

О. Лемешко, асистент кафедри кримінального права НЮА України
Здійснення правомірною контролю як спеціальна
обставина, що виключає кримінальну відповідальність за
порушення злочину

В кримінально-правових дослідженнях розглядаються різні види не тільки злочинної, а й незлочинної поведінки. До останніх відносять випадки заподіяння шкоди охоронюваним інтересам за наявності обставин, що виключають суспільну небезпечність та протиправність (злочинність) діяння. В науці кримінального права виділяються майже тридцять видів таких обставин. Ними визнаються передбачені різними галузями законодавства і зовні схожі зі злочинами соціально корисні (соціально допустимі) і правомірні вчинки, що здійснюються за наявності певних підстав та виключають кримінальну відповідальність особи за заподіяну шкоду¹. В Загальній частині КК закріплені три види обставин, що виключають злочинність діяння — необхідна оборона, затримання злочинця та крайня необхідність (статті 15, 16 КК України). В Загальній частині проекту КК, розробленого робочою групою Кабінету Міністрів України, що знаходиться на обговоренні у Верховній Раді України, крім названих, передбачені такі обставини, як фізичний та психічний примус, виконання наказу (розпорядження), виправданий ризик. Наведені обставини, що виключають злочинність діяння, за сферою свого застосування належать до так званих загальних обставин, тобто таких, що мають відношення до декількох, часто неоднорідних діянь, зовні схожих з різними злочинами. Разом з тим в Особливій частині чинного КК також передбачені деякі з таких обставин, які виключають злочинність окремих видів діянь, наприклад, здійснення права на притулок, воєнна необхідність (статті 75, 255, 261 КК України). Такі обставини можна назвати спеціальними, тобто такими, що виключають злочинність лише окремих видів злочинних посягань.

¹ Див.: *Баулін Ю. В.* Обстоятельства, исключающие преступность деяния. – Х., 1991. – С. 41.

Обставинами, що виключають кримінальну відповідальність за порушення вчинюваному злочину, можуть бути як загальні, так і спеціальні види цих обставин. Так, виконання законного наказу (розпорядження) про неприпинення злочинної діяльності особи чи

групи осіб при проведенні оперативно-розшукових заходів, виключає кримінальну відповідальність виконавця наказу за зловживання посадовим становищем. Також за наявності одночасного виникнення обов'язку припинення, наприклад, двох вчинюваних у різних місцях злочинів працівник міліції, що приймає рішення про неприпинення більш тяжкого з них (і тому фактично потурає здійсненню іншого злочину), не підлягає кримінальній відповідальності за таку бездіяльність. Обставиною, що виключає його відповідальність у цьому випадку, є так звана колізія юридичних обов'язків. Не виключається можливість, що у деяких випадках обставиною, що виключає відповідальність посадової особи за відмову від припинення злочину, може виступати необхідна оборона чи крайня необхідність.

До числа спеціальних обставин, що виключають кримінальну відповідальність за бездіяльність при потуранні вчиненню злочину, можуть бути віднесені контрольована поставка зброї чи наркотичних засобів, а також контрольоване здійснення інших окремих видів чи груп злочинів (наприклад, контрольований незаконний перехід державного кордону, контрольована втеча з місця позбавлення волі, контрольована дача-отримання хабара, а також контрольоване здійснення інших корисливих, насильницьких чи господарських злочинів)¹. Дослідники відмічають, що більшість обставин, які виключають суспільну небезпеку та протиправність діяння, закріплені не в кримінальному законі, а містяться в інших галузях законодавства, а саме: в конституційному, адміністративному, трудовому, процесуальному. Це положення обґрунтовувалось ще дореволюційними криміналістами². Так, у Митному кодексі України закріплена норма (ст. 101), яка передбачає можливість здійснення та порядок проведення працівниками митних органів контрольованої поставки наркотичних засобів та психотропних речовин, що є по суті неприпиненням контрабанди. В Законі України “Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними” також передбачається можливість застосування контрольованої поставки та оперативної закупки речей, що здійснюється працівниками правоохоронних органів³. При проведенні оперативно-розшукових заходів широке поширення одержала практика неприпинення злочинів, виправдана посиленням

на контрольоване їх здійснення. Така бездіяльність, пов'язана з потуранням вчинюваному злочину з точки зору її криміналістичного та процесуального аспектів, достатньо обґрунтовано досліджена⁴, однак кримінально-правові ознаки не були висвітлені.

¹ Див.: *Басков В. И.* Оперативно-розыскная деятельность. – М., 1997. – С. 52.

² Див.: *Владимиров Л. Е.* Учебник русского уголовного права. Общая часть. – Х., 1889. – С. 63.

³ Див.: *Селіванов М. П., Хрупна М. С.* Антинаркотичне законодавство України. Теорія. Історія. Коментар. – К., 1997. – С. 278–279.

⁴ Див.: Використання досягнень науки і техніки у боротьбі зі злочинністю : Мат. наук.-практ. конф. – Х., 1998. – С. 15–18, 180–185.

При розгляді названих спеціальних обставин, що виключають злочинність діяння, може бути застосований системний підхід, запропонований Ю. Бауліним. Згідно з таким підходом у структуру обставини, що виключає злочинність (суспільну небезпеку та протиправність) діяння, входять об'єктивна підстава та правомірний вчинок (суспільно корисний чи суспільно допустимий). Підставою для здійснення вчинку, пов'язаного з заподіянням шкоди, виступає який-небудь фактор об'єктивної дійсності, що характеризується як складний, виключний та об'єктивний за своїм змістом. Склад правомірного вчинку включає суб'єкта та мету вчинку, об'єкт і об'єктивну його сторону, а також суб'єктивний контроль¹.

¹ Див.: *Баулин Ю. В.* Вказ. праця. – С. 150–166.

Аналіз спеціальних обставин, що виключають злочинність неприпинення вчинюваного злочину, дозволяє виділити їх загальні ознаки. Передусім **правовою підставою** для бездіяльності при вчиненні певного кола злочинів виступає розпочата і фактично не завершена злочинна діяльність однієї особи чи групи осіб. У більшості випадків це вчинення злочинів, предмети яких обмежені в цивільному обігу (наркотичні засоби, вогнепальна зброя, радіоактивні матеріали і т. ін.), або вчинення корисливого, насильницького чи економічного злочинного посягання (дача-отримання хабара, вимагання, незаконний банківський переказ грошових коштів і т. ін.). При цьому вчинюваний злочин характеризується, як правило, умисною виною, а його об'єктивна сторона пов'язана з певною

тривалістю вчинення явно злочинного діяння, віддаленістю настання злочинних наслідків, можливістю контролювання за вчиненням діяння та запобігання настанню злочинних наслідків. Оскільки вчинення такого злочину пов'язане з необхідністю контролю за його здійсненням з боку правоохоронних органів, то таку правову підставу доцільно іменувати контрольованим злочином.

Фактичною підставою для неприпинення контрольованого злочину може виступати або неможливість встановлення гласними методами кола співучасників та каналів надходження зазначених предметів, або масштабність проведення названих операцій (наприклад, за участю правоохоронних органів декількох держав), або неможливість чи утрудненість одержання доказової інформації про підготовлюваний більш тяжкий злочин (про його виконавців та осіб, причетних до його вчинення, рівень корумпованих зв'язків, місцезнаходження предметів злочину та ін.).

Таким чином, правовою та фактичною підставою правомірної бездіяльності в названих спеціальних видах обставин, що виключають злочинність діяння, виступає вчинення злочину під контролем правоохоронних органів в обстановці, що свідчить про вимушеність та виправданість його тимчасового неприпинення.

Наявність цих підстав обґрунтовує правомірність потурання такому контрольованому злочину.

Зазначена бездіяльність передбачає **лише певну категорію суб'єктів** — посадових осіб, представників правоохоронних органів, що ведуть боротьбу зі злочинністю. Ними можуть бути представники державної виконавчої влади, на яких покладений правовий обов'язок припинення вчинення злочинів (наприклад, оперативний склад МВС, СБУ, працівники митниці та ін.).

Метою потурання вчиненню контрольованого злочину виступає наступне його припинення, розкриття та попередження вчинення інших злочинних посягань, виявлення злочинів та осіб, що їх вчинили. Мета такої бездіяльності збігається з метою проведення оперативно-розшукової діяльності взагалі, вони лише конкретизуються залежно від виду обставини, що виключає злочинність діяння. Так, контрольована поставка наркотичних засобів здійснюється з метою припинення міжнародного незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин та виявлення осіб, що

беруть участь у такому обігу. Ця мета прямо закріплена у митному законодавстві (ст. 101 Митного кодексу), положення якого дублюють конвенцію ООН від 19 грудня 1998 р. “Про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів та психотропних речовин”. Контрольована дача-отримання хабара може вчинюватися з метою виявлення особи, яка отримує хабар та отримання доказів її злочинної діяльності.

Об’єктом правомірного вчинку — бездіяльності виступають такі об’єкти кримінально-правової охорони, яким заподіюється шкода у зв’язку з такою бездіяльністю, а саме інтереси правосуддя, пов’язані з необхідністю такої роботи правоохоронних органів, що забезпечує негайне припинення та розкриття злочину.

Об’єктивна сторона зазначених вчинків виражається в бездіяльності спеціальних суб’єктів, які зобов’язані та мають реальну можливість припинення посягання. Така бездіяльність за своїми зовнішніми, фактичними ознаками збігається з потуранням вчинюваному злочину як різновиду посадового зловживання у сфері правосуддя, під яким прийнято розуміти заздалегідь не обіцяне неприпинення посадовою особою правоохоронного органу достовірно відомого вчинюваного злочину¹. Час здійснення правомірної бездіяльності збігається з часом підготовки, вчинення чи закінчення контрольованого посягання. Спричинені наслідки зовні виражені у шкоді інтересам правосуддя, що, однак, є допустимим та виправданим засобом досягнення поставленої мети. При цьому необхідна наявність певної **відповідності**, залежності між заподіяною шкодою та шкодою, що заподіюється інтересам правосуддя та охоронюваним благам при вчиненні контрольованих злочинів: шкода, що заподіюється об’єктам кримінально-правової охорони, повинна бути розмірною з тією метою, яка досягається завдяки спричиненню зазначених наслідків, а саме: поставлена має бути настільки суспільно значущою, що допускає заподіяння шкоди об’єктам кримінально-правової охорони, яка явно виправдується досягнутою метою.

¹ Див.: *Клименко В. А., Мельник Н. И., Хавронюк Н. И.*

Уголовная ответственность за должностные преступления. – К., 1996. – С. 23; Лемешко А. Н. Попустительство преступлению как самостоятельный вид преступления против правосудия // Проблемы законности –Х., 1999. – № 41. – С. 176.

Суб'єктивний контроль вчинку відображує усвідомлення вчинюваного злочину, неприпинення якого пов'язане з досягненням соціально корисної мети. Крім того, суб'єкт усвідомлює, що заподіювана об'єктам кримінально-правової охорони шкода є розмірною, відповідає досягнутій меті. При цьому він також усвідомлює наявність певних повноважень на потурання контролюваному злочину.

Схожість правової та фактичної підстав, а також ознак розглянутих видів потурання контролюваних злочинів дозволяє виділити єдину обставину, яка виключає кримінальну відповідальність за потурання такому злочину. Вона може бути названа **здійсненням правомірного контролю за вчиненням злочину**. Подібна обставина, що виключає злочинність діянь передбачена в законодавстві багатьох держав. Так, в кримінальному законодавстві США вже багато років використовується термін “контроль за злочинною діяльністю”, що об'єднує різні легальні, в тому числі допустимі, методи проведення оперативних заходів¹. Легалізація зазначених оперативних заходів не тільки у кримінально-процесуальному, а й у кримінальному законодавстві дозволить поставити на міцну правову основу діяльність відповідних підрозділів правоохоронних органів та застерегти їх від посадових зловживань.

¹ Див.: *Михайлов В. И.* Контролируемая поставка как оперативно-розыскная операция. – М., 1998. – С. 5.

Раніше нами був запропонований варіант проекту кримінально-правової заборони потуранню вчиненню злочину та обґрунтовувалася необхідність розміщення цієї норми в главі 8 КК “Злочини проти правосуддя”¹ Видається за доцільне передбачити не тільки саму кримінально-правову заборону потуранню злочину, тобто бездіяльність посадової особи, представника правоохоронного органу стосовно вчинюваного злочину, а й законодавчо закріпити спеціальну обставину, що виключає кримінальну відповідальність такої особи за потурання злочину. Аналіз чинного КК дозволяє виділити два способи закріплення таких спеціальних обставин в Особливій частині КК — у примітці до статті (наприклад, примітка до ст. 75 КК) або безпосередньо в диспозиції статті при описанні ознак злочину (наприклад, статті 255, 261 КК).

¹ Див.: *Лемешко А. Н.* Вказ. праця. – С. 176–180.

Доцільно також передбачити примітку до статті про потурання вчинюваному злочину, яка б містила положення про виключення кримінальної відповідальності за потурання злочину при проведенні оперативно-розшукових заходів. Таку примітку можна було б викласти, наприклад, у такій редакції: “Чинність цієї статті не поширюється на випадки неприпинення злочинів посадовою особою правоохоронного органу при проведенні оперативно-розшукових заходів відповідно до закону”.

Надійшла до редколегії 15.05.2000

РЕЦЕНЗІЇ

Нові підходи до викладання курсу історії держави і права зарубіжних країн

У процесі трансформації юридичної освіти в Україні, який триває вже не один рік, чи не найбільше проблем виникає з нормативним курсом історії держави і права зарубіжних країн (загальної історії держави і права). Труднощі пов'язані насамперед з необхідністю відмови від застарілих стереотипів і догм, якими перенасичені не тільки сторінки навчально-методичних видань, а й, здається, сама свідомість правознавців, котрим доводиться мати справу з цим навчальним курсом. Більш того, втрата в умовах сучасного плюралізму традиційного методологічного орієнтиру в особі “єдино вірної марксистсько-ленінської суспільствознавчої науки” спричиняє навіть деяку розгубленість у правознавців. Крім того, внаслідок бурхливих суспільних процесів кінця ХХ ст. та стрімкого розвитку наукових досліджень незмірно збільшився обсяг наукової інформації, яку необхідно донести до студентів-юристів. Отож, не дивно, що нині в країні відсутня єдина навчальна програма з історії держави і права зарубіжних країн, немає як ґрунтового академічного курсу, так і доступних для широкого загалу підручників, які б повною мірою відповідали сучасним вимогам.

Наведену сумну констатацію не може спростувати і той факт, що впродовж останнього десятиліття в сусідній Росії побачили світ чимало підручників і посібників з курсу, а в Україні, крім них, широко використовуються ще й відомі праці К. Федорова, О. Шевченка та деяких інших авторів. Не вийшли з обігу й окремі класичні підручники та посібники 60–70-х років. Кожна з цих праць