

лості у змістовному і формальному аспекті залежить правова захищеність особи, забезпечення інтересів суспільства й окремих громадян. Принциповим є те, що серед засад державної політики щодо забезпечення якості законодавства, у тому числі законодавства України про кримінальну відповідальність, перше місце має займати пріоритетність прав людини. Крім того, зазначені критерії повсякчасно мають бути в полі зору не тільки законодавця, а й правозастосовників, бо навіть ідеальна норма є марною, якщо вона застосовується неправильно або взагалі не застосовується. Нарешті, ключовою проблемою залишається наукова розробка теорії оцінки якості й ефективності кримінального законодавства, бо на сьогодні вона перебуває майже в зародковому стані. Гострота проблеми забезпечення якості законодавства є очевидною, бо власне закони мають виражати право як міру свободи і справедливості.

*Рекомендовано до друку на засіданні сектору дослідження кримінально-правових проблем боротьби зі злочинністю ІВПЗ АПРН України (протокол № 11 від 9 вересня 2009 р.).  
Рецензент — кандидат юридичних наук, доцент  
Ю. А. Пономаренко.*

УДК 343.36

*Ю. П. Дзюба*, кандидат юридичних наук, науковий співробітник лабораторії дослідження проблем міжнародного співробітництва у сфері боротьби зі злочинністю Інституту вивчення проблем злочинності АПРН України, м. Харків

### **ЩОДО УЗГОДЖЕНОСТІ НОРМ ЧИННОЇ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ, ПРОЕКТУ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ, ВНЕСЕНОГО ПРЕЗИДЕНТОМ УКРАЇНИ, КК ТА КПК УКРАЇНИ, ЩО ЗАБЕЗПЕЧУЮТЬ ПРАВА ГРОМАДЯН НА СВОБОДУ ТА ОСОБИСТУ НЕДОТОРКАННІСТЬ**

Стаття 29 чинної Конституції України гарантує право кожної людини на свободу та особисту недоторканність. У частині першій цієї статті зазначається, що ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом. Те ж саме зазначено в ст. 34 проекту Конституції України, представленого Президентом України. Як чинна Конституція, так і згаданий проект Конституції, поданий главою держави, крім зазначених положень містять низку статей, що гарантують не лише свободу та особисту недоторканність людини і громадянина, а й забезпечують реалізацію ними цього права (ст. 29 Конституції України, ст. 34 проекту Конституції тощо).

Чинна редакція Конституції України та вказаний проект Конституції<sup>1</sup> закріплюють гарантії свободи та особистої недоторканності окремих посадовців та встановлюють пряму заборону на затримання та арешт народних депутатів України, суддів, а за проектом також сенаторів та уповноваженого Національних Зборів України без згоди на те відповідних органів влади. Зокрема, статті 80 та 126 Конституції та відповідно статті 91 та 139 проекту гарантують забезпечення свободи та особистої недоторканності народних депутатів (народних депутатів і сенаторів за проектом) та суддів. Стаття 111 проекту встановлює такі гарантії щодо уповноваженого Національних Зборів України.

<sup>1</sup> Тут і далі – проект.

На виконання зазначених конституційних приписів у Кримінальному кодексі України 2001 р. встановлено кримінальну відповідальність за найбільш суспільно небезпечні посягання на свободу та особисту недоторканність громадян, що вчиняються посадовцями у сфері правосуддя (статті 371, 372, 373, 374, 375, 376, 397 КК України тощо). Відповідні норми, що стосуються як відтворення конституційних гарантій прав на свободу та особисту недоторканність, так і визначення механізму обмеження таких прав щодо осіб, які вчинили, підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочинів, містяться у Кримінально-процесуальному кодексі України (статті 14, 139, 154<sup>1</sup>, 158, 159, 161, 162, 224 та ін.).

Разом із тим положення чинної Конституції України, проекту Конституції, представленого Президентом, КК та КПК України у питанні забезпечення свободи та особистої недоторканності громадян певним чином не узгоджені між собою та мають суттєві недоліки у законодавчому (перш за все — термінологічному) визначенні окремих правових інститутів. Питання узгодженості Конституції та галузевого законодавства потребують внесення уточнень як у текст Конституції України, проект нової Конституції, так і в чинне кримінальне та кримінально-процесуальне законодавство нашої держави.

Неоднакове тлумачення та застосування законодавства стосується такого поняття, як «арешт». Згадані статті чинної редакції Конституції України, проекту Конституції, ч. 2 ст. 371 КК України, статті 14, 139, 154<sup>1</sup>, 158, 159, 161, 162, 224 КПК України використовують термін «арешт» як синонім затримання особи. Водночас у кримінальному законодавстві України (п. 8 ч. 1 ст. 51, ст. 60 КК України) арешт розглядається як вид покарання. Крім того, адміністративне право виокремлює так званий адміністративний арешт. Отже, «арешт» у сталій юридичній термінології пов'язаний з покаранням. А в згаданих статтях Конституції України, КПК та у ч. 2 ст. 371 КК України він застосовується як синонім затримання особи, незважаючи на те, що у ч. 1 ст. 371 КК законодавець виокремлює затримання особи як самостійну видову дію, що утворює ознаки об'єктивної сторони складу розглядуваного злочину.

Принциповим у вирішенні окресленої проблеми має бути підхід до визначення кримінальної відповідальності за окремі посягання

на свободу та особисту недоторканність громадян, що вчиняються посадовими особами під час виконання ними своїх службових повноважень у сфері здійснення правосуддя, *шляхом уточнення процесуальних дій*, зазначених у диспозиціях відповідних статей розділу XVIII Особливої частини КК. Тобто таких дій, котрі безпосередньо завдають шкоду свободі та особистій недоторканності громадян.

Неоднакове тлумачення терміна «арешт» пов'язане у першу чергу з його «розмитим» визначенням у процесуальному законі<sup>1</sup>. У триаді «затримання особи — тримання під вартою — арешт» останній, на нашу думку, має трактуватись як остаточна кримінально-правова оцінка судом вчиненого особою кримінально-караного діяння. Усе інше — це лише процесуальні дії, які мають бути чітко прописані та визначені у кримінально-процесуальному законодавстві<sup>2</sup>. Більш того, арешт, під яким розуміється вид кримінального покарання, навіть термінологічно не повинен співпадати з відповідною процесуальною дією. Утім у низці статей КПК України термін «арешт» застосовується як синонім затримання особи. Тому зміни мають бути внесені перш за все у чинне процесуальне законодавство (зокрема, у статті 139, 154<sup>1</sup>, 158, 159, 161, 162, 224 КПК України).

Певним чином має бути скоригований також текст самої Конституції України (статті 29, 80 та 126 Конституції), проекту Конституції, внесеного Президентом (статті 34, 91, 111 і 139), статті 371 та 372 КК України, а саме:

1) Статті *чинної Конституції України* з урахуванням зазначених пояснень можна викласти в наступній редакції:

*Стаття 29.* Кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність.

Ніхто не може бути *затриманий або взятий під варту* інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом.

<sup>1</sup> Див.: Бущенко А. П. К концепции заключения под стражу // Право і безпека. — 2002. — № 1. — С. 34–37.

<sup>2</sup> До речі, наукою достатньо докладно розроблені інститути затримання особи та взяття під варту (див.: Проблеми затримання та взяття під варту на досудовому провадженні по кримінальній справі / В. І. Борисов, Н. В. Глинська, В. С. Зеленецький, О. Г. Шило. — Х.: Схід.-регіон. центр гуманіт.-освіт. ініціатив, 2005. — С. 27–73).

У разі нагальної необхідності запобігти злочинові чи його перепинити уповноважені на те законом органи можуть застосувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід, обґрунтованість якого протягом сімдесяти двох годин має бути перевірена судом. Затримана особа негайно звільняється, якщо протягом сімдесяти двох годин з моменту затримання їй не вручено вмотивованого рішення суду про тримання під вартою.

Кожному затриманому має бути невідкладно повідомлено про мотиви затримання, роз'яснено його права та надано можливість з моменту затримання захищати себе особисто та користуватися правовою допомогою захисника.

Кожний затриманий або *взятий під варту* має право у будь-який час оскаржити в суді своє затримання.

Про затримання людини або *тримання її під вартою* має бути негайно повідомлено родичів затриманого.

*Стаття 80.* Народним депутатам України гарантується депутатська недоторканність.

Народні депутати України не несуть юридичної відповідальності за результати голосування або висловлювання у парламенті та його органах, за винятком відповідальності за образу чи наклеп.

Народні депутати України не можуть бути без згоди Верховної Ради України притягнені до кримінальної відповідальності, затримані чи *взяті під варту*.

*Стаття 126.* Незалежність і недоторканність суддів гарантується Конституцією і законами України.

Вплив на суддів у будь-який спосіб забороняється. Суддя не може бути без згоди Верховної Ради України затриманий чи *взятий під варту* до винесення обвинувального вироку судом... (і далі за текстом статті 126 Конституції).

2) Відповідні статті *проекту Конституції України*, внесеного Президентом України, з урахуванням зазначених пояснень можна викласти в такій редакції:

*Стаття 34.* Кожна людина має право на особисту свободу та особисту недоторканність.

Ніхто не може бути *затриманий або взятий під варту* інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом.

У разі нагальної необхідності запобігти злочинові чи його перепинити уповноважені на те законом державні органи можуть застосувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід, обґрунтованість якого протягом двадцяти чотирьох годин з моменту фактичного затримання має бути перевірена судом. Затримана особа негайно звільняється, якщо протягом двадцяти чотирьох годин з моменту її фактичного затримання їй не вручено вмотивованого рішення суду про тримання під вартою.

Кожному *затриманому чи взятому під варту* має бути невідкладно повідомлено про мотиви *затримання чи знаходження його під вартою*, роз'яснено права та надано можливість з моменту затримання захищати себе особисто та користуватися правовою допомогою захисника.

Кожний затриманий має право у будь-який час оскаржити в суді своє затримання.

Про затримання людини або *її тримання під вартою* має бути негайно повідомлено вказаних нею родичів або інших осіб.

*Стаття 91.* Народний депутат, сенатор не несе юридичної відповідальності за голосування або висловлювання у палатах Національних Зборів України, за винятком відповідальності за образу чи наклеп.

Народний депутат без згоди Палати депутатів, сенатор без згоди Сенату не може бути затриманий чи *взятий під варту*.

*Стаття 111.* Парламентський контроль за додержанням прав і свобод людини і громадянина здійснює Уповноважений Національних Зборів України з прав людини.

Уповноважений Національних Зборів України з прав людини без згоди Палати депутатів не може бути затриманий чи *взятий під варту* до набрання законної сили обвинувальним вироком суду щодо нього.

*Стаття 139.* Суддям гарантується недоторканність — суддя не може бути без згоди Сенату затриманий чи *взятий під варту*.

Суддя суду загальної юрисдикції може бути притягнений до дисциплінарної відповідальності.

Держава забезпечує особисту безпеку суддів та членів їх сімей.

3) З урахуванням наведеного вважаємо за необхідне внести наступні зміни до *чинного КК України*:

а) зі змісту ч. 2 ст. 371 КК України виключити слово *«арешт»*.

б) статтю 372 КК України викласти у такій редакції:

*Стаття 372. Притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності*

1. *Винесення постанови про притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності* –

карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

2. Те саме діяння, поєднане з обвинуваченням у вчиненні тяжкого або особливо тяжкого злочину, а також поєднане зі штучним створенням доказів обвинувачення або іншою фальсифікацією, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

4) Відповідні статті *КПК України* з урахуванням зазначених пояснень можна викласти в наступній редакції:

*Стаття 14. Недоторканність особи*

Ніхто не може бути *затриманий чи взятий під варту* інакше як на підставі судового рішення.

Прокурор повинен негайно звільнити кожного, хто незаконно *затриманий або взятий під варту* понад строк, передбачений законом чи судовим вироком.

*Стаття 139. Розшук обвинуваченого*

Про оголошення розшуку слідчий складає постанову, в якій зазначає потрібні відомості про особу розшукуваного. Постанова про

розшук і обрання запобіжного заходу направляється до відповідних органів розшуку.

Після оголошення розшуку слідчий продовжує вживати всіх необхідних заходів для встановлення місця перебування обвинуваченого.

При затриманні обвинуваченого, якого розшукували і щодо якого обрано як запобіжний захід тримання під вартою, орган розшуку негайно доповідає про це прокуророві за місцем затримання. Прокурор протягом двадцяти чотирьох годин зобов'язаний перевірити, чи дійсно затриманий є тією особою, яка розшукується, і, упевнившись в наявності законних підстав для *затримання*, дає санкцію на відправлення *особи* етапом до місця провадження слідства.

*Стаття 154<sup>1</sup>. Застава*

... (ч. 4) Міра запобіжного заходу у виді застави щодо особи, яка знаходиться під вартою, до направлення справи до суду може бути обрана лише з дозволу прокурора, який давав *санкцію на тримання під вартою*, а після надходження справи до суду — судом (далі — за текстом статті).

*Стаття 158. Виконання постанови про застосування як запобіжного заходу взяття під варту*

Постанова про застосування як запобіжного заходу взяття під варту виконується органом, який обрав запобіжний захід. У необхідних випадках орган, що обрав запобіжний захід, вправі доручити виконання постанови органам внутрішніх справ. Один примірник постанови судді або ухвали суду направляється разом із *затриманим* у відповідне місце попереднього ув'язнення для виконання.

*Стаття 159. Заходи піклування про неповнолітніх дітей затриманого*

Коли в особи, відносно якої як запобіжний захід обрано взяття під варту, є неповнолітні діти, які залишаються без нагляду, слідчий зобов'язаний негайно внести з цього приводу подання до служби в справах неповнолітніх для вжиття необхідних заходів до передачі

зазначених неповнолітніх на піклування родичів або влаштування їх в дитячі установи.

Про вжиті заходи слідчий письмово повідомляє прокурора, а також *затриману особу* і копію листа приєднує до справи.

*Стаття 161. Повідомлення про взяття обвинуваченого під варту*

Про затримання підозрюваного або обвинуваченого і його місце перебування слідчий зобов'язаний повідомити його дружину або іншого родича, а також сповістити за місцем його роботи.

Якщо обвинувачений є іноземним громадянином, то постанова про його *тримання під вартою* направляється в Міністерство закордонних справ України.

*Стаття 162. Побачення із затриманим*

Побачення родичів або інших осіб із *затриманим* може дозволити особа або орган, які провадять справу. Тривалість побачення встановлюється від однієї до чотирьох годин. Побачення може бути дозволено, як правило, не більше одного разу на місяць.

*Стаття 224. Додатки до обвинувального висновку*

п. 2) довідка про рух справи та про застосування запобіжного заходу із зазначенням часу і місця тримання під вартою кожного з обвинувачених, якщо вони *затримані*... (далі по тексту статті).

*Рекомендовано до друку на засіданні лабораторії дослідження проблем міжнародного співробітництва у сфері боротьби зі злочинністю ІВПЗ АПРН України (протокол № 8 від 9 вересня 2009 р.).  
Рецензент — кандидат юридичних наук, доцент  
О. М. Лемешко.*

УДК 343. 22

*Л. М. Демидова*, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач сектору дослідження кримінально-правових проблем боротьби зі злочинністю Інституту вивчення проблем злочинності АПРН України, м. Харків

### КРИМІНАЛІЗАЦІЯ ЗАПОДІЯННЯ МАЙНОВОЇ ШКОДИ: ПОНЯТТЯ, ПІДСТАВИ ТА ЇХ ВИДИ

Прийняття та чинність кожного кримінально-правового припису кримінального закону, зокрема щодо кримінальної відповідальності за заподіяння майнової шкоди, обумовлені як потребами суспільного середовища, так і станом розвитку суспільства та держави. Суспільство формує певні «замовлення» владі з питань, що потребують кримінально-правового захисту, на які влада може реагувати належним чином тільки при досягненні необхідного рівня своєї зрілості. І навпаки, належний рівень державного розвитку дозволяє своєчасно і повно не тільки реагувати на такі потреби, а й діяти з упередженням, тобто виявляти та попереджати їх ще на етапі формування.

Факт визнання заподіяння майнової шкоди суспільно небезпечним та злочином, а також встановлення за нього певного покарання — це репресивно-правове реагування держави на «болюче» для неї та суспільства заподіяння шкоди найбільш важливим благам. Такими благами є відносини власності та інші пов'язані з ними суспільні відносини. Здійснюється таке реагування шляхом законодавчого визнання суспільно небезпечного заподіяння майнової шкоди злочином (криміналізації) та встановлення за нього покарання певних видів та розмірів (пеналізації).

Криміналізація (лат. *criminalis*, франц. *criminalisation*) є предметом наукового інтересу багатьох провідних вчених України та інших країн, серед яких Н. Алієв, М. Бажанов, Ю. Баулін, Є. Благов, В. Борисов, І. Гальперін, О. Герцензон, В. Гришук, Г. Злобін, С. Келіна, В. Коган, В. Комісаров, О. Коробєєв, О. Костенко, В. Кудрявцев, Н. Кузнєцова, В. Куц, А. Наумов, В. Навроцький, П. Панченко,