогічні за змістом з першим проєктом норми щодо політико-правового рішення [5].

У цілому необхідно підтримати саму ідею захисту прав людини та, нарешті врахування пропозицій науковців щодо удосконалення закону про кримінальну відповідальність [1]. Однак, на нашу думку, окремі положення таких пропозицій, потребують як уточнення, так і відповідних змін.

1. Вказані законопроєкти, на нашу думку, намагаються вирішити проблему неефективності сучасної системи правосуддя. Якщо правосуддя в таких справах здійснювалось без затримки і було б ефективним, то проблема прийняття специфічного «політико-правового рішення» чи «правильного рішення» взагалі би не виникла. Однак законопроєкти не усувають причин, а намагаються неконституційними засобами (Конституція України не передбачає таких повноважень Президента України) вирішити наявну проблему обміну українських громадян [6]. До того ж вказані законопроєкти пропонують запровадити дублювання вже існуючого правового інституту — помилування, однак не вирішують питання співвідношення між цими поняттями.

2. Другий законопроєкт пропонує новий кримінально-правовий захід – Правильне рішення. Це рішення Президент України може ухвалювати як винятковий управлінський захід. «Правильне рішення має своїм завданням правове забезпечення реалізації повноважень Президента, які прямо не визначені Конституцією України, але є необхідними з огляду на політичну доцільність та запит суспільства на рішучі реформи та з інших питань. ...Правильне рішення, ухвалене Президентом України, є обов'язковим, остаточним і оскарженню не підлягає» [7]. Таке формулювання змісту «правильного рішення» не витримує жодної критики, оскільки, по-перше, не відповідає Конституції України; по-друге, використання оціночних ознак розширює настільки межі такого рішення, що може призвести до узурпації влади.

3. Також прослідковується певна дискусійність змісту, який викладений в першому проєкті та проєкті КК: «Положення цієї статті поширюються на громадян України, іноземців та осіб без громадянства, які на законних підставах захищали незалежність і територіальну цілісність України, зокрема брали участь в антитерористичній операції (АТО) або операції Об'єднаних сил (ООС)». По-перше, законопроєкти не дають відповіді, як оцінювати діяльність представників добровольчих підрозділів, які через невизначений державою їх правовий статус можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності, зокрема за участь в не передбачених законом збройних формуваннях. По-друге, законопроєкти, на нашу думку, звужують можливості для обміну та повернення наших громадян, оскільки ми не зможемо повернути через вказаний механізм політичних в'язнів-громадян України, які незаконно утримуються чи засуджені в РФ (наприклад, вони не захищали незалежність і територіальну цілісність України).

На підставі викладеного, можна зробити такі висновки: 1) у такій редакції норми вказаних законопроєктів не можуть бути схвалені Верховною Радою України; 2) треба внести відповідні зміни (наприклад, за рахунок розширення можливостей застосування інституту помилування) до Положення про порядок

здійснення помилювання, КК та КПК України щодо нормативного оформлення процедури обміну українських громадян; 3) потребує завершення судової реформи, яка повинна вплинути на реальні причини такої ситуації.

Список використаних джерел:

1. Музика А. А. Політико-правове рішення як винятковий кримінально-правовий захід: актуальна проблема, що потребує законодавчого регулювання // Кримінально-правове регулювання та забезпечення його ефективності: матеріали міжнар. наук. практ. конф., м. Харків, 18–19 жовт. 2018 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків: Право, 2018. С. 115–118.
2. Рудько М. Українські полонені: у заручниках правової невизначеності // Судово-юридична газета. 29.01.2018. URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/114276-ukrayinski-poloneni-u-zaruchnikakh-pravovoyi-neviznachenosti>
3. Про внесення змін і доповнень до Кримінального кодексу України: Пояснювальна записка на проект Закону України № 5672 від 18.06.2021. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72284
4. Про внесення змін і доповнень до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України: Пояснювальна записка на проект Закону України № 5672-1 від 24.06.2021. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72348
5. Кримінальний кодекс: проект. Контрольний текст. Станом на 25.07.2021. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/08/12/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-25-07-2021-1.pdf>
6. Чабаненко О. Щодо законопроектів про політико-правові рішення та про заборону на зупинення санкцій РНБО // Український Інститут Майбутнього, 2021. URL: <https://uifuture.org/publications/shhodo-zakonoproektiv-pro-polityko-pravovi-rishennya-ta-pro-zaboronu-na-zupynennya-sankcij-rnbo/>
7. Про внесення змін і доповнень до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України: проект Закону України № 5672-1 від 24.06.2021. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72348

*Мирошниченко Н.А.,
професор, к.ю.н.,
професор кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»*

*Басалюк Н.В.,
аспірант кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»*

НЕПОВНОЛІТНІ І МОЛОДІ ДЕЛІКВЕНТИ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ВИДІВ ПОКАРАНЬ

Кримінальне право і кримінальне законодавство завжди приділяли особливу увагу неповнолітнім правопорушникам. Неповноліття, молодість суб'єкта кримінального правопорушення в різний історичний час розглядалися підставою пом'якшення чи звільнення від покарання.

Відповідно до ч.1 ст.22 КК, «кримінальній відповідальності підлягають особи, яким до вчинення кримінального правопорушення виповнилося шістнадцять років»; ч.2 ст.22 КК наводить вичерпний перелік кримінальних правопорушень (насильницьких та майнових), за вчинення яких особа може притягуватися до кримінальної відповідальності вже з 14-ти років. У проекті КК нижня межа віку кримінальної відповідальності залишається на рівні 14-ти років, натомість, верхню межу для неповнолітніх і молодих правопорушників встановлено на рівні 21-го року. На нашу думку, зважаючи на існуючі періодизації психічного та особистісного розвитку, такий підхід є обґрунтованим. Учені-психологи говорять про так званий «онтогенетично-своєрідний період 11-21 років», який визнається «одним із найскладніших у житті людини, оскільки саме на даному етапі індивід переходить на якісно новий ступінь свого розвитку, тобто переходить з положення «дитина» в положення «дорослий» [1]. У проекті КК знайшла своє відображення і відповідна термінологія: малолітні особи – особи, які не досягли 14-річного віку (п.27 ст.1.3.1) не є суб'єктами кримінальної відповідальності; згідно з п.33 ст.3.1.3 проекту КК, «неповнолітня особа – особа, яка досягла 14-річного віку, але не досягла 18-річного віку», а, відповідно до п. 28 ст.3.1.3 проекту КК, «молода особа – особа, яка досягла 18-річного віку, але не досягла 21-річного віку».

На відміну від чинного КК, який встановлює усічений перелік покарань для неповнолітніх у ст.98 КК, у проекті КК перелік покарань за вчинення кримінальних правопорушень і для повнолітніх, і для неповнолітніх однаковий, але з певними умовами для останніх. У ч.1 ст.3.10.3 проекту КК зазначено, що 1) «штраф і грошове стягнення застосовується до неповнолітньої або молодшої особи, якщо вона має самостійний дохід або власне майно, на яке може бути звернене стягнення;

2) ув'язнення на певний строк призначається особі, яка вчинила злочин у віці до 18 років, на строк не більше 20 років: а) за злочини 9 і 10 ступенів; б) за сукупністю злочинів; в) за сукупністю вироків за злочини». У ч.3 ст.3.10.2 проекту КК зроблено вказівку, що «довічне ув'язнення не призначається особі, яка вчинила злочин у віці до 21 року». Відповідно до ч.2 ст.3.1.8 проекту КК, «безоплатні роботи призначаються судом на строк від 1 до 3 місяців та відбуваються: а) засудженим, який досяг 18 років і має постійне місце роботи або навчається за

очною формою – 30 годин на місяць, але не більше ніж 4 години на день; б) який досяг 18 років, але належить до незайнятого населення – 60 годин на місяць, але не більше ніж 4 години на день; в) який не досяг 18 років – 20 годин на місяць, але не більше 2 години на день». Відповідно до ч.3 ст.3.1.10 проекту КК, «арешт не може бути призначений особі віком до 16 років». З огляду на зазначене, можна визначити потенційну систему покарань для неповнолітніх та молодих осіб: 1.Покарання за злочини:

1) штраф; 2) ув'язнення на певний строк. 2.Покарання за проступки: 1) грошове стягнення; 2) безоплатні роботи; 3) обмеження свободи пересування; 4) арешт. Також зазначимо, що автори проекту КК не вирішили проблему, що є й у чинному КК, коли арешт до 16 років не призначається, натомість ув'язнення на певний строк вікових обмежень не містить. Існують й інші проблеми; зокрема, зауваження викликає сама побудова норм – юридична техніка, яка, окрім змістовних, мовних правил, повинна відповідати правилам логічним і структурним. Окрім того, у запропонованому проекті КК Розділ 3.10 «Особливості застосування кримінально-правових засобів щодо особи, яка вчинила кримінальне правопорушення у неповнолітньому або молодому віці» містить згадану вже ст.3.10.3 «Покарання щодо неповнолітньої або молоді особи», яка вказує на три види покарань: штраф і ув'язнення на певний строк, що передбачено за злочини і грошове стягнення, яке передбачено за проступки. Ця норма може бути витлумачена і таким чином, система покарань для неповнолітніх передбачає лише три види цих покарань; водночас особливості застосування безоплатних робіт для неповнолітніх і молодих осіб уміщено у Розділ 3.1 «Покарання». Таким чином, перелік видів покарань для всіх однаковий (за винятком довічного ув'язнення); однак існують особливості – частина особливостей вказана у загальному розділі щодо покарання, частина – в окремому розділі. Такий підхід порушує і мовні правила юридичної техніки, адже не забезпечує вимогу ясності юридичного матеріалу, а отже, є не простим, не зрозумілим, робить цей юридичний текст відкритим для інших інтерпретацій. Правила логіки при побудові нормативно-правових актів вимагають узгодженості різних його частин і послідовності міслених операцій. Вважаємо, що для забезпечення ефективного засвоєння інформації необхідне узгодження цих частин потенційного законодавства. Воно може бути досягнуте двома шляхами: 1) взагалі не виділяти Розділ 3.10 проекту КК, а його елементи умістити в інших розділах проекту КК; 2) виокремити перелік видів покарань для неповнолітніх і молодих осіб окремою частиною у ст.3.10.3 проекту КК.

Попри наявність обнадійливого набору засобів безпеки і засобів пробації, пластичність системи покарань видається дещо паралізованою, що у контексті покарань неповнолітніх викликає особливу стурбованість. Обмеження волі є менш суворим видом покарання, ніж ув'язнення; тому вважаємо, що обмеження волі необхідно включити до переліку видів покарань із можливістю його застосування з 14 років, встановивши фізично посильні для неповнолітніх і молодих осіб роботи, обмежені в часі. Концептуально це покарання втілюється як засіб пробації під назвою *обмеження пробаційного арешту*, «є частковою ізоляцією особи від суспільства шляхом виконання нею обов'язку у вихідні, святкові дні та/або у нічний час у будні дні: а) не залишати житло, яке є місцем її проживання (домашній пробаційний арешт), або б) перебувати в установі виконання покарань (пенітенціарний пробаційний арешт)» (ст.3.4.7. Проекту КК), замість того, аби залишити обмеження волі як складову частину покарань, відбувається зайве делегування функції *покарання* пробаційним засобам, основною функцією яких повинен бути *нагляд*. Те саме стосується і безоплатних (у чинному КК – громадських робіт), які залишилися як покарання за проступки і пробаційний засіб, в

*Светлічний І.В.,
аспірант Інституту держави і права
імені В. М. Корецького, адвокат,
секретар Комітету захисту прав людини
Національної асоціації адвокатів України*

ВІДНОВНЕ ПРАВОСУДДЯ В ПРОТИДІЇ ЗЛОЧИННОСТІ НЕПОВНОЛІТНІХ

Сьогодні покарання неповнолітніх саме собою не досягає мети виправлення правопорушника. Існує більш ефективний спосіб одночасного забезпечення інтересів і потерпілого, і правопорушника. Таким способом є відновне правосуддя [1]. У багатьох народів світу існували практики вирішення ситуацій, які сьогодні закон визначає як правопорушення (злочин). Традиційно люди розуміли відповідальність як процес, який походить від слова “відповідь”.

Впровадження принципів відновного правосуддя сприятиме максимальному виведенню неповнолітніх правопорушників з кримінального процесу та запобігання скоєнню ними повторних злочинів [2].

За визначенням професора О.М. Костенка, “держава має сприяти вихованню нового покоління громадян, створюючи у суспільстві умови для узгодження їхньої волі і свідомості із законами соціальної природи” [3, с. 41].

До законодавства більшості розвинутих країн світу імплементований значно вищий, ніж в Україні вік, до якого молода людина має право на особливе піклування та підтримку [4].

Відповідні пропозиції містяться в проекті нового Кримінального кодексу, наприклад, у дослідженнях О. П. Гороха, робочої групи з питань розвитку кримінального права, що діє у складі Комісії з питань правової реформи при Президентові України [5]. Окрім вищезначеного, 2019 року набула чинності «Програма відновлення для неповнолітніх підозрюваних у вчиненні злочину», мета якої забезпечення відшкодування заподіяної шкоди, максимальне виведення неповнолітніх правопорушників з кримінального процесу та запобігання скоєнню ними повторних злочинів. Правова основа цієї програми – спільний наказ Міністерства юстиції України та Генеральної прокуратури № 172/5/10 від 21.01.2019 року.

У різних країнах світу існують різні підходи до віку настання кримінальної відповідальності. В Україні відповідальність за кримінальні правопорушення, злочини, згідно з частиною другої статті 22 КК України, настає для дитини вже з 14 років [6]. З 11 років до 14 (у відповідних випадках до 16) років, тобто до настання віку кримінальної відповідальності; до дитини, яка вчинила злочин, але не є суб'єктом злочину внаслідок віку, можуть бути застосовані примусові заходи виховного характеру.

Згідно з дослідженнями автора, звільнення від кримінальної відповідальності за статтями 45-48 КК України та звільнення від кримінального покарання за статтею 105 КК України успішно застосовуються, якщо таке звільнення є найкращим для конкретного неповнолітнього [7].

Комітет ООН з прав дитини в зауваженнях загального порядку № 10 (2007 р.) щодо захисту прав дітей у правосудді щодо неповнолітніх відзначає, що багато держав-учасниць усе ще мають пройти довгий шлях до досягнення повної відповідності, наприклад, у сфері процесуальних прав, впровадження заходів

щодо роботи з дітьми, які перебувають у конфлікті із законом, не вдаючись до судочинства, використання позбавлення волі лише як крайньої міри та профілактику вступу дітей у конфлікт із законом [8].

Закріплення в законодавстві загальних засад (принципів) відновного правосуддя, збільшення віку настання кримінальної відповідальності, уведення до чинного законодавства поняття «молоді люди» (віком до 21 року) та впровадження в законодавство можливостей для звільнення молодих людей від кримінальної відповідальності або покарання в разі вчинення ними окремих тяжких злочинів може обґрунтувати цінність відновного правосуддя в протидії злочинності неповнолітніх.

Отримані результати можуть бути використані в різних сферах: у науково-дослідній сфері – як підґрунтя для подальших наукових розробок і досліджень проблем звільнення від відповідальності неповнолітніх; у навчальному процесі – під час викладання кримінального та кримінально-виконавчого права, а також інших навчальних дисциплін, підготовки підручників, навчальних посібників, коментарів; у правотворчості – під час удосконалення нормативних положень; у правозастосовній діяльності – під час застосування норм про звільнення від відповідальності неповнолітніх, а також у процесі узагальнення судової практики.

Список використаних джерел:

1. Інститут миру і порозуміння URL: <https://rj.org.ua/>.
2. Актуальні питання захисту неповнолітніх у кримінальних провадженнях при відсутності законного представника Або що заважає відновному правосуддю? URL: <https://www.hsa.org.ua/blog/aktualni-pytannya-zahystu-nepovnolitnih-u-kryminalnyh-provadhennyah-pry-vidсутnosti-zakonного-predstavnyka-abo-shho-zavazhaye-vidnovnomu-pravosuddyu/>
3. Костенко О. М. Соціальний натуралізм. Про соціальну природу та її закони.— Івано-Франківськ : Петраш К. Т., 2019. – 72 с.
4. Комітет НААУ захисту прав людини провів круглий стіл на тему: «Досвід застосування відновного правосуддя у країнах Європи: погляд адвоката» URL: <https://unba.org.ua/news/print/5707-komitet-naau-zahistu-prav-lyudini-proviv-kruglij-stil-na-temu-dosvid-zastosuvannya-vidnovnogo-pravosuddya-u-krainah-evropi-poglyad-advokata.html>
5. У НААУ відбулося фахове обговорення Загальної частини проекту нового КК України URL: <https://unba.org.ua/news/print/5961-u-naau-vidbulosya-fahove-obgovorennya-zagalnoi-chastini-proektu-novogo-kk-ukraini.html>
6. Кримінальний кодекс України URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>
7. Хроніки успішних та/або резонансних справ за участі адвокатів системи БВПД URL: <https://www.legalaid.gov.ua/publikatsiyi/hroniky-uspishnyh-ta-abo-rezonansnyh-sprav-zachasti-advokativ-systemy-bvpd/>
8. У НААУ відбулося фахове обговорення ключових пріоритетів розбудови цілісної ефективної системи захисту прав та інтересів дитини в Україні URL: <https://unba.org.ua/news/6050-u-naau-vidbulosya-fahove-obgovorennya-klyuchovih-prioritetiv-rozbudovi-cilisnoi-efektivnoi-sistemi-zahistu-prav-ta-interesiv-ditini-v-ukraini.html>

УДОСКОНАЛЕННЯ ПОЛОЖЕНЬ ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ ПРОЄКТУ КК УКРАЇНИ

Савінова Н.А.,
д.ю.н., с.н.с.

ПРО МІСЦЕ «ГІДНОСТІ ЛЮДИНИ» В ОСОБИВІЙ ЧАСТИНІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

Величезна подяка В.К.Гришуку за цю «Еврику!»

Уся система правового регулювання фактично спрямована на забезпечення соціальної цінності «людина», а в Конституції України «честь та гідність» людини стоять на одному рівні з життям, здоров'ям, недоторканістю та безпекою. Україною ратифіковано безліч міжнародних актів, спрямованих на «олюднення» пострадянської доктрини права, але без розуміння реальної сутності того, як треба захищати найвищу після життя цінність людини – її свідомість. І навряд чи може стати зрозумілим «ЯК» захищати «ЩОСЬ», коли це саме «щось» досі лишається terra incognita для права.

Отже, що ж саме є головним для захисту свідомості людини від деструкції її «людських» показників: «честь» чи «гідність»?

1) У Конституції, у назвах розділів КК, у підходах до оцінки особистості з точки зору проєкту КК. Хоча обидва ці терміни пов'язані між собою, а водночас вони різні: «гідність» - бачення людиною своїх власних якостей (внутрішній погляд), а «честь» – бачення людиною соціальної оцінки себе (уявлений людиною зовнішній погляд на неї). І тому ці складові особистості не тотожні, і, аналізуючи їх, треба вирізнити їх, розуміти їх дихотомію.

2) Обидва ці феномени перебувають в свідомості людини, утворюючи її самооцінку, і лише деякі з посягань можуть досягти такого рівня, що стануть очевидними через шкоду емоційному (психологічному або психічному) здоров'ю людини чи її життю або відіб'ються на її символічному капіталі (при ушкодженні її честі).

3). Оскільки гідність людини залежить від її особистісного самосприйняття, а феномен честі залежить від відчуття гідності, честь є похідним від гідності явищем. Адже честь як суб'єктивне бачення соціальної оцінки є похідним і далеко не завжди об'єктивним явищем, яке безпосередньо залежить від феномену гідності конкретної людини.

Водночас і в тезаурусі права, і в кримінального прижився термін «честь»: посяганнях на «честь судді», «честь офіцера». Але ж «честь» – поняття відносне і доволі уявне, адже залежить від суб'єктивної «гідності», воно є вторинним у порівнянні з поняттям «гідності», оскільки базується на останньому.

Під час роботи з оновлення кримінального права, напевно, у цілому треба виходити з того, що кримінальне право та його справедлива реалізація, насамперед, захищає гідність кожної людини в суспільстві: усі ми уявляємо що ми, наші близькі, суспільство, досягнення і здобутки цінні і безкарні «удари» по цій уяві спотворюють нашу гідність.

Однак є і інший важливий підхід – це належне визначення і групування діянь, що завдають шкоди гідності людини.

Насамперед, до цього списку мають бути включені всі діяння, які є формами харасменту, шовінізму та домашнього насильства. Фактично весь обсяг харасменту спрямований саме на спотворення гідності людини, і безпосереднім об'єктом діянь цих трьох доволі великих груп є гідність людини.

Зараз і в проєкті міститься Розділ 4.5 «Злочини проти волі і гідності людини», де нема жодного злочину, безпосереднім об'єктом якого була б гідність. Водночас діяння, спрямовані на гідність, містяться в розділах: 4.7 «Злочини та проступки проти сім'ї, дітей та вразливих осіб» (ст. 4.7.3 «Домашнє насильство» - злочин» та ст. 4.7.13 «Домашнє насильство, що не спричинило наслідків для потерпілої особи»); ст. 4.12 «Злочини та проступки проти рівноправності та інших політичних прав громадян» (с. 4.12.4 «Дискримінація»).

Але очевидно, що логічне розміщення їх у межах одного Розділу «Злочини та проступки проти гідності людини» було б доцільне через доволі великий перелік таких діянь:

1. До цієї груп належать усі альтернативні діяння, які описані в ст. 4.7.3, мають єдину мету – вплив на гідність людини через аб'юз. І вони мають бути зібрані в межах відповідного розділу «Проступки та злочини проти гідності людини». Водночас вони всі повинні мати різний ступінь тяжкості; кожний з трьох передбачених альтернативних видів насильства має свою специфіку і відбивається на жертві неоднаково. Окрім того, це не злочини проти сім'ї та дітей: у таких відносинах сім'я (як домогосподарство) саме і є середовищем, що обумовлює можливість вчинення такого насильства.

2. Дискримінація так само, як і домашнє насильство, спрямована на приниження гідності жертви. Усі її види - від гендерного шовінізму до расизму - мають єдиний спільний об'єкт, а розрізняються за додатковими. Водночас усі вони різні за характером саме додаткового об'єкта, і соціальна шкода від них різна, тому це має впливати на їх відмежування і встановлення неоднакових ступенів тяжкості.

3. Окрім зазначеного, на рівні КК має бути описаний також і булінг, який «потягнув» наслідки та сталкінг, поєднаний з домаганням або психічним тиском.

ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ЗАГАЛЬНОГО ПОНЯТТЯ ПОГРОЗИ В КК УКРАЇНИ

На відміну від деяких зарубіжних КК, в кримінальному законодавстві України не міститься загального визначення погрози. Тому про неї можна вести мову лише на рівні конкретних видів погроз, передбачених в Особливій частині КК. Самостійне вивчення даних видів погроз дозволяє виокремити суттєві їх ознаки.

Зараз кількість погроз, що передбачені в законі як окремі кримінальні правопорушення, налічується дванадцять складів. Тому задля уніфікації закріплення погроз у кримінальному праві можна вважати доцільним введенням загального поняття погрози в КК України за прикладом деяких зарубіжних КК. Саме таке рішення має місце, наприклад, у КК Австрії, Угорщини, Бельгії, Польщі та ін. Так, згідно з п.5 §74 КК Австрії, «небезпечна погроза» — це погроза, пов'язана з посяганням на фізичну цілісність потерпілого, його свободу, честь чи майно, що здатна викликати в потерпілого почуття обгрунтованої стурбованості з урахуванням відносин і його індивідуальних особливостей або значущістю безпеки, незалежно від того, спрямована безпека проти самої особи, проти його родичів або проти інших осіб, які перебувають під його захистом або йому близьких». У п.7 ст.459 КК Угорщини «погроза» означає, якщо не передбачено інше, заяву про намір викликати значну шкоду, щоб змусити людину, яка зазнала погрози, злякатися такої заяви. У ст.483 КК Бельгії зазначено, що під погрозою розуміється усі засоби морального примушування через страх перед неминучим злом. «Протизаконною погрозою» щодо § 12 ст.115 КК Польщі є як погроза, про яку йдеться в ст. 190, так і погроза розпочати кримінальне переслідування чи розголосити відомості, що ображають честь того, кому погрожують, або найближчих йому осіб.

Дана пропозиція у вітчизняному праві не нова, вона вже має свою підтримку серед науковців [1, с.223; 2, с.11]. Тут треба мати на увазі, що визначення загального поняття погрози повинне враховувати тенденції та закономірності суспільства, динаміку еволюції законодавства, а також досвід відповідальності за погрозу як в історії вітчизняного кримінального права, так і за кордоном. З урахуванням цих вимог загальне поняття погрози може представляти теоретичний і практичний інтерес. Воно дозволить систематизувати основні уявлення про погрозу на різних рівнях узагальнення: загального поняття і видових відмінностей за принципом «загального» і «особливого», надасть можливість належним чином визначити місце погрози серед суміжних кримінально-правових понять.

Водночас воно дозволить уніфікувати вживану в законі термінологію. Окрім того, таке рішення надасть можливість для більш чіткого і точного опису конкретних видів погроз, виключить їх різне тлумачення. Нарешті, загальне поняття погрози важливе і в правозастосовчій практиці при кваліфікації вчиненого, а також для попередження вчинення тяжких насильницьких кримінальних правопорушень.

З урахуванням ознак, що відносяться до числа об'єктивних, таких як: залякування, дійсність, реальність (загальні ознаки); зміст і форма, момент передбачуваного виконання, інтенсивність вираження (індивідуальні, особливі ознаки), - є можливим запропонувати визначення (дефініцію) загального поняття погрози. Для цього необхідно абстрагуватися від інших ознак погрози, зосередивши увагу лише на сутнісних, без яких вона не може бути визнана кримінально-караною. У зв'язку з цим, загальні ознаки (залякування, дійсність і реальність) повинні знайти своє відображення в формулюванні поняття погрози [3, с.15,16].

Перш за все, у визначенні необхідно вказати на «залякування». Саме цей термін найбільш широко використовується в спеціальній літературі та рішеннях судової практики для розкриття змісту погрози в кримінальному праві [4, с.11]. Це дозволить встановити відмінність погрози від фізичних способів впливу на потерпілого, зокрема і будь-якого впливу «позаінформаційного» (наприклад, електронна стимуляція та ін.).

У міжособистих відносинах залякування є передачею погрозливих відомостей, що виключає самозалякування, яке суперечить йому по суті. Тим самим підкреслюється обов'язковість впливу саме на іншу особу. Водночас цей показник свідчить, що погроза спрямована на ураження свідомості і волі того, кому погрожують, викликаючи в ньому побоювання (занепокоєння, страх), пояснює персоніфікований характер дії. Залежно від змісту і форми залякування, моменту передбачуваного виконання, інтенсивності вираження, воно свідчить про ступінь цього страху відносно безпеки правоохоронюваних благ. Вина у формі умислу як загальна ознака погрози спеціального (буквального) виділення у визначенні не потребує, тому що вона ідеально випливає зі змісту (природи) самого «залякування». Зайвою є вказівка й на мету погрози, яка означає, що залякування може бути тільки з прямим умислом. Далі у визначенні потрібно відобразити ознаку «дійсності» погрози, що відмежовує кримінально-карну погрозу від «уявного» залякування, що показує її існування в зовнішньому світі, а не в уяві потерпілого. У запропонованій дефініції «дійсність» погрози треба виділити словами «виражене зовні».

Окрім того, обов'язковим у визначенні є вказівка на «реальність» погрози, тобто на здатність погрози викликати обґрунтоване побоювання заподіяння шкоди. «Нереальні» погрози не становлять інтересу з кримінально-правової точки зору. Характер же збудження в потерпілого побоювання, як наслідок факту залякування, повинен підтверджуватися об'єктивною ситуацією, що склалася. Звідси зрозуміла важливість установлення обґрунтованості, а не легковажності побоювання заподіяння шкоди. Уточнення типу і різновиду шкоди, якою погрожують (фізична, моральна, матеріальна та ін.), не є доцільним з огляду на те, що, вказуючи на родові поняття «шкода», тим самим припускається наявність і відповідних його видів.

Нарешті, сказане дозволяє стверджувати, що погроза в кримінальному праві – це виражене зовні залякування, яке здатне викликати обґрунтоване побоювання заподіяння шкоди. Однак варто підкреслити, що будь-яке визначення формальне, тому що логічна дефініція (абстракція) вужча за значенням фактичної реальності, яку вона відображає. Визначення, узятє окремо, не в змозі вичерпно охоплювати саме явище (погрозу) в повному обсязі з урахуванням її розвитку та всебічних зв'язків. Це завдання вирішується розглядом видових особливостей різних погроз, передбачених в Особливій частині КК.

Список використаних джерел:

1. Див. напр.: Панов М.І. Проблеми методології науки кримінального права: вибрані наукові праці.- Харків: Право, 2018.- 472с..
2. Дітріх О.І. Насильство у складах корисливих посягань на власність за кримінальним правом України: Автореф. дис. на здобуття наук. ступеня к.ю.н.: 12.00.08. - Київ, 2009.-15 с..
3. Самощенко І.В. Відповідальність за погрозу в кримінальному праві України (поняття, види, спірні проблеми).- Автореф. дис. на здобуття наук. ступеня к.ю.н.- Харків, 1997.- 23с..
4. П.12 Постанова Пленуму Верховного Суду України №10 від 06.11.2009. «Про судову практику у справах про злочини проти власності» // Вісник Верховного Суду України.-2009.- №12.-С.9-16.

*Забуга Ю.Ю.,
к.ю.н., асистентка кафедри
кримінального права №1 Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого,
старша наукова співробітниця
Науково-дослідного інституту вивчення
проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса*

ОБСТАВИНИ, ЯКІ ПІДВИЩУЮТЬ ТЯЖКІСТЬ ВБИВСТВА ЗА ПРОЄКТОМ НОВОГО КК УКРАЇНИ : ПИТАННЯ ДО РОЗДУМІВ

Однією з новел проекту нового Кримінального кодексу України (далі – проекту КК) стала уніфікація обставин, що обтяжують покарання, та обставин, що обтяжують відповідальність (т.зв. кваліфікуючі ознаки), а також визначення коефіцієнту їх впливу на санкції статей Особливої частини КК. Таким чином, нам пропонується «компактна» Особлива частина, яка містить склади злочинів та проступків із базовою санкцією. У Загальній же частині КК з'явилися ст.ст. 2.1.12-2.1.16, що регламентують переліки обставин, які збільшують або знижують тяжкість будь-якого злочину, а також ст. 2.1.18, яка містить алгоритм або правила врахування цих обставин при визначенні ступеня тяжкості злочину в конкретному випадку. Водночас на початку розділів Особливої частини КК заплановані норми, які міститимуть такі обставини, які знижують чи підвищують тяжкість лише тих злочинів, що розташовані в межах даного розділу, а тому не можуть бути включені до статей 2.1.13-2.1.16. У цілому такі зміни варто оцінити позитивно, оскільки в майбутньому це, по-перше, унеможливить законодавче «свавілля», за якого майже кожні зміни до положень Особливої частини КК призводили б до розбалансування системи санкцій, а по-друге, призведе певною мірою до обмеження суддівської дискреції при призначенні покарання.

Оскільки ч. 1 ст. 3 Конституції України проголошує життя і здоров'я людини однією із найвищих соціальних цінностей, то, перш за все, було цікаво з'ясувати, як працюватиме система обставин, які здатні підвищити тяжкість такого злочину, як вбивство (ст. 4.1.4 проекту КК).

Так у п. «и» ч. 1 ст. 2.1.16 проекту КК передбачена така обставина, що підвищує тяжкість злочину на 1 ступінь, як його вчинення «з використанням зброї або іншого предмета, спеціально призначеного чи заздалегідь підготовленого для заподіяння шкоди життю або здоров'ю людини». Положення ч. 1 ст. 2.1.17 проекту про те, що «якщо у статті Особливої частини як ознака основного складу злочину передбачена ознака, зазначена у статтях 2.1.13-2.1.16 чи статтях — книг 4-9 цього Кодексу, вона а) не враховується як ознака складу злочину, яка підвищує тяжкість злочину», ніяк не поширюється на випадки врахування цієї обставини під час вчинення вбивства, оскільки застосування перелічених у п. «и» ч. 1 ст. 2.1.16 проекту КК предметів на сьогодні не є ознакою складу злочину, закріпленого в ст. 4.1.4 «Вбивство».

Визнання цієї обставини своєрідною кваліфікуючою ознакою для вбивства, за проектом КК, є новелою, оскільки про неї не згадується в ч. 2 ст. 115 чинного КК України. Не визнавалася вона такою, що обтяжує покарання і за ч. 1 ст. 67 КК України. Видається, що використання зброї або іншого предмета, спеціально призначеного чи заздалегідь підготовленого для заподіяння шкоди життю людини під час вбивства, не повинно впливати на підвищення тяжкості цього злочи-

ну з таких міркувань. По-перше, наявність цієї обставини під час заподіяння смерті людини аж ніяк, на мою думку, не свідчить про збільшення обсягу заподіяної шкоди або про те, що така шкода заподіюватиметься двом різним об'єктам, що матиме місце під час наявності інших обставин, передбачених у статтях 2.1.15 та 2.1.16 проекту КК. Потерпілому байдуже, за допомогою якого предмета його позбавлятимуть життя: кухонного чи фінського ножа або каменя, підбраного на місці злочину. Але, визнаючи використання предметів, перелічених у п. «и» ч. 1 ст. 2.1.16 КК, обставинами, які збільшують тяжкість злочину, ми *de jure* визнаємо особу, яка вчиняє вбивство за допомогою холодної чи вогнепальної зброї або кухонного ножа, заздалегідь заготовленого, більш небезпечною, ніж винного, який задушив чи втопив іншу людину або забив її на смерть під час бійки без використання таких предметів. По-друге, не можна визнавати обставинами, що збільшують ступінь тяжкості злочину, ті, які є *типovими* для *злочинів певного виду*, тобто такі чинники, що досить часто супроводжують їх вчинення в реальному житті. Аналіз 100 обвинувальних вироків судів І інстанції за ч. 1 ст. 115 КК України, постановлених в період від 01.08 до 30.09.2021 р., свідчить про те, що лишеву 24 випадках вбивство вчинялось без використання сторонніх предметів, тоді як у 76 випадках для позбавлення життя потерпілого використовувалися речі матеріального світу (вогнепальна чи холодна зброя, кухонні ножі, молотки, викрутки). І в 52 випадках використання таких речей матеріального світу має враховуватися як обставина, передбачена в п. «и» ч. 1 ст. 2.1.16 КК. По-третє, визнання обставиною, яка збільшує тяжкість вчиненого злочину на 1 ступінь, використання під час вбивства «предмета, заздалегідь підготовленого для заподіяння шкоди життю людини» (п. «и» ч. ч. 1 ст. 2.1.16 проекту КК), свідчить про те, що ми збільшуємо караність у випадках, коли умисел на заподіяння смерті іншій людині виник у суб'єкта цього злочину заздалегідь. Тоді постає питання, чому ми не підвищуємо караність осіб, які вчинятимуть інші умисні злочини за наявності заздалегідь обдуманого умислу, наприклад, крадіжки, грабежі чи інші корисливі злочини проти власності? Відбувається неоднакове юридичне врахування одних і тих чинників під час вчинення різних кримінальних правопорушень, що, звісно, є неприпустимим.

Отож, більш прийнятним є підхід, обраний законодавцем за чинним КК України, згідно з яким, обтяжуючими відповідальність обставинами умисного вбивства визнається лише використання таких знарядь вчинення злочину, які або свідчать про особливу жорстокість винного, або створюють реальну загрозу для життя інших людей (т.зв. спосіб небезпечний для життя багатьох осіб).

У п. «т» ч. 1 ст. 2.1.16 проекту нового КК передбачена така обставина, яка підвищує, зокрема, і тяжкість умисного вбивства на 1 ступінь, як його вчинення з мотивів статі. Водночас аналіз як вітчизняної, так і зарубіжної літератури свідчить про те, що, починаючи від 70-х років XIX ст. у літературі відбувається розмежування таких понять, як «стать» («sex») та «гендер» («gender») [Див.: 1; 2; 3]. Стать – це біологічна категорія (сполучення генів та геніталій або дородовий, підлітковий і дорослий гормональний набір), тоді як гендер – це характеристики людини з точки зору психологічних, соціальних та культурних особливостей або гендерна ідентичність, під якою розуміються усвідомлення індивідом своєї статевої належності, переживання ним своєї маскулітності/фемінності та готовність виконувати визначену статеву роль [4, с. 7]. Цілком можливо уявити ситуацію, коли саме гендерна дискримінація буде мотивом для позбавлення життя людини. Як і позбавлення життя з мотивів статі, мотив гендерної ідентичності також має визнаватися обставиною, яка збільшує тяжкість вбивства на 1 ступінь. Поза увагою проекту КК залишаються і випадки позбавлення життя т.зв.

«сексуальних меншин», тобто осіб, які мають іншу «нетрадиційну» сексуальну орієнтацію. Ці випадки не можуть визнаватися обставиною, яка передбачена в п. «с» ч. 1 ст. 2.1.16 КК – «вчинення злочину з мотиву расової, національної чи релігійної ворожнечі», а тому ця прогалина також потребує свого усунення. Отож, обставинами, які підвищують тяжкість вбивства на 1 ступінь, має визнаватися його вчинення з мотиву сексуальної орієнтації потерпілої особи чи її гендерної ідентифікації.

Підсумовуючи вищевикладене, пропоную розділ 4.1 доповнити двома новими нормами:

«Стаття XX. Ознаки складу злочину, які не підвищують ступінь тяжкості злочину, передбаченого статтею 4.1.4 Вбивство

Не визнається обставиною, яка підвищує на один ступінь тяжкості злочину, передбаченого статтею 4.1.4 «Вбивство» цього Розділу обставина, передбачена в п. «и» ч. 1 ст. 2.1.16 цього Кодексу.

«Стаття XX. Ознаки складу злочину, які підвищують на один ступінь тяжкість злочину, передбаченого статтею 4.1.4 Вбивство

Ознаками складу злочину, яка підвищує на один ступінь тяжкість злочину, передбаченого статтею 4.1.4 цього Кодексу, є його вчинення:

- а) з мотиву сексуальної орієнтації потерпілої особи;
- б) з мотиву гендерної ідентифікації потерпілої особи».

Список використаних джерел:

1. Ліончук Р. Термін «гендер» у науковому дискурсі: вітчизняний та зарубіжний підходи. Нова педагогічна думка. 2013. № 2. С. 66-70.
2. Марценюк Т. Гендер для всіх. Виклик стереотипам. Київ : [Основи], 2017. 254 с.
3. Hammersley M. Sex and Gender. In book: Troubling Sociological Concepts. August 2020. DOI: 10.1007/978-3-030-51644-4_6.
4. Галустьян Ю.М., Новицька В.П. Деякі аспекти гендерної ідентифікації та соціалізації особистості. Український соціум. 2004. № 1 (3). С. 7-13.

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЗАХОПЛЕННЯ ЗАРУЧНИКІВ У ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ

Розділ 4.5 «Злочини проти особистої свободи і гідності людини» Книги 4 «Злочини та проступки проти людини і громадянина» Особливої частини проєкту КК України містить такі норми: ст. 4.5.1 «Значення термінів, вжитих у цьому Розділі»; ст. 4.5.2 «Ознака складу злочину, яка знижує на два ступені тяжкість злочинів, передбачених цим Розділом»; ст. 4.5.3 «Ознаки складу злочину, які підвищують на один ступінь тяжкість злочинів, передбачених цим Розділом»; ст. 4.5.4 «Протиправне позбавлення особистої свободи людини»; ст. 4.5.5 «Насильницьке зникнення»; ст. 4.5.6 «Потурання насильницькому зникненню»; ст. 4.5.7 «Торгівля людиною»; ст. 4.5.8 «Примушування»; ст. 4.5.9 «Примушування до шлюбу»; ст. 4.5.10 «Примушування як умова звільнення заручника». Серед перелічених у проєкті злочинів проти особистої свободи і гідності людини особливу увагу привертає аналіз положень щодо відповідальності за захоплення заручників.

Варто зазначити, що ще 1990-2000 р.р. захоплення заручників у правозастосовній практиці траплялося досить рідко. Але через події на Сході України, окупацію Російською Федерацією Автономної Республіки Крим уже 2015 р. було обліковано 19 кримінальних правопорушень за ст. 147 КК України 2001 р., а за 8 місяців 2021 р. – 2. Можна погодитися з думкою: «Якщо шукати в цих інцидентах тенденцію, то вона є лише такою – Україна вже шість років перебуває у стані неврозу. І дається взнаки й війна, і економічна криза, й соціальні проблеми, все разом це і позначається. А у реакції на такі інциденти владі треба демонструвати жорсткість і силу. Інакше ці інциденти повторюватимуться. Хоча кожен такий випадок – окремий, варто зважати на обставини» [1].

Аналізуючи положення міжнародно-правових актів, варто відзначити, що боротьба із захопленням заручників регламентована декількома міжнародно-правовими актами, особливе місце серед яких посідає Міжнародна конвенція про боротьбу із захопленням заручників від 17 грудня 1979 р. У преамбулі Конвенції вказується на підвищену небезпечність цього злочину та пояснюється це тим, що захоплення заручників є злочином, що викликає серйозне занепокоєння в міжнародному співтоваристві. Існує нагальна потреба розвитку міжнародного співробітництва між державами з розробки й вжиття ефективних заходів для попередження всіх актів захоплення заручників як прояву міжнародного тероризму, у зв'язку з чим, будь-яка особа, яка вчинила акт захоплення заручників, підлягає судовому переслідуванню або видачі [2, с. 321]. Також у Конвенції зазначено, що будь-яка особа, яка захоплює або утримує іншу особу й погрожує вбити, завдати пошкодження або продовжувати утримувати іншу особу (заручника) для того, щоб примусити третю сторону, а саме: державну, міжнародну, міжурядову організацію, будь-яку фізичну особу або групу осіб – здійснити чи утриматися від здійснення будь-якого акту як прямої, так і опосередкованої умови для звільнення будь-якого акту як прямої, так і опосередкованої умови для звільнення заручника, вчиняє, відповідно до змісту цієї Конвенції, злочин захоплення заручника [2, с. 321].

Щодо кримінальної відповідальності за захоплення заручників за національним законодавством, то вперше була передбачена 1987 р. після того, як Україна (на той час – Українська РСР) приєдналася до Міжнародної конвенції про боротьбу із захопленням заручників, зокрема, Указом Президії Верховної Ради УРСР від 31 липня 1987 р. КК УРСР 1960 р. було доповнено ст. 123-1 «Захоплення заручників», яка встановлювала відповідальність за захоплення або тримання особи як заручника, поєднані з погрозою вбивством, заподіянням тілесних ушкоджень або дальшим триманням цієї особи з метою спонукання держави, міжнародної організації, фізичної або юридичної особи чи групи осіб вчинити або утриматися від вчинення якої-небудь дії як умови звільнення заручника (виділ. автором). Але така редакція статті піддавалася критиці не тільки з боку науковців, а й працівників правоохоронних органів, оскільки мала певні недоліки, що стосувалися конструкції самої статті.

Чинний КК України 2001 р. встановлює відповідальність за захоплення або тримання особи як заручника з метою спонукання родичів затриманого, державної або іншої установи, підприємства чи організації, фізичної або службової особи до вчинення чи утримання від вчинення будь-якої дії як умови звільнення заручника (виділ. автором) [3].

Водночас і така редакція норми, що встановлює відповідальність за захоплення заручника, підлягає критиці. Так, наприклад, А. Андрушко відзначає, що чинна редакція ст. 147 КК України має низку недоліків. З метою їх усунення, доцільно: 1) сформулювати назву цієї статті як «Захоплення або тримання особи як заручника»; 2) уточнити коло адресатів, яких стосується вимога вчинити будь-яку дію чи утриматися від її вчинення як умови звільнення заручника, привішавши його у відповідність до положень Міжнародної конвенції про боротьбу із захопленням заручників; 3) здійснювати подальшу диференціацію кримінальної відповідальності за вчинення даного злочину; 4) передбачити заохочувальну норму про звільнення особи, яка добровільно за власною ініціативою або на вимогу влади звільнила заручника (усіх заручників) та відмовилася від висунутих вимог, від кримінальної відповідальності, якщо в її діях не міститься складу іншого злочину [4, с. 242].

Що ж стосується проекту КК України, то норми, яка б встановлювала відповідальність за захоплення заручників, немає, а є лише ст. 4.5.10 «Примушування як умова звільнення заручника», відповідно до якої, відповідальність наставатиме у випадку, якщо особа, яка шляхом погрози примушувала орган державної влади, орган місцевого самоврядування, міжнародну організацію чи представництво іноземної держави, фізичну чи юридичну особу вчинити дію або утриматися від вчинення дії як умови звільнення заручника (виділ. автором) [5].

Отже, такий невеликий аналіз окремих положень міжнародно-правових актів, зокрема Міжнародної конвенції про боротьбу із захопленням заручників від 17 грудня 1979 р., а також вітчизняного кримінального законодавства (КК України 1960 р., КК України 2001 р.), дозволяють відзначити, що при захопленні заручника момент закінчення діяння пов'язаний не з позбавленням потерпілого свободи, а з висуненням винною особою певних вимог, виконання яких є умовою її звільнення. Окрім того, оскільки в ч. 1 ст. 1.2.8 «Сумлінне виконання міжнародних зобов'язань» Розділу 1.2 «Принципи Кримінального кодексу» проекту зазначено, що Кодекс має відповідати чинним міжнародним договорам, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України; це вказує на необхідність передбачити таку норму, яка б встановлювала відповідальність за захоплення заручників, оскільки Україна приєдналася до Міжнародної конвенції про боротьбу із захопленням заручників.

Список використаних джерел:

1. Нове захоплення заручників – Україна стає небезпечнішою чи ні? URL: <https://www.radiosvoboda.org/a/zahoplennya-zaruchnykiv/30764525.html> (дата звернення 04.10.2021).
2. Україна в міжнародно-правових відносинах. Боротьба із злочинністю та взаємна правова допомога (Книга перша) / Збірник документів (українською та російською мовами). К.: ЮРІНКОН, 1996. 1176 с.
3. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення 04.10.2021).
4. Андрушко А.В. Пропозиції щодо удосконалення статті 147 Кримінального кодексу України. Підприємництво, господарство і право. 2017. № 12(262). С. 239-243.
5. Проєкт Кримінального кодексу України: станом на 02.10.2021. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/10/04/kontrolnyj-tekst-proektu-kk-02-10-2021.pdf>. (дата звернення 04.10.2021).

ДО ПИТАННЯ ПРО ВИЗНАЧЕННЯ МОМЕНТУ ЗАКІНЧЕННЯ ЗАХОПЛЕННЯ ЗАРУЧНИКІВ У ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ

Уже тривалий час робоча група з питань розвитку кримінального права працює над проєктом Кримінального кодексу (далі – КК) України [1]. Безумовно підтримуючи ініціативу з удосконалення вітчизняного законодавства про кримінальну відповідальність, варто наголосити, що розробка нового проєкту – це не тільки можливість утілити в законі новітні тенденції та концептуальні засади, що їх визначає наука кримінального права, а й шанс виправити ті недоліки та заповнити ті прогалини, що їх виявила слідчо-судова практика протягом двох десятиліть застосування чинного КК України [2]. Тому в жодному разі не можна залишити поза увагою ці недоліки та прогалини, тим паче, що вони добре відомі науковцям-криміналістам, які вже пропонували шляхи їх усунення. Про один із таких недоліків мова піде нижче.

Розділ III «Кримінальні правопорушення проти волі, честі та гідності особи» Особливої частини КК України серед інших містить статті 146 «Незаконне позбавлення волі або викрадення людини» та 147 «Захоплення заручників». З огляду на те, що діяння, передбачені цими статтями, мають однакові родові та основні безпосередні об'єкти і полягають у протиправному позбавленні людини волі (без деталізації у диспозиціях норм способу вчинення посягання), розмежувати їх вельми складно. Окрім цього, дані кримінальні правопорушення є триваючими і вважаються закінченими з моменту позбавлення потерпілого свободи пересування (вибору місця перебування). Момент їх фактичного закінчення віддалений у часі і настає після звільнення потерпілого (у той чи інший спосіб) або після його смерті.

Природно, що за таких умов кримінально-правова оцінка вчиненого не призводить до створення усталеної практики, а навпаки, істотно відрізняється. Одні і ті ж діяння можуть бути кваліфіковані і як викрадення людини, і як захоплення заручників і навіть за сукупністю вчиненого (особливо якщо мають місце певні кваліфікуючі чи особливо кваліфікуючі обставини). Відтак актуалізується питання розмежування посягань, про які йдеться, шляхом редакційної зміни відповідних кримінально-правових норм.

Точка зору про те, що захоплення заручників закінчене з моменту завершення посягання, тобто з часу фактичного позбавлення потерпілого свободи (обмеження його можливості вільно обирати місце власного перебування), є усталеною в науці кримінального права (її, зокрема, дотримуються всі без винятку автори науково-практичних коментарів чинного КК України). Але водночас так само одностайно наголошується на тому, що (на відміну від викрадення людини) обов'язковою ознакою захоплення заручників є мета – спонукання перерахованих у диспозиції норми адресатів вимог до певної активної чи пасивної поведінки як умови звільнення потерпілого (законодавча конструкція частини першої статті 147 КК України: «Захоплення або тримання особи як заручника з метою спонукання...»).

На нашу думку, саме через особливість захоплення заручників як триваю-

чого кримінального правопорушення проблему, про яку йдеться, треба вирішувати шляхом законодавчого виокремлення та розмежування моментів його юридичного та фактичного закінчення. Без цього неможливо ані правильно визначити сутність зазначеного діяння, ані відмежувати його від такого суміжного кримінального правопорушення, як викрадення людини.

Свого часу радянські вчені-криміналісти – зокрема Б. С. Волков, згодом Т. В. Церетелі, а також Г. А. Злобін та Б. С. Нікіфоров – уже вказували на неможливість визначення конкретної мети в поведінці особи без вчинення нею реальних дій [3, сс. 35, 39; 4, с. 23-25; 5, с. 78-79]. Згодом І. В. Самощенко зауважив, що про завершення процесу залякування можна говорити лише з моменту доведення погрози до відома того, кому погрожують [6, с. 13]. Останнє безпосередньо стосується захоплення заручників, адже висунення винною особою вимог про вчинення або невчинення певних дій завжди супроводжується психічним насильством.

Відтак ми вважаємо усталеною нині точку зору щодо моменту закінчення захоплення заручників неприйнятною та такою, що лише створює штучні перепони в кримінально-правовій оцінці діяння винної особи, водночас залишаючи поза увагою істотний для кваліфікації вчиненого момент – мету кримінального правопорушення.

Зважаючи на це більш, доцільно вважати простий склад захоплення заручників юридично закінченим з моменту здійснення спонукання хоча б одного з адресатів до вчинення чи утримання від вчинення хоча б однієї певної дії (що більш точно відповідатиме сутності даного посягання), а фактично закінченим – з часу припинення позбавлення свободи заручника або з часу його смерті. Якщо ж потерпілого фактично позбавлено свободи, але винна особа не встигла висунути вимоги, то її дії – за умови, якщо її умисел на висунення таких вимог буде доведений, – варто кваліфікувати як закінчений замах на захоплення заручників.

Для реалізації цього, а також для безпомилкового розмежування діянь, передбачених статтями 146 та 147 КК України, необхідно, на нашу думку, при формулюванні редакції диспозиції простого складу захоплення заручників викласти її так: «Захоплення або тримання особи як заручника, поєднане з спонуканням...»

Список використаних джерел:

1. Проект Кримінального кодексу України (підготовлений Робочою групою з питань розвитку кримінального права) : текст станом на 25 липня 2021 року. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/08/12/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-25-07-2021-1.pdf> (дата звернення: 26.09.2021).
2. Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квітня 2001 року № 2314-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 26.09.2021).
3. Волков Б. С. Проблема воли и уголовная ответственность. Казань : Казанский гос. ун-т им. В. И. Ленина, 1965. 136 с.
4. Церетели Т. В. Причинная связь в уголовном праве. Москва : Госюриздат, 1963. 382 с.
5. Злобин Г. А., Никифоров Б. С. Умысел и его формы. Москва : Юридическая литература, 1972. 262 с.
6. Самощенко І. В. Відповідальність за погрозу в кримінальному праві України (поняття, види, спірні питання) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Харків, 1997. 23 с.

ШАХРАЙСТВО В ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ

Сьогодні існує низка проблемних питань, що виникають у правоохоронній та судовій практиці при правовій оцінці шахрайства, при розв'язанні питань, пов'язаних з відмежуванням шахрайства від суміжних злочинів, але звернемо увагу на майбутнє – проєкт Кримінального кодексу України. Проєкт кримінального Кодексу України видається сучасним та структурованим і зовні, і за суттю та в цілому цікавий у частині дефініцій та вчення про злочин. У проєкті передбачено стаття 6.1.6 «Шахрайство», де передбачено, що особа, яка шляхом обману або зловживання довірою: а) заволоділа чужою річчю або б) отримала можливість використовувати повноваження власника щодо права на чуже майно, що спричинило істотну майнову шкоду, – вчинила злочин 1 ступеня. Також розкрито понятійний апарат у статті 1.3.1. Значення термінів Кримінального кодексу: *зловживання* – використання влади, службових, професійних чи інших повноважень або юридично значущого становища на шкоду правомірним інтересам іншого суб'єкта права; *обман* – повідомлення завідомо неправдивих відомостей або приховування певних відомостей, які особа зобов'язана була повідомити.

Але зосередимо свою увагу на виявленні особливостей використання кримінально-правового поняття «обман» у кримінальному законі на даний час та запропонуємо способи покращення якості викладу нормативного матеріалу в майбутньому. Хоча необхідно зазначити, що на даний час законодавець не надає легального визначення цього поняття, а його зміст визначається в словниках української мови, кримінально-правовій літературі та судовій практиці. Розглянемо тлумачення поняття «обман» з урахуванням особливостей конструкції шахрайства, передбаченого ст. 190 КК України. **Обман** як ознака при **шахрайстві** в кримінальному кодексі - це повідомлення завідомо неправдивих даних або приховування, замовчування інформації про факти або обставини, повідомлення про які було обов'язковим, спрямовані на введення потерпілого в оману або на підтримку помилки особи з метою заволодіння чужим майном або правом на майно, і які призвели до такого стану потерпілого, який може виражатися в усній, письмовій формі, у використанні підrobлених документів. Таким чином, «шахрайство» передбачає, по-перше, передачу винному правомочності на розпорядження річчю, належною потерпілому; по-друге, упевненості останнього у вигідності чи обов'язковості передачі майна. Особливістю шахрайства є те, що винний заволодіває чужим майном шляхом спонукання самого потерпілого до передачі йому майна чи уступки права на майно; тобто при шахрайстві потерпілий, будучи введеним в оману, сам добровільно передає винному майно чи право на нього. Основним складником шахрайських маніпуляцій є обман - свідомий вольовий акт, спрямований на досягнення визначеної мети. Обман може перебувати в структурі маніпулятивного впливу або безпосередньо бути агентом впливу. Психічна діяльність шахрая характеризується тим, що в його свідомості одночасно співіснують два суперечливі комплекси уявлень; один із них – комплекс правильного відображення дійсності, який необхідно приховати, інший – комплекс неправильних уявлень, який, навпаки, треба оприлюднити жертві злочину. Шахрай, усвідомлюючи хибність повідомлюваної жертві злочину інформації, свідомо вводить її в оману, використовуючи при цьому різноманітні,

але найбільш ефективні в даному випадку не тільки форми шахрайського обману (які розглядає як юридична, так і психологічна науки), а й інші маніпулятивні техніки (що є предметом розгляду лише психологічної науки). Сьогодні в кримінальному праві обман розуміється як інформаційно-інтелектуальний вплив однієї людини на свідомість і волю іншої, який розрахований на відповідну поведінку, тобто обманюють не стільки, щоб увести в оману, як для того, щоб схилити обманюваного до визначеної поведінки. Таким чином, можна визначити обман як спосіб впливу на людську психіку, що полягає в навмисному введенні в оману іншої особи чи в підтримці вже наявної в неї омани шляхом передачі невідповідної дійсності інформації чи умовчання про різні факти, речі, явища, дії тощо з метою схилити до визначеної поведінки. Незважаючи на те, що обман є введення особи в оману, момент, коли в особи це помилка виникає, не є одночасно моментом закінчення обману, оскільки обман - це поведінка, діяльність особи; а омана - це психічний стан потерпілого, який не обов'язково виникає відразу за обманом, а може бути відкладеним у часі (після певних роздумів потерпілого). Таким чином, шахрайство - уміле маніпулювання поведінкою людини для отримання від неї швидкого й максимального прибутку. Особливість шахрайства полягає в тому, що потерпілий, будучи введеним в оману, зовні добровільно передає винному майно або право на майно; за часом передредає передачі майна або права на майно і викликає в потерпілого усвідомлення правомірності такої передачі. Але необхідно звернути увагу на те, що обман як вид спілкування передбачає, що особа, яку обманюють, повинна бути здатною сприймати неправдиву інформацію, з допомогою якої винувата особа намагається ввести її в оману; тому повідомлення неправдивих відомостей малолітній особі, психічно хворій, які не здатні сприймати такого роду відомості, не можна розглядати як обман, а необхідно кваліфікувати вже як крадіжку. У теорії кримінального права і в судовій практиці варто розмежовувати обман як спосіб заволодіння чужим майном і обман як спосіб отримання доступу до майна. Згідно з абз. 2 п. 17 ППВ-СУ "Про судову практику у справах про злочини проти власності" від 6 листопада 2009 р. № 10, обман (повідомлення потерпілому неправдивих відомостей або приховування певних обставин) чи зловживання довірою (недобросовісне використання довіри потерпілого) при шахрайстві застосовуються винною особою з метою викликати в потерпілого впевненість у вигідності чи обов'язковості передачі їй майна або права на нього. У п. 17 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про злочини проти власності» вказано, що якщо обман був лише способом отримання доступу до майна, а саме вилучення майна відбувалося таємно чи відкрито, то склад шахрайства відсутній. Такі дії варто кваліфікувати, відповідно, як крадіжку, грабіж чи розбій [3]. Водночас обов'язковою ознакою шахрайства є добровільна передача потерпілим майна чи права на нього.

Варто уточнити, що при обмані відбувається повідомлення потерпілому неправдивих відомостей або приховування, замовчування інформації про факти, повідомлення про які було обов'язковим, що вводить потерпілого в оману. Шахрайський обман може виявлятися в усній чи письмовій формі або у формі конклюдентних дій, стосуватися фактів і обставин, які відносяться до винного, різних предметів і явищ. Обов'язковою ознакою шахрайства є *добровільна передача* потерпілим майна чи права на нього, коли потерпіла особа через вік, фізичні чи психічні вади або інші обставини не могла правильно оцінювати і розуміти зміст, характер і значення своїх дій або керувати ними; передачу нею майна чи права на нього не можна вважати добровільною. Якщо особа заволодіває чужим майном, свідомо скориставшись чужою помилкою, виникненню якої вона не сприяла, та за відсутності змови з особою, яка ввела потерпілого в оману, учине-

не не може розглядатись як шахрайство. Обман може вчинятися в будь-якій формі – усно, письмово, виражатися певними, зокрема і конклюдентними діями, навіть гіпнозом, уведенням в транс. Вичерпний перелік способів, форм та видів обману дати неможливо. Розрізняють *два види обману*: *активний* обман (викривлення істини) і *пасивний* обман (замовчування істини, коли винна особа була зобов'язана повідомити ті чи інші відомості, однак не виконала свого обов'язку, маючи реальну можливість це зробити). За формою виділяють словесний обман (усний або письмовий) та обман діями (вчинений за допомогою певних речей матеріального світу, зокрема підроблених документів). Словесний обман може бути наявний у двох варіантах: у стверджувальній (суб'єкт кримінального правопорушення повідомляє наявність певних ознак чи відомостей) чи негативній формі (відсутність певних ознак чи відомостей).

При шахрайстві обман стає детермінантою розвитку складного причинно-наслідкового ланцюжка, оскільки результатом обману повинна стати помилка особи (до того ж, цією особою має бути не обов'язково власник майна) відносно фактів, які впливають на ухвалення рішення цією особою в питанні про передачу майна. Зрештою особі (потерпілому) заподіюється збиток у вигляді втрати майна. Таким чином, можна виділити стадії здійснення шахрайства : 1) уведення в оману (обман); 2) виникнення помилки; 3) передача майна або права на нього. Якщо мав місце обман, але майно (право на нього) не було передане шахраєві в результаті обману, скоєне не підлягає кваліфікації як розкрадання шляхом обману. Окрім того, навіть якщо мали місце обман і передача майна внаслідок обману, але потерпілому не причинено майновий збиток, це не є шахрайством. Можлива також ситуація, за якою особою для полегшення доступу до чужого майна використовується обман, проте в ході вилучення майна дії злочинця виявляються власником, але особа, усвідомлюючи це, продовжує здійснювати незаконне вилучення майна або його утримання проти волі власника майна.

Підсумовуючи, запропонуємо власне розуміння поняття *обману* як одного з видів психічного впливу на потерпілу особу при вчиненні кримінального правопорушення, а саме: спосіб впливу на людську психіку, який полягає в навмисному безпосередньому чи опосередкованому введенні потерпілої чи іншої особи в оману або підтриманні вже наявного стану омани шляхом передачі інформації, повідомлення неправдивих відомостей, які не відповідають дійсності, чи замовчування про відомості, про різноманітні факти, які потерпіла особа сприймає у викривленому вигляді, хоча повідомлення про які було обов'язковим з метою схилити цю особу до певної поведінки. Обман при шахрайстві - це повідомлення завідомо неправдивих даних або приховування, замовчування інформації про факти або обставини, повідомлення про які було обов'язковим, спрямовані на введення потерпілого в оману або на підтримку помилки особи з метою заволодіння чужим майном або правом отримання доступу до майна, і які призвели до такого стану потерпілого. *Зловживання довірою* - це використання винним відносин довіри, які є основою правовідносин або існують в особистих стосунках, вчинене з метою протиправного заволодіння чужим майном. Водночас зловживання довірою є другорядним по відношенню до обману, але не втрачає свого самостійного значення як спосіб заволодіння майном при шахрайстві, що спричинило майнову шкоду.

Шахрайство — система відносно відокремлених від інших і пов'язаних між собою правових норм, що регулюють певну групу однорідних суспільних відносин власності, які посягають не тільки власне на майно та право на майно, але й майно та інші предмети, які мають особливий режим обігу в Україні; окрім того,

разом з передачею майна чи права на майно винному передаються і всі повноваження власника шляхом обману або зловживанням довірою.

Список використаних джерел:

1. <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/01/18/kontrolnyj-projekt-kk-17-01-2021.pdf>.
2. Кримінальний Кодекс України : Кодекс, [Електронний ресурс] / Верховна рада України, Відомості ВРУ, - 2001р. – Режим доступу : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>
3. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 06.11.2009р. №10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0010700-09#Text>

КРИМІНАЛЬНО-ПРОВАВА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ШАХРАЙСТВО У КОНТЕКСТІ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА

У сучасному значенні верховенство права часто використовується як обов'язковий елемент всебічної та комплексної охорони певних прав в державі. Верховенство права розглядається як необхідне для економічного та соціального розвитку та як необхідна передумова існування демократичного способу правління.

Під час аналізу норми про вимагання зроблено висновок, що вимога винного може бути спрямована на : 1) майно; 2) право на майно; 3) дії майнового характеру. Норма про шахрайство, зокрема, у чинній редакції, не включає третього можливого об'єкта – дії майнового характеру.

Систематизація основних тенденцій зарубіжного досвіду кримінально-правової охорони власності на доктринальному рівні та на законодавчому рівні показала, що, відповідно до більшості Конституцій зарубіжних держав, власність є недоторканною; а, виходячи зі змісту конституційно-правових норм, захисту підлягає все, що утворює поняття «майно» («власність»).

Нами запропоновано доповнити КК статтею такого змісту: **«Стаття 190¹ Одержання послуги з використанням обману або зловживання довірою**

1. Одержання послуги з використанням обману або зловживання довірою, – карається штрафом до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк до двохсот сорока годин, або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Дія, передбачена частиною першою цієї статті, вчинена повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або така, що завдало значної шкоди потерпілому, –

карається штрафом від трьох тисяч до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк від одного до двох років, або обмеженням волі на строк до п'яти років, або позбавленням волі на строк до трьох років.

Примітка. 1. Під послугою в цій статті треба розуміти дію з надання певного матеріального чи нематеріального блага іншій особі, що здійснюється для задоволення її особистих потреб, результат якої споживається в процесі її виконання.

2. Відповідно до цієї статті, шкода визнається значною, якщо вона в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян на момент учинення злочину»;

Необхідно звернути увагу, що аргументом на користь запровадження такої норми до КК України є й досвід зарубіжних країн. Кримінальним законам країн романської та німецької правових груп також відомий склад такого кримінального правопорушення, як незаконне одержання послуг у готелі. За статистични-

ми даними поліції Швейцарії *Statistique policière de la criminalité (SPC)*, незаконне одержання послуг у готелі (*filouterie d'auberge*) в структурі загальної злочинності проти власності за 2016 рік склала 0,14 %, а за 2017 рік – 0,17 % [599].

Стаття 16 Акту про крадіжку Великої Британії 1968 року містить спеціальну норму введення в оману – отримання грошової вигоди шляхом введення в оману. Актом про крадіжку Великої Британії 1978 року було введено кілька самостійних норм про шахрайство. Їхня спільна риса – незаконне отримання послуги за допомогою введення іншої особи в оману. Ці кримінальні правопорушення може бути вчинено, наприклад, у разі, коли особа проживає в готелі, але обманним способом не оплачує своє проживання або сідає в таксі, знаючи, що їй нема чим оплатити проїзд та ін. Караються такі злочинні діяння позбавленням волі на строк до п'яти років, у деяких випадках – до двох років.

Закон про шахрайство Великої Британії 2006 року скасував кримінальних правопорушень, пов'язаних з обманом, відповідно до Законів про крадіжки 1968-го і 1978 років із внесеними до них поправками, зокрема: отримання 1) майна, 2) грошового переказу, 3) послуг, 4) грошової вигоди; 5) ухилення від відповідальності шляхом обману. Закон про шахрайство Великої Британії 2006 року також містить норму про отримання послуг «безчесно». На відміну від попередньої норми про отримання послуги шляхом обману, важливою зміною стала криміналізація будь-якого одержання послуги безчесно, а не лише шляхом обману. Тепер не потрібно, щоб потерпілого було «обмануто» під час надання послуги. Такий злочин може бути вчинено також під час одержання послуги через автоматизовані системи. Відповідно до розділу 3 Закону про крадіжку Великої Британії 1978 року, особа, яка завідомо знає, що послуга має бути оплачена, залишає, однак, місце надання послуги без оплати, є винною у вчиненні злочину (*Making off without payment*). Для кваліфікації цього діяння встановлення способу «шляхом обману» не є обов'язковим. Таке діяння може бути вчинено як таємно, так і відкрито, але склад злочину відсутній у разі, коли особа залишає місце надання послуги за згодою особи, яка таку послугу надає. Так у справі № 1029 R v Allen рішенням від 13 червня 1985 року Палата лордів висловила позицію, що обов'язковим елементом суб'єктивної сторони цього злочину є мета «назавжди уникнути оплати» шляхом залишення місця надання послуги і що наміру «відкласти» платіж недостатньо.

Таким чином, з метою запозичення позитивного досвіду зарубіжних країн та забезпечення єдності підходу та повноти правового регулювання, запропоновано доповнити розділ VI Особливої частини КК України статтею 190-1 «Незаконне отримання послуг», а саме: отримання послуги з використанням обману або зловживання довірою.

Список використаних джерел:

1. *Statistique policière de la criminalité (SPC)* URL : https://www.suchtmonitoring.ch/docs/library/office_federal_de_la_statistique_ofs_2ucnijl7o2kq.pdf (дата звернення: 06. 08. 2021).
2. *Theft Act 1978* URL: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/31/pdfs/ukpga_19780031_en.pdf (дата звернення: 01. 06. 2021).
3. *Swiss Criminal Code* URL: https://www.legislationline.org/download/id/8991/file/SWITZ_Criminal%20Code_as%20of%202020-07-01.pdf (дата звернення: 01. 06. 2021).

*Лукашевич С.,
доцент, к.ю.н.,
доцент кафедри кримінології
та кримінально-виконавчого права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого*

*Салаєва К.,
к.ю.н., старший викладач
кафедри кримінального права та кримінології
факультету №6 Харківського національного університету
внутрішніх справ*

КРИМІНОЛОГІЧНЕ ОБГРУНТУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ВАНДАЛІЗМ

Наразі у вітчизняному законодавстві відсутнє легальне визначення поняття вандалізму, через що виникає неоднозначне розуміння кола діянь, що охоплюється його ознаками, а також розуміння того, чи є дії, пов'язані з мотивом вандалізму, кримінально караними. Важливість криміналізації кримінальних правопорушень, учинених з мотивів вандалізму, зумовлена тим, що з року в рік кількість таких діянь в Україні зростає та постійно з'являються його нові видозмінені форми.

На наш погляд, вандалізмом є форма агресивної протиправної поведінки, що виявляється в умисних діяннях, наслідком яких є заподіяння шкоди будь-якому майну, релігійним, культурним чи духовним цінностям, об'єктам благоустрою населених пунктів, транспортної інфраструктури, учинених з цинізмом та/або явною неповагою до суспільства в громадському місці [1, С. 18].

До кримінально-правових проявів вандалізму в Україні, тобто до такої поведінки, що проявляє це явище в об'єктивній реальності, належать діяння, що передбачені різними розділами Особливої частини Кримінального кодексу України, які не виділені в окрему статтю чи її частину. До того ж, діяльність, пов'язана з несанкціонованим нанесенням графіті та інших написів та/або зображень, взагалі не криміналізована.

За статистичною інформацією Генеральної прокуратури України про стан злочинності та результати прокурорсько-слідчої діяльності, щороку реєструється на 1-1,5 % більше кримінальних правопорушень, учинених з мотивів вандалізму.

Так до кримінальних правопорушень, учинених з мотивів вандалізму, можна віднести пошкодження релігійних споруд чи культових будинків (ст. 178); незаконне утримання, осквернення або знищення релігійних святинь (ст. 179); умисне знищення або пошкодження майна (ст. 194); пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів (ст. 277); пошкодження об'єктів магістральних або промислових нафто-, газо-, конденсатопроводів та нафтопродуктопроводів (ст. 292); хуліганство (ст. 296); наруга над могилою, іншим місцем поховання або над тілом померлого (ст. 297 КК України); незаконне проведення пошукових робіт на об'єкті археологічної спадщини, знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини (ст. 298); наруга над державними символами (ст. 338); умисне пошкодження ліній зв'язку (ст. 360); умисне знищення або по-

шкодження військового майна (ст. 411).

Окрім того, не варто виключати ознак вандалізму в умисному знищенні або пошкодженні майна працівника правоохоронного органу, працівника органу державної виконавчої служби чи приватного виконавця (ст. 347); умисному знищенні або пошкодженні майна журналіста (ст. 347¹); умисному знищенні або пошкодженні майна службової особи чи громадянина, який виконує громадський обов'язок (ст. 352); умисному знищенні або пошкодженні майна судді, народного засідателя чи присяжного (ст. 378); умисному знищенні або пошкодженні майна захисника чи іншого представника особи (ст. 399), оскільки діяльність, пов'язана з реалізацією злочинного наміру, спрямованого проти спеціального потерпілого та його майна, також може охоплювати ознаками вандалізму.

При визначенні кримінально-правових проявів вандалізму встановлено, що конструкція деяких складів кримінальних правопорушень охоплює ознаки досліджуваного явища (ст. 178, 179, 194¹, 270¹, 298, 338 та 360 КК України), тоді як у решті наявність цих ознак необхідно встановлювати під час досудового слідства та судового розгляду.

Об'єкти, елементи, інші складові благоустрою населених пунктів і транспорту та інше майно майно, що знаходяться в громадському місці, систематично піддаються знищенню, пошкодженню, псуванню чи наруги, що спричиняє наслідки для населення та держави. З точки зору кримінального права, вандалізм є мотивом та повинен бути включений до обставин, що обтяжують покарання.

Вважаємо, що під вчиненням діяння з мотивів вандалізму треба розуміти усвідомлене внутрішнє спонукання до знищення, пошкодження, псування чи наруги над будівлями і спорудами, пам'ятниками незалежно від внесення їх до Державного реєстру національного культурного надбання, об'єктами благоустрою населених пунктів та транспортної системи, їх складовими елементами та частинами, а також іншим майном, що знаходиться в громадському місці. Для підтвердження фактів вандалізму суди при дослідженні матеріалів кримінальних проваджень мають встановити наявність такого мотиву в тих випадках, коли дії формально мають ознаки досліджуваного явища та не охоплюються складом кваліфікованого злочину.

Перелічені діяння спеціально не відображені в кримінальному законодавстві України на відміну від зарубіжних країн (зокрема, у Казахстані (ст. 258 КК), Киргизстані (ст. 235 КК), Молдові (ст. 288 КК), Російській Федерації (ст. 214 КК), Сполучених Штатах Америки (штат Каліфорнія), Нідерландах (статті 149 і ст. 429bis КК), Шотландії (секція 52 КК), Іспанії (статті 321 - ст. 333 КК), ФРН (§§ 168 і 304 КК), Польщі (ст. 261 КК), Данії (§ 194 КК)). Наявність такої прогалини призводить до безкарності й непритягненні до відповідальності винних з одного боку; наявні дії кваліфікують за схожими статтями Кримінального кодексу України, тим самим зазначаючи в більшості випадків неспіврозмірної міри та виду покарання — з іншого.

Окрім того, останнім часом на практиці виникають певні труднощі в здійсненні кваліфікації подібних діянь, унаслідок чого зростає рівень їх латентності; вони не відображаються в офіційній статистичній звітності, через що створюються сприятливі умови для неконтрольованого поширення актів вандалізму в Україні.

Зазначені обставини можуть стати вагомим підґрунтям удосконалення кримінально-правової кваліфікації діянь, учинених з мотивів вандалізму, включення цих протиправних дій до офіційної статистичної звітності задля аналізу їх

динаміки, залучення досліджуваного прояву до кримінологічних проблем, які потребують наукового вивчення, аналізу причин та умов його існування, а також вдосконалення існуючих та розробки нових заходів запобігання кримінальним правопорушенням, пов'язаних з вандалізмом.

Виходячи з наведених міркувань, доцільним вважається встановлення відповідальності за кримінальні правопорушення, учинені з мотивів вандалізму шляхом доповнення цією обставиною норм Загальної частини Кримінального кодексу України, що встановлюють обставини, які обтяжують покарання.

Врахування даної пропозиції сприятиме відображенню вказаних діянь в офіційній статистичній звітності та удосконаленню практики призначення кримінальних покарань, дозволить реалізовувати принцип невідворотності покарання, криміналізувати діяння, учинені з мотивів вандалізму, зменшити труднощі кримінально-правової кваліфікації таких діянь, а також відповідатиме зарубіжній практиці та міжнародним зобов'язанням України щодо забезпечення охорони культурної спадщини, культових та релігійних об'єктів, захисту всіх форм власності та забезпечення призначення справедливого покарання.

Список використаних джерел:

1. Бочарова К.А. Запобігання злочинам, пов'язаним з вандалізмом : монографія / К.А. Бочарова; за заг. ред. С.Ю. Лукашевича. Харків: Право, 2019. 216 с.

ТЕРОРИСТИЧНІ ЗЛОЧИНИ В ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ

Необхідно нагадати, що В.К. Гришук, В.М. Дрьомін та О.В. Надьон пропонували в КК структурно виділити терористичні злочини [1, с. 45-46; 2, с. 209; 3, с. 124]. М.І. Хавронюк, проаналізувавши кримінальні кодекси держав континентальної Європи, у запропонованій ним структурі КК виділяє розділ 1 „Злочини терористичного характеру” [4, с. 969].

Криміналізація всіх без винятку форм терористичної діяльності і кваліфікація їх як терористичних злочинів є необхідною передумовою для організації належної протидії тероризму. На користь подібного вирішення проблем свідчить аналогічна тенденція, що прослідковується останнім часом в європейських державах [5, с. 87]. Проєкт КК України (станом на 25 липня 2021 р.) у Книзі 5 „Злочини та проступки проти суспільства” містить розділ 5.2 „Злочини проти безпеки суспільства від тероризму”, у якому передбачені терористичні злочини.

Так стаття 5.2.2 „Терористичне діяння” визначає різні види таких діянь: особа, яка з метою залякати населення або дестабілізувати діяльність публічної влади чи міжнародної організації, або примусити їх вчинити яку-небудь дію чи утриматись від її вчинення: а) викрала людину або захопила заручника; б) застосувала зброю чи інший предмет, яким може бути заподіяна шкода життю чи тяжка шкода здоров'ю людини; в) захопила, утримувала, знищила або пошкодила критично важливий об'єкт інфраструктури чи його устаткування, необхідне для діяльності цього об'єкта, або вивела його з ладу; г) захопила повітряне, морське судно або інший засіб пасажирського чи вантажного транспорту; д) влаштувала перешкоду для руху на вулиці, дорозі, іншому шляху сполучення, заблокувала транспортну комунікацію, роботу морського, річкового порту чи аеропорту, трубопровідного транспорту; е) виготовила, придбала, перевезла, поставила, використала вогнепальну зброю, вибуховий пристрій, ядерний, біологічний чи хімічний боєприпас або заволоділа такою зброєю чи таким боєприпасом; є) дослідила або розробила біологічний чи хімічний боєприпас; ж) вивільнила в навколишнє середовище небезпечну речовину або здійснила спробу викликати пожежу, повінь, вибух, якщо в результаті цього виникла небезпека для життя людей; з) припинила постачання води, електроенергії чи іншого природного ресурсу, що має життєво важливе значення, створивши небезпеку для життя людей. Варто зазначити, що наведені терористичні діяння визнані такими в положеннях ратифікованих Україною міжнародних антитерористичних угод [6].

У статті 5.2.3 вказаного проєкту передбачено відповідальність за загрозу вчинити одне з діянь, передбачених вище. Дещо невдалим, на наш погляд, є використання в цій статті поняття „загроза”. У чинному КК України в таких випадках слушно використовується поняття „погроза”.

Стаття 5.2.4 проєкту КК передбачає відповідальність за публічні заклики до: а) вчинення терористичного діяння, передбаченого статтею 5.2.2 цього Кодексу, б) підтримки діяльності терористичної групи, в) дій, метою яких є поширення тероризму, або г) протидії антитерористичній діяльності. Стаття 5.2.5

розглядуваного проекту передбачає відповідальність за різноманітні форми участі в діяльності терористичної групи. Стаття 5.2.6 передбачає відповідальність за фінансування тероризму. У окремій статті розглядуваного проекту КК України передбачена відповідальність особи, яка загрожувала: а) використати ядерний матеріал з метою спричинення смерті людини, тяжкої шкоди здоров'ю чи тяжкої майнової шкоди або б) викрасти ядерний матеріал чи в інший спосіб заволодіти ним з метою змусити фізичну чи юридичну особу, міжнародну організацію чи державу вчинити яку-небудь дію чи утриматись від її вчинення (стаття 5.2.7). Стаття 5.2.8 передбачає відповідальність за причетність до злочинів, передбачених статтями 5.2.2-5.2.7 проекту цього Кодексу [6].

Варто зазначити, що передбачений проектом КК України підхід щодо структурного виділення терористичних злочинів відповідає тенденціям розвитку законодавства про кримінальну відповідальність багатьох іноземних держав, яке передбачає окремі глави (розділи), спеціально присвячені терористичним злочинам (КК Королівства Іспанія, КК Французької Республіки, КК Фінляндської Республіки, КК Республіки Албанія та ін.).

Найбільш детальний перелік терористичних злочинів містить глава 38 „Тероризм” розділу 11 „Злочини проти держави” КК Грузії: терористичний акт (ст. 323); протиправне придбання, зберігання, носіння, виготовлення, перевезення, пересилання, збут або використання вогнепальної зброї, боєприпасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв у терористичних цілях (ст. 323¹); участь в міжнародному тероризмі (ст. 323²); технологічний тероризм (ст. 324); кібертероризм (ст. 324¹); напад на державну політичну посадову особу Грузії (ст. 325); напад на осіб чи установи, які користуються міжнародним захистом (ст. 326); членство в терористичній організації, участь в діяльності терористичної організації, створення терористичної організації чи керівництво нею (ст. 327); вербування для членства в терористичній організації або здійснення терористичної діяльності (ст. 327¹); об'єднання в іноземній терористичній організації чи в такій організації, підконтрольній іноземній державі, або надання їй допомоги в терористичній діяльності (ст. 328); захоплення заручника в терористичних цілях (ст. 329); протиправне заволодіння судном повітряного або водного транспорту, залізничного рухомого складу або іншого громадського або вантажного транспорту в терористичних цілях (ст. 329¹); захоплення чи блокування об'єктів стратегічного чи особливого значення в терористичних цілях (ст. 330); публічна підтримка терористичної діяльності або (і) терористичної організації чи публічні заклики до тероризму (ст. 330¹); проведення навчань та інструктажу для здійснення терористичної діяльності (ст. 330²); крадіжка з метою здійснення одного із злочинів, передбачених цією главою (ст. 330³); вимагання з метою вчинення одного із злочинів, передбачених цією главою (ст. 330⁴); виготовлення підробленого офіційного документа з метою вчинення одного зі злочинів, передбачених цією главою (ст. 330⁵); неправдиве повідомлення про тероризм (ст. 331); фінансування тероризму, забезпечення терористичної діяльності іншою матеріальною підтримкою або ресурсами (ст. 331¹); нежиття заходів щодо перешкодження терористичного акту (ст. 331²) [7].

Список використаних джерел:

1. Гришук В.К. Тероризм: проблема поняття. Актуальні проблеми держави та права: 36. наук. пр. Вип. 8. Одеса: Юрид. літ., 2000. С. 43-46.
2. Дрёмин В.Н. Криминальный террор в социальном механизме воспроизводства преступности. Социально-правовые аспекты терроризма: Монография / Под ред. С.В. Кивалова, В.Н. Дремина. Одесса: Фенікс, 2003. С. 193-210.

3. Надьон О.В. Правовий аналіз передумов виникнення загрози тероризму в Україні. Право України. 2003. № 3. С. 121-125.
4. Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації. Монографія. К.: Юрисконсульт, 2006. 1048 с.
5. Кубальський В.Н. Кримінально-правові проблеми протидії тероризму в Україні: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2007. 199 с.
6. Кримінальний кодекс України (проект). Контрольний текст (станом на 25 липня 2021 р.). URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/08/12/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-25-07-2021-1.pdf> (дата звернення: 30.09.2021).
7. Уголовный кодекс Грузии (1999, с изменениями от 2020). URL: https://www.legislationline.org/download/id/8847/file/Georgia_Criminal_Code_am2020_ru.pdf (дата звернення: 30.09.2021).

ЗЛОЧИНИ ПРОТИ МОРАЛЬНОСТІ: РЕАЛІЇ ПРАВАЗАСТОСОВОЇ ПРАКТИКИ ТА ВИКЛИКИ СУСПІЛЬСТВА / АБО ПРОДОВЖЕННЯ РАДЯНСЬКОЇ ІСТОРІЇ ПРО ТЕ, ЩО СЕКСУ НЕ БУЛО

Історія існування сексуальних послуг багатоміліардна; різні держави світу в різні періоди свого існування по-різному ставилися до проституції та можливості створення публічних будинків (будинків розпусти). Наразі існують різні моделі ставлення держави/влади до сексуальних послуг: від повної криміналізації (тобто заборони будь-яких дій сексуального характеру за плату) до легалізації (тобто чіткого регулювання ринку секс-послуг).

Термін «проституція» в українському суспільстві має явно негативний характер. Так Бондаренко Л.О. дає таке визначення проституції: «це залучення до безладних ставих відносин інших осіб, крім подружжя, в обмін на негайну оплату грошима чи іншими цінними речами [1].

Якої моделі дотримуватиметься Україна та чи є перспективи її зміни? З'ясуємо це.

Наразі ми маємо два види відповідальності в цій сфері: кримінальну та адміністративну.

Так чинний КУпАП України містить ст. 181¹ «Заняття проституцією», під якою треба розуміти надання сексуальних послуг за плату.

Криміналізованими є такі види діяльності:

- ввезення, виготовлення, збут і розповсюдження порнографічних предметів – ст. 301 КК України;
- створення або утримання місць розпусти і звідництво – ст. 302 КК України;
- сутенерство або втягнення особи в заняття проституцією – ст. 303 КК України.

Проте в період від 01.09.2001р. до 11.02.2006р. разом з адміністративною відповідальністю існувала й кримінальна відповідальність за заняття проституцією, яка містила кількісний критерій – не менше трьох юридично доведених фактів.

Ця стаття була декриміналізована; до того ж, досі залишається загадкою причина таких змін в КК України, адже будь-яких досліджень у цій сфері з метою внесення змін до кодексу не проводилось; криміногенна ситуація значно не змінилась, а отже, вказані зміни були юридично не обґрунтованими. Проте це був перший крок щодо більш лояльного ставлення до найдавнішої професії.

Наразі такі організації, як ЮНЕЙДС, ВООЗ, Amnesty International, Human Rights Watch, ЮНФПА та медичний журнал The Lancet, закликали держави декриміналізувати секс-роботу в рамках глобальних зусиль для боротьби з епідемією ВІЛ/СНІДу та для забезпечення доступу секс-працівників до медичних послуг. Майже всі організації, якими керують самі секс-працівники у всьому світі, виступають за декриміналізацію секс-праці, і це, як правило, є їх основною ме-

тою.

Справді, наявність будь-якого виду кримінальної відповідальності за зайняття проституцією або сприяння її здійсненню, коли все відбувається за взаємною згодою всіх учасників процесу, а сторони є повнолітніми та повністю дієздатними, розуміють значення своїх дій та вільно обирають спосіб власної поведінки, ставить таких учасників поза рамками правового поля.

Не секрет, що безпосередньо проституцією в 95% випадків займаються жінки, доля чоловіків у цій сфері є незначною. Отже, саме жінки, які вимушені заробляти собі на життя проституцією, відчувають тиск з боку держави, яка за суджує такий спосіб заробітку. Зрозуміло, що про ніякі трудові права чи гарантії мова не може йтися, так само як і не враховується стаж трудової діяльності, соціальні гарантії на таких жінок не розповсюджуються; а можливість отримання належних медичних послуг ставить перед жінками дилему: не звертисся до лікаря або підпасти під переслідування правоохоронних органів. Вирішальне значення в цій ситуації має острах та відсутність коштів.

Водночас дослідження показують, що до проституції вдаються люди, які знаходяться далеко за межею бідності, не мають можливості придбати їжу, забезпечити себе, своїх дітей та інших членів своєї родини. А отже, у разі наявності юридичних проблем чи проблем зі здоров'ям, оплата медичних чи юридичних послуг їм буде не по кишені. Замкнене коло, яке розірвати вкрай важко.

За результатами загальноукраїнського опитування, що було проведено Київським міжнародним інститутом соціології, 56 % опитаних жінок, які надають сексуальні послуги, не працюють і не навчаються; 31 % мають роботу (із них 12 % працюють на постійній основі, а в 19 % – випадкові заробітки); 8 % опитаних – студентки вищих навчальних закладів; 5 % – технікумів і коледжів; 0,3 % – учениці шкіл.

Дослідження, проведені українським Державним інститутом проблем сім'ї та молоді, показують, що для багатьох жінок секс-бізнес став єдиним адекватним джерелом доходу, 50 % з них мають на утриманні не тільки дітей, але й батьків [2].

Наразі Єдиний реєстр судових рішень містить безліч вироків суду про притягнення осіб до кримінальної відповідальності в цій сфері. Згідно з статистичною інформацією за період від 2001 до 2019 р.р. [3], було винесено 14520 вироків за ст. 301 КК України, 7488 – за ст. 302 КК України та 4779 – за ст. 303 КК України. Ця статистика є дуже відносною, адже чимало правоохоронних органів «закриває очі» на таку діяльність на вигідних для них умовах.

Практика показує, що до відповідальності притягаються звичайні працівники секс-бізнесу, які внаслідок тяжких обставин вимушені були обрати шлях проституції; реальні ж фігуранти цих справ залишаються в тіні. Мій досвід здійснення захисту щодо 15 осіб в різних кримінальних провадженнях показує, що на «відкуп» йдуть звичайні дівчата та хлопці, яких обирає «власник секс-бізнесу», оплачує всі витрати та спонсорує «моральні збитки» таких «злочинників». А бізнес як працював, так і продовжує працювати.

Те ж стосується як і сфери адміністративної відповідальності. Так на запит газети Delo.UA з Нацполіції повідомили, що 2017 р. за ст. 181-1 КУпАП затримано 1101 особу, з яких 15 були неповнолітніми. Це ненабагато більше, ніж 2016 році – 1308 осіб, з яких 18 неповнолітніх. Щодо штрафів, то за вказаною статтею виписано 572 штрафи на суму 91,3 тис. грн. Із них сплачено лише 11, 8 тис. грн. [4]. Протягом року в Україні 913 осіб були затримані за зайняття проституцією.

Наразі перед нашою державою стоїть вибір: і далі дотримуватися ідеї кри-

міналізації сексуальних послуг та робити вигляд, що секс-ринку не існує, а є лише невелика кількість злочинців, які мають бути покарані; чи декриміналізувати вказану діяльність та зосередитись на більш серйозних злочинах у цій сфері: примус, шантаж, обман жінок та втягнення їх до надання сексуальних послуг поза їхньою волею (сексуальна експлуатація), запобігання втягнення неповнолітніх до надання сексуальних послуг, заборона дитячої порнографії та боротьба з торгівлею людьми, що є одним із протиправних компонентів ринку сексуальних послуг.

Список використаних джерел:

1. ISSN 2304-4556 Вісник Кримінологічної асоціації України. 2013. № 5, Бондаренко Л.О.;
2. «Правовий, соціальний та історичний аспекти легалізації надання сексуальних послуг», Онишко О.Б., 2020;
3. Кримінально-Правове регулювання в Україні: реалії та перспективи (аналітичні матеріали); М.В. В'юник, М.В. Карчевський, О.Д. Арланова, Ю.В. Баулін; 2020;
4. «Інформаційне забезпечення легалізації проституції та декриміналізації окремої пов'язаної з нею діяльності», Радутний О.Е., 2016;
5. Кримінальний кодекс України, Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001;
6. Кодекс України про адміністративні правопорушення, Відомості Верховної Ради Української РСР (ВВР) 1984.

ОКРЕМІ КОНЦЕПТУАЛЬНІ ЗАСАДИ УСТАНОВЛЕННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ В ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ

Питання регламентації матеріальної підстави кримінальної відповідальності за правопорушення проти правосуддя залишаються актуальними в українському суспільстві вже багато років. Кримінально-правове регулювання суспільних відносин, пов'язаних зі здійсненням судочинства, виконання судових рішень, як відомо, є одним із дієвих засобів, необхідною умовою забезпечення законності, належного функціонування цих відносин. Зважаючи на те, що сьогодні на обговорення науковій громадськості України представлено проєкт Кримінального кодексу України, підготовлений Робочою групою з питань розвитку кримінального права, є потреба висловити деякі міркування, пропозиції щодо концептуальних підходів установаження відповідальності за діяння, що традиційно позначалися терміном «кримінальні правопорушення (або злочини) проти правосуддя».

В Особливій частині проєкту КК України, у книзі сьомій «Злочини та проступки проти держави», виділено окремо такі розділи: 7.4 «Злочини проти правосуддя», 7.5 «Злочини та проступки проти сприяння правосуддю та діяльності органів правопорядку», 7.6 «Злочини проти порядку виконання судового рішення». Нормами зазначених розділів охороняються суспільні відносини, котрі в чинній редакції КК України охороняються нормами розділу XVIII Особливої частини КК України.

Насамперед, необхідно звернути увагу, що в розділі 7.4 «Злочини проти правосуддя» установлено відповідальність за посягання на процесуальну діяльність суду або, іншими словами, на процесуальні відносини на судових стадіях процесу. У розділі 7.5 «Злочини та проступки проти сприяння правосуддю та діяльності органів правопорядку» установлено відповідальність за посягання на суспільні відносини щодо здійснення досудового розслідування; у розділі 7.6 установлено відповідальність за злочини проти порядку виконання судового рішення. Щодо такої структури кримінального закону варто зазначити, що в її основу покладено відповідну класифікацію кримінальних правопорушень за видовим об'єктом. Водночас процесуальні відносини на всіх стадіях провадження – досудових, судових – мають єдину правову природу, єдині завдання, урегульовані галузевим процесуальним законодавством. Орім того, зазначена група суспільних відносин (процесуальних) нерозривно пов'язана з суспільними відносинами щодо виконання судових рішень, зважаючи на таку конституційну засаду судочинства, як обов'язковість судових рішень; такий принцип кримінального права та відповідний йому принцип кримінально-виконавчого права як невідворотність кримінальної відповідальності, невідворотність виконання та відбування покарання, здійснення судом функції контролю за виконанням судових рішень, а також зміст права на справедливий суд, передбаченого в ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. Таким чином, процесуальні відносини на різних стадіях провадження мають єдину правову

природу та є однорідними із суспільними відносинами щодо виконання судових рішень. Інколи розділити в різних нормах КК правову охорону цих відносин неможливо. Про це свідчить, наприклад, те, що в проєкті КК України, зокрема в розділі 7.5, де йдеться про проступки проти сприяння правосуддю та діяльності органів правопорядку, розміщено статтю про відповідальність за порушення вимог обмежувального засобу, призначеного судом. Тому з точки зору застосування традиційного критерію для визначення структури Особливої частини КК України – поділу на складові частини (розділи) за родовим об'єктом – буде доцільно виділити окремий розділ під назвою «Злочини та проступки проти встановленого порядку судочинства та виконання судових рішень».

У цьому розділі варто згрупувати норми за видовим об'єктом, зокрема, такі їх групи – норми, що встановлюють відповідальність за:

- кримінальні правопорушення проти процесуальних гарантій прав і законних інтересів особи в судочинстві;
- кримінальні правопорушення проти гарантій незалежності та недоторканності службових осіб, захисників, представників особи в судочинстві, під час виконання судових рішень;
- кримінальні правопорушення проти своєчасного розкриття та припинення кримінальних правопорушень, проти встановленого порядку отримання достовірної доказової та іншої інформації, що має правове значення в судочинстві та виконавчому провадженні;
- кримінальні правопорушення проти порядку виконання судових рішень.

Щодо «змістовного наповнення» відповідного розділу, тобто самих норм про відповідальність за посягання на зазначені суспільні відносини, необхідно висловити такі міркування. Доцільно передбачити в проєкті КК України норму про відповідальність за завідомо незаконні затримання, домашній арешт або тримання під вартою (у зазначеному проєкті ця норма відсутня). Водночас, враховуючи недоліки чинної редакції норм, передбачених ст. 371 КК України в контексті такого аспекту принципу верховенства права, як правова (юридична) визначеність, у зазначеній нормі треба чітко вказати, які саме незаконні діяння становили б об'єктивну сторону зазначеного складу кримінального правопорушення, а також зазначити спеціальний суб'єкт зазначених складів кримінальних правопорушень, що також відповідало б принципу верховенства права та забезпечувало б відмежування норм, передбачених цією статтею, від норми про постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного судового рішення.

Зважаючи на родовий об'єкт кримінальних правопорушень проти правосуддя, який, охоплює юрисдикційну діяльність Конституційного Суду України, у пропонованому розділі проєкту КК України необхідно передбачити відповідальність за посягання і на юрисдикційну діяльність Конституційного Суду України, зокрема окрему статтю про постановлення суддею (суддями) Конституційного Суду України завідомо неправосудного рішення, висновку, забезпечувального наказу або ухвали.

Також додаткового вивчення потребує соціальна зумовленість установлення кримінальної відповідальності за окремі діяння, які в проєкті КК України сформульовані як кримінальні правопорушення з формальним складом. Водночас такі діяння не завжди досягають такої властивості, як суспільна небезпека, яка є основним чинником, на підставі якого здійснюється криміналізація діяння. Йдеться, зокрема, про такі діяння, як розголошення відомостей, що становлять таємницю нарадчої кімнати, або про заходи безпеки щодо особи, узятій під захист (ст. 7.5.7 проєкту КК України), незабезпечення безпеки особи, узятій під

захист (ст. 7.5.8 проекту КК України). Зазначені діяння досягають такої властивості, як суспільна небезпека в разі закріплення їх у матеріальних складах кримінальних правопорушень. Зокрема, якщо йдеться про таке діяння, як розголошення відомостей про заходи безпеки щодо особи, узятої під захист, - більш вдалою є чинна редакція КК України, де в частині першій статті 380 КК України передбачено такий суспільно небезпечний наслідок, як спричинення шкоди здоров'ю особи, узятої під захист, у частині другій - смерть особи, узятої під захист, або інші тяжкі наслідки. Якщо такі наслідки не настали, виходячи з принципу економії кримінально-правової репресії, достатнім є встановлення дисциплінарної відповідальності за такі діяння.

Окремого розгляду потребує формулювання редакції норм про кримінальну відповідальність за правопорушення проти правосуддя в контексті забезпечення відповідності такому аспекту принципу верховенства права, як правова визначеність.

ДЕЯКІ ПРОПОЗИЦІЇ ДО РОЗДІЛУ 7.4 «ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ» ТА РОЗДІЛУ 7.5 «ЗЛОЧИНИ ТА ПРОСТУПКИ ПРОТИ СПРИЯННЯ ПРАВОСУДДЮ ТА ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ПРАВОПОРЯДКУ» ПРОЄКТУ КК УКРАЇНИ

Аналіз проєкту Кримінального кодексу станом на 25.07.2021 р. [1] дозволив виробити деякі пропозиції до положень Розділу 7.4 «Злочини проти правосуддя» та Розділу 7.5 «Злочини та проступки проти сприяння правосуддю та діяльності органів правопорядку», а саме:

1. *«Стаття 7.4.1. Постановлення завідомо незаконного та необґрунтованого судового рішення.»*

Суддя або слідчий суддя, який постановив завідомо незаконне та необґрунтоване судове рішення (вирок, рішення, ухвалу, постанову суду або судовий наказ), вчинив злочин 3 ступеня.»

Використання сполучника «та» при характеристиці судового рішення як «незаконного та необґрунтованого» обмежує можливість встановлення ознак відповідного складу злочину. Якщо судове рішення буде незаконним, але достатньо обґрунтованим, виходячи з того, що «обґрунтування – це сукупність доказів, фактів, аргументів для переконання в чому-небудь, на підтвердження чогось» [2], які необов'язково мають бути законними, особа, яка постановила таке рішення, не буде підлягати кримінальній відповідальності. Необхідність криміналізації постановлення завідомо незаконного судового рішення не викликає заперечень; не можна погодитись з Рішенням Конституційного суду України, яким були визнані неконституційними положення ст. 375 чинного КК України [3], але буде доцільним сформулювати назву та зміст запропонованої ст. 7.4.1 проєкту так: «Постановлення завідомо незаконного **або** необґрунтованого судового рішення. Суддя або слідчий суддя, який постановив завідомо незаконне **або** необґрунтоване судове рішення...».

Відповідно, в усіх статтях, де використовується аналогічний опис судового рішення, використовувати сполучник «або» (ст. 7.4.2).

2. *«Стаття 7.5.2. Протиправне втручання в діяльність прокурора, слідчого, детектива, дізнавача, захисника, представника особи, експерта, працівника державної виконавчої служби чи приватного виконавця.»*

Особа, яка втрутилася в діяльність прокурора, слідчого, детектива, дізнавача, співробітника оперативного підрозділу, захисника, представника особи, експерта, працівника державної виконавчої служби чи приватного виконавця (у тому числі шляхом впливу на його близьку особу) з метою: а) перешкодити виконанню ним службового чи професійного обов'язку або б) домогтися вчинення незаконної дії чи бездіяльності, – вчинила злочин 1 ступеня.»

По-перше, видається доцільним вказати в якості потерпілого також перекладача та спеціаліста, діяльність яких також пов'язана із сприянням правосуд-

дю, а отже, втручання в неї заподіює відповідну шкоду. По-друге, можливо, варто об'єднати таких потерпілих, як «прокурор, слідчий, детектив, дізнавач, співробітник оперативного підрозділу» терміном «працівник органу правопорядку», визначення якого надано в п. 37 ст. 1.3.1 проекту, що не тільки скоротить текст, а й уніфікує певні положення.

3. «Стаття 7.5.5. Порушення права на захист».

Прокурор, слідчий, детектив, дізнавач або співробітник оперативного підрозділу, який: а) безпідставно не допустив захисника до участі у кримінальному провадженні, б) своєчасно не залучив захисника для здійснення захисту за призначенням або в) здійснив процесуальну дію без обов'язкової участі захисника, – вчинив злочин 1 ступеня».

Порушення права на захист може полягати не тільки у відповідних діях щодо недопущення в різних формах участі захисника, а й в ненаданні особі можливості самостійно здійснювати свій захист. Так положення ст. 374 чинного КК України вбачають порушення права на захист також в «іншому грубому порушенні права на захист», під яким прийнято розуміти ненадання можливості надати усні або письмові пояснення з приводу підозри чи обвинувачення, перешкоджання праву збирати і подавати докази, брати особисту участь у кримінальному провадженні, вплив на потерпілого з тим, щоб він відмовився від захисника, тощо.

4. «Стаття 7.5.6. Примушування до давання показань».

Прокурор, слідчий, детектив, дізнавач або співробітник оперативного підрозділу, який примусив свідка чи потерпілу особу до давання показань під час допиту, пред'явлення для впізнання або слідчого експерименту, – вчинив злочин 1 ступеня».

Варіант 2. Стаття 7.5.6. Примушування до давання показань».

Прокурор, слідчий, детектив, дізнавач або співробітник оперативного підрозділу, який під час допиту, пред'явлення для впізнання або слідчого експерименту примусив: а) свідка чи потерпілу особу до давання пояснень або показань чи до відмови від їх давання, або б) перекладача до завідомо неправильного перекладу, – вчинив злочин 1 ступеня».

Якщо сприйняти пропозицію щодо вказівки на перекладача як потерпілого в ст. 7.5.2, то достатньо обґрунтованим видається перший варіант ст. 7.5.6 проекту.

5. У чому полягає відмінність між **ст. 7.5.11** «Ненадання висновку або надання неправдивого висновку експертом, спеціалістом. Експерт, спеціаліст, який під час досудового розслідування, судового чи виконавчого провадження: а) не надав висновок без поважних причин, б) надав завідомо неправдивий висновок або в) під час допиту відмовився роз'яснити висновок чи завідомо неправдиво роз'яснив його, – вчинив злочин 1 ступеня», яка визначає діяння як злочин, та **ст. 7.5.16** «Відмова експерта чи перекладача від виконання обов'язків. Експерт чи перекладач, який відмовився без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків під час провадження досудового розслідування чи в суді, а також при здійсненні виконавчого провадження, – вчинила проступок», яка визначає діяння як проступок, якщо в обох випадках мова йде про «ненадання висновку без поважних причин, відмови роз'яснити висновок», що тлумачиться як невиконання покладених на експерта обов'язків.

Список використаних джерел:

1. Текст проєкту нового кримінального Кодексу. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/criminal-code>
2. Словник української мови. Академічний тлумачний словник (1970 – 1980). URL: <http://sum.in.ua/s/obgruntuvannja>
3. Рішення Конституційного суду України у справі за конституційним поданням 55 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 375 Кримінального кодексу України від 11.06.2020 р. №7-р/2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-20#Text>

ОКРЕМІ АСПЕКТИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА В ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ

Нормативне визначення і законодавче закріплення в кримінальному провадженні верховенства права здобуло в Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК), який був прийнятий 13.04.2012 р. У КПК верховенство права віднесено до першої із загальних засад кримінального провадження (п. 1 ч. 1 ст. 7); зазначено про те, що кримінальне провадження здійснюється з дотриманням принципу верховенства права, відповідно до якого, людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави (ч. 1 ст. 8); принцип верховенства права в кримінальному провадженні застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини (ч. 2 ст. 8).

Водночас, згідно зі ст. 129 Конституції України (в редакції Закону № 1401-VIII від 02.06.2016), суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним та керується верховенством права.

Питання верховенства права досліджувалось як в загальнотеоретичному аспекті (у цьому контексті ватро зазначити праці Головатого С.П., Козюбри М.І.), так і в аспекті реалізації принципу верховенства права в кримінальному провадженні, зокрема Гончаренком В.Г., Михайленко В.В.

У дослідників кримінального права принцип верховенства права пройшов свій шлях від малоїмовірності регулювання ним кримінально- правових відносин [1, с. 497], ототожнення принципу верховенства права з принципом верховенства закону [2, с. 42] до вивчення міжнародного і зарубіжного досвіду та постановки проблеми при реалізації принципу верховенства права у випадках застосування закону про кримінальну відповідальність [3, с. 130-141].

Водночас, відповідно до ч. 1 ст. 1.1.1 проекту, Кримінальний кодекс України (далі - КК) є єдиним законом України, який на засадах *верховенства права* регулює суспільні відносини [4]. Таким чином, розробниками засадам верховенства права надається системоутворююча роль у регулюванні кримінально-правових відносин.

С. Головатий пише, що «...верховенство права у своєму *практичному юридичному вимірі* наразі - це важливий принцип, що складається з низки обов'язкових стрижневих елементів. На основі досягнутого нині консенсусу доповідь з верховенства права, яка схвалена 25-26 березня 2011 р. Венеційською комісією, наводить принаймні шість таких стрижневих елементів, стисло розкриваючи їх зміст: 1) законність; 2) юридична визначеність; 3) заборона свавілля; 4) доступ до правосуддя; 5) дотримання прав людини; 6) заборона дискримінації та рівність перед законом» [5, с. 162].

Солідаризуючись із позицією вченого, зазначимо, що, зважаючи на таке різноманіття наведених стрижневих елементів, дати всеохоплююче і загальне визначення такому «мегапринципові» (за визначенням С. Головатого), як верховенство права є малоїмовірним.

Повертаючись до положень проекту КК України, зазначимо, що статтею 7.4.1 встановлено кримінальну відповідальність за постановлення завідомо незаконного та необґрунтованого судового рішення. Диспозиція означеної норми сформульована так: «Суддя або слідчий суддя, який постановив завідомо незаконне та *необґрунтоване* *судове рішення* (вирок, рішення, ухвалу, постанову суду або судовий наказ), – вчинив злочин 3 ступеня.».

Питання кримінальної відповідальності за постановлення суддею завідомо неправосудного рішення завжди викликало гострі дискусії вчених і практиків, було інструментом тиску на суддів включно до рішення Конституційного Суду України № 7-р/2020 від 11 червня 2020 р. щодо відповідності Конституції України ст. 375 КК України.

У мотивувальній частині наведеного рішення зазначено, що формулювання диспозиції ст. 375 КК допускає можливість зловживання нею при вчиненні органами досудового розслідування дій, що мають наслідком притягнення до кримінальної відповідальності судді лише за факт постановлення ним судового рішення, яке, за суб'єктивним розумінням слідчого, прокурора або будь-якої іншої особи, є «неправосудним» (зокрема в разі незгоди з цим рішенням). Кримінальний закон (стаття 375 Кодексу) має відповідати вимогам юридичної визначеності, ясності, недвозначності та передбачності. Це є гарантією здійснення суддею правосуддя на *асадах верховенства права* та ефективної реалізації кожним конституційного права на судовий захист [6].

Аналізуючи положення диспозиції ст. 7.4.1 проекту КК в частині постановлення суддею/слідчим суддею завідомо *необґрунтованого судового рішення*, зазначимо про їх невідповідність принципам КК, визначених розділом 1.2 проекту, а також верховенству права.

Так, згідно з ч.1 ст. 1.2.2, положення цього Кодексу мають відповідати вимогам достатньої чіткості, зрозумілості та передбачуваності, щоб давати особі можливість заздалегідь знати, які діяння є кримінальними правопорушеннями та які кримінально-правові засоби передбачені за їх вчинення. Відповідно до ч. 3 ст. 1.2.8, цей Кодекс застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини. Окрім того, враховуючи, що Україна визнає юрисдикцію Європейського суду з прав людини в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції, застосування судами цієї Конвенції має здійснюватися з обов'язковим урахуванням практики Європейського суду з прав людини не тільки щодо України, а й щодо інших держав [7, с. 26].

Опоненти цієї позиції можуть заперечувати, аргументуючи тим, що поняття обґрунтованості судового рішення визначено в КПК. Справді, не заперечуючи очевидного, зазначимо, що згідно з ч. 3 ст. 370 КПК, обґрунтованим є рішення, ухвалене судом на підставі об'єктивно з'ясованих обставин, що підтвержені доказами, дослідженими під час судового розгляду та оціненими судом відповідно до *статті 94* цього Кодексу. На перший погляд, нібито принцип юридичної визначеності як принцип КК та один з елементів верховенства права не порушено.

Однак питання обґрунтованості судового рішення немає і не може мати кількісних визначень. Наприклад, одному судді для обґрунтування крадіжки достатньо аналізу відомостей, що містяться в протоколі огляду і вилучення, інший вдасться до аналізу й оцінки всіх матеріалів кримінального провадження, причому одне й інше рішення будуть обґрунтованими.

Враховуючи, що КК застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини, що, як зазначено вище, є принципом КК, необхідно звер-

нутись до практики в частині обґрунтованості судових рішень національними судами.

Європейський суд з прав людини в рішеннях «Проніна проти України», заява №63566/00 від 18.07.2006, «Серявін та інші проти України», заява № 4909/04 від 10.02.2011, «Мала проти України», заява № 4436/07 від 17.11.2014 в контексті обґрунтованості судового рішення наголосив, що ч. 1 ст. 6 Конвенції зобов'язує національні суди зазначати мотиви своїх рішень, *проте це не можна розглядати як встановлення обов'язку давати докладну відповідь на кожен аргумент сторони процесу*. Відтак обґрунтованість судового рішення ототожнюється з відповіддю суду на головні, за переконанням суду, аргументи сторін.

У п. 29 рішення ЄСПЛ у справі «Ruiz Torija v. Spain», заява № 303-A від 09.12.1994 зазначено, що питання, чи дотримався суд свого обов'язку обґрунтовувати рішення, може розглядатися *лише в світлі обставин кожної справи*.

Отже, обґрунтованість судового рішення є багатовимірним, а не абсолютно визначеним поняттям у практичному сенсі, пов'язаним з обставинами конкретної справи, позиціями сторін захисту і обвинувачення, а також внутрішнім відчуттям судді.

На нашу думку, формулювання ст. 7.4.1 у такій редакції відновить практику, коли обґрунтованість судового рішення «оцінюватиме» слідчий та/або прокурор, а не суд апеляційної чи касаційної інстанції, що, очевидно, не відповідатиме засадам верховенства права.

Список використаних джерел:

1. Галабала М. В. Розвиток вчення про кримінальний закон в кримінально-правовій науці / М. В. Галабала // Держава і право. – 2008. – вип. 40. – С. 494-504.
2. Лихова С. Я. Верховенство права Європейського Союзу як одна з причин реформування кримінального законодавства України /С.Я. Лихова // Новітні кримінально-правові дослідження – 2016: (збірник наукових праць) / відп. ред. д-р юрид. наук, проф. О. В. Козаченко. – Миколаїв : Іліон, 2016. – С. 40-43.
3. Дудоров О. О., Мазур М. В. Реалізація принципу верховенства права у випадках застосування закону про кримінальну відповідальність: постановка проблеми, міжнародний і зарубіжний досвід // Юридичний науковий електронний журнал. - № 5/2017/ http://www.lsej.org.ua/5_2017/36.pdf // (дата звернення 14.09.2021).
4. Кримінальний кодекс України/ проєкт// <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/08/12/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-25-07-2021-1.pdf> // (дата звернення 16.09.2021).
5. С. Головатий. Верховенство права (правовладдя): як його тлумачить Венеційська комісія // Право України. – 2011. - № 10. – С. 162.
6. Рішення Конституційного Суду України у справі № 1-305/2019(7162/19) від 11 червня 2020 р. // https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/7_p_2020.pdf (дата звернення: 24.09.2021).
7. Антипов В. І. Кримінальний кодекс України в контексті міжнародного права та практики Європейського суду з прав людини: правові норми, судова практика, науково-практичний коментар / В. І. Антипов. – Харків : Право, 2019.

АНАЛІЗ КРИМІНАЛЬНИХ НОРМ ЗАГАЛЬНОЇ ЧАСТИНИ ПРОЄКТУ НОВОГО КК УКРАЇНИ, ЩО СТОСУЮТЬСЯ КОРУПЦІЙНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ

Згідно з останніми масштабними дослідженнями у сфері корупції в Україні, встановлено, що корупція є однією з основних проблемою в країні. Цьому свідчать результати опитування «Корупція в Україні 2020: розуміння, сприйняття, поширеність», який здійснила компанія Info Sapiens за Методикою стандартного опитування щодо рівня корупції, розробленою НАЗК [1], та підсумки соціологічного дослідження «Стан корупції в Україні. Сприйняття, досвід, ставлення», проведеного програмою сприяння громадській активності «Долучайся!» (USAID/ENGAGE) [3].

Тому автор наполягає на дуже ретельному підході до подачі кримінальних норм, що стосуються корупції в проєкті нового Кримінального кодексу України (далі проєкт).

Так у ст. 1.3.1. проєкту вкотре змінюється словосполучення «корупційний злочин чи корупційне кримінальне правопорушення» при визначенні його термінів. У редакції проєкту від вересня 2020 р. застосовувалося словосполучення «корупційний злочин», і тому автор наполягав на необхідності врахувати зміни, що відбулися після набуття чинності Закону України №2617 -VIII, яким були змінені статті 11 та 12 Кримінального кодексу України щодо термінів «кримінальне правопорушення», «злочин», «кримінальний проступок» [4], які не є синонімами [7].

Якщо слідкувати за хронологією змін проєкту, то в редакції від травня і липня 2021р. вжито словосполучення «корупційне кримінальне правопорушення». Однак наразі маємо «корупційний злочин». Автору не зрозуміла поспішна зміна підходу до зазначеного.

Вважається дуже важливим застосування коректних слів та словосполучень для визначення основних понять і термінів у кримінальному законодавстві. У ст. 1.1.1 проєкту зазначено: «Кримінальний кодекс України є єдиним законом України, який на засадах верховенства права регулює кримінально-правові відносини між державою, потерпілими особами та особами, які вчиняють передбачені цим Кодексом діяння, шляхом встановлення: а) вичерпного переліку видів та ознак **кримінальних правопорушень** – злочинів і кримінальних проступків.» [5]. Саме враховуючи зазначеного, необхідно вживати словосполучення «корупційне кримінальне правопорушення» і давати цьому терміну визначення.

Важливість питання застосування коректних, лексично достовірних слів у текстах кримінальних норм порушує й Стрельцов Є.Л., говорячи про те, що все населення, яке може, має змогу ознайомитися з текстом кримінально-правового припису, повинно в цілому зрозуміти такий припис [8]. Автор також неодноразово наголошував на зрозумілості подачі тексту статей у проєкті з орієнтованістю на пересічного громадянина [6].

З метою усвідомлення можливості правильного розуміння кримінальної норми пересічним громадянином, автор вдається до аналізу послідовності

структури викладу основних понять у загальній частині проекту, що так чи інакше стосуються корупційного злочину (термін, який використовується у ст. 45 за чинним КК України), ставлячи прості питання:

1. Що таке корупційний злочин (згідно з проектом)? Відповідь на дане питання полягає в розумінні двох понять: злочин та корупційний злочин.

Для отримання відомостей про поняття «злочин», звертаємося до змісту проекту, де вміщено Розділ 1.3 «Значення термінів кримінального кодексу». Однак у цьому розділі визначення поняття «злочин» немає, мабуть, тому що в статті 1.3.1 говорить про те, що визначенні терміни, вжиті в проекті, які мають визначення в іншому законі, застосовуються відповідно до свого нормативного визначення, окрім випадків, передбачених частиною 2 цієї статті та іншими статтями проекту. Натомість у частині другій вказаної статті надано визначення терміна «корупційний злочин»: «корупційний злочин – такий, що характеризується двома обов'язковими ознаками складу злочину: а) неправомірною вигодою – як предметом або засобом його вчинення і б) незаконним використанням службових повноважень, становища чи пов'язаних з ними можливостей, або впливом на дію чи бездіяльність особи, наділеної службовими повноваженнями, становищем чи пов'язаними з ними можливостями, – як способом його вчинення» [5]. З цього визначення зрозуміло, що корупційний злочин це «такий», певно, злочин, який має обов'язкові ознаки складу злочину; однак визначення поняття злочину немає.

Згідно зі змінами, зазначеними мною вище, юридично правильно вживати словосполучення «кримінальне правопорушення», яке поділяється на злочини і кримінальні проступки. У розділі 1.3 проекту визначень понять «кримінальне правопорушення», «злочин» і «кримінальний проступок» немає, однак є визначення терміна «предмет кримінального правопорушення»; і тому не зовсім зрозуміло, за яким принципом складено згаданий розділ проекту.

Саме ж визначення кримінального правопорушення міститься в Книзі другій проекту під назвою «Про кримінальне правопорушення», Розділу 2.1 - «Кримінальне правопорушення та його склад. Класифікація кримінальних правопорушень» у статті 2.1.1, незважаючи на те, що вже до цього в проекті словосполучення «кримінальне правопорушення» вже вживалось щонайменше чотирнадцять разів. Отже, кримінальне правопорушення - це діяння, яке: а) є протиправним, тобто порушує норму приватного або публічного права, та б) відповідає складу кримінального правопорушення, передбаченому цим Кодексом.» Варто наголосити, що в частині другій цієї статті вживається термін «склад злочину», а у наступних частинах – «ознаки складу кримінального правопорушення». Усе ж таки автор вважає, що треба вживати один термін – «кримінальне правопорушення».

На думку автора, ст.ст. 11 та 12 нині чинного Кримінального кодексу України дають чітке визначення поняття «кримінальне правопорушення» і його складових: злочину та кримінального проступку, що є логічним і зрозумілим.

Якщо говорити про подальший аналіз тексту проекту, то важко зрозуміти та розібратися у фундаментальних поняттях складу кримінального правопорушення. Незважаючи на те, що багато вітчизняних науковців відстоювали позиції принципової першочерговості та послідовності викладу сторін складу кримінального правопорушення для подальшої обґрунтованої кваліфікації у статті 2.1.2 проекту, склад кримінального правопорушення викладено так: об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт, суб'єктивна сторона; натомість розділи 2.2, 2.3 розкривають питання суб'єкта та суб'єктивної сторони відповідно; окремого розді-

лу про об'єкт і об'єктивну сторону немає. Незрозуміла послідовність, наявність одного і відсутність іншого у викладі Закону порушу адекватне його сприйняття, розуміння та знання взагалі.

Також є не зрозумілим виклад визначення понять розміру майнової шкоди та розміру шкоди здоров'ю в Розділ 1.3 проекту, яке фактично є не повним, адже в Другій книзі ці поняття доповнюються.

Розуміючи титанічний труд робочої групи з питань розвитку кримінального права, яка працює над проектом Кримінального кодексу, хочеться все ж таки акцентувати увагу на важливості таких питань:

1) застосуванню терміна «корупційне кримінальне правопорушення» як правильного за своєю суттю;

2) надати повне визначення терміна «кримінальне правопорушення» у розрізі його складових - злочину та проступку;

3) переглянути логічність у визначеннях термінів розділу 1.3 щодо інших Книг проекту;

4) розглянути можливість окремих розділів про об'єкт та об'єктивну сторону кримінального правопорушення.

Список використаних джерел:

1. Дослідження корупції [Електронний ресурс]: Результати опитування «Корупція в Україні 2020: розуміння, сприйняття, поширеність» Режим доступу: <https://nazk.gov.ua/uk/doslidzhennya-korupsiyi/> Назва з екрана;

2. Кримінальний кодекс України [Електронний ресурс]: Закон України від 5 квітня 2001 р. №2341-III. - Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>. - Назва з екрана.

3. Підсумки соціологічного дослідження «Стан корупції в Україні. Сприйняття, досвід, ставлення», проведеного програмою сприяння громадській активності «Долучайся!» (USAID/ENGAGE) [Електронний ресурс]: Стан корупції в Україні. Сприйняття, досвід, ставлення Режим доступу: <https://engage.org.ua/stan-korupsi-v-ukraini-spryjniattia-dosvid-stavlennia/> Назва з екрана.

4. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень: Закон України від 22.11.2018 № 2617-VIII;

5. Проект нового Кримінального кодексу, режим доступу: <https://newcriminalcode.org.ua/concept> Назва з екрана;

6. Степанюк К.П. Кримінально-правове регулювання протидії корупції через визначення місця поняття та переліку корупційних злочинів у кримінальному законодавстві: Матеріали міжнародної наукової конференції, м. Одеса, 28 травня 2021 р., с. 147-150

7. Степанюк К.П. Неповнота визначення природи корупційного злочину у проекті нового Кримінального кодексу: Матеріали міжнародної наукової конференції, м. Харків, 07 квітня 2021 р., Харків «Право» 2021, с. 169-171;

8. Стрельцов Є.Л. Змістовно-інформаційне визначення кримінального правопорушення: Матеріали міжнародної наукової конференції, м. Харків, 07 квітня 2021 р., Харків «Право» 2021, с. 75-78;

ЗМІСТ ТА ФОРМА НОРМ ПРОЄКТУ КК УКРАЇНИ ЩОДО КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ВІЙСЬКОВІ КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ В АСПЕКТІ ЇХ ВІДПОВІДНОСТІ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА

Основу розділу проєкту Кримінального кодексу України (далі КК), у якому містяться норми та юридичні конструкції щодо кримінальної відповідальності за військові кримінальні правопорушення, становлять норми розділу XIX чинного КК та несуттєво від них відрізняються. Подібне запозичення розробниками проєкту КК при підготовці законопроєктів свідчить про достатню обґрунтованість та ефективність чинних норм КК, які в цілому відповідають принципу верховенства права. Водночас в зазначеному проєкті КК має місце низка новел, які при їх ретельному аналізі здаються такими, що не відповідають зазначеному принципу та іншим принципам законотворення та правозастосування. Це зводиться до такого:

1. Архітектоніка проєкту КК, зокрема й норм про злочини та проступки проти порядку несення військової служби, викликає сумніви з точки зору науково-практичного обґрунтування логічних основ його класифікації на структурні складові – книга, розділ. Так нелогічно називати книги найбільш великі структурні складові кодексу, оскільки термін «книга», за тлумачним словником української мови, вживається в трьох значеннях: 1) твір друку у вигляді зброшурованих, переплетених аркушів паперу з якимось текстом; 2) зшиті в одну палітурку чисті або розграфлені аркуші паперу для якихось записів; 3) великий підрозділ літературного твору, що складається з багатьох глав. На відміну від цього, кримінальний кодекс як нормативно-правовий акт, безперечно, складає єдине ціле; також усі норми Загальної частини поширюють свою дію на норми Особливої частини, а останні підпорядковані першим, об'єднуючись системоутворюючими зв'язками між розділами Загальної та Особливої частини. Невідомо, що покладене розробниками в якості критерію поділу Особливої частини проєкту КК на книги – родовий чи видовий об'єкти або щось інше. Аналіз системи Особливої частини КК не дає відповіді на це запитання. Складається враження, що це погляди чи міркування розробників, а не висновок на підставі серйозних та фундаментальних досліджень, що не може бути прийнятим в законотворенні. Окрім того, архітектоніка книги 8 (злочини та проступки проти порядку несення військової служби) не співпадає з побудовою інших книг Особливої частини КК. Якщо, наприклад, критерієм поділу книги 4 Особливої частини КК (злочини та проступки проти людини і громадянина) на відповідні розділи є або показники її існування (життя або здоров'я), або відповідні права (статеві свобода, приватність), то поділ книги 8 на відповідні порядки несення військової служби є штучним та невиправданими.

2. Загальновідомо, що одним з принципів законотворчої діяльності є принцип стислості закону та економії нормативно-правового матеріалу (правових норм та юридичних конструкцій) при викладі тих або інших інститутів. Аналіз норм інституту, що регламентують відповідальність за військові кримінальні

правопорушення, свідчить про те, що розробники не лише не дотримуються цього принципу, а навпаки, ігнорують його. Так у диспозиції статей книги 8 термін «військовослужбовець» використовується 38 разів, терміни «військовозобов'язаний», «резервіст» 23 рази. Тобто диспозиції всіх статей відповідної книги починаються з суб'єкта кримінального правопорушення (злочину або проступку), що вже було визначено в ст. 8.1.1 проекту КК. Така побудова кримінально-правової норми не зрозуміла з двох причин. По перше, у визначенні термінів (ст. 8.1.1 проекту КК) наведений суб'єктний склад військових кримінальних правопорушень, тому їх дублювання в кожній окремій статті є зайвим. По-друге, така незрозуміла побудова диспозицій статей, яка обов'язково починається з суб'єкта, характерна не для всіх норм Особливої частини проекту КК, а лише для книги 8, що свідчить про відсутність логічної послідовності викладення нормативного матеріалу та порушення правил законодавчої техніки при конструюванні складів військових кримінальних правопорушень.

3. Запропоновуючи ознаки складу військового злочину, які підвищують на один ступінь тяжкість злочинів, розробники зосередили свою увагу лише на терміні «бойова обстановка», при цьому безпідставно нехтували термінами «воєнний стан» та «особливий період». Хоча зрозуміло, що під час знаходження держави в стані війни, збройного конфлікту тощо військові підрозділи не завжди знаходяться в стані безпосереднього зіткнення з ворогом (бойова обстановка). Але сучасні засоби ведення воєнних дій є настільки могутніми, що вони створюють значну загрозу безпеці держави і в період воєнного стану, і в особливий період. Водночас ступінь суспільної небезпечності військового злочину, учиненого під час воєнного стану, тотожний ступеню суспільної небезпечності військового злочину, учиненого в бойовій обстановці. І якщо термін «особливий період» з'явився в тексті КК України нещодавно, то використання терміна «воєнний стан» пройшло перевірку десятиріччями.

4. Розробники безпідставно звужують зміст деяких норм військових злочинів. Наприклад, непокора (ст. 8.1.4) – це лише публічна (тобто в присутності інших військовослужбовців) відмова виконати наказ командира (начальника), хоча зміст поняття «непокора» означає відкриту відмову (публічно або наодинці) виконати наказ командира (начальника). Насильство щодо командира (начальника) або військовослужбовця за відсутності відносин підлеглості (ст.ст. 8.1.9, 8.1.12) характеризується лише завданням удару, побоїв та застосування незрозумілих для фахівців кримінального права акустичних, світлових, термічних чи хімічних факторів. Безпідставне виключення з цих складів військових злочинів таких наслідків, як тілесні ушкодження різного ступеня тяжкості тягне за собою зайву та непотрібну додаткову кваліфікацію за правилами сукупності злочинів за іншими статтями КК, що ускладнює і до того складний для розуміння та застосування текст проекту. Окрім того, розробники без достатніх на те підстав виключили з проекту деякі споконвічно відомі види військових злочинів, як-от: перевищення військовою службовою особою влади чи службових повноважень, мародерство, насильство над населенням у районі воєнних дій, незаконне використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала та зловживання нею.

Водночас виникнення нових складів військових кримінальних правопорушень, таких як: осквернення Бойового Прапора військової частини або його втрата; перебування в стані сп'яніння під час виконання обов'язків військової служби; потурання з боку командира (начальника) приведенню підлеглим себе в стан сп'яніння; самовільне використання засобів ведення бою; порушення правил несення військової служби з охорони об'єктів чи громадського порядку; підрич волі до перемоги; сепаратні перемовини з ворогом тощо – не відповідають науково обґрунтованим підставам криміналізації діяння, не поліпшують чинний КК України.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ПРОТИДІЯ ВІЙСЬКОВИМ КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОПОРУШЕННЯМ

Розуміючи важливість завдань кримінально-правової протидії військовим кримінальним правопорушенням, відомий французький юрист Марк Ансель зазначав, що вивчення зарубіжного права «відкриває перед юристами нові горизонти, знайомить їх з юридичними нормами і системами, відмінними від їх власних, дозволяє їм краще дізнатися про право своєї країни, бо специфічні риси цього права особливо чітко проявляються в порівнянні з іншими системами, озброюють їх ідеями та аргументами, які неможливо отримати при дуже гарному знанні власного права» [1, с.38].

Відтак забезпечення заходів кримінально-правової протидії та реалізація інтересів національної безпеки, забезпечення стабільного функціонування політичних та економічних систем держави потребують високого рівня ефективності такої діяльності та сприяння закріпленню правового режиму у військовій сфері. Враховуючи всі ті зміни, які відбуваються в нашому суспільстві, потребує своєчасного та ефективного реагування законодавства на загрозу інтересам держави, безпеці її громадян та внесення відповідних змін до Кримінального кодексу України.

Реалізація військово-правової реформи в Україні ставить перед законотворцями та перед вітчизняною юридичною наукою багато питань. Більшість із них потребують широкого теоретичного дослідження. При виконанні завдань, що покладуються на Збройні сили України, важливу роль відіграють службові особи, які формують військово-адміністративний апарат і наділені певними повноваженнями в частині командно-організаційної та адміністративної діяльності. Надаючи військовим особам певні службові та владні повноваження, закон вимагає, щоб вони використовувались виключно на благо військової служби [2].

Також при вчиненні кримінального правопорушення під час несення чи проходження військової служби такими особами грубо порушуються вимоги ст. 17 Конституції України [3], інші положення законодавства України та Військова присяга, якою передбачено сумлінне та чітке виконання військових зобов'язань.

Варто зазначити, що удосконалення норм кримінального законодавства щодо несення та проходження військової служби буде сприяти максимально реалізувати принцип законності в сфері кримінально-правової протидії вчиненню кримінальних правопорушень у військовій сфері [4, с.222].

Можна погодитись, що вчинення кримінальних правопорушень в оборонній сфері є складною сукупністю протиправних діянь. Вона не є однорідною та однаковою за характером, рівнем і структурою. Суспільна небезпечність військових кримінальних правопорушень об'єктивно пов'язана не тільки з порушенням суспільного порядку, що є характерним для злочинних посягань на військових осіб, але й зі дестабілізацією військової дисципліни як однієї зі складових бойової готовності військових частин та їх формувань. На сучасному етапі розвитку України, беручи до уваги військову агресію РФ на східних територіях нашої держави, досить гостро постало питання про порядок використання вій-

ськовими зброї та інших небезпечних для оточення предметів і речовин, що є в розпорядженні Збройних сил України. За період проведення ООС (АТО) кількість нещасних випадків, причинами яких стало неправильне використання зброї, значно зросло порівняно з минулими роками. Зросла й кількість вчинених з неосторожності військовослужбовцями пострілів та вибухів, що спричиняє смерть, тілесні ушкодження різного ступеня тяжкості, майнову шкоду. Таким чином, одним із важливих завдань в сфері військової діяльності стало забезпечення безпеки як самих військовослужбовців, так і їх оточення. Зазначені обставини вказують на необхідність поглибленого опрацювання правових, зокрема й тих, що передбачені кримінальним законодавством, засобів запобігання порушенням військовослужбовцями правил поведінки зі зброєю, боєприпасами, вибуховими речовинами. Певний інтерес становить досвід вирішення подібних проблем в іноземних державах, що передбачає проведення порівняльно-правового аналізу положень кримінального законодавства різних країн [5].

Як видно, кримінально-правова протидія кримінальним правопорушенням проти встановленого порядку несення або проходження військової служби є нагальною потребою та першочерговою в дослідженнях проблеми військової злочинності. Кримінально-правова протидія має включати в себе положення чинного кримінального законодавства з актуальними змінами та правками, котрі є станом на сьогодні. Варто зазначити про інші нормативно-правові акти та законодавчі положення, якими регламентовано положення та приписи щодо організації діяльності військової служби. Відсутність чітких методичних рекомендацій щодо службово-бойової діяльності є негативним фактором, котрий провокує на бездіяльність військових офіцерів та пригнічує правову освіченість військовослужбовців строкової та контрактної служби [6].

Тож враховуючи ситуацію в нашій державі, стає зрозуміло, що вчинення кримінальних правопорушень у військовій сфері становить все більшу загрозу національній безпеці, тому наразі потребує розробки ефективних кримінально-правових механізмів протидії.

Список використаних джерел:

1. Ансель М. Методологические проблемы сравнительного права. Очерки сравнительного права (сборник). Е М.: Прогресс, 1981. 526 с.
2. URL: <http://ippi.org.ua/ovchinnikov-rm-viiskovi-zlochini-pravove-regulyuvannya-tashlyakhi-udoskonalennya-kriminalnogo-zakon> (дата звернення 10.09.2021)
3. Конституція України: Закон України Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141.
4. Военно-уголовное право : учебник / Х. М. Ахметшин, И. Ю. Белый, Ф. С. Бражник и др. ; под ред. Х. М. Ахметшина, О. К. Зателепина. Е М.: За права военнослужащих, 2008. 384 с.
5. URL: http://dspace.univd.edu.ua/xmlui/bitstream/handle/123456789/1667/porivnyal_na_harakteristika_viys_kovih_z.pdf?sequence=2&isAllowed=y (дата звернення 10.09.2021)
6. URL: <file:///C:/Users/Admin/Downloads/4741-%D0%A2%D0%B5%D0%BA%D1%81%D1%82%20%D1%81%D1%82%D0%B0%D1%82%D1%82%D1%96-8724-1-10-20200928.pdf> (дата звернення 10.09.2021)

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЗЛОЧИНИ ТА ПРОСТУПКИ ПРОТИ ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ В ПРОЄКТІ КК УКРАЇНИ КРИЗЬ ПРИЗМУ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА

Сьогодні важливим показником реалізації принципу верховенства права є належне врегулювання інформаційних і цифрових відносин, адже, саме завдяки інформатизації та цифровізації практично будь-якої сфери суспільного життя, останні отримують нові якості, зміст та форми відображення. У цьому контексті особливого значення, зокрема, набули право на доступ до інформаційних і цифрових технологій, свобода вираження поглядів, право на приватність, захист цифрових даних і репутації, право на свободу та особисту безпеку в інформаційній та цифровій сферах. З іншого боку, належний рівень функціонування інформаційного та цифрового середовища передбачає їх відповідність міжнародним стандартам, основам інформаційної та кібербезпеки держави, забезпечення захисту інтересів учасників зазначених суспільних відносин. Таким чином, врегулювання відповідальності за порушення інформаційної безпеки безпосередньо пов'язане із забезпеченням балансу між державними і громадськими інтересами, реалізацією принципу верховенства права та виконанням Україною своїх міжнародних зобов'язань.

Аналіз норм чинного КК України засвідчує збільшення кількості складів, що містять кіберскладову. Зазначені ознаки, за якими кримінальні правопорушення відносять до кіберзлочинів, стосуються змісту вчинюваного діяння – несанкціонований вплив на інформаційно-телекомунікаційну систему, її елементи або дані, що в них оброблюються (9 складів), або пов'язані зі специфічним способом чи засобами вчинення відповідного діяння – використанням інформаційно-телекомунікаційних систем, її елементів, комп'ютерних мереж або комп'ютерної техніки (12 складів). Окрім того, у чинному КК України міститься значна кількість кримінальних правопорушень, склад яких безпосередньо не передбачає використання інформаційно-телекомунікаційних систем, проте які, відповідно до положень Конвенції про кіберзлочинність 2001 р. [1] та Закону України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» [2], визнаються кіберзлочинами. Мова йде про кримінальні правопорушення, пов'язані зі шкідливим контентом, наприклад, порушенням рівноправності громадян за різними ознаками, заклики до вчинення протиправних дій, розповсюдження матеріалів з такими закликами тощо. У зв'язку з цим, виникає необхідність системного врегулювання відповідальності за кримінальні правопорушення з використанням інформаційно-телекомунікаційних технологій.

Аналіз тексту проекту КК України (далі – проект) станом на 25.07.2021 р. дозволяє виокремити такі форми врахування інформаційної (цифрової) складової під час кваліфікації кримінально протиправних діянь: 1) врахування її як ознаки складу злочину, яка підвищує тяжкість злочину на один ступінь – «з використанням засобу масової інформації, інформаційної системи чи мережі Ін-

тернет» (п. к ч. 1 ст. 2.1.16 проекту); 2) передбачення окремого, спеціалізованого Розділу 5.13 «Злочини та проступки проти інформаційної безпеки» [3]. Щодо першої із зазначених форм варто звернути увагу, що, по-перше, використання мережі Інтернет як глобальної мережі обміну даних не виключає існування інших комп'ютерних мереж, зокрема локальних мереж та мереж-файлообмінників. У зв'язку з цим, вищевказана ознака, що підвищує тяжкість злочину, не може бути врахована при використанні інших, окрім Інтернет, комп'ютерних мереж обміну даних. По-друге, враховуючи проникнення цифрових технологій практично до всіх сфер суспільного життя, аналізована ознака далеко не завжди буде підвищувати суспільну небезпечність вчинюваного злочинного діяння (наприклад, ступінь суспільної небезпечності погрози заповідання смерті іншій людині буде однаковою у випадку передачі зазначеної погрози телефоном або шляхом надсилання Інтернет повідомлення).

Продовжуючи аналіз проекту, необхідно зазначити, що положення Розділу 5.13 «Злочини та проступки проти інформаційної безпеки» не повною мірою відповідають міжнародним зобов'язанням України щодо Конвенції про кіберзлочинність 2001 р. (далі – Конвенція). Так проектом не передбачена відповідальність за створення з метою використання, розповсюдження або збуту шкідливих програмних чи технічних засобів, а також за їх придбання, розповсюдження або збут (п. 1.а.і ст. 6 Конвенції). Проектом пропонується лише криміналізувати використання шкідливого програмного чи технічного засобу (п. б ч. 1 ст. 5.13.3) як способу вчинення злочинів і враховувати її як обставину, яка підвищує на один ступінь тяжкість деяких злочинів. Іншою невідповідністю положенням Конвенції треба визнати відсутність у проекті відповідальності за незаконне введення або зміну комп'ютерних даних (ст. 5 і 7 Конвенції). Також варто зауважити, що чинний КК України також не передбачає відповідальності за незаконне придбання шкідливого програмного чи технічного засобу, незаконне введення комп'ютерних даних, незаконне отримання доступу до інформації з обмеженим доступом. У зв'язку з цим, у проекті доцільно передбачити відповідальності за перші два вищезазначені незаконні діяння, як це вже було реалізовано щодо незаконного отримання доступу до інформації з обмеженим доступом у ст. 5.13.6 проекту. Важливим кроком щодо удосконалення правового забезпечення протидії кіберзлочинам вважаємо також встановлення відповідальності за незаконні дії з комп'ютерними паролями, кодами доступу або подібними даними, за допомогою яких можна здобути доступ до комп'ютерної системи (п. 1.а.ii ст. 6 Конвенції) [1, 2], хоча Україна й залишила за собою право не застосовувати зазначений підпункт Конвенції під час її ратифікації.

Не зовсім зрозумілими також є положення Розділу 5.13 проекту, що стосуються:

- ознак, які підвищують на один ступінь тяжкість злочину, зазначених п.п. а, в ч. 1 ст. 5.13.3 проекту. Зазначені ознаки взаємовиключають одна одну, проте фактично є обов'язковою передумовою вчинення злочину, передбаченого ст. 5.13.4 проекту, загальним або спеціальним суб'єктом відповідно. Зазначене призводить до імперативного підвищення тяжкості вищевказаного злочину відповідно до положень ст. 5.13.3 проекту;

- визначення цифрового образу, наданого в п. 3 ч. 1 ст. 5.13.1 проекту. Окрім того, ст. 5.13.8 проекту не охоплює несанкціоноване використання візуального або аудіовізуального зображення іншої людини, створеного правопорушником, наприклад, з використанням технологій типу Deepfake, що також здатне спричинити значені репутаційні збитки особі та порушити її права;

- передбачення суспільно небезпечних наслідків у проступках, зазначених в

ст.ст. 5.13.10 і 5.13.11 проекту, та їх відсутність у кореспондуючих їм злочинах, встановлених ст.ст. 5.13.4 і 5.13.5 проекту.

Акцентуалізація вищевказаних проблемних питань регулювання відповідальності за злочини та проступки проти інформаційної безпеки ще раз засвідчує складність та багатомірність сучасних інформаційних і цифрових відносин. Представлені тези доповіді є лише побіжною науковою розвідкою в цьому напрямі та підставою для проведення більш ґрунтовних наукових досліджень.

Список використаних джерел:

1. Конвенція про кіберзлочинність 2001 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_575#Text (дата звернення: 15.09.2021).
2. Про основні засади забезпечення кібербезпеки України: Закон України від 05.10.2017 № 2163-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2163-19#Text> (дата звернення: 15.09.2021).
3. Контрольний текст Проекту Кримінального кодексу України станом на 25.07.2021 року. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/criminal-code> (дата звернення: 15.09.2021).

ПОРУШЕННЯ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ ПРАВ ЛЮДИНИ В УМОВАХ СУЧАСНОЇ ГЛОБАЛЬНОЇ КРИЗИ ПРАВОПОРЯДКУ

Порушення публічного порядку, ревізія принципу пропорціональності в механізмі взаємодії публічних та приватних суб'єктів шляхом обмеження прав і свобод людини є гострою темою сьогодення. Дії політиків та влади в багатьох країнах під час запровадження карантинних заборон не можна кваліфікувати як цілком юридично обґрунтовані та правомірні. Отже, сьогодні аналіз відповідальності влади за порушення міжнародних стандартів прав і свобод людини є необхідною передумовою для повернення довіри та гармонізації відносин у суспільстві.

Інститут міжнародно-правової відповідальності держави є видом юридичної відповідальності, він розвивається під впливом глобалізаційних та інтеграційних процесів.

Міжнародно-правова відповідальність, так само як і юридична відповідальність у внутрішньодержавному розумінні, якщо розглядати її негативну форму, є наслідком вчинення відповідним суб'єктом діяння, визнаного законом правопорушенням. Останнє є обов'язковою підставою юридичної відповідальності.

Підставою міжнародно-правової відповідальності держави є вчинення нею міжнародного правопорушення. Комісія міжнародного права ООН кваліфікує цей вид відповідальності як наслідки, які може мати те чи інше міжнародно-протиправне діяння згідно з нормами міжнародного права в різних випадках.

Здійснення будь-якого міжнародного правопорушення вносить елемент ерозії в міжнародний правопорядок, підриває його підвалини, оскільки в результаті правопорушення руйнуються первинні визначальні відносини, що складають матеріальну тканину міжнародного правопорядку. Аналіз юридичної природи міжнародного правопорушення є необхідним для формування правильного розуміння поняття міжнародно-правової відповідальності держави.

Міжнародне правопорушення характеризується низкою специфічних об'єктивних та суб'єктивних ознак, наявність яких за сукупністю дає підстави говорити про факт його вчинення.

Об'єктивна сторона міжнародного правопорушення має місце у випадках, коли, по-перше, будь-яка поведінка здійснюється саме державою згідно з міжнародним правом; по-друге, така поведінка є порушенням міжнародно-правового обов'язку держави. Сукупність вказаних факторів Комісія міжнародного права слушно називає елементами міжнародно-протиправного діяння держави.

Протиправність діяння держави витікає з порушення державою своїх обов'язків, перш за все, на внутрішньодержавному рівні, узятих на себе перед світовою спільнотою чи окремими її членами. До джерел, що вказують на підстави юридичної відповідальності держав, необхідно віднести рішення міжнародних організацій, міжнародних судів та арбітражів. Проте й вони за своєю сутністю належать до договірних зобов'язань держави. Так, саме з приєднанням до Статуту ООН держави поширюють на себе обов'язковість рішень Ради Безпеки,

а з підписанням відповідних договорів, що передбачають створення міжнародних судових інстанцій (арбітражів) та (або) наділення їх відповідними повноваженнями, визнають зобов'язуючий характер цих рішень.

Дії держави, пов'язані з порушенням права на життя людей, є протиправними незалежно від того, чи приєдналася ця держава до відповідних договорів з прав людини, що захищають це право.

Для того, щоб говорити про міжнародне правопорушення як факт, що має місце, необхідною є й наявність і його фактичної підстави - безпосередньо вчиненого державою діяння, яким порушуються її міжнародні обов'язки.

Погоджуємося з думкою про те, що питання про настання відповідальності постає в разі, якщо порушення з боку держави спричинило серйозні негативні наслідки. Оціночний характер таких наслідків, на наш погляд, потребує окремої нормативної розробки та закріплення їх на рівні міжнародно-правових документів, оскільки обсяг юридичних наслідків правопорушень повинен бути чітко визначеним та ясно зрозумілим для сторін.

Так, наприклад, оцінка окремих та несистематичних порушень прав своїх громадян однією державою інша може розцінити як грубе правопорушення, що уповомочує її до застосування контрзаходів. Найважливішими критеріями тяжкості міжнародних правопорушень, учинених державами, мають виступати систематичність діянь, що порушують міжнародні зобов'язання, значимість норм, що порушуються (виходячи з цього критерію, найбільш грубими треба вважати діяння, що посягають на імперативні норми загального міжнародного права), обсяг шкоди, заподіяної державам та іншим суб'єктам міжнародного права.

Об'єктом міжнародного правопорушення треба вважати цінності, визнані та охоронювані світовою спільнотою, що знаходять свій прояв у конкретно-правових відносинах, яким заподіяно шкоду.

Обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони міжнародного правопорушення держави є її вина, що тісно пов'язана з порушенням договірних зобов'язань чи загальних принципів та норм міжнародного права. Як і в загальному понятті правопорушення, вина держав у вчиненні міжнародних протиправних діянь може проявлятися як у формі умислу, так і в формі необережності; але вина не визнається як серцевина суб'єктивної сторони міжнародного правопорушення.

Суб'єктами міжнародних правопорушень можуть бути будь-які суб'єкти міжнародного права в разі порушення ними відповідних міжнародних зобов'язань. Держава повинна нести відповідальність за діяння, якими порушуються її міжнародні зобов'язання, якщо ці діяння виходять від таких суб'єктів:

- офіційні органи державної влади (незважаючи на те, до якої гілки влади вони належать та яке положення займають в ієрархічній вертикалі влади, тобто будь-які органи, що виконують законодавчі, виконавчі, судові чи інші функції, незалежно від їх положення в організації держави та незалежно від їх характеру як органів центральної влади чи адміністративно-територіальної одиниці держави. Також поняття «орган» означає будь-яку особу чи утворення, які володіють таким статусом відповідно до внутрішнього права держави);

- особи чи утворення, що не є органом державної влади, але наділені державою повноваженнями здійснювати окремі елементи державної влади;

- орган, який наданий державі в розпорядження іншою державою, якщо цей орган діє в межах реалізації елементів державної влади тієї держави, якій він

наданий у розпорядження;

- органи та посадові особи держави, що вийшли за межі наданих їм повноважень або порушили надані їм вказівки (інструкції тощо) у випадку, якщо таке порушення мало місце при виконанні ними своїх обов'язків з реалізації повноважень, пов'язаних із здійсненням елементів державної влади;

- особи чи групи осіб, які діяли відповідно до інструкцій, наданих їм державою, або під її керівництвом чи контролем;

- особи чи групи осіб, що фактично здійснювали елементи державної влади в разі відсутності офіційної влади чи її неієздатності за умов, що потребували виконання такої діяльності.

Питання міжнародно-правової відповідальності держав за порушення прав і свобод людини в приватноправових відносинах є не менш актуальним. У наукових та політичних колах різних країн актуальнішими стають позиції щодо закріплення на законодавчому рівні норм щодо можливості невиконання міжнародно-правових зобов'язань.

Такі пропозиції, на наш погляд, суперечать загальним засадам міжнародного конституційного правопорядку, ставлять під загрозу імідж держави та створюють підстави для застосування до неї різноманітних юридичних заходів з боку світової спільноти аж до міжнародної ізоляції. Тому, на нашу думку, подібні позиції повинні зустрічати з боку вітчизняної наукової спільноти та громадськості аргументовану критику.

Отже, порушення державою міжнародних стандартів прав і свобод людини має вважатися підставою відповідальності держави у випадку, якщо воно являє собою фактично вчинене діяння, якому властиві всі ознаки складу міжнародного правопорушення (об'єктивна та суб'єктивна сторона, об'єкт та суб'єкт). Водночас односторонні заяви держави (зокрема шляхом внесення змін до внутрішнього законодавства) щодо невизнання нею взятих на себе обов'язків, що були нею порушені, жодним чином не звільняють її від міжнародно-правової відповідальності.

WHEN "DOMESTIC" AND "INTERNATIONAL" COLLIDE: SOME REFLECTIONS ON THE FUTURE OF THE CHAPTER XX OF THE CURRENT CRIMINAL CODE OF UKRAINE

Under the present conditions of meaningful and lasting criminal law reform in Ukraine [1], the issues of the criminal legislation holistic review are gradually gaining increasing attention [4]. In this regard, an intensive change process of the current Criminal Code of Ukraine (hereinafter – CC of Ukraine) [6] was launched and as a consequence of that, a comprehensive revision has extended not only to certain separate provisions enshrined in its text, but also to the entire normative act, and moreover to the essential and sustainable underpinnings of the Ukrainian criminal law as a whole.

All this is accompanied by the cross-cutting thought that every single amendment is to be made under the aegis of the idea of the compliance with international obligations, conformity with international standards and treaties to which Ukraine has given its consent to be bound to and effective implementation of international commitments [2].

This kind of logic is quite clearly demonstrated on the vivid example of the situation around the need for improving existing Chapter XX of the CC of Ukraine, which prescribes criminal responsibility for criminal offenses against peace, security of mankind and international legal order, especially as it is widely assumed to be crossed consisted of the so-called "international crimes" [5, p. 544] and therefore is a "rendezvous point" for international law realm to "meet" the domestic domain. And in this way, the known issues and continually prevailing challenges in the sphere of national criminal law and legislation are "aggravating" by the "tensions" with perspectives of international law.

Thus, it is, in essence, the matter of the "positioning" of the mentioned above Chapter in the structure of the Special Part of the current CC of Ukraine, which is not only all about the "formal nature", but leading to the sufficient and fundamental problem of the constructioning of this Part, referring to the major constraint of the approach to the definition of the "object" as the compulsory element of "corpus delicti". Significantly, the same concern is also raised about the inner structure of the Chapter, namely, the issue regarding the principle, according to which the articles should be placed and listed, that, in turn, results in the debate over the categories of "public danger" and the "degree of the threat to the public". And what is more, a similar situation is observed in relation to the title of the Chapter, which was meant to reflect the "generic object", so that the last part of its wording "... international legal order ..." is being traditionally contested.

Furthermore, the major part of contemporary modifications of this Chapter, either hypothetical calls for a change or pending legislative amendments [7] mostly focused on the issues of international humanitarian law. However, it is worth recalling

that it is presumed to be much broader than that, consisting of a whole variety of not less significant elements of crimes, which are also “seeking solutions” for the remaining challenges, as well as those socially dangerous acts which are not amount to crimes, but criminal misconduct. And even in case of international humanitarian law [8] once again, the plethora of urgent critical issues to be solved remain proper implementation of international legal norms or how exactly these norms should be “introduced” into the text of the criminal law and, merely saying, in what way. So, the question arises as to whether it is enough to “integrate” international legal norms into the text of the current law, “incorporating” them “literally”, using the precise terminology and strictly accurate translation. Would it be enough to meet the requirements of the effective enforcement and fulfilment of international agreements in a good faith manner [3]? And what would be the implications as regards the further law enforcement activity?

This is ultimately conducive in thinking that how rational and efficient is the use of international instruments and tools, categories and definitions to operate in the national context. Would it be much more reasonable to “translate” and “interpreting” them into “national language”, to make them comprehensible to the Ukrainian legal system, while avoiding contradiction with separate provisions among themselves and with the foundations of domestic criminal law?

And eventually, in the search for answers, it is therefore crucial to consider other ways and means of “nationalization of international law” [9, p. 1, 51], which already exist both in theory of international public law, as well as international humanitarian and criminal law themselves.

The list of sources used:

1. ... , coupled with a real determination to the further improvement of the Ukrainian legislation on criminal liability ...
2. ... , primarily arising and derived from the Decree of the President of Ukraine. For more details, refer to: Pytannia Komisii z pytan pravovoi reformy : Ukaz Prezydenta Ukrainy vid 07.08.2019 № 584/2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/584/2019#Text> (data zvernennia: 03.10.2021).
3. ... as it is usually stated in the theory and practice of international law, along with the provisions of Ukrainian legislation. See, for instance: Pro mizhnarodni dohovory Ukrainy : Zakon Ukrainy vid 29.06.2004 № 1906-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15#Text> (data zvernennia: 03.10.2021).
4. ... that goes hand-in-hand with the incremental process of the constructive deliberations. See, for instance: disputes associated with responses to the comments and reservations over the draft of the new Code {Reformuvannia kryminalnoho zakonodavstva Ukrainy. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/> (data zvernennia: 03.10.2021)}.
5. Hiéramente M. The Myth of “International Crimes”: Dialectics and International Criminal Law. *Göttingen Journal of International Law*. 2011. Vol. 3, No. 2. pp. 551-588.
6. Kryminalnyi kodeks Ukrainy : Zakon vid 05.04.2001 № 2341-III (v redaktsii vid 16.09.2021). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (data zvernennia: 03.10.2021).
7. Pro pryiniattia za osnovu proektu Zakonu Ukrainy pro vnesennia zmin do deiakykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo implementatsii norm mizhnarodnoho kryminalnoho ta humanitarnoho prava : Postanova Verkhovnoi Rady Ukrainy vid 17.09.2020 № 913-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/913-IX#Text> (data zvernennia: 03.10.2021).
8. Pro vnesennia zmin do deiakykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo implementatsii norm mizhnarodnoho kryminalnoho ta humanitarnoho prava : Proekt Zakonu vid 27.12.2019 № 2689. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67804 (data zvernennia: 03.10.2021).
9. See, for instance: Turner J. I. Nationalizing International Criminal Law. *Stanford Journal of International Law*. 2005. Vol. 41, Iss. 1. pp. 1-51.

Наукове видання

ПРОЄКТ НОВОГО КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ У ВИМІРІ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА

Матеріали сателітного заходу
V Харківського міжнародного юридичного форуму

м. Харків, 21 вересня 2021 року

Видається в авторській редакції

Аерофото *В. В. Білоус*

Підписано до друку 19.07.2022.
Формат 60×90/16. Папір офсетний. Гарнітура Times.
Ум. друк. арк. 10,8. Тираж 100 прим.
Вид. № 3027

Видавництво «Право» Національної академії правових наук України
та Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
вул. Чернишевська, 80-А, Харків, 61002, Україна
Тел./факс (057) 716-45-53
Сайт: <https://pravo-izdat.com.ua>
E-mail для авторів: verstka@pravo-izdat.com.ua
E-mail для замовлень: sales@pravo-izdat.com.ua
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготовлювачів і розповсюджувачів
видавничої продукції – серія ДК № 4219 від 01.12.2011

Виготовлено у друкарні ТОВ «ПРОМАРТ»,
вул. Весніна, 12, Харків, 61023, Україна
Тел. (057) 717-25-44

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготовлювачів і розповсюджувачів
видавничої продукції – серія ДК № 5748 від 06.11.2017