ВИСНОВОК
НА ПРОЄКТ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ
(КОНТРОЛЬНИЙ ТЕКСТ СТАНОМ НА 30.01.2023 Р.)

Цей висновок підготовлений за результатами експертної оцінки форми (структури) і змісту положень проєкту нового Кримінального кодексу України (далі – проєкт).

Склад експертної групи:

Вознюк Андрій – завідувач наукової лабораторії з проблем протидії злочинності Національної академії внутрішніх справ, доктор юридичних наук, професор;

Дудоров Олександр (*координатор*) – професор кафедри кримінально-правової політики та кримінального права навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України;

Задоя Костянтин – професор кафедри кримінально-правової політики та кримінального права навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук, доцент;

Мовчан Роман – професор кафедри конституційного, міжнародного і кримінального права Донецького національного університету імені Василя Стуса, доктор юридичних наук, професор;

Марін Олександр – доцент кафедри кримінального права і кримінології Львівського національного університету імені Івана Франка, кандидат юридичних наук, доцент;

Орловська Наталя – професор кафедри кримінального і адміністративного права Одеського національного морського університету, доктор юридичних наук, професор;

Письменский Євген – виконувач обов’язків завідувача кафедри поліцейської діяльності Луганського навчально-наукового інституту імені Е.О. Дідоренка Донецького державного університету внутрішніх справ;

Рубащенко Микола – доцент кафедри кримінального права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук, доцент;

Хилюк Світлана – директор Школи права Українського католицького університету, кандидат юридичних наук, доцент.

Період проведення експертизи – з 1 лютого по 28 лютого 2023 р.

З 1 по 7 березня 2023 р. на виконання доручення голови Робочої групи з питань розвитку кримінального права Комісії з питань правової реформи при Президентові України (далі – робоча група) Ю. Бауліна координатором групи О. Дудоровим готувався єдиний від експертів висновок на проєкт.

Матеріал, який підлягав оцінці, був відносно рівномірно розподілений між учасниками експертної групи. При цьому, за можливості, бралась до уваги сфера наукових інтересів кожного з експертів.

Попри сказане, здійснити всебічну наукову експертизу проєкту, що, зокрема, передбачало з'ясування того:

1) якою мірою його розробниками взяті до уваги здобутки кримінально-правової доктрини, напрацювання судової практики, релевантний зарубіжний досвід, та

2) який вплив проєкт у разі ухвалення його як закону матиме на правозастосування, розвиток іншого законодавства і життя суспільства загалом (наприклад, у частині впливу на економічну свободу, рівень злочинності, зростання кількості «тюремного населення»),

у встановлений строк було проблематично (насправді – фізично неможливо).

При цьому група експертів намагалась максимально якісно виконати покладене на неї договірне зобов'язання – оцінити текст проєкту.

За браком часу у висновку не знайшли відбиття ті положення проєкту, які дістали схвальну оцінку експертів. Своє основне завдання учасники експертної групи вбачали у наданні допомоги розробникам проєкту шляхом висловлення критики. Наскільки вона є аргументованою, переконливою, конструктивною – судити не авторам цього висновку.

Такий підхід національних експертів може розглядатись як відповідь на звернення самої робочої групи, зацікавленої «в отриманні не стільки схвальних відгуків, скільки зауважень до проєкту, в яких зверталась би увага на допущені помилки і суперечності в тексті проєкту КК, а також конкретних пропозицій щодо формулювання тих чи інших положень проєкту КК» (М. Хавронюк, 2021).

Не сумніваємось у тому, що розробники проєкту розуміють, що:

1) за умови прийняття його як закону радикального оновлення потребуватимуть як корелюючі положення адміністративно-деліктного законодавства, так і масив іншого законодавства;

2) проєкт доречно піддати кримінологічній експертизі;

3) проєкт має бути оцінений Верховним Судом, ВАКС, ДБР, БЕБ, НАБУ, Офісом Генерального прокурора, Національною поліцією, іншими органами, які повинні бути зацікавлені в якісній кримінально-правовій матерії;

4) з огляду на масштаб впливу КК на життя суспільства, проєкт потребує широкого громадського обговорення із залученням всіх стейкхолдерів, включаючи представників правозахисних організацій та адвокатської спільноти.

Робоча група обрала нетрадиційний для практики вітчизняного нормотворення мовний спосіб формування диспозицій кримінально-правових норм. Очевидно, що його неодноразово дискутували і дотепер не змінили з причин, які мають своє пояснення. Водночас непрямий порядок слів, який нерідко використовується у проєкті для побудови речень, не притаманний офіційно-діловому стилю і може викликати складнощі при тлумаченні кримінального закону. Відтак лінгвістична експертиза проєкту так само є бажаною.

У поданому для експертизи проєкті відсутні Прикінцеві та Перехідні положення, необхідність підготовки яких є очевидною (про це член робочої групи М. Хавронюк говорив ще під час роботи VII Львівського форуму кримінальної юстиції (16–17 вересня 2021 р.)).

Нижче наводяться зауваження і побажання щодо окремих положень проєкту.

КНИГА ПЕРША.
ПРО КРИМІНАЛЬНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ
РОЗДІЛ 1.1.
ВИХІДНІ ПОЛОЖЕННЯ
Стаття 1.1.1. Кримінальний кодекс

1. Назва цієї статті та її зміст видаються неузгодженими між собою. Фактично у ст. 1.1.1 йдеться про особливості предмета кримінально-правового регулювання (ч. 1), а також умови застосування КК за наявності зовнішніх (ч. 3) і внутрішніх суперечностей (ч. 4). Відтак уточнена назва ст. 1.1.1 могла б бути, наприклад, такою: «*Стаття 1.1.1. Предмет регулювання Кримінального кодексу та основні засади його застосування*».

2. У ч. 1 зазначається, що КК України *є єдиним законом, який на засадах верховенства права регулює* визначені далі відносини. Таке твердження видається занадто категоричним, бо не відповідає реальному стану регулювання кримінально-правових відносин і положенням самого проєктованого документа. По-перше, у цьому контексті не можна виключати Конституцію, яка є Основним Законом України й автономно регулює відносини, що складаються в усіх сферах життєдіяльності суспільства, і кримінально-правові відносини у цьому сенсі не є (не повинні бути) винятком. По-друге, вивчення Особливої частини проєкту показує, що його автори не відмовилися від бланкетності, через що іншогалузеві джерела (передусім відмінні від КК нормативно-правові акти) можуть належати (хай навіть опосередковано) до числа тих, які регулюють відносини, про які йдеться у ч. 1. По-третє, якщо КК є єдиним законом, що регулює певні відносини, то чи не суперечить цій його виключній місії визнана у ч. 3 ст. 1.1.1 можливість існування *інших* законів України, які можуть регулювати ті самі відносини?

3. Привертає увагу певна неточність, яку містить мовна конструкція, що використана для формулювання положень ч. 1: «*Кримінальний кодекс України є законом, який на засадах верховенства права регулює відносини, що виникають із вчинення*: …». Зрозуміло, що слово «виникають» тут використано у значенні «зароджуються» або «утворюються», тобто воно визначає те, що зумовлює (породжує) виникнення відповідних відносин. З огляду на це, було б коректніше наголосити саме на такому складнику виникнення розглядуваних відносин, що розкриває їх основу, сформулювавши ч. 1, наприклад, таким чином: «*Кримінальний кодекс*

України є законом, який на засадах верховенства права регулює відносини, що зумовлені вчиненням: …».

4. Пропонуємо виключити з п. 1 ч. 1 ст. 1.1.1 зворот «*кримінально-правові відносини*», що дозволить не лише узгодити цю норму щонайменше із «широким» поняттям кримінально-правової кваліфікації (ч. 1 ст. 2.10.1), а й усунути підґрунтя для хоч і задавненої, але навряд чи потрібної (з погляду перспектив ухвалення проєкту як закону та його подальшого застосування) теоретичної дискусії про предмет кримінально-правового регулювання.

У п. 3 ч. 1 ст. 1.1.1 вказується на таке джерело виникнення відносин, що регулює КК, як вчинення діяння за обставин, що виключають його протиправність. Постає, щоправда, питання, чому далі тут не згадуються інші діяння, які мають подібну правову природу (які за проєктом не визнаються кримінальними правопорушеннями). Простежується певна неповнота. Наприклад, заподіяння мізерної шкоди згідно зі ст. 2.5.8 розглядається як таке, що може зумовлювати виникнення відносин, які регулює КК.

5. У ч. 2 ст. 1.1.1 зазначається, що КК ґрунтується на Конституції України та міжнародних договорах України. По-перше, КК має спиратися не лише на міжнародні договори України, а й загалом на норми міжнародного права, які можуть мати характер договірних і звичаєвих. По-друге, зміст цієї частини аналізованої статті сприймається як такий, що «відірваний» від положення, передбаченого попередньою частиною цієї ж статті. Видається логічним положення про те, що КК ґрунтується на Конституції України та міжнародних актах, об’єднати з приписом, який містить ч. 1, сформулювавши її, наприклад, таким чином: «*Кримінальний кодекс України є законом, який ґрунтується на Конституції України, нормах міжнародного права та на засадах верховенства права регулює відносини* …».

6. У ч. 3 формулюється загальне правило усунення зовнішніх суперечностей КК: «*Якщо в іншому законі України відносини, зазначені у частині 1 цієї статті, регулюються інакше, ніж цим Кодексом, то застосовуються положення цього Кодексу*». Постають питання, а Конституція України до таких *інших* законів не належить, і чи може вона вирішувати інакше відповідні питання? Допускаємо, що може. Чому ж у такому випадку вона не матиме пріоритету над КК? Сумнів у правильності безапеляційного положення ч. 3 ст. 1.1.1 проєкту виникає і через те, що КК відповідно до класифікації нормативно-правових актів належить до законів України і має з ними однакову юридичну силу, що обумовлено однаковістю і суб’єкта, і процедури його ухвалення.

7. У ч. 3 зазначається: «*У разі суперечності між положеннями Загальної та Особливої частин цього Кодексу застосовуються положення його Загальної частини*». Вочевидь, тут потрібно уточнити, що «У разі *виникнення* суперечності…». Інакше складається враження, що начебто такі суперечності вже заздалегідь закладені у КК.

8. Формально-декларативне згадування у ч. 1 ст. 1.1.1 проєкту про «*засади верховенства права*» можна було б залишити без коментарів, однак проблема полягає в тому, що зміст проєкту частково не узгоджується з цією світоглядною засадою. Як розтлумачив Конституційний Суд України (2019), основна мета верховенства права полягає насамперед в обмеженні влади держави над людиною, у забезпеченні від довільного втручання держави та її органів у певні сфери життєдіяльності людини. Ключовим обмежувальним фактором є зв'язаність держави правами людини. Оскільки кримінальне право дає правову підставу державі найбільш грубого втручання у сферу індивідуальної автономії людини, то забезпечення реального, а не ілюзорного верховенства права набуває особливої ваги. Аналіз положень проєкту у цьому контексті дозволяє виокремити декілька проблемних моментів.

По-перше, загалом схвальний намір розробників проєкту максимально захистити широкий перелік прав людини кримінально-правовими засобами призводить не лише до вихолощення змісту останніх, а й уможливлює свавілля над індивідом з боку держави.

Наприклад, відповідно до проєкту злочинами визнаються порушення свободи світогляду чи віросповідання (ст. 4.9.4), обмеження інформаційних прав людини (ст. 4.7.7), розголошення таємниці кореспонденції (4.7.6), перешкоджання мирному зібранню (4.11.6), порушення права на об'єднання (4.11.7) тощо. Згадані права і свободи належать до першого покоління прав людини, основною функцією яких є захист сфери приватної автономії людини від надмірного втручання. Основний обов'язок держави – утриматися від непропорційного втручання. Відтак найкраще, що держава може зробити для гарантування свободи світогляду, свободи мирних зібрань та об'єднань, свободи вираження поглядів, – це не втручатися в їх здійснення особами. До речі, в останні десятиліття в практиці ЄСПЛ розвинулася доктрина позивних зобов'язань, до яких належить, зокрема, обов'язок криміналізувати лише найбільш грубі порушення прав людини.

Визнання кримінальним правопорушенням фактично будь-якого порушення згаданих прав людини, адресоване всім і кожному, незалежно від

способу вчинення діяння, спричинення ним наслідків, мотиву і мети не випливає з міжнародних зобов'язань. Натомість така широка криміналізація може становити, з одного боку, порушення абсолютного права людини, гарантованого ст. 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Конвенція), що відображає принцип законності у кримінальному праві, через невичерпність можливих порушень, а, з іншого, призводити до непропорційного втручання у свободи, задля охорони яких криміналізувалося діяння.

Аналіз практики ЄСПЛ показує, що вирішення питання про порушення прав першого покоління нерідко зводиться до пошуку балансу між окремими правами людини (наприклад, свободи вираження поглядів, з одного боку, та свободи віросповідання, з іншого) або визначення меж реалізації того самого права різними особами (наприклад, коли представники однієї конфесії, реалізуючи свою свободу віросповідання, порушують свободу релігійної діяльності представників іншої конфесії). Тому притягуючи до кримінальної відповідальності за порушення свободи світогляду одну особу, держава тим самим, найймовірніше, втручатиметься у свободу світогляду чи вираження поглядів іншої особи. І таке втручання має всі шанси «провалити» трискладовий тест, усталений в практиці ЄСПЛ. Таким чином, криміналізація всього обсягу можливих порушень прав першого покоління не відповідає сучасним уявленням про повагу до верховенства права.

По-друге, передбачене проєктом розширення меж криміналізації через використання максимально загальних формулювань об'єктивної сторони складів кримінальних правопорушень з одночасним посиленням санкцій та істотним звуженням суддівського угляду при призначенні покарання та інших кримінально-правових засобів не сприятиме обмеженню державного втручання в сферу індивідуальної автономії особи. З огляду на те, що межі статей у багатьох випадках нечіткі, а санкції – жорсткі та майже однозначні, це створює деяку напругу в частині забезпечення поваги до верховенства права, як це розуміють у сучасному демократичному світі. Сучасні тенденції у кримінальному праві показують, що посилення ролі кримінального права через використання кримінально-правових засобів для захисту гідності особи (протидія домашньому насильству, злочинам ненависті тощо) чи протидії побічним наслідкам наукового, технологічного та економічного розвитку поєднується з гуманізацією санкцій і розширенням можливостей для врахування індивідуальних обставин та особливостей порушника.

По-третє, закладений у проєкті підхід до вирішення всіх можливих юридичних колізій на користь положень тексту кримінального закону не зовсім узгоджується з людиноцентристським змістом верховенства права. Кримінальне право та основне його джерело (кримінальний закон) є засобом для досягнення суспільно-значимих цілей, а не самоціллю. Якщо оцінювати пропоновані в проєкті колізійні правила під кутом зору стримування держави від надмірного втручання в автономію особи, то, якщо ухвалюючи правові норми держава допустила невизначеність, логічно очікувати, що це буде витлумачено на користь особи незалежно від того, в якому нормативно-правовому акті чи його структурній частині закріплено більш пільгове для особи положення. ЄСПЛ так само надає перевагу змістовному, а не формальному підходу, коли визначає сферу дії гарантій, передбачених Конвенцією.

Стаття 1.1.2. Призначення Кримінального кодексу

1. Існування цієї статті як самостійної структурної частини КК навряд чи можна визнати доречним. Припис про призначення КК явно перегукується з тими положеннями, які визначає ч. 1 ст. 1.1.1, та безпосередньо випливає з цієї норми (стосується одних і тих самих явищ). Через це пропонуємо об'єднати ст. 1.1.2 із попередньою статтею.

2. Стосовно того, що визначає КК згідно з ч. 1 ст. 1.1.2.

По-перше, потребує редакційного уточнення п. 2, в якому зазначається про «*види і розміри кримінально-правових засобів*». Використаний тут зворот «розміри кримінально-правових засобів» сприймається як не зовсім точний, оскільки не кожен із передбачених кримінально-правових засобів може мати розмір. Наприклад, який розмір має оприлюднення інформації про засудження особи як засіб безпеки (ст. 3.6.7)? Тому ліпше не уточнювати, а писати про визначення кримінально-правових засобів – без їх характеристик. По-друге, складається враження, ніби ст. 1.1.2 містить вичерпний перелік того, що визначає КК. Але насправді, крім іншого, КК визначає ще і принаймні правила кримінально-правової кваліфікації або обставини, що виключають протиправність діяння. Виникає питання, чому про це тут не згадується? Якщо ст. 1.1.2 не передбачає вичерпного переліку того, що визначає Кодекс, то треба про це прямо зазначити. Інакше виникає суперечність зі змістом і положеннями попередньої статті, як і проєкту загалом.

Стаття 1.1.3. Презумпція знання та стабільність Кримінального кодексу

1. У ч. 1 ідеться про те, що в Україні діє презумпція знання положень Кримінального кодексу, де слово «*положень*» видається зайвим.

Редакційного уточнення потребує і ч. 2 цієї статті, в якій зазначається, що «З метою забезпечення знання положень та стабільності Кримінального кодексу…». Цей зворот можна було б сформулювати з використанням більш коректної стилістичної конструкції на кшталт такої: «*З метою забезпечення знання цього Кодексу та утвердження його стабільності*…».

2. У п. 1 ч. 2 ст. 1.1.3 підкреслюється, що «*КК, а також закони про внесення змін до нього офіційно оприлюднюються в порядку, встановленому законом*». Це положення доцільно виключити як таке, що невиправдано дублює загальні нормативні засади у вказаній сфері (див., зокрема Закон «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення офіційної публікації законів України та інших нормативно-правових актів»). До того ж належне оприлюднення змін до КК саме по собі навряд чи спроможне забезпечити його стабільність.

У п. 2 ч. 2 ст. 1.1.3 наголошується на тому, що *зміни до КК 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 або Кодексу України про адміністративні правопорушення*. Як видається, такий підхід звужує можливості для вдосконалення правового регулювання однорідної сфери суспільних відносин. По-перше, назви та зміст цих кодексів можуть змінитися (суто формально виникатиме невідповідність із викладеним положенням проєкту); по-друге, суміжні з КК питання можуть регулюватися іншими нормативно-правовими актами, зміни до яких могли б потребувати ухвалення в одному законі; по-третє, втілена у п. 2 ч. 2 ст. 1.1.3 ідея внесення змін до КК лише на підставі «профільного» закону вже піддавалась критиці (О. Дудоров, Є. Письменський, 2020) у висновку на одну з первісних редакцій проєкту Загальної частини на тій підставі, що а) «профільні» закони – це у жодному разі не панацея і не гарантія якісної законотворчості, і б) вирішення відповідної проблеми лежить у площині оптимізації законотворчого процесу (йдеться про внесення «прагматичних» змін до розділу IV «Законодавча процедура» Регламенту Верховної Ради України).

3. У п. 3 ч. 2 ст. 1.1.3 говориться, що зміни до КК *вносяться не частіше одного разу протягом однієї сесії Верховної Ради України, крім випадків*

скасування кримінальної відповідальності за діяння або поліпшення правового статусу особи, яка вчинила діяння, передбачене цим Кодексом. З цього приводу хотілося б зазначити, що тривала воєнна ситуація в Україні (та попередня пандемічна) показала хибність такого підходу (винятки, які передбачає ч. 3 розглядуваної статті, повністю не розв'язують цю проблему – наприклад, надзвичайний стан може не оголошуватись попри справжню потребу в ньому з огляду на різні політичні міркування). За певних обставин може виникати потреба переглянути КК із недотриманням установленого у проєкті періоду. Відповідну проблему треба вирішувати в інший спосіб, одним з яких має стати запровадження обов'язкової правової експертизи змін до КК. До того ж наявність ст. 1.2.10 мала б передбачати той механізм, що гарантує забезпечення стабільності та виключає невиправдані зміни.

У рецензії на Загальну частину однієї з первісних редакцій проєкту (О. Дудоров, Є. Письменський, 2020) уже порушувалося це питання. Зокрема, йшлося про різний характер і природу змін, управляти якими може бути складно через установлення формальних запобіжників. Адже не враховується те, що зміни змістовно бувають різними (інколи виникають неузгодженості, суперечності тощо, які потребують оперативного коригування КК). Держава повинна мати змогу вчасно реагувати на загрози, що можуть і мають усуватись (мінімізуватись) за допомогою кримінально-правового інструментарію. А якщо законодавець з усією очевидністю грубо помилився, то чому треба очікувати наступної сесії для виправлення очевидної помилки? (див.: Дудоров О., Письменський Є. Комплексне реформування кримінального законодавства України. Перший вагомий крок зроблено. *Юридичний вісник України*. 20–26 листопада 2020 р. № 46)? Видається, що ці міркування зберігають свою актуальність і щодо аналізованої у цьому висновку редакції проєкту.

4. П. 4 ч. 2 ст. 1.1.3 містить положення про те, що *одна і та сама стаття (частина статті, пункт статті) цього Кодексу не може бути змінена раніше, ніж через дванадцять місяців з дня набрання чинності законом про попередні зміни до неї, крім випадків скасування кримінальної відповідальності за діяння або поліпшення правового статусу особи, яка вчинила діяння, передбачене цим Кодексом*. Повторимо: якщо законодавець, попри передбачені у проєкті запобіжники, вносячи зміни до певної статті, допустив серйозну помилку (а таке, на жаль, траплялось), то чому, щоб її виправити, треба чекати спливу якогось строку?

5. Припис, передбачений ч. 3 ст. 1.1.3, про те, що *положення пунктів 3–5 частини 2 цієї статті, а також частини 2 статті 1.2.9 цього Кодексу можуть не застосовуватися в особливий період і під час надзвичайного стану*, не виглядає безспірним як з позиції викладеного вище, так і через інші причини. Зокрема, не зовсім зрозуміло, чи «спрацює» цей виняток із правила, якщо надзвичайний стан буде запроваджений не на всій території України, а в окремій місцевості.

Отже, можна рекомендувати виключити пункти 3 і 4 з ч. 2 ст. 1.1.3, а для забезпечення стабільності кримінального закону використовувати інші засоби, які б унеможливлювали (ускладнювали), за загальним правилом, ухвалення таких змін до КК, які є науково необґрунтованими.

РОЗДІЛ 1.2.
ПРИНЦИПИ

1. У попередній редакції проєкту (30.12.2022) цей розділ називався «Принципи Кримінального кодексу». Зараз назву змінили на «Принципи», що дещо розмиває зміст цього розділу, робить його назву неконкретною. Ураховуючи зміст положення ч. 1 ст. 1.2.9, пропонуємо назвати розділ 1.2 таким чином: «*Принципи Кримінального кодексу та його застосування*».

2. Вибірковість перелічених у цьому розділі принципів дасть підставу прискіпливому правозастосувачу з позитивістським мисленням стверджувати, що прямо не згадані в розділі 1.2 принципи не є обов’язковими. Так, робоча група, як видається, незаслужено оминула своєю увагою справедливість, хоч саме на неї покликався Конституційний Суд України у справі про призначення судом більш м’якого покарання (рішення від 2 листопада 2004 р.).

Стаття 1.2.1. Законність

1. Положення ч. 1 цієї статті («*Не є кримінальним правопорушенням діяння, не передбачене цим Кодексом як злочин або проступок*») потребує редакційного уточнення. Це положення можна сформулювати з використанням більш коректної мовної стилістики, наприклад, таким чином: «*Кримінальним правопорушенням є лише те діяння, що передбачене цим Кодексом як злочин або проступок*».

Редакційного коригування (подвійне заперечення) потребує і ч. 2 розглядуваної статті, яку пропонується викласти в такій редакції: «*Вчинення протиправного діяння тягне лише ті наслідки, які визначені цим Кодексом*

(кримінально-правові засоби)». На відповідний аспект ст. 1.2.1 звертали увагу й інші юристи, зауважуючи, що використання формулювань через подвійне заперечення є не зовсім вдалим як для сприйняття норми, так і для підкреслення її імперативності (О. Мусиченко, 2021).

Водночас доречним виглядає окремий акцент, зроблений робочою групою на тому, що принцип законності має поширюватися не лише на випадки вчинення кримінального правопорушення, а кримінально-правові засоби застосовуються як до осіб, які вчинили кримінальні правопорушення, так і до інших категорій осіб, зокрема неосудних. Ця обставина, до речі, слугує зайвим аргументом на користь виключення звороту «кримінально-правові відносини» з п. 1 ч. 1 ст. 1.1.1. Створюється враження, що у ч. 3 ст. 1.2.1 закладається ширший зміст кримінально-правових відносин, ніж у ст. 1.1.1.

2. Ч. 3 ст. 1.2.1 присвячена аналогії кримінального закону. Це положення можна викласти чіткіше: «*Застосування цього Кодексу до неврегульованих ним кримінально-правових відносин (аналогія закону) не допускається*». Водночас доцільно обміркувати питання про включення до проєкту положення про те, що подолання прогалин у КК може здійснюватися лише у спосіб його тлумачення на основі правових принципів і принципів кримінального закону (аналогія права). Такий підхід дасть змогу запобігти порушенням прав, свобод і законних інтересів осіб у межах їх кримінально-правових відносин з державою.

Також постає питання щодо згаданих у п. 3 ч. 3 ст. 1.2.1 підстав та умов, за яких кримінально-правові засоби застосовуються або не застосовуються. Якщо закон за аналогією щодо незастосування якогось із кримінально-правових засобів сприятиме досягненню соціальної справедливості, врегулюванню соціального конфлікту або недопущенню застосування необґрунтованого, безпідставного й невідповідного кримінально-правового засобу, то чому у такому випадку аналогія закону виключається?

Стаття 1.2.2. Юридична визначеність

1. Юридична визначеність є складовою законності, а відтак окремого згадування в переліку принципів не потребує. Юридична визначеність передбачає «щоб державна влада в усіх своїх діях була зв’язана правилами, які зафіксовані та оголошені заздалегідь» (Ф. Гаєк, «Шлях до рабства»). В інтерпретації ЄСПЛ цей компонент охоплює якісні вимоги до кримінального закону, а саме чіткість, доступність та передбачуваність. Ці вимоги

адресуються передусім законодавцю, за винятком передбачуваності, яка встановлює межі для розширення обсягу кримінально-правової заборони через поширювальне тлумачення положень кримінального закону.

У рішенні у справі Cantoni v. France ЄСПЛ наголошує на тому, що вирішення питання про дотримання критерію передбачуваності залежить від змісту відповідних правових положень, сфери їх застосування і статусу особи, якій ці норми адресовані. Вказаний критерій дотриманий, якщо особа на момент вчинення правопорушення може передбачити, яка її поведінка потенційно може бути кримінально-караною на підставі змісту актів законодавства, за потреби з допомогою наявного судового тлумачення (Kokkinasis v Greece, §52) чи з консультацією професійного юриста (Alimucaj v Albania, §150), а також коли можливі варіанти тлумачення відповідної норми описані та обґрунтовані в науковій літературі (Jorgic v. Germany, §36). Наприклад, ЄСПЛ визнав несумісним з принципом законності, передбаченим ст. 7 Конвенції засудження громадянина рф за членство в екстремістській організації, оскільки на момент вчинення діяння рішення Верховного Суду рф про визнання відповідної організації екстремістською не було офіційно оприлюднено, хоча про його існування повідомлялося в ЗМІ.

2. Ознайомлення з проєктом дає змогу припустити, що предмет відповідних знань є значно ширшим за той, що фігурує у ст. 1.2.2. Наприклад, КК має бути достатньо визначеним, щоб давати особі можливість заздалегідь знати, в яких випадках протиправність діяння буде виключатись. Тому навряд чи варто у ст. 1.2.2 уточнювати, для чого КК має відповідати вимогам доступності, стабільності, достатньої чіткості, однозначності та передбачуваності.

У рецензії на Загальну частину однієї з первісних редакцій проєкту (О. Дудоров, Є. Письменський, 2020) із приводу змісту статті про юридичну визначеність як принцип робилося таке застереження, яке, вочевидь, не втратило своєї актуальності. Не може бути кримінального закону, в якому б всі норми були побудовані з дотриманням омріяної, зокрема розробниками проєкту чіткості. Без певної невизначеності не обійтись. Ба більше: ЄСПЛ неодноразово (наприклад, справа «Салов проти України») наголошував на тому, що: не можна очікувати, щоб саме в законі були однозначно вирішені абсолютно всі питання; передбачуваність закону може витікати не лише з його тексту, а і зі сталої практики його застосування, навіть якщо сам закон є певною мірою юридично недосконалим чи неповним; недостатня конкретність законодавчих формулювань може бути доповнена їх судовим

тлумаченням, конкретизацією з урахуванням обставин справи. «… прояв невизначеності може бути й позитивним, коли відносна невизначеність кримінально-правового припису використовується законодавцем цілеспрямовано як своєрідний прийом нормотворчої техніки, що дає змогу кримінально-правовій нормі бути гнучкою та знизити рівень невизначеності кримінально-правового регулювання» (З. Загиней-Заболотенко).

Конвенційний стандарт передбачуваності не настільки жорсткий, щоб вимагати однозначності кримінально-правових положень. ЄСПЛ визнає, що той факт, що норма застосовується вперше або використовується в ширшому значенні, яке узгоджується із суттю правопорушення, або текст може мати два альтернативних тлумачення ще не означає, що застосування кримінально-правових положень було непередбачуваним.

Оцінюючи проєкт загалом, варто зауважити не завжди виправданим є використання вичерпних переліків ознак складів кримінальних правопорушень у тих випадках, коли передбачити такі переліки, не використовуючи «оцінні» ознаки й інші абстрактні формулювання, проблематично. Звісно, максимальна визначеність ознак складу певного кримінального правопорушення, за задумом робочої групи, має стати іманентною властивістю проєкту, однак дотримуватись цієї мети потрібно з урахуванням можливостей правового регулювання. Наявність у проєкті таких статей, як 4.4.7 «Примушування», 4.4.9 «Застосування жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження», 4.9.4 «Порушення права на свободу світогляду чи віросповідання», 5.3.20 «Забруднення довкілля» тощо засвідчує те, що робоча група не цурається абстрактних формулювань при визначенні ознак складів кримінальних правопорушень.

Чи не зіткнемось ми із ситуацією, коли, спираючись на ст. 1.2.2, делінквенти оскаржуватимуть невідповідність цій статті окремих статей КК, що передбачають використання, наприклад, оцінних ознак? Без них та інших проявів невизначеного контенту в КК не обійтись. Зокрема, у контексті сказаного постає питання, чи відповідає принципу юридичної визначеності ст. 2.5.8, в якій йдеться про мізерну шкоду?

3. Доцільно додатково обміркувати, чи потрібно унормувати у ст. 1.2.2 порядок розв’язання питання про порушення цього принципу. Йдеться про ситуацію, коли у процесі правозастосування буде виявлено порушення принципу юридичної визначеності. Як бути, якщо певне положення КК є не достатньо однозначним і не дає можливості особі зрозуміти, чи тягне її

поведінка кримінально-правові наслідки? Вочевидь, КК має встановлювати правило, яким треба керуватись у разі встановленої невідповідності того чи іншого положення КК принципу юридичної визначеності.

Стаття 1.2.3. Рівність перед Кримінальним кодексом

Дискусійним видається визначення принципів рівності та індивідуальності через негативні ознаки. Так, у теорії права визнається, що рівність аж ніяк не означає «однаковість» правового становища всіх і кожного. Натомість принцип рівності розкривають за допомогою формули «диференційованої рівності з можливістю позитивних дій», що означає, що права, свободи та обов'язки можуть бути різними за наявності розумних та об'єктивних відмінностей між особами, а також допустимими є тимчасові сприятливі умови для певної категорії осіб із метою компенсації існуючої фактичної нерівності (С. Погребняк, 2008). Спроба дати вичерпний перелік категорій осіб, які можуть мати різний обсяг прав та обов'язків у кримінально-правових відносинах, має небагато шансів на успіх.

Як варіант пропонуємо положення ч. 2 цієї статті сформулювати, наприклад, таким чином: «*Диференціація кримінально-правових засобів, яку передбачає цей Кодекс, не є порушенням принципу рівності та пов'язана з врахуванням особливостей, які мають певні категорії осіб*».

Стаття 1.2.4. Пропорційність

1. Зміст ч. 1 цієї статті потребує як редакційного, так і змістового уточнення; треба позбутися і невиправданого дублювання. Як варіант пропонується таке формулювання: «*Кримінально-правові засоби становлять крайній (найсуворіший) захід реагування держави на протиправні діяння*». Водночас тут варто уточнити, що КК забезпечує невідворотність застосування кримінально-правових засобів за вчинення діянь, що ним передбачені.

2. У ст. 1.2.4 зазначається, що кримінально-правові засоби встановлюються пропорційно до ступеня тяжкості кримінального правопорушення (ч. 3) і застосовуються відповідно до ступеня його тяжкості та з урахуванням особи винного (ч. 4). Ці положення так само потребують коригування щонайменше через те, що суть пропорційності невиправдано розкривається через саме поняття пропорційності. Зокрема, у ч. 4 ст. 1.2.4 варто використати інший прийом юридичної техніки, наприклад, зазначивши таке: «*Надмірність кримінально-правових засобів виключається. Їх*

застосування має відповідати тяжкості кримінального правопорушення, передбачати врахування особи винного та інших обставин, які є визначальними для досягнення мети цих засобів». Таке формулювання було б максимально наближеним до сформованих на сьогодні правових позицій ЄСПЛ, Конституційного Суду України (міра обмеження прав як засіб досягнення мети повинна узгоджуватися з цією метою і не може бути надмірною).

3. Вимога, що кримінально-правові засоби є крайніми засобами реагування держави на протиправні діяння, звернута до законодавця, а тому в тексті кримінального закону виконує декларативну функцію. Розробники проєкту ставили собі за мету відмовитися від декларативних положень у тексті нового КК. Однак ключовою проблемою з принципом пропорційності у проєкті є не словесне її формулювання, а, радше, змістовне втілення. З аналізу санкцій незрозуміло, що є вихідною точкою для визначення пропорційного покарання за конкретне кримінальне правопорушення (так звана базова пропорційність). Також складно простежити закономірності відносної пропорційності, яка відображає розумне співвідношення між санкціями за різні види правопорушень.

Стаття 1.2.5. Індивідуальність

Згідно з ч. 2 цієї статті *не вважається порушенням принципу індивідуальності застосування кримінально-правових засобів до співучасників кримінального правопорушення, а також до юридичних осіб*. У цьому випадку варто уточнити, що йдеться лише про межі, визначені цим Кодексом, оскільки зазначені тут випадки не є суцільними. Наприклад, до юридичних осіб можуть застосовуватися лише ті засоби, які для них передбачені у КК на відповідних підставах.

Стаття 1.2.6. Гуманізм

1. У ч. 2 цієї статті зазначається, що *кримінально-правові засоби не мають на меті спричинити фізичні страждання або принизити людську гідність*. Це положення могло б бути вдосконалено таким чином: «Кримінально-правові засоби не мають на меті спричинити фізичні страждання або *в інший спосіб* принизити людську гідність». Адже спричинення фізичних страждань так само розглядається як прояв приниження людської гідності.

2. Відповідно до ч. 3 ст. 1.2.6 «*цей Кодекс забезпечує визнання та дотримання прав, свобод і законних інтересів потерпілої особи*». Не було б зайвим акцентувати додаткову увагу на ролі потерпілого у межах кримінально-правових відносин, зазначивши, що КК ґрунтується на *пріоритеті* дотримання прав, свобод і законних інтересів потерпілої особи. Пріоритет інтересів потерпілого від кримінального правопорушення був небезпідставно визнаний свого часу однією з цінностей робочої групи.

Стаття 1.2.7. Однократність застосування кримінально-правових засобів

Невизнання рішень іноземних держав у кримінальних провадженнях не повною мірою відповідає сучасним європейським стандартам. Так, на підставі ст. 2 Лісабонського договору (TFEU) в Європейському Союзі прийнято низку нормативних актів, які передбачають автоматичне взаємне визнання та виконання всіх судових рішень у кримінальних провадженнях. У такий спосіб реалізується одна з базових засад Європейського співтовариства – взаємна довіра (mutual trust). Євроінтеграційні наміри України та запущений процес роботи над приведенням українського законодавства у відповідність до стандартів ЄС зобов'язують Україну враховувати рішення у кримінальних провадженнях, винесені судами країн-членів ЄС, що варто спробувати відобразити у ч. 2 ст. 1.2.7.

Стаття 1.2.8. Сумлінне виконання міжнародних зобов'язань

1. Треба віддати належне розробникам проєкту, які намагались сумлінно врахувати всі наявні міжнародні зобов'язання в частині криміналізації діянь. Однак залишаються деякі невирішені питання. По-перше, незрозуміло, як діяти у випадку, коли положення вітчизняного кримінального закону суперечитимуть ратифікованому міжнародному договору. Ст. 1.2.8 проєкту відповіді на це питання не дає. За логікою ч. 2 ст. 1.1.1 у випадку таких колізій перевагу матимуть положення КК. Ст. 19 Закону України від 29 червня 2004 р. «Про міжнародні договори України», навпаки, встановлює примат положень міжнародного договору. По-друге, особлива процедура ратифікації міжнародних договорів, які з-поміж іншого потребують змін до кримінального закону, не може встановлюватись останнім.

2. Положення, наведені у частинах 1 і 2 ст. 1.2.8, за своїм змістом і спрямованістю навряд чи охоплюються поняттям кримінально-правового принципу. Під такими принципами розуміються «спрямовані на вирішення

завдань кримінального права найбільш загальні положення, закріплені кримінальним законодавством, які виражають соціальну обумовленість кримінального закону, визначають структуру та зміст кримінального права, відображають його метод, виступають у вигляді нормативної основи регулювання кримінально-правових відносин та відображають рівень суспільної правосвідомості» (В. Гацелюк). З урахуванням сказаного пропонуємо перенести поліпшені положення частин 1 і 2 ст. 1.2.8 у розділ 1.1 «Вихідні положення», де і фіксуються значимі системоутворювальні зв'язки кримінального закону та інших правових норм.

3. Відповідно до ч. 3 ст. 1.2.8 Кодекс застосовується з урахуванням практики ЄСПЛ. Водночас ст. 17 Закону України від 23 лютого 2006 р. «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» виходить з такої ж позиції («Суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права»). Постає питання, чи потрібне це дублювання, особливо беручи до уваги заявлене робочою групою прагнення сформувати «маленький» (непереобтяжений) кодекс. До того ж відсутність згадування про інші рішення міжнародних юрисдикційних органів може наштовхнути на хибну думку про необов'язковість їх врахування.

Стаття 1.2.9. Відповідність Кримінального кодексу його принципам

1. У ч. 1 цієї статті зазначено: «*Цей Кодекс та його застосування повинні відповідати принципам, визначеним у його статтях 1.2.1–1.2.8*». Аналіз зазначених статей показує, що зворотний підхід виключається з огляду на їх зміст. Відповідні принципи, крім законодавця, мають своїм адресатом і правозастосувачів. То чи потрібне у проєкті це декларативно-дублююче положення?

2. Відповідно до ч. 2 цієї статті *проєкт Закону про внесення змін до КК розглядається Верховною Радою України за наявності висновку Пленуму Верховного Суду щодо його відповідності вимогам статей 1.2.1–1.2.8 цього Кодексу*. З цього приводу постає питання: як бути, якщо з певних причин Пленум не проводитиметься тощо? Можуть виникати різні обставини подібного роду, і досвід України свідчить про такі потенційні можливості.

Проте основне зауваження з приводу ч. 2 ст. 1.2.9 полягає в іншому. Запровадження додаткових умов реалізації законодавчої ініціативи в частині подання разом з законопроєктом про зміни до КК висновку Пленуму Верховного Суду про відповідність пропонованих змін принципам КК,

закріпленим у статтях 1.2.1–1.2.8, видається сумнівним рішенням з погляду його конституційності.

Ст. 93 Конституції України визначає перелік суб'єктів законодавчої ініціативи, представники судової гілки влади до цього переліку не належать. Необхідність отримання висновку Пленуму Верховного Суду означає, що реалізація виключних повноважень законодавчої та виконавчої гілки влади буде деякою мірою залежати від судової влади. Це змінює баланс у системі розподілу державної влади, який є складовою верховенства права. Зменшення обсягу конституційних повноважень суб'єктів законодавчої ініціативи кримінальним законом не відповідає Конституції України, а також виходить за межі завдань КК. Судова влада, яка відіграє ключову роль у застосуванні кримінального закону, отримає невластиві їй повноваження впливати на законотворення у відповідній сфері. Згідно із Законом України «Про судоустрій і статус суддів» надання висновків щодо проєктів законодавчих актів, які не стосуються питань, пов'язаних із функціонуванням системи судоустрою України, не належать до повноважень Пленуму Верховного Суду.

Якщо поглянути на ч. 2 ст. 1.2.9 із позиції ієрархії нормативно-правових актів України, то й тут не складається. Адже навіть для внесення змін до Конституції не потрібно отримувати у всіх випадках рішення Конституційного Суду про відповідність проєкту конституційним принципам.

3. Треба подумати над альтернативними запобіжниками. Наприклад, після ухвалення КК робоча група може трансформуватись у Раду експертів (на певний перехідний період), яка могла б надавати правові висновки щодо пропонованих змін до КК.

РОЗДІЛ 1.3.
МЕЖІ ДІЇ В ЧАСІ ТА ПРОСТОРІ

1. Положення цього розділу усувають присутню в статтях 4 і 5 чинного КК непослідовність термінології, яка полягає в тому, що коло ситуацій, на які поширюється кримінальний закон, в одних випадках називається його чинністю, а в інших випадках – його дією в часі. Проєкт послідовно використовує в цих випадках лише термін «дія закону в часі». Водночас складається враження, що статті 1.3.1 і 1.3.2 ототожнюють дію кримінального закону в часі виключно з можливістю його застосування компетентним органом влади (судом). Принаймні в обох цих положеннях дія

закону в часі послідовно характеризується за допомогою дієслова «застосовується» та іменника «застосування». З таким підходом складно погодитися з декількох міркувань:

а) у такому випадку ці статті виявляються буквально адресованими лише суду, а не людям. При цьому відповідно до принципу юридичної визначеності (ст. 1.2.2 проєкту) кримінальний закон повинен давати людині можливість розуміти межу між забороненою та дозволеною поведінкою при прийнятті життєвих рішень;

б) зворотну дію кримінального закону у випадках скасування кримінальної відповідальності за діяння складно охарактеризувати як застосування кримінального закону, тобто як розв'язання юрисдикційним органом певної ситуації (справи) на підставі норми права. Якщо закон, що скасовує кримінальну відповідальність за діяння, набирає чинності після вчинення діяння, але до моменту засудження особи, то застосування («старого») кримінального закону взагалі не повинно відбутися.

2. У статтях 1.3.1 і 1.3.2 прослідковується певна непослідовність термінології, що не дозволяє точно зрозуміти сферу застосування цих положень. З одного боку, вони характеризують «об'єкт» прямої та зворотної дії кримінального закону за допомогою терміну «діяння». Як можна зрозуміти з ч. 1 ст. 1.1.1, цей термін позначає не лише кримінальне правопорушення, а й, зокрема, діяння неосудних осіб та осіб, які не досягли віку, з якого настає кримінальна відповідальність. З іншого боку, у ч. 1 ст. 1.3.2 зазначено, що зворотна дія закону в часі має місце, якщо кримінально-правові відносини між особою, яка вчинила діяння, і державою ще не припинені. При цьому з п. 1 ч. 1 ст. 1.1.1 випливає, що кримінально-правові відносини можуть виникнути лише у випадку вчинення особою кримінального правопорушення. Таким чином, залишається не зовсім зрозумілим, чи стосуються статті 1.3.1 і 1.3.2 осіб, які вчинили діяння у стані неосудності або не досягнувши віку кримінальної відповідальності. Якщо ні, то якими правилами про дію закону в часі слід керуватись у таких випадках?

Стаття 1.3.2. Зворотна дія Кримінального кодексу в часі

1. Ч. 1 ст. 1.3.2. виключає зворотну дію закону у випадках, коли кримінально-правові відносини між особою, яка вчинила діяння, та державою ще не були припинені. Однак поняття «кримінально-правові відносини», крім ч. 1 ст. 1.3.2, згадується лише в ч. 1 ст. 1.1.1 і, до того ж, обидві статті не визначають, що є моментом припинення таких відносин. У

зв’язку з цим межі зворотної дії кримінального закону згідно з ч. 1 ст. 1.3.2 виглядають не до кінця зрозумілими навіть безвідносно до попереднього зауваження.

2. Оскільки згідно зі своєю назвою ст. 1.3.2 має стосуватись зворотної дії закону в часі, не зовсім логічним виглядає включення до неї ч. 3, що окреслює випадки, коли зворотна дія закону в часі неможлива. Це положення було б правильніше розмістити в окремій частині ст. 1.3.1 або взагалі надати йому вигляду окремої статті в межах розділу 1.3.

3. Ч. 5 ст. 1.3.2 невиправдано наслідує ч. 4 ст. 5 чинного КК та, як наслідок, переймає від останньої її обмеженість. Зокрема, ч. 5 ст. 1.3.2 прямо розв’язує випадки, коли зміни в кримінальному законі, що сталися після вчинення діяння, мали різновекторний характер з точки зору інтересів особи. Наприклад, один закон скасовував кримінальну відповідальність, а інший – встановлював її. Однак це положення буквально не стосується випадків, коли кримінальний закон неодноразово змінювався на користь особи. Наприклад, один закон пом’якшив кримінально-правовий засіб, а другий – скасував відповідальність за діяння; один закон пом’якшив кримінально-правовий засіб, а інший – пом’якшив його ще більше.

Стаття 1.3.3. Час вчинення діяння

1. Ст. 1.3.3 визначає час вчинення діяння для цілей визначення прямої і зворотної дії закону в часі загалом подібно до ч. 3 ст. 4 чинного КК, оскільки прагне розв’язати це питання в уніфікований спосіб. При цьому, однак, ст. 1.3.3 навряд чи досягатиме своєї мети, бо у низці специфічних ситуацій вказане положення потребуватиме серйозного прояснення в судовій практиці і не виключено, що таке прояснення відбуватиметься всупереч буквальному змісту ст. 1.3.3. Наприклад, постають питання:

а) що слід вважати початком вчинення діяння у сенсі ст. 1.3.3 – початок вчинення діяння, яке описане положенням Особливої частини, або початок підготовчих до нього дій, якщо такі мали місце?;

б) якщо особа вчинила діяння в декілька етапів, і на момент першого етапу відповідна поведінка не була криміналізована, але стала такою на момент вчинення другого чи наступного етапів діяння, то чи означає ст. 1.3.3 те, що особа не підлягатиме відповідальності, оскільки визначальним має бути стан кримінального закону на момент вчинення першого етапу діяння?;

в) якщо особа вчинила триваюче діяння (наприклад, зберігала певний предмет), і на момент початку діяння відповідна поведінка не була

криміналізована, але стала такою на момент закінчення діяння, то чи означає ст. 1.3.3, що особа не підлягатиме відповідальності, оскільки визначальним має бути стан кримінального закону на момент початку вчинення діяння?

Видається, що ст. 1.3.3 слід або конкретизувати, давши в ній вичерпні відповіді щодо часу вчинення діяння в усіх можливих специфічних ситуаціях, або взагалі варто відмовитися від спроб законодавчо розв'язати це питання, давши можливість судовій практиці зробити це самостійно.

Стаття 1.3.5. Дія Кримінального кодексу щодо злочину, вчиненого за межами території України

Ч. 2 цієї статті визначає випадки «застосування» кримінального закону до іноземця або особи без громадянства, яка постійно не проживає в Україні, якщо вони вчинили кримінальні правопорушення за межами території України. Це положення проєкту спонукає висловити такі зауваження:

а) згідно з п. 1 ч. 2 ст. 1.3.5 закон може бути застосований у вказаних випадках, зокрема, якщо *було вчинено злочин, за який можливість притягнення до відповідальності в Україні передбачена міжнародним договором України*. У цьому аспекті наведена норма значною мірою наслідує ч. 1 ст. 8 чинного КК, яка передбачає, що *іноземці або особи без громадянства, що не проживають постійно в Україні, які вчинили кримінальні правопорушення за її межами, підлягають в Україні відповідальності за цим Кодексом у випадках, передбачених міжнародними договорами*. Проблема, однак, полягає в тому, що зазначений фрагмент ч. 1 ст. 8 чинного КК є нефункціональним, що фактично було визнано Україною в рамках діалогу з Групою держав проти корупції (далі – ГРЕКО). Частина цього діалогу стосувалася виконання Україна зобов'язань за Кримінальною конвенцією Ради Європи про боротьбу з корупцією від 1999 року (далі – Конвенція 1999 року) щодо встановлення юрисдикції стосовно злочинів, криміналізації яких вимагає ця Конвенція. Зокрема, Україна посилалася на те, що згадане положення ст. 8 КК відсилає до відповідних положень зазначеної Конвенції 1999 року щодо встановлення юрисдикції, і, тим самим, чинність кримінального закону України в просторі поширюється на всі випадки, про які каже Конвенція 1999 року та які спеціально не згадуються в статтях 6–8 чинного КК. ГРЕКО, однак не сприйняло таку логіку, вказавши, що Конвенція 1999 року в частині своїх положень щодо встановлення юрисдикції не має самовиконуваного характеру, тобто вона безпосередньо не встановлює юрисдикцію держав-учасниць щодо тих або інших діянь, а лише

вимагає від них зробити це, і, відповідно, відсилання ст. 8 чинного КК до Конвенції 1999 року є відсиланням «в нікуди». Врешті-решт Україна внесла зміни до ст. 8 КК, доповнивши її частиною другою, щоб виконати вимоги Конвенції 1999 року щодо юрисдикції. Тим самим Україна фактично визнала, що ст. 8 чинного КК у частині слів «у випадках, передбачених міжнародними договорами» є нефункціональною у випадку з Конвенцією від 1999 року. Оскільки у міжнародних договорах щодо запобігання злочинам окремі види зобов'язання держав-учасниць щодо юрисдикції описуються за допомогою формул більш або менш подібних до тих, які містить Конвенція 1999 року, згадане визнання слід трактувати як визнання абсолютної нефункціональності того фрагменту ст. 8 КК, який стосується «випадків, передбачених міжнародними договорами».

На жаль, як вже зазначалось, проєкт успадковує цю проблему від чинного КК. Хоч формула «злочин, за який можливість притягнення до відповідальності в Україні передбачена міжнародним договором України» текстуально різниться від формули «у випадках, передбачених міжнародними договорами», сутнісної відмінності між цими формулами, як видається, немає, оскільки п. 1 ч. 2 ст. 1.3.5 продовжує оперувати дієприкметником «передбачений». Очевидно, що розробникам проєкту варто або викласти п. 1 ч. 2 ст. 1.3.5 за допомогою формули, що була б функціональною у світлі сучасного міжнародного права, або відмовитися від універсальної формули на користь множини спеціальних положень, які б забезпечували належне виконання Україною зобов'язань щодо встановлення юрисдикції згідно з договорами щодо запобігання злочинам окремих видів;

б) у п. 1 ч. 2 ст. 1.3.5 також ідеться про «*злочин, за який можливість притягнення до відповідальності в Україні передбачена актом Європейського Союзу*». Щодо цього фрагменту п. 1 ч. 2 ст. 1.3.5 є актуальним зауваження, зроблене в попередньому підпункті;

в) схоже, що проблему, зазначену в підпункті а) визнають й самі розробники проєкту. У п. 4 ч. 2 ст. 1.3.5 вони, наприклад, пропонують, щоб кримінальний закон підлягав застосуванню до іноземця або особи без громадянства, що постійно не проживає в Україні, якщо вони вчинили за межами території України злочин проти сексуальної свободи або недоторканості людини, потерпілою від якого є неповнолітня дитина. При цьому Україна є учасницею Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства від 2007 року (Лансаротська конвенція). Ст. 25(9) Лансаротської конвенції допускає, що

без шкоди загальним нормам міжнародного права ця Конвенція не виключає будь-якої кримінальної юрисдикції, що здійснює Сторона відповідно до свого національного законодавства. Таким чином, це положення допускає і юрисдикцію на підставах, про які йдеться в п. 4 ч. 2 ст. 1.3.5. Через сказане постає питання, чому розробники проєкту не покладаються стосовно злочинів проти сексуальної свободи або недоторканості людини, потерпілою від яких є неповнолітня дитина, на формулу «злочин, за який можливість притягнення до відповідальності в Україні передбачена міжнародним договором України», яку вони пропонують в п. 1 ч. 2 ст. 1.3.5? Аналогічне запитання виникає і стосовно згаданого в п. 4 ч. 2 ст. 1.3.5 злочину проти особистої свободи та гідності людини, передбаченого ст. 4.4.6 цього Кодексу (торгівля людьми) і ст. 31(5) Конвенції Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми від 2005 року;

г) з іншого боку, у п. 4 ч. 2 ст. 1.3.5 проєкту пропонується поширити дію кримінального закону на такі випадки вчинення кримінальних правопорушень за межами України, щодо яких міжнародне право не уповноважує та не зобов'язує держави встановити свою юрисдикцію. Зокрема, йдеться про випадки вчинення іноземцями поза межами території України злочинів на користь юридичної особи, створеної на території України. У випадках зі злочинами, щодо яких міжнародні договори дають державам-учасницям широкий простір щодо встановлення власної юрисдикції (див. про це вище), вказане правило має певну міжнародно-правову основу. Однак чинне звичаєве та договірне міжнародне право не містить універсальної норми, яка б дозволяла державам поширювати дію свого закону на всі без винятку (незалежно від їх виду) злочини, що (і) були вчинені іноземцями (особами без громадянства, що постійно не проживають на території держави) (іі) за межами території держави, (ііі) але в інтересах створених на їх територіях юридичних осіб;

ґ) серйозним упущенням ч. 2 ст. 1.3.5 проєкту є відсутність у ньому фрагменту, який би кореспондував з ч. 2 чинного ст. 8 КК. Останнє положення, як зазначалося, вище з'явилося в тексті КК внаслідок визнання Україною нефункціональності ч. 1 ст. 8 КК у частині слів «в випадках, передбачених міжнародним договором» та на виконання рекомендацій ГРЕКО. Причому виконання цих рекомендацій було умовою для лібералізації візового режиму між Україною та Європейським Союзом. Отже, відсутність у проєкті положення, подібного до ч. 2 ст. 8 чинного КК, може мати для України серйозні негативні правові та політичні наслідки.

Стаття 1.3.6. Місце вчинення діяння

1. Зміст частин 2–4 цієї статті не узгоджується з її назвою. У цих положеннях містяться окремі (порівняно зі статтями 1.3.4 і 1.3.5) правила дії кримінального закону в просторі, а не визначення місця вчинення діяння.

2. У частинах 2–4 ст. 1.3.6 містяться формулювання «*якщо інше не передбачено міжнародним договором України*» та «*у випадках, передбачених міжнародним договором України*». Проте, як зазначалось вище, міжнародні договори, як і міжнародне право загалом, не передбачають юрисдикцію держав щодо певних діянь, а лише уповноважують чи зобов'язують їх це зробити. З огляду на сказане, обидва зазначені формулювання є нефункціональними, як і подібне формулювання ч. 1 чинного ст. 8 КК. Крім того, якщо для розробників проєкту принципово, щоб правила частин 2–4 статті 1.3.6 були сформульовані із зазначенням про необхідність врахування міжнародного права, згадування лише про міжнародні договори є обмеженим, адже питання кримінально-правової юрисдикції передусім розв'язує загальне (звичаєве) міжнародне право.

Стаття 1.3.7. Наявність дипломатичного або іншого імунітету

1. Не можна погодитися з тим, що правила цієї статті стосуються й імунітетів за міжнародним правом, й імунітетів за національним правом, оскільки перші і другі переслідують різні цілі. Імунітети за міжнародним правом випливають з ідеї суверенітету держави, тобто з ідеї верховенства та повноти влади держави на її території та незалежності у відносинах з іншими державами, а імунітети за національним правом – з ідеї розподілу та балансування гілок влади в межах самої держави.

2. Згадування у ст. 1.3.7 про «*імунітети, передбачені міжнародним договором*» та про подолання імунітетів «*у порядку, встановленому міжнародним договором*» не враховують того, що імунітети за міжнародним правом лише частково врегульовуються за допомогою міжнародних договорів. Міжнародні договори врегульовують дипломатичний та консульський імунітети, а так само імунітет спеціальних місій, однак персональні імунітети «трійки» (імунітет очільника держави – глави уряду — міністра закордонних справ від іноземної юрисдикції на час перебування на посаді) та функціональний імунітет (імунітет будь-якої посадової особи держави від іноземної юрисдикції у зв'язку з діяннями, вчиненими особою в офіційній якості), врегульовує загальне (звичаєве) міжнародне право.

РОЗДІЛ 1.4.
ВИЗНАЧЕННЯ ТЕРМІНІВ

Стаття 1.4.1. Значення термінів Кримінального кодексу (глосарій)

1. Ця стаття – одна з найбільш динамічних у проєкті. Кількість понять, які у ній визначені, змінюється від редакції до редакції. Цікаво, що за час між 30.12.2022 р. по 30.01.2023 р. з 80 понять у цій статті залишилось 64. Зникли: близький родич (3), близькі відносини (4), виконання професійних обов'язків (8), виконання службових повноважень (9), державний орган (13), залякування (19), знищення (24), осквернення (45), особливий період (48), перешкоджання (52), порнографічна вистава (56), порнографічний предмет (57), працівник (59), предмет дитячої порнографії (60), стан сп'яніння (73), члени сім'ї (77). Окремі поняття перенесено до інших частин проєкту, а інші виключено з проєкту при тому, що Особливій частині вони застосовуються багаторазово, наприклад, знищення (22 рази), осквернення (4 рази), перешкоджання (19 разів). Причини таких змін не завжди виглядають очевидними.

Логіка у виокремленні «загального глосарію» (ст. 1.4.1) і «міні-глосаріїв» (розташованих на початку відповідних розділів Особливої частини проєкту), звісно, вбачається, і до такого рішення робоча група підійшла усвідомлено та не одразу, однак їй варто бути готовим до закидів, що таке розчленування довідкового нормативного матеріалу ускладнюватиме пошук термінів і не сприятиме їх оптимальному розумінню.

2. Згідно з ч. 1 ст. 1.4.1 *терміни, вжиті у КК, які мають визначення в іншому законі, міжнародному договорі чи акті Європейського Союзу, застосовуються відповідно до свого нормативного визначення, крім випадків, передбачених частиною 2 цієї статті та іншими статтями цього Кодексу.* Викладена позиція є слушною, однак розробники проєкту не завжди її дотримуються. Наприклад, положення п. 1 ст. 7.6.1, в якому дається визначення дитячої порнографії, є ідентичним наведеному у ст. 1 Закону України «Про захист суспільної моралі» (див. цей висновок у частині зауважень до розділу 7.6).

3. У п. 1 ч. 2 наводиться визначення поняття *активів*, в якому з-поміж іншого фігурують *криптовалюти*. Оскільки в Україні прийнято Закон «Про віртуальні активи», мабуть, є сенс у цьому визначенні вказати на віртуальні активи, а не на криптовалюти. Крім того, навряд чи виправданим є формулювання такого різновиду активу (доходу), як *зменшення фінансових*

зобов'язань, через термін «*обсяг*». Обсяг зменшення – це не вид активу, а його кількісний параметр. За такого підходу можна говорити і про обсяг грошових коштів, іншого майна тощо.

4. Наведене у п. 4 ч. 2 визначення поняття «*військове формування*» потребує вдосконалення:

1) у цьому визначенні термін «військове формування» фактично не розкривається, про що свідчить вживання в його дефініції словосполучення «*інше військове формування*»;

2) незрозуміло, чому серед переліку військових формувань, що наводиться у цій нормі проєкту, відсутня Національна поліція, Державне бюро розслідувань, Національне антикорупційне бюро, Управління державної охорони України, Державна спеціальна служба транспорту, Служба зовнішньої розвідки. Чи належать перелічені органи до військових формувань? Адже, наприклад, поліція здійснює боротьбу з диверсійно-розвідувальними силами агресора (противника) та непередбаченими законами України воєнізованими або збройними формуваннями, бере участь у виконанні завдань територіальної оборони у ході відсічі збройної агресії проти України (статті 23, 24 Закону України «Про Національну поліцію»).

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про оборону України» військове формування – це створена відповідно до законодавства України сукупність військових з'єднань і частин та органів управління ними, які комплектуються військовослужбовцями і призначені для оборони України, захисту її суверенітету, державної незалежності і національних інтересів, територіальної цілісності і недоторканності у разі збройної агресії, збройного конфлікту чи загрози нападу шляхом безпосереднього ведення воєнних (бойових) дій. Чи варто за таких обставин (з огляду на ч. 1 ст. 1.4.1) взагалі наводити у «глосарії» проєкту, загромаджуючи його текст, «своє» визначення цього поняття?Якщо, наприклад, Національна поліція, ДБР, НАБУ тощо не належать до військових формувань, то відповідна службова особа не зможе відповідати на підставі ст. 9.1.6 за використання цих формувань на порушення Конституції (обмеження прав і свобод людини, повалення конституційного ладу, усунення органів влади чи перешкоджання їх діяльності, захоплення державної влади або зміни територіальної цілісності України чи державного кордону України на порушення порядку, встановленого Конституцією України).

5. У п. 5 ч. 2 визначається *вибуховий пристрій.* При цьому у проєкті згадується і «*вибухівка*» (п. 4 ст. 7.3.1, статті 7.8.8 і 7.8.9), проте, що під нею

мається на увазі, незрозуміло. Потрібно або змінити вибухівку (військовий жаргонізм) на вибуховий пристрій або, якщо йдеться про різні предмети, відмежувати їх (див. також цей висновок у частині зауважень до розділу 7.8).

6. Визначення *викрадення* (п. 6 ч. 2) разом із визначенням *заволодіння* (п. 14 ч. 2) дозволяє розмежувати ці наскрізні терміни в межах усього проєкту, зосереджуючи увагу на тому, що викрадення предмета передбачає спричинення «*прямої майнової шкоди*» в той час, як при заволодінні предметом цей факт конститутивного значення не має. З огляду на сказане, звернемо увагу на два моменти.

По-перше, варто переглянути Особливу частину проєкту на предмет того, чи у всіх необхідних випадках слово «викрадення» замінено (звісно, де це доречно) на «заволодіння». Наприклад, у статтях 6.3.9 і 6.3.10 ідеться про *викрадення платіжного засобу* (інструменту) та поводження з викраденим платіжним засобом (інструментом). Виходить, для того, щоб особа відповідала за цими статтями, вона повинна не лише незаконно обернути предмет на свою користь, а й заподіяти майнову шкоду? Навряд чи це так.

По-друге, якщо вже використовується цивільно-правова термінологія, то тоді необхідно привести її у відповідність до положень чинного Цивільного кодексу України (далі – ЦК). Зокрема, якщо при визначенні викрадення йдеться про «*пряму майнову шкоду*» (п. 6 ч. 2), то при визначенні шкоди майнової (п. 63 ч. 2) – вже про «*прямі збитки*», хоч, мабуть, розуміється під ними одне й те саме. Натомість чинний ЦК цими термінами не оперує – у ньому вживається термін «*реальні збитки*» (статті 22, 900, 988, 1142).

Щодо понять *викрадення* і *заволодіння* див. також цей висновок у частині зауважень до розділу 6.1.

7. Визначення *впливу на людину* (п. 8 ч. 2), вочевидь, мало б стосуватися виключно діянь, які полягають у впливі на певного потерпілого, наприклад, вплив на суддю та деяких інших учасників провадження (статті 8.1.5, 8.2.3). Однак через це поняття визначається і насильство (п. 31 ч. 2), внаслідок чого вплив на людину є ніби родовою ознакою насильства («*насильство – фізичний вплив на іншу людину…*»). Це може призвести до трактування насильства лише як такого, що здійснюється з метою спонукання іншої людини всупереч її волі вчинити чи не вчинювати певну дію. А якщо такого спонукання немає, але при цьому наносяться удари, побої, застосовуються відповідні фактори (наприклад, без будь-якого приводу чи з використанням малозначного приводу), то хіба це перестає бути насильством? Видається, що є потреба в заміні терміну «вплив» на «втручання» і наданні визначення

останньому (з одного боку, вплив на людину, згадуваний в статтях 8.1.5 і 8.2.3 у назвах цих статей, відображається через втручання в діяльність відповідних осіб, а, з іншого, є потреба у визначенні втручання або в інакшому визначенні насильства (п. 31).

Див. також цей висновок у частині зауважень до розділу 7.7.

8. У п. 9 ч. 2 пояснюється, що слід розуміти під вчиненням кримінального правопорушення *у зв'язку з реалізацією потерпілою людиною суб'єктивного права чи виконанням нею юридичного обов'язку*. Хоч розуміння цього поняття є усталеним у теорії та практиці і загалом не викликає суперечок, надання такого визначення робочою групою не можна вважати недоліком. Натомість незрозуміло, чому тут же не надається визначення вчинення кримінального правопорушення щодо людини *у зв'язку з виконанням нею службових повноважень чи професійних обов'язків*, яке в більшості випадків в Особливій частині проєкту використовується разом із згаданим терміном як ознака, що підвищує тяжкість злочину на один ступінь.

Принагідно зауважимо, що в Особливій частині проєкту при формулюванні ознаки, яка підвищує ступінь тяжкості, у «зв'язці» з терміном (розкритим у п. 9 ч. 2), як правило, вказується на виконання повноважень, реалізацію права та виконання відповідного обов'язку *в інтересах суспільства, правосуддя та міжнародного правопорядку*. Тобто вводиться термін «інтереси суспільства», але чиї це інтереси (якого суспільства?) і що під таким суспільством розуміти, не визначається.

9. При визначенні *володіння особи* (п. 10 ч. 2) правомірність доступу або перебування в ньому пов'язується з дозволом власника, *володільця* чи уповноваженої особи. Оскільки більшість конкретних видів володіння, які перелічені в цьому пункті, належать до нерухомого майна, слід ураховувати принцип реєстраційного підтвердження володіння, вироблений вітчизняною практикою (володільцем є той, хто зазначається у відповідному державному реєстрі); тому замість володільця або додатково до володільця необхідно додати й «*законного користувача*» (див. також висновок у частині зауважень до розділу 4.8).

10. У п. 11 ч. 2 поняття *дія сексуального характеру* визначається як *дія, спрямована на задоволення сексуального потягу, пов'язана або не пов'язана з сексуальним проникненням*. Визначення цього поняття у подібний спосіб з акцентом на задоволенні сексуального потягу видається помилковим з різних точок зору. Зокрема, зі ст. 4.5.3 «Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь» випливає, що дії сексуального характеру можуть бути вчинені

щодо людини *у зв'язку з виконанням нею службових повноважень чи професійних обов'язків, реалізацією нею суб'єктивного права або виконанням юридичного обов'язку в інтересах суспільства, правосуддя чи міжнародного правопорядку, або з мотиву расової, національної чи релігійної ворожнечі* (п. 3). Чи свідчить така мотивація особи про те, що вона прагне задовольнити саме статевий потяг?

Див. також висновок у частині зауважень до розділу 4.5.

11. У визначенні *завідомості* (п. 13 ч. 2) вживання словосполучення «*такого, що не підлягає сумніву*» є зайвим, оскільки здатне ускладнити правозастосування. Адже особа може зазначити, що певний факт для неї був явний і очевидний, однак у неї все ж були сумніви щодо його достовірності. Завідомість означає, що особі відомі певні факти, однак не завжди у такої особи можуть бути відсутні сумніви щодо них. Саме так тлумачать відповідні норми науковці та практики. Наприклад, в одному з науково-практичних коментарів (за ред. М. Мельника, М. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та доповн. К., 2018) зазначено, що вчинення злочину щодо жінки, яка завідомо для винного перебувала у стані вагітності (п. 7 ч. 1 ст. 67 КК), передбачає, що потерпілою від злочину є вагітна жінка, специфічний стан якої усвідомлюється винним, який може хоч достовірно і не знати, але обґрунтовано припускати наявність вагітності.

Привертає також увагу окреме застереження у п. 13 стосовно того, що *завідомість свідчить про вчинення кримінального правопорушення з прямим умислом.* Таке положення видається зайвим, оскільки не виключені ситуації вчинення кримінальних правопорушень з непрямим умислом у випадках, коли завідомість стосується ставлення до окремих ознак вчинюваного діяння. Наприклад, згідно зі ст. 4.2.12 особа підлягає відповідальності, якщо вона повідомила вагітній жінці завідомо неправдиві відомості. У цьому випадку завідомість означає, що особа усвідомлювала явність того факту, що потерпілій особа надано неправдиві дані. Водночас ставлення до наслідку повідомлення такої інформації може характеризуватися непрямим умислом, адже особа могла не бажати, але байдуже ставитися до спричинення наслідку у виді штучного переривання вагітності.

Також у пропонованому визначенні завідомості простежується логічна суперечність: у першому реченні цього пункту вказується на інтелектуальний момент (ознаку) умислу, а у другому йдеться про вплив вольового моменту, адже прямий умисел відрізняється від непрямого насамперед за вольовою ознакою, а завідомість до цього не має відношення.

12. У визначенні *зловживання*, наведеному в п. 19 ч. 2, акцент робиться на шкідливості зловживання для інтересів інших осіб. Однак ця властивість зловживання є похідною від первинного прагнення особи вилучити вигоду від своїх повноважень чи становища. Загалом дефініція, яка міститься у цій нормі, погано «монтується» зі статтями 9.5.4 і 9.5.10, у диспозиціях яких термін «зловживання» взагалі не вживається. Він згадується у назвах цих статей, але постає питання, чи достатньо цього, щоб тлумачити їх диспозиції з урахуванням п. 19 ч. 2 ст. 1.4.1? Див. також висновок у частині зауважень до розділів 7.9 і 9.5.

13. Визначення *конклюдентної дії* (п. 22 ч. 2) як поведінки, яка *однозначно* свідчить про бажання особи вчинити певне діяння, видається таким, що може ускладнити правозастосування (слова «однозначно» можна без втрати змісту позбутися). Водночас виникає сумнів у доцільності визначення цього терміну в «глосарії». Невже в практичному чи теоретичному вимірах було зафіксовано проблеми у розумінні конклюдентних дій (поведінки) особи?

14. Із наведеного у п. 24 ч. 2 визначення поняття «*корупційне кримінальне правопорушення*» випливає, що корупційними пропонується визнавати виключно злочини чи проступки, пов’язані з неправомірною вигодою (як предметом або засобом кримінального правопорушення), що можуть бути вчинені в один із таких способів: зловживання чи схиляння до зловживання; вплив на прийняття рішення чи торгівля впливом. Отже, корупційне кримінальне правопорушення за проєктом має дві обов’язкові ознаки, кожна з яких містить альтернативні елементи.

Постає питання, чи можна, наприклад, злочин, передбачений ст. 9.5.5 «Пропозиція або надання неправомірної вигоди», віднести до корупційних – з огляду на відсутність у цьому разі одного із двох згаданих способів? Чи тут треба вбачати «*схиляння до зловживання*»? Але визначення «зловживання» (п. 19 ч. 2 ст. 1.4.1) виключає отримання ствердної відповіді на таке питання у всіх можливих ситуаціях. Як відомо, наразі перелік корупційних кримінальних правопорушень (примітка ст. 45 чинного КК) не повною мірою узгоджений з дефініціями корупційного правопорушення та корупції, наведеними у ч. 1 ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції». Тому можна припустити, що розробники проєкту свідомо не віднесли, наприклад злочин, передбачений ст. 9.5.5, до числа корупційних.

Чи можна віднести до корупційних (з огляду на аналізовану дефініцію проєкту) злочин, передбачений ст. 9.5.6 «Прийняття пропозиції

неправомірної вигоди, її одержання від іншої особи, прохання її надати чи її вимагання»? Адже «зловживання» як таке (*використання влади, службових повноважень, професійного чи опікунського статусу або пов'язаних з ними можливостей на шкоду правомірним інтересам будь-якого іншого суб'єкта права – фізичної чи юридичної особи, держави, територіальної громади*) не є частиною об'єктивної сторони складу цього злочину.

Звісно, розробники проєкту можуть апелювати до дефініції неправомірної вигоди (п. 33 ч. 2), однак у зв'язку з цим виникає запитання, чи є підстави способи, про які йдеться в підпунктах «а», «б», «в» цього пункту, називати саме способами вчинення злочинів, передбачених ст. 9.5.5 чи ст. 9.5.6, як цього вимагає п. 24 ч. 2 ст. 1.4.1 проєкту?

Взагалі складно зрозуміти, для чого у «глосарії» наводити щонайменше дискусійне визначення поняття корупційного кримінального правопорушення, якщо у проєкті (на відміну від чинного КК) фактично не знаходить втілення жорсткий кримінально-правовий режим протидії таким кримінальним правопорушенням (йдеться, як відомо, про обмеження можливості застосування до корупціонерів низки пільгових кримінально-правових положень). Стосовно додаткового призначення штрафу і грошового стягнення за вчинення корупційного злочину і проступку (п. 2 ч. 5 ст. 3.2.6 і п. 2 ч. 4 ст. 3.4.2 проєкту, відповідно), то без цього можна спокійно обійтись, зважаючи на передбачену можливість такого кримінально-правового обтяження у випадку вчинення корисливого кримінального правопорушення. Щодо застосування обмежувальних засобів (обмеження права: обіймати певні посади, зокрема на громадських засадах; брати участь в конкурсі на посади в органах державної влади чи органах місцевого самоврядування), які суд на підставі ч. 7 ст. 3.6.3 зобов'язаний застосувати *до особи, яка вчинила корупційне кримінальне правопорушення з використанням влади, службових повноважень чи професійних обов'язків або пов'язаних з ними можливостей,* то й у цьому разі позначена проблема дефінування легко вирішується шляхом виключення з наведеної норми слова «корупційне».

15. Незрозуміло, для чого визначати поняття «*кримінальне правопорушення, пов'язане з корупцією»* (п. 25 ч. 2), якщо цей термін використовується лише один раз – причому у самому «загальному глосарії». Це визначення не сильно допоможе при встановленні змісту такої «кваліфікуючої» ознаки, вказаної у п. 4 ст. 4.8.2, як вчинення злочину, «*передбаченого статтею 4.8.4, у зв'язку з повідомленням працівником як*

викривачем про вчинення іншою особою корупційного чи пов'язаного з корупцією правопорушення».

Див. також висновок у частині зауважень до розділу 3.6.

16. Термін «*напад*» (п. 30 ч. 2), який визначається в «загальному глосарії», використовується надалі в тексті проєкту тільки одного разу – у ст. 2.9.2 «Правомірний захист». Інші випадки використання терміну «напад» (в Особливій частині) цим визначенням не охоплюються, бо «під» них сформульовані власні значення в «глосаріях до відповідних розділів Книги одинадцятої. Відтак доцільно визначити термін «напад» у ст. 2.9.2, бо він не є наскрізним. А ще краще взагалі не визначати його, принаймні в тому вигляді, який запропонований робочою групою. Обов'язковою ознакою нападу називається *розрахунок на відсутність опору* через хоча б одну з двох причин – *несподіваність для потерпілої особи або її переляк*. З поняттям нападу пов'язана констатація ознак «спеціальної» необхідної оборони (правомірного захисту) за пунктами 2 і 3 ч. 6 ст. 2.9.2. Уявимо ситуацію, що нападник зі зброєю або група нападників намагаються застосувати до особи насильство без розрахунку на відсутність опору, зокрема тоді, коли особа попереджена про насильство і готова до нього (відсутня несподіваність) і не боїться його (відсутній переляк). Невже в такому разі на цю «неперелякану та готову до відсічі» особу пункти 2 і 3 ч. 6 ст. 2.9.2 не будуть поширюватися?

Крім цього, виникає питання щодо вдалості розуміння поняття *нападу* (п. 30 ч. 2) як *відкритого насильства ... або замаху на застосування такого насильства*. Замах – це часткове виконання об'єктивної сторони складу (ч. 1 ст. 2.6.3 проєкту), а в його Особливій частині об'єктивна сторона жодного кримінального правопорушення не формулюється із використанням цього терміну у значенні, наведеному у ст. 1.4.1. проєкту. До того ж, чому йдеться тільки про відкрите насильство? Хіба напад не може бути таємним, несподіваним для потерпілого і таким, який не спостерігається ніким іншим?

17. У п. 31 ч. 2 міститься визначення *насильства*. При цьому йдеться лише про фізичне насильство, ознаки ж психічного насильства залишилися поза увагою розробників проєкту. Це, своєю чергою, створює складнощі із кримінально-правовим розумінням, наприклад, домашнього насильства, яке не визначається ні у ч. 2 ст.1.4.1, ні у розділі 4.6. При цьому у статтях розділу 4.6 подається опис наслідків, притаманних випадкам застосування психічного насильства.

При визначенні наскрізного поняття насильства у проєкті, як видається, пропущена необхідна ознака, яка характеризує природу такої поведінки і

відрізняє її від соціально-прийнятної – вчинення проти або всупереч волі особи або поза її волею. Адже очевидно, що навіть нанесення удару чи, тим більше, застосування акустичного, світлового, термічного чи хімічного факторів, або навіть обмеження особистої свободи людини з її згоди насильством не є (навіть якщо воно завдає людині фізичний біль). Тому вважаємо за доцільне викласти відповідну норму у такій редакції: «*фізичне насильство – фізичний вплив на іншу людину, зокрема шляхом нанесення удару, побоїв, застосування акустичного, світлового, термічного чи хімічного факторів або обмеження особистої свободи людини, що здійснюється поза або всупереч її волі*».

18. П. 32 ч. 2 містить визначення *небезпечного предмета*, з приводу чого виникає декілька питань, які потребують розв'язання. По-перше, з погляду здійснення належної диференціації кримінальної відповідальності помилково змішувати в одному понятті різнохарактерні види небезпечних предметів – починаючи від тих, що мають вибуховий характер, і закінчуючи тими, що руйнують озон. З-поміж іншого таке змішування зумовлює некоректний підхід до визначення місцезнаходження тієї чи іншої статті в певному розділі Особливої частини проєкту (щодо речовини, які руйнують озон, див. цей висновок у частині зауважень до розділу 5.3). По-друге, аналізоване визначення має колізійний характер, що можна простежити на прикладі співвідношення норм, передбачених ст. 7.3.6 (у частині незаконних дій з вибуховим пристроєм) і ст. 7.3.4. В обох випадках вибуховий пристрій може утворювати предмет обігу, адже згідно з п. 32 складником небезпечного предмету є пристрій, що містить вибухову речовину.

19. Щодо визначення поняття *неправомірної вигоди* (п. 33 ч. 2), то, на перший погляд, воно за рахунок фактично невичерпного переліку складових, з яких складається неправомірна вигода, здатне охопити всі мислимі (причому як майнові, так і майнові) блага. Водночас і щодо аналізованого визначення, як видається, зберігає актуальність зауваження К. Задої (2019), зроблене щодо відповідної дефініції у чинному антикорупційному законодавстві. Йдеться про те, що при формулюванні переліку видів (проявів) неправомірної вигоди законодавець не повною мірою врахував багаторічні підходи правозастосовної практики, зокрема, наведене у п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду України (далі – ВСУ) від 26 квітня 2022 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» роз'яснення про те, що «хабар» (поняття, яке раніше використовувалось замість неправомірної вигоди) може набувати, зокрема вигляду *дій майнового*

характеру, які, своєю чергою, можуть полягати у відмові від майнових вигод або від майнових прав. Таке благо навряд чи охоплюється вже усталеним і відтвореним у проєкті закритим переліком «грошові кошти – інше майно – переваги – пільги – послуги – нематеріальні активи» (якщо тлумачити цей перелік буквально); не є воно, вочевидь, і вигодою *немайнового* характеру, бо ж носить майновий характер.

Якщо у п. 33 ч. 2 ст. 1.4.1 неправомірна вигода визначається через перелік неправомірних дій, завдяки вчиненню яких вона «здобувається» винним, то чи не зайвим є використання у цьому разі фактично дублюючого звороту «*без законних на те підстав*»?

Щодо визначення поняття неправомірної вигоди, наведеного в одній з попередніх редакцій проєкту, в юридичній літературі (О. Дудоров, К. Задоя, 2022) висловлювалась думка про те, що за проєктом неправомірна вигода, зокрема, одержується, проситься чи вимагається за вчинення (невчинення) в інтересах іншої особи певної дії шляхом зловживання (у варіанті проєкту, що аналізується у цьому висновку, у порядку реагування на нашу критику з'явився зворот «*чи торгівлі впливом*»); зловживання – це *використання влади, службових повноважень, професійних обов'язків або пов'язаних з ними можливостей на шкоду правомірним інтересам іншого суб'єкта права – держави, територіальної громади, юридичної чи фізичної особи* (п. 19 ч. 2 ст. 1.4.1 проєкту). Таким чином, виявляється, що не буде підстав вести мову про активний і пасивний підкупи у разі, якщо грошові кошти, інше майно, перевага, пільга, послуга, нематеріальний актив або вигода немайнового характеру надаються однією та одержуються другою особою, коли правомірні інтереси першої особи не страждають. Наприклад, вигода має стимулювати другу особу швидше вчинити дії, які задовольнять правомірні інтереси першої особи, й перша особа сама виступає ініціатором надання вигоди другій особи. Якщо п. 19, п. 33 ч. 2 ст. 1.4.1 проєкту слід розуміти саме таким чином, то це означає, що пропонується масштабна декриміналізація корупційної поведінки порівняно з чинним законодавством. Якщо робоча група не замислювала подібних змін, то відповідні положення «глосарію» слід викласти більш однозначно, щоб уникнути їх різночитань.

Як видається, зроблені застереження зберігають актуальність і щодо аналізованої редакції проєкту.

Про недостатнє врахування наведеним у «глосарії» визначенням неправомірної вигоди специфіки типів поведінки, про які йдеться в розділі 7.9 проєкту «Кримінальні правопорушення проти доброчесності у приватній

та спортивній сферах проєкту, див. цей висновок, де викладаються зауваження до цього розділу. Таке неврахування специфіки слугує прихованим свідченням того, що наведене у п. 33 ч. 2 ст. 1.4.1 громіздке визначення неправомірної вигоди потребує спрощення, компенсувати яке зможе більш розлогий виклад відповідних положень Особливої частини проєкту.

20. У п. 37 ч. 2 надано дефініцію *органу правопорядку*, яка спонукає висловити такі міркування:

1) орган правопорядку по суті означає правоохоронний орган. «… ті органи, які розробники проєкту КК пропонують відносити до органів правопорядку, у законодавстві України ідентифікуються як правоохоронні органи (наприклад, Національне антикорупційне бюро, Державне бюро розслідувань)» (З. Загиней-Заболотенко, 2022). Термін «правоохоронний орган» вживається в численних нормативно-правових актах, напевно, тисячі разів. Термін «орган правопорядку» натомість згадується в ст. 131-1 Конституції України, причому всього один раз. Чи є вагомі підстави для його заміни? Цікаво, що у ст. 2.9.11 проєкту «Бойовий імунітет» йдеться про працівника правоохоронного органу, а не органу правопорядку;

2) у Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК) вживаються терміни «слідчі (розшукові) дії» та «негласні слідчі (розшукові) дії» і відсутні як такі «*слідчі дії*» та «*розшукові дії*». Вказані терміни в проєкті та КПК потребують узгодження. Крім того, чи може слідчі та/або розшукові дії здійснювати орган? Положення КПК дають підстави стверджувати, що проводити слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії уповноважені слідчі (ч. 2 ст. 40), дізнавачі (ч. 2 ст. 40-1), оперативні підрозділи (ч. 1 ст. 41), а не певний орган (А. Вознюк, А. Нєбитов, 2021 р.);

3) перелік органів, наведений в аналізованій нормі, неповний, адже у ньому відсутні правоохоронні органи спеціального призначення, яким надано право на проведення ОРД. Зокрема, це ДПСУ (ст. 2 Закону України «Про Державну прикордонну службу України»), УДО (ст. 15 Закону України «Про державну охорону органів державної влади України та посадових осіб»). До оперативного підрозділу відповідного державного органу, який здійснює слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії в кримінальному провадженні, згідно зі ст. 41 КПК віднесено, зокрема, оперативні підрозділи органів, установ виконання покарань та слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України;

4) очевидно, що до органів правопорядку не будуть належати органи державної лісової охорони, рибоохорони тощо. Чи правильно це? Адже аналіз окремих статей проєкту (наприклад, ст. 3.4.2, ст. 8.2.4,) дає підстави стверджувати, що під органом правопорядку розуміють органи, до повноважень працівників яких належать, зокрема обов'язок приймати заяви чи повідомлення про вчинення кримінального правопорушення.

Недоліки з питання віднесення до органів правопорядку інших правоохоронних органів можуть зумовлювати виникнення певних прогалин. Наприклад, працівників оперативних підрозділів інших правоохоронних органів, відмінних від органів правопорядку, неможливо буде притягнути до кримінальної відповідальності за провокацію злочину (ст. 8.2.11).

21. У п. 38 ч. 2 *опір* визначається як фізична протидія правомірному здійсненню уповноваженою особою своїх обов'язків або суб'єктивного права в інтересах суспільства. Не зовсім зрозуміло, чому здійснення такого права дозволено лише уповноваженій особі. Як видається, уповноважена особа виконує обов'язки, а реалізація суб'єктивного права – це правомірна поведінка громадянина.

Див. також висновок у частині зауважень до розділу 9.7.

22. Пропозиції щодо уточнення понять «*уразлива людина*», «*особливо уразлива людина*» (пункти 40, 60 ч. 2, відповідно) подані у зауваженнях до розділу 4.6.

23. Правильність визначення поняття «*публічна службова особа*» (п. 50 ч. 2) викликає певні сумніви:

1) у підпункті а) цього пункту до числа публічних службових осіб, а точніше до такої їх категорії як особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, відносяться службові особи, які виконують *реєстраційні обов'язки* в органі державної влади чи органі місцевого самоврядування. У підпункті в) цієї ж норми з-поміж осіб, які належать до іншої категорії публічних службових осіб (осіб, які здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг), *згадуються суб'єкти державної реєстрації прав*. Чи узгоджені між собою наведені положення?;

2) якщо чинний КК принципово розмежовує «публічних» службових осіб (пункти 1, 2 примітки статті 364 КК) та осіб, які здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг (статті 365-2, 368-4 КК), то п. 50 ч. 2 ст. 1.4.1 проєкту, навпаки, «інтегрує» поняття «особи, які здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг» в поняття «публічна службова особа». Цей крок можна оцінювати по-різному, однак у будь-якому

випадку розробникам проєкту варто критичніше підійти до розуміння поняття «особи, які здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг». На жаль, внаслідок численних непослідовних законодавчих змін узагальнений зміст зазначеного поняття «вивести» з положень чинного КК вкрай складно, і ця його проблемність фактично відтворюється у проєкті. При цьому більш ранні редакції положень чинного КК (наприклад, стаття 365-2 КК в редакції Закону від 13.05.2014) були, як видається, більш внутрішньо послідовними та цілісними з питання кола осіб, які здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг. Зокрема, з огляду на переліки таких осіб, які наводилися у чинних раніше редакціях статей КК, можна було робити висновок про те, що діяльністю з надання публічних послуг є діяльність, для зайняття якою необхідно: а) мати вищу освіту; б) пройти спеціальне навчання (підготовку) та скласти за його підсумками кваліфікаційний іспит; в) отримати дозвіл на зайняття такою діяльністю від саморегулівної організації (ці критерії, однак, ніколи не «спрацьовували» у випадку з третейськими суддями.) Приблизно у такому ключі і бажано визначити у проєкті поняття «*особи, які здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг*».

24. Викликає подив відсутність у п. 51 ч. 2, де наводиться перелік *публічних службових осіб, які займають особливо відповідальне становище*, народних депутатів України. Чиє ж ще, як не їх, становище варто визнавати особливо відповідальним, адже саме вони ухвалюють закони – акти найвищої юридичної сили, включаючи зміни до Конституції України. Сказане стосується й суддів (не очільників) Конституційного Суду України та Верховного Суду.

25. У п. 55 ч. 2 наводиться загалом прийнятне визначення поняття *розголошення інформації.* При цьому релевантна практика ЄСПЛ свідчить про те, що врахування принципу домірності (пропорційності) виникає під час надання кримінально-правової оцінки діянню, яке полягає у розголошенні інформації з обмеженим доступом. Через це в юридичній літературі (Т. Прокопчук, 2022) висловлюється думка про те, що кримінальний закон має бути доповнений відповідним застереженням, яке повинне стосуватись усіх норм-розголошень. З огляду на сказане, робочій групі рекомендується обміркувати питання про доповнення відповідного пункту «глосарію» (або іншої частини проєкту) приблизно таким положенням: «*Не є кримінально протиправним необхідне в демократичному суспільстві поширення*

інформації з обмеженим доступом для забезпечення національної або громадської безпеки, економічного добробуту чи прав інших осіб».

26. Загалом сприймаючи наведене у п. 58 ч. 2 визначення поняття «*сприяння розкриттю кримінального правопорушення (злочину)*», водночас звернемо увагу на деякі спірні моменти:

1) термін «розкриття» є вужчим порівняно з «розслідуванням». Раніше розкриття злочинів стосувалося переважно роботи оперативних підрозділів. На сьогодні розслідування кримінального правопорушення охоплює значно довший (порівняно з його розкриттям) період, упродовж якого особа може сприяти правоохоронцям та суду. Наприклад, злочин може бути розкрито, однак існуватиме потреба участі особи в подальших слідчих (розшукових) діях, тобто в діях після розкриття злочину. У таких випадках вона може відмовитися від них, посилаючись на те, що злочин розкрито. Відтак краще говорити або про розслідування кримінального правопорушення, або про розкриття та розслідування кримінального правопорушення;

2) у назві терміну «сприяння розкриттю кримінального правопорушення (злочину)» слово «злочину» видається зайвим;

3) чому йдеться про те, що допомога надається лише органам досудового розслідування, прокурору або суду? Невже особа, яка вчинила кримінальне правопорушення, не може сприяти працівникам оперативних підрозділів?

27. У п. 62 ч. 2 при визначенні *шкоди здоров'ю* розробники проєкту оминають шкоду психічному здоров'ю; при цьому у підпункті «в» п. 3 ч. 1 ст. 1.4.3 як ознака тяжкої шкоди здоров'ю фігурує стійкий розлад психіки.

28. У п. 63 ч. 2 визначення *шкоди майнової* пов'язано лише із прямими збитками. Водночас у практиці Касаційного кримінального суду Верховного Суду (далі – ККС ВС) визнається можливість відшкодування потерпілому й упущеної вигоди. Видається, що гуманістична спрямованість кримінального законодавства, яка включає фокусування на правах та інтересах потерпілого, допускає розгляд майнової шкоди не лише як прямих збитків, а й як упущеної вигоди.

Див. також висновок у частині зауважень до розділу 6.2.

29. У п. 64 ч. 2 при визначенні *щирого каяття* розробники проєкту не вказують на сприяння розкриттю та розслідуванню кримінального правопорушення. Хоч у проєкті не використовується поняття «дійове каяття», щирість каяття навряд чи може бути об'єктивована лише через визнання провини та висловлення жалю, якщо при цьому особа не виявляє

готовності співпрацювати з правоохоронними (органами правопорядку) і судовими органами.

30. Доцільно доповнити «глосарій» визначенням поняття «*член сім'ї*», адже він використовується у пунктах 2, 58 ч. 2 ст. 1.4.1, пунктах 1, 2 ч. 1, ч. 4 ст. 3.4.8, ст. 4.7.10, п. 3 ст. 7.3.1, статтях 8.2.8, 8.2.15, а також є системоутворювальним для розділу 4.6.

Стаття 1.4.2. Розрахункова одиниця

У ч. 2 цієї статті зазначається, що розмір розрахункової одиниці може змінюватися не частіше, ніж один раз на календарний рік. У зв'язку з цим доцільно зауважити таке:

а) формулювання «*може змінюватися*» не є однозначно зрозумілим та асоціюється із диспозитивним приписом. Що розробники проєкту мали на увазі – розмір може змінюватися, а може і залишатися без змін? Чи цей розмір не можна змінювати частіше, ніж раз на рік? Бажано уточнити це положення;

б) є сенс спробувати визначити орієнтири, відповідно до яких здійснюватиметься зміна розрахункової одиниці. Адже з проєкту випливає, що цей розмір може як збільшуватися, так і зменшуватися. Щоб уникнути необґрунтованості відповідного рішення, пропонується «прив'язати» зміни розміру такої одиниці до певного фінансового параметру;

в) із запропонованої норми не є однозначно зрозумілим механізм перегляду розміру розрахункової одиниці. Якщо це передбачає внесення змін до КК, то чи є таке рішення виправданим з огляду на досить тривалі процедури ухвалення нормативних актів у парламенті? З іншого боку, у разі «прив'язки» необхідних змін до певного фінансового параметру правозастосувач міг би самостійно здійснити це перерахування. Однак у такому випадку таке «правозастосовне» визначення зміненого розміру розрахункової одиниці має бути відображене у ч. 2 ст. 1.4.2.

Стаття 1.4.3. Розміри шкоди здоров'ю

1. У підпункті «г» п. 3 ч. 1 до тяжкої шкоди здоров'ю віднесено *повну втрату професійної працездатності.* А якщо втрата професійної працездатності має місце, але не досягає 100% (наприклад, внаслідок ушкодження руки скрипаль оркестру міжнародного рівня втрачає можливість грати на такому рівні, але може викладати у дитячій музичній школі по класу

скрипки)? Доцільно розглянути питання про віднесення неповної втрати професійної працездатності до значної шкоди здоров'ю.

2. Окремі ознаки розмірів шкоди здоров'ю, визначені у ст. 1.4.3 проєкту, потребують коригування. Так підпункт а) п. 1 ч. 1 зазначає, що *істотною шкодою* здоров'ю є розлад здоров'я тривалістю до 21 дня, а підпункт а) п. 2 цієї статті визначає аналогічну ознаку значної шкоди здоров'я – розлад здоров'я тривалістю 22 дні або більше. Натомість підпункт б) п. 1 ст. 1.4.3 визначає ознакою істотної шкоди стійку втрату загальної працездатності у розмірі до 10 відсотків, а підпункт б) п. 2 цієї ж статті вже щодо значної шкоди здоров'я вказує на стійку втрату загальної працездатності у розмірі включно від 10 до 33 відсотків. Таким чином, в істотній шкоді здоров'ю словосполучення «*до 21 дня*» означає 21 день включно, а щодо втрати працездатності – «*до 10 відсотків*», 10 відсотків не охоплює. Це потрібно узгодити: 1) або у підпункт а) п. 1 ч. 1 ст. 1.4.3 після слів «*21 дня*» додати слово «*включно*»; 2) або у підпункт б) п. 1 ч. 1 ст. 1.4.3 цифру «*10*» замінити цифрою «*9*».

Стаття 1.4.4. Розміри майнової шкоди

З приводу концептуального підходу, який знаходить відбиття у цій і пов'язаних із нею статтях, у висновку на одну з первісних редакцій проєкту Загальної частини (О. Дудоров, Є. Письменський, 2020) відзначалось, що пропонована робочою групою уніфікація майнової шкоди буде зручною для правозастосувачів і з погляду дотримання вимог законодавчої техніки застережень майже не викликає. Проте наскільки «закруглені» показники майнової шкоди відображатимуть життєві реалії, що потребують кримінально-правового реагування? Робоча група може відповісти тим, що і чинному КК притаманна довільність кількісних параметрів криміноутворювальних і кваліфікуючих ознак складів кримінальних правопорушень, і це, звісно, правда. Але ж новий кримінальний закон має за визначенням у кращий бік відрізнятись від чинного КК. Якщо ж відповідні кількісні показники і надалі братимуться «зі стелі», то в цій частині годі й вести мову про соціальну обумовленість кримінального закону. Ми не втомлюємось повторювати, що для фахового розв'язання позначеної фундаментальної проблеми необхідні спеціальні дослідження – кримінологічні (зокрема, за участю економістів і соціологів), емпіричні (подібні до того, яке свого часу здійснив В. Чубарєв, з'ясовуючи розміри заподіяної матеріальної шкоди як фактору тяжкості злочинного діяння),

дослідження матеріалів правозастосовної практики за категоріями кримінальних проваджень.

Як видається, викладені міркування продовжують зберігати актуальність і стосовно тієї редакції проєкту, яка оцінюється у цьому висновку.

Стаття 1.4.5. Обчислення строків, передбачених цим Кодексом

У контексті визначення закінчення строків у частинах 2, 3 цієї статті пропонується використовувати термін «*доба*» замість «*день*».

КНИГА ДРУГА.
ПРО КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВОПОРУШЕННЯ
РОЗДІЛ 2.1.
КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВОПОРУШЕННЯ ТА ЙОГО СКЛАД

Цей розділ є чи не найменшим у всьому проєкті, що ставить питання про доцільність його виокремлення. Розділ складається з трьох статей і має назву, яка дає підстави сподіватися на те, що в його положеннях буде розкрито поняття кримінального правопорушення та розуміння його складу. По суті, так воно і є, однак аналіз цих трьох статей дає можливість висловити деякі критичні міркування.

Стаття 2.1.1. Поняття кримінального правопорушення

1. Ця стаття складається з однієї частини, в якій вміщено визначення поняття кримінального правопорушення. Поняття –за всієї багатоманітності його розуміння у різних науках – це спосіб відображення дійсності, коли предмет розкривається через сукупність його суттєвих ознак (див.: Конверський А.Є. Логіка. Підручник для студентів юридичних факультетів. 6-те видання. К., 2017. С.153). Тобто у визначенні поняття кримінального правопорушення повинні бути відображені всі його істотні ознаки, адже саме нормативне визначення цього поняття уможливить виокремлення і наповнення конкретним змістом відповідних ознак. Ця достатньо проста логічна операція, враховуючи сферу застосування КК, набуває надважливого значення, оскільки дає можливість обґрунтовувати наявність чи відсутність підстав для визнання певної поведінки кримінальним правопорушенням.

2. Аналіз визначення поняття кримінального правопорушення (ст. 2.1.1) дає підстави для припущення, що ознаками кримінального правопорушення є: а) протиправність; б) діяння; в) спричинення шкоди, передбаченої цим Кодексом; г) відповідність складу кримінального правопорушення. Чи достатньою для визначення правової природи кримінального правопорушення є ця сукупність ознак? Видається, що не зовсім. Вся дискусія навколо визначення поняття кримінального правопорушення у проєкті точилася навколо того, яку концепцію розуміння цього поняття обере робоча група – формальну, матеріальну чи змішану. Розробники проєкту неодноразово наголошувала на тому, що обрала першу – формальне визначення кримінального правопорушення. Інакше кажучи, вказівка на те, що кримінальне правопорушення передбачене у КК, не міститься у

визначенні аналізованого поняття. Щоправда, ця ознака є складовою закріпленого у ст. 1.2.1 принципу законності (*не є кримінальним правопорушенням діяння, не передбачене цим Кодексом як злочин або проступок*). Крім того, поняття складу кримінального правопорушення (ч. 1 ст. 2.1.3) визначається як «*сукупність передбачених цим Кодексом ознак…*». Видається, що сповідуваний робочою групою підхід неконструктивно «розосереджує» формальну ознаку кримінального правопорушення, яку можна безпроблемно помістити у визначення його поняття, використавши коротке словосполучення «*…передбачене цим Кодексом…*».

3. На момент підготовки цього висновку проєкт «перетерпів» 25 редакцій (якщо виходити з інформації на офіційному сайті робочої групи). 24 попередні редакції містили формальне визначення поняття кримінального правопорушення у дещо різній, але фактично однаковій редакції: до березня 2021 р. поняття «злочину» визначалось як *діяння, яке: а) є протиправним, тобто порушує норму приватного або публічного права, та б) відповідає складу злочину, передбаченому цим Кодексом*; до травня 2022 р. аналізоване поняття визначалося таким чином: *кримінальним правопорушенням є діяння, яке: 1) є протиправним, тобто порушує норму приватного або публічного права, та 2) відповідає складу кримінального правопорушення, передбаченому цим Кодексом*; з травня 2022 р. по кінець того ж року визначення оптимізується за рахунок виділення змісту протиправності в окрему статтю розділу проєкту, набувши такого вигляду: *кримінальним правопорушенням є протиправне діяння, яке відповідає складу кримінального правопорушення, передбаченого цим Кодексом*. В аналізованій ж у цьому висновку версії проєкту визначення поняття кримінального правопорушення кардинально змінюється: а) з'являється ніщо інше, як *матеріальна* ознака кримінального правопорушення (*яке спричиняє шкоду, передбачену цим Кодексом*), і б) з визначення зникає така ознака, як те, що склад кримінального правопорушення *передбачений цим Кодексом* (мабуть, задля уникнення дублювання того, що й шкода ним передбачена). Водночас ця ознака «виникає» у ст. 2.1.3. Закономірно постає питання: чи виправдана така метаморфоза визначення поняття кримінального правопорушення? Робоча група змінила свій концептуальний підхід на користь формально-матеріального визначення поняття кримінального правопорушення? Із виступу очільника робочої групи Ю. Бауліна на презентації проєкту у Вищій школі адвокатури НААУ (лютий 2023 р.) випливає, що ні, не змінила, адже

наголошувалось на відмові від «суспільної небезпечності» на користь більшої «математичності» проєкту.

4. Повернення у визначення поняття кримінального правопорушення матеріальної ознаки є завуальованим поверненням суспільної небезпечності як ознаки цього поняття, причому ще у більш суворій формі (сучасне розуміння суспільної небезпечності допускає загрозу заподіяння шкоди, а ця ознака за проєктом вказує на спричинення шкоди як доконаний факт). Так, у доктрині кримінального права під суспільною небезпечністю розуміють здатність кримінального правопорушення заподіювати реальну шкоду правоохоронюваному об'єкту або створювати загрозу заподіяння такої шкоди (див.: Українське кримінальне право. Загальна частина: підручник / за ред. В.О. Навроцького. К., 2013). Здається, що якоїсь іншої функції, крім вказівки на те, що кримінальне правопорушення «повинне спричиняти шкоду», ця ознака у понятті не виконує. А це вже матеріальна ознака, яка, враховуючи її доконану форму «спричиняє», більше шкодить, ніж якось допомагає у розумінні кримінального правопорушення.

На якомусь етапі робоча група відмовилася від використання конструкції «підстава кримінальної відповідальності» у проєкті. В аналізованій версії проєкту про це нічого не сказано, що, звісно, не означає, що такої підстави не повинно бути у реальності. Ч. 1 ст. 3.1.1 містить положення про те, що кримінально-правові засоби «…*застосовуються судом у разі вчинення кримінального правопорушення чи іншого передбаченого цим Кодексом протиправного діяння*». Деталізується це положення у статтях 3.1.3 і 3.1.4, з яких можна зробити висновок про те, що *інше передбачене цим Кодексом діяння* – це не кримінальне правопорушення.

Таким чином, виникає питання, на якій підставі можна застосовувати кримінально-правовий засіб до особи, яка вчинила, наприклад, готування до кримінального правопорушення, – поведінку, яка не спричинила шкоду, що, своєю чергою, є за проєктом необхідною ознакою поняття кримінального правопорушення?

5. Вказівка у визначенні поняття кримінального правопорушення на спричинення ним шкоди не містить уточнення виду цієї шкоди. Аналіз статей 2.5.2–2.5.8 дає можливість встановити таку градацію «*передбаченої цим Кодексом*» шкоди: мізерна (ст. 2.5.8); неістотна (ст. 2.5.2); істотна (ст. 2.5.3); значна (ст. 2.5.4); тяжка (ст. 2.5.5); особливо тяжка (ст. 2.5.6) і винятково тяжка (ст. 2.5.7). При цьому ч. 3 ст. 2.5.8 вказує на те, що протиправне діяння, яке спричинило мізерну шкоду, не є кримінальним

правопорушенням. Тут вбачається логічна суперечність: відповідно до ст. 2.1.1 кримінальне правопорушення обов'язково спричиняє шкоду, передбачену цим Кодексом, – мізерна шкода передбачена у КК – діяння, що спричиняє мізерну шкоду, не є кримінальним правопорушенням. Відтак щось слід змінити: або уточнити вид шкоди у понятті кримінального правопорушення, або взагалі виключити цю ознаку з визначення поняття.

На користь останньої пропозиції свідчить і таке. Якщо не сприймати «*спричинення шкоди, передбаченої цим Кодексом*» як сувору форму суспільної небезпечності, то у цьому разі залишається її розуміння як ознаки, яка характеризує наслідок діяння. Відповідно до ч. 1 ст. 2.2.6 *наслідком діяння є шкода, яка визначена у статті Особливої частини цього Кодексу*. Якщо підходити до проблеми з такого ракурсу, то згадування цієї ознаки у визначенні поняття кримінального правопорушення втрачає сенс у зв'язку із наявністю ознаки «*відповідає складу правопорушення*», і звільняється місце для «*передбаченого цим Кодексом*» як властивості складу і прояву *nullum crimen sine lege* у визначенні кримінального правопорушення. Через це, мабуть, з визначення поняття кримінального правопорушення у проєкті «зникли» ознаки, які містяться у ст. 11 чинного КК, – винність та вчинення його суб'єктом злочину. І хоч, як видається, реальний зміст ознак кримінального правопорушення відмінний від змісту однойменних ознак складу кримінального правопорушення, усунення відповідного прихованого дублювання у нормативному визначенні є цілком припустимим.

6. Попередні роздуми ставлять питання, яким змістом наділена ознака «діяння» у визначенні поняття кримінального правопорушення? Якщо таким же, що й у ч. 1 ст. 2.2.5, то цю ознаку об'єктивної сторони варто також виключити з визначення поняття кримінального правопорушення, адже вона міститься у змісті ознаки «*відповідає складу правопорушення*». Якщо іншим, то варто попрацювати над тим, щоб знайти визначення, відмінне від вказівки на те, що діяння може бути вчинене дією або бездіяльністю. Тут, напевно, мова може йти про те, що не можуть визнаватися кримінальним правопорушенням думки і переконання, які не об'єктивовані назовні. Якщо сприймати поняття діяння як ознак поняття правопорушення у такому смислі, то нехай залишається, однак проєкт варто доповнити статтею або частиною статті із таким змістом.

7. Якщо виключити з визначення поняття кримінальне правопорушення ознаку «діяння», виникає закономірне питання: як сформулювати це визначення? Вирішенню цієї проблеми сприятиме наступне застереження.

Якщо ми бачимо розділ із назвою «Кримінальне правопорушення та його склад», професійно деформований погляд шукає визначення видів кримінального правопорушення і… не знаходить його. Висновок про те, що видами кримінального правопорушення є злочин та проступок, випливає із системного аналізу інших положень проєкту: п. 1 ч. 1 ст. 1.1.2; частин 2 і 3 ст. 2.5.1; структури розділів книг Особливої частини. Але для чого так майстерно приховувати найбільш важливу класифікацію у Книзі 2 «Про кримінальне правопорушення»? Для того, щоб надати цій класифікації очевидного характеру, її можна включити у поняття кримінального правопорушення, сформулювавши визначення цього поняття, наприклад, так: «*Кримінальним правопорушенням є злочин або проступок, який відповідає складу кримінального правопорушення, передбаченого цим Кодексом*».

Стаття 2.1.2. Протиправність діяння

1. Наявність у тексті проєкту цієї статті викликає такі питання: а) протиправність – це ознака цілого поняття кримінальне правопорушення, чи лише властивість діяння? б) якщо це ознака кримінального правопорушення, то чим вона «заслужила честі» бути визначеною в окремій статті, на відміну від інших ознак?

Якщо ознака протиправності стосується діяння, то і визначення її змісту варто перенести у відповідну статтю розділу 2.2. При цьому у ст. 2.1.2 проєкту ознака протиправності «розшифровується» (*Протиправним є діяння, яке порушує норму приватного або публічного права*). «З цього визначення можна зробити висновок, що у проєкті КК України протиправність діяння визначається як порушення норм, які знаходяться поза межами норм кримінального права» (І. Вишневська). Звісно, такий концептуальний підхід (відповідно до нього особа, яка вчиняє кримінальне правопорушення, завжди порушує норму регулятивного законодавства) має право на існування. Водночас чи виправданою є пропонована деталізація? Хіба, крім публічного і приватного права, існує ще якесь право? До того ж, мабуть, не варто виключати існування діянь, які заборонені лише КК, і жодних інших норм публічного або приватного права вони не порушують.

З публікацій членів робочої групи можна зробити висновок про те, що протиправність – це ознака не діяння як ознаки об’єктивної сторони складу, а цілого поняття кримінального правопорушення (див., наприклад: Пономаренко Ю.А. Щодо змісту протиправності як ознаки кримінального

правопорушення. *Питання боротьби зі злочинністю*. 2020. Випуск 39. С. 46–53). Якщо так, то і формулювання цієї ознаки має бути інакшим.

2. Винесення ознаки протиправності «за дужки» всіх різновидів кримінальних правопорушень логічно означало б непотрібність вказувати на цю властивість у статтях Особливої частини проєкту. Про це обґрунтовано зазначається у роботі іншої членкині робочої групи І. Вишневської (див.: Вишневська І.А. Однозначність термінології як прояв юридичної визначеності в КК України. *Проєкт нового Кримінального кодексу України у вимірі верховенства права:* матеріали сателіт. заходу в рамках V Харківського міжнародного юридичного форуму. м. Харків, 21 вересня 2021. Харків, 2022. С. 39). Однак досягти відповідної лаконічності у проєкті не вдалося (тільки термін «незаконне» в статтях Особливої частини проєкту наразі зустрічається понад 130 раз). Та й, враховуючи зміст принципу юридичної визначеності (ст. 1.2.2 проєкту), це навряд чи вдасться.

Першою думкою було відмовитися від вказівки на протиправність діяння у розділах Книги 2, однак беручи до уваги активне використання цієї ознаки у наступних структурних частинах проєкту, така пропозиція недоцільна. Задля збереження логіки викладу матеріалу видається більш обґрунтованим передбачити цю ознаку у ст. 2.2.5 «Діяння», виклавши ч. 1 цієї статті, наприклад, так: «*Діяння у складі кримінального правопорушення є протиправним, тобто таким, що порушує норму права*» (або без такого уточнення). Наступні частини ст. 2.2.5 можна залишити без змін.

Стаття 2.1.3. Склад кримінального правопорушення

1. Якщо і визначати поняття складу кримінального правопорушення у проєкті, то робити це варто краще у спосіб, використаний робочою групою у попередній редакції проєкту (від 30.12.2022 р.), однак без ч. 2 (про спеціальний склад правопорушення). Таке визначення більш інформативне та відповідає викладеним вище міркуванням.

РОЗДІЛ 2.2. ОБ’ЄКТ І ОБ’ЄКТИВНА СТОРОНА

Стаття 2.2.1. Об’єкт кримінального правопорушення та його види

1. Після визначення об’єкта кримінального правопорушення через ознаку заподіяння соціальній цінності неістотної, істотної, значної, тяжкої, особливо тяжкої або винятково тяжкої шкоди (ч. 1 ст. 2.2.1), за логікою речей, мали б слідувати положення, які розкривають зміст цих видів шкоди. Тісний змістовний зв’язок із положеннями про об’єкт має і ст. 2.5.5 «Мізерна

шкода», яка, будучи (треба так розуміти) аналогом ч. 2 ст. 11 чинного КК, підкреслює матеріальну суть кримінального правопорушення, дозволяє відмежовувати його від діянь, що ним не є. Замість цього використовується відсильний спосіб. Розміщення положень про об'єкт і види шкоди об'єкту в одному розділі проєкту видається а) логічнішим і б) зручнішим в аспекті потенційного правозастосування.

2. Обрання зі всієї багатоманітності підходів до визначення об'єкта кримінального правопорушення концепції «об'єкт – соціальні цінності», вочевидь, завдячує формулюванню ст. 3 Конституції України. Не сумніваємось у тому, що робоча група готова пояснити, чому вона надала перевагу вказаній концепції, відкинувши панівний у вітчизняній науці підхід (об'єкт – суспільні відносини). При цьому викликає застереження позначення соціальної цінності саме як об'єкта кримінального правопорушення, а не як його складу. Для того, щоб не надавати тексту проєкту надлишкової теоретичності, пропонуємо назву ст. 2.2.1 залишити незмінною, але її текст викласти дещо інакше: «*1. Об'єктом кримінального правопорушення є соціальна цінність, яка потребує охорони засобами кримінального права і така, якій спричинюється шкода, передбачена у статтях 2.5.2–2.5.7 цього Кодексу*».

Вказівка на те, що відповідна соціальна цінність потребує охорони засобами кримінального права покликана порушити питання, чому в Особливій частині вміщено відповідні норми. Розробникам проєкту можуть небезпідставно закидати те, що з виключенням з визначення поняття кримінального правопорушення ознаки суспільної небезпечності фактично зникає потреба обґрунтовувати криміналізацію певної протиправної поведінки, адже відсутня матеріальна ознака кримінального правопорушення. Робоча група в аналізованій версії проєкту намагається не зовсім вдало вирішувати цю проблему шляхом віднесення до ознак кримінального правопорушення «*спричинення ним шкоди, передбаченої цим Кодексом*». Вказівка ж на потребу охорони засобами кримінального права у визначенні поняття об'єкта певним чином зобов'яже законодавця звернути на це увагу при вирішенні питань криміналізації. Крім того, буде забезпечений взаємозв'язок між поняттям об'єкта кримінального правопорушення і шкоди, яка повинна лежати в його площині.

Проблемам урегулювання питань криміналізації сприяло б і більш широке розуміння принципу пропорційності (ст. 1.2.4 проєкту). Про його зміст і значення для потреб криміналізації протиправної поведінки добре

написано у працях С. Шевченко (див., наприклад: Шевченко С.В. Місце принципу пропорційності у системі принципів криміналізації. *Вчені записки Таврійського національного університету імені В.І. Вернадського. Серія: юридичні науки.* 2020. Т. 3. Ч. 3 № 2. С. 74–82; Шевченко С.В. Кримінальна відповідальність за пропаганду в Україні: погляд крізь призму принципу пропорційності. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2020. № 2 (14). С. 260–272). Таке «розширене» розуміння принципу пропорційності створювало б необхідний зв'язок між згаданою у ст. 2.2.1 «потребою охорони об'єкта», принципами кримінального права і пропонувало б відповідь на питання, чому певне протиправне посягання варто криміналізувати.

3. У вітчизняному кримінальному праві небезпідставно стверджується, що об'єктом кримінального правопорушення («загальний об'єкт») є не будь-які чи загалом всі суспільні відносини / соціальні цінності / блага тощо, а лише охоронювані («поставлені під охорону») кримінальним законом. Буквальне ж прочитання ч. 1 ст. 2.2.1 наштовхує на думку про те, що «загальним об'єктом» за проєктом вважаються всі мислимі соціальні цінності. Очевидно, що так не має бути. Та й у самому проєкті шляхом закріплення принципу пропорційності передбачено застосування кримінально-правових засобів як ultima ratio (ч. 1 ст. 1.2.4).

Спроба обмежити соціальні цінності лише тими, яким спричиняється передбачена статтями 2.5.2–2.5.7 шкода, навряд чи може вважатися вдалою, адже ці статті класифікують шкоду в такий спосіб, що вона може бути будь-якою. На перший погляд, в цих статтях вичерпно називаються види шкоди і соціальні цінності, яким вона заподіюється. Однак, по-перше, у ст. 2.5.2 неістотну шкоду описано як іншу шкоду соціальним цінностям, якщо вона не визначена у цьому Кодексі як істотна, тобто перелік таких соціальних цінностей буквально нічим не обмежений. По-друге, видами неістотної, істотної, значної та тяжкої шкоди є майнова шкода, яка, звичайно, може бути заподіяна в разі вчинення посягань на різні об'єкти.

4. У запропонованому визначенні об'єкта кримінального правопорушення йдеться лише про фактичне заподіяння шкоди соціальним цінностям. Проте чи має місце об'єкт у випадках, коли лише створюється загроза/небезпека спричинення шкоди соціальним цінностям? З одного боку, реальна небезпека спричинення значної, тяжкої, особливо тяжкої чи винятково тяжкої шкоди вже названа видом істотної шкоди (п. 20 ч. 1 ст. 2.5.3). Проте, з іншого, необхідність відображення ознаки створення загрози/ небезпеки спричинення шкоди може бути обумовлена тим, що

видом злочину у ст. 2.6.1 називається незакінчений злочин, при вчиненні якого або заподіюється менша шкода, або лише створюється загроза її заподіяння.

5. У тексті проєкту обрана його розробниками концепція «об'єкт – соціальна цінність» витримується не завжди. Так, п. 1 ч. 1 ст. 2.9.8 «Спричинення шкоди за згодою особи» зазначається: «*Правомірним є спричинення шкоди за згодою особи, якщо: 1) шкода заподіюється правам чи інтересам, якими ця особа повноважна розпоряджатися…*». Виходить, що у цьому разі йдеться вже про *права чи інтереси*, які становлять собою серцевину альтернативної концепції об'єкта кримінального правопорушення.

Крім того, шкода, ступені якої визначені залежно від сфери її заподіяння у статтях 2.5.2–2.5.7, також повинна перебувати у площині «*соціальних цінностей*». Аналіз цих статей проєкту і назв розділів Книг його Особливої частини підтвердив, що сфери, в яких можливе заподіяння різного виду шкоди, та «родові об'єкти» кримінальних правопорушень (якщо тепер доктрина залишиться на цій класифікації), збігаються. Постає, щоправда, питання, чи всі ці сфери належать до соціальних цінностей в їх загальному розумінні.

Стаття 2.2.2. Потерпіла особа

1. Відповідні визначення повинні відрізнятися за істотними ознаками, які б характеризували правову природу того чи іншого поняття. Якщо ми розглядаємо потерпілу особу як ознаку складу кримінального правопорушення, то її характеристика має бути відображена у визначенні. Передусім, незважаючи на наявність ч. 2 ст. 2.2.1, де обов'язковість передбачення потерпілого і предмета вказана, зазначення про це у статтях 2.2.2 і 2.2.3 не було б зайвим. Тим більше, що стосовно суб'єктивної сторони потреба передбачення «факультативних» ознак визначена двічі – й у ч. 1 ст. 2.4.1, й у ст. 2.4.10. Таким чином, жодних перешкод для подібного дублювання вказаної ознаки у визначенні поняття потерпілої особи (як і предмета – у ст. 2.2.3) у ст. 2.2.2 немає.

Крім того, і у потерпілого, і в предмета, і у факультативних ознак об'єктивної (як і щодо спеціального суб'єкта чи факультативних ознак суб'єктивної сторони) сторони складу кримінального правопорушення є ще одна властивість, яка передає їх кримінально-правову природу: із наявністю цієї ознаки пов'язана наявність складу певного кримінального правопорушення. Тобто ці ознаки виконують у матеріальному

кримінальному праві або функцію криміноутворювальної ознаки, або ознаки, завдяки якій відбувається диференціація кримінальної відповідальності. Однак питання, чи варто вказувати цю властивість у статтях 2.2.2, 2.2.3, 2.2.6–2.2.11, потребує окремого фахового обговорення.

3. При визначенні потерпілого чи не найгостріші дискусії точаться з приводу його суб'єктного складу, внаслідок чого сформувались різні підходи – від найвужчого (лише фізична особа) до найширшого (включає також і юридичних осіб, державу, інші соціальні утворення). Робоча група обрала проміжний підхід, зіставний за колом осіб з його кримінально-процесуальним аналогом. Змістовно цей підхід заперечень не викликає. Водночас слід переконатись у тому, що Особлива частина проєкту не містить складів кримінальних правопорушень, потерпілими від яких є держава чи інший соціальний суб'єкт. Наприклад, у ст. 11.1.2 «Злочин геноциду» вказується на особу, яка переслідує мету знищити повністю або частково *національну, етнічну, расову чи релігійну групу як таку*, а не окремого її представника. Чи немає у цьому разі суперечності?

4. Проєктом надається визначення поняттю «потерпіла особа», при цьому в тексті нерідко зустрічається його вужчий аналог, що, вочевидь, позначає різновид потерпілої особи – «потерпіла людина» (статті 2.3.5, 3.4.3 та ін.). Напевно, було б правильно вказати у ст. 2.2.2 на цей аналог, зазначивши, що «*Потерпілою особою є фізична особа (потерпіла людина) чи…*».

Стаття 2.2.3. Предмет кримінального правопорушення

1. Пропоноване у цій статті визначення істотно звужує перелік об'єктів, що можуть визнаватися предметом кримінального правопорушення, завдяки формулюванню такої його ознаки, як наявність інтелектуальної, майнової чи іншої цінності. Складається враження, що у проєкті втілено обстоюваний окремими дослідниками підхід, за яким «антиблага», які не мають (можуть не мати) цінності, не визнаються предметом кримінального правопорушення. З огляду на широке формулювання знарядь (засобів) учинення кримінального правопорушення (ст. 2.2.8 проєкту), до них, вочевидь, будуть зараховуватись наркотичні засоби та інші психоактивні речовини, зброя і боєприпаси, підроблені предмети (документи, гроші тощо) – у разі вчинення діянь щодо їх незаконного обігу (заволодіння, зберігання, переміщення, збут тощо), інформацію, що містить заклики, і матеріали із закликами тощо. Наразі вказані об'єкти в більшості джерел визнаються предметами

кримінального правопорушення. Зазначене підтримується і в судовій практиці. Звичайно, те, що ці об'єкти змінюють «місце прописки» в системі елементів та ознак складу кримінального правопорушення, не є надто критичним, позаяк їх установлення в кожному відповідному кримінальному провадженні залишиться обов'язковим. Водночас не зовсім зрозуміло, чим викликана така потреба в різкій зміні місцезнаходження зазначених об'єктів у системі ознак складу кримінального правопорушення. Крім того, запропоновані у проєкті визначення предмету і знарядь (засобів) вчинення кримінального правопорушення ускладнюють розмежування одних від інших.

Ще й таке. Матеріальні «антиблага» навряд чи правильно розглядати поза об'єктом кримінального правопорушення. Розділення матеріальних об'єктів, щодо яких учиняється кримінальне правопорушення, залежно від того мають вони знак «+» чи «–» в їх ціннісному вимірі, видається штучним. За такого підходу виходить, наприклад, що склад контрабанди (ст. 6.4.4) міститиме ознаку предмета («товари у значному розмірі»), позаяк ідеться переважно про цінні об'єкти, а поводження з підробленими грошима (ст. 6.3.6 і п. 7 ст. 6.3.4) міститиме ознаку знаряддя (засобу) вчинення кримінального правопорушення (підроблені гроші). При цьому, однак, в обох випадках маємо справу з одним і тим же діянням (переміщення чогось через митний кордон) і посяганням на однорідні об'єкти (правопорушення проти економіки). Можна наводити й інші подібні приклади.

Відтак пропонуємо розробникам проєкту ще раз осмислити проблему співвідношення предметів та знарядь (засобів) вчинення кримінального правопорушення, урахувавши з-поміж іншого визнану та широко цитовану в цьому аспекті монографічну працю, належну перу А. Музики та Є. Лащука (Предмет злочину: теоретичні основи пізнання. К., 2011), а також кандидатську дисертацію А. Алієвої «Предмет кримінального правопорушення: поняття, види та значення» (Харків, 2021).

2. Не менш дискусійним є пропоноване у ст. 2.2.3 визнання предметом кримінального правопорушення «нематеріального об'єкта». Під останнім може розумітися не будь-що, зокрема соціальні цінності (безпека, порядок, моральність тощо), які за підходом, втіленим у проєкті, є об'єктами кримінального правопорушення. Те, що предметом кримінального правопорушення може бути певна річ як матеріальний об'єкт, жодних заперечень не викликає. Так само матеріальним об'єктом прийнято вважати й енергію, щодо якої, хоч і в трансформованому вигляді, можна говорити про

сприйняття її органами чуття чи вимірювання за допомогою спеціальних технічних засобів. У зв'язку з цим нагадаємо слушну думку В. Ковальського: «…неможливо визнавати предметом злочину все те, що не є матерією (зокрема безпеку, порядок, існуючий стан охоронюваних цінностей). Видається, що такі нематеріальні феномени можуть відігравати роль не предмета злочину, а складової об'єкта…» (див.: Українське кримінальне право. Загальна частина: підручник / за ред. В.О. Навроцького. К., 2013). «…віднесення до предметів кримінального правопорушення об'єктів «нематеріального» світу не узгоджується із загальновизнаними положеннями стосовно сутності категорій «ідеальне» та «матеріальне». Якщо «ідеальне» використовується для позначення особливої, нематеріальної природи тих образів дійсності, що виникають у людській свідомості, то «матеріальне» являє собою визначеність об'єктів, процесів людської діяльності, що виражає насамперед їх причетність до матерії, тобто незалежне від волі й свідомості людей існування» (М. Карчевський, 2021).

Стаття 2.2.4. Об'єктивна сторона кримінального правопорушення

1. На відміну від об'єкта і суб'єкта кримінального правопорушення, визначення об'єктивної сторони у проєкті не пропонується, що при бажанні може розцінюватись як прояв непослідовності його розробників. Мабуть, варто спробувати надати «класичне» родово-видове визначення поняття об'єктивної сторони, як це зроблено щодо об'єкта та суб'єкта кримінального правопорушення (статті 2.2.1 і 2.3.1). Варіант: відмовитися від такого визначення і лише перерахувати ознаки так, як це зроблено у ст. 2.4.1 стосовно суб'єктивної сторони (наприклад, «*Ознаками об'єктивної сторони кримінального правопорушення є* …» чи «*Об'єктивну сторону кримінального правопорушення становить діяння*…»).

Стаття 2.2.5. Діяння

1. Передусім впадає в око те, що, на відміну від усіх інших об'єктивних ознак складу кримінального правопорушення, розробники проєкту відмовились від надання визначення діянню – основній ознаці об'єктивної сторони, обмежившись констатацією того, що з об'єктивної сторони кримінальне правопорушення вчиняється шляхом діяння – дії чи бездіяльності. Натомість інші та, як видається, складніші з погляду належного дефінування ознаки (наприклад, знаряддя/засоби) отримують визначення. Якщо вже був обраний цей «невдячний» і завідомо ризиковий

шлях (нагадаємо, що, оцінюючи одну з первісних версій проєкту, співавтори цього висновку О. Дудоров та Є. Письменський писали про схильність робочої групи до не завжди виправданого законодавчого дефінування наразі теоретичних понять, не кажучи вже про існування різних («рівноправних») варіантів певних дефініцій), то тоді варто бути послідовним і визначити діяння, наприклад, як усвідомлений, вольовий та протиправний акт поведінки людини. Тим більше, що за змістом ч. 3 ст. 2.2.5, згідно з якою дія або бездіяльність відсутні у випадках непереборної сили, рефлекторної чи іншої неконтрольованої особою її поведінки, саме таке розуміння діяння закладається у проєкті.

2. У будь-якому випадку, навіть за відсутності такого визначення, зі змісту ст. 2.2.5 випливає, що під діянням у цьому разі слід розуміти саме відповідну ознаку об'єктивної сторони кримінального правопорушення. Загальновідомо, що всі діяння є актом поведінки людини, але не кожний акт поведінки є діянням (зокрема, акт поведінки неосудної особи чи рефлекторна поведінка). Саме через це у наведеній вище ч. 3 аналізованої статті йдеться про рефлекторну чи іншу неконтрольовану особою поведінку (а не діяння). При цьому у тексті проєкту слово «діяння» використовується також і для позначення інших актів поведінки особи, які не є усвідомленими та вольовими. Наприклад:

підставою застосування засобів безпеки, зокрема примусової психіатричної допомоги до неосудної особи, є вчинення *діяння,* передбаченого цим Кодексом (статті 3.6.2, 3.6.6);

«кримінально-правові засоби є крайніми засобами реагування держави на протиправні *діяння»* (ч. 1 ст. 1.2.4) і «цей Кодекс передбачає гуманне обмеження прав і свобод особи, яка вчинила протиправне *діяння»* (ч. 1 ст. 1.2.6). Водночас у проєкті передбачено обмеження прав і свобод і засоби реагування на акти поведінки, що не є діянням за змістом ст. 2.2.5;

положення про дію КК у часі та просторі (розділ 1.3.) також мають стосуватися не лише діяння в його вузькому розумінні, а й неусвідомлених/невольових актів поведінки, передбачених Кодексом, зокрема в частині зворотної дії закону.

З огляду на сказане, варто розглянути можливість визначення поняття діяння у двох значеннях: 1) як ознаки складу кримінального правопорушення (вузьке розуміння), 2) як акту поведінки людини, зокрема вчиненого за відсутності усвідомлення та (або) контролю з боку її волі (широке розуміння). Ще один варіант (навряд чи вдалий через його громіздкість): в

усіх випадках, коли в КК мова йде про акти поведінки людини безвідносно до наявності їх усвідомлення та волимості, послуговуватись терміном «*акт поведінки людини, передбачений цим Кодексом*».

3. У ч. 2 ст. 2.2.5 пропонується законодавчо закріпити визнані доктриною та перевірені практикою «умови кримінальної відповідальності за бездіяльність» (інакше кажучи, ознаки бездіяльності). Видається, однак, що вказівка у цьому разі на поважність причин невчинення необхідної дії є зайвою. Адже така умова (ознака), як наявність можливості діяти, вже містить у собі необхідний обсяг об'єктивних і суб'єктивних можливостей особи виконати свій юридичний обов'язок. Відсутність можливості якраз і є поважною причиною невчинення необхідної дії. До того ж термін «поважні причини» навряд чи може оцінюватися позитивно з точки зору юридичної визначеності, задекларованої розробниками проєкту (ст. 1.2.2).

Певні міркування викликає і формулювання першої умови відповідальності за бездіяльність – «юридичного обов'язку». Загальновідомо, що юридичний обов'язок виникає з норм права і є мірою необхідної поведінки людини. У зв'язку з цим постає питання, як, наприклад, оцінити зміст ст. 4.3.4 проєкту «Залишення у небезпеці» у частині того, що «*Особа, яка завідомо залишила без допомоги іншу людину* (вчинила бездіяльність), *життю якої загрожувала реальна небезпека…, якщо особа: …. 2) сама поставила цю людину в небезпечний для її життя стан через свої неумисні дії…*(джерело обов'язку)»? Як бачимо, обов'язок у відповідної особи виникає не в результаті дії юридичних норм (відтак про «юридичний обов'язок» не йдеться), а внаслідок її власної попередньої поведінки.

Якщо спробувати аргументувати позицію тим, що сам КК покладає на людину обов'язок діяти активно – надати допомогу, то це суперечитиме: 1) ст. 1.1.2 проєкту, яка, визначаючи призначення КК, серед видів такого призначення «покладення обов'язку» не містить; 2) обстоюваному робочою групою підходу до розгляду Кримінального кодексу як інструменту, що забезпечує реакцію держави на порушення норм, врегульованих іншими галузями права (див.: ст. 2.1.2 «Протиправність діяння»). Відтак чи не доцільно у п. 1 ч. 2 ст. 2.2.5 вказати просто на «*обов'язок*»?

4. У ч. 3 аналізованої статті відображено загальновизнане положення про обставини, які виключають волимість діяння, серед яких розробники проєкту виділяють непереборну силу, рефлекторну поведінку та іншу неконтрольовану особою поведінку, залишаючи перелік таких обставин відкритим. Будучи доктринальним, це положення легко накладається на

конкретні життєві ситуації, зберігає гнучкість. Однак, коли це положення стає приписом закону, воно набуває рис непохитності, не допускає відхилень, тим паче «на шкоду» обвинуваченому. У зв'язку з цим існує ризик того, що ч. 3 ст. 2.2.5 здатна зробити проблематичною кримінальну відповідальність тих осіб, які вчинили діяння за відсутності контролю з боку їх волі при тому, що цей контроль був утрачений з їх вини.

Так, одним із класичних видів (кримінальної протиправної) недбалості вважається ситуація, коли «особа не контролює власну поведінку і тому, природно, не думає про наслідки» (див.: Українське кримінальне право. Загальна частина: підручник / за ред. В.О. Навроцького. К., 2013), «саме діяння суб'єкта позбавлене свідомого вольового контролю, але цей контроль втрачено з його вини» (див.: Кримінальне право України: Загальна частина / за ред. В.Я. Тація, В.І. Тютюгіна, В.І. Борисова. Харків, 2020). Наприклад, водій через стан сп'яніння заснув за кермом і виїхав на зустрічну смугу руху. Стан сп'яніння, як відомо з практики ККС ВС, не може бути діянням у цих випадках, натомість таким є виїзд на зустрічну смугу, що здійснюється неконтрольовано. З урахуванням сказаного, можливо, варто подумати над доповненням ч. 3 ст. 2.2.5 положенням (другим реченням) про те, що, якщо контроль втрачено з вини особи, то вона може підлягати відповідальності за необережне заподіяння шкоди.

6. Не можемо не звернути увагу і на те, що ч. 3 ст. 2.2.5 викладено складно з редакційного погляду. Стосовно рефлекторної чи іншої неконтрольованої поведінки особи зв'язок із відсутністю невизначених у ст. 2.2.5 властивостей діяння зрозумілий, проте щодо «*випадків непереборної сили*» – навряд чи. Зазначити, що «*дія або бездіяльність відсутня у випадках непереборної сили*», мабуть, замало для правильного розуміння цього положення. Адже не виключені ситуації, коли навіть у такому випадку (непереборна сила) особа може вчиняти поведінку цілком під контролем свідомості і волі. Тому перше речення у ч. 3 ст. 2.2.5 пропонується викласти у такій редакції: «*Дія або бездіяльність відсутня, якщо вона вчинена внаслідок непереборної сили або є рефлекторною чи іншою неконтрольованою поведінкою особи*».

Стаття 2.2.6. Наслідок діяння

1. Виходячи із запропонованого у цій статті визначення випливає, що для того, щоб бути наслідком, він має відповідати двом ознакам у сукупності: 1) полягати у шкоді, визначеній в статті Особливої частини Кодексу;

2) перебувати у причинному зв’язку з діянням. Як можна припустити, ознака визначеності шкоди в статті Особливої частини запроваджена для того, щоб не перетворити всі склади кримінальних правопорушень, передбачені Особливою частиною, на матеріальні, оскільки у такому випадку взагалі відпадає необхідність у виділенні наслідку як ознаки (без цієї риси він повністю збігатиметься з об’єктом кримінального правопорушення). Однак вказана ознака сформульована таким чином, що не дозволяє повністю уникнути такого висновку.

Якщо об’єктом є шкода, передбачена статтями 2.5.2–2.5.7, то це означає, що немає такого кримінального правопорушення, яке б не заподіювало хоча б один із перерахованих у цих статтях видів шкоди. Далі, об’єкт як ознака характеризує будь-яке кримінальне правопорушення і випливає зі змісту відповідних статей Особливої частини Кодексу – іноді вказується безпосередньо, а в більшості випадків – інтерпретується, виходячи зі змісту приписів відповідної статті. Так чи інакше, але виходить, що він передбачається статтями Особливої частини КК. Отже, прирівнявши об’єкт до конкретних, вичерпно перерахованих видів шкоди, та враховуючи, що конкретні об’єкти передбачені в статтях Особливої частини Кодексу, маємо логічний умовивід: кожна така стаття передбачає шкоду, визначену статтями 2.5.2–2.5.7, а отже, кожна стаття містить наслідки, і всі склади де-факто можуть визнаватися матеріальними. Як видається, такі логічні умовиводи можна зробити невалідними шляхом конкретизації ознаки визначеності (наслідком є не будь-яка шкода, а тільки та, яка спеціально розглядається в статті як наслідок). Імовірно, саме це розробники проєкту і мали на увазі. Однак у зв’язку з особливостями дефінування об’єкта кримінального правопорушення для уникнення різночитань пропоноване в проєкті визначення поняття наслідку діяння варто удосконалити (хоч досконалість і не має меж).

Крім того, вказівка на визначеність шкоди тільки в статтях Особливої частини не узгоджується з тим, що два види наслідки, а саме значна майнова шкода та тяжка майнова шкода у разі заподіяння злочином істотної майнової шкоди передбачені тільки в Загальній частині (ст. 2.5.11 «Майнова шкода як ознака складу злочину, яка підвищує ступінь тяжкості злочину»).

2. Щодо іншої риси наслідку діяння – перебування його в причиновому зв’язку з діянням, то викликає сумнів створення залежності наслідку як самостійної ознаки від іншої. Відбувається змішування (переплітання) ознак об’єктивної сторони між собою. Як можна припустити, це пов’язано з тим,

що замість «суспільно небезпечного наслідку» у проєкті використано формулювання «наслідок діяння». Звичайно, що за такого формулювання не кожен наслідок може бути таким, а лише той, який був спричинений діянням. За цього підходу у разі відсутності діяння, наприклад, якщо мала місце рефлекторна поведінка особи, і іншій особі було заподіяно смерть, буде відсутнє не тільки діяння, а й наслідок, хоч об'єктивно як такий він настав (якби наслідок розглядався як самостійна ознака). У цьому випадку ми б мали констатувати відсутність діяння, а потреба у встановленні причинового зв'язку відпала б сама собою, бо його не можна встановлювати між тим, що не є діянням, і наслідком.

Інший приклад: встановлено діяння особи (наприклад, постріл у напрямку людини) і настання її смерті, але незрозуміло, спричинена смерть діянням стрілка або неналежним виконанням обов'язків медичним працівником. У такому разі смерть потерпілого не можна назвати наслідком, допоки не буде встановлено причиновий зв'язок, оскільки перший наявний тільки тоді, коли він перебуває у причиновому зв'язку з діянням (іншими словами, спершу констатація причинового зв'язку, а потім – наслідку). З іншого боку, для того, щоб встановити причиновий зв'язок, спочатку потрібно штучно ізолювати діяння і наслідок, визначити, чи передувало діяння наслідку, і чи було воно необхідною і достатньою умовою його настання (тобто спочатку констатація наслідку, а потім – причинового зв'язку).

3. Щодо наведеного у ч. 2 ст. 2.2.6 визначення поняття причинового зв'язку, то автори цього висновку солідарні з А. Музикою і С. Багіровим у тому, що пропонована у проєкті дефініція здатна генерувати кримінально-правові ризики у вигляді необґрунтованого уникнення кримінальної відповідальності обвинуваченими і навряд чи допоможе у практичній площині (див.: Музика А.А., Багіров С.Р. Чи необхідна законодавча дефініція поняття причинного зв'язку? Науково-популярні застереження. *Кримінальне право України перед викликами сучасності і майбуття: яким воно є і яким йому бути*: матеріали міжнар. наук. конференції, м. Харків, 21-22 жовт. 2022 р. / редкол.: В.Я. Таційй, Ю.А. Пономаренко, Ю.В. Баулін та ін. Харків, 2022. С. 230–234).

Стаття 2.2.7. Спосіб вчинення кримінального правопорушення

Це зауваження є спільним для статей 2.2.7–2.2.11 проєкту, стосуючись способу відображення факультативності відповідних ознак з точки зору

загального поняття складу кримінального правопорушення. Спосіб, знаряддя (засіб), місце, час та обстановка вчинення кримінального правопорушення за змістом згаданих статей є ознаками складу, якщо вони «*визначені цим Кодексом*». На відміну від наслідку, окремі види якого визначаються і в Загальній частині, відповідні ознаки згадуються (а *не визначаються*) лише в статтях Особливої частини. Тому більш вдалою була б вказівка на те, що ці ознаки встановлені (варіант: передбачені) в статтях Особливої частини Кодексу.

Стаття 2.2.8. Знаряддя (засіб) вчинення кримінального правопорушення

1. Запропоноване визначення знарядь (засобів) вчинення кримінального правопорушення, як вже зазначалось, не сприяє відмежуванню цієї ознаки від предмета кримінального правопорушення (ст. 2.2.3), зокрема у зв'язку зі звуженням предмета лише до речей, які мають цінність.

2. Застереження викликає своєрідне «об'єднання» цих різних за своєю природою ознак об'єктивної сторони у фактично одне поняття. Справа в тому, що використання дужок у визначенні як форма законодавчого викладу матеріалу означає, що терміни, як зазначені до дужок, так і в дужках, є або синонімами, або термін у дужках конкретизує попередній. У випадку зі ст. 2.2.8 це очевидно не так. Сам зміст ст. 2.2.8. дає можливість провести відмінність між знаряддям і засобом вчинення кримінального правопорушення. Крім того, у тексті проєкту ці поняття наводяться у різній формі: або як самостійні – п. 1 ч. 2 ст. 3.8.1 «Конфіскація майна», або у дужках – п. 1 ч. 3 ст. 3.8.3 «Вилучення речі». Чинний КПК також не сприймає ці поняття як синоніми і зазначає їх окремо. Ба більше: ст. 98 КПК, наприклад, зазначає, що «речовини доказами є матеріальні об'єкти, які були знаряддям вчинення кримінального правопорушення, зберегли на собі його сліди…», нічого не згадуючи про засоби. Так само лише про знаряддя кримінального правопорушення згадано у ст. 234 КПК як про мету обшуку. Тому доцільно «роз'єднати» ці поняття у ст. 2.2.8, виклавши її, наприклад, у такій редакції: «*Стаття 2.2.8. Знаряддя та засоби вчинення кримінального правопорушення. 1. Знаряддям вчинення кримінального правопорушення є визначені цим Кодексом річ, інформація або енергія, які використовуються суб'єктом для впливу на об'єкт, потерпілу особу чи предмет кримінального правопорушення. 2. Засобом вчинення кримінального правопорушення є*

визначені цим Кодексом річ, інформація або енергія, які використовуються суб'єктом для полегшення його вчинення».

До слова у кандидатській дисертації М. Тельпіса «Кримінально-правова характеристика знарядь та засобів вчинення злочину» (Харків, 2019) наголошується на тому, що знаряддя і засоби вчинення злочину слід розмежовувати за такими критеріями: а) властивості, які використовуються для досягнення злочинного результату; б) характер використання; в) контрольованість свідомістю і волею суб'єкта. Критичне опрацювання наведених у цій науковій кваліфікаційній роботі визначень понять знарядь і засобів вчинення злочинів, як видається, дозволило б поліпшити якість проєкту.

Стаття 2.2.9. Місце вчинення кримінального правопорушення

1. Обов'язковою ознакою місця вчинення кримінального правопорушення визнається те, що суб'єкт під час учинення діяння перебуває на цій території. Включення цієї ознаки в аналізоване поняття видається зайвим, адже вона здатна обмежити визнання місцем таких просторових об'єктів, на яких було вчинено діяння без фізичного перебування суб'єкта. Наприклад, порушити правила убезпечення довкілля чи забруднити його на території чи об'єктах природно-заповідного фонду (статті 5.3.4–5.3.9 і п. 3 ст.5.3.3) можна й не перебуваючи на самих цих територіях (об'єктах).

2. При визначенні поняття місця вчинення кримінального правопорушення використовується прийом перерахування конкретних місць, де може бути вчинене правопорушення (житло чи інше приміщення, лінія Державного кордону або митного кордону, межа або територія, зокрема рухома). На перший погляд, робоча група використала всі об'єкти, які можуть мати місце у структурі складу кримінального правопорушення саме як місце його вчинення. Однак будь-який перелік містить небезпеку неврахування розвитку законодавства і можливості розширення обсягу визначеного у ньому поняття, певної зміни розуміння змісту явища. Так, наразі актуалізується розуміння кіберпростору як місця вчинення кримінального правопорушення, і пропонований у ст. 2.2.9 підхід може бути оцінений як такий, що не бере до уваги реалії сьогодення. Наприклад, для вчинення кримінальних правопорушень проти права інтелектуальної власності часто використовується механізм продажу товарів «дропшипінг», суть якого полягає в тому, що у мережі Інтернет злочин розпочато

(рекламування, пропонування до продажу товару, отримання коштів на банківську картку) і завершено (продаж, відправка товару клієнту).

Крім того, використання прийменника «…*на* яких…» обмежує визнання місцем вчинення кримінального правопорушення об'єктів, «…*в* яких…» може перебувати особа. Тому, доцільніше використати у визначенні родове поняття, яке б позначало всі ці місця і водночас залишало поле для розвитку. Використання Академічного тлумачного словника української мови дає можливість запропонувати як таке родове поняття «простір», а тому ч. 1 ст. 2.2.9 пропонується викласти лаконічніше: «*Місцем вчинення кримінального правопорушення є визначений цим Кодексом простір, під час перебування в/на якому суб'єкт вчиняє передбачені цим Кодексом діяння*».

Як варіант можна критично опрацювати і таке визначення: місце вчинення злочину – це передбачена диспозицією кримінально-правової норми ознака об'єктивної сторони складу злочину, яка характеризує певну територію (зокрема, рухому територію), де суб'єкт під час перебування на ній вчинив передбачену кримінальним законом дію або бездіяльність (кандидатська дисертація Т. Родіонової «Місце вчинення злочину за кримінальним правом України» (Одеса, 2018)).

3. Водночас варто додатково замислитися над тим, чи слід при визначенні місця вчинення кримінального правопорушення обмежуватися тим, що на ньому (у ньому) має бути вчинено саме діяння. А як бути якщо діяння було вчинено на території, що не є ознакою складу кримінального правопорушення, а наслідок спричинено на такій території? Як приклад можна навести вже згадане вище забруднення довкілля на території природно-заповідного фонду. Уявимо таке: відповідальні особи на хімічному виробництві порушили правила безпеки, внаслідок чого стався викид шкідливих речовин, які через певний час у складі атмосферних опадів забруднили територію природно-заповідного фонду. Якщо місце вчинення «прив'язати» лише до діяння, то в такому разі винним особам не можна буде поставити в вину передбачену п. 3 ст. 5.3.3 ознаку, що підвищує ступінь тяжкості злочину.

Стаття 2.2.11. Обстановка вчинення кримінального правопорушення

Якщо сприйняти нашу пропозицію, викладену щодо родового поняття місця вчинення кримінального правопорушення, та позицію робочої групи стосовно розуміння обстановки вчинення, то можна запропонувати таке

уточнення: замість терміну «*територіально-часові умови*» використати термін «*просторово-часові умови*».

В юридичній літературі (див.: Маслова О.О. Кримінально-правова характеристика обстановки вчинення злочину: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2019) обстановку вчинення злочину пропонується визначати як обмежену *просторово-часовими рамками* вчиненого злочину взаємодію людини, матеріальних предметів, природно-кліматичних та інших факторів, що впливають на ступінь суспільної небезпечності вчиненого діяння. Це, до речі, і до питання про «плюралізм» наявних у теорії кримінального права численних визначень, які у проєкті набувають (чи виправдано?) статусу нормативних. Вказівка у ст. 2.2.11 проєкту на *визначеність цим Кодексом* також при бажанні може бути піддана критиці, адже «правова форма закріплення обстановки вчинення злочину в нормі кримінального закону може бути двоякою: безпосередньо вказана в нормі кримінального закону, або не вказана, але однозначно витікає з її змісту» (О. Маслова).

РОЗДІЛ 2.3.
СУБ'ЄКТ

Стаття 2.3.1. Поняття та види суб'єкта кримінального правопорушення

1. У визначенні суб'єкта йдеться лише про осудних осіб. Серед ознак суб'єкта немає вказівки на те, що він може бути й обмежено осудною особою. При цьому відповідно до ч. 2 ст. 2.3.4 обмежено осудна особа є суб'єктом кримінального правопорушення.

2. У ч. 2 подано визначення спеціального суб'єкта через додаткові ознаки, які приєднуються до ознак загального суб'єкта. Загалом погоджуючись із таким підходом, водночас зазначимо, що:

а) розробники проєкту обмежуються вказівкою на додаткові ознаки, які *визначаються Особливою частиною* КК. Однак у нормах Загальної частини проєкту також є відповідні приписи, подається навіть визначення окремих спеціальних суб'єктів (наприклад, пункти 50, 51, 56 ч. 2 ст. 1.4.1).

Крім того, небезпідставною видається висловлена в юридичній літературі (наприклад, Д. Горбачов, 2014) думка про існування спеціальних суб'єктів кримінального правопорушення із нормативно невизначеними ознаками. Наприклад, попри те, що статтях 6.3.12–6.3.14 проєкту ознаки спеціального суб'єкта не визначено, ніхто, мабуть, не сумнівається у тому,

що суб'єкт таких злочинів, як ухилення від сплати податку, збору або єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, ухилення від погашення податкового боргу і несплата податку, збору чи єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, що з необережності спричинило тяжку майнову шкоду, є спеціальним;

б) із визначення спеціального суб'єкта не випливає, що додаткова ознака має бути притаманною особі на момент вчинення кримінального правопорушення, хоч така вказівка була б логічною;

в) із проєктованої норми не є очевидним зв'язок додаткової ознаки та можливості поставлення особі у вину вчинення кримінального правопорушення, яке може бути вчинено лише спеціальним суб'єктом.

3. У ч. 3 визначається «зв'язок» особи та кримінального правопорушення, який дає можливість визначити цю особу як суб'єкта:

п. 1 – безпосереднє вчинення. При цьому у ч. 1 ст. 2.9.4 йдеться про використання захисного засобу, що вражає автономно, тобто «*без участі особи, яка використала такий засіб*». З огляду на цей припис, доцільно було б уточнити й п. 1 ч. 2 ст.2.3 – *безпосередньо (зокрема, з використанням захисного засобу, що вражає автономно);*

п. 3 – *з використанням особи, яка не підлягає кримінальній відповідальності*. Таке формулювання не охоплює випадки, коли суб'єкт вчиняє діяння спільно з особою, яка не підлягає кримінальній відповідальності, але суб'єкт про це не знає/сумлінно помиляється у віці/осудності свого спільника (див. також цей висновок у частині зауважень до розділу 2.7).

У рецензії на Загальну частину однієї з первісних редакцій проєкту (О. Дудоров, Є. Письменський, 2020) пропонувалось розглянути можливість охоплення поняттям «опосередкованого» виконавця і того, хто вчиняє кримінальне правопорушення шляхом використання особи, яка діє через необережність. Рекомендувалось звернутись у цьому разі до доробку І. Копйової (2018): «Суб'єктом злочину визнається особа, яка вчинила злочин одноособово, у співучасті з іншими суб'єктами злочину, безпосередньо чи шляхом використання інших осіб, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне *або вчинили злочин через необережність*». Про те, що це положення має знайти відображення в уточненій ч. 1 чинного ст. 18 КК, пише у своїй докторській дисертації Р. Орловський.

Такий варіант вдосконалення КК зумовлений, серед іншого, потребою давати належну кримінально-правову оцінку поведінці фактичних управлінців суб'єктів господарювання в тих випадках, коли допущені фіктивними керівниками порушення регулятивного законодавства містять ознаки необережного злочину – службової недбалості. Справа в тому, що основною причиною звернення до послуг оспіваного ще І. Ільфом та Є. Петровим «зіц-голови Фунта» є прагнення створити умови для того, щоб так звані фактичні адміністратори (управлінці) змогли уникнути юридичної відповідальності за свою злочинну поведінку. В такій ситуації для досягнення поставленої мети завідомо використовується особа, яка за скоєне на підставі ст. 367 чинного КК кримінальній відповідальності підлягає (хоч і не за умисне кримінальне правопорушення), тобто це не опосередковане вчинення, описане в ч. 2 ст. 27 КК. З іншого боку, фактичні управлінці не можуть притягуватись до відповідальності і за співучасть, оскільки вона можлива тільки в умисних кримінальних правопорушеннях. З'ясована лазівка нерідко дозволяє фактичним керівникам суб'єктів господарювання уникати відповідальності за ініційоване та організоване ними кримінально протиправне порушення приписів чинного законодавства (наприклад, податкового)

4. У ч. 2 ст. 3.11.2 вказано, що уповноважена особа юридичної особи є суб'єктом злочину; у цій нормі подаються також ознаки такої особи. Вочевидь, було б логічним включити у ч. 2 ст. 2.3.1 окремий пункт, присвячений такому специфічному суб'єктом кримінального правопорушення.

Стаття 2.3.2. Осудна особа

1. У дефініціях осудної, неосудної та обмежено осудної особи вжито термін «*протиправність діяння*». При цьому відповідно до ст. 2.1.2 «Протиправність діяння» протиправним є діяння, яке порушує норму приватного або публічного права. З огляду на те, що порушення норми публічного чи приватного права не завжди є кримінальним правопорушенням, згаданий зворот навряд чи може вважатись вдалим у статтях 2.3.2, 2.3.3, 2.3.4, адже в них йдеться лише про протиправні діяння, які визнаються кримінальними правопорушеннями.

Окрім того, чи варто поряд з усвідомленням протиправності діяння зазначати і про усвідомлення фактичних обставин? У кожному випадку вчинення кримінального правопорушення має місце різний набір фактичних

обставин. Це можуть бути, зокрема, обставини, що визначають місце, час, спосіб, особу, яка вчинила кримінальне правопорушення, та потерпілу. Викладене свідчить, що така обставин не одна, а тому виникає питання: якщо особа не усвідомлювала певну обставину (певні обставини), чи можна в такому разі говорити про усвідомлення фактичних обставин? Як бути у випадках, коли частину обставин особа усвідомлювала, а частину – ні?

2. Представлене у проєкті визначення особи як осудної (ч. 1 ст. 2.3.2) не усуває розповсюдженого, але неправильного уявлення про осудність як поняття, тотожне психічному здоров'ю особи. Однак немає прямої залежності між наявністю в особи психічного розладу і можливістю здійснювати свідомо-вольовий контроль за своїми діяннями. На практиці є чимало випадків, коли особа, незважаючи на наявний у неї психічний розлад, могла усвідомлювати свої діяння та керувати ними внаслідок чого визнавалась осудною (Н. Орловська, 2001; В. Бурдін, 2011). Таким чином, осудність як правова оцінка психічного стану особи під час вчинення кримінального правопорушення може мати місце незалежно від наявності/відсутності психічного захворювання. З огляду на це, видається за доцільне уточнити перший абзац ч. 1 ст. 2.3.2 проєкту, виклавши його таким чином: «*Осудною є особа, яка під час вчинення кримінального правопорушення, незалежно від стану психічного здоров'я, могла:*…».

3. Згідно п. 2 ч. 1 до юридичного критерію осудності окремо віднесено здатність передбачати наслідок кримінального правопорушення, якщо він визначений цим Кодексом. На думку В. Бурдіна (2011), такі ознаки, як «усвідомлення діяння» та «передбачення наслідків», які характеризують окремі прояви психічної діяльності людини, є хоч і взаємопов'язаними, проте порівняно самостійними і не можуть бути замінені одна одною під час формулювання кримінально-правового поняття осудності. Однак, на нашу думку, певне психічне ставлення до наслідку діяння належить до розуміння вини, а не осудності, і є підставою для конструювання форм та видів вини, що знаходить відображення у розділі 2.4 проєкту «Суб'єктивна сторона». Зрозуміло, що вина в кримінально-правовому сенсі встановлюється лише щодо суб'єкта кримінального правопорушення, осудність якого є обов'язковою ознакою. Але конструкція ч. 1 ст. 2.3.2 провокує питання: якщо особа не могла передбачити наслідок свого діяння, то її осудність піддається сумніву чи ні? З цього випливає доцільність уточнення ч. 1 ст. 2.3.2 шляхом вилучення п. 2.

4. Згідно з ч. 2 осудність особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, презюмується. Вбачається за доцільне уточнити цю норму вказівкою на те, що така презумпція має місце щодо осіб, які досягли віку, з якого можлива кримінальна відповідальність. Адже логіка осудності передбачає, що ставити питання про неосудність чи обмежену осудність можна ставити лише щодо особи належного віку.

Стаття 2.3.3. Неосудна особа
Стаття 2.3.4. Обмежено осудна особа

1. У проєкті регламентуються поняття неосудності та обмеженої осудності. Вказівка на ознаки медичних критеріїв цих двох різних понять як на «психічний розлад» загалом відповідає МКХ-10, яка містить єдиний розділ V «Розлади психіки і поведінки». Однак інтелектуальні ознаки юридичного критерію мають відмінності:

а) щодо неосудності йдеться про неможливість особи усвідомлювати фактичні обставини *чи* протиправність свого діяння;

б) щодо обмеженої осудності – про неможливість повною мірою усвідомлювати фактичні обставини *та* протиправність свого діяння. До речі, у ст. 2.3.2 «Осудність» у відповідному пункті теж йдеться про «фактичні обставини *та* протиправність…».

При цьому вольові ознаки сформульовані тотожно і передбачають втрату (повну чи часткову) можливості керувати своїм діяння як альтернативу втрати/обмеження інтелектуальних можливостей особи. У зв’язку із цим виникає питання щодо доцільності розбіжностей у формулюванні інтелектуальних ознак юридичного критерію неосудності та обмеженої осудності за тотожності інших ознак.

2. У ч. 3 ст. 2.3.4 визначені правові наслідки визнання особи обмежено осудною: а) пом’якшення покарання за злочин та проступок (п. 8 ч. 1 ст. 3.3.2); б) можливість застосування примусової психіатричної допомоги як засобу безпеки (п. 3 ч. 1 ст. 3.6.6). Варто уточнити ч. 3 ст. 2.3.4 з огляду на можливість одночасного застосування і пом’якшення покарання, і примусової психіатричної допомоги до однієї особи.

Водночас правові наслідки визнання особи неосудною у ст. 2.3.3 не визначаються. Видається, що відповідний припис має бути передбачений у ч. 2 ст. 2.3.3.

Стаття 2.3.5. Особливий психічний стан особи, який не виключає осудності

1. Приписам ст. 2.3.5 передують положення про осудність та обмежену осудність. І є очевидним те, що підстави виникнення особливого психічного стану не мають нічого спільного з ознаками медичного критерію обмеженої осудності. Тому уточнення щодо осудності суб'єкта в такому особливому психічному стані видаються зайвими. Пропонується ст. 2.3.5 назвати таким чином: *«Вчинення кримінального правопорушення в особливому психічному стані».*

2. У ч. 1 ст. 2.3.5 зазначається, що «*особливий психічний стан особи, яка вчиняє кримінальне правопорушення, полягає у зниженні здатності особи повною мірою усвідомлювати: 1) фактичні обставини* та *протиправність свого діяння* або *2) керувати ним*…». Водночас у статтях про осудність, неосудність та обмежену осудність вказувалося не лише на ці дві складові, а й на *«передбачення наслідків свого діяння»,* про які в ст. 2.3.5 не згадується. Змоделюємо, наприклад, ситуацію, коли внаслідок насильства потерпілого винний, хоч й усвідомлює фактичні обставини та протиправність свого діяння, може керувати своїм діянням, але через згадане насильство не усвідомлює наслідки свого діяння. Невже в такому випадку ми не маємо підстав вести мову про «особливий психічний стан особи»? У цьому контексті варто пригадати й те, що у п. 1 ч. 6 ст. 2.9.2 проєкту зазначається, що «*не є перевищенням меж правомірного захисту спричинення будь-якої шкоди у випадках, коли особа через особливий психічний стан, викликаний протиправним посяганням, не могла правильно оцінити відповідність спричиненої нею шкоди тяжкості посягання або обстановці захисту*».

3. У ч. 1 ст. 2.3.5 до підстав виникнення особливого психічного стану особи віднесено протиправну поведінку потерпілої людини та пологи. Однак далі у статті розкриваються лише питання протиправної поведінки потерпілого, а питання пологів залишається поза увагою. При цьому у ч. 3 йдеться про тотожні правові наслідки вчинення злочинів і при протиправній поведінці потерпілого, і при пологах: кримінальна відповідальність настає лише за вчинення вбивства та спричинення тяжкої шкоди здоров'ю (умисні злочини).

Відповідно, можна очікувати, що у нормах розділів 4.1 та 4.2 проєкту будуть висвітлені кримінально-правові аспекти пологів. Однак у п. 2 ст. 4.1.1 йдеться про обумовлений пологами особливий психічний стан, в якому перебувала *мати, яка вчинила вбивство своєї новонародженої дитини*; у п. 3

ст. 4.2.2 – про обумовлений пологами особливий психічний стан, в якому перебувала *мати, яка спричинила тяжку шкоду здоров'ю дитини.* Таким чином, залишається не зрозумілим, про яку дитину йдеться щодо спричинення тяжкої шкоди здоров'ю – новонароджену чи будь-яку іншу; шкода спричиняється матір'ю своїй дитини чи будь-якій іншій? Крім того, регламентація питання пологів входить у суперечність із загальним прагненням розробників проєкту максимально обмежити суддівський угляд. Адже робоча група залишає на цей угляд визначення питання щодо часу виникнення особливого психічного стану, обумовленого пологами, його тривалості тощо. Вказані неточності варто знівелювати шляхом включення у ст. 2.3.5 окремої частини, присвяченої пологам як підставі виникнення особливого психічного стану.

4. У ч. 2 зазначається, що протиправна поведінка потерпілої людини як підстава виникнення особливого психічного стану має бути обумовлена поведінкою потерпілого *щодо суб'єкта або іншої особи*. Зокрема, у п. 1 ч. 2 йдеться про *насильство зі сторони потерпілого*. Тому виникає необхідність розмежування цього особливого психічного стану і правомірного захисту (ст. 2.9.2). З огляду на це і для уникнення неоднозначних тлумачень, доцільно доповнити ч. 2 ст. 2.3.5 уточненням «*за відсутності ознак правомірного захисту*».

У п. 2 ч. 2 йдеться про погрозу зі сторони потерпілої людини. Однак не є зрозумілим, чого має стосуватися така погроза – спричинення шкоди життю та здоров'ю, знищення чи пошкодження майна тощо. Адже у п. 4 знищення чи пошкодження майна суб'єкта/іншої особи визначається як окрема підстава для виникнення особливого психічного стану. Тому у п. 2 доцільно конкретизувати характер погрози і вказати на її реальність. Бо, наприклад, навряд чи можна вважати достатньою підставою виникнення у суб'єкта особливого психічного стану внаслідок погрози, яка об'єктивно не може бути реалізована чи висловлена, наприклад, малолітньою особою.

Ще більшою проблемою відмічена неконкретизованість може стати при оцінці таких підстав виникнення особливого психічного стану особи, як «образа» та «знищення або пошкодження майна» (п. 3 та п. 4 ч. 2 ст. 2.3.5). Наприклад, потерпілий при колегах по роботі назвав винного невдахою. Невже за таких умов особа може безкарно завдавати відповідній особі, скажімо, значну шкоду здоров'ю? Те саме питання можна поставити і щодо незначного пошкодження одягу та інших подібних ситуацій.

Хотілося б зазначити й те, що згадування у ч. 2 ст. 2.3.5 не лише про наявні й у статтях 118 та 123 чинного КК «насильство» та «образу», а й про «знищення чи пошкодження майна», вочевидь, актуалізує питання щодо необхідності додаткової вказівки у цій нормі на виключно *умисний* характер таких дій, які викликали особливий психічний стан.

5. У ч. 2 цієї статті міститься вичерпний і водночас обмежений перелік випадків, що можуть бути підставою для визнання наявності в особи особливого психічного стану. Йдеться лише про насильство, погрози, образу, знищення чи пошкодження майна. Однак як бути з випадками, коли в особи виникає особливий психічний стан з інших причин, наприклад, у зв'язку з вчиненням незаконного заволодіння транспортним засобом, викраденням грошей, які життєво необхідні для лікування, порушенням правил безпеки дорожнього руху, що спричинило смерть потерпілого, тощо? Тому наприклад, батько, на очах якого водій збив його дитину, і який, перебуваючи в особливому психічному стані, вбив водія, повинен відповідати на загальних підставах. Такий стан може бути враховано лише як обставина, що пом'якшує покарання за злочин та проступок (ч. 2 ст. 3.3.2.). У цьому вбачається порушення принципу справедливості. Наприклад, якщо особливий психічний стан особи, який не виключає осудності, виник внаслідок пошкодження майна, суб'єкт несе відповідальність лише за ст. 4.1.5 і 4.2.6, а якщо внаслідок викрадення майна – за будь-якою статтею.

6. Відповідно до ч. 3 особа, яка спричинила шкоду потерпілій людині під впливом особливого психічного стану, підлягає кримінальній відповідальності лише у випадках, передбачених статтями 4.1.5 і 4.2.6 цього Кодексу. Однак серед обставин, які знижують ступінь тяжкості злочинів у розділах 4.1 та 4.2, вчинення злочину в психічному стані, обумовленому протиправною поведінкою потерпілого, не зазначено (на відміну від вчинення злочину у стані, обумовленому пологами – див. про це вище). З огляду на це, відповідні статті розділів 4.1 та 4.2 підлягають доповненню задля усунення показаної прогалини.

7. Попри розміщення відповідної норми у присвяченому суб'єкту розділі 2.3, згадана вище вказівка на те, що «*особа, яка спричинила шкоду потерпілій людині під впливом особливого психічного стану, підлягає кримінальній відповідальності лише у випадках, передбачених статтями 4.1.5 і 4.2.6 цього Кодексу*», свідчить про те, що насправді у проєкті «особливий психічний стан особи» фактично розцінюється як особлива обставина, що виключає протиправність діяння. Тобто якщо у чинному кримінальному законодавстві

сильне душевне хвилювання (аналог передбаченого проєктом особливого психічного стану особи) визнається лише загальною обставиною, що пом'якшує покарання (п. 7 ч. 1 ст. 66 чинного КК), то у проєкті це вже обставина, яка не пом'якшує, а виключає кримінальну відповідальність за вчинення всіх кримінальних правопорушень, крім тих, про які йдеться у статтях 4.1.5 і 4.2.6.

До цього ж висновку схиляють і положення п. 1 ч. 6 ст. 2.9.2 проєкту, в якій зазначається, що «*не є перевищенням меж правомірного захисту спричинення будь-якої шкоди у випадках, коли особа через особливий психічний стан, викликаний протиправним посяганням*…».

Видається, що наведені положення проєкту не повністю узгоджуються між собою, адже якщо у ч. 3 ст. 2.3.5 все ж допускається настання кримінальної відповідальності особи, яка спричинила шкоду потерпілій людині під впливом особливого психічного стану, у випадках, передбачених статтями 4.1.5 і 4.2.6, то у п. 1 ч. 6 ст. 2.9.2 зазначається, що не є перевищенням меж правомірного захисту спричинення *будь-якої шкоди* (зокрема, і тієї, про яку йдеться у статтях 4.1.5 і 4.2.6) у випадках, коли особа через особливий психічний стан, викликаний протиправним посяганням, не могла правильно оцінити відповідність спричиненої нею шкоди тяжкості посягання або обстановці захисту.

Але чи є виправданим розглядуваний підхід, який фактично надав особі право вчиняти фактично будь-які дії (можливість завдавати фактично будь-яку шкоду), з одного боку, при звичайній образі чи пошкодженні майна, які в ч. 2 ст. 2.3.5 вже визнаються (без конкретизації їх ступеня та небезпеки) підставою виникнення особливого психічного стану, а, з іншого, при захисті від нападу особи, яка застосувала зброю, небезпечний предмет чи інший предмет, який має властивості зброї або небезпечного предмету, від нападу двох чи більше осіб, відвертанні протиправного вторгнення у житло чи інше володіння, захисті від зґвалтування чи дії сексуального характеру із застосуванням насильства? Схиляємось до негативної відповіді на це питання і вважаємо, що «особливий психічний стан» і надалі (як і в чинному КК) мав би визнаватись обставиною, яка пом'якшує покарання за злочин чи проступок, як це передбачено стосовно «обмеженої осудності» (п. 8 ч. 1 ст. 3.3.2). При цьому у випадку вчинення окремих злочинів проти життя або здоров'я (не лише умисного вбивства і тяжкої шкоди здоров'ю) ця ознака могла б визнаватися такою, що знижує ступінь їх тяжкості (наскільки – мають визначати розробники проєкту).

Стаття 2.3.6. Вчинення кримінального правопорушення в стані сп'яніння

1. У ч. 2 стан сп'яніння визначається як *зміни в організмі, які не виключають осудності.* Вочевидь, йдеться про зміни у психіці, адже соматичні ознаки стану сп'яніння (тремор, розширення зіниць, зміна кольору шкірних покровів тощо) в цьому контексті значення не мають. Однак, як і щодо зауважень стосовно особливого психічного стану (ст.2.3.5), звернемо увагу на зайвість уточнення, що стан сп'яніння не виключає осудності, адже по-іншому і бути не може, що прямо випливає зі ст. 2.3.2.

2. Згідно п. «б» ч. 3 до стану сп'яніння *під час вчинення кримінального правопорушення* прирівнюється приведення особи у стан сп'яніння *до проведення уповноваженою особою медичного огляду з метою встановлення стану сп'яніння чи до прийняття рішення про звільнення особи від проведення такого огляду.* Не є зрозумілою логіка такого застереження, адже суб'єкта кримінального правопорушення характеризують лише ті особливості, які наявні на час вчинення кримінально протиправного діяння. І той факт, що особа вживала алкоголь після вчинення кримінального правопорушення, не може мати кримінально-правового значення.

Для ілюстрації сказаного змоделюємо наступну ситуацію. Особа під час сварки вбиває або наносить тяжку шкоду здоров'ю іншому члену подружжя, а після цього, розуміючи, що вона накоїла, спочатку випиває значну кількість алкоголю, а потім – викликає поліцію та/чи швидку. Невже така особа має визнаватися такою, що вчинила кримінальне правопорушення в стані сп'яніння?

Стаття 2.3.7. Вік суб'єкта кримінального правопорушення

1. Сумнівною видається пропозиція підвищити вік, з якого може наставати кримінальна відповідальність, за вбивства, спричинення тяжкої шкоди здоров'ю, зґвалтування тощо до 15 років. У кримінальному законодавстві Грузії, Італії, Латвії, Хорватії, Словенії, Словаччини, Німеччини, Литви тощо до кримінальної відповідальності може бути притягнуто особу з 14 років. В Угорщині та Туреччині кримінальна відповідальність може настати і з 12 років. Пропонуємо залишити або диференціацію, яка існує в чинному КК, або, навпаки, розширити перелік діянь, за які кримінальна відповідальність настає з 14 років чи навіть зменшити його до 13 років. Це пояснюється насамперед тим, що нині діти

досягають відповідного психофізіологічного розвитку. Сучасний стан науково-технічного розвитку суспільства дає можливість дітям з більш раннього віку усвідомлювати суспільну небезпеку та протиправність низки кримінальних деліктів. Те, що розуміли діти в 14 і 16 років у 2001 році, або ще раніше (на час чинності КК 1960 р.) у 2023 р. розуміють особи молодшого віку.

2. Щодо регламентації підвищеного віку суб'єкту кримінального правопорушення, якщо звертатися до зарубіжного досвіду, то така регламентація можлива як в Загальній, так і Особливій частинах (М. Вовк, 2016). Зокрема, у вітчизняній літературі ще 20 років тому висловлювалася пропозиція доповнити ст. 22 чинного КК нормою, яка б передбачала випадки, коли суб'єктами злочинів не можуть бути особи, які не досягли 18-річного віку (Я. Соловій, 2004).

Розробники проєкту наголошують на тому, що підвищений вік суб'єкта визначається в статтях Особливої частини (ч. 2 ст. 2.3.7). Однак у безпосередньому встановленні підвищеного віку в нормах Особливої частини, мабуть, немає необхідності. Адже висновок про більш високий вік суб'єкта конкретного кримінального правопорушення можна зробити, аналізуючи ознаки об'єкта та об'єктивної сторони, зокрема звертаючись до тих нормативно-правових актів, посилання на які контекстуально містять «бланкетні» кримінально-правові норми. При цьому підвищений вік є ознакою спеціального суб'єкта кримінального правопорушення (М. Вовк, 2016; О. Плашовецький, 2017). Тому доцільно уточнити положення ч. 2 ст. 2.3.7 з огляду те, що підвищений вік характеризує спеціального суб'єкта кримінального правопорушення та визначається, виходячи з особливостей складу конкретного кримінального правопорушення.

3. Ч. 3 ст. 2.3.7 сформульована неточно. В ній йдеться про правила встановлення віку, *зазначеного у ч. 1 або ч. 2 цієї статті*. Але у поточній редакції проєкту ч. 2 жодних вікових меж не встановлено, бо це відсильна норма.

РОЗДІЛ 2.4.
СУБ'ЄКТИВНА СТОРОНА

Стаття 2.4.1 Суб'єктивна сторона кримінального правопорушення та її ознаки

1. У ч. 1 цієї статті спочатку зазначається, що суб'єктивну сторону кримінального правопорушення становить вина, а вже далі уточнюється, що

у випадках, визначених у статті Особливої частини цього Кодексу, – також мета і мотив. Натомість у ст. 2.2.1 «Об'єкт кримінального правопорушення», і ст. 2.2.4 «Об'єктивна сторона кримінального правопорушення» в аналогічних випадках: 1) виділяється дві частини, у першій з яких вказується на загальне визначення елементу складу, а в другій міститься відповідне уточнення щодо факультативних ознак; 2) у частинах других відповідних статей розділу 2.2 вказується на випадки, «*передбачені цим Кодексом*», а у статтях розділу 2.4 – на випадки, «*визначені у статті Особливої частини цього Кодексу*». Чи виправданим є такий різний підхід до описання об'єктивних і суб'єктивних ознак складу кримінального правопорушення?

2. Щодо визначення вини та її форм у чинному КК України, як відомо, висловлюються нарікання щодо неврахування специфіки кримінальних правопорушень із формальним та усіченим складом. Як видається, не позбавлена подібних недоліків і дефініція вини у ч. 2 ст. 2.4.1 проєкту. До такої думки схиляє вживання у ч. 2 ст. 2.4.1 словосполучення «*протиправного діяння та його наслідку*». Це дає підстави стверджувати про обов'язкове для будь-якої форми вини ставлення особи до наслідків свого діяння. У цій дефініції відсутня вказівка на ставлення до наслідку лише у випадку його обов'язковості як ознаки об'єктивної сторони. Тому доцільно ч. 2 ст.2.4.1 уточнити щодо наслідку: «*якщо він визначений цим Кодексом*» або «*у випадках, визначених у статті Особливої частини цього Кодексу*» чи «*який є ознакою складу кримінального правопорушення*».

3. Поняття «*особа*» є ширшим порівняно із «*суб'єктом кримінального правопорушення*». Звідси випливає, що, незважаючи на традиційне визначення вини *як психічного ставлення особи* (ст. 23 чинного КК, ч. 2 ст. 2.4.1 проєкту), доцільно ще раз наголосити на тому, що немає вини у кримінально-правовому значенні у неосудних осіб або осіб, які не досягли віку, з якого можливе настання кримінальної відповідальності. Тому кримінальний закон має містити поняття *вини суб'єкта кримінального правопорушення*. Звідси випливає доцільність уточнення визначення вини, наприклад, таким чином: *вина – це виражене у формі умислу або необережності психічне ставлення суб'єкта кримінального правопорушення до вчинюваного ним протиправного діяння та його наслідку, який є обов'язковою ознакою складу кримінального правопорушення (*варіант: *якщо він визначений цим Кодексом).*

4. Положення ч. 4 ст. 2.4.1 («*Особа підлягає кримінальній відповідальності за кримінальне правопорушення, вчинене з необережності,*

лише в передбачених у статті Особливої частини цього Кодексу випадках спричинення значної, тяжкої чи особливо тяжкої шкоди») корелює з положеннями ст. 2.5.1, в якій зазначається, що кримінальне правопорушення, яким умисно спричинено неістотну шкоду або з необережності спричинено значну шкоду, є проступком (ч. 2), а кримінальне правопорушення, яким умисно спричинено істотну, значну, тяжку, особливо тяжку чи винятково тяжку шкоду або з необережності спричинено тяжку або особливо тяжку шкоду, – злочином (ч. 3).

Зважаючи на ці положення, виходить, що особа, яка з необережності, наприклад: а) порушила фітосанітарні правила чи правила щодо боротьби зі шкідниками рослин або ветеринарні правила чи інші правила охорони диких тварин, що спричинило істотну майнову шкоду (п. 3 і п. 4 ст. 6.5.6, відповідно); б) не дотималась вимог щодо убезпечення від діяльності, яка становить підвищену небезпеку (зокрема вимог щодо охорони праці, пожежної безпеки, експлуатації атракціонів, утримання тварин, зберігання зброї, боєприпасів чи інших небезпечних предметів тощо), що створило реальну небезпеку спричинення значної, тяжкої чи особливо тяжкої шкоди (ст. 7.3.9), кримінальній відповідальності не підлягатиме, адже у цих статтях Особливої частини форма вини не вказана, і звідси випливає, що вони тягнуть настання кримінальної відповідальності лише за наявності умислу. Але наразі до кримінальної відповідальності за подібні діяння притягується і чимало осіб (припускаємо, що навіть більшість), які вчиняли їх саме з необережності.

Аналогічну ситуацію, щоправда, вже в контексті «безнаслідкової необережності», наводить С. Багіров, вказуючи на таке діяння, як порушення встановлених правил обігу наркотичних засобів, психотропних речовин або прекурсорів (ст. 5.2.13), яке згідно з традиційним доктринальними уявленнями може бути вчинено як умисно, так і через необережність (див.: Багіров С.Р. «Безнаслідкова необережність» у сучасних умовах реформування кримінального законодавства: проблема та шляхи її розв'язання. *Наукові записка НаУКМА. Юридичні науки*. 2021. Том. 7. С. 3–13).

Поділяючи прагнення розробників проєкту до чіткої диференціації відповідальності за умисні та необережні кримінальні правопорушення, водночас висловимо сумнів у тому, що втілений в аналізованій редакції проєкті підхід є оптимальним і таким, що бере до уваги специфіку окреслених вище ситуацій (звісно, їх можна змоделювати набагато більше).

Небезпідставність наших сумнівів підтверджується і релевантним іноземним досвідом, звернення до якого переконує у тому, що, наприклад, наведені екологічні делікти в абсолютній більшості країн визнаються кримінально протиправними за умови як їх умисного, так і необережного вчинення, що, однак, відповідним чином впливає на суворість покарання.

Видається, що подібним шляхом мали б рухатись і розробники проєкту, не декриміналізуючи відповідні необережні прояви, що не призвели до значної, тяжкої чи особливо тяжкої шкоди. Зокрема, пригадуючи три згадані вище діяння, дозволимо собі припустити, що їх відповідні необережні «аналоги» могли б бути визнані проступками.

Ще одне застереження стосовно ч. 4 ст. 2.4.1 полягає в тому, що це положення видається ускладненим за рахунок вказівки у ньому на спричинення значної, тяжкої чи особливо тяжкої шкоди. Звернемо увагу на те, що у зарубіжному законодавстві відповідні приписи викладені значно простіше. Наприклад, відповідно до ст. 12 КК Іспанії необережні дії чи бездіяльність будуть каратися лише тоді, коли це прямо передбачено законом. Відповідно до ч. 4 ст. 10 КК Грузії діяння, вчинене з необережності, лише тоді визнається злочином, якщо про це зазначається у відповідних статтях цього Кодексу. У ст. 22 КК Туреччини зазначено, що дії, вчинені через необережність, караються у випадках, чітко визначених законом.

Стаття 2.4.2 Умисел прямий

Згідно з ч. 3 цієї статті якщо спричинений наслідок є ознакою складу кримінального правопорушення, то бажання вчинити діяння означає, що для особи такий наслідок був метою вчинюваної нею дії чи бездіяльності або передбачався нею як неминучий. Відповідно, у цій дефініції знайшли відображення лише дві з чотирьох виділених у кримінально-правовій науці складових «бажання» як елементу прямого умислу і не згадується про випадки, коли особа прагне до визначених наслідків як, по-перше, проміжного етапу на шляху до досягнення кінцевої мети і, по-друге, як засобу досягнення мети. Якщо вже розробники проєкту вирішили розкрити зміст «бажання» (чи доцільно це робити – тема окремої розмови), то варто було б вказати і на дві останні його складові. При цьому якщо мета окремо визначається у проєкті (ч. 2 ст.2.4.10), то неминучість настання наслідку (яка має значення не лише для встановлення ознак суб’єктивної, а й об’єктивної сторони) залишилася поза увагою розробників проєкту.

Стаття 2.4.3 Умисел непрямий

1. Положення цієї статті сформульовано значно стисліше порівняно зі ст.2.4.2, зокрема не є зрозумілим, чому у ст. 2.4.2 зміст «бажання» розкрито, а у ст. 2.4.3 зміст байдужого ставлення/безпідставного сподівання – ні.

2. Вольову ознаку непрямого умислу визначено таким чином: «*хоча не бажала, але байдуже ставилася до спричинення наслідку або безпідставно сподівалася на його ненастання*» (п. 3 ст. 2.4.3). Однак це суперечить суті умислу: якщо особа сподівалася на ненастання наслідку, то це означає не просто відсутність байдужого ставлення, а розрахунок, передбачення ненастання наслідку (див. тлумачення терміну «сподівання» у словниках української мови). При цьому щось давало особі підстави сподіватися на відсутність наслідку. Звернемо увагу на ч. 2 ст. 2.4.5, згідно з якою за легковажності безпідставність розрахунку на відвернення наслідку полягає *у сподіванні на зовнішні обставини*. Видається, що безпідставне сподівання за непрямого умислу принципово не відрізняється від безпідставного розрахунку на зовнішні обставини за легковажності.

Вочевидь, щодо непрямого умислу мало б йтися або про байдуже ставлення до спричинення наслідку, або про *непередбачення неминучості його настання*. Це відповідало б логіці розмежування прямого та непрямого умислу як видів умисної вини. Адже передбачення неминучості настання наслідку як вольову ознаку прямого умислу прямо називає ч. 3 ст.2. 4.2. Крім того, це сприяло б вирішенню питання про відмежування непрямого умислу від легковажності.

Стаття 2.4.4 Умисел конкретизований та неконкретизований

У цій статті вбачаються неточними формулювання щодо: а) настання шкоди *у відомому особі розмірі* (щодо конкретизованого умислу – ч. 1 ст. 2.4.4); б) настання шкоди *у невизначеному розмірі* (щодо неконкретизованого умислу – ч. 3 ст. 2.4.4). Видається, що «відомий» та «невизначений» не є ознаками, які можуть характеризувати такі взаємовиключні поняття, як конкретизований та неконкретизований види умислу. Доцільно говорити про *індивідуально визначений* (тобто усвідомлений суб'єктом) та *індивідуально невизначений* розміри шкоди (постанова ККС ВС у справі № 127/15447/20).

Положення ч. 2 та 4 ст. 2.4.4 є очевидними, а інша кваліфікація є неможливою. Тому від цих положень можна відмовитись.

Стаття 2.4.6 Недбалість

1. У п. 1 ч. 1 цієї статті йдеться про усвідомлення фактичних обставин вчинюваного діяння. Однак не зазначається про усвідомлення протиправності діяння. Водночас на цю складову інтелектуальної ознаки недбалості звертають увагу як теоретики (Р. Вереша, 2011, 2015; Т. Пакліна, 2018), так і правозастосовна практика (постанова ККС ВС у справі № 221/6129/17). До речі, вказівка на усвідомлення протиправності діяння щодо легковажності обґрунтовано міститься у п. 1 ч. 1 ст. 2.4.5 проєкту.

Крім того, у п. 3 ч. 1 ст. 2.4.6 йдеться про обов'язок та можливість передбачити наслідок. Щодо цього доцільно погодитися з точкою зору, згідно з якою в законі має міститися вказівка на *реальну можливість передбачення наслідку* за недбалості, що акцентує увагу правозастосувачів на аналізі конкретної ситуації, в якій діяла особа (Р. Вереша, 2015).

2. У ч. 2 ст. 2.4.6 наведено вичерпний перелік обставин, коли винна особа зобов'язана передбачити наслідок свого діяння. Такий стан може бути викликаний: 1) вимогами законодавства; 2) займаною посадою, професією чи видом діяльності; 3) договором або 4) власною попередньою поведінкою. Проте вказаний обов'язок також може ґрунтуватися на загальнообов'язкових, елементарних правилах співжиття, що складаються у суспільстві у процесі спілкування між людьми, які навряд чи можна ототожнювати із згаданою у проєкті «власною попередньою поведінкою», якої могло і не бути.

Зокрема, в юридичній літературі наводиться приклад: учасниця симпозіуму з гутного скла наступного дня після закінчення заходу прийшла у майстерню для того, щоб знищити гіпсову форму свого виробу. Вона вирішила не знищувати форму в майстерні, а просто викинула її у відчинене вікно. Понад чотирикілограмова форма з висоти третього поверху влучила в голову людини, яка проходила попід вікнами. Від отриманої травми потерпілий помер у лікарні через кілька днів. Тут доречно навести зауваження із рецензії на Загальну частину однієї з попередніх редакцій проєкту: «Положення, в якому йдеться про природу (джерело) обов'язку передбачати наслідки… доцільно виключити через невиправданість нормативної регламентації цього питання. До того ж є сумнів у тому, що цей перелік є вичерпним» (Дудоров О., Письменський Є., 2020). Однак у разі бажання авторів проєкту зберегти відповідний припис, його доцільно уточнити, зокрема через включення обов'язку, який ґрунтується на загальнообов'язкових правилах співжиття (поведінки у суспільстві).

Щодо окремих питань, пов'язаних із регламентацією видів необережної вини

1. У п. 3 ст. 4.1.2, п. 1 ст. 4.2.3 (обидві статті регламентують ознаки, що *знижують тяжкість злочину на два ступеня*) йдеться про спричинення смерті людини або плоду/тяжкої шкоди здоров'ю людини або тяжке ушкодження плоду, до яких призвело *неналежне виконання професійних обов'язків медичним чи фармацевтичним працівником через його фізичне, розумове або емоційне перенавантаження.* По-перше, звернемо увагу на те, що, наприклад, щодо операторів технічних систем (диспетчерів, водіїв тощо) таких зауважень немає; по-друге, чи не є це спробою запровадження особливої «професійної необережності» як окремого виду необережної вини.

Якщо так, то це слід було регламентувати у нормах Загальної частини проєкту, визначивши перелік суб'єктів та види кримінальних правопорушень, щодо яких можна ставити питання про наявність «професійної необережності». Однак такий підхід є вельми спірним. У цьому контексті нагадаємо, зокрема, дотичні дослідження спеціальної (професійної) неосудності (Н. Орловська, 2001; В. Бурдін, 2009, 2011; О. Зайцев, 2020), які показали недоцільність регламентації окремого кримінально-правового статусу психофізіологічних особливостей представників окремих професій/видів діяльності.

Якщо відповідь на поставлене є негативною, то виникає сумнів у доцільності наявності зазначених приписів (п. 3 ст. 4.1.2, п. 1 ст. 4.2.3) у нормах Особливої частини проєкту. Що це за емоційне перенавантаження, яке не дозволяє стоматологу або фармацевту належним чином виконувати професійні обов'язки? Див. також цей висновок у частині зауважень до розділу 4.1.

2. Було б доцільно, якщо б розробники проєкту визначили кримінально-правовий статус невігластва (необізнаності), давши відповіді на питання:

чи є невігластво особливим видом необережної вини? Адже непередбачення можливої шкоди або легковажний розрахунок на її запобігання за невігластва поєднується зі злочинно байдужим ставленням до наслідків (О. Парамонова, 2020). На відміну від самовпевненості, особа не передбачає суспільно небезпечних наслідків, а на відміну від недбалості, і не може їх передбачати (саме в силу своєї необізнаності). Проте, на відміну від випадку, ця можливість викликана причинами, за яких особа не має права на вибачення (С. Нежурбіда С., 2001), або

чи слід невігласство вважати окремим випадком недбалості? Бо за невігласта відсутність можливості передбачити наслідки свого діяння компенсується усвідомленням або можливістю усвідомлювати загальну шкідливість діяння і власну непідготовленість до їх вчинення (Р. Вереша, 2017).

Стаття 2.4.7. Фактична помилка

1. Подане у ч. 1 визначення фактичної помилки не є універсальним, що розробники проєкту самі визнають у ч. 5 ст. 2.4.7, де йдеться про фактичну помилку щодо обставини, яка виключає протиправність діяння. Крім цього, аналізоване визначення є не зовсім точним: а) автори проєкту говорять про особу, хоч йдеться про *суб'єкта кримінального правопорушення*; б) неправильне уявлення суб'єкта має кримінально-правове значення лише в *момент вчинення кримінального правопорушення*; в) наявність або відсутність ознак складу стосується лише *ознак складу конкретного* кримінального правопорушення, тобто фактичних його ознак. У цьому контексті як вихідне можна розглянути розуміння фактичної помилки як неправильної оцінки суб'єктом під час вчинення діяння, яким завдається шкода об'єкту кримінально-правової охорони, фактичної обставини об'єктивного характеру, що має кримінально-правове значення (А. Айдинян, 2016).

2. Зі ст. 2.4.7 не випливає чіткої відповіді на питання щодо кваліфікації діянь за наявності фактичної помилки: чи потрібно кваліфікувати діяння лише за нормою про замах на кримінальне правопорушення, яке особа бажала вчинити, чи ще й за нормою про фактично закінчене інше кримінальне правопорушення? Наприклад, особа хотіла вбити народного депутата України через його діяльність (п. 2 ст. 4.1.3), але помилково вбила «звичайну» людину. Чи потрібно такі дії кваліфікувати лише як замах на «кваліфіковане» вбивство, передбачене п. 2 ст. 4.1.3, чи додатково і за нормою про закінчене некваліфіковане вбивство (ст. 4.1.5)? У постанові Об'єднаної палати ККС ВС у справі № 640/18653/17 наведено аргументи на користь другої із зазначених позицій. Однак бажано було б внести ясність з цього спірного питання кваліфікації у законодавчому порядку.

3. Положення ч. 4, згідно з яким особа, яка повинна була і могла усвідомлювати наявність ознаки складу кримінального правопорушення, але не усвідомлювала її, підлягає кримінальній відповідальності за необережне кримінальне правопорушення у випадках, передбачених цим Кодексом, не є

безспірним. У складі умисного кримінального правопорушення всі обов'язкові ознаки мають охоплюватися свідомістю суб'єкта, інакше вони не можуть бути поставлені йому у вину. Наприклад, у п. 6 постанови Пленуму ВСУ від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику в правах про злочини при життя та здоров'я особи» роз'яснюється, що особі можна поставити у вину умисне позбавлення життя малолітнього лише у тому разі, коли винний достовірно знав, що потерпілий є малолітним, або припускав це, або повинен був і міг це усвідомлювати. Але у випадку, коли винний не усвідомлював цю спеціальну ознаку потерпілого, то його дії кваліфікуються як просте умисне вбивство, а не вбивство малолітнього з необережності.

З огляду на сказане, положення ч. 4 потребує уточнення.

Водночас із ч. 4 не є зрозумілим, яким має бути правозастосовне рішення у разі фактичної помилки щодо обставин, які стосуються співучасті у кримінальному правопорушенні. Зокрема, якщо суб'єкт сумлінно помиляється у віці свого співучасника, якого він помилково вважає належним суб'єктом, чи це слід кваліфікувати як опосередковане виконання або як замах на кримінальне правопорушення, вчинене у співучасті, чи слід для уникнення такої проблеми унормувати спільність вчинення кримінальних правопорушень у разі відсутності співучасті (А. Айдинян, К. Задоя, 2015; Н. Антонюк, 2020)?

Стаття 2.4.8. Юридична помилка

1. У проєкті юридичною помилкою визнається неправильне розуміння особою одного з двох фактів, а саме того: 1) що вчинене нею діяння передбачене цим Кодексом як кримінальне правопорушення або 2) які кримінально-правові засоби можуть бути до неї застосовані. При цьому у доктрині одним із проявів (різновидів) юридичної помилки традиційно вважається і помилка у кваліфікації кримінального правопорушення.

2. Згідно з ч. 3 цієї статті, якщо особа помилково не вважала вчинену нею дію чи бездіяльність кримінальним правопорушенням, до неї застосовуються засоби кримінальної відповідальності. Але за таких умов, особливо коли йдеться про порушення спеціальних правил, можна ставити питання про виключення умисної вини. Інакше кажучи, незнання закону чи неправильне його застосування за певних умов може розглядатись як прояв необережної вини. Доцільно нормативно регламентувати особливості встановлення вини при незнанні закону та при неправильному його застосуванні (О. Костенко, 2006). Відповідно, у разі наявності умов,

передбачених ч. 4 ст. 2.4.8, кримінально-правові засоби не застосовуються, однак, коли є підстави вважати, що особа могла уникнути помилки щодо незлочинності її діяння, таку особу слід вважати такою, що вчинила діяння через необережність.

3. З приводу положення, наведеного у ч. 5 ст. 2.4.8 проєкту, вважаємо за доцільне відтворити фрагмент із рецензії на проєкт Загальної частини однієї з первісних версій проєкту: «Наскільки виправдано у ч. 5 наводити вичерпний перелік випадків спростування відповідної презумпції? Скажімо, якщо йдеться про кримінально-правову оцінку порушень податкового законодавства, то причиною введення в оману платника податків (його службової особи) може стати не лише слідування суперечливим податковим роз'ясненням, наданим уповноваженими державними органами (наразі – це п. 3 ч. 5), а й врахування консультацій і коментарів фахівців у ЗМІ, доступних судових рішень у подібних податкових спорах тощо. Тобто особа може сумлінно помилялась щодо протиправності вчиненого нею діяння, ознаки якого як злочину визначені КК і нормативним актом, який не є законом про кримінальну відповідальність, і в інших випадках, а не тільки у вичерпним чином перерахованих у ч. 5 ст. 2.3.9» (наразі це ч. 5 ст. 2.4.8 проєкту) (О. Дудоров, Є. Письменський, 2020).

Стаття 2.4.9. Випадок

Наведене визначення казусу малоінформативне. Вбачається, що при формулюванні цієї дефініції розробники проєкту не показали зв'язку випадку з найбільш наближеним до нього різновидом необережної вини – недбалістю.

Враховуючи загальний підхід робочої групи щодо максимально деталізованого опису кримінально-правових інститутів, не є зрозумілим, чому без уваги залишені правові наслідки випадку, які доцільно було б викласти у ч. 2 ст. 2.4.9.

Стаття 2.4.10. Мотив та мета

1. У дефініціях мотиву і мети кримінального правопорушення міститься вказівка на *особу* та на *діяння, передбачене цим Кодексом*. Для того, щоб не виникало питання про можливість поширювального тлумачення відповідних норм, доцільно уточнити: 1) мотивом вчинення кримінального правопорушення є усвідомлене внутрішнє спонукання суб'єкта до спричинення шкоди об'єктам, що охороняються цим Кодексом; 2) метою

вчинення кримінального правопорушення є уявлення суб'єкта про бажаний результат свого кримінально протиправного діяння.

2. Унормування поняття мотиву у Загальній частині проєкту, на жаль, не призводить до зрозумілості окремих положень його Особливої частини. Наприклад, у п. 10 ст. 4.2.5 ознакою, що підвищує тяжкість злочину на один ступінь, є вчинення злочину з мотиву статі чи ґендеру. Однак чи можуть стать чи ґендер вважатись *усвідомленим внутрішнім спонуканням суб'єкта*? Вочевидь, йдеться про ненависть або упередженість за ознакою статі чи ґендеру. Зокрема, «злочини на ґрунті ненависті», які саме і є прикладами найбільш небезпечних насильницьких проявів дискримінації, виділяються з огляду на *мотивацію упередження,* а не статі чи ґендеру. Тому доцільно привести до уніфікованого стандарту формулювання Особливої частини проєкту, пов'язані з мотивом та метою.

Див. також цей висновок у частині зауважень до розділу 3.3.

РОЗДІЛ 2.5.
ШКОДА ТА ЇЇ ВИДИ.
ТЯЖКІСТЬ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ

Типізацію різних видів шкоди та її представлення у вигляді певного вичерпного переліку робоча група вважає одним з основних здобутків проєкту порівняно чинним КК України. Задекларовано, що при вирішенні цих питань взяті до уваги, зокрема, принцип наступності (якими є санкції за кримінальні правопорушення згідно з чинним КК України), міжнародні зобов'язання України, а також ієрархія соціальних цінностей (М. Хавронюк, 2022). Однак у авторів цього висновку склалось враження, що оцінка тяжкості шкоди у проєкті визначена загалом довільно, так би мовити, за інтуїцією. Запропонований у проєкті підхід видається ускладненим, а розмежування видів шкоди – умоглядним.

Щодо визначення неістотної, істотної та значної шкоди. Проблеми відповідності виду шкоди, розміру шкоди та ступеня тяжкості злочинів

1. Із проєкту не є очевидною логіка визначення соціальної цінності як об'єкта кримінально-правової охорони у тому разі, коли розробниками проєкту не робиться безпосередньої вказівки на розмір шкоди.

Наприклад, чому шкода порядку декларування (істотна шкода) є менш серйозною, ніж шкода публічному порядку (значна шкода)? Якщо зіставити

недостовірне декларування на суму понад 10 тис. розрахункових одиниць (тобто понад 2 млн. грн. – злочин 1-го ступеня) із виправдовуванням комуністичного режиму (злочин 3-го ступеня), то пропонований підхід щонайменше потребує пояснень.

Чому шкода порядку господарювання є істотною (п. 10 ч. 1 ст. 2.5.3), а шкода власності на речі – значною (п. 10 ч. 1 ст. 2.5.4)?

Чому особа, яка проникла до житла, спричиняє значну шкоду (п. 1 ст. 4.7.5), а особа, яка переглянула дитячу порнографію – істотну шкоду (п. 7 ст. 7.6.6)?

Чому шкода соціально-економічним правам, приватності, інтересам сім'ї, дітей та уразливих людей, свободі світогляду і віросповідання визнається істотною, а виборчим правам, референдумному праву, рівноправності, політичним правам, особистій та сексуальній свободі – значною?

Чому шкода основам правосуддя є значною, а шкода державній безпеці – тяжкою?

Перелік подібних, як видається, риторичних питань можна продовжувати.

2. Оцінка шкоди різним правам, різним видам порядку чи безпеки в чинному КК України є більш гнучкою завдяки «точковій» диференціації відповідальності за кожною статтею. Ця диференціація дозволяє враховувати, (так, далеко не досконало) різні відтінки тяжкості. Наприклад, учинення злочину групою осіб для одних злочинів має істотно підвищувати ступінь тяжкості, зважаючи на їх природу, характер та інші особливості, а для інших – таке підвищення має бути не таким значним. Те саме стосується й інших кваліфікуючих ознак складу того чи іншого кримінального правопорушення.

Аналіз статей Особливої частини проєкту показує, що «абсолютний пріоритет» в оцінці ступеня тяжкості одержали ті види шкоди, які легко ідентифікуються (доводяться) в практичній площині – шкода здоров'ю, майнова шкода, а також смерть людини (плоду). Усі інші види шкоди за суттю не мають самостійного значення. Ба більше: як наслідки діяння (ознака об'єктивної сторони) вони практично не зустрічаються.

Так, не має жодного значення, якій саме соціальній цінності як основному безпосередньому об'єкту умисно заподіюється істотна майнова шкода, – власності на речі, порядку користування військовим майном, свободі світогляду і віросповідання тощо, – це діяння в будь-якому разі буде

оцінено як злочин 1-го ступеня (без жодних відтінків). Якщо в диспозиції фігурує спричинення значної майнової шкоди з необережності, то діяння неодмінно буде оцінено як проступок незалежно від того, у зв'язку з порушенням якої саме соціальної цінності ця майнова шкода заподіяна. Те саме стосується і спричинення шкоди здоров'ю: не має значення соціальна цінність (основний безпосередній об'єкт), яка страждає завдяки заподіянню шкоди здоров'ю. Якщо у диспозиції фігурує істотна шкода здоров'ю, то це злочин 1-го ступеня, якщо значна – то 3-го ступеня тощо. Акцентуація системи ступенів тяжкості виключно на майновій та фізичній шкоді людині, а також на формах вини виглядає надто обмеженою і такою, що необґрунтовано нівелює інші об'єктивні та суб'єктивні ознаки конкретних кримінальних правопорушень.

Проілюструємо сказане на прикладі такої ситуації.

Відчуття несправедливості викликає «зрівнялівка» у ступені тяжкості вбивства і доведення до самогубства. Робоча група «зв'язала собі руки» у визначенні ступеня тяжкості доведення до самогубства положеннями про те, що смерть людини є особливо тяжкою шкодою (ст. 2.5.6), а базовий ступінь тяжкості для особливо тяжкої шкоди за умисного ставлення – 7-й ступінь (п. 4 ч. 4 ст. 2.5.9 проєкту). Щось тут не так. Визначення ступеня тяжкості доведення до самогубства у чинному КК як кримінального правопорушення, істотно менш небезпечного, ніж умисне вбивство, навряд чи можна вважати помилкою законодавця. Відмінність між вбивством і доведенням до самогубства полягає у втручанні самого потерпілого у зв'язок між поведінкою злочинця та особи, яка померла (намагалась померти). У потерпілого від доведення до самогубства завжди залишається вибір – покінчити з життям чи ні. У потерпілого від вбивства такого вибору немає. Тому вбивство і тяжчий злочин.

Що ж робити у цій ситуації робочій групі? Пропонується декілька варіантів: 1) залишити все, як є: вбивство = доведення до самогубства = злочин 7-го ступеня тяжкості; 2) визначити самогубство видом тяжкої шкоди (потрібно внести зміни до ч. 1 ст. 2.5.5) і визнати доведення до самогубства злочином 5-го ступеня тяжкості. Другий варіант видається таким, що адекватніше відображає реальність.

3. Не є очевидним віднесення до істотної тієї шкоди, яка спричиняється об'єктам кримінально-правової охорони деліктами створення небезпеки (п. 20 ч. 1 ст. 2.5.3). Останні завжди потребують доказування не тільки вчинення кримінально протиправного діяння, а й реальної небезпеки від

цього діяння тим чи іншим благам, тобто наявності наслідків. Загроза (небезпека) реального заподіяння шкоди є наслідком в матеріальному складі, яким за конструкцією є склад такого делікту (В. Тихий, 2016; П. Берзін, 2009; В. Локтіонова, 2013). Відповідно, спірним видається рішення розробників проєкту відносити реальну небезпеку спричинення особливо тяжкої чи винятково тяжкої шкоди до істотної шкоди. Більш логічною виглядала б така диференціація: реальна небезпека спричинення значної або тяжкої шкоди означає спричинення істотної шкоди; реальна небезпека спричинення особливо тяжкої або винятково тяжкої шкоди – значної шкоди.

Про проблеми конструювання складів кримінальних правопорушень як деліктів поставлення у небезпеку див. висновок у частині зауважень до розділу 5.3.

4. Щодо неістотної шкоди, то саме використання цього терміну в потенційному кримінальному законі створює певний когнітивний дисонанс: з одного боку, кримінальне право сприяє охороні лише найважливіших соціальних цінностей, будучи крайнім засобом реагування на спричинення їм шкоди, а, з іншого, воно (за проєктом) передбачає відповідальність і за випадки заподіяння неістотної шкоди. Як наслідок, розмивається грань між кримінально-правовим регулюванням та іншими видами публічно-правового регулювання. Якщо спричинення неістотної шкоди переслідується кримінальним законом, то що ж тоді переслідується КУпАП та іншими законами про публічні правопорушення?

5. Системною проблемою є логічна суперечність у розмежуванні істотної та неістотної видів шкоди при встановленні відповідальності за проступки. Згідно з ч. 2 ст. 2.5.1 кримінальне правопорушення, яким *умисно спричинено неістотну шкоду* або з необережності спричинено значну шкоду, є проступком. При цьому неістотною визнається фактично будь-яка інша шкода, яка не визначена в Кодексі як істотна шкода.

По-перше, логіка диктує, що неістотною, очевидно, має бути шкода, яка не визначена Кодексом не лише істотною, а й (тим більше) значною, тяжкою, особливо тяжкою чи винятково тяжкою.

По-друге, внаслідок того, що неістотною є лише та шкода, яка не визначена як істотна (за логікою – не визначена як інша шкода), всі умисні проступки посягають на невизначені соціальні цінності і заподіюють незрозуміло яку шкоду.

Наприклад, проступки, передбачені розділом 7.7, як можна припустити із назви цього розділу, мали б посягати на інформаційну безпеку та,

відповідно, заподіювати певну шкоду цій соціальній цінності. Однак шкода інформаційній безпеці визнається істотною шкодою згідно із ст. 2.5.3, а якщо вона є істотною, то вона не може бути неістотною, а тому й не може свідчити про вчинення проступку. То на яку соціальну цінність посягають проступки та яку шкоду заподіюють?

Ця логічна неузгодженість простежується й у багатьох інших розділах Особливої частини проєкту, які містять статті про проступки.

Так, відповідно до п. 9 ч. 1 ст. 2.5.3 шкода господарюванню визнається *істотною*, а тому всі умисні діяння, які спричинили таку шкоду, мають визнаватися злочинами (ст. 2.5.1). Водночас діяння, передбачені статтями 6.4.12–6.4.15, які, судячи з їх розміщення у розділі 6.4 «Кримінальні правопорушення проти порядку господарювання», спричиняють шкоду саме порядку господарювання, чомусь визнані проступками.

6. Постає питання, чому віднесення шкоди до певного виду, визначення розміру шкоди та базового ступеня тяжкості у статтях розділу 2.5 не завжди відображаються в нормах Особливої частини проєкту.

Наприклад, шкода власності на речі належить до значної. Базовий ступінь тяжкості для умисних кримінальних правопорушень, які спричиняють значну шкоду, визначено як *третій* (п. 2 ч. 4 ст. 2.5.9). У розділі 6.1 «Кримінальні правопорушення проти власності на речі» першим злочином є викрадення чужої речі (ст. 6.1.4). Умисний злочин, шкода від якого в Загальній частині відноситься *до значної*, мав би мати третій ступінь тяжкості. Однак згідно зі ст.6.1.4 цей злочин спричиняє *істотну майнову* шкоду і відноситься до 1-го ступеня тяжкості.

Згідно з п. 1 ч. 1 ст. 2.5.13 якщо злочином спричинена *значна майнова шкода*, то тяжкість злочину підвищується на два ступеня. Виходить, якщо правопорушник вчинить викрадення чужої речі і спричинить значну майнову шкоду, то тяжкість його діяння підвищується до рівня, який насправді мав би бути базовим для цього діяння.

Відповідно до п. 11 ч. 1 ст. 2.5.4 *будь-яка шкода фінансам,* якщо вона не визначена у Кодексі як тяжка шкода, визнається значною шкодою, якій відповідають умисні злочини 3-го ступеня тяжкості (п. 3 ч. 4 ст. 2.5.9). Водночас у розділі 6.3 «Кримінальні правопорушення проти фінансів» передбачено злочини, які за умови спричинення ними *істотної* майнової шкоди визнаються злочинами 1-го ступеня (наприклад, статті 6.3.12, 6.3.13 тощо).

Запропонований у проєкті підхід не виключає відсутність кореляції між видом шкоди, розміром шкоди і базовим ступенем тяжкості злочину. Це – системна проблема, притаманна аналізованому документу.

Конкретні (до слова численні) прояви неузгодженостей між положеннями розділу 2.5 та інших структурних частин проєкту наводяться у цьому висновку нижче.

Цікаво, а якби з розділу 2.5 прибрати переважну більшість розміщених у ньому статей, які, так би мовити, описують «кухню», на якій робоча група «готувала» свою класифікацію кримінальних правопорушень, це була б непоправна втрата для проєкту чи без них останній міг би і обійтись?

7. Згідно з ч. 6 статті 2.5.6 умисні злочини 7–9 ступенів тяжкості визнаються особливо тяжкими злочинами, умисні злочини 5–6 ступенів тяжкості та необережні злочини 5 ступеня тяжкості – тяжкими злочинами, всі інші злочини – нетяжкими злочинами. Позиція, згідно з якою умисний злочин 4-го ступеня тяжкості визнається нетяжким злочином, але водночас не передбачає покарання у виді штрафу (лише ув'язнення на строк до 6 років), видається помилковим. Вчинення нетяжкого злочину повинно давати можливість призначити покарання, не пов'язане з обмеженням особистої свободи особи.

8. Надто різким видається розрив між оцінкою шкоди, яка заподіюється необережними кримінальними правопорушеннями (особливо між тяжкою та значною шкодою): особливо тяжка шкода – 5-ий ступінь тяжкості; тяжка шкода: 3-ій ступінь тяжкості; значна шкода – проступок.

Стаття 2.5.8. Мізерна шкода

1. У визначенні малозначного діяння за чинним КК України (ч. 2 ст. 11) простежуються формальна ознака (діяння формально містить усі ознаки складу), об'єктивна (не заподіяно істотної шкоди) та суб'єктивна (не могло її заподіяти, чи, інакше кажучи, немає спрямованості на заподіяння істотної шкоди). Останні дві ознаки пояснюють, чому за формальної наявності всіх ознак складу кримінального правопорушення вчинене не вважається кримінальним правопорушенням. У визначенні ж мізерної шкоди в ст. 2.5.8 проєкту чітко простежується лише одна ознака – така шкода формально відповідає ознакам неістотної або істотної шкоди (аналог формальної ознаки). Однак не зовсім зрозуміло, чому її заподіяння, попри формальну відповідність кримінально-протиправним видам шкоди, не визнається кримінальним правопорушенням?

2. Згідно з п. 2 ч. 1 ст. 2.5.2 до неістотної шкоди відносено з-поміж іншого *немайнову шкоду, яка не відноситься до істотної шкоди*. Своєю чергою, ч. 1 ст. 2.5.8 визначає мізерну шкоду як таку, яка *лише формально відповідає ознакам неістотної*. Однак яким чином можна розмежувати неістотну та мізерну шкоду у разі відсутності розмірів? Як на практиці визначити лише формальну відповідність шкоди ознакам неістотної? Якщо немає конкретних розмірів як критерію диференціації видів шкоди, то це означатиме порівняння важливості соціальних цінностей, які виступають об'єктом кримінально-правової охорони у конкретному випадку? Але кримінальне право охороняє лише найбільш важливі суспільні відносини. Таким чином, варто чіткіше визначити критерії розмежування цих двох видів шкоди, хоч доцільність запровадження положення про мізерну шкоду у пропонованому у проєкті варіанті не є очевидною.

3. Неможливість визнання мізерною значної, тяжкої, особливо тяжкої та винятково тяжкої шкоди (ч. 2 ст. 2.5.8), на перший погляд, видається логічною. Щоправда, у проєкті такі види шкоди визначаються умовно (за інтуїтивним баченням робочої групи; повторимо – таке враження склалось в авторів цього висновку) і надто узагальненими (типізованими). Як наслідок, низка діянь з базовим ступенем вищим, ніж перший, які було вирішено вважати такими, що заподіюють значну чи більш тяжку шкоду, необґрунтовано випадають із сфери дії статті про мізерну шкоду.

Пропонований робочою групою підхід сприймається як недостатньо продуманий, оскільки за певних обставин навіть у випадках заподіяння шкоди, вказаної у ч. 2 ст. 2.5.8, питання про фактичну мізерність шкоди може поставати. Зазначене можна проілюструвати на прикладі ст. 4.5.9 про розбещення дитини віком до 16 років. Виходячи з п. 4 ст. 2.5.4, повнолітня особа, яка продемонструвала дитині віком до 16 років порнографічний предмет, спричиняє значну шкоду (злочин 3-го ступеня тяжкості), що виключає мізерність шкоди. Водночас, якщо така дитина вже раніше неодноразово переглядала порнографічні предмети, має високий рівень сексуальної обізнаності тощо, то чому виключається мізерність шкоди за таких обставин?

Або такий приклад. Згідно зі ст. 4.4.5 злочином 3-го ступеня, тобто таким, що заподіює значну шкоду, вважається позбавлення особистої свободи людини (захоплення людини чи позбавлення її особистої свободи в будь-якій іншій формі). Невже якщо одна особа на декілька секунд (навіть хвилин) захопила іншу або зачинила її на ті ж декілька секунд (годин) в

аудиторії заради забави, то вчинене за всіх обставин має оцінюватися як значна шкода і кваліфікуватись як злочин 3-го ступеня, що виключає звернення до ст. 2.5.8?

Відтінків подібних ситуацій у реальному житті не злічити, і кожного разу потрібно враховувати різні обставини й нюанси. Поняття про малозначність (ч. 2 ст. 11 чинного КК) якраз і дозволяє вирішити питання про невідповідність між законодавчою оцінкою небезпеки (шкоди, тяжкості) та її конкретним проявом. Відтак схиляємось до думки про те, що положення про мізерну шкоду (малозначне діяння) варто поширити і на випадки заподіяння щонайменше значної шкоди або ж спробувати вирішити проблему малозначності в інший (допускаємо – більш традиційний) спосіб.

Стаття 2.5.13. Алгоритм встановлення ступеня тяжкості злочину

Згідно із запропонованим алгоритмом встановлення ступеня тяжкості злочину правозастосувачу необхідно буде пройти 6 послідовних кроків. Такий алгоритм, як видається, не унеможливлює ситуації, коли після здійснення всіх кроків буде отримано нульовий ступінь тяжкості злочину. Наприклад, у разі незакінченого замаху на спричинення тяжкої шкоди здоров'ю (ст. 4.2.6) за наявності особливо привілейованих обставин (ст. 4.2.2) чи не призведе слідуванню алгоритму (ч. 3 ст. 2.5.12, п. 6 ч. 1 ст. 2.5.13, ч. 5 ст. 2.6.3) до «0» ступеня тяжкості?

Якщо в авторів цього висновку – осіб, які тривалий час спеціалізуються на кримінальному праві, виникають подібні сумніви і питання (цілком допускаємо, що ми не до кінця зрозуміли задум робочої групи і помиляємось), то чи не варто відповідний алгоритм (будемо відверті – дуже непростий) прописати інакше? Хоч і зараз його «математичність», здається, доведена майже до абсолюту.

РОЗДІЛ 2.6.
НЕЗАКІНЧЕНИЙ ЗЛОЧИН

У проєкті добровільна відмова (ст. 2.6.4), включаючи добровільну відмову при співучасті (ст. 2.6.5), визначається через готування до злочину і замах на злочин, які, своєю чергою, у межах панівного підходу названі видами незакінченого злочину (ч. 2 ст. 2.6.1). Однак через принципову різницю у причинах завершеності (припинення) кримінально протиправної поведінки незакінчений злочин і добровільна відмова від доведення злочину – поняття-антиподи. «Добровільна відмова при незакінченому злочині та

добровільна відмова при незакінченому злочині, вчиненому у співучасті, не є видами незакінченого злочину» (Ю. Гродецький). Розташування у проєкті статей, присвячених добровільній відмові (ст. 2.6.4, ст. 2.6.5), відразу після статей, в яких йдеться про незакінчений злочин та його різновиди, може бути підтримане з огляду на подібне розташування нормативного матеріалу в чинному КК (забезпечується наступність) і зручність юридичного аналізу цих пов'язаних між собою, але все ж різних кримінально-правових інститутів. Навіть якщо не сприймати теоретичну пропозицію виокремити в проєкті розділ, який би об'єднував норми про добровільну відмову, ігнорувати правову природу цього інституту при доопрацюванні проєкту, мабуть, не варто. Прийнятне компромісне рішення вбачається у тому, щоб уточнити назву розділу 2.6, вказавши у ній і на добровільну відмову.

Стаття 2.6.1. Поняття і види незакінченого злочину

1. У визначенні поняття незакінченого злочину (ч. 1 ст. 2.6.1) замість звороту «*ознак закінченого складу злочину*» слід вжити словосполучення «*ознак складу закінченого злочину*» (за прикладом інших норм, розміщених у розділі 2.6).

Згадування у ч. 1 ст. 2.6.1 проєкту (за прикладом ч. 1 ст. 13 чинного КК) про «*усі ознаки*» складу злочину може бути оцінене критично. Адже для визнання злочину закінченим необов'язково, щоб діяння містило «усі» ознаки складу того чи іншого злочину (наприклад, у складах злочинів з альтернативними (варіативними) діяннями для закінчення злочину достатньо вчинення одного з відповідних діянь). Інакше кажучи, закінченим є злочин, який містить необхідні і достатні ознаки складу певного злочину, які у сукупності дозволяють відрізнити конкретний злочин, якого бажав вчинити винний, від суміжних злочинів та інших протиправних діянь.

2. У ч. 4 ст. 2.6.1 притаманна незакінченому злочину незавершеність діяння суб'єкта злочину визначається через *причини, що не залежали від його волі.* При цьому причини, внаслідок яких особа вимушена відмовитись від доведення злочину до кінця, можуть виникнути під впливом її власних дій, так би мовити, за її волею (вживання значних доз алкоголю або наркотиків, випадкове заподіяння самому собі тілесного ушкодження тощо). Тому при позначенні цієї змістовної ознаки поняття незакінченого злочину варто спробувати обійтись без традиційної вказівки на волю винного.

Положення ч. 4 ст. 2.6.1 видається не зовсім вдалим і через те, що: 1) воно містить фрагментарну вказівку лише на одну змістовну ознаку

поняття незакінченого злочину. Інша ж така ознака, спільна і для готування до злочину, і замаху на злочину, – «прямоумисність» – виявилась «розкиданою» по ч. 1 ст. 2.6.2 і ч. 1 ст. 2.6.3; 2) згадане у ч. 4 ст. 2.6.1 застосування кримінально-правових засобів до суб'єкта, який вчинив незакінчений злочин, є настільки очевидним, що без зазначення про це можна обійтись. Адже ті різновиди незакінченого кримінального правопорушення, у разі вчинення яких до суб'єкта *не* застосовуватимуться кримінально-правові засоби, вичерпним чином перераховані у проєкті нижче.

3. Ч. 5 ст. 2.6.1 пропонується викласти у такій редакції: «*Кримінально-правові засоби не застосовуються до особи, яка вчинила…*» (далі – за текстом). Однак це технічний момент. Куди важливіше значення має змістовний момент – пропонована у ч. 5 ст. 2.6.1 «лібералізація» кримінально-правового реагування на незакінчені кримінальні правопорушення.

Так, слідування положенню про невизнання кримінальним правопорушенням замаху на проступок призведе до виключення кримінальної відповідальності, наприклад, за замах на дрібне викрадення (ст. 6.1.9), незаконні дії з гуманітарною допомогою чи благодійними пожертвами (ст. 6.1.12), заволодіння предметом, що знаходиться на могилі, місці поховання або місці пам'яті (ст. 7.6.12). Це негативним чином вплине на запобігання кримінальним проступкам, адже будуть виникати ситуації, коли правоохоронці не матимуть підстав для вжиття заходів щодо недопущення вчинення закінчених кримінальних правопорушень.

Якщо наразі має місце «неефективність роботи правоохоронних органів щодо припинення злочинної діяльності на ранніх її етапах» (А. Горностай), то чи не погіршить таку вже невтішну ситуацію реалізація ч. 5 ст. 2.6.1? Інакше кажучи, чи є розглядуване положення проєкту кримінологічно обґрунтованим? Чи не призведе його застосування на практиці до того, що стане можливою відкрита підготовка до вчинення розповсюджених кримінальних правопорушень, до істотного послаблення мотивації працівників правоохоронних органів займатись профілактикою, до формування у потенційних делінквентів уявлення про безкарність підготовчих дій до вчинення кримінальних правопорушень?

4. Непростим на практиці може виявитись положення ч. 5 ст. 2.6.1 про невизнання кримінальним правопорушенням: а) готування до злочину 1–4 ступенів тяжкості (крім злочинів, караність готування до яких передбачена міжнародним договором України або актом ЄС); б) замаху на злочин 1–2

ступенів тяжкості (крім злочинів, караність замаху на які передбачена міжнародним договором України або актом ЄС). Складнощі можуть бути пов'язані зі встановленням переліку злочинів, караність готування до яких чи замаху на вчинення яких передбачена міжнародним договором України або актом ЄС. Цей перелік визначатиметься правозастосувачем у кожному конкретному випадку чи згадане негативне застереження вже змістовно відбите у тексті проєкту (у тому сенсі, що у ньому як закінчені злочини описані відповідні делікти, які за своїм загальним кримінально-правовим змістом є незакінченими злочинами)? З цього приводу Ю. Баулін (2022) зазначає, що «деякі Директиви передбачають, що в національному кримінальному законодавстві повинна бути встановлена кримінальна відповідальність за замах на той чи інший злочин незалежно від ступеня його тяжкості. В такому випадку вбачається доцільним перелічити статті Особливої частини, що передбачають певні злочини, замах на які є кримінально караними, що є важливим з огляду на вимогу юридичної визначеності». Поки що відповідних переліків у проєкті немає, а отже, про правову визначеність у вказаній частині говорити не доводиться.

Стаття 2.6.2. Готування до злочину

1. У ч. 1 ст. 2.6.2 знаходить відбиття підхід, згідно з яким саме і тільки успішне створення умов для вчинення злочину може розцінюватись як готування до нього: форми (способи) готування позначені за допомогою дієслів доконаного виду, що передбачають завершеність вказаних різновидів поведінки. У такий спосіб, узгоджений із підходом, який розробники проєкту послідовно реалізують в його Особливій частині, вдасться покласти край існуючим наразі дискусіям, позаяк готуванням визнаватиметься лише результативна поведінка.

З іншого боку, виходить, наприклад, що якщо особа була затримана на етапі створення вибухового пристрою, який не був готовим до застосування, то у діях такої особи не вбачатиметься готування до злочину, адже знаряддя вчинення злочину ще не було створене. Для порівняння: вжитий у ч. 1 ст. 14 чинного КК України термін «підшукування» (іменник, що утворився від дієслова недоконаного виду) дає можливість охопити як відповідний процес, так і його результат. Відповідно, кримінально протиправним має визнаватись не лише результативне підшукування знарядь і засобів злочину. Зазначена часткова декриміналізація підготовчих дій входила у наміри розробників проєкту?

2. З погляду ч. 1 ст. 14 КК чинного КК змова на вчинення злочину від підшукування співучасників відрізняється досягненням домовленості між декількома суб'єктами про спільне вчинення злочину; до моменту досягнення такої домовленості дії щодо залучення інших осіб для спільного вчинення злочину мають розцінюватись як підшукування співучасників. З точки зору ж ст. 2.6.2 проєкту постає питання, яким чином відрізнити того, хто «залучив співучасника», від того, хто «вступив в змову на вчинення злочину»? Результативне залучення співучасника є змовою на вчинення злочину; без досягнення домовленості неможливо залучити особу як співучасника. Відтак, мабуть, немає потреби у виокремленні залучення співучасника як діяння, що утворює готування до злочину (достатньо вказівки на вступ у змову на вчинення злочину).

3. Чи доцільно використовувати у тексті кримінального закону такий умовно-теоретичний зворот, як «невдала співучасть» (своєрідний науковий сленг)? Показово, що Р. Орловський (докторська дисертація, 2019) веде мову про випадки *так званого* невдалого організаторства, підбурювання та пособництва. Ба більше: самі розробники проєкту, сповідуючи домінуючий у правничій науці підхід, аналізовану кримінально-правову ситуацію пропонують розглядати під кутом не співучасті у злочині, а незакінченого злочину, вбачаючи у цьому разі готування до злочину (ч. 2 ст. 2.6.2), а в юридичній літературі (наприклад, І. Карпенко (2015), Р. Орловський (2019)) аргументується положення про безпідставність віднесення невдалої співучасті до проявів співучасті у злочині.

Вважається, що з погляду чинного кримінального закону оцінка невдалої співучасті як готування до злочину уможливлюється за рахунок використання у ч. 1 ст. 14 КК України іменника, утвореного від дієслова недоконаного виду, – підшукування («підшукування співучасників»). Як слушно зазначає Н. Маслак, «підшукування співучасників», яке становить зміст дій невдалого підбурювання та пособництва, слід розглядати як незакінчений процес, коли умови для вчинення злочину ще не створені і лише створюються. Саме тому такі дії можна кваліфікувати як готування до злочину. Натомість у ч. 1 ст. 2.6.2, як вже зазначалось, знаходить відбиття концептуально інший підхід. Зокрема, відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 2.6.2 готування до злочину вчинив той, хто «залучив співучасника».

Відтак постає питання, чи не виключає обстоюване розробниками проєкту розуміння готування до злочину як «успішної» («*вдалої*») поведінки оцінку *невдалої* співучасті як готування до злочину?

В юридичній літературі (Р. Орловський) вказується на принципову неможливість ототожнення невдалої співучасті із ситуаціями добровільної відмови співучасника: ситуації другого роду є предметом правового регулювання інституту співучасті у злочині, а питання першого – ні. Як видається, розробники проєкту таке ототожнення не відкидають, вбачаючи невдалу співучасть і у випадку відмови співучасника (треба так розуміти і вимушеної, і добровільної) від участі у злочині до початку виконання його об'єктивної сторони (п. 2 ч. 2 ст. 2.6.2). Звісно, такий підхід робочої групи має право на існування. При цьому виявляється, що ч. 2 ст. 2.6.2 не повністю узгоджена зі ст. 2.6.5, адже з її ч. 1 і ч. 4 випливає, що зумовлена добровільною відмовою невдала співучасть може розцінюватись і як готування до злочину, і як замах на нього.

4. Не зовсім вдало викладено ч. 3 ст. 2.6.2, відповідно до якої готування до злочину 5–9 ступеня тяжкості знижує його тяжкість на три ступеня. Мабуть, не готування як таке знижує тяжкість, а у випадку вчинення готування до злочину певної тяжкості його тяжкість (вибачайте за тавтологію) знижується на три ступеня.

До того ж наведене у ч. 3 ст. 2.6.2 положення не враховує виняток, про який йдеться у п. 3 ч. 4 ст. 2.6.1. З цієї норми випливає караність готування і до злочинів 1–4 ступенів тяжкості (йдеться про згадані вище випадки, передбачені міжнародним договором України або актом ЄС). У разі вчинення готування до таких злочинів їх тяжкість так само має знижуватись на три ступеня? Бажано внести ясність з цього питання.

Стаття 2.6.3. Замах на злочин

1. Змістовно положення ч. 2 ст. 2.6.2 про визнання замахом на злочин посягання на неналежного потерпілого, неналежний предмет, із відсутнім або непридатним знаряддям (засобом) сприймається і водночас видається непотрібним дублюванням ч. 2 ст. 2.4.7 «Фактична помилка» (*Дія або бездіяльність особи кваліфікується як замах на вчинення того кримінального правопорушення, яке особа мала намір вчинити, якщо… була відсутня обставина, яку особа безпідставно вважала ознакою складу кримінального правопорушення*).

Якщо замах на проступок не визнаватиметься кримінально протиправним, а ст. 2.6.2 присвячено замаху саме на злочин, то чому у ч. 2 цієї статті йдеться про предмет *кримінального правопорушення* і знаряддя (засіб) *кримінального правопорушення*?

Формулювання п. 1 ч. 2 ст. 2.6.3 залишає поза увагою ситуації, пов'язані з відсутністю належного потерпілого (предмета) на місці вчинення злочину.

2. Порівняно з дефініцією, наведеною у ч. 1 ст. 2.6.3, більш вдалим видається таке визначення: замахом на злочин є вчинення особою з прямим умислом діяння (дії або бездіяльності), безпосередньо спрямованого на вчинення злочину, передбаченого відповідною статтею Особливої частини цього Кодексу, коли розпочинається виконання об'єктивної сторони злочину, але при цьому злочин не було доведено до кінця з причин, що не залежали від волі особи (А. Горностай, 2011).

3. Визначення поняття замаху на злочин, яке містить зворот «частково виконав об'єктивну сторону складу закінченого злочину» (ч. 1 ст. 2.6.3), розрахована на виконавців (співвиконавців). У зв'язку з цим постає запитання, чи можуть вчиняти замах інші співучасники – організатор, підбурювач та пособник? З цього приводу у ч. 4 ст. 29 чинного КК закріплено чітке правило: у разі вчинення виконавцем незакінченого кримінального правопорушення інші співучасники підлягають кримінальній відповідальності за співучасть у незакінченому кримінальному правопорушенні. Бажано мати у проєкті подібне правило.

4. Дефініції понять закінченого і незакінченого замаху (ч. 4 ст. 2.6.3) вказують чомусь лише на *дії* (активна поведінка) при тому, що ч. 1 ст. 2.6.3 слушно визначає замах на злочин як *діяння*. «Наприклад, з метою позбавити життя лікар не під'єднує до кисню особу, яка має низьку сатурацію, але його бездіяльність була викрита і життя потерпілого врятували» (А. Горностай, 2022).

Критерій виділення закінченого і незакінченого замаху є доволі невизначеним (умовним), а вимушений характер недоведення злочину до кінця навряд чи повинен слугувати підставою для пом'якшення покарання за незакінчений замах. В основу поділу замаху на закінчений і незакінчений у проєкті традиційно покладено суб'єктивний чинник – уявлення винного, які можуть бути і помилковими. З огляду на сказане, сумнівним є використання цього чинника у ч. 5 ст. 2.6.2 як формалізованого показника, що по-різному впливатиме на тяжкість замаху на злочин 3–8 ступеня тяжкості.

5. Подібно до ч. 3 ст. 2.6.2 ч. 5 ст. 2.6.3 викладено невдало з редакційної точки зору. Крім того, ч. 5 ст. 2.6.3 не враховує виняток, про який йдеться у п. 4 ч. 5 ст. 2.6.1: згідно з цією нормою допускається караність замаху і на злочин 1 або 2 (а не лише 3–8) ступеня тяжкості. Поки що залишається

відкритим питання, чи знижуватиметься тяжкість незакінченого злочину й у такому випадку.

Стаття 2.6.4. Добровільна відмова

1. Використання у визначенні поняття добровільної відмови від доведення злочину до кінця (ч. 1 ст. 2.6.4), а також в інших частинах цієї статті зворотів «готування до злочину» і «замах на злочин» оцінюємо критично. У ч. 4 ст. 2.6.1 прямо вказується на те, що за наявності готування до злочину або замаху на злочин останній не доводиться до кінця *з причин, що не залежали від його волі*; для добровільної ж відмови характерне остаточне припинення суб'єктом злочину вчинюваного ним посягання *за своєю волею*. Ми не поділяємо точку зору розробників проєкту, згідно з якою у поведінці особи, яка надалі добровільно відмовляється від доведення злочину до кінця, спочатку мав місце склад незакінченого злочину. З огляду на згадану взаємовиключність причин, через які злочин може бути не доведений до кінця, добровільна відмова при незакінченому посяганні, з одного боку, і готування до злочину або замах на нього, з іншого – це, як вже зазначалось, кримінально-правові поняття-антиподи. Відтак визначати їх одне через одного неправильно. З огляду на сказане, ми змушені критично оцінити положення п. 3 ч. 1 ст. 2.1.8 проєкту про кваліфікацію добровільної відмови від доведення злочину до кінця з посиланням, зокрема, на ч. 1 або ч. 2 ст. 2.6.2 чи п. 1 або п. 2 ч. 4 ст. 2.6.3 цього Кодексу.

Фактично розробники проєкту відтворюють у цій частині концептуальні недоліки чинного КК. З огляду на те, що добровільна відмова від доведення злочину до кінця можлива у незавершеному злочині, яке *не має ознак готування або замаху, однак нагадує їх*, назву ст. 17 КК «Добровільна відмова при незакінченому кримінальному правопорушенні» і закріплене в її ч. 1 положення про припинення особою за своєю волею готування до кримінального правопорушення або замаху на нього слід визнати невдалими. «… точне застосування ч. 1 ст. 15 та ч. 1 ст. 17 КК унеможливлює добровільну відмову від замаху на кримінальне правопорушення, тому що неможливо одночасно виконати вимоги щодо припинення особою кримінального правопорушення за своєю волею і проти її волі... Цієї можливості її було позбавлено самим законодавцем, який змішав в одному законодавчому акті ідеї французької та німецької систем» (Ю. Гродецький).

Видається, що у поліпшеній ст. 2.6.4 має йтися про добровільну відмову особи від вчинення закінченого злочину. Це – остаточне припинення особою

за своєю волею з будь-яких мотивів створення умов для вчинення злочину або дій (бездіяльності), безпосередньо спрямованих на вчинення злочину, а також запобігання настанню злочинних наслідків, за наявності усвідомлення особою можливості доведення злочину до кінця. З-поміж іншого таке (подібне) формулювання дозволить легалізувати практику добровільної відмови на стадії, аналогічній закінченому замаху (класичний приклад: особа з метою позбавити життя іншу людину підмішує їй в їжу отруту, однак вчасно дає протиотруту та (або) викликає лікаря і таким чином рятує життя потерпілого).

Згідно з ч. 2 ст. 16 КК Іспанії не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка добровільно попереджає вчинення злочину, відмовившись від його завершення або попереджуючи настання наслідків, за винятком випадків, коли фактично вчиненні нею дії утворюють інший злочин або проступок. Такий різновид добровільної відмови, як перешкоджання настанню (запобігання) наслідків, що роблять злочинне діяння закінченим, знайшов відображення і в законодавстві інших зарубіжних країн, зокрема, Болгарії, Грузії, Данії, Італії, КНР, Норвегії, Фінляндії, Швейцарії. Не буде зайвим розглянути питання про доцільність включення у розділ 2.6 проєкту подібного положення.

2. Положення, вказане у ч. 2 ст. 2.6.4, логічно випливає з ч. 3 цієї статті і навряд чи потребує виокремлення. Водночас не бачимо потреби акцентувати увагу у цій нормі на закінченості кримінального правопорушення, склад якого є підставою для застосування кримінально-правових засобів до суб'єкта злочину при добровільній відмові. Тим більше, що у вчиненому до добровільної відмови можуть вбачатись ознаки як закінченого, так і незакінченого злочину. Формулювання ч. 2 ст. 17 чинного КК у цьому сенсі видається більш вдалим.

Стаття 2.6.5. Добровільна відмова при співучасті та провокації

1. Ця стаття, на відміну від ст. 2.6.4 (її ч. 3), нічого не говорить про те, чи підлягатиме співучасник кримінальній відповідальності, якщо вчинене ним до добровільної відмови містить склад іншого злочину. Відтак у цій частині бажано зробити відсилку до ст. 2.6.4.

2. Чи виправдано добровільною відмовою організатора, підбурювача чи пособника визнавати саме і лише дії, як про це йдеться у ч. 2 ст. 2.6.5? Хіба добровільна відмова цих співучасників («нейтралізація» ними свого внеску у вчинення злочину) не може полягати у бездіяльності? Наприклад,

організатор відмовився керувати злочином. «У пасивній формі добровільна відмова організатора можлива, наприклад, при здійсненні ним фінансування кримінально-протиправної діяльності. Існує низка кримінальних правопорушень, вчинення яких можливе тільки за наявності значних коштів. До таких кримінальних правопорушень можна віднести, наприклад, великомасштабні кримінально-протиправні операції по транспортуванню і реалізації зброї та наркотиків. Відсутність фінансування призведе до припинення кримінального правопорушення» (Ю. Гродецький). «…пособник при добровільній відмові у пасивній формі не здійснює такого сприяння злочину, на яке розраховує виконавець та без якого доведення злочину до кінця буде для такого виконавця ускладненим» (Т. Цибулін, 2015). «… будь-який співучасник має можливість добровільно відмовитись від участі у злочині у формі простої бездіяльності до моменту виконання своєї функціональної ролі як вона описана у кримінальному законі» (Р. Орловський).

3. Бажано у законодавчому порядку внести ясність з питання про кваліфікацію дій співвиконавця злочину, який добровільно припинив своє діяння, у випадку продовження злочину іншим співвиконавцем (співвиконавцями). Як слушно зазначається в літературі (З. Загиней-Заболотенко), ототожнювати умови добровільної відмови виконавця і співвиконавця злочину не можна. Адже співвиконавці, які вчиняють злочин, виступають як своєрідний «колективний суб'єкт», при цьому кожен з них може повністю виконувати об'єктивну сторону складу злочину або виконувати лише її частину.

Для наявності добровільної відмови співвиконавця недостатньо лише «вилучити» із загального діяння свою частину дій, а необхідно відвернути настання наслідків або своєчасно повідомити органам державної влади про злочин, що готується або вчиняється. «… добровільна відмова співвиконавця може полягати у пасивній відмові від продовження розпочатого злочину у випадках, коли таким співвиконавцем ще не вчинені дії, утворюють частину об'єктивної сторони злочину. Якщо ж співвиконавець вже виконав частину об'єктивної сторони злочину, для звільнення його від кримінальної відповідальності у зв'язку з добровільною відмовою необхідно, щоб такий співвиконавець своїми діями відвернув доведення злочину до кінця іншими співвиконавцями» (Р. Орловський). З огляду на сказане, у ч. 2 ст. 2.6.5 варто окремо згадати і про такого співучасника, як співвиконавець.

4. Ч. 3 ст. 2.6.5, присвячена особливостям відмови пособника, як видається, сформульована неповно, оскільки не охоплює всіх проявів відповідної бездіяльності пособника. Пособник може не надати необхідну інформацію, відмовитися від ролі посередника, вилучити уже надані засоби чи знаряддя вчинення злочину, відновити раніше усунені перешкоди тощо.

5. Алогічним (бо передчасним) є розміщення статті про добровільну відмову при співучасті перед нормами про співучасть, через що пропонується розглянути питання про розміщення цієї статті у розділі 2.7, присвяченому співучасті у кримінальному правопорушенні і дотичним до нього інститутам.

РОЗДІЛ 2.7.
СПІВУЧАСТЬ, ПРИЧЕТНІСТЬ ТА НЕОБЕРЕЖНЕ СПІЛЬНЕ СПРИЧИНЕННЯ НАСЛІДКУ

Назва цього розділу, з одного боку, є «інформативно-громіздкою» (за рахунок перерахування «суміжних» щодо співучасті у кримінальному правопорушенні субінститутів – причетності до злочину і необережного спільного спричинення наслідку), а, з іншого, не повною мірою відображає його зміст, бо не згадує так само відмінну від співучасті провокацію. Мабуть, слід бути послідовним: або вказати у назві розділу на всі відповідні «суміжні» поняття (включаючи провокацію злочину), або не згадувати у цьому разі жодне з таких понять, обмежившись використанням звороту «Співучасть у кримінальному правопорушенні».

Стаття 2.7.1. Поняття співучасті у кримінальному правопорушенні

1. Зі змісту розділу 2.7 випливає охоплення поняттям співучасті у кримінальному правопорушенні співвиконавства. Для встановлення його ознак звертатись до частин 4–6 статті 2.7.2, де наводяться визначення організатора, підбурювача і пособника, не потрібно. Ч. 2 ст. 2.7.1, в якій використано сполучник «та», вказану «факультативність» ознак згаданого різновиду співучасті не бере до уваги. Це саме стосується п. 3 ч. 1 ст. 2.10.9.

У зв’язку з формулюванням, наведеним у ч. 2 ст. 2.7.1, постає питання, чи є тотожними поняття «склад кримінального правопорушення, вчиненого у співучасті» та «склад кримінального правопорушення, вчиненого виконавцем та співвиконавцем»? Якщо так, як це узгоджується з тим, що проєкт, як і чинний КК, розрізняє виконавців (співвиконавців) і організаторів, підбурювачів, пособників? Якщо ні, то чи означає це те, що поведінка

організаторів, підбурювачів, пособників характеризується окремими складами? Якщо відповідь на друге поставлене питання є ствердною, чому ч. 2 ст. 2.7.1 не вказує на це, а натомість згадує про «ознаки, передбачені частинами 4–6 статті 2.7.2 цього Кодексу»?

2. У ч. 3 ст. 2.10.9 йдеться про те, що кримінальне правопорушення, вчинене у складі простої групи співучасником, який виконує одночасно декілька ролей, кваліфікується за статтею Особливої частини цього Кодексу про кримінальне правопорушення, вчинене виконавцем, із посиланням на кожну з частин 4, 5 або 6 статті 2.7.2 цього Кодексу, яка передбачає відповідний вид співучасника. Чи випливає з цього формулювання те, що «кримінальне правопорушення, вчинене у складі простої групи співучасником» та «кримінальне правопорушення, вчинене виконавцем» є двома різними кримінальними правопорушеннями? Якщо так, то як це узгоджується з визначенням кримінального правопорушення у ч. 1 ст. 2.7.1, яка говорить про співучасть у кримінальному правопорушенні як про спільне вчинення *одного* кримінального правопорушення?

3. Ч. 2 ст. 2.7.1, в якій йдеться про «склад кримінального правопорушення, вчиненого у співучасті», видається неузгодженою з ч. 1 ст. 2.1.3, згідно з якою складом кримінального правопорушення є сукупність передбачених цим Кодексом обов'язкових ознак, що визначають його об'єкт, об'єктивну сторону, суб'єкта та суб'єктивну сторону. При цьому у статтях 2.2–2.4, які стосуються ознак, що визначають об'єкт, об'єктивну сторону, суб'єкта та суб'єктивну сторону, про співучасть не згадується. Виходить, що склад кримінального правопорушення, вчиненого у співучасті (ч. 2 ст. 2.7.1) має свої особливості, які, однак, не обумовлені ч. 1 ст. 2.1.3.

4. Положення про склад кримінального правопорушення, вчиненого у співучасті (ч. 2 ст. 2.7.1) є сумнівним і через те, що воно (причому, як видається, у дещо ширшому форматі) дублюється у ч. 1 ст. 2.10.9, в якій йдеться про кваліфікацію кримінального правопорушення, вчиненого у співучасті. Таке дублювання нормативного матеріалу навряд чи небажане. Крім цього, воно зайвий раз схиляє до думки про те, що правила кваліфікації, наразі зосереджені у ст. 2.10.9, краще розмістити у розділі 2.7. Це дозволило б максимально узгодити зміст відповідних положень проєкту і (головне) забезпечило б зручність при застосуванні потенційного кримінального закону.

Стаття 2.7.2. Види співучасників кримінального правопорушення

1. Організатор кримінального правопорушення – це передусім особа, яка організувала його вчинення, що не знайшло безпосереднього відбиття у ч. 4 ст. 2.7.2. Тому постає запитання, ким є особа, яка організувала вчинення кримінального правопорушення, однак у подальшому ним керувала інша особа? Автори проєкту пропонують не розмежовувати організацію кримінального правопорушення та керування ним. До моменту досягнення домовленості про вчинення кримінального правопорушення, а, можливо, і підготовки до нього, навряд чи можна говорити про керування, оскільки ще немає ким і чим керувати. У цій ситуації доцільніше вести мову саме про організацію кримінального правопорушення. Розв'язати позначену проблему можна одним із двох способів: 1) поняття «керівництво вчиненням кримінального правопорушення» тлумачити поширювально, охоплюючи ним організацію делікту; 2) викласти відповідне положення проєкту в такій редакції «організувала вчинення кримінального правопорушення (керувала ним)».

Ч. 3 ст. 2.7.5 визнає злочин вчиненим у складі організованої групи за умови участі у злочині трьох або більше співучасників, хоча б один з яких є організатором такої групи. При цьому розділ 2.7 не визначає поняття «організатор організованої групи». У ч. 4 ст. 2.7.2 наводиться визначення поняття організатора кримінального правопорушення, а не організованої групи. Вочевидь, варто або викласти ч. 4 ст. 2.7.2 у спосіб, подібний до ч. 3 ст. 27 чинного КК, яка називає організатора організованої групи чи злочинної організації організатором кримінального правопорушення, або розмежувати поняття «організатор організованої групи» та «організатор кримінального правопорушення».

Організатором є особа, яка створила просту чи організовану групу, а так само злочинну організацію, що вчинили кримінальне правопорушення. Відтак особа, яка створила одне з таких об'єднань, яке не вчинило кримінального правопорушення, не визнаватиметься організатором кримінального правопорушення. Водночас таку поведінку є підстави оцінити як готування до злочину, а саме як вступ у змову на вчинення злочину. Однак ця функція організатора стосується кримінального правопорушення, а в п. 2 ч. 1 ст. 2.6.2 йдеться про готування лише до злочину.

Ч. 4 ст. 2.7.2 викликає сумніви ще й через те, що така поведінка як створення простої чи організованої групи або злочинної організації може мати місце поза контекстом порушення норми-заборони Особливої частини

КК і навіть поза контекстом готування до кримінального правопорушення в розумінні ст. 2.6.2. Наприклад, три особи домовилися про систематичне вчинення в майбутньому злочинів і при цьому не мають планів вчинення конкретних кримінальних правопорушень. Очевидно, що в цьому випадку відбулося створення організованої групи, однак вкрай сумнівно, що осіб, які це зробили, можна назвати організаторами кримінального правопорушення, вчинення якого має на меті група, оскільки учасники групи не вчинили навіть підготовчих дій для вчинення конкретного кримінального правопорушення. Особливості кримінальної відповідальності таких «організаторів кримінального правопорушення» за проєктом залишаються не зовсім зрозумілими.

Постає також питання, якими є особливості діяльності організатора кримінального правопорушення, який координував діяльність двох чи більше організованих груп або злочинних організацій, адже така поведінка може відбуватися поза контекстом вчинення конкретних кримінальних правопорушень. Які саме кримінальні правопорушення у такому разі «організовувала» особа? Виглядає дещо дивним, що таких «організаторів кримінальних правопорушень» обходить і ст. 2.7.6.

2. Використання у ч. 5 ст. 2.7.2 звороту «шляхом віддання *злочинного* розпорядження чи наказу» породжує питання, чи визнаватиметься підбурювачем особа, яка схилила іншого співучасника до вчинення кримінального проступку. Однак загалом визначення підбурювача, наведене у ч. 5 ст. 2.7.2, із змістовної точки зору є прийнятним. Щоправда, з урахуванням напрацювань правничої науки (зокрема, кандидатська дисертація О. Ус) це визначення пропонується викласти у такій редакції: «Підбурювачем є особа, яка шляхом переконання або (та) примусу схилила іншого співучасника до вчинення злочину».

3. Пособником у проєкті визнається, зокрема, той, хто сприяв іншому співучаснику вчинити кримінальне правопорушення наданням знаряддя (засобу) кримінального правопорушення. Визначення такого знаряддя (засобу) наведене у ст. 2.2.8. При цьому у ч. 5 ст. 27 чинного КК, де закріплено визначення поняття пособника, йдеться про надання засобів чи знарядь – без уточнення їх «кримінально-правового статусу». Чи не виникне у цьому разі прогалина у вигляді невизнання пособником того, хто сприяв вчиненню кримінального правопорушення шляхом надання предметів, які не можна визнати такими, що «використовуються… для *полегшення* вчинення

кримінального правопорушення» (наприклад, засоби зв'язку, одяг, продукти харчування)?

Закріплення у ч. 6 ст. 2.7.2 вичерпного переліку дій (способів), які утворюють пособництво (навіть попри наявність у ньому слушних вказівок на надання інформації та посередництво, відсутніх у попередніх варіантах проєкту), вимушені оцінити критично. Розуміємо, що послідовно обстоювана розробниками проєкту ідея вичерпного переліку способів сприяння вчиненню кримінального правопорушення відповідає вимогам законодавчої техніки і принципу правової визначеності. На практиці, однак, можуть мати місце і відмінні від перерахованих у ч. 6 ст. 2.7.2 способи сприяння, і неврахування цієї обставини своїм наслідком матиме безпідставне виключення кримінальної відповідальності особи як пособника. Нагадаємо, що автор відповідної наукової кваліфікаційної роботи Т. Цибулін, вважаючи, що ч. 5 ст. 27 чинного КК обмежує потенціал кримінально-правової протидії пособництву, пропонував викласти цю норму у редакції, яка б уможливлювала визнання пособником і того, хто іншим чином сприяв вчиненню злочину. Формування вичерпного переліку способів пособництва у законі про кримінальну відповідальність є недосконалим підходом до визначення засад кримінальної відповідальності пособника, оскільки у такому разі поза межами правового регулювання залишаються інші за своєю правовою природою суспільно небезпечні способи сприяння вчиненню злочину. До слова обидва офіційні опоненти по цій роботі (В. Навроцький – один із розробників проєкту і З. Загиней-Заболотенко) схвально оцінили такий підхід.

Відтак при доопрацюванні проєкту пропонуємо повернутись до питання про відмову від згаданого вичерпного переліку – такого собі радянського спадку. На перспективність цього варіанту поліпшення вітчизняного законодавства шляху вказує і релевантний зарубіжний досвід. Не можемо не вказати і на те, що ч. 5 ст. 2.7.5, присвячена підбурюванню, вичерпний перелік відповідних дій (способів) не закріплює.

Доречність сприйняття пропонованого нами підходу у проєкті зумовлена, наприклад, необхідністю давати кримінально-правову оцінку поведінці тих осіб, які, не будучи учасниками організованих груп або злочинних організацій, сприяють злочинному лідерству шляхом встановлення або поширення злочинного впливу, а отже, мають визнаватись пособниками у вчиненні злочину, передбаченого ст. 7.1.9.

4. Положення ч. 2 і ч. 3 ст. 2.7.2 «цементують» усталений в українському кримінальному праві підхід до розуміння виконавця (співвиконавця). Щоправда, з погляду кримінального права держав континентальної Європи такий підхід виглядає архаїчним (наприклад, німецьке кримінальне право відмовилося від нього ще в 1930-их роках) через свою неспроможність охопити всі можливі кримінально-правові ситуації. Зокрема, виконавець, який використовує для вчинення кримінального правопорушення осіб, які не підлягають кримінальній відповідальності, не «виконує» об'єктивну сторону кримінального правопорушення, а приписування йому поведінки особи, яка не підлягає відповідальності, має характер юридичної фікції. Сучасне кримінальне право багатьох держав континентальної Європи (наприклад, ФРН та Іспанії) підходить до питання відмежування виконавця (співвиконавця) від підбурювача та пособника не з позицій формально-об'єктивної теорії, а з позицій суб'єктивної теорії (з огляду на спрямованість волі особи) чи теорії контролю над діянням (з огляду наявності в особи контролю над процесом порушення норми кримінального права).

До того ж і судова практика Україна вже давно сформувала позиції, які йдуть всупереч тезі про те, що виконавцем (співвиконавцем) кримінального правопорушення є особа, яка повністю чи частково виконала об'єктивну сторону кримінального правопорушення. Зокрема, про це свідчать позиція щодо кваліфікації співвиконавства в умисному вбивстві, коли такими співвиконавцями визнаються особи, які вчиняли діяння, що взагалі можуть не перебувати в причинному зв'язку із заподіянням смерті потерпілому. Створюється враження, що обмеженість ч. 2 і ч. 3 ст. 2.7.2 проєкту визнають й самі його автори, зазначаючи в ч. 2 ст. 2.7.6, що інший, крім організатора, учасник організованої групи чи злочинної організації підлягає кримінальній відповідальності *як виконавець* злочину, у вчиненні якого він брав участь, *незалежно від тієї ролі,* яку він виконував при вчиненні злочину.

5. Навіть якщо погодитись з тим, що вчинення злочину у складі простої групи має автоматично (беззастережно) підвищувати тяжкість злочину на один ступінь, не зовсім зрозуміло, чому подібний підхід не реалізовано щодо того, хто вчиняє кримінальне правопорушення з використанням іншої особи, яка не підлягає кримінальній відповідальності (п. 3 ч. 3 ст. 2.3.1)? У проєкті не спостерігається спроб вирішити проблему «фактичної співучасті», тобто належного кримінально-правового реагування на феномен спільного вчинення злочину його суб'єктом та особою, яка не має всіх ознак суб'єкта. Це навряд чи можна оцінити схвально, адже інтереси потерпілих від

групових (особливо насильницьких) злочинних посягань потребують посилення кримінальної відповідальності й у тому разі, коли злочини вчиняють дві або більше особи незалежно від їх кримінально-правового статусу (тобто і тоді, коли співучасті через відсутність множинності суб'єктів немає). Спільне (групове) посягання декількох осіб, навіть якщо не всі вони наділені ознаками суб'єкта злочину, дозволяє швидше і легше подолати опір потерпілого, придушити його волю і приховати сліди скоєного, завдати людині більшої шкоди тощо. Як слушно зазначає з цього приводу Н. Антонюк, критично важливо закріпити державну кримінально-правову політику таким чином, щоб використання осіб, які не можуть бути суб'єктами злочину, було співмірним зі співучастю для учасника, який володіє ознаками суб'єкта злочину. Потрібно забезпечити диференціацію кримінальної відповідальності за таке діяння порівняно з діяннями, які як фактично, так і юридично вчиняються як одноособові. Це дасть змогу враховувати також сам факт залучення інших осіб для вчинення злочину, що також приводить до зростання суспільної небезпеки вчинюваного, адже може формувати у цих осіб суспільно небезпечні наміри і піднімати їх толерантність до девіантної поведінки (див.: Антонюк Н.О. Загальні засади диференціації кримінальної відповідальності за суспільно небезпечні діяння, вчиненні декількома особами. *Право і суспільство*. 2020. № 2. Ч. 3. С. 14–15).

Стаття 2.7.3. Співучасть у кримінальному правопорушенні зі спеціальним суб'єктом

Оскільки практика потребує чітких законодавчих орієнтирів із питання про співучасть у кримінальному правопорушенні зі спеціальним суб'єктом, сам факт включення цієї статті до проєкту слід оцінити схвально. Втілена у ній теоретична позиція, звісно, має право на існування. Щоправда, з питання про можливість (не-)визнання співвиконавцем кримінального правопорушення зі спеціальним суб'єктом тієї особи, якій не притаманні ознаки такого суб'єкта, можливий й інший підхід. Його суть полягає в тому, що із загального правила, згідно з якими при співучасті в кримінальних правопорушеннях із спеціальним суб'єктом виконавцями можуть бути лише особи, які наділені ознаками спеціального суб'єкта, існують винятки у вигляді входження до складу співвиконавців осіб, які не є спеціальними суб'єктами.

Так, українські науковці В. Навроцький, В. Терентьєв, А. Осадча, В. Устименко, Н. Федорович та ін. висловлюють думку про те, що особа, не

наділена ознаками спеціального суб'єкта, може виступати співвиконавцем кримінального правопорушення, який об'єднує декілька самостійних суспільно небезпечних діянь, для вчинення одного з яких не потрібна наявність ознак спеціального суб'єкта. Подібним чином висловлюється С. Шапченко: об'єктивна сторона окремих злочинів, юридичний склад яких передбачає спеціального суб'єкта, може включати в себе не одне, а декілька діянь; причому одне діяння може вчинити лише спеціальний суб'єкт, а інше (інші) – як спеціальний, так і загальний суб'єкти. Якщо це інше діяння вчиняє загальний суб'єкт, правозастосовна практика розглядає його як співвиконавця злочину.

Отже, нам більше імпонує відмінний від втіленого у ст. 2.7.3 підхід, згідно з яким: одним із співвиконавців є спеціальний суб'єкт, який вчиняє свою частину об'єктивної сторони певного діяння; інша ж особа, яка не є спеціальним суб'єктом, може вчиняти це ж кримінальне правопорушення в іншій частині – у тій, яка не пов'язана із виконанням діяння, зумовленого «статусом» певного спеціального суб'єкта. Тобто загальний суб'єкт може бути співвиконавцем кримінального правопорушення, відповідальність за яке передбачена для спеціального суб'єкта, але тільки якщо він безпосередньо вчиняє певне діяння (виконує об'єктивну сторону) разом зі спеціальним суб'єктом. Таку логіку міркувань пропоноване у проєкті визначення поняття співвиконавця (ч. 3 ст. 2.7.2), як видається, не виключає. Водночас усвідомлюємо, що гостроту позначеної проблеми у проєкті суттєво знівельовано з огляду на: а) обстоюване його розробниками положення про входження до складу простої групи не лише співвиконавців; б) позбавлене конкретності положення про призначення покарання співучасникам кримінального правопорушення з урахуванням характеру та ступеня участі кожного з них у вчиненні кримінального правопорушення (ст. 3.3.5).

Стаття 2.7.4. Провокація злочину

1. Цю статтю (задля збереження логіки викладення нормативного матеріалу) доцільно розмістити поряд із статтями 2.7.8. і 2.7.9, присвяченим так само відмінним від співучасті поняттям; зараз ця стаття не «на своєму місці».

2. Пропоноване визначення провокації розраховане лише на правоохоронців та їх агентів. Такий підхід, узгоджуючись із вказівкою на спеціального суб'єкта одного з кримінальних правопорушень проти сприяння правосуддю (ст. 8.2.11), мабуть, виходить з того, що на практиці з

урахуванням правових позицій ЄСПЛ зазвичай розмежовується провокаційна поведінка правоохоронців, з одного боку, і здійснюваний ними дозволений (правомірний) контроль за вчиненням злочину, з іншого. Створюється враження, що в частині «неполіцейської» провокації розробники проєкту поділяють традиційний підхід, згідно з яким «жодних обґрунтованих доводів щодо необхідності виокремлення провокатора як окремого виду співучасника в юридичній науці надано не було» (Р. Орловський, 2019).

Якщо «вдале» спонукання особи до вчинення злочину задля застосування до неї кримінально-правових засобів буде вчинено не прокурором, службовою особою органу правопорядку або особою, яка діє за їх завданням, кримінальна відповідальність (треба так розуміти) наставатиме на загальних підставах – за підбурювання до кримінального правопорушення, бо визначення поняття підбурювача (ч. 5 ст. 2.7.2) охоплює і провокаційну поведінку. З цієї норми проєкту випливає, що підбурювач може діяти, керуючись різною мотивацією та переслідуючи різні цілі; і однією з них, вочевидь, може виступати викриття порушника кримінально-правової заборони і подальше застосування щодо нього кримінально-правових засобів.

Зроблене припущення, однак, не виглядає безспірним з огляду, зокрема, на те, що підбурювач – це вид співучасника, а співучасть визначається як спільне вчинення умисного кримінального правопорушення двома або більше його суб'єктами *за змовою* між ними, досягнутою усно, письмово чи шляхом конклюдентних дій до моменту закінчення такого правопорушення (ч. 1 ст. 2.7.1). Чи доречно вести мову про змову між провокатором злочину і спровокованим суб'єктом?

Крім цього, самі розробники проєкту наголошують на відмінності провокації злочину (щоправда, лише «поліцейської») від співучасті у кримінальному правопорушенні («не є співучастю провокація злочину…»).

Висновок про відмінність між провокатором злочину і підбурювачем кримінального правопорушення випливає і зі ст. 2.6.5 «Добровільна відмова при співучасті та провокації».

Відтак не можуть не поставати питання, чи не призведе закріплення вказівки на «спеціального» суб'єкта провокації злочину до прогалин у законодавчій регламентації «неполіцейської» провокації і чому остання не потребує предметного відбиття у перспективному кримінальному законі. З'ясовану невизначеність з питання про кримінально-правове реагування на провокаційну поведінку суб'єктів, відмінних від правоохоронців та осіб, які

діють за їх завданням, навряд чи можна оцінити схвально. До слова мету, вказану у ч. 1 ст. 2.7.1 («з метою застосування до спровокованої особи кримінально-правових засобів»), орієнтовану на широкий суб'єктний склад провокації, можуть переслідувати не лише правоохоронці та їх агенти.

Зі сказаного випливає, що ухвалення проєкту як закону не покладе край дискусіям стосовно юридичної природи провокації кримінального правопорушення, попри загалом схвальне бажання розробників проєкту доводити розгляд кримінально-правових проблем до чітких законодавчих формулювань.

3. Використаний у ч. 2 ст. 2.7.4 зворот «надання їй можливості його вчинити під контролем прокурора чи органу правопорядку, який здійснюється відповідно до закону» сприймається неоднозначно. З одного боку, він явно перегукується з позицією ЄСПЛ і, відповідно, позицією, національних судів щодо правомірності саме і тільки *пасивного розслідування* злочину (інакше матиме місце підбурювання до злочину, а отже, провокація). З іншого, формулювання, яке міститься в ч. 2 ст. 2.7.4, навряд чи адекватно відображає те, що фактично відбувається під час проведення контролю над вчиненням злочину як НС(Р)Д.

Так, спеціальний слідчий експеримент (одна з форм контролю за вчиненням злочину) полягає у створенні слідчим та оперативним підрозділом відповідних умов в обстановці, максимально наближеній до реальної, з метою перевірки дійсних намірів певної особи, у діях якої вбачаються ознаки тяжкого чи особливо тяжкого злочину, спостереження за її поведінкою та прийняттям нею рішень щодо вчинення злочину (підпункт 1.12.14 Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, затв. наказом Генеральної прокуратури України, МВС України, СБУ, Адміністрації ДПС України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16 листопада 2012 р. № 114/1042/516/1199/936/1687/5).

У вироках ВАКС нерідко зустрічаються висловлювання на кшталт «Ураховуючи специфіку вчинення корупційних кримінальних правопорушень, їх високу латентність, особу обвинуваченого, який був суддею, отримати докази в цьому кримінальному провадженні *інакше як за допомогою комплексу синхронізованих НС(Р)Д було неможливим або дуже складним…* З огляду на суддівський імунітет обвинуваченого, контроль на етапі ініціювання надання дозволу на проведення щодо нього НС(Р)Д (проведення яких здійснюється з дозволу слідчого судді) та санкціонування

проведення дій, що імітують злочинну поведінку, здійснювався заступником Генерального прокурора – керівником САП і прокурором у кримінальному провадженні відповідно, а в частині надання дозволу на проведення аудіо- та відео-контролю особи забезпечувався слідчим суддею». Показово і те, що один із розробників проєкту М. Хавронюк (див.: Альтернативний звіт з оцінки ефективності впровадження державної антикорупційної політики. К., 2021) складовою контрольованого вчинення злочину, відмінного від провокації злочину, називає *створення* уповноваженим суб'єктом *можливостей* для реалізації наміру особи вчинити злочин.

Тому замість надання особі можливості вчинити злочин під контролем у ч. 2 ст. 2.7.4 проєкту (за умови її збереження – прирощування нової практично значимої інформації вона не містить) бажано вказати на створення відповідною службовою особою обстановки, потрібної для реалізації виявленого наміру вчинити злочин (варіант: використати інше подібне (узагальнене) формулювання, яке дозволить охопити активності, що становлять зміст різних форм контролю за вчиненням злочину як НС(Р)Д, – спеціального слідчого експерименту, контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупки, імітування обстановки злочину).

Інакше не виключено, що захисники у кримінальних провадженнях будуть звертати увагу на активну поведінку органів правопорядку з контролюю за вчиненням злочину, а отже, на нібито вчинення ними провокації злочину. Такому негативному сценарію може сприяти те, що згаданий у ч. 2 ст. 2.7.4 контроль органу правопорядку, здійснюваний відповідно до закону, може тлумачитись не зовсім як «контроль за вчиненням злочину» у сенсі КПК.

До речі, вказівка ч. 2 ст. 2.7.4 на контроль, здійснюваний відповідно до закону, також здатна на практиці зіграти злий жарт. Уявимо ситуацію: службова особа органу правопорядку здійснює виявлення вже існуючого в особи та вираженого зовні наміру на вчинення певного злочину і надає їй можливість його вчинити (краще, повторимо, створює таку можливість), але це відбувається з порушенням порядку, закріпленого законом (наприклад, контроль за вчиненням злочину здійснюється до винесення процесуального рішення (постанови прокурора) або після закінчення визначеного у цьому документі строку проведення такої НС(Р)Д; відсутність у матеріалах кримінального провадження письмової згоди особи на конфіденційне співробітництво з органом досудового розслідування; до співробітництва на конфіденційних засадах залучено осіб, яким це заборонено КПК; проведення

контролю за вчиненням злочину у провадженні щодо злочину, який не належить до тяжких або особливо тяжких; помилка в об'єкті НС(Р)Д).

Така неправомірна поведінка правоохоронця не повинна визнаватись провокацією (бо він у цьому разі виявив відповідний намір, а не породив його), хоч ч. 2 ст. 2.7.4, як видається, уможливлюватиме й інше тлумачення. На користь думки про те, що подібна інтерпретація аналізованого положення проєкту не виключається, наведемо такі висловлювання: «… як провокацію однозначно потрібно розцінювати ті випадки, коли оперативний працівник навмисно залучає потенційного свідка до проведення оперативно-розшукових заходів щодо особи до відкриття кримінального провадження, надає такому свідку до першої зустрічі з особою засоби прихованого звукозапису і відеофіксації подій, а також ідентифіковані помічені грошові кошти для організації їх передачі як неправомірної вигоди особі, фактично проводячи в такий спосіб контроль за вчиненням злочину в межах оперативно-розшукової справи… до внесення відомостей до ЄРДР у межах реалізації п. 7-1ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» будь-яке контрольоване вчинення корупційного діяння можна вважати провокацією» (див.: Грібов М.Л., Венедіктов А.А., Венедіктова Ю.Є. Контроль за вчиненням корупційних злочинів, пов'язаних із підкупом: питання законності. *Криміналістичний вісник*. 2021. № 2. С. 12). .

4. У ч. 4 ст. 2.7.4 йдеться про те, що особа, яка вчинила *злочин* внаслідок провокації, підлягає кримінальній відповідальності з урахуванням положення п. 11 ч. 1 ст. 3.3.2. Згідно з останньою до ознак, які пом'якшують покарання за злочин або проступок, належить з-поміж іншого вчинення *кримінального правопорушення* внаслідок провокації. При цьому у ст. 8.2.11 (як і ст. 2.7.4) йдеться про провокацію тільки *злочину.* Зі сказаного не зовсім зрозуміло, чи можна спровокувати кримінальний проступок. У цій частині положення проєкту варто узгодити.

У проєкті немає положення про вплив на покарання порушника кримінально-правової заборони тієї обставини, що кримінальне правопорушення було спровоковано іншим суб'єктом, а не прокурором, службовою особою органу правопорядку або особою, яка діє за їх завданням. Можливо, саме цю обставину (а не вчинення кримінального правопорушення внаслідок «поліцейської» провокації, про значення якої йтиметься нижче) є сенс визнавати пом'якшувальною обставиною. Зараз це не так, не дивлячись на універсальність формулювання п. 11 ч. 1 ст. 3.3.2, адже в проєкті відбите розуміння провокації як поведінки лише правоохоронців та їх агентів.

5. На перший погляд, присвячена відповідальності спровокованої особи ч. 4 ст. 2.7.4 відповідає підходу, сповідуваному ЄСПЛ. Останній залишає національним державним органам право вирішувати, в якому (матеріально-правовому або процесуальному) порядку має здійснюватись захист від провокаційної поведінки правоохоронців (рішення ЄСПЛ у справі «Матановіч проти Хорватії» від 4 квітня 2017 р., п. 126).

Виходить, що застосування кримінально-правових засобів щодо спровокованої правоохоронцями особи залишатиметься похідним від дотримання конвенційного положення про справедливий судовий розгляд і, відповідно, визнання допустимості (недопустимості) доказів. Наразі через порушення конвенційного права на справедливий судовий розгляд кримінальна відповідальність спровокованої особи унеможливлюється, адже кримінальне провадження стосовно неї підлягає закриттю за п. 3 ч. 1 ст. 284 КПК або у цьому разі ухвалюється виправдувальний вирок через недоведеність злочину, в якому обвинувачується особа (п. 1 ч. 1 ст. 373 КПК). Можна сказати, що провокація кримінального правопорушення тягне настання процесуальної відповідальності, і набрання чинності новим КК за збереження підходів, втілених наразі в його проєкті, цю ситуацію навряд чи змінить. За таких обставин і з огляду на те, що провокація злочину за проєктом – це саме і тільки «поліцейська» провокація, постає питання, чи варто декларувати про настання (хай і пом'якшеної) кримінальної відповідальності особи, яка вчинила злочин внаслідок провокації? Яке покарання мається на увазі, якщо «поліцейська» провокація внаслідок «дискредитації» доказів (через дотримання правових позицій ЄСПЛ) виключає кримінальну відповідальність спровокованої особи?

На жаль, кримінально-правова наука не може похизуватись наявністю чіткої і несуперечливої позиції з питання про кримінальну відповідальність спровокованої особи, яка (позиція) могла б бути «взята на озброєння» розробниками проєкту (див.: Дудоров О.О. Провокація злочину і перспективи кримінального закону. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 8. С. 418–423). Тому роботу в цій частині фахівцям, зокрема розробникам проєкту варто продовжити. Інакше роль первинного, за логікою речей, матеріального кримінального закону безпідставно принижуватиметься. Питання про застосування кримінально-правових засобів до суб'єкта, спровокованого правоохоронцями та їх агентами, потребує кваліфікованого вирішення не лише в контексті допустимості (недопустимості) доказів, на що орієнтують правові позиції ЄСПЛ, які

утворюють концепцію «поліцейської» провокації, а й, зокрема, з урахуванням тяжкості вчиненого кримінального правопорушення.

Менш трудомісткий варіант – просто виключити ч. 4 зі ст. 2.7.4, виходячи з того, що проблема кримінальної відповідальності спровокованої особи (як це має місце і тепер) буде розв'язуватись у процесуальній площині.

Стаття 2.7.5. Форми співучасті

1. На жаль, проєкт, як і чинний КК, не дає однозначної відповіді на питання, який підхід до проблеми «спільних злочинних зусиль» втілюють його положення щодо співучасті у злочині. З одного боку, розрізнення виконавця (співвиконавця) та організатора, підбурювача та пособника свідчить про підхід, який в іноземній доктрині називається диференційованим. З іншого боку, з ч. 2 ст. 2.7.5 випливає, що і випадки спільного вчинення кримінального правопорушення, наприклад, виконавцем і «другорядним» співучасником, і випадки спільного вчинення кримінального правопорушення, наприклад, двома співвиконавцями утворюють одну форму співучасті. Як наслідок, розрізнення виконавця (співвиконавця) і організатора, підбурювача та пособника серйозно підривається (щоб не сказати – нівелюється), а це загалом характерно для так званого унітарного підходу до розв'язання проблеми «спільних злочинних зусиль», у межах якого всі особи, які зробили каузальний внесок у порушення норми кримінального права, визнаються його виконавцями.

Вчинення злочину у складі простої групи, яка охоплює (якщо використати традиційну термінологію), співучасть з розподілом ролей, в Особливій частині проєкту наскрізно віднесено до ознак, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь. Сумніваємось у тому, що тяжкість злочину, вчиненого у складі простої групи (наприклад, злочин вчинено не одноособово, а виконавцем, якого схилив до цього підбурювач), за однаковості інших умов завжди є більшою, ніж тяжкість злочину, вчиненого індивідуально. У будь-якому разі «ціна» цього питання, відбита у ст. 3.2.5. «Санкції за злочини», виглядає зависокою.

Друга пропонована ознака простої групи («досягнення між ними змови про спільне його вчинення до моменту його закінчення») є зайвою, оскільки вона дублює загальну (родову) ознаку співучасті у кримінальному правопорушенні (ч. 1 ст. 2.7.1).

2. За логікою речей, кожна наступна форма співучасті у кримінальному правопорушенні має включати в себе ознаки попередньої форми і водночас

містити свої відмітні ознаки. Створюється враження, що у ст. 2.7.5 не дотримується відомий доктрині «принцип матрьошки», відповідно до якого менш небезпечна форма співучасті своїми ознаками входить до більш небезпечної форми співучасті. Наприклад, група з трьох або більше співучасників (один із них є організатором такої групи), які попередньо об'єднались із метою спільного вчинення двох або більше злочинів на чітко визначений період, не є ані простою групою, ані організованою групою – якщо буквально виходити із взаємовиключних визначень цих груп, сформульованих у ч. 2 і ч. 3 ст. 2.7.5. Не менш проблемною виглядає і така ситуація: наявні всі ознаки організованої групи, крім того, що жоден із членів групи не є організатором (наприклад, всередині групи горизонтальні відносини, і немає того, хто керує групою, а ті, хто колись створював групу, один за одним вибули з її складу). Можна моделювати й інші подібні ситуації, які, вочевидь, демонструють прогальність ст. 2.7.5.

3. Запропонований мінімальний кількісний склад злочинної організації (у п'ять осіб) не відповідає ні законодавчому досвіду більшості розвинених країн Європи, ні міжнародним документам, які вимагають криміналізації участі в злочинній організації і мають бути важливими орієнтирами при конструюванні норми про групові форми співучасті. Варто наголосити на тому, що у цих документах – Рамковому рішенні Ради ЄС про боротьбу з організованою злочинністю від 24 жовтня 2008 р. (Рішення) та Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності від 15 листопада 2000 р. (Конвенція) – йдеться про одне й те саме злочинне об'єднання (з однаковими параметрами), яке, однак, позначено різними термінами: «організована група» (Конвенція) та «злочинна організація» (Рішення). Тому якщо розробниками проєкту ухвалено рішення регламентувати обидві ці організовані форми співучасті, слід чітко розділити їх за ознаками, що істотно впливають на їх суспільну небезпеку (тяжкість). По-перше, це може бути мінімальна кількість злочинів (для організованої групи – один або більше, а для злочинної організації – два або більше). По-друге, для злочинної організації обов'язковою ознакою можна зробити таку форму структурованості, як ієрархічність. По-третє, з визначення організованої групи можна прибрати таку ознаку, як створення групи на невизначений час.

4. Визначення терористичної групи, наведене ч. 5 ст. 2.7.5, спонукає висловити такі міркування. По-перше, словосполучення «негайне вчинення злочину» видається невдалим. Терористичні групи не завжди створюються для негайного вчинення злочину. Англійське слово «immediate», яке

вживається в дефініціях злочинних об'єднань у кримінальному законодавстві зарубіжних країн і міжнародних документах (Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності від 15 листопада 2000 р., Директива (ЄС) 2017/541 Європейського Парламенту та Ради від 15 березня 2017 року про боротьбу з тероризмом і заміну Рамкового рішення Ради 2002/475/ЈНА та внесення змін до Рішення Ради 2005/671/ЈНА), можна тлумачити не лише як негайний, миттєвий, найближчий, а й як безпосередній. Саме друге значення у нашому випадку є більш доречним.

По-друге, терористичні об'єднання варто класифікувати на просту терористичну групу, організовану терористичну групу і терористичну організацію, узгодивши відповідні дефініції з формами співучасті, передбаченими частинами 2, 3, 4 ст. 2.7.5. Водночас у розділі 7.2 «Злочини проти безпеки від тероризму» слід регламентувати відповідальність (на рівні окремих статей) за створення організованої терористичної групи та участь в ній, а також за створення терористичної організації та участь в ній (як це має місце щодо організованої групи та злочинної організації в ст. 7.1.5 і ст. 7.1.6).

По-третє, слід уточнити перелік, злочинів для вчинення яких створюється терористична група. Так, некоректно зазначати, що терористична група створюється, зокрема, для потурання діяльності терористичної групи (ст. 7.2.9) (виходить, що терористична група може створюватися для… негайного потурання службовою особою її діяльності) або вчинення злочину, передбаченого ст. 7.2.7 (виходить, що терористична – це група, яка створюється для… створення терористичної групи, керівництва її діяльністю, участі в ній та сприяння їй. Втім, за визначенням зрозуміло, що мета терористичної групи полягає у вчиненні її учасниками терористичних злочинів.

5. Ще однією формою співучасті є незаконне збройне формування (про визнання цього об'єднання самостійною формою співучасті див., наприклад: Вознюк А.А. Банди, терористичні об'єднання, не передбачені законом воєнізовані або збройні формування – спеціальні види злочинних об'єднань чи самостійні форми співучасті? *Кримінально-правові та кримінологічні засоби протидії злочинам проти громадської безпеки та публічного порядку* : зб. тез доп. міжнар. наук.-практ. конф. до 25-річчя ХНУВС (18 квіт. 2019 р., м. Харків). Харків: ХНУВС, 2019. С. 51–53). Визначення незаконного збройного формування міститься у п. 2 ст. 7.1.1. Непослідовність розробників проєкту вбачається у тому, що одна «специфічна» форма

співучасті (терористична група) визначається у ст. 2.7.5, а інша (незаконне збройне формування) – в Особливій частині.

До речі, постає питання: чому вчинення злочину в складі або за завданням організованої групи чи злочинної організації визнається ознакою, що підвищує тяжкість злочину на два ступеня, а вчинення злочину в складі або за завданням терористичної групи – ні? Звісно, терористичні групи, так би мовити, спеціалізуються на терористичних злочинах, однак це не виключає можливості вчинення їх учасниками інших злочинів. Сказане стосується і незаконного збройного формування.

6. Переважна більшість сучасних кримінальних кодексів європейських держав не містить окремої статті про «форми співучасті в кримінальному правопорушенні», як і не оперує таким поняттям. Протидія ж організованій злочинності цілком задовільно може бути забезпечена положеннями Особливої частини кримінального закону.

Загалом створюється враження, що проєкт продовжує лінію чинного КК на «втиснення» проявів організованої злочинності в інститут співучасті в кримінальному правопорушенні – при тому, що специфіка організованої злочинності виявляється не при вчиненні конкретного кримінального правопорушення, а в «проміжку» між вчиненням організованою групою чи злочинною організацією окремих кримінальних правопорушень. Фактично це визнає і проєкт, оскільки його статті 2.7.6 і 2.10.9 не визнають учасників організованої групи та злочинної організації співучасниками окремих видів, а відносять їх до виконавців чи організаторів кримінального правопорушення.

Стаття 2.7.6. Кримінальна відповідальність за злочин, вчинений у складі організованої групи чи злочинної організації

Складно зрозуміти, чому наведені у цій статті положення не можуть розцінюватись як правила кваліфікації кримінального правопорушення, вчиненого у співучасті, яким присвячено ст. 2.10.9. Вчергове зазначимо, що таке розчленування нормативного матеріалу є вкрай незручним для його засвоєння і застосування. Так, положення, наведене у ч. 3 ст. 2.7.6, – це фактично правило кваліфікації, яке із незначними, але все ж відмінностями дублюється у ч. 4 ст. 2.10.9: «Злочин, вчинений в складі або за завданням організованої групи чи злочинної організації, кваліфікується за статтею Особливої частини, яка передбачає такий злочин, та статтею 7.1.4 або 7.1.5 цього Кодексу». Слід або узгодити ці два положення, або прибрати одне з них (менш точне).

Принагідно слід вказати на невдалість (неповноту) звороту «кваліфікується за статтею Особливої частини, яка передбачає такий злочин»: судячи з ч. 2 ст. 2.10.2, формула кваліфікації має містити послідовне посилання не лише на статтю Особливої частини, яка передбачає вчинене кримінальне правопорушення, а й на ст. 2.5.11 (у випадку спричинення кримінальним правопорушенням значної чи тяжкої майнової шкоди) і відповідну статтю Особливої частини, яка визначає ознаки складу злочину, що змінюють ступінь тяжкості злочину (за наявності таких ознак).

Якщо розробники проєкту вважатимуть за доцільне зберегти логіку викладення нормативного матеріалу, втілену наразі у проєкті, то його ст. 2.7.6 слід доповнити положеннями про особливості кримінальної відповідальності за злочин, вчинений у складі терористичної групи і незаконного збройного формування. Адже це самостійні і не менш небезпечні форми співучасті.

Крім того, у ч. 1 ст. 2.7.6 вживається поняття «особа, яка створила організовану групу чи злочинну організацію або керувала нею». Чи йдеться в цьому разі про організатора організованої групи чи злочинної організації (ч. 3 ст. 2.7.5)? Якщо так, чому в ч. 1 ст. 2.7.6 вжите інше поняття, а не поняття «організатор організованої групи чи злочинної організації»?

Стаття 2.7.7. Ексцес співучасника

Із ч. 3 ст. 2.7.7 випливає залежність вирішення питання про кримінальну відповідальність учасника організованої групи (злочинної організації) від дотримання мети такої групи (організації). Якщо ця мета дотримана, ексцес відсутній, а отже, учасники організованої групи (злочинної організації), крім ст. 7.1.5 (7.1.6), мають відповідати і за вчинення злочину, вчиненого одним із членів групи (організації). Водночас у ч. 3 ст. 2.7.6 і ч. 4 ст. 2.10.9 відповідальність за злочин, вчинений у складі організованої групи чи злочинної організації, не ставиться у залежність від дотримання мети, яка переслідувалась при створенні такої групи чи організації. Варто подумати, чи немає у цьому разі неузгодженості, яка потенційно може бути використана захистом учасників організованих груп і злочинних організацій.

Стаття 2.7.8. Причетність до злочину

1. Формулювання п. 1 ч. 1 ст. 2.7.8 і кореспондуючої їй ст. 8.2.8 «Приховування злочину» у частині того, що саме приховується, слід максимально узгодити.

Сказане стосується і п. 2 ст. 8.2.20 «Невжиття заходів за заявою (повідомленням) про вчинення кримінального правопорушення». До слова:

1) приховування службовою особою виявленого нею кримінального правопорушення не «вписується» в таку назву статті;

2) за ст. 8.2.20 до відповідальності (за невжиття передбачених законом заходів за заявою (повідомленням) про вчинення кримінального правопорушення і приховування виявленого кримінального правопорушення) потенційно можуть бути притягнуті і відмінні від правоохоронців суб'єкти, хоча добре відомо, що: а) в абсолютній більшості випадків відповідні заяви подаються саме до правоохоронних органів, з урахуванням чого в Україні і встановлений нормативний порядок реагування на ці заяви з боку саме правоохоронців. Крім цього, відповідно до ст. 60 КПК заявником є фізична або юридична особа, яка звернулася із заявою або повідомленням про кримінального правопорушення до органу державної влади, уповноваженого розпочати досудове розслідування – тобто, саме до правоохоронного органу; б) кримінальні правопорушення виявляються саме працівниками правоохоронних органів, що є одним з основних завдань таких органів. Ця обставина не взята до уваги і при визначенні суб'єктного складу таких злочинів, як потурання діяльності злочинної організації (ст. 7.1.8) і потурання діяльності терористичної групи (ст. 7.2.9).

2. Включення в Особливу частину статей про конкретні різновиди потурання (статті 7.1.8, 7.2.9 тощо) узгоджується з положенням про те, що особа, причетна до злочину (а, отже і та, яка вчинила потурання), підлягатиме кримінальній відповідальності лише у випадках, передбачених Особливою частиною (ч. 2 ст. 2.7.8). Водночас такий казуїстичний спосіб викладення проєктованих заборон є підстави оцінити критично. Чи не слід доповнити розділ 8.2 «Кримінальні правопорушення проти сприяння правосуддю» універсальною нормою, присвяченою потуранню кримінального правопорушення, вчиненому прокурором, службовою особою правоохоронного органу, в якій би йшлось про невиконання такою особою покладеного на неї обов'язку із припинення вчинюваного кримінального правопорушення?

3. Стосовно усіх трьох форм причетності до злочину вжито родову характеристику «заздалегідь не обіцяне». Якщо стосовно двох перших форм використання згаданого формулювання в його звичному для українського кримінального права прочитанні (не було обіцяне до моменту фактичного закінчення кримінального правопорушення) виглядає виправданим, це не

можна сказати про причетність у формі потурання, оскільки воно відбувається одночасно із вчиненням іншою особою кримінального правопорушення. Якщо визначати потурання як «заздалегідь не обіцяну» діяльність, це означає, що потурання повинно мати місце після фактичного закінчення іншою особою кримінального правопорушення, що, однак, явно суперечить правовій природі потурання.

Стаття 2.7.9. Необережне спільне спричинення наслідку

У визначенні підкреслюється, що необережне спільне спричинення наслідку не є співучастю, що, втім, і так очевидно, якщо зіставити ч. 1 ст. 2.7.1 і ч. 1 ст. 2.7.9.

Хоч появу в проєкті ст. 2.7.9 слід вітати, її зміст міг би бути й більш конкретним. Зокрема, не було б зайвим прояснити, що мається на увазі під спільним спричиненням та взаємопов'язаними діяннями. У цьому разі йдеться лише про випадки, коли кожне з діянь було прямою причиною завданого наслідку (наприклад, спільне скидання з висоти важкого предмета з порушенням правил техніки безпеки, що призвело до смерті потерпілого), або ж ідеться і про випадки, коли лише одне з діянь було прямою причиною настання наслідку (наприклад, одна особа наказала іншій скинути з висоти важкий предмет з порушенням правил техніки безпеки, друга особа зробила це, що і призвело до смерті потерпілого)?

Ще й таке. Визначення необережного спільного спричинення наслідку, наведене у ч. 1 ст. 2.7.9, є майже дослівним відтворенням пропозиції А. Бабича, сформульованої в його дисертації «Необережне співзаподіяння при вчиненні кримінального правопорушення» (Харків, 2022). Через це вважаємо за доречне нагадати, що А. Музика як офіційний опонент по цій дисертації небезпідставно вказав на дискусійність логіки конструкції дефініції, запропонованої А. Бабичем. Її буквальне сприйняття означає, що це не суб'єкти, а діяння з необережності спричинили єдиний наслідок. Виходить, що діяння має психіку і відповідне психічне ставлення. Насправді мова повинна йти про те, що за наявності необережного співзаподіяння психічне ставлення кожного суб'єкта до наслідків кримінального правопорушення характеризується необережністю. Тим більше, що у ч. 2 ст. 2.4.1 зазначається, що виною є виражене у формі умислу або необережності психічне ставлення *особи* до вчинюваного нею протиправного діяння та його наслідку.

РОЗДІЛ 2.8.
МНОЖИННІСТЬ

Подив викликає серйозна зміна регламентації інституту множинності в аналізованій редакції проєкту порівняно з варіантом цього документа від 30.12.2022 р. З тексту проєкту вилучено велику кількість нормативного матеріалу, який вирізняв його від чинного КК і стосувався прикладних питань. Наразі у проєкті залишено лише невелику частину положень, які ні прикладної, ні інформативної функції фактично не виконують, що не може не породжувати питання про доцільність виокремлення розділу 2.8. Невже це тактичний хід робочої групи, зроблений для того, щоб експерти покритикували цей розділ за низьку інформативність, що дало б змогу повернутися до його попередньої редакції?

Стаття 2.8.1. Поняття та види множинності кримінальних правопорушень

1. У цій статті (її ч. 3) міститься констатація відсутності множинності у випадку вчинення особою проступку та злочину. У реальному житті вчинення однією особою проступку та злочину є цілком можливим і, припускаємо, достатньо поширеним явищем. Намагання знайти у проєкті аргументи на користь такого рішення успіху, на жаль, не мали.

У попередній редакції проєкту містилась ст. 2.10.5 «Кваліфікація сукупності злочину та проступку», в якій зазначалося, що вчинення однією особою злочину і проступку (сукупність злочину і проступку) кваліфікується за відповідними статтями цього Кодексу. Це положення не мало конкретного правового значення з урахуванням ч. 1 ст. 2.10.4 про те, що кожне з кримінальних правопорушень, які утворюють сукупність, кваліфікується окремо, а також аналогічного положення ч. 2 ст. 2.10.1. Тому його наявність чи відсутність у тексті Кодексу жодним чином не впливає на результат кримінально-правової кваліфікації вчинення однією особою декількох кримінальних правопорушень.

2. У попередній редакції проєкту містилася також ст. 3.3.8 «Визначення покарання у разі засудження за проступок і злочин» із таким змістом: «*Покарання, призначені за проступок у злочин, складанню не підлягають та виконуються самостійно*». В аналізованому документі відповідної самостійної норми немає. Однак відсутність відповідних положень означає по суті те саме: покарання за злочин і проступок складанню не підлягають (оскільки ці кримінальні правопорушення є різними навіть за назвами) і

виконуються самостійно, що не є, своєю чергою, перешкодою для визнання можливості множинності злочину та проступку.

3. Відсутність можливості і, тим більше, правового значення множинності злочину та проступку спростовується ще й положенням ст. 3.3.3 «Обставини, які обтяжують покарання за проступок», де у п. 9 ч. 1 зазначено, що таке покарання обтяжується у разі вчинення проступку особою, яка має непогашену судимість за умисний злочин. Це положення має «прихований» характер і додатково підтверджує потребу визначення правового значення множинності та її форм безпосередньо у розділі 2.8 проєкту, як це і було зроблено у попередній редакції проєкту.

Стаття 2.8.2. Сукупність кримінальних правопорушень

1. Існування такої форми множинності кримінальних правопорушень, як їх сукупність, вочевидь, мало самостійне правове значення лише у разі наявності іншої форми множинності – повторності кримінальних правопорушень. Якщо робоча група принципово відкидає обґрунтованість виокремлення такої самостійної форми, як повторність, то і сукупність втрачає самостійне правове значення. Навіть сам термін «сукупність», з яким ще можна було б миритися за чинності нинішнього КК з його формами множинності, у нових правових реаліях неадекватно відображатиме те явище, яке покликане позначати. Сукупність як слово української мови означає: *неподільну єдність чого небудь*; загальну кількість, суму чогось. Сукупність кримінальних правопорушень визначали завжди «на відміну від повторності», підкреслюючи необхідність враховувати відповідну «суму» кримінальних правопорушень, відображати їх самостійне кримінально-правове значення, зокрема у формулі кваліфікації. У проєкті немає сенсу це підкреслювати. Цю форму множинності, як і всю множинність загалом, можна назвати просто – «вчиненням особою декількох кримінальних правопорушень», взагалі не відображаючи її у самостійному розділі Загальної частини. А якщо у КК не буде відображено розуміння множинності кримінальних правопорушень, то й не буде підстав визначати поняття та види одиничних кримінальних правопорушень саме як одиничних.

2. Інститут множинності кримінальних правопорушень у звичному вигляді перестає існувати (за проєктом). Звісно, коли особа вчиняє декілька правопорушень, це повинно мати значення насамперед для кримінально-правової кваліфікації: необхідно інкримінувати особі всі вчинені правопорушення у тому разі, якщо їх декілька. Для адекватного

відображення цієї проблеми у проєкті достатньо вказати відповідні положення у ст. 2.10.4, назвавши її, наприклад, так: «*Кваліфікація декількох кримінальних правопорушень, вчинених однією особою*». Тут доцільно зберегти положення ч. 1 цієї статті, дещо його трансформувавши: «*Кожне окреме кримінальне правопорушення, вчинене особою самостійно або у співучасті, закінчене або незакінчене, кваліфікується окремо»*. Частину ж 2 2.10.4 пропонується викласти у такій редакції: «*Не є вчиненням декількох кримінальних правопорушень скоєння особою одного ускладненого кримінального правопорушення – продовжуваного, триваючого, складеного або варіативного*». У частині 3 згаданої статті можна навести визначення понять цих правопорушень, як це було зроблене у ст. 2.8.4 попередньої редакції проєкту. Однак, для того, щоб не перетворювати КК у підручник із кримінального права, від зайвої деталізації можна відмовитись і в ч. 2 замість «:», поставити крапку – «.», залишивши визначення видів і змісту ускладненого кримінального правопорушення теорії кримінального права. При цьому виокремлення ускладненого кримінального правопорушення матиме значення і для наступних питань розділу 2.10, наприклад, конкуренції частини і цілого.

3. Вчинення однією особою декількох кримінальних правопорушень повинне мати значення і для визначення суворості державно-правової реакції на таку поведінку. Щодо кримінально-правового значення вчинення декількох кримінальних правопорушень для визначення кримінально-правових засобів, то є доволі проста технічна можливість замінити словосполучення «*сукупність кримінальних правопорушень/злочинів/проступків*» на «*декілька кримінальних правопорушень/злочинів/проступків*». При цьому кримінально-правове явище, яке має назву «сукупність вироків», можна так називати і надалі. Це, до речі, сприятиме відмінному розумінню цих явищ – вчинення декількох правопорушень та правила визначення покарання у разі винесення вироку до виконання попереднього вироку. Наприклад, ч. 3 ст. 3.3.1 проєкту можна викласти таким чином: «*3. Щодо особи, якій призначене ув'язнення на певний строк за один або декілька злочинів, за наявності умов, передбачених….*»; назву ст. 3.3.6 можна змінити на: «*Призначення покарання за декілька злочинів*»; назву 3.3.7 – на «*Призначення покарання за декілька проступків*»; ч. 2 ст. 3.4.9 викласти у такій редакції: «*У разі, якщо особа відбуває ув'язнення на певний строк, призначене за декілька злочинів чи сукупністю вироків, то строк фактично…*». Інакше кажучи, змінити термінологію

проєкту на більш адекватну нескладно без втрати при цьому змісту кримінально-правових положень і в інших випадках її використання, зокрема у: ч. 7 ст. 3.4.12; ч. 3 ст. 3.4.16; ч. 2 ст. 3.10.4; ч. 1 ст. 3.10.5 проєкту.

Стаття 2.8.3. Рецидив злочинів

1. Якщо погодитись із попередньою пропозицією про усунення з кримінального закону інституту множинності кримінальних правопорушень, то відсутність визначення поняття рецидиву ні на що не вплине при врахуванні цього реального явища для вирішення кримінально-правових проблем.

Щодо цієї форми множинності можна констатувати, що лише вона має значення для кримінально-правової кваліфікації у частині врахування визначеної в Особливій частині проєкту, що підвищує тяжкість злочину. Відповідна ознака передбачена у: п. 8 ст. 4.1.3 – як ознака, що підвищує тяжкість на два ступеня; у п. 8 ст. 4.2.5, п. 9 ст. 4.3.2, п. 9 ст. 4.5.3, п. 11 ст. 6.1.3, п. 4. ст. 7.1.4, п. 6 ст. 7.2.2, п. 5 ст. 7.3.3, п. 8 ст. 9.7.3 – як ознака, яка підвищує тяжкість злочину на один ступінь. При цьому у випадку, передбаченому у ст. 4.1.3, ми, швидше за все, маємо справу з явищем, яке найбільше нагадує «спеціальний рецидив»; тому, допускаємо, тяжкість злочину підвищується не на один, а на два ступеня. У всіх інших випадках вчинення кримінального правопорушення особою, яка має непогашену судимість за умисний злочин, підвищує тяжкість злочину на один ступінь (що із змістовної точки далеко не завжди безспірно, про що у цьому висновку йдеться нижче.

Не завжди, однак, розглядувана ознака відображає рецидив злочинів у розумінні ст. 2.8.3 проєкту. Так, якщо особа має непогашену судимість за вбивство (ст. 4.1.5) і вчиняє злочин, передбачений ст. 4.1.6 «Спричинення смерті з необережності», є всі підстави для використання при кваліфікації п. 8 ст. 4.1.3 і підвищення тяжкості необережного вбивства на два ступеня. Однак ця «множинність» не є рецидивом у розумінні ст. 2.8.3 проєкту, хоч має ті самі правові наслідки. Це додатково аргументує тезу про можливість відмовитись від визначення рецидиву у проєкті та й загалом від розділу 2.8 у редакції документа, яка є предметом цієї експертизи. Щоправда, подібна ситуація усунена у п. 8 ст. 4.2.5, де передбачене посилання на статті тільки про умисні злочини, однак зберігається у розділах 6.1 (щодо ст. 6.1.8) і 7.3 (щодо ст. 7.3.7).

2. Крім того, питання викликає вибір робочою групою тих розділів Особливої частини проєкту, де вказана ознака, що нагадує рецидив, враховується, а де – ні. Вказана ознака взагалі не передбачена у розділах 4.4, 4.6, 4.7, 4.8, 4.9, 4.10, 4.11, 5.1, 5.2, 5.3, 6.2, 6.3, 6.4, 6.5, 7.4, 7.5, 7.6, 7.7, 7.8, 7.9, 8.1, 8.2., 8.3, 9.1, 9.2, 9.3, 9.4, 9.5, 9.6, 9.8, 10.1, 10.2, 10.3, 10.4, 10.5, 10.6, а так само у всій Книзі 11. Відповідно, за статтями цих розділів вчинення злочину особою, яка має непогашену судимість за умисний злочин, навіть, якщо це умисний злочин, а в тексті КК буде наявна ст.2.8.3 у пропонованій редакції, жодним чином не впливатиме на кримінальну відповідальність. Виняток становитиме лише вчинення проступку особою, яка має непогашену судимість за умисний злочини (п. 9 ч. 1 ст. 3.3.3 проєкту), але цей виняток прямо суперечить запропонованій редакції ст. 2.8.3 і лише зайвий раз підтверджує тезу про те, що розділ 2.8 можна вилучити з проєкту без втрати змісту його положень.

3. У ст. 2.8.3 рецидив визначається як вчинення нового умисного злочину особою, яка має непогашену судимість за умисний злочин. Таким чином, за проєктом рецидив як форма множинності визначається дуже подібно до того, як це зроблено у ст. 34 чинного КК. Проблема, однак, полягає в тому, що обидва ці визначення визначають рецидив не як явище, відмінне від одиничного кримінального правопорушення, як це мало б бути у випадку, якби рецидив дійсно був формою множинності, а як обставину (факт засудження за вчинене раніше умисне кримінальне правопорушення), що впливає на відповідальність особи за (нове) кримінальне правопорушення. Таким чином, і ст. 2.8.3 проєкту, і ст. 34 чинного КК фактично надають рецидиву значення правового наслідку вироку, ухваленого раніше щодо особи. Саме про таку правову природу рецидиву прямо йдеться в ч. 2 ст. 9 чинного КК, згідно з якою враховуються при кваліфікації нового злочину, призначенні покарання, звільненні від кримінальної відповідальності або покарання «*рецидив злочинів... або інші правові наслідки вироку суду іноземної держави*». Зазначене додатково підтверджує недоцільність збереження ст. 2.8.3 у проєкті в його теперішньому вигляді.

Натомість у проєкті варто було б надати рецидиву того значення, яке він історично має у кримінальному праві багатьох держав світу, а саме передбаченої Загальною частиною обставини, що обтяжує покарання. У смисловій рамці проєкту це передбачає надання рецидиву значення обставини, що обтяжує покарання за злочин та проступок (чи принаймні за злочин).

РОЗДІЛ 2.9.
ОБСТАВИНИ, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ ПРОТИПРАВНІСТЬ ДІЯННЯ

1. У формулюваннях обставин, що виключають протиправність діяння, простежується відсутність уніфікованого підходу. Певною мірою це можна пояснити індивідуальними особливостями складових цього інституту. Аналіз відповідних статей дозволяє умовно виділити такі елементи обставини, що виключає протиправність діяння: 1) право особи на вчинення діяння, що заподіює шкоду, однак визнається правомірним; 2) підстави заподіяння шкоди (йдеться про випадки, коли можливе заподіяння шкоди в межах обставини, визначеної в розділі 2.9); 3) умови правомірності вчинення діяння, за яких виключається протиправність діяння; 4) перевищення меж заподіяння шкоди; 5) визначення окремих дефініцій, необхідних для застосування аналізованих обставин. Ознайомлення зі змістом статей 2.9.1–2.9.16 дозволяє стверджувати, що розробники проєкту по-різному підійшли до позначення виокремлених елементів у межах відповідних обставин.

Наприклад, постає питання, чому вказівка на *право особи* на вчинення діяння, що заподіює шкоду, однак визнається правомірним, міститься лише в двох статтях аналізованого розділу – це ст. 2.9.2 «Правомірний захист» і ст. 2.9.3 «Захист України від збройної агресії»? Можливо, розробники проєкту орієнтувались на ті обставини, які визначені у чинному КК. Однак чи вдалось критично оцінити якість його статей 36–43-1? Дати відповідь на це питання непросто, оскільки, наприклад, положення про затримання особи, яка вчинила протиправне посягання (ст. 2.9.5 проєкту), не повною мірою узгоджуються зі ст. 207 КПК, в якій закріплено відповідне право на затримання без ухвали слідчого судді. Звідси випливає доречність згадування у ст. 2.9.5 про право на затримання особи, яка вчинила кримінальне правопорушення. Тією чи іншою мірою відповідне право існує стосовно кожної іншої обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння.

Щодо *підстави заподіяння шкоди*, то вона так само визначена лише в двох згаданих обставинах. Підставою правомірного захисту є протиправне посягання, яким спричинюється шкода, визначена у статтях 2.5.2–2.5.7 цього Кодексу (ч. 2 ст. 2.9.2), а підставою спричинення шкоди під час захисту України від збройної агресії – збройна агресія проти України (ч. 2 ст. 2.9.3). А хіба в інших обставинах немає відповідних підстав? Наприклад, виходячи зі змісту відповідних статей підставою використання захисного засобу, що вражає автономно, можна визнати протиправне посягання, яким

спричинюється шкода, визначена у статтях 2.5.2–2.5.7 цього Кодексу, а підставою затримання особи, яка вчинила протиправне посягання, – намагання уникнути затримання особою, яка вчинила явно протиправне діяння. Необхідність виокремлення підстави для правомірного спричинення шкоди пов'язана й із застосуванням ч. 1 ст. 2.9.16, адже помилка щодо обставини, яка виключає протиправність діяння, має місце, зокрема, якщо *підстава для правомірного спричинення шкоди була відсутня* (п. 1).

Щодо *умов правомірності вчинення діяння, за яке виключається протиправність діяння,* то розробники проєкту включили цей елемент майже в кожну обставину, що заслуговує схвальної оцінки (навіть при тому, що окремі умови правомірності виписані не бездоганно).

Щодо *перевищення меж заподіяння шкоди*, то цей елемент має два складника: 1) дефініцію перевищення; 2) підстави відповідальності за нього. Про перевищення меж у певних статтях розділу не згадується ні прямо, ні опосередковано, хоч, як видається, про нього в частині цих статей слід зазначити, оскільки особа, яка перевищила межі заподіяння шкоди, відповідатиме на загальних підставах. Відповідна обставина навіть не враховуватиметься як така, що пом'якшує покарання за злочин чи знижує ступінь його тяжкості. Зниження ступеня тяжкості можливе на три ступеня лише у випадку вчинення злочинів, передбачених ст. 4.1.5 і 4.2.6, із перевищенням меж правомірного захисту, меж використання захисного засобу, що вражає автономно, меж спричинення шкоди особі, яка вчинила протиправне посягання, при її затриманні, або меж крайньої необхідності.

Наприклад, поліцейський, який застосував вогнепальну зброю до порушника без попередження про необхідність припинення протиправних дій і намір використання такого заходу примусу у випадках, коли таке попередження є обов'язковим, буде відповідати на загальних підставах через неможливість застосування у цій ситуації ст. 2.9.5 (затримання особи, яка вчинила протиправне посягання) з огляду на застереження, що містяться в ч. 5 ст. 2.9.1 і відсутність у ст. 2.9.15 згадування про перевищення меж застосування фізичного впливу, спеціальних засобів, зброї.

2. Значна кількість аналізованих обставин може призвести до конкуренції відповідних кримінально-правових норм, оскільки до однієї і тієї ж ситуації може бути застосовано декілька статей про обставини. Це стосується, наприклад, виправданого ризику (ст. 2.9.7) і виконання службових повноважень чи професійних обов'язків (ст. 2.9.10). Тому варто

обміркувати доцільність визначення правил застосування зазначених обставин у випадку конкуренції норм.

3. У проєкті щодо більшості обставин перевищенням меж заподіяння шкоди визнається смерть або тяжка шкода здоров'ю, що не відповідає досвіду більшості європейських держав (наприклад, Іспанії, Румунії, Сінгапуру, Словаччини, Словенії, Туреччини, Угорщині, Фінляндії, Хорватії, Чорногорії, Чехії, Швейцарії).

4. У розділі 2.9 розробники проєкту відмовляються від такої обставини як *фізичний чи психічний примус*, яка на сьогодні передбачена в ст. 40 чинного КК України. При цьому подібна обставина передбачена кримінальним законодавством окремих зарубіжних держав, зокрема Румунії (ст. 24, 25), Сінгапуру (ст. 94), Словенії (ст. 23), Туреччини (ст. 28), Угорщини (ст. 19), Чорногорії (ст. 12).

5. Якщо ст. 2.1.2 «Протиправність діяння» визначає це поняття як *діяння, яке порушує норму приватного або публічного права*, то хіба обставини, визначені у розділі 2.9, змінюють цей факт? Логіка цього питання така: якщо поведінка є не протиправною (тобто не порушує ні норму приватного права, ні норму публічного права), то вона не містить однієї з істотних ознак кримінального правопорушення, а отже, не є правопорушенням не з огляду на наявність обставин, визначених у розділі 2.9, а з огляду на відсутність порушень норм права. Взагалі, якщо протиправність діяння як ознака кримінального правопорушення пов'язується з тим, що діяння суперечить не нормам кримінального права, а нормам галузей публічного чи приватного права (такий концептуальний підхід втілений у проєкті), то й обставини, які виключають протиправність діяння, за логікою речей, мають передбачатись у джерелах цих галузей права, а не в кримінальному законі.

6. Однак все ж, як видається, в розділі 2.9 формула «*виключають протиправність діяння*» має на увазі те, що діяння особи, вчинене за наявності тієї або іншої обставини, врешті-решт не є протиправним у площині кримінального права і через це не є кримінальним правопорушенням. Якщо саме так вказана формула і розуміється розробниками проєкту, то:

а) вона не надто узгоджується зі ст. 2.1.2;

б) у такому випадку втрачає сенс зроблений у п. 2 ч. 1 ст. 2.9.1 акцент на тому, що діяння, вчинене за наявності обставини, що виключає протиправність, є таким, що вчинене правомірно, оскільки воно було результатом використання особою свого суб'єктивного права, виконання

юридичного обов'язку або здійснення владних повноважень. Це підтверджує і зміст розділу 2.9. Зокрема, ч. 3 ст. 2.9.16 передбачає, що у разі вибачальної помилки щодо обставин, які виключають протиправність діяння, застосовуються положення статей 2.9.1–2.9.15. Таким чином, у випадку вчинення особою діяння за наявності вибачальної помилки щодо обставин, які виключають протиправність діяння, настають такі самі правові наслідки, що й у випадку, якби зазначені обставини справді мали місце. Однак у ситуаціях вибачальної помилки особа, завдаючи шкоду, не реалізує своє суб'єктивне право, не виконує обов'язок або повноваження, оскільки (за визначенням) об'єктивно відсутні умови для реалізації права чи виконання обов'язку. Якщо в особи, наприклад, є право завдавати шкоду, захищаючись від протиправного посягання, то це не означає, що в особи є право завдавати шкоду, помиляючись щодо наявності протиправного посягання;

в) проєкт, як бачимо, значною мірою наслідує розділ VIII Загальної частини чинного КК України «Обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння» при тому, що за кримінальним правом значного числа держав континентальної Європи «відсутність протиправності діяння» або «виключення протиправності діяння» розуміється інакше: хоч діяння, на перший погляд, порушує норму-заборону кримінального права, у масштабі всієї правової системи воно (діяння) є правомірним з огляду на положення кримінального закону чи інших нормативно-правових актів. При цьому таке розуміння відсутності або виключення (кримінальної) протиправності діяння не охоплює всі можливі випадки, коли особа не підлягає кримінальній відповідальності за вчинене. Адже обставинам, що виключають протиправність діяння, протиставляються обставини, що виключають вину особи в нормативному розумінні (виключають вину як можливість особи робити вільний вибір на того чи іншого варіанту поведінку). За кримінальним правом європейських держав до обставин, що виключають вину, можуть відноситися такі обставини, як недосягнення віку, з якого настає кримінальна відповідальність, неосудність, юридична помилка, психічний примус, стан сильного душевного хвилювання, стан сп'яніння, вчинення діяння на виконання наказу, що не був явно злочинним, вчинення діяння при перевищенні меж необхідної оборони. У цих та інших подібних випадках розуміється, що діяння порушує норму-заборону кримінального права, і немає обставин, які б свідчили про його правомірність в масштабі всієї правової системи, однак особа не підлягає відповідальності, оскільки вчинене нею діяння не було результатом її вільного вибору. Європейське

розуміння обставин, що виключають протиправність діяння, як і європейський підхід щодо обставин, які виключають відповідальність особи, виглядає менш формалізованим і більш зорієнтованим на «суть речей» порівняно з підходом, втіленим у розділі VIII Загальної частини чинного КК України і розділі 2.9 проєкту;

г) розділ 2.9 потребує розширення, оскільки у протилежному випадку зміст цього розділу виглядатиме так само незавершеним, як і відповідний розділ чинного КК України. Безвідносно до висловлених вище зауважень щодо проблемності розуміння обставин, які виключають (кримінальну) протиправність діяння, в розділі VIII Загальної частини чинного КК України і розділі 2.9 проєкту порівняно з розумінням цього поняття, притаманним кримінальному праву європейських держав, конкретне втілення вітчизняного підходу в положеннях розділу 2.9 проєкту не відповідає його загальній ідеї. Якщо відштовхуватись від того, що під обставинами, що виключають (кримінальну) протиправність діяння слід розуміти всі обставини, які в підсумку виключають можливість визнання вчиненого діяння кримінальним правопорушенням, то до розділу 2.9 мають бути також перенесені щонайменше положення розділу 2.3 щодо неосудності та положення розділу 2.4 щодо юридичної помилки.

Стаття 2.9.1. Поняття та види обставин, що виключають протиправність діяння

1. У ст. 2.9.1 ч. 3 і ч. 4 слід поміняти місцями, оскільки шкода згадується у протиправному посяганні, а не навпаки. А краще ці складові об'єднати з огляду на часткове дублювання положень про шкоду. Пропонується викласти цю норму таким чином: «*Протиправним посяганням у статтях 2.9.2, 2.9.4, 2.9.5 цього Розділу є діяння, яким шкода, визначена у статтях 2.5.2–2.5.7 цього Кодексу, спричинена правам чи правоохоронюваним інтересам особи, інтересам суспільства чи держави або інтересам міжнародного співтовариства*».

2. У ч. 5 ст. 2.9.1 зазначається таке: «*Положення статей 2.9.2–2.9.5 цього Кодексу не поширюються на осіб, для яких вчинення передбачених цими статтями діянь є виконанням службових повноважень або професійних обов'язків*». Таке положення дає підстави висловити декілька критичних суджень.

По-перше, не зовсім зрозуміло, чи під виконанням службових повноважень або професійних обов'язків у цьому разі слід розуміти

виключно обставину, визначену у ст. 2.9.10, чи не тільки її? Якщо лише таку обставину, то, можливо, варто в цій частині ст. 2.9.1 вказати на ст. 2.9.10.

По-друге, чи не поставить положення ч. 5 ст. 2.9.1 осіб, які виконують службові повноваження або професійні обов'язки, в значно гірше правове становище порівняно з пересічними громадянами? Адже в чинному КК України таке обмеження відсутнє. Розробники проєкту, ймовірно, розраховують на те, що обставини, які виключають протиправність діяння, для осіб, які виконують службові повноваження або професійні обов'язки, містяться (будуть міститися – якщо внесуть відповідні зміни) в інших законах. Такий розрахунок видається нераціональним. Законів, які регламентують службові повноваження або професійні обов'язки, десятки, а, можливо, сотні. Чи всі вони ідеально враховують обставини, що повинні виключати протиправність діяння, для усіх категорій осіб, які виконують службові повноваження або професійні обов'язки? Та й чи взагалі вони містять такі положення? Вище наведено приклад із застосуванням зброї поліцейським, однак таких прикладів може набагато більше і стосуватимуться вони можуть не лише правоохоронців. Правоохоронець, який перевищить межі правомірного захисту чи спричинення шкоди, необхідної для затримання особи, яка вчинила протиправне посягання, відповідатиме на загальних підставах, на відміну від пересічних громадян. Таке кримінально-правове регулювання видається далеким від справедливості.

Стаття 2.9.2. Правомірний захист

1. У ч. 3 ст. 2.9.2 визначено умови правомірності захисту, які, як видається, не повною мірою узгоджені між собою. Перша умова – «*захист визнається правомірним, якщо шкода спричинена тому, хто здійснює протиправне посягання*». Відповідно до ч. 4 ст. 2.9.1 протиправним посяганням у статтях 2.9.2, 2.9.4, 2.9.5 цього Розділу є діяння, яким спричинена шкода, визначена у статтях 2.5.2–2.5.7 цього Кодексу. Водночас друга умова правомірності захисту, яка полягає *в спричиненні шкоди під час здійснення протиправного посягання або при його негайній загрозі*, суперечить першій. Адже перша стосується лише протиправного посягання, а друга – не лише такого посягання, а й його загрози, що, вочевидь, не одне і те саме. Щодо третьої умови – «*з метою відвернення реально існуючого посягання*», то чи можна відвернути посягання, що вже реально існує? Видається, що ні – його можна лише припинити. Відвернути можна тільки

настання його наслідків і то не завжди. Водночас знову ж третя умова не узгоджується з другою, оскільки стосується лише реально існуючого посягання й упускає негайну загрозу. Щодо четвертої умови – «*в межах, що відповідає тяжкості посягання та обстановці захисту*» виникає запитання, а що це за межі, які критерії покладено в їх основу? Четверту умову слід узгодити з положенням про перевищення меж правомірного захисту (ч. 4 ст. 2.9.2). Адже очевидно, що спричинення шкоди в межах, що відповідає тяжкості посягання та обстановці захисту, з одного боку, і перевищенням меж правомірного захисту, про яке йдеться в ч. 4 ст. 2.9.2, з іншого, є різними за змістом положеннями. Незрозуміло також, чому в одному випадку йдеться про тяжкість посягання, а в другому – про небезпечність посягання.

Ще один аргумент на користь недоречності використання формулювання «*в межах, що відповідає тяжкості посягання та обстановці захисту*»: якими будуть наслідки виходу за такі межі у разі відсутності смерті або тяжкої шкоди здоров'ю? Очевидно, що захист буде неправомірним, а, отже, особа підлягатиме кримінальній відповідальності на загальних підставах. Однак чи таку ідею переслідували автори ст. 2.9.2, адже відповідно до ч. 5 ст. 2.9.2 особа, яка перевищила межі правомірного захисту, підлягає кримінальній відповідальності лише у випадках, передбачених статтями 4.1.5 і 4.2.6 КК?

2. Частини 4 і 5 ст. 2.9.2 можна об'єднати, виклавши їх в такій редакції: «*Особа, яка перевищила межі правомірного захисту (умисно спричинила тому, хто здійснює протиправне посягання, смерті або тяжкої шкоди здоров'ю, що явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці захисту), підлягає кримінальній відповідальності лише у випадках, передбачених статтями 4.1.5 і 4.2.6 цього Кодексу*». Таку уніфікацію в межах однієї частини статті (навіть одного речення) дефініції перевищення та підстави відповідальності за нього можна застосувати й в інших статях розділу 2.9.

3. У п. 2 ч. 6 ст. 2.9.2 йдеться про наявність факту застосування зброї, небезпечного предмету чи іншого предмету, який має властивості зброї або небезпечного предмету. Застосування цих засобів, ймовірно, означає наявність факту їх використання (наприклад, здійснення пострілів). Відтак погроза зброєю не охоплюватиме її застосування. А тому норма сконструйована так, що особа, яка захищається від озброєного злочинця,

повинна стріляти в нього лише після здійснення ним першого пострілу. Наявність такої зброї не надає право це зробити.

Не зовсім зрозуміло, що це за «дії сексуального характеру із застосуванням насильства»? Це лише сексуальне насильство як злочин проти людяності (ст.11.2.3) та серйозне порушення норм міжнародного гуманітарного права (ст.11.4.5)? Фактично ч. 6 ст. 2.9.2 надає право позбавити життя особу за замах на зґвалтування чи дії сексуального характеру із застосуванням насильства без виконання будь-яких вимог (наприклад, щодо врахування обстановки захисту).

У проєкті відсутня дефініція небезпечного предмета чи іншого предмета, який має властивості зброї, що не відповідає принципу юридичної визначеності та ускладнить правозастосування.

4. Як випливає з ч. 4 ст. 2.9.1 проєкту, правомірний захист за ст. 2.9.2, як і необхідна оборона за ст. 36 чинного КК України, можливий не лише від посягань проти того, хто захищається, чи посягань проти інших осіб, а й від посягань проти, узагальнено кажучи, суспільних в державних інтересів. Такий підхід, який запозичений українським кримінальним правом від радянського кримінального права, істотно різниться від підходу, що склався у західній традиції права. Причому йдеться як про правові системи, що належать до англо-американської правової сім'ї (наприклад, США), так і про правові системи, що належать до романо-германської правової сім'ї (наприклад, ФРН). Згідно з цим підходом право на самозахист (на необхідну оборону) поширюється лише на захист від посягань проти себе чи проти іншої людини. Це пояснюється тим, що кожна людина повинна мати можливість захищати свої екзистенційні інтереси, не покладаючись на державу, оскільки у протилежному випадку згадані інтереси могли б легко уражатись, оскільки держава в особі своїх органів влади та посадових осіб фізично не спроможна негайно реагувати на кожне посягання однієї людини проти іншої. «Радянський» підхід, що дозволяє людині захищати ще й суспільні чи державні інтереси, істотно підриває наведену вище логіку. В радянську добу, яка характеризувалась максимальним «усуспільненням» усіх сфер життя і відсутністю політичного та ідеологічного плюралізму, уповноваження особи на захист суспільства та держави від посягань проти них було зрозумілим і логічним, проте в умовах демократичного суспільства та правової системи, що поважає права людини, такий підхід виглядає неприйнятним (якщо хочете – морально застарілим) хоча б через те, що

громадяни, з огляду на різні політичні та ідеологічні погляди, можуть геть по-різному уявляти собі державні та суспільні інтереси.

5. Положення ч. 6 ст. 2.9.2, яке окреслює коло випадків, так би мовити, абсолютного правомірного захисту, виглядають не повністю сумісними зі ст. 2(2) Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, згідно з якою позбавлення життя людини повинно бути наслідком абсолютно необхідного застосування сили. Наприклад, не виглядає абсолютно необхідним заподіяння смерті особі, яка вчиняє вторгнення до житла без зброї, з боку декількох озброєних осіб, що знаходяться у житлі.

6. Оскільки п. 2 ч. 5 ст. 2.9.6 передбачає, що провокація стану крайньої необхідності виключає застосування положень цієї статті, було б логічним доповнити подібним положенням і ст. 2.9.2 проєкту. Наприклад, доктрина та судова практика ФРН послідовно виходять з того, що цілеспрямована провокація іншої людини до вчинення протиправного діяння з метою подальшого завдання їй шкоди шляхом захисних дій не породжує права на необхідну оборону.

Стаття 2.9.3. Захист України від збройної агресії

У ч. 3 цієї статті не зазначено про жодні обмеження щодо перевищення меж захисту України від збройної агресії. Розробники проєкту прямо про це зазначають, наголошуючи на тому, що *правомірним визнається спричинення будь-якої шкоди державі-агресору, її збройному формуванню, комбатанту або найманцю, представнику окупаційної адміністрації або іррегулярного незаконного збройного формування, створеного державою-агресором*. Навряд чи це так насправді. Вочевидь, вказане положення слід тлумачити обмежувально з урахуванням п. 3 ч. 1 ст. 2.9.1, оскільки міжнародним гуманітарним правом установлено низку обмежень щодо заподіяння шкоди державі-агресору чи її представникам. У протилежному випадку захист України від збройної агресії може перетворитись на воєнний злочин особи, яка її захищає. Чи не варто в зазначеній статті вказати на певні застереження щодо застосування засобів чи спричинення шкоди? Адже більшість нефахівців тлумачитиме ст. 2.9.3 буквально.

Стаття 2.9.4. Використання захисного засобу, що вражає автономно

1. Серед умов правомірності, визначених у ч. 2 цієї статті, відсутня та, що стосується перевищення меж використання захисного засобу, що вражає автономно. Відсутня також і дефініція перевищення меж використання

захисного засобу, що вражає автономно. Такі прогалини можуть ускладнити застосування ст. 2.9.4.

2. Використання захисного засобу, що вражає автономно, зазвичай не виокремлюється у кримінальному праві іноземних держав як спеціальна (окрема) обставина, що виключає відповідальність особи. Частіше допускається застосування таких засобів у межах правомірного захисту (самозахисту, необхідної оборони). Сказане, звісно, не є перешкодою для включення до проєкту ст. 2.9.4 проєкту (її виокремлення). Важливіше те, що іноземна доктрина вкрай прискіпливо підходить до питання захисних засобів, що вражають автономно.

Наприклад, чимало іноземних авторів, які репрезентують різні правові системи, заперечують проти надання використанню захисних засобів, що вражають автономно, значення обставини, яка виключає відповідальність особи (протиправність діяння за термінологією проєкту), з тих міркувань, що автономний засіб може вразити «невинуватих» осіб, наприклад, особу, яка в силу крайньої необхідності вимушена вдертися на територію, що охороняється автономними засобами, або поліцейського, який робить те саме, виконуючи службові обов'язки. Як видається, ст. 2.9.4 проєкту не розв'язує цю проблему однозначно. З огляду на положення статей 2.1.1, 2.1.2 та 2.9.1 проєкту, в обох наведених прикладах особи, вочевидь, не вчиняють протиправного діяння, про яке каже ст. 2.9.4. Чи означає це, що в обох випадках особа, яка використала автономний засіб, має підлягати кримінальній відповідальності за шкоду спричинену тому, хто діяв у стані крайньої необхідності, чи поліцейському? Якщо так, то застосування ст. 2.9.4 абсолютно залежатиме від волі випадку. Очевидно, не допоможуть в цьому випадку й положення про помилку, передбачені ст. 2.9.16, оскільки момент спрацювання засобу, що діє автономно, відбуватиметься поза контролем волі та свідомості особи.

З іншого боку, ті автори, які допускають визнання застосування засобу, що вражає автономно, обставиною, яка виключає відповідальність, наголошують на тому, що таке застосування повинно бути раціонально обґрунтованим. Наприклад, ст. 3.06(5) Модельного кодексу США, підготовленого Американським інститутом права, підкреслює, що застосування засобу, який захищає власність від входу чи проникнення, повинно бути розумним за обставин, які особа, що застосовує засіб, вважає наявними. Таким чином, по-різному, наприклад, виглядає ситуація з використанням засобу, що вражає автономно, у випадку, коли земельна

ділянка огороджена невисоким дерев'яним парканом, і випадком, коли земельна ділянка огороджена металевим чи цегляним парканом висотою в 3-4 метри.

Стаття 2.9.5. Затримання особи, яка вчинила протиправне посягання

Положення ч. 4 ст. 2.9.1 і ч. 1 ст. 2.9.5 не узгоджуються між собою через застосування різної термінології: у ч. 4 ст. 2.9.1 йдеться про «протиправне посягання», а в ч. 1 ст. 2.9.5 – про «протиправне діяння».

Положення ст. 2.9.1 певною мірою суперечать ст. 207 КПК. Зокрема у ст. 2.9.1 не міститься жодних обмежень щодо категорій затримуваних осіб. Натомість відповідно до ч. 2 ст. 207 КПК кожен має право затримати без ухвали слідчого судді, суду будь-яку особу, крім осіб, зазначених у статтях 482 і 482-2 цього Кодексу. Відтак положення, що надають громадянам право на затримання особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, у проєкті і КПК слід узгодити.

Стаття 2.9.6. Крайня необхідність

1. Положення про перевищення меж крайньої необхідності, як видається, сформульоване не зовсім коректно. Аналіз ст. 2.9.6 дає підстави виділити два види перевищення меж крайньої необхідності. Це: 1) перевищення, за яке настає кримінальна відповідальність у випадках, передбачених статтями 4.1.5 і 4.2.6; 2) перевищення, за яке не настає кримінальна відповідальність. Цікаво, що друге перевищення констатує відсутність правомірного спричинення шкоди у стані крайньої необхідності, а відтак особа мала б відповідати на загальних підставах. Однак згідно з ч. 3 ст. 2.9.6 вона не підлягає кримінальній відповідальності.

Можливо, коректніше ч. 2 і 3 ст. 2.9.6 об'єднати, виклавши норму в такій редакції: «*Перевищенням меж крайньої необхідності є умисне спричинення шкоди, яка є більш значною, ніж відвернена та за яку настає кримінальна відповідальність у випадках, передбачених статтями 4.1.5 і 4.2.6 цього Кодексу*». Варіант: «*Перевищенням меж крайньої необхідності є умисне спричинення шкоди, яка є більш значною, ніж відвернена, у випадках, передбачених статтями 4.1.5 і 4.2.6 цього Кодексу*».

2. Водночас, як видається, ч. 2 ст. 2.9.6 не повністю відповідає вимогам ст. 3 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яка забороняє катування або інше нелюдське чи таке, що принижує гідність,

поводження або покарання. Зокрема, ч. 2 ст. 2.9.6 допускає принесення життя однієї людини в жертву порятунку двох інших людей, що фактично означає дегуманізацію першої людини та перетворення її на інструмент для досягнення певних цілей. Подібне поводження, яке серйозно уражає людську гідність, має характер нелюдського.

Стаття 2.9.7. Виправданий ризик

Положення ч. 2 і ч. 3 цієї статті видаються неузгодженими. Розробники проєкту визнають ризик виправданим, якщо: 1) значної суспільної користі можна було досягти в цій обстановці лише діянням, поєднаним із ризиком, і 2) особа, яка здійснювала ризиковане діяння, обґрунтовано розраховувала, що вжиті нею заходи є достатніми для відвернення шкоди. Тому логічно, що невиправданим є ризик, при якому порушуються умови виправданого ризику. Наприклад, значної суспільної користі можна було досягти в цій обстановці не лише діянням, поєднаним із ризиком.

Або особа, яка здійснювала ризиковане діяння, обґрунтовано сумнівалася у тому, що вжиті нею заходи є достатніми для відвернення шкоди. Однак, як бачимо, розробники проєкту пропонують зовсім іншу дефініцію невиправданого ризику: *ризик не визнається виправданим, якщо він завідомо для особи створював небезпеку смерті іншої людини або тяжкої шкоди довкіллю*. Відтак виникає запитання: в яких випадках настає кримінальна відповідальність особи? Тут може бути три варіанти: 1) якщо порушено вимоги ч. 2 ст. 2.9.7; 2) якщо в діях особи наявний невиправданий ризик, передбачений ч. 3 ст. ст. 2.9.7; 3) у двох зазначених випадках.

Положення ч. 3 ст. 2.9.7 видається зайвим. До слова в ст. 31 КК Грузії такої неузгодженості немає. Відповідно до ч. 1 ст. 31 цього КК не є протиправними дії особи, яка завдала шкоди правовим благам задля досягнення суспільно корисної мети за умов виправданого ризику. Водночас у ч. 2 цієї статті зазначено, що ризик є виправданим, якщо ця мета не могла бути досягнута діянням без ризику і якщо особою було вжито всіх заходів щодо запобігання заподіянню шкоди правовим благам.

Дефініція невиправданого ризику видається недосконалою щонайменше з огляду вказівку на завідоме створення небезпеки смерті іншої людини або тяжкої шкоди довкіллю. Ймовірно, тут не враховано особливостей професійних ризиків. Наприклад, лікар рекомендує операцію пацієнту похилого віку з тяжкою хворобою, завідомо усвідомлюючи, що оперативне втручання несе у собі небезпеку смерті хворого. Водночас єдино можливим

варіантом продовжити життя пацієнту є лише ця ризикова операція. У таких випадках ризик визнається невиправданим, а лікар повинен відповідати на загальних підставах. У разі виникнення в цього лікаря проблем, адвокат порадить йому посилатися на ст. 2.9.10, адже він виконує професійні обов'язки.

Інший приклад: військовослужбовець на полі бою завідомо наражає свого побратима на небезпеку тяжкої шкоди з метою врятувати його життя (ампутує йому ногу без наркозу, не маючи необхідних медичних знань, оскільки розуміє що почалась гангрена). Якщо поранений загине, то у діях військовослужбовця наявний невиправданий ризик, і він повинен відповідати на загальних підставах, що, вочевидь, неправильно.

До речі, у ст. 45 КК Канади зазначено, що кожен захищений від кримінальної відповідальності за проведення хірургічної операції будь-якій особі на користь цієї особи, якщо (a) операція виконується з достатньою обережністю та вмінням; і (b) проведення операції доцільно з огляду на стан здоров'я особи на момент виконання операції та всі обставини справи.

Важливим може бути і досвід Чехії. Зокрема згідно з ч. 2 ст. 31 КК цієї держави не визнається допустимим ризик, якщо така діяльність загрожує життю чи здоров'ю особи без її згоди, наданої на це відповідно до іншого правового положення, або результат, на який вона спрямована, явно не відповідає ступеню ризику, або здійснення цієї діяльності, явно суперечить вимогам іншого правового акту, суспільним інтересам, принципам гуманності або суперечить нормам моралі. Тут варто звернути увагу насамперед на надання згоди особою у випадку загрози її життю чи здоров'ю.

Крім того, складається враження, що ст. 2.9.7 проєкту, як і ст. 42 чинного КК України, несумісна з вимогами ст. 3 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Зі ст. 2.9.7 проєкту випливає правомірність заподіяння тяжкої шкоди іншій людині чи спричинення їй сильних страждань для досягнення значної суспільної користі. Як і у випадку зі ст. 2.9.6, це означає дегуманізацію та «інструменталізацію» людини, що можна розглядати як прояв нелюдського поводження з нею.

Стаття 2.9.8. Спричинення шкоди за згодою особи

Перевищенням меж спричинення шкоди за згодою особи є лише спричинення їй смерті. Така позиція розробників проєкту видається дискусійною. Зрозуміло, що завдання значної шкоди здоров'ю особі на її

прохання є, м'яко кажучи, недоцільним. Законодавець не повинен йти на зустріч необґрунтованим, шкідливим для особи уподобанням і бажанням. Уявимо собі, що завтра запустять челендж «покаліч себе за допомогою друга». Для чого потурати таким тенденціям?

До речі, відповідно до ч. 3 ст. 30 КК Чехії згода потерпілої сторони не поширюється не лише на смерть, а й на тілесні ушкодження, а в ч. 1 ст. 29 КК Словаччини – на посягання на життя та здоров'я особи.

Стаття 2.9.9. Спричинення шкоди під час занять спортом

У цій обставині відсутні положення про перевищення меж. Тому виникає питання, чи правильно, що особа, яка під час спортивного змагання або тренування спричинила шкоду, порушивши одне з правил цього виду спорту, повинна відповідати на загальних підставах?

Чи повинно спричинення шкоди перебувати у причинному зв'язку з дотриманням правил? Адже може бути ситуація, коли шкода спричинена здоров'ю під час змагання від удару кулаком в голову, однак на початку бою спортсмени обмінялися умисними ударами в пах. Інший приклад: у першому раунді боксер завдав супернику удар ногою в корпус, порушивши правила, однак не спричинивши серйозної шкоди, а в шостому раунді суперник загинув від удару рукою в головою, що відбувся в межах правил. В обох випадках має місце порушення правил спорту, однак шкода життю чи здоров'ю завдана в межах правил. Чи повинні підлягати спортсмени кримінальній відповідальності у зазначених випадках? Якщо буквально тлумачити ст. 2.9.9, то повинні. Чи така ідея закладена розробниками проєкту у цю норму?

Стаття 2.9.10. Виконання службових повноважень чи професійних обов'язків

1. Термінологія, що стосується слідчих (розшукових) дій, потребує узгодження з КПК. Можна погодитися з тим, що слідчі (розшукові) дії варто поділити на гласні та негласні, однак слід взяти до уваги те, що в КПК йдеться про слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії. Відтак зміни слід внести до проєкту, або у подальшому пропонувати відповідні зміни до КПК.

Незрозуміло, чому автори проєкту взяли до уваги лише слідчі (розшукові) дії, пошукові та контррозвідувальні заходи? Крім зазначених дій і заходів, є інші, що охоплюються виконанням службових повноважень та

професійних обов'язків. Йдеться щонайменше про інші процесуальні дії, оперативно-розшукові заходи, антитерористичні заходи тощо.

2. Для застосування аналізованої статті необхідно, щоб у спеціальних законах визначалися умови заподіяння шкоди під час виконання службових повноважень чи професійних обов'язків. Водночас у певних випадках у спеціальних законах такі умови можуть бути відсутні, оскільки нині порушені питання регламентуються, зокрема, кримінально-правовими нормами в межах обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння. На сьогодні для осіб, які виконують службові повноваження чи професійні обов'язки, розробники проєкту в ч. 5. ст. 2.9.1 пропонують встановити пряму заборону на застосування щодо них положень статей 2.9.2–2.9.5. Такий крок, як вже зазначалось, може породити прогалини у кримінально-правовому регулюванні суспільних відносин.

3. У ст. 2.9.10 вживається термін «належне», визначення якого відсутнє. Ймовірно про належне здійснення особою своїх службових повноважень чи професійних обов'язків свідчить виконання їх на підставах та в порядку, передбачених законом. Відтак ст. 2.9.10 можна викласти в такій редакції:

«*1. Правомірним є спричинення шкоди при належному:*

1) здійсненні особою своїх службових повноважень чи професійних обов'язків;

2) здійсненні особою гласної чи негласної слідчої (розшукової) дії, пошукового або контррозвідувального заходу.

2. Належним здійсненням зазначених обов'язків, дій чи заходів є виконання їх на підставах та в порядку, передбачених законом».

Стаття 2.9.11. Бойовий імунітет

Мабуть, зазначаючи про працівника правоохоронного органу, автори проєкту припустилися помилки, оскільки в проєкті зворот «правоохоронний орган» пропонується замінити на зворот «орган правопорядку».

Має місце неузгодженість термінології в ч. 1 цієї статті: в одному випадку йдеться участь у заходах, спрямованих на боротьбу з тероризмом, а в другому – про припинення терористичного акту, що, вочевидь, не одне й те саме. Припинення терористичного акту значно вужче порівняно зі здійсненням заходів, спрямованих на боротьбу з тероризмом.

Виникають певні питання і щодо «наявної інформації» як підстави для планування, санкціонування або здійснення воєнної чи антитерористичної

операції (бойових дій). Це повинна бути лише розвідувальна інформація чи будь-яка інформація, зокрема з Інтернету?

Ще одне питання: як можна при здійсненні воєнної чи антитерористичної операції (бойових дій) прийняти рішення про здійснення воєнної чи антитерористичної операції (бойових дій) або здійснити таку операцію (бойові дії)? Ймовірно, певні положення в ч. 1 ст. 2.9.11 є зайвими.

Стаття 2.9.12. Виконання законного наказу або розпорядження

Чому у цій статті йдеться лише про *злочинний* наказ? Адже буквально виходить, що якщо особі віддали наказ на вчинення кримінального проступку, і вона його виконала, то вона не підлягатиме кримінальній відповідальності за вимушене спричинення шкоди. З іншого боку, чи може бути наказ на вчинення кримінального проступку законним? До речі, в ст. 41 чинного КК України йдеться про кримінально протиправний наказ, а тому зазначених питань не виникає.

Стаття 2.9.13. Суперечність (колізія) обов'язків

У цій статті не враховано випадки: 1) коли особа зобов'язана одночасно виконувати декілька юридичних обов'язків, які покладені на неї одним і тим самим правовим актом; 2) коли особа помилилася в прогнозах і спричинила більш значну шкоду, не виконавши один із своїх обов'язків; 3) коли особа повинна одночасно виконувати декілька юридичних обов'язків і не має можливості виконати всі обов'язки, але робить все від неї залежне для виконання і не виконує один з них. До слова саме третій (неврахований у проєкті) варіант лежить в основі аналогічної обставини, передбаченої ст. 30 Пенітенціарного кодексу Естонії.

Стаття 2.9.14. Виконання спеціального завдання із запобігання чи розкриття злочинів організованої групи, злочинної організації або терористичної групи

1. Чи у ст. 2.9.14 проєкту йдеться про негласну слідчу (розшукову) дію, передбачену ст. 272 КПК? Назву спеціального завдання як у проєкті, так і КПК слід сформувати коректніше. Вживання в обох статтях терміну «розкриття» теж має недоліки, оскільки КПК практично від нього відмовився. Чи закріплено цей термін нормативно? Розкриття злочину – це діяльність виключно уповноважених суб'єктів, а тому чи доречно зазначати, що завербований учасник злочинної організації виконує спеціальне завдання

з розкриття? Видається, що він може надавати допомогу, інакше кажучи, сприяти досудовому розслідуванню.

2. У ст. 2.9.14 йдеться про терористичну групу, яка не визнається різновидом організованої групи чи злочинної організації, а тому незрозуміло, чи можливе виконання спеціального завдання щодо терористичної групи, про яке зазначається у ст. 272 КПК.

3. Частково положення проєкту і КПК дублюються, тому виникає питання щодо доцільності такого повтору. В одному з кодексів (КК чи КПК) можна надати дефініцію виконання спеціального завдання з протидії (або припинення) діяльності організованої групи чи злочинної організації, враховуючи насамперед те, що ця негласна слідча (розшукова) дія є засобом збирання доказів.

4 Із формулювання ст. 2.9.14 не зовсім зрозуміло, чи несе виконавець спеціального завдання відповідальність за підготовку та замах на вчинення злочинів 7-го або 9-го базового ступеня тяжкості.

5. Терміни «*беручи участь в організованій групі чи організації*» та «*будучи учасником зазначеної групи чи організації*» за своїм змістом є тотожними. Тому немає сенсу розмежовувати пункти 1 і 2 ч. 1 ст. 2.9.14.

Стаття 2.9.15. Застосування фізичного впливу, спеціальних засобів, зброї

Чи не охоплюється застосування фізичного впливу, спеціальних засобів, зброї виконанням службових повноважень чи професійних обов'язків? Адже обставина, передбачена ст. 2.9.15, стосується лише уповноваженої службової особи.

Стаття 2.9.16. Помилка щодо обставини, яка виключає протиправність діяння

Вказівка на відсутність підстави для правомірного спричинення шкоди в ч. 1 ст. 2.9.16 засвідчує, що така підстава повинна визначатися в кожній обставині, яка виключає протиправність діяння. Однак щодо більшості обставин така підстава у межах розділу 2.9 проєкту, як вже зазначалось, не визначена.

РОЗДІЛ 2.10.
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА КВАЛІФІКАЦІЯ
Стаття 2.10.1. Поняття кримінально-правової кваліфікації

1. Поняття *кримінально-правової* кваліфікації, запропоноване у проєкті, включає кваліфікацію діяння як такого, що не є кримінальним правопорушенням (за наявності обставини, що виключає протиправність діяння, діяння неосудної особи чи особи, яка не досягла віку суб'єкта відповідного кримінального правопорушення, тощо). При цьому відносини, що виникають із вчинення протиправного діяння, передбаченого цим Кодексом, неосудною особою чи особою, яка не досягла віку суб'єкта відповідного кримінального правопорушення, і діяння за обставин, що виключають його протиправність, у ст. 1.1.1 пропонується *не визнавати кримінально-правовими*. Показану неузгодженість варто прибрати (див. зауваження до розділу 1.1).

2. Складно підтримати обстоюване робочою групою узагальнення термінів «стаття, її частина, пункт» шляхом використання єдиного терміну «стаття» Точність формулювань, яка у проєкті інколи доведена до абсолюту, не передбачає подібних скорочень. Тим більше, що вже у наступній статті проєкту його авторам потрібно пояснювати, про що йдеться, застосовуючи формулу «*…статті, яка визначена відповідно до частини 1 статті 2.10.1 цього Кодексу»*. Вказана тріада, наскільки це зрозуміло із трансляції виступу робочої групи у фаховій дискусії, організованій Вищою школою адвокатури НААУ «Проєкт нового Кримінального кодексу України: основні положення» (лютий 2023 р.), обумовлює черговість посилань у формулі кваліфікації: спочатку стаття, потім частина, далі пункт. Незважаючи на незвичність такого порядку, це може бути ще одним аргументом на користь збереження у статтях розділу 2.10 тріади «стаття, її частина, пункт». Відтак пропонується не відмовлятись від неї у тих випадках, де для цього є підстави.

3. Ст. 2.10.1 обмежує кваліфікацію лише тією статтею, яка визначає вчинене діяння як кримінальне правопорушення або як діяння, що не є кримінальним правопорушенням. Однак уже в наступній статті проєкту в аспекті того, які статті підлягають застосуванню при кваліфікації, фігурує більш широкий перелік статей. Так, згідно з ч. 2 ст. 2.10.1 формула кваліфікації щодо закінченого кримінального правопорушення, вчиненого однією особою, має містити посилання не лише на статтю Особливої частини цього Кодексу, яка передбачає вчинене кримінальне правопорушення, а й на: ст. 2.5.11 – у випадку спричинення кримінальним правопорушенням значної

чи тяжкої майнової шкоди; відповідну статтю Особливої частини, яка визначає ознаки складу злочину, що змінюють ступінь тяжкості злочину, – за наявності таких ознак. Так само більш широке коло відповідних статей згадується у ст. 2.10.3 «Обґрунтування кваліфікації кримінального правопорушення». Зі сказаного випливає неповнота базового (вихідного) визначення поняття кримінально-правової кваліфікації або принаймні неузгодженість статей 2.10.1–2.10.3 у частині кола тих кримінально-правових приписів, які враховуються при її здійсненні.

4. Наведене у ч. 1 ст. 2.10.1 визначення поняття кримінально-правової кваліфікації сформульоване як родове (універсальне) у тому сенсі, що воно охоплює з-поміж іншого кваліфікацію посткримінальної поведінки особи. Цей різновид кримінально значимої поведінки (наприклад, щире каяття особи, яка вчинила кримінальне правопорушення) братиметься до уваги при застосуванні кримінально-правових засобів (Книга третя). Вочевидь, це слугує аргументом на користь переміщення розділу, присвяченого кримінально-правовій кваліфікації, із Книги другої «Про кримінальне правопорушення» до «вступної» Книги першої «Про Кримінальний кодекс України».

Стаття 2.10.2. Формула кваліфікації

1. Положення, що стосуються формули кримінально-правової кваліфікації, передбачені не лише у ст. 2.10.2, а й у ст. 2.10.7 – щодо кваліфікації незакінченого злочину, ст. 2.10.8 – щодо кваліфікації добровільної відмови від доведення злочину до кінця, ст. 2.10.9 – щодо кваліфікації кримінального правопорушення, вчиненого у співучасті. Це не дуже добре для цілісного сприйняття відповідних положень. Якщо й зазначати докладно ті статті, які вказуються у формулі кваліфікації, то краще це зробити в одній статті. При цьому поняття формули, визначене у ч. 1 ст. 2.10.2 краще виключити, оскільки воно не несе якогось змістовного навантаження. Ст. 2.10.2 доцільно структурувати відповідно до видів формули кваліфікації: ч. 1 – формула кваліфікації закінченого кримінального правопорушення, вчиненого однією особою; ч. 2 – формула готування до злочину; ч. 3 – формула замаху на злочин; ч. 4 – формула добровільної відмови; ч. 5 – формула кримінального правопорушення, вчиненого у співучасті; ч. 6 – формула кваліфікації діяння, яке не є кримінальним правопорушенням. Ті частини статей 2.10.7–2.10.9, в яких встановлено правила складання формули кваліфікації незакінченого злочину,

добровільної відмови від доведення злочину до кінця та кримінального правопорушення, вчиненого у співучасті, варто перенести у ст. 2.10.2. За такого підходу зникне потреба повторювати положення, викладені у пунктах 1–3 ч. 2 ст. 2.10.2 в її нинішній редакції. Зрозуміло, що громіздкість такої «реформованої» ст. 2.10.2 не викличе захоплення, проте, якщо взагалі регламентувати складання формули кваліфікації, то краще це зробити в одній статті КК. В інших ж статтях розділу 2.10 слід зосередитись на правилах кваліфікації, не «розбавляючи» їх вимогами до формули кваліфікації певного виду.

Варто також навести думку про небезпеку законодавчого закріплення вимог до формули кримінально-правової кваліфікації (див.: Ковальова С.С. Проєкт Кримінального кодексу України: новели. *Право. Людина. Довкілля.* 2021. Ч. 12. № 4. С. 134– 140). Чи не означатиме технічна помилка у викладенні формули кваліфікації неправильне застосування кримінального закону із наслідками, визначеними КПК? Формула кваліфікації, яка «не для людей», може стати найбільшим викликом для учасників провадження, а її опис більш пасує для технічної документації з користування електронними базами даних (І. Кузіна).

Наскільки можна судити із повідомлення одного з членів робочої групи В. Навроцького (2022), у нагоді тут має стати діджиталізація як тексту КК, так процесів його застосування. Однак, як визнає Вячеслав Олександрович, розробників проєкту «очікує велика додаткова робота, яка полягатиме у тому, щоб прив'язати до тексту статей КК численні взаємовідсилки між окремими положеннями КК, посиланнями на інші нормативно-правові акти, матеріали правозастосовної практики, інформаційно-довідкові матеріали тощо. Інакше не запрацюють, та й не можуть бути створені такі бажані системи підтримки рішень щодо кваліфікації та визначення ступеня тяжкості кримінальних правопорушень, а також щодо застосування кримінально-правових засобів».

2. Проєкт «тримає інтригу» щодо суб'єктного складу кримінально-правової кваліфікації, адже процесуальний акт, в якому зазначається формула кваліфікації (ч. 1 ст. 2.10.2), – це, наприклад, і апеляційна чи касаційна скарга захисника. «Легалізація» одного з різновидів неофіційної кримінально-правової кваліфікації входила у наміри розробників проєкту чи у цьому разі все ж варто зробити уточнення, рухаючись усталеним шляхом? Суть останнього, як відомо, зводиться до того, що офіційна кваліфікація, яка надається від імені держави органом досудового розслідування, прокурором і

судом і здійснюється у відповідній процесуальній формі, істотно відрізняється від неофіційної, значення якої полягає головним чином у вагомості аргументації, покладеної в основу пропонованих рішень (М. Панов).

Існує також підхід (наприклад, П. Андрушко, С. Шапченко), у межах якого розрізняється кваліфікація, що має кримінально-правовий і кримінально-процесуальний характер (значення), і вважається, що кваліфікацію кримінального правопорушення як етап застосування кримінально-правових норм здійснює саме і лише суд. Відтак із питання про суб'єктний склад кримінально-правової кваліфікації бажано внести ясність.

Стаття 2.10.3. Обґрунтування кваліфікації кримінального правопорушення

1. Потреба у цій статті у такому вигляді не до кінця зрозуміла. Якщо її змістовним навантаженням є встановлення обов'язку обґрунтувати кримінально-правову кваліфікацію, то про це варто написати прямо, наприклад, так: *«Результати кримінально-правової кваліфікації відображаються у формулі кваліфікації та обґрунтовуються»*. А далі можна переходити до статей про формулу кваліфікації та її обґрунтування.

2. У ч. 1 ст. 2.10.3 можна обійтись без пунктів, оскільки вони, конкретизуючи юридичну підставу кваліфікації, відображають її не повною мірою. Може скластися враження, що кваліфікацію діяння, яке не є кримінальним правопорушенням, обґрунтовувати не потрібно. Це не так. Тому назву статті варто, напевне, змінити на «*Обґрунтування результатів кримінально-правової кваліфікації*», а ч. 1 цієї статті викласти у такій редакції: «*Обґрунтування результатів кримінально-правової кваліфікації полягає у доведенні відповідності між обставинами вчиненого діяння та ознаками, відображеними у формулі кваліфікації*». Або використати інше подібне формулювання, яке дасть можливість відобразити поєднання фактичної та юридичної підстав кримінально-правової кваліфікації.

3. Аналогічне застереження стосується і ч. 2 ст. 2.10.3, присвяченої субсидіарному застосуванню інших (відмінних від кримінального закону) нормативно-правових актів при кримінально-правовій кваліфікації. Можливі ситуації, коли таке правозастосування торкатиметься не лише складу кримінального правопорушення, а й його відсутності чи інших обставин оцінки діяння, яке не є кримінальним правопорушенням. Отже, і ч. 2 ст. 2.10.3 варто спробувати сформулювати таким чином, щоб вона

поширювалась і на обґрунтування кваліфікації діянь, які не є кримінальними правопорушеннями.

Крім цього, є сенс сформулювати це положення ширше, зокрема, з огляду на те, що до іншогалузевих джерел, які застосовуються при кваліфікації на підставі кримінально-правових заборон із бланкетними диспозиціями, можуть належати не тільки нормативно-правові акти.

Тут доречно пригадати сформульовану Г. Яремко дефініцію бланкетної диспозиції в статті Особливої частини КК України. Це – структурний елемент заборонної кримінально-правової норми, який безпосередньо лише абстрактно називає або описує склад злочину, а для встановлення конкретних його ознак відсилає (прямо чи опосередковано) до норм інших галузей права, що можуть бути формалізовані у *нормативно-правових актах, нормативно-правових договорах та правових звичаях*, та які виступають додатковою нормативною підставою кримінально-правової кваліфікації

4. Перше речення у ч. 3 ст. 2.10.3 (*Кваліфікація здійснюється за статтями цього Кодексу в редакції, чинній на час вчинення кримінального правопорушення*) є навряд чи потрібними дублюванням ч. 1 ст. 1.3.1 «Пряма дія Кримінального кодексу в часі».

Сумнівним є й інше положенням, наведене в ч. 3 ст. 2.10.3 (*Якщо застосовується редакція статті цього Кодексу, що має зворотну дію у часі, то при обґрунтуванні кваліфікації вказується закон України, яким встановлена відповідна редакція статті*). Адже закон про внесення змін до КК України самостійного значення не має і застосовуватися не може. Це опосередковано визнано й у проєкті: у ч. 4 ст. 1.1.3 зазначається, що *положення закону про внесення змін до Кримінального кодексу включається до цього Кодексу з моменту набрання чинності таким законом*. Таким чином, варто обмежитись вказівкою на редакцію статті КК, яка підлягатиме застосуванню, зазначивши це в обґрунтуванні результатів кваліфікації. Це правило буде актуальним і щодо інших видів дії закону у часі, наприклад, «переживаючої». Відтак ч. 3 ст. 2.10.3 пропонується викласти у приблизно такій редакції: «*Якщо відображена у формулі кваліфікації стаття цього Кодексу зазнавала змін, вказується та її редакція, яка підлягає застосуванню для кримінально-правової кваліфікації вчиненого*».

Стаття 2.10.4. Кваліфікація сукупності кримінальних правопорушень

1. Ч. 1 ст. 2.10.4 дублює ч. 2 ст. 2.10.1, згідно з якою кожне кримінальне правопорушення або діяння, що не є кримінальним правопорушенням, підлягає самостійній кваліфікації. Сказане загалом стосується й ситуації, описаної у ч. 2 ст. 2.10.4: тут (треба так розуміти) йдеться про реальну або ідеальну сукупність кримінальних правопорушень.

2. Згідно з ч. 2. ст. 2.10.4 кримінальні правопорушення, вчинені одним чи кількома діяннями, якими спричинена, шкода двом або більше потерпілим особам, мають кваліфікуватися окремо щодо кожної з потерпілих осіб, з урахуванням шкоди, спричиненої кожній з них. З цією новелою загалом можна погодитися, оскільки такий підхід найкраще відповідає ідеї поваги до людської гідності та впроваджений у кримінальне право окремих європейських держав. Утім, це положення проєкту містить виняток із загального підходу, згідно з яким останній «не спрацьовує» у випадку, передбаченому п. 5 ст. 4.1.3 Кодексу. Згідно з цією нормою ознакою, що підвищує на два ступеня тяжкість умисного злочину, є його вчинення «способом, що має характер особливого мучення». Складно зрозуміти, чим обґрунтовується цей виняток. Чому вбивство двох людей у «звичайний» спосіб мислиться авторами проєкту як два окремі злочини, а вбивство двох людей способом особливого мучення – як один? Висловимо припущення, що це технічна помилка, і тут робоча група мала на увазі не п. 5, а п. 7 ст. 4.1.3, в якому йдеться про спричинення смерті двох чи більше людей.

Стаття 2.10.5. Кваліфікація кримінального правопорушення у разі конкуренції частини та цілого

1. Розуміння конкуренції частини і цілого, викладене у ч. 1 ст. 2.10.5, видається таким, що не відповідає природі цього явища і не дає можливості відмежувати його від наступного виду конкуренції (ст. 2.10.6). Взагалі конкуренція у кримінальному праві – явище достатньо складне і таке, стосовно якого, за невеликим винятком, немає єдності позицій у доктрині кримінального права. Це стосується і розуміння того, що конкурує (статті, норми, склади), і виокремлення різновидів конкуренції (загальної та спеціальної …; частини і цілого; кількох спеціальних … між собою). Як бачимо, розробники проєкту вважають, що предметом конкуренції є статті КК. Не поділяючи загалом такий підхід, хоч і не відкидаючи його існування, водночас зазначимо, що проєктантам треба бути послідовними у позначенні

видів конкуренції. Так, ст. 2.10.6 присвячена конкуренції *статей*, які передбачають загальний та спеціальний склади кримінального правопорушення, а в ст. 2.10.5 йдеться про конкуренцію частини і цілого. Логічніше було б визначати вид конкуренції, який передбачається описати у ст. 2.10.5, як *конкуренцію статей, які передбачають цілий склад кримінального правопорушення та його частину*. Щоправда, і таке визначення не буде до кінця точним.

2. Видається, що конкуренція частини і цілого виникає між трьома статтями (за термінологією розробників проєкту): одна з них передбачає цілий склад кримінального правопорушення (йдеться про складений склад), а дві інші статті (їх частини або пункти) – частини цього цілого складу (з який він і складається). Тільки у такому розумінні, вочевидь, і є сенс виокремлювати розглядуваний вид конкуренції. Будь-яке інше розуміння, зокрема запропоноване у ст. 2.10.5 не дасть можливості відрізнити конкуренцію загальної та спеціальної… від конкуренції частини і цілого. Логіка виокремлення цього виду конкуренції передбачає наявність в цілому щонайменше двох частин: якщо обидві ці частини передбачені самостійними статтями (нормами у нашому розумінні), то у цьому разі є підстави говорити про самостійний вид конкуренції. Якщо одна з частин передбачена самостійною статтею, а інша – ні, то за такого підходу це конкуренція загальної та спеціальної статті (норми).

3. Ситуація з конкуренцією частини і цілого може додатково ускладнюватися через те, що одна з частин може бути передбачена не як самостійна стаття КК про злочин, а бути статтею про проступок, передбачений КК, або навіть адміністративним правопорушення і передбачатися або в КУпАП, або в іншому публічному деліктному законодавстві. У цих випадка, як видається, також можна говорити про конкуренцію частини і цілого, але така конкуренція матиме міжгалузевий характер.

Наведене спробуємо проілюструвати таким прикладом. Конкуренція частини і цілого виникає у разі ухилення від виконання наказу командира (начальника) військовослужбовцем, якщо у результаті цього спричинено необережну значну шкоду здоров'ю. Якби у проєкті була відсутня ст. 10.1.15 «Невиконання наказу, що з необережності спричинило значну шкоду», то вчинене підлягало б кваліфікації за сукупністю проступків, передбачених ст. 10.1.14 «Ухилення від виконання наказу» і ст. 4.2.16 «Спричинення значної шкоди здоров'ю з необережності» Останні дві статті передбачають

«частини» в той час, як ст. 10.1.15 – «ціле» (складений склад проступку). Від цієї ситуації принципово відрізняється, наприклад, ситуація із співвідношенням ст. 10.3.10 «Порушення правил поводження із засобами ведення бою, що з необережності спричинило неістотну майнову шкоду» із ст. 4.2.16 «Спричинення значної шкоди здоров'ю з необережності». Оскільки саме по собі порушення правил поводження із засобами ведення бою без наслідків, передбачених у ст. ст. 10.2.6., 10.3.7 і 10.3.10 ні злочину, ні проступку не становлять, співвідношення описаних статей (норм) є співвідношенням загальної та спеціальної …, де ст. 4.2.16 містить загальний склад (за визначенням робочої групи), а ст. 10.3.10 – спеціальний (у значенні, передбаченому ч. 1 ст. 2.10.6 проєкту).

Враховуючи наведені міркування, формулювання ст. 2.10.5 потрібно змінити, передбачивши справді конкуренцію частини і цілого, а так само правило її кваліфікації.

Варіант: взагалі виключити цю статтю з розділу 2.10, намагаючись уникнути формулювань складених складів кримінальних правопорушень, як це і було свого часу проголошено у Концепції реформування кримінального законодавства України, підготовка якої започаткувала діяльність робочої групи.

Стаття 2.10.6. Кваліфікація кримінального правопорушення у разі конкуренції статей, які передбачають спеціальний та загальний склади кримінального правопорушення

1. На відміну від конкуренції частини і цілого, уникнути потенційного існування у кримінальному праві конкуренції загальної та спеціальної … не видається за можливе, й особливо з урахуванням глибокої диференціації кримінальної відповідальності (якщо такий термін коректно застосовувати щодо проєкту).

Аналізуючи ст. 2.10.6, варто звернути увагу на те, що застосуванню підлягають норми кримінального права, які формалізовані у статтях КК (і не лише там). Тому говорити про конкуренцію *статей*, які передбачають загальний та спеціальний склади кримінального правопорушення, не зовсім точно. Тим більше самі по собі склади кримінальних правопорушень (попри те, що у літературі часто пишуть про те, що вони є загальними та спеціальними) такими не бувають. Сам зміст «загального та спеціального» визначає характер співвідношення між ними, що, своєю чергою, визначається під час *правозастосування*, а застосуванню підлягає, як вже зазначалось,

елемент права – його норма. Тому, ведучи мову про конкуренцію, варто говорити про конкуренцію загальної та спеціальної норми. При цьому проєкт не багатий на використання такого терміно-поняття, однак все ж згадує його (наприклад, статті 2.1.2, 11.2.3, 11.4.2, 11.4.4). Тому немає термінологічної проблеми у використанні звороту «конкуренція норм»; тим більше, що він вживається у переважній більшості як класичних робіт із кримінального права, так і більш сучасних праць (див., наприклад, докторська дисертація О. Ус «Кваліфікація в кримінальному праві України»).

2. Якщо ж робоча група наполягатиме на тому, що конкурують все ж статті, які передбачають загальний та спеціальний склади кримінального правопорушення, то й визначення спеціального складу потребує коригування. Ознаки, відображені у пунктах 1,2 ч. 1 ст. 2.10.6, є нічим іншим, як відображенням закону зворотного співвідношення змісту та обсягу поняття. Тому їх згадування як окремих пунктів у визначенні недоцільне. Визначення спеціального складу краще сформулювати, наприклад, таким чином: «*Склад кримінального правопорушення є спеціальним, якщо він включає хоча б одну ознаку, яка є додатковою або конкретизує якусь з ознак загального складу кримінального правопорушення*».

3. Конкуренція, яку у доктрині називають конкуренцією кількох спеціальних норм між собою, у розділі 2.10 проєкту не визначена; не встановлено тут і правил її подолання. Ситуація, можливо, пояснюється відсутністю у проєкті звичних кваліфікованих та привілейованих складів кримінальних правопорушень, щодо норм про які й відбувається цей вид конкуренції. Але відсутність форм для таких різновидів складів не означає відсутності таких складів в принципі. Так, ознаки, які змінюють ступінь тяжкості злочину, як видається, є нічим іншим, як звичними «кваліфікуючими» та «привілеюючими» ознаками, наявність урахування при кваліфікації яких «створює» («збирає») кваліфікований чи привілейований склад кримінального правопорушення (у проєкті – лише злочину). В аналізованій редакції Особливої частини проєкту робоча група вже не називає ці ознаки «*ознаками складу кримінального правопорушення*», а пише абстрактно про «ознаки, що знижують….» та «ознаки, що підвищують…», однак це не змінює правову природу таких ознак: вони є ознаками складу кримінального правопорушення. Це підтверджується й численним згадками їх саме в такому значенні у положеннях Загальної частини проєкту (див., наприклад, статті 2.5.9–2.5.12).

4. Таким чином, якщо у поведінці особи наявні ознаки основного складу кримінального правопорушення, визначені у статті Особливої частини, та ознаки складу правопорушення, які змінюють ступінь тяжкості злочину, то залежно від виду таких ознак та їх кількості, ми можемо мати справу із різними видами конкуренції декількох спеціальних норм між собою. Не вдаючись до детального висвітлення цієї проблеми, зазначимо, що такий погляд на правозастосування (через призму конкуренції декількох спеціальних норм між собою) дає можливість уникнути наявності у проєкті статей 2.5.12 «Правила встановлення ступеня тяжкості злочину за наявності ознак складу злочину, що змінюють ступінь тяжкості злочину» і ст. 2.5.13 «Алгоритм встановлення ступеня тяжкості злочину». При цьому згадані статті з проєкту можна виключити – як сформулювавши правила подолання конкуренції декількох спеціальних норм між собою в її різновидах у відповідній статті розділу 2.10, так і не роблячи цього. Доктрина кримінального права загалом однозначно сприймає цю частину вчення про конкуренцію, пропонуючи цілком зрозумілі правила, застосування яких призведе до тих самих результатів кримінально-правової оцінки, що й застосування положень ст. 2.5.12 і ст. 2.5.13.

5. Положення ч. 2 ст. 2.5.12 (*Якщо у статті Особливої частини як ознака основного складу злочину передбачена ознака, що змінює ступінь тяжкості злочину, то при встановленні ступеня тяжкості вчиненого злочину ця ознака не враховується*) може бути реалізацією принципу non bis in idem у разі його адекватного відображення у розділі 1.2 проєкту. При цьому аналогічне положення варто закріпити у ст. 3.3.3 проєкту стосовно обставин, які обтяжують покарання за проступок. Щоправда більшість із визначених у цій статті обставин не передбачені як ознаки складу проступку, однак, наприклад, ознака *з використанням влади, службових чи професійних повноважень або пов'язаних з ними можливостей* може припускатися у складах проступків, які вчиняються відповідними спеціальними суб'єктами. Варіант: спеціально обумовлювати це правило у всіх випадках не потрібно за наявності відповідного розуміння названого принципу. Якщо ж принцип non bis in idem залишити у розумінні теперішньої редакції ст. 1.2.7 проєкту, то відповідні положення мають бути збережені у тексті проєкту.

6. Підсумовуючи викладене стосовно кваліфікації кримінальних правопорушень при конкуренції кримінально-правових норм, пропонуємо об'єднати відповідні положення із положеннями про кваліфікацію множинності і сформулювати одну статтю розділу 2.10 під назвою

«Кваліфікація кримінальних правопорушень при їх множинності та конкуренції кримінально-правових норм», в якій передбачити: 1) правило, передбачене у ч. 2 ст. 2.10.1; 2) те, що не є множинністю вчинення кримінального правопорушення, яке передбачене декількома нормами, що підлягають застосуванню для його кримінально-правової кваліфікації, які конкурують між собою; 3) визначити види конкуренції та правила їх подолання відповідно до доктринальних положень (варіант: не передбачати цей третій пункт, залишивши види конкуренції та привила їх подолання правничій науці).

Стаття 2.10.10. Зміна кваліфікації

1. Положення цієї статті проєкту носять процесуальний характер, через що постає питання про доцільність їх закріплення в матеріальному кримінальному законі. З кримінально-правової точки зору зміна кваліфікації означає не складання формули кваліфікації, яка відрізняється від попередньої (ч. 1 ст. 2.10.10), а зміну змісту обвинувачення. Формула ж кваліфікації відображає лише, так би мовити, формальний аспект проблеми. На процесуальний характер відповідних положень проєкту вже наголошувалося в юридичній літературі: «…питання зміни кваліфікації регламентуються нормами Кримінального процесуального кодексу… положення проєкту КК в цій частині та чинні норми кримінального процесуального законодавства щодо підстав та порядку зміни кримінально-правової кваліфікації мають узгоджуватися між собою» (див.: Рябчинська О.П. Положення проєкту КК щодо реалізації принципу верховенства права. *Проєкт нового Кримінального кодексу України у вимірі верховенства права: матеріали сателіт. заходу в рамках V Харківського міжнародного юридичного форуму*. м. Харків, 21 вересня 2021. Харків, 2022. С. 28–31).

2. Не зовсім зрозуміло, що покладено в основу положення про обмеження кола тих чинників, які можуть зумовити погіршення правового статусу особи, діяння якої кваліфікується (ч. 2 і ч. 3 ст. 2.10.1). Хіба погіршення такого становища не може зумовити, наприклад, надання висновку Верховного Суду? Чи автори проєкту мали на увазі те, що кримінально-правову кваліфікацію здійснює лише суд, який має дотримуватись ч. 3 ст. 337 КПК (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)?

Але тоді треба чіткіше артикулювати свою позицію щодо суб'єктів кримінально-правової кваліфікації (див. про це вище). Цілком очевидно, що кваліфікація вчиненого особою, відбита в таких процесуальних документах, як повідомлення про підозру та обвинувальний акт, може відрізнятись, причому й у бік погіршення правового становища особи. Це саме стосується і складання «повторного» обвинувального акту у порядку зміни обвинувачення (ст. 338 КПК).

Таким чином, проєкт у частині унормування питань кримінально-правової кваліфікації нічого не втратив, якби ст. 2.10.10 було з нього виключено.

КНИГА ТРЕТЯ.
ПРО КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ЗАСОБИ ТА ЇХ ЗАСТОСУВАННЯ
РОЗДІЛ 3.1.
ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ ПРО КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ЗАСОБИ
Стаття 3.1.1. Поняття та мета кримінально-правового засобу

1. Традиційне сприйняття покарання через *кару як правообмеження* давало певні орієнтири щодо формування системи покарань і заходів, які не є покараннями. В принципі, це можна було б зробити і в проєкті, адже у ч. 1 його ст. 3.1.1 йдеться про «обмеження прав особи *або* покладення на неї обов'язків», тобто про певну альтернативу. Напрошується рішення: покарання розуміти як обмеження прав, а інші засоби – як накладення обов'язків. Однак робоча група вирішила суть всіх засобів – і покарання, і інших – визначити однаково. Як наслідок, покарання для злочинів передбачає 3 види, чого, на нашу думку, явно недостатньо для індивідуалізації кримінально-правового впливу. І цю проблему розробники проєкту намагаються вирішити за рахунок запровадження значної кількості кримінально-правових засобів, які не є покаранням. Постає, однак, питання, чим покарання відрізняється від іншого засобу? Що заважає, наприклад, пробаційному пенітенціарному арешту із наглядового засобу пробації «перетворитись» на вид покарання? Адже суть що у покарання, що у засобу пробації, як видається, ідентична. Крім того, покарання за проступки (ч. 3 ст. 3.2.1) складно відрізнити від інших засобів: безоплатні роботи (покарання) vs суспільно корисні роботи (засіб пробації); обмеження свободи пересування (покарання) vs домашній пробаційний арешт тощо.

2. Із приводу дефініції, наведеної у ч. 1 ст. 3.1.1, хотілося б висловити такі міркування.

По-перше, проєкт ґрунтується на позиції, відповідно до якої не існує кримінально-правових засобів, які б не були передбачені «цим Кодексом». Згідно зі ст. 1.1.2 кримінально-правові засоби (їх види, розміри, підстави та умови застосування/незастосування) визначає лише КК. Це відправне і наскрізне положення усього проєктованого закону. Отже, використання ознаки передбаченості відповідних засобів у КК (її повторення) для формулювання легальної дефініції, що має родове значення, є зайвим. Кримінально-правових засобів поза КК існувати не може. Як слушно зазначає З. Загиней-Заболотенко (2015), «дефініція – це стисле визначення, а

тому у ньому не потрібно перераховувати всіх ознак поняття, а лише ті, що є істотними, за допомогою яких можна відрізнити один предмет, явище від іншого».

По-друге, щодо ознаки кримінально-правових засобів у виді *обмеження прав особи або покладення на неї обов'язків* виникає питання, пов'язане з тим, чи є ця ознака повністю співвідносною із пропонованою у проєкті системою кримінально-правових засобів та її елементами. Чи можуть існувати кримінально-правові засоби поза обмеженням прав особи або покладання на неї обов'язків? Зі змісту Книги третьої випливає ствердна відповідь на це питання, і тому пропонований обсяг поняття кримінально-правового засобу не сприймається як чітко визначений. Зокрема, які права особи обмежуються або які обов'язки покладаються на неї при застосуванні такого кримінально-правового засобу, як вилучення речі? Якщо примусово вилучається певна річ, яка не належить особі на праві власності, то ця особа навряд чи обмежується у такий спосіб у правах і, тим більше, таке вилучення не передбачає виконання певних обов'язків.

3. Ще одне питання постає у зв'язку із співвідношенням пропонованої у ч. 1 ст. 3.1.1 дефініції кримінально-правових засобів і передбачених ст. 3.1.2 видів кримінально-правових засобів, до яких не віднесено звільнення від покарання і заміна призначеного покарання. Чи немає у цьому разі внутрішньої суперечності? Адже Книга третя, судячи з її назви та змісту, стосується усіх кримінально-правових засобів. Ця структурна частин проєкту фактично охоплює звільнення від покарання та заміну призначеного покарання. Зокрема, такий різновид звільнення від покарання, як відмова від призначення покарання (непризначення покарання) у зв'язку з позитивною поведінкою особи після вчинення кримінального правопорушення, можна зіставити з покаранням, що натомість належить за проєктом до кримінально-правових засобів. Непризначення покарання особі, яка вчинила кримінальне правопорушення, є альтеративним способом реагування на її поведінку, що здійснюється у межах реалізації кримінальної відповідальності. Чому ж воно не є кримінально-правовим засобом відповідно до ст. 3.1.2?

4. Згідно з ч. 2 ст. 3.1.1 *метою кримінально-правового засобу є убезпечення суспільства від кримінальних правопорушень та інших передбачених КК протиправних діянь*. Пропонований підхід є намаганням робочої групи здійснити певну універсалізацію усіх засобів, знайти для них спільну платформу, об'єднавши однією метою. Однак навряд чи це вдалося зробити, адже щодо деяких кримінально-правових засобів виникає сумнів в

їх відповідності сформульованій меті. Наприклад, хіба такий кримінально-правовий засіб, як компенсація, має на меті саме убезпечення суспільства? Якщо і так, то вкрай опосередковано.

З одного боку, робоча група фактично сприйняла підхід окремих вітчизняних дослідників (А. Музика, О. Горох), які, з огляду на відмову від концепту «невідворотність покарання», називають норму чинного кримінального закону, яка визначає мету покарання, «рудиментом минулого». З іншого, пропоноване у проєкті універсальне розуміння мети кримінально-правових засобів знівелювало не лише наукові розробки, а й міжнародні стандарти і досвід зарубіжних держав. Інтерпретуючи принцип «бритви Оккама» для розглядуваної ситуації, можна зазначити, що немає сенсу формулювати та, відповідно, застосовувати *декілька заходів, які мають тотожну мету.* Слід або зробити так, щоб один засіб вирішував проблему у цілому, або щоб проблема вирішувалася з різних сторін, тобто *декількома засобами з різним цілеспрямуванням*.

Стаття 3.1.2. Види кримінально-правових засобів

Зміст цієї статті показує певну невідповідність між тими кримінально-правовими засобами, які визначає Книга третя, безпосередньо присвячена кримінально-правовим засобам та їх застосуванню, і встановленими в ній видами кримінально-правових засобів.

Вважаємо за доцільне присвятити окрему частину ст. 3.1.2 призначенню покарання і звільненню від покарання, продемонструвавши їх місце (виконувану роль) у системі кримінально-правових засобів. Інакше виникатимуть питання стосовно їх правової природи на кшталт того, чому непризначення покарання не розглядається як самостійний кримінально-правовий засіб, що становить альтернативу призначеному покаранню.

Стаття 3.1.3. Кримінальна відповідальність

Наведене у цій статті визначення спонукає висловити такі міркування.

По-перше, зі ст. 3.1.3 не зрозуміло, чому звільнення від покарання лишається поза межами кримінальної відповідальності.

По-друге, у ч. 1 ст. 3.9.1 судимість визначається як *правовий статус*, у якому перебуває особа, засуджена за вчинення кримінального правопорушення, з дня набрання законної сили обвинувальним вироком суду і до дня зняття судимості. Чи коректно за таких обставин стверджувати, що судимість є кримінально-правовим засобом, який *підлягає застосуванню* до

зазначеної особи, як про це йдеться у ст. 3.1.3? Чи може правовий статус застосовуватися? Створюється враження, що мовні засоби, використані робочою групою для визначення кримінальної відповідальності, обрані не зовсім вдало.

Стаття 3.1.4. Кримінально-правові засоби щодо особи, яка не вчинила кримінальне правопорушення

Звернення до ч. 1 ст. 3.7.1 показує певну хибність положення, яке пропонується закріпити у ст. 3.1.4, адже там говориться: «*Особа, яка вчинила кримінальне правопорушення*, внаслідок якого порушене особисте право потерпілої особи або спричинена шкода потерпілій особі, територіальній громаді або державі, зобов'язана здійснити реституцію або компенсацію» (винятків не встановлено, якщо таким не вважати Державний фонд відшкодування шкоди потерпілим).

Загалом ст. 3.1.4, з огляду на її зміст, сприймається як зайва. Якщо певні кримінально-правові засоби можуть застосовуватися до інших категорій осіб, ніж ті, які вчинили кримінальне правопорушення, то про це має зазначатися у відповідних розділах Книги третьої. Цього буде цілком достатньо.

РОЗДІЛ 3.2.
ПОКАРАННЯ

Стаття 3.2.1. Види покарань за злочини і проступки

1. Викликає певне здивування позиція, відповідно до якої легальне визначення поняття кримінально-правових засобів формулюється, а поняття покарання як ключового засобу протидії злочинності – ні (до речі, попри те, що розділ 3.2 має назву «Покарання», зміст цього розділу показує, що він присвячений видам покарання). Така ж непослідовність простежується й у випадку з метою: стосовно покарання мета не визначається, а щодо кримінально-правових засобів – так.

Мета застосування кримінально-правових засобів стосується лише суспільства, замовчуючи те, чого це суспільство прагне від засудженого. Мета покарання – це оптимум, досягнення якого має прагнути від правопорушника законодавець, і її фіксація у проєкті узгоджувалась б з Європейськими пенітенціарними правилами (О. Пащенко, 2022).

Загальне вивчення проєкту показує, що його розробники прагнули максимально повно відбити в законі всі базові кримінально-правові поняття, з тим щоб забезпечити належну реалізацію принципу юридичної

визначеності. Поняття покарання є основним для сфери кримінально-правового регулювання, через це дивно, що в проєкті для його визначення місця не знайшлось. У цьому простежується непослідовність і термінологічна вибірковість. Має рацію В. Куц (2022), який звертає увагу на те, що відображення у проєкті низки положень, що вважаються суто доктринальними, зокрема принципів КК, складу кримінального правопорушення, кримінально-правової кваліфікації, мало б зумовлювати застосування відповідного підходу і до кримінально-правових засобів у майбутньому КК.

2. Ще одне міркування, яке розвиває попереднє, стосується класифікації покарань – їх поділу на основні та додаткові. Сповідуваний робочою групою принцип максимальної формалізації (дефінування) ключових кримінально-правових понять мав би зумовлювати потребу роз'яснення того, які покарання належать до категорії основних, а які до категорії – додаткових. Однак у проєкті відповідне положення, на жаль, відсутнє.

3. Проєкт установлює для військовослужбовців певні особливості виконання покарань лише щодо тих із них, які пов'язані з обмеженням реалізації права на особисту свободу (ув'язнення на певний строк і арешт). Зокрема, згідно з ч. 4 ст. 3.2.3 ув'язнення на строк до 2 років, призначене військовослужбовцю, за рішенням суду може відбуватись у дисциплінарному батальйоні, а відповідно до ч. 5 ст. 3.2.9 арешт, призначений військовослужбовцю, за рішенням суду може відбуватись на гауптвахті. Такий підхід видається диспропорційним, оскільки стосовно решти видів покарань не передбачено особливостей їх реалізації щодо військовослужбовців. Постає, наприклад, питання, яким чином військовослужбовці виконуватимуть таке покарання, як безоплатні роботи? Чи загалом потрібне альтернативне покарання для військовослужбовців, яке було б не пов'язане з обмеженням реалізації права на особисту свободу? Чи не простежується у цьому разі порушення принципу індивідуальності через відсутність такого («*Кримінально-правові засоби мають індивідуальний характер*»)? За певних обставин ця індивідуальність для військовослужбовців повною і достатньою мірою буде не забезпечена.

4. Робочій групі пропонується обміркувати питання про можливість виключення з проєкту ч. 4 ст. 3.2.3 і ч. 5 ст. 3.2.9 як кримінально-виконавчих за своїм характером приписів. В інших випадках призначення ув'язнення на певний строк/арешту суд не визначає порядок його виконання, зокрема не визначає відповідну установу (хоч у «чистому вигляді», зрозуміло,

дисциплінарний батальйон та гауптвахта не належать до установ виконання покарань – ч. 8 ст. 11 КВК).

Стаття 3.2.2. Штраф

1. Потребують вдосконалення мовні засоби, з використанням яких формулюється ч. 1 цієї статті. Зокрема, не зовсім виправданим є зайвий раз наголошувати на тому, що штраф стосується засудженої особи, оскільки про те, що особа, яка має сплати штраф, належить до засуджених зазначається у загальній нормі про кримінальну відповідальність (ст. 3.1.3). Пропонується визначити поняття штрафу таким чином: «Штраф – це примусове обмеження *особи* у реалізації *її* права власності, *що здійснюється у спосіб сплати нею* визначеної судом грошової суми до Державного фонду відшкодування шкоди потерпілим» (від використання слова «шлях» в його переносному значенні ліпше відмовитися). Аналогічні застереження варто зробити і щодо інших видів покарань, поняття яких містить розділ 3.2.

2. У п. 1 ч. 3 ст. 3.2.2 встановлено, що штраф як основне покарання не призначається у разі засудження за злочини, пов'язані з домашнім насильством (те саме стосується відповідної категорії проступків згідно з п. 1 ч. 3 ст. 3.2.6). З цього приводу хотілося б зазначити таке.

По-перше, поняття злочинів (як і проступків), пов'язаних із домашнім насильством, залишається невизначеним у проєкті при тому, що його складно назвати однозначним, ураховуючи наявність у проєкті формально однієї статті 4.6.4, присвяченої домашньому насильству. Бажано внести ясність з цього питання, творчо («під» текст проєкту) опрацювавши визначення, наведене у постанові Об'єднаної палати ККС ВС від 12 лютого 2020 р. у справі № 453/225/19: «… злочином, пов'язаним із домашнім насильством, слід вважати будь-яке кримінальне правопорушення, обставини вчинення якого свідчать про наявність у діянні хоча б одного з елементів (ознак), перелічених у ст. 1 Закону № 2229-VIII, незалежно від того, чи вказано їх в інкримінованій статті (частині статті) КК як ознаки основного або кваліфікованого складу злочину». По-друге, виходить, що для осіб, які вчинили домашнє насильство (точніше злочини, пов'язані із домашнім насильством), єдиним покаранням, яке може бути призначене, є ув'язнення на певний строк. У такому разі викликає сумнів можливість дотриматися слушного положення ч. 1 ст. 3.3.1 про те, що більш сувора міра покарання призначається лише у разі, якщо менш сувора міра є недостатньою для досягнення цієї мети. Наявність згаданої ситуації сигналізує про

невиправдану безальтернативність штрафу як єдиного покарання, що не пов'язане з обмеженням права на особисту свободу. По-третє, виникає питання, чому за вчинення деяких інших насильницьких діянь, які, однак, не пов'язані з домашнім насильством, може призначатись штраф як основне покарання? У цьому плані так само простежується небажана диспропорційність.

3. Відповідну проблему ілюструють і положення п. 2 ч. 3 ст. 3.2.2, а також частково ч. 10 цієї статті про заміну штрафу ув'язненням на певний строк. Спрощено кажучи, це виглядає таким чином: якщо через ті чи інші причини (хай навіть не завжди поважні) ти не маєш грошей для сплати штрафу, то держава застосовуватиме до тебе лише покарання у виді ув'язнення. Є певні підстави говорити, що такий підхід суперечить принципу пропорційності. Чи не варто все ж передбачити безоплатні роботи як для проступків, так і для злочинів, установивши для останніх інші межі розміру цього покарання? Водночас можна запропонувати робочій групі відмовитися від виконання суспільно корисних робіт, що розглядаються у проєкті як наглядовий засіб пробації. За своєю правовою природою і змістом (ст. 3.5.2) такі роботи є різновидом покарання (порівняння з безоплатними роботами є тому підтвердженням).

Ще одне застереження у контексті п. 2 ч. 3 ст. 3.2.2 було відбито в рецензії на Загальну частину однієї з первісних версій проєкту. Йдеться про потребу уточнити відповідне положення, додавши таке: штраф не призначається у тих випадках, якщо в передбаченому законом порядку буде встановлено (належні суб'єкти кримінально-процесуальної діяльності мають довести (надати докази)), що особа не має матеріального ресурсу для сплати штрафу (це питання безпосередньо пов'язане з КПК, у якому можна зафіксувати відповідний обов'язок у кримінальних провадженнях за злочинами, які тягнуть штраф). Викликає занепокоєння і використання такого звороту, як «стан крайньої нужди». Воно видається надмірно розпливчастим і залишає поле для виникнення корупційних ризиків. Чи не буде доречним відмовитись від цього обмеження? Чіткішого згадування про відсутність доходів і майна, достатніх для сплати штрафу, вистачатиме (див.: Дудоров О., Письменський Є. Комплексне реформування кримінального законодавства України. Перший вагомий крок зроблено. *Юридичний вісник України*. 11–17 грудня 2020 р. № 49).

4. Положення ч. 6 ст. 3.2.2 мало б міститися у КВК України, бо безпосередньо стосується виконання відповідного покарання, що узгоджується з предметом кримінально-виконавчого регулювання.

5. У ч. 7 ст. 3.2.2 можливість відстрочення або розстрочення сплати штрафу пов'язується з майновим станом засудженого. У зв'язку з цим зберігає актуальність питання: що є мірилом цього стану, наявність якого дозволяє отримати зазначені привілеї? Підхід робочої групи до формулювання цього положення передбачає виникнення корупційного ризику.

6. У контексті ч. 9 ст. 3.2.2, присвяченої поважності причин несплати штрафу, постає питання, чому втрата працездатності особи (наприклад, через тяжку хворобу) не є обставиною, що утворює таку поважну причину. Принаймні з п. 1 ч. 1 ст. 3.4.8 КК, до якої у цьому разі здійснюється відсилка, випливає висновок про те, що тяжка хвороба самого засудженого не утворює поважної причини для невчасної сплати штрафу.

7. Згідно з ч. 10 ст. 3.2.2 у разі несплати особою без поважної причини штрафу, призначеного як основне чи додаткове покарання, несплачену суму штрафу суд замінює ув'язненням на певний строк.

По-перше, виходить, що свобода знову «продається» і має чітку та фіксовану ціну. У разі, коли особа не сплачує штраф, інших, крім ув'язнення, можливостей для розв'язання проблеми проєкт не передбачає (на цю проблему вже зверталася увагу у згаданому висновку О. Дудорова та Є. Письменського).

По-друге, несплата особою без поважної причини штрафу, призначеного як основне чи додаткове покарання, по суті становить форму ухилення від виконання цього покарання. Аналіз Особливої частини проєкту показує, що в розділі про кримінальні правопорушення проти порядку виконання судового рішення є статті про відповідальність за ухилення від пробації та ухилення від відбування покарання у виді ув'язнення на певний строк. Водночас самостійної підстави кримінальної відповідальності за ухилення від виконання покарання у виді штрафу не передбачено. Тим самим демонструється диспропорційний підхід. Чи можна розглядати несплату засудженою особою без поважної причини штрафу як ухилення від виконання цього покарання з установленням кримінальної відповідальності за це? Чи мається на увазі те, що відповідна поведінка охоплюватиметься загальною нормою про невиконання судового рішення (ст. 8.3.3 проєкту)?

Стаття 3.2.3. Ув'язнення на певний строк

1. Використаний у ч. 1 цієї статті зворот «строкове тримання» є проявом використання коструватої мовної конструкції.

2. Підхід, застосований у ч. 2 ст. 3.2.3, не узгоджується з тим, що має місце в ч. 2 ст. 3.2.2, де слушно використаний відсильний спосіб побудови норми. Дублювання передбачених проєктом строків ув'язнення у різних його статтях потребує усунення.

Стаття 3.2.4. Довічне ув'язнення

1. Чинний КК виходить із заборони призначати довічне позбавлення волі не лише жінкам, які були вагітні на час вчинення злочину, а й жінкам, які були вагітні на момент постановлення вироку. Натомість у п. 3 ч. 3 ст. 3.2.4 проєкту звужується обмеження щодо заборони застосування довічного ув'язнення. Видається, що стосовно жінок, вагітних на момент постановлення вироку, це зроблено без належних підстав, ураховуючи, що охорона материнства і дитинства в Україні є стратегічним загальнонаціональним пріоритетом. До того ж Україна має низку міжнародних зобов'язань із покращення добробуту дітей.

2. Паралельно слід поставити робочій групі і питання, чи відповідає принципу гуманізму застосування довічного ув'язнення до осіб з інвалідністю першої групи як категорії людей, що потребують постійної опіки? Чи не спричинятиме фізичні страждання довічне ув'язнення цих осіб?

З іншого боку, безумовне незастосування довічного ув'язнення до особи, яка вчинила злочин у віці до 21 року (п. 2 ч. 2 ст. 3.2.4), не видається виправданим (див. у цьому висновку зауваження до розділу 3.10).

Стаття 3.2.5. Санкції за злочини

1. Щодо санкцій (якщо вести мову загалом і в контексті цієї статті проєкту конкретно), то простежується їх певна нерівномірність, що пропонується проілюструвати на прикладі деяких злочинів 7-го ступеня тяжкості. Зокрема, складно назвати однопорядковими діяння, які за інших однакових умов заслуговували б ідентичного покарання, такі злочини, як вбивство (ст. 4.1.5), доведення до самогубства (ст. 4.1.7) і схиляння до самогубства (ст. 4.1.9), при тому, що всі вони відносено до базової категорії злочинів 7-го ступеня тяжкості. Спричинення смерті плоду людини (тієї, яка не народилася) – та само злочин 7-го ступеня (див. цей висновок у частині зауважень до розділу 4.1). Ст. 11.1.6 (наприклад, у частині використання

голоду цивільного населення як методу ведення війни шляхом позбавлення населення предметів, необхідних для виживання) також містить ознаки злочину 7-го ступеня. Єдиною підставою для типізації караності визнано те, що всі названі посягання спричиняють особливо тяжку шкоду. Однак, крім шкоди об'єктові кримінального правопорушення, визначальний вплив на санкцію мали б мати й інші, так би мовити, базові фактори. Наприклад, наскільки коректно говорити про однаковий базовий ступінь тяжкості таких діянь, як спричинення смерті плоду людини і використання голоду цивільного населення як методу ведення війни? В обох випадках, якщо відсутні обставини, які підвищують або знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину, середній розмір покарання становитиме 11,5 років.

Отже, ситуація із санкціями свідчить про те, що кримінальна відповідальність за посягання на життя людини у проєкті не є належним чином диференційованою. Своєю чергою, за окремих обставин це ускладнюватиме індивідуалізацію покарання.

2. Звісно, робоча група готова «тримати удар» у зв'язку з тим, що ідея максимально типізувати санкції за вчинення кримінальних правопорушень, перемістивши їх з Особливої до Загальної частини КК, жорстко критикується на тій підставі, що це істотно ускладнить розуміння покарання, яке може бути призначене за вчинене кримінально протиправне діяння. Як слушно зазначає Ю. Пономаренко (2021), норми, що визначають покарання, мають бути не лише виваженими, послідовними, справедливими, розумними, а *й інтуїтивно зрозумілими*. Навряд чи ця вимога гарно поєднується з ідеєю типових санкцій, розміщених у Загальній частині проєкту і «прив'язаних» до ступенів тяжкості кримінальних правопорушень. Адже проєкт у частині визначення такої тяжкості є доволі ускладненим документом, про що у цьому висновку зазначається неодноразово.

Стаття 3.2.6. Грошове стягнення за проступок

1. Ч. 2 цієї статті невиправдано дублює положення ст. 3.2.10. Доцільно сформулювати відсильну норму, як це зроблено в ч. 2 ст. 3.2.2 про штраф.

2. Не зовсім виправданим є те, що розмір грошового стягнення як додаткового покарання є меншим за розмір грошового стягнення як основного виду покарання (ч. 4 ст. 3.2.6), беручи до уваги те, що зовсім інший підхід застосований для штрафу, де розмір штрафу як додаткового покарання може бути навіть більшим за розмір штрафу як основного його виду. Незрозуміло, чим зумовлений такий диспропорційний підхід.

3. У контексті п. 2 ч. 7 ст. 3.2.6 постає питання, чому строк, на який можуть відстрочити сплату штрафу, становить 1 рік (п. 2 ч. 7 ст. 3.2.2), а грошового стягнення – 6 місяців. Адже ключовим для такої привілеї є не ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення (а отже, розмір грошової суми для сплати), а здатність виконати відповідний обов'язок. Зокрема, за інших однакових умов суд може призначити штраф у розмірі 100 розрахункових одиниць за вчинення злочину, і грошове стягнення у розмірі тих самих 100 розрахункових одиниць – за вчинення проступку. Якщо майновий стан у таких осіб є однаковим і сплатити визначену суму грошей складно, то чому для особи, яка вчинила проступок, передбачено менш прийнятний період для відстрочення?

4. У ч. 10 ст. 3.2.6 передбачено правило, згідно з яким у разі несплати особою без поважної причини грошового стягнення, воно підлягає заміні арештом. З цього приводу постає питання, чому інші види покарань за проступки (насамперед безоплатні роботи) не можуть використовуватися для заміни? Чи не обмежує підхід робочої групи можливості індивідуалізованого впливу? На цю проблему звернули увагу й інші дослідники (Н. Басалюк, 2021).

5. Прагнення робочої групи диференціювати правові наслідки вчинення злочину та проступку навіть термінологічно цілком зрозумілі. Однак кримінальні правопорушення – не єдині правопорушення у правовій системі України. В інших галузях права таке стягнення, як штраф, є цілком сталим явищем зі своїм усталеним змістом. Якщо немає бажання переглянути термінологію всієї системи правових наслідків вчинення правопорушень, то немає сенсу запроваджувати поняття «грошове стягнення за проступок». Інакше ми опиняємось у дивній ситуації, коли не називаємо грошове стягнення за вид кримінального правопорушення «штрафом», щоб підкреслити суворість останнього; натомість один із способів забезпечення зобов'язання у цивільному праві продовжуємо називати штрафом (ч. 2 ст. 549 ЦК України) (не говорячи вже про однойменне стягнення в адміністративному праві).

Стаття 3.2.7. Безоплатні роботи

1. Положення ч. 1 цієї статті («*Види безоплатних робіт та перелік об'єктів, на яких вони виконуються, визначають органи місцевого самоврядування*») має містити кримінально-виконавче законодавство, предмет регулювання якого охоплює подібні питання.

2. У ч. 1 ст. 3.2.7 зазначено, що безоплатні роботи – це примусове обмеження у реалізації права на працю шляхом не оплачуваного виконання засудженою особою у вільний *від роботи та навчання* час праці, відповідної стану її здоров'я. Постає питання, чому у цьому зв'язку стосовно роботи і навчання не використано з'єднально-роз'єднувальний сполучник «чи», як це слушно зроблено в чинному КК? Вживання поєднувального сполучника «та» може призвести до висновку про те, що відповідні роботи мають виконуватися особою, яка і навчається, і працює.

3. Не зовсім виправдано зазначати в ч. 2 ст. 3.2.7 про те, що безоплатні роботи призначає суд. Адже про це йшлося в загальній нормі (згідно з ч. 1 ст. 3.1.1 кримінально-правові засоби, до яких належить і покарання, застосовуються судом). До того ж можна звернути увагу на те, що стосовно інших покарань такого уточнення (про призначення певного виду покарання судом) не робиться. Враховуючи висловлені міркування, ч. 2 ст. 3.2.7 можна викласти в такій редакції: «*Безоплатні роботи призначаються на строк, визначений у статті 3.2.10 цього Кодексу, та відбуваються*…».

4. Бажано обміркувати доцільність уточнення характеру робіт, які виконуються безоплатно, наприклад, зазначивши, що це роботи, які виконуються в інтересах територіальної громади (тобто наголосити на тому, що йдеться лише про суспільно значимі роботи).

5. П. 4 ч. 3 ст. 3.2.7 містить положення, згідно з яким безоплатні роботи не можуть бути призначені особі, яка досягла 70 років. Спираючись на принцип гуманізму, рекомендується робочій групі обміркувати можливість зменшення зазначеного віку до віку, еквівалентного тому, досягнення якого зумовлює отримання соціальної виплати за віком, тобто 65 років (особи похилого віку).

Стаття 3.2.8. Обмеження свободи пересування

1. Ця стаття не містить положень, які б унеможливлювали призначення цього виду покарання до окремих категорій осіб. Чи справедливо обмежувати свободу пересування, наприклад, особи, яка має дитину віком до трьох років?

2. Покарання у виді обмеження свободи пересування явно перегукується з таким наглядовим засобом пробації, як домашній пробаційний арешт (ст. 3.5.7). Фактично йдеться про один і той самий захід впливу при тому, що сама суть засобів пробації є відмінною від видів покарання. Їх змішування навряд чи виправдане, про що вже зауважували окремі юристи. Наприклад,

як пише Є. Бараш (2021), обмеження свободи пересування та пробаційний арешт мають тотожні визначення: є частковою ізоляцією особи від суспільства шляхом виконання нею обов'язку у вихідні, святкові дні та/або у нічний час у будні дні не залишати житло, яке є місцем її проживання. Однак у першому випадку це покарання, а в іншому – наглядовий засіб пробації.

Такий підхід є спірним і викликає питання: що таке пробація у проєкті та яким є її співвідношення із покараннями і чи не порушуються при такому формулюванні принципи юридичної визначеності та пропорційності? Має рацію К. Новікова (2021), яка акцентує увагу на тому, що пробаційний арешт (так само, як і суспільно корисні роботи) у тій моделі, в якій вони закріплені в проєкті, не передбачають виключно мету контролю за особою, її виправлення та ресоціалізації, превенції вчинення нею нових злочинів. Вони передбачають також мету заподіяння особі певних страждань через відчування правообмежень. Цю мету і прийнято називати метою кари, властивою покаранню. Саме тому і суспільно корисні роботи, і «пробаційний арешт» мають бути визнані в проєкті не засобами пробації, а видами покарання.

Стаття 3.2.9. Арешт

1. У цій статті слушно використовується точне поняття «установа виконання покарання» для позначення усіх місць відбування покарання, включаючи місця несвободи. Через це інші подібні положення потребують потребують уніфікації. Зокрема, йдеться про ч. 1 ст. 3.2.3 щодо ув'язнення на певний строк, де варто відповідним чином замінити використаний там зворот «місце ув'язнення».

2. Наявність ст. 3.2.10 має зумовлювати використання відсильного способу формулювання норми про розмір відповідних покарань. Зокрема, у ч. 1 ст. 3.2.9 слова «*на строк від 15 днів до 3 місяців*» видаються зайвими.

РОЗДІЛ 3.3.
ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ

Зміст цього розділу спонукає поставити питання: чи справді тут не потрібні особливі правила призначення покарання у випадках наявності декількох обставин, що пом'якшують покарання, і за відсутності обставин, що обтяжують покарання? Такі правила доцільно було б установити задля того, щоб уникнути потенційних порушень соціальної справедливості, помірковано звузити межі судового угляду, виключити корупціогенні

фактори тощо. На позначену проблему можна поглянути й із зворотного боку. Ознайомлення з проєктом показує, що правове значення рецидиву злочинів зводиться до того, щоб підвищувати ступінь тяжкості злочину на один ступінь, і потребує посилення у спосіб установлення особливого механізму його врахування.

Ознайомлення з розділом 3.3 не дає чіткої відповіді на питання, як має призначатися покарання, якщо особа вчиняє послідовно проступок і злочин, за жоден з яких вона не засуджена. Як бути, якщо за злочин особі призначено покарання у виді ув'язнення на певний строк, а за проступок – покарання у виді арешту? Чи підлягають ці покарання складанню?

Стаття 3.3.1. Загальні правила призначення покарання

1. У ч. 1 цієї статті зазначено, що *суд призначає покарання, яке за видом та розміром є необхідним і достатнім для досягнення його мети*. При цьому мета покарання, на противагу чинному КК, у проєкті не визначається, на чому наголошувалося у цьому висновку вище. Використання загальної фрази про «*убезпечення суспільства від кримінальних правопорушень та інших передбачених цим Кодексом протиправних діянь*» не виконає функції мети покарання для змістовного наповнення правила, визначеного у ч. 1 ст. 3.3.1.

Також у цій нормі йдеться про те, що «*більш сувора міра покарання призначається лише у разі, якщо менш сувора міра є недостатньою для досягнення цієї мети*». Дотриматися цього положення може бути складно з огляду на певну безальтернативність санкцій (зокрема, див. ч. 3 ст. 3.2.2), яка виникає у разі неможливості призначити штраф (про це йшлось вище).

2. П. 1 ч. 2 ст. 3.3.1 містить положення, відповідно до якого суд призначає покарання, зокрема, *з урахуванням особливостей конкретного кримінального правопорушення*. Поняття таких особливостей може тлумачитися досить широко, охоплюючи за змістом усі інші обставини, перераховані в пунктах 2–6 ч. 2 ст. 3.3.2. Відтак точнішим формулюванням видається таке: «*Суд призначає покарання у межах санкції, встановленої статтями 3.2.5, 3.2.10 або 3.10.2 цього Кодексу за злочин відповідного ступеня тяжкості або за проступок, та з урахуванням особливостей конкретного кримінального правопорушення, а саме…:*». При цьому п. 6 підлягає виключенню з ч. 2 ст. 3.3.2 через те, що зазначене положення показує необхідність звернення до відповідної частини КК, а інші пункти передбачать обставини, які стосуються саме вчиненого кримінального правопорушення. З урахуванням цього у ч. 2 ст. 3.3.2 треба окремо зазначити,

що «*Положення Загальної частини цього Кодексу підлягають врахуванню при призначенні покарання*».

Стаття 3.3.2. Обставини, які пом'якшують покарання за злочин та проступок

1. У цій статті як обставини, які пом'якшують покарання за злочин та проступок, визначено вчинення кримінального правопорушення окремими категоріями уразливих осіб – неповнолітньою особою (п. 6 ч. 1) та жінкою у стані вагітності (п. 7 ч. 1). При цьому проєкт (ч. 2 ст. 1.4.1) передбачає диференційований підхід, виокремлюючи категорію уразливих людей (п. 60) та особливо уразливих людей (п. 40). Зокрема, уразливими, крім неповнолітньої особи, вважаються особи, які: досягли 70-річного віку; особи з інвалідністю II групи; особи з фізичною чи психічною вадою, що істотно утруднює її життєдіяльність. З-поміж інших особливо уразливими особами називаються ті, які досягли 80-річного віку; особи з інвалідністю I групи. З огляду на викладене, простежується певна непослідовність, адже, крім зазначених наразі у пунктах 6 і 7 ч. 1 ст. 3.3.2 категорій осіб, тут мали б згадуватися й інші представники уразливих і особливо уразливих людей.

2. Щодо п. 7 ч. 1 ст. 3.3.2 слід звернути увагу на використання поняття «жінка у стані вагітності», яке лишається неуніфікованим з іншими положеннями проєкту, в яких відповідна категорія осіб називається вагітними жінками.

Стаття 3.3.3. Обставини, які обтяжують покарання за проступок

У п. 8 ч. 1 цієї статті обставиною, яка обтяжує покарання за проступок, названо його вчинення *з мотиву статі чи ґендеру*. Таку позицію не можна повністю виправданою. По-перше, розуміння суті згаданого мотиву здатне викликати складнощі. Згідно з ч. 1 ст. 2.4.10 проєктом мотивом вчинення кримінального правопорушення є усвідомлене внутрішнє спонукання особи до вчинення діяння, передбаченого КК. Виходячи з цього, поняття, які використовуються для відбиття мотиву, мають показувати суть спонукання. Вочевидь, що ані стать, ані ґендер як такі не розкривають цієї суті. Постає питання, яким є характер спонукання у разі, якщо йдеться про стать і ґендер? По-друге, згаданий у п. 8 ч. 1 ст. 3.3.3 мотив видається невиправдано звуженим. Він нівелює той факт, що особа, вчиняючи проступок, може мати особливо упереджене та/або негативне ставлення до представників різних соціальних груп, які визначаються не лише належністю до тієї чи іншої статті

чи ґендеру, а й раси, національності, віросповідання тощо. Відтак рекомендується розширити зміст п. 8 ч. 1 ст. 3.3.3, як варіант сформулювавши його таким чином: «*з мотиву ненависті до представників різних соціальних груп*». У такий спробі буде зроблено акцент на ненависті, що і визначатиме потрібний характер внутрішнього спонукання.

До слова, окремі науковці вже висловлювали свої критичні застереження з приводу певної непослідовності та суперечливості позиції розробників проєкту у частині формулювання мотиву статі та ґендеру та йому подібних; зверталась увага на те, що реалізований у проєкті підхід здатен виключати дію кримінального закону у випадку вчинення злочину з мотиву ненависті до інших соціальних груп, захист яких має передбачати КК (див.: Панькевич В.М., Сухоребра Т.І. До питання кримінальної відповідальності за правопорушення, вчинені з мотиву ненависті. *Аналітично-порівняльне правознавство*. 2022. № 3. С. 320–325).

Стаття 3.3.5. Призначення покарання за кримінальне правопорушення, вчинене у співучасті

Видається за потрібне уточнити в цій статті, що обставини, які стосуються особи одного з співучасників, підлягають врахуванню при призначенні покарання тільки цьому співучаснику і не можуть впливати та вид і розмір покарання інших співучасників. У такий спосіб забезпечуватиметься втілення принципу індивідуальності кримінального закону (ст. 1.2.5 проєкту).

РОЗДІЛ 3.4.
ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ПОКАРАННЯ.
ЗМІНА ПРИЗНАЧЕНОГО ПОКАРАННЯ

Стаття 3.4.1. Види звільнення від покарання та зміни призначеного покарання

Ураховуючи загальний підхід робочої групи до формалізації кримінального права у спосіб нормативного визначення ключових кримінально-правових понять, дещо несподіваною є відсутність у проєкті визначення понять звільнення від покарання та зміни призначеного покарання. Ці поняття набувають особливо важливого значення як для розуміння змісту розділу 3.4, так і загалом у межах застосування кримінально-правових засобів. Отже, у ст. 3.4.1 доцільно відбити не лише

види звільнення від покарання та зміни призначеного покарання, а й навести відповідні визначення.

Показово, що автор цього розділу проєкту (О. Горох) в одній зі своїх публікацій резонно зазначав, що чинний КК закріплює визначення понять «покарання» та види покарань, проте, на жаль, не містить понять «звільнення від покарання» та різновидів звільнення від покарання. На погляд дослідника, це не сприяє однаковому застосуванню закону, у зв'язку з чим робоча група підтримала ініціативу закріпити в проєкті нового КК визначення термінологічного звороту «звільнення від покарання» та видів звільнення від покарання» (див.: Горох О. Звільнення від покарання за проєктом нового Кримінального кодексу України. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2021. Т. 8. С. 4). Треба так розуміти, що при «вдосконаленні» розділу 3.4 проєкту від цієї слушної ініціативи було вирішено відмовитися; сумніваємось, однак, у правильності такого кроку.

Стаття 3.4.2. Непризначення покарання у зв'язку з позитивною поведінкою особи після вчинення кримінального правопорушення

1. З формулювання умов непризначення покарання, наведених у пунктах 1, 2 ч. 2 цієї статті, не є зрозумілим, що означає зворот «добровільно припинила зв'язок»? При здійсненні оперативно-розшукових заходів правоохоронні органи досить часто зацікавлені не у припиненні злочинних зв'язків, а, навпаки, в їх тимчасовому підтриманні – задля виявлення злочинів, їх розкриття та формування доказової бази. Водночас сприяння розкриттю злочину можливо і після повідомлення особі про підозру в його вчиненні у складі угруповання. І саме через те, що не визначені часові межі виявлення особою готовності співпрацювати з правоохоронними органами, на практиці при реалізації відповідного проєктованого положення можуть виникати проблеми.

Тому вбачається за доцільне переформулювати ч. 2 ст. 3.4.2 із вказівкою на *добровільне, до повідомлення особі про підозру у вчиненні цього злочину, сприяння розкриттю злочинів або запобіганню діяльності угруповання* як на умову непризначення покарання.

2. Зворот, який використовується у цій статті, про добровільне повідомлення прокурора чи орган правопорядку (п. 1 ч. 3, п. 1 ч. 4) також потребує коригування. Адже прокурор є представником державного органу, що здійснює функції із захисту прав людини, загальних інтересів суспільства та держави (органу прокуратури). Тому варто уточнити: має йтися про особу,

яка або повідомила органи прокуратури чи правопорядку, або повідомила прокурора чи представника органів правопорядку.

3. У контексті ч. 4 ст. 3.4.2 можуть виникнути питання стосовно розуміння суті такої дії, що утворює умову для непризначення покарання, як сприяння запобіганню відповідних злочинів. Що мається на увазі? Чи можуть таким запобіганням вважатися дії особи, яка на стадії готування припинила розпочате фінансування, і тим самим посприяла запобіганню його закінченому вчиненню? Якщо так, то може виникати колізія зі статтею 2.6.4 «Добровільна відмова». Відповідну двозначність бажано усунути.

4. Ч. 5 ст. 3.4.2 потребує уточнення. Зокрема, це стосується п. 1, зі змісту якого неоднозначно випливає, кому правопорушник має видати певний предмет. З огляду на це, пропонується викласти зазначений пункт у такій редакції: «*добровільно видала предмет, щодо якого вона здійснювала відповідне діяння, прокурору чи представнику органів правопорядку або повідомила їм про місце його перебування*».

П. 3 так само бажано уточнити, сформулювавши його таким чином: «*іншим чином сприяла розкриттю кримінального правопорушення*», адже попередньо визначені акти поведінки (пункти 1–2 ч. 5) становлять типові форми сприяння розкриттю кримінального правопорушення. Отже, п. 3 потребує узгодження з пунктами 1 і 2.

Підстава для непризначення покарання, яку містить ч. 5, може свідчити про порушення пропорційності як принципу кримінального закону. Адже, по-перше, уможливлюються ситуації, за яких особа невиправдано втрачатиме право на застосування до неї звільнення від покарання у виді непризначення покарання, наприклад, якщо певна особа вперше видозмінила предмет злочину, передбаченого ст. 7.3.7. Тим часом інша особа, яка вперше зберігала його, може підлягати непризначенню покарання. По-друге, розглянемо ще один приклад. Виходить, що у разі, коли особа до настання наслідків, визначених у ст. 5.3.10 (тяжка шкода довкіллю), добровільно видасть вторинну сировину, яку вона незаконно зберігала (п. 4), вкаже джерело її набуття та сприятиме розкриттю кримінального правопорушення, то їй може не призначатися покарання згідно з ч. 5 статті 3.4.2. Чи знову ж описана поведінка вважатиметься проявом добровільної відмови від доведення злочину до кінця, до якої відповідно до ч. 2 ст. 2.6.4 не застосовуються кримінально-правові засоби?

І таке питання постає в контексті принципу пропорційності та його повноцінного втілення у проєкті. Чи не є диспропорційним підхід, за якого

особа, яка незаконно (з метою збуту) зберігала небезпечну для життя людини продукцію (ст. 7.3.4), є потенційним суб'єктом, до якого покарання може бути не призначене на підставі ч. 5 ст. 3.4.2, а особа, яка переглянула предмет дитячої порнографії (ст. 7.6.6), не підлягає такому привілею? За умов, що відповідні предмети (дитячої порнографії) видані, вказано джерело їх набуття та здійснено сприяння розкриттю кримінального правопорушення?

5. Згідно з ч. 6 аналізованої статті непризначення покарання можливо у разі вчинення дій з психоактивними речовинами (за винятком збуту), якщо особа *розпочала курс лікування від розладу психіки або поведінки внаслідок вживання психоактивних речовин чи іншого соціально небезпечного захворювання.* З огляду на те, що аналогічне лікування є корекційним засобом пробації (п. 5 ч. 2 ст. 3.5.1 проєкту), яке призначається судом, доцільно уточнити, що добровільне лікування у сенсі ч. 6 ст.3.4. 2 *має розпочатися до винесення вироку*. При цьому незрозуміло, чи має мати зв'язок «*інше небезпечне соціальне захворювання*» із вживанням особою психоактивних речовин (наприклад, ВІЧ/СНІД у наркоманів)? Якщо ні, то добровільне лікування від такого захворювання жодного відношення до непризначення покарання мати не може.

6. У заохочувальному приписі (ч. 7 ст. 3.4.2) доцільно конкретизувати, що у цьому разі йдеться про ухилення від сплати і несплату з необережності *податку, збору або єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування*, бо використане тут наразі формулювання «*відповідних платежів*» позбавлене визначеності, створюючи враження, що під дію цього припису підпадуть не лише ті особи, які вчинили злочини, передбачені ст. 6.3.12 «Ухилення від сплати податку, збору або єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування» і ст. 6.3.14 «Несплата податку, збору чи єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, що з необережності спричинило тяжку майнову шкоду». До такої думки схиляє і вказівка на *договір* як джерело походження обов'язку сплатити штраф і пеню (див. також цей висновок у частині зауважень до розділу 6.3). З іншого боку, формулювання ч. 7 ст. 3.4.2 виглядає завузьким – таким, що навряд чи виправдано не дозволяє поліпшувати становище того, хто вчинив «однорідний» злочин, передбачений ст. 6.3.13 «Ухилення від погашення податкового боргу».

У висновку на Загальну частину однієї з первісних редакцій проєкту, підготовленому О. Дудоровим та Є. Письменським у 2020 р., відзначалось, що вказівка у тексті заохочувального припису сплату відповідних коштів *до*

повідомлення про підозру, з одного боку, спроможна стимулювати своєчасність позитивної посткримінальної поведінки злочинців, сприяти оперативному вирішенню кримінально-правових конфліктів, пов'язаних з ухиленням від сплати коштів. З іншого, сама процедура повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення в тому виді, у якому вона виписана в чинному КПК (статті 276–278), здатна унеможливити застосування відповідного заохочувального припису або принаймні поставити його у повну залежність від угляду правозастосувача. Винній особі, як видається, дається занадто мало часу для виконання умов «непризначення покарання». До того ж вимога вчинити певні посткримінальні дії, аби бути звільненою від покарання, до моменту доведення до відома особи кримінально-правової оцінки її поведінки є некоректною.

Сказане, як видається, продовжує зберігати актуальність і щодо ч. 7 ст. 3.4.2 аналізованої редакції проєкту. Щодо наведеного у цій нормі формулювання, то не варто, мабуть, забувати і ту обставину, що особа, яка вчинила злочин, передбачений ст. 6.3.12 або ст. 6.3.14 (а так само ст. 6.3.13 – якщо робоча група пристане на нашу пропозицію), та організація – платник податкових і соціальних внесків, – це різні особи. Як видається, цей аспект не повною мірою взято до уваги при регламентації відповідного кримінально-правового заохочення. В юридичній літературі (зокрема, О. Дудоров, 2018) висловлюється думка про те, що вдосконалена ч. 4 ст. 212 чинного КК України повинна містити окрему (альтернативну) вказівку на службову особу, яка вжила заходів щодо сплати підприємством, установою, організацією податків і зборів, штрафних санкцій і пені. Вважається, що у такий спосіб буде не тільки вирішено проблему погашення (у порядку застосування кримінально-правового заохочення) податкового боргу за рахунок коштів не службової особи – суб'єкта злочину, а юридичної особи – платника податків і зборів, а й наголошено на тому, що для звільнення від кримінальної відповідальності винна особа мусить здійснити певні позитивні посткримінальні вчинки.

Якщо особі на підставі ч. 7 ст. 3.4.2 не було призначено покарання, а вона знову вчинила ухилення від сплати або несплату відповідних платежів, то чи вправі вона вчергове претендувати на кримінально-правове заохочення, передбачене цією нормою, інакше кажучи, чи можна цю особу вважати такою, що вчинила відповідний злочин *вперше*?

Не викликає сумнівів те, що фаховий погляд співробітники БЕБ на ч. 7 ст. 3.4.2 проєкту був би вельми доречним.

7. У контексті ч. 8 ст. 3.4.2 слід звернути увагу на проблеми, які можуть виникнути з розумінням того, що означає «*стала до виконання обов'язку*». Чи не варто написати інакше, наприклад, так: «*з'явилася до територіальних органів військового управління для виконання відповідного обов'язку*»?

8. Видається, що сфера кримінально-правового заохочення у спосіб непризначення покарання потребує посилення у проєкті. Зокрема, виникає сумнів у тому, чи повно ст. 3.4.2 охоплює всі доречні випадки вчинення кримінальних правопорушень, за які можна відмовитися від призначення покарання. Наприклад, вчинення такого злочину, як колабораційна діяльність, потребує встановлення окремої підстави для непризначення покарання з метою заохочення поведінки колаборантів, яка б сприяла виявленню більш тяжких злочинів, вчинених окупантами.

Стаття 3.4.3. Непризначення покарання у зв'язку із закінченням строку давності вчинення кримінального правопорушення

1. У ч. 2 цієї статті визначається, що положення ч. 1 ст. 3.4.3 не застосовуються у разі вчинення злочинів, передбачених розділом 9.1 і Книгою одинадцятою. Ідеться про встановлення винятку із застосування давності у разі вчинення відповідної категорії злочинів. Постає питання про справедливість такого підходу. Вочевидь, не всі злочини, статті про які містить розділ 9.1, заслуговують на те, щоб давність щодо них не застосовувалася. Наприклад, це стосується такого злочину 3-го ступеня, як публічні заклики на шкоду державній безпеці (ст. 9.1.12). Для порівняння: вчинення такого злочину, як терористичний акт (ст. 7.2.4), передбачає можливість непризначення покарання у зв'язку із закінченням строку давності. Подібне застереження можна висловити в контексті ч. 2 ст. 3.4.6.

2. Ч. 4 ст. 3.4.3 слушно передбачає положення про особливий порядок обчислення строку давності у разі вчинення кримінального правопорушення на тимчасово окупованій території України. Цей строк розпочинається з дня деокупації відповідної території або з'явлення особи із зізнанням до органів влади України. Водночас потребує уваги те, що поняття «день деокупації» складно назвати однозначним, і воно потенційно здатне викликати складнощі у правозастосуванні. Сказане стосується як суті самого поняття «деокупація», який має комплексний характер, так і правильного визначення

відповідного дня, ураховуючи, що протягом незначного періоду контроль за тим чи іншим населеним пунктом може змінюватися неодноразово.

Стаття 3.4.4. Невиконання під умовою призначеного ув'язнення на певний строк

Згідно з ч. 4 ст. 2.7.2 організатором вважається особа, яка здійснювала дії як щодо утворення та функціонування злочинного угруповання, так і щодо безпосереднього керування вчиненням кримінального правопорушення. При цьому з ч. 4 ст. 3.4.4 випливає, що невиконання під умовою призначеного ув'язнення на певний строк *не може бути застосоване щодо особи, яка була організатором злочину*, вчиненого у складі організованої групи, злочинної організації або терористичної групи (п. 1). Чи слід це розуміти так, що до особи, яка створила організовану групу чи злочинну організацію та/або керувала нею, допускається невиконання під умовою призначеного ув'язнення на певний строк?

Стаття 3.4.5. Невиконання призначеного ув'язнення на певний строк у зв'язку з участю особи в захисті України або в ліквідації надзвичайної ситуації

1. Відповідно до ч. 1 цієї статті особі, засудженій до ув'язнення на строк не більше 8 років (крім засудженої за злочин 6-го ступеня тяжкості, пов'язаний із застосуванням насильства), щодо якої не встановлено високого ризику вчинення нового злочину, суд може ухвалити рішення не виконувати призначене ув'язнення на певний строк, якщо така особа висловила готовність нести військову службу в особливий період або брати участь у ліквідації надзвичайної ситуації в умовах надзвичайного стану, визнана придатною до цього й отримала згоду від органів державної влади у межах відповідної компетенції. Щодо цього проєктованого положення слід навести такі застереження.

По-перше, таке звільнення було б правильним визначити як імперативне для суду («*суд ухвалює рішення*» замість «*суд може ухвалити рішення*»), якщо для цього встановлено належні підстави і дотримані відповідні умови. По-друге, підстава для такого звільнення, пов'язана з бажанням участі в захисті України або ліквідації надзвичайної ситуації, потребує уточнення. Оскільки бажання захищати Україну повинно мати свої обмеження. Зокрема, ідеться про встановлення придатності до виконання відповідних обов'язків та підтверджену документально оцінку органів, відповідальних за реалізацію

правової політики у сферах оборони України та ліквідації надзвичайних ситуацій, потенціалу (здатності) засудженого виконувати ці обов'язки.

Аналогічні міркування стосуються ч. 1 ст. 3.4.10.

2. Вчинення нового умисного злочину або двох чи більше проступків є обставиною, що зумовлює звернення покарання до виконання згідно з ч. 5 ст. 3.4.5, і має наскрізний характер у розділі 3.4 (ч. 4 ст. 3.4.9, ч. 5 ст. 3.4.10, ч. 3 ст. 3.4.11). Вочевидь, лише умисне кримінальне правопорушення може і повинно тягти такі наслідки. Сучасна теорія вини у кримінальному праві формує переконання у тому, що саме факт вчинення умисного правопорушення завжди свідчить про розуміння соціального значення діяння, його соціальну шкідливість, небажання виправлятись, а також становить прояв певних тенденцій у поведінці особи, що, як правило, сигналізує про підвищений ризик повторення кримінально протиправної поведінки. Натомість наразі виходить, що вчинення двох проступків з необережності здатне спричинити настання наслідків, негативних для звільненої від покарання особи.

Стаття 3.4.6. Невиконання призначеного покарання у зв'язку із закінченням строку давності його виконання

За результатами вивчення цієї статті можна рекомендувати додатково диференціювати строки давності, визначені в її ч. 1, оскільки відбитий у ній підхід може свідчити про порушення справедливості. Не зовсім адекватним видається встановлювати за вчинення злочину 5-го ступеня і злочину 8-го ступеня однаковий строк давності у розмірі 20 років.

Стаття 3.4.7. Відстрочення виконання призначеного покарання у зв'язку з хворобою

1. Ч. 1 цієї статті містить положення, відповідно до якого суд відстрочує виконання арешту, ув'язнення на певний строк або довічного ув'язнення особі, яка хворіє на тяжку хворобу, що перешкоджає відбуванню покарання. У зв'язку з цим постає питання: чому тяжка хвороба не утворює підстави для відстрочення виконання такого покарання, як безоплатні роботи? Хіба може бути ефективним це покарання для відповідної категорії осіб?

2. Ч. 5 ст. 3.4.7 щодо незарахування до строку призначеного судом покарання строк, протягом якого покарання щодо особи не виконувалося у зв'язку з хворобою, не узгоджується з ч. 2 ст. 3.6.6. У разі, коли особа після вчинення кримінального правопорушення через наявний в неї психічний

розлад не здатна відбувати покарання, до неї застосовується примусова психіатрична допомога. При цьому строк, протягом якого особа була поміщена до спеціального закладу, *зараховується у строк призначеного покарання* із розрахунку один день перебування у закладі за один день обмеження свободи пересування або арешту, ув'язнення на певний строк або довічного ув'язнення. З огляду на сказане, доцільно уточнити ч. 5 ст. 3.4.7.

Стаття 3.4.8. Відстрочення виконання призначеного покарання у зв'язку з особливою обставиною

1. Особливі обставини, про які йдеться у п. 1 ч. 1 цієї статті, можуть бути настільки індивідуальними, що видається марним намагатися визначити їх вичерпний перелік. Скажімо, у цьому контексті може виникнути питання: чому тяжка хвороба близької людини не уможливлює таке відстрочення? Очевидно суд повинен мати право оцінювати характер тієї чи іншої життєвої обставини з позиції її значущості для ухвалення відповідного рішення (це, мабуть, той випадок, коли без суддівського угляду не обійтися). Отже, відповідну підставу для відстрочення покарання пропонується визначити таким чином: «*Особі ... може бути відстрочено виконання призначеного судом покарання ..., якщо виникла особлива обставина, яка загрожує серйозним порушенням прав, свобод чи законних інтересів засудженої особи або близькій їй людині та для відвернення такої загрози чи зменшення її наслідків потрібна тривала (понад 30 днів) участь засудженої особи*».

2. Було б правильним зазначити, що відстрочення виконання покарання на підставі ст. 3.4.8 відбувається за згодою засудженої особи (загалом і зокрема щодо застосування пробації). Тут треба виходити з того, що не кожна особа може погодитися на такі умови виконання покарання, що передбачають його «розтягування» у часі. Варіант: зазначити, що відстрочення здійснюється за наявності відповідного клопотання засудженої особи.

Стаття 3.4.9. Зупинення виконання ув'язнення на певний строк під умовою

Щодо вжиття всіх залежних від засудженої особи заходів для здійснення реституції та компенсації (ч. 1 ст. 3.4.9), то встановлення цієї умови для зупинення виконання покарання може викликати складнощі через невизначеність таких заходів. Можна спрогнозувати, що практичне втілення відбитої тут ідеї відбуватиметься у суперечливий спосіб, адже встановити, чи

насправді всіх (не всіх) можливих заходів вжила особа буде складно, а інколи – неможливо. Було б правильно вирішувати розглядуване питання сукупно – у контексті встановлення згаданого у ч. 1 цієї ризику («низького») вчинення нового злочину. Чим більше заходів засуджений вжив (реальних або потенційних), тим меншим ризик вчинення злочину має бути (звісно, враховуючи інші фактори, що знижують цей ризик).

Якщо визнати правильною ідею, закладену в ч. 1 ст. 3.4.9 стосовно здійснення реституції або компенсації як умови для зупинення виконання ув'язнення, то вчергове постає питання певної диспропорційності. Чому ті самі заходи із здійснення реституції/компенсації безпосередньо не впливають на рішення суду про невиконання під умовою призначеного ув'язнення на певний строк (ч. 1 ст. 3.4.4, ч. 4 ст. 3.4.4)?

Аналогічні міркування можна висловити стосовно ч. 1 ст. 3.4.11.

Стаття 3.4.11. Зупинення під умовою виконання довічного ув'язнення або його заміна

1. Назви і ст. 3.4.9, і цієї статті проєкту потребують редагування з метою уніфікації. Зокрема, більш точним видається підхід, застосований у викладенні назви ст. 3.4.11. Відтак пропонується назву ст. 3.4.9 сформулювати таким чином: «*Зупинення під умовою виконання ув'язнення на певний строк*».

2. У Пояснювальному меморандумі до Рекомендації «Про умовне звільнення (умовно-дострокове звільнення)» №Rec(2003)22 наголошується на тому, що країни, законодавство яких містить приписи щодо фактично довічного ув'язнення, повинні створити можливості для перегляду такого ув'язнення через певну кількість років і через рівні проміжки часу, щоб з'ясувати, чи може ув'язнений, якого засуджено до довічного позбавлення волі, відбути решту покарання в суспільстві та за яких умов і заходів нагляду. З цього меморандуму, з рішень ЄСПЛ (наприклад, Петухов проти України (№2)від 12 березня 2019 року (заява № 41216/13); Старишко проти України від 15 жовтня 2020 року (заява № 61839/12); Лопата та інші проти України від 10 грудня 2020 року (заява № 84210/17 та 23 інші) та ін.) не випливає, що припис про зупинення під умовою виконання довічного ув'язнення або його заміну має бути імперативним. Принципова вимога – в його наявності в кримінальному законодавстві. Відтак наявність у проєкті аналізованої статті заслуговує схвальної оцінки.

Водночас, порівнюючи однакові за своєю правовою природою різновиди зупинення виконання покарань у виді ув'язнення на певний строк (ст. 3.4.9) і довічного ув'язнення (ст. 3.4.11), можна простежити певну непослідовність. Якщо зупинення виконання покарання у виді ув'язнення на певний строк є обов'язковим видом звільнення від покарання, то зупинення виконання покарання у виді довічного ув'язнення сконструйоване як факультативне.

З цього приводу треба зазначити, що по-перше, відповідна позиція робочої групи сигналізує про можливість виникнення корупціогенного фактору, який впливатиме на застосування ч. 1 ст. 3.4.11. По-друге, не зовсім зрозуміло, чим зумовлена така факультативність, ураховуючи, що підстава та умови для зупинення виконання покарання у виді довічного ув'язнення сформульовані відносно чітко, вичерпно і здебільшого виключають межі суддівського угляду. Постає питання: які обставини здатні унеможливити застосування ч. 1 ст. 3.4.11, якщо засуджений до довічного ув'язнення після 25 років відбуття цього покарання характеризуватиметься низьким рівнем вчинення нового злочину, здійснить реституцію або компенсацію і надасть згоду щодо застосування пробації? Та сама проблема постає щодо частина 4 ст. 3.4.11.

Стаття 3.4.12. Припинення виконання покарання або скорочення невідбутої його частини у зв'язку з амністією

1. Викликає сумнів ч. 2 цієї статті. Амністія має оголошуватися у зв'язку з потребою розв'язання певних соціально значущих проблем, зокрема пов'язаних з війною. У попередній рецензії на проєкт Загальної частини на цей аспект уже зверталася увага. Рекомендувалось спрямувати дію амністії на розв'язання важливих політико-правових проблем, і через це вона не повинна зв'язуватись жодними періодами її оголошення. До того ж використане формулювання «*у зв'язку з особливою подією у житті суспільства*» потребує уточнення. Що мається на увазі? Наприклад, чи є такою подією святкування тридцятиріччя незалежності України (чи було такою подією, наприклад, проведення Euro 2012)? Якщо так, то хіба виправдано поєднувати застосування амністії з такими (хай навіть святковими і визначними) подіями (див.: Дудоров О., Письменський Є. Комплексне реформування кримінального законодавства України. Перший вагомий крок зроблено. *Юридичний вісник України*. 11–17 грудня 2020 р. № 49)?

2. Стосовно ч. 5 ст. 3.4.12 може поставати питання про доцільність запровадження диференційованого підходу до визначення мінімального строку відбуття покарання, який уможливлює застосування амністії. Таким чином, втілюватиметься принцип пропорційності. Чим більш тяжким є злочин, тим більшим має бути строк, мінімально потрібний для амністування.

Те саме застереження стосується щодо ч. 2 ст. 3.4.13.

3. У п. 2 ч. 6 ст. 3.4.12 видається зайвим наголошувати на тому, що саме суд установлює ризик вчинення нового злочину. Зокрема, у ч. 1 ст. 3.4.11, де вимагається встановлення зворотного факту, відсутнє уточнення стосовно суб'єкта, який визначає наявність ризику вчинення нового злочину.

4. Перелік заборон застосування амністії (ч. 6) потребує вдосконалення, зокрема, з урахуванням сучасних здобутків теорії вини, що передбачає виокремлення умисної та необережної форм вини, а також істотних відмінностей між ними. Хіба вчинення злочину 1-го ступеня тяжкості з необережності має виключати амністію? Видається, що така заборона була б помилковою.

Стаття 3.4.13. Припинення виконання покарання або скорочення невідбутої частини покарання у зв'язку з помилуванням

1. Неоднозначно сприймається позиція, за якою згідно з ч. 6 цієї статті установлено низку заборон щодо застосування амністії за умов, що помилування жодних заборон чи обмежень не передбачає. Наприклад, чи справді заслуговує на помилування особа, яка за попередньо вчинений злочин уже була помилувана або амністована?

2. У контексті ч. 5 ст. 3.4.13 постають питання, чому розробники проєкту допускають диспропорційний підхід до впливу по суті одних і тих же факторів на можливість звільнення від покарання. Зокрема, помилування фактично може бути застосовано до засудженого, який не здійснив реституції або компенсації (згідно з п. 3 стан здійснення реституції чи компенсації лише підлягає врахуванню). Натомість норми про більшість інших видів звільнення від покарання передбачають як обов'язкову умову здійснення реституції або компенсації.

Звернемо увагу і на порушення принципу юридичної визначеності, що простежується на прикладі п. 5 ч. 5 ст. 3.4.13, в якому йдеться про врахування при вирішенні питання про застосування помилування обставини, які доводять доцільність помилування особи. Очевидно, ці

обставини мають якесь інше значення порівняно з відбитими в інших пунктах ч. 5 цієї статті. Навряд чи відповідне положення є достатньо чітким.

Стаття 3.4.14. Заміна довічного ув'язнення або припинення його виконання у зв'язку з помилуванням

Виловимо сумнів у доцільності виокремлення самостійної статті, присвяченої помилуванню осіб, які відбувають покарання у виді довічного ув'язнення. Її доцільно поєднати з попередньою (попри складність формулювання назви поліпшеної у такий спосіб ст. 3.4.13).

Стаття 3.4.15. Помилування для обміну

1. Видається помилковим уможливлення застосування кримінально-правових засобів, до яких належить і помилування, стосовно осіб, щодо яких не встановлено вину у вчиненні певного кримінального правопорушення згідно з обвинувальним вироком суду. Натомість аналізована стаття дає змогу помилувати підозрюваних осіб, тобто таких, стосовно яких не можна сказати, що вони вчинили кримінальне правопорушення. Тут, до речі, виникає суперечність з ч. 1 ст. 3.1.1.

Постає також питання, чи узгоджується ст. 3.4.15 зі ст. 3.4.13? Якщо ні, то навряд чи звільнення від покарання, здійснюване для обміну, варто називати помилуванням.

На нашу думку, звільнення від відбування покарання, яке застосовується до засуджених, що передаються для обміну як військовополонені, має стосуватися не лише військовополонених, а й інших осіб, які включаються уповноваженим органом до списків на обмін. Запровадження цього виду звільнення обумовлено гуманітарною доцільністю та виконанням обов'язку держави щодо визволення з полону захисників України та інших осіб, які були захоплені державою-агресором. Мета, яку переслідує держава в цьому випадку, полягає у забезпеченні процедури обміну. Це дозволяє визначати цей вид зменшення кримінально-правових обтяжень як допустиме виключення з обов'язку держави притягати до відповідальності та суворо карати винних у міжнародних злочинах (Н. Орловська, 2022).

Найбільш оптимальним варіантом унормування кримінально-правового забезпечення обміну полонених видається відстрочення виконання покарання у зв'язку з передачею засудженого для обміну як військовополоненого. Зокрема, йдеться про те, що виконання покарання може бути відстрочено у разі передачі засудженого для обміну як

військовополоненого – на строк, установлений судом, або до завершення міжнародного збройного конфлікту, або до затримання засудженого на території України чи іншої держави, зокрема за вчинення нового кримінального правопорушення (докладніше див.: Вознюк А.А., Письменський Є.О. Кримінально-правовий механізм передачі засудженого для обміну як військовополоненого: актуальні проблеми та способи їх розв'язання. *Київський часопис права.* 2022. № 4. С. 118).

РОЗДІЛ 3.5.
ПРОБАЦІЯ

1. Назва розділу є ширшою за його зміст. Пробація – це система наглядових та соціально-виховних заходів. Будучи міждисциплінарним інститутом, вона охоплює широке коло різних способів впливу на особу, яка вчинила правопорушення, і *її зміст не обмежується лише звуженням правового статусу особи* (див.: Науково-практичний коментар до Закону України «Про пробацію», 2019). Крім того, за межами розділу 3.5 також зачіпаються питання, безпосередньо пов'язані з пробацією, наприклад, при призначенні покарання за злочин суд враховує особу винного та ризики вчинення кримінального правопорушення (пункти 2, 5 ч. 2 ст. 3.3.1). Але і вивчення особи винного (досудова доповідь), і оцінка ризиків – це засоби пробації (Д. Ягунов, 2011; В. Свірець, 2021).

Таким чином, назву розділу 3.5 доцільно уточнити.

2. Друге загальне зауваження стосується співвідношення пробації з покаранням. Концептуальне розуміння пробації в кримінальному праві можна звести до двох основних підходів: 1) *пробація – покарання, альтернативне позбавленню волі.* Зокрема, європейський експерт щодо законодавчих та інституційних аспектів реформ у сфері юстиції Д. Віткаускас, міністр юстиції України Д. Малюська (2020) в контексті цього підходу пропонували включити пробацію до системи покарань як вид основного покарання. У низці законопроєктів пропонувалося запровадити *пробаційний нагляд* на заміну покарання у виді *обмеження волі*. Пробаційний нагляд мав би полягати в обмеженні прав і свобод засудженого та бути спрямованим на його виправлення і запобігання вчиненню нових правопорушень *без ізоляції від суспільства*. До речі, один із таких законопроєктів (законопроєкт № 7688) поданий до Верховної Ради України, його включено до порядку денного IX сесії IX скликання (постанова Верховної Ради України від 07.02.2023 р.); 2) *пробація – кримінально-*

правовий захід, що може застосовуватися при різних видах звільнення від покарання та його відбування або як самостійний засіб впливу, що може бути призначений як разом із покаранням, не пов'язаним із ізоляцією засудженого, при звільненні від покарання та його відбування, а також на постпенітенціарній стадії для найбільш небезпечних порушників (так звані громадські санкції). Однак у будь-якому разі пробація передбачає покладення на особу пробаційних обов'язків. І зміст цих обов'язків, і цілеспрямування пробації не дозволяють віднести пробаційний захід до покарань.

Автори проєкту обрали другий підхід (пункти 1, 2 ч. 1 ст. 3.1.2), що є послідовним втіленням позиції про покарання та пробацію як два види основних кримінально-правових заходів, із реалізацією яких кримінально-правовий конфлікт може вважатися у цілому вичерпаним (М. Хавронюк, 2013). Як і покарання, *пробація є кримінальною відповідальністю*, оскільки застосовується до особи, засудженої за вчинення кримінального правопорушення (ч. 1 ст. 3.1.3), а точніше лише за вчинення злочину (ст. 3.5.2). Суть пробації полягає у *покладенні обов'язків на особу*, що прямо випливає зі змісту ст. 3.5.1. Відповідно, немає підстав вважати, що пробація одночасно передбачає й обмеження прав особи, адже кримінально-правовий засіб – це *або обмеження прав особи, або покладення на неї обов'язків* (ч. 1 ст. 3.1.1).

Однак така досить зрозуміла конструкція порушується приписами про наглядові засоби пробації (ч. 3 ст. 3.5.1), які є найбільш суворими порівняно з контрольними та корекційними засобами. До наглядових засобів пропонується віднести: а) виконання суспільно корисних робіт; б) перебування під електронним моніторингом; в) дотримання обмежень пробаційного арешту. Тобто можна говорити, що «покладення обов'язків» вже переростає в «обмеження прав». Невипадково в літературі зазначається, що ці наглядові засоби пробації фактично подібні до наявних у чинному КК видів основних покарань та є альтернативами ув'язненню (О. Санжара, 2022).

Найбільш очевидним сказане є для пенітенціарного пробаційного арешту – навіть обмеження щодо його застосування (частини 4, 5 ст. 3.5.7) почасти нагадують ч. 3 ст. 60 КК. При цьому вважати пенітенціарний пробаційний арешт, який має виконуватись у пенітенціарній установі, *реальною альтернативою короткостроковому ув'язненню* – це певна маніпуляція. Наведемо аналогію: направлення неповнолітнього до спеціальної навчально-виховної установи для дітей і підлітків (п. 5 ч. 2 ст. 105 КК), хоч формально і не є покаранням, але з точки зору міжнародних

стандартів (п. «b» ст. 11 Правил ООН стосовно захисту неповнолітніх, позбавлених волі), є різновидом ув'язнення. І формально-юридичні особливості регламентації певних заходів не можуть ввести в оману ані міжнародних експертів, ані правозахисників.

Згідно з п. 1 ч. 2 ст. 3.5.2 один чи декілька наглядових засобів пробації *можуть бути* призначені разом зі штрафом як основним покаранням (п. 1 ч. 1 ст. 3.5.2). Наприклад, не виключається поєднання штрафу і пенітенціарного пробаційного арешту. Але якщо суд призначає покарання у виді штрафу, то, вочевидь, він вважає, що це покарання є необхідним і достатнім для досягнення цілей КК. Якщо ж при цьому застосовується наглядовий засіб пробації, який за ступенем суворості фактично наближений до покарання, то або цей засіб *де-факто стає додатковим покаранням,* або порушується принцип однократності застосування кримінально-правових засобів (ч. 1 ст. 1.2.7). Крім того, диспозитивність припису щодо призначення наглядового засобу пробації та оцінний характер правил такого призначення (ст. 3.5.3) дисонують із суворістю засобу.

Таким чином, за рахунок наглядової пробації робоча група намагається вирішити притаманну проєкту проблему «завузької» системи покарань. Однак перетворення кримінально-правового засобу, відмінного від покарання, фактично на різновид останнього є суперечливим рішенням. За чіткої диференціації покарання та кримінально-правового засобу, який не є покаранням, не може бути підміни одного іншим. За таких обставин вважаємо за доцільне відмовитися від застосування пробації щодо осіб, засуджених до покарання у виді штрафу, або щонайменше змінити п. 1 ч. 2 ст. 3.5.2, виключивши можливість застосування до таких осіб наглядових засобів пробації.

3. Третє загальне зауваження стосовно пропонованого у проєкті регулювання пробації стосується співвідношення засобів пробації з іншими кримінально-правовими засобами, які не є покаранням.

Чітка диференціація *кримінально-правових засобів, які не є покаранням,* – це обов'язкова умова регламентації кожного їх різновиду. З-поміж іншого це означає, що у разі призначення одній особі різних засобів виконання кожного з них розглядається як окрема правова ситуація. Тобто невиконання одного із засобів не може бути підставою для погіршення правового становища засудженого стосовно застосування інших. Однак у проєкті пробація «*призначається відповідальною» за виконання* інших, самостійних, *кримінально-правових засобів, які не є покаранням*. Зокрема, ухилення без

поважної причини від амбулаторної психіатричної допомоги, невиконання хоча б одного із обмежувальних засобів, нездійснення реституції чи компенсації є підставами для розширення корекційних засобів пробації та збільшення частоти з'явлення для реєстрації як контрольного засобу пробації (п. 2 ч.2 ст.3.5.8). Ба більше: навіть найбільш суворі пробаційні засоби (наглядові) можуть бути змінені або доповнені судом за тими же підставами (ч. 3 ст. 3.5.8).

Вочевидь, таке рішення можна пояснити тим, що на органи пробації пропонується покласти виконання не лише власне пробаційних, а й інших засобів. Наприклад, згідно з ч. 6 ст. 3.6.4 контроль за *дотриманням обмежувальних засобів здійснюють орган пробації* та орган Національної поліції України *у межах* їх *компетенції*. Однак наявність спільного органу, який здійснює контроль за виконанням різних засобів, не має визначати їх взаємозв'язки.

Своєю чергою, реституція і компенсація жодного відношення до органу пробації не мають. Більше того: згідно з ч. 5 ст. 3.7.1 у разі невиконання цих засобів добровільно до моменту постановлення вироку суду *застосовується не контрольний засіб пробації, а примусове стягнення спричиненої шкоди у збільшеному розмірі*.

Що стосується ухилення від амбулаторної психіатричної допомоги, то певні асоціації виникають з таким корекційним засобом пробації, як накладення обов'язку пройти курс лікування від розладу психіки або поведінки внаслідок вживання психоактивних речовин чи іншого соціально небезпечного захворювання (п. 5 ч. 2 ст. 3.5.1). Але ці засоби є абсолютно різними за змістом і підставами застосування. Ба більше: у ст. 3.6.6 немає вказівки на правові наслідки ухилення від амбулаторної психіатричної допомоги. Відповідно, постає питання, чим керувалися розробники проєкту, обираючи рішення про посилення пробаційного впливу за ухилення від амбулаторної психіатричної допомоги.

У продовження наведених зауважень зазначимо, що розробники проєкту ставлять знак рівності між невиконанням хоча б одного засобу пробації, що мало місце після зміни пробаційних засобів, з одного боку, та нездійсненням реституції чи компенсації, з іншого. У всіх цих випадках стосовно особи, щодо якої не виконувалося призначене ув'язнення на певний строк під умовою, судом приймається рішення про направлення для відбування покарання (ч. 2 ст. 3.5.9). Однак перелік підстав, за яких покарання у виді ув'язнення на певний строк не звертається до виконання (ч. 3 ст. 3.4.4),

взагалі не містить вказівки на здійснення реституції чи компенсації. Тому і нездійснення такого відшкодування не може бути підставою для звернення цього покарання до виконання.

Отже, у проєкті не представлено чіткої внутрішньо несуперечливої системи кримінально-правових засобів, які не є покаранням. Кількість запропонованих засобів пробації, як і загалом кримінально-правових засобів, які не є покаранням, видається надлишковою, а їх віднесення до різних видів (груп) – певною мірою умоглядним.

4. Окремо слід зупинитись на питання про відповідність проєкту європейським стандартам у сфері пробації. Розбіжності між проєктом та чинним законодавством України можуть бути виправдані необхідністю уточнення положень нормативно-правових актів іншої галузевої належності після ухвалення оновленого КК. Однак питання викликає неповна відповідність положень проєкту зазначеним європейським стандартам.

Згідно з європейськими рекомендаціями метою пробації визнається залучення засудженого до громадського життя, а також забезпечення безпеки суспільства (Рекомендації CM/Rec (2010) 1 Комітету Міністрів державам-членам про Правила Ради Європи про пробацію). Це дозволяє національним законодавцям запроваджувати найрізноманітніші засоби виховного впливу і контролю. Тому європейські рекомендації стосуються лише найбільш типових пробаційних заходів та особливостей їх призначення. І Рекомендації CM/Rec (2010) 1 Комітету Міністрів державам-членам про Правила Ради Європи про пробацію, і Рекомендація CM/Rec (2017) 3 про Європейські правила щодо громадських санкцій та заходів розглядають *пробаційний нагляд, громадські роботи та електронний моніторинг як самостійні заходи*. При цьому пробаційний нагляд може виступати як альтернатива позбавленню волі (Рекомендація CM/Rec (2017) 3 про Європейські правила щодо громадських санкцій та заходів). Що стосується електронного моніторингу, то підкреслюється доцільність його призначення *у поєднанні з іншими заходами пробації* (Рекомендації CM/Rec (2010) 1 Комітету Міністрів державам-членам про Правила Ради Європи про пробацію; Рекомендація CM/Rec (2014) 4 Комітету Міністрів державам-членам стосовно електронного моніторингу).

Таким чином, з точки зору відповідності положень проєкту європейським стандартам основні зауваження виникають щодо:

1) визначення мети пробації як убезпечення суспільства від кримінальних правопорушень (ч. 2 ст. 3.1.1), що є очевидно завузьким для засобів пробації в європейському кримінальному праві;

2) регламентації сукупності наглядових засобів пробації, де нагляд є *родовим поняттям* для громадських робіт, електронного моніторингу та пробаційного арешту, а також відсутності власне пробаційного нагляду як засобу не лише контролю, а й *надання допомоги або формування мотивації правопорушників*;

3) *запровадження арешту як засобу пробації*, особливо у виді пенітенціарного пробаційного арешту;

4) відсутності чіткого припису щодо застосування електронного моніторингу у *поєднанні з іншими пробаційними засобами контролю,* а також *диспозитивність його застосування* щодо найбільш небезпечних злочинців *на постпенітенціарній стадії*.

5. На специфіку пробації щодо неповнолітніх у проєкті поки що не звернено належної уваги (див. у цьому висновку зауваження до розділу 3.10). Згадана специфіка потребує окремої регламентації або у розділі 3.5, або у розділі 3.10.

Стаття 3.5.1. Види засобів пробації

1. Поділ засобів пробації на контрольні, корекційні та наглядові загалом не відповідає Закону України «Про пробацію». Зрозуміло, що така невідповідність потенційно може стати поштовхом до внесення змін у цей профільний Закон. Однак на сьогодні згадана невідповідність порушує ч. 1 ст. 1.4.1 проєкту, згідно з якою Кримінальний кодекс або чітко визначає певні терміни, або має відповідати «бланкетним» приписам. Основним же, як зазначалось вище, є приведення положень проєкту про пробацію (зокрема, в частині видів її засобів) у відповідність до європейський стандартів у сфері пробації.

2. У п. 3 ч. 1 ст. 3.5.1 до контрольних засобів пробації віднесено обов'язок не виїжджати на *тимчасово окуповану територію України* без погодження з органом пробації. Це положення рекомендується переформулювати з тим, щоб акцент робився на необхідності погодження виїзду за межі місця постійного проживання. Як варіант можна визначити відповідний обов'язок таким чином: «*погоджувати з органом пробації виїзд за межі територіальної громади, що є постійним місцем проживання*». Такий крок посилюватиме контрольні функції органів пробації і, за потреби,

даватиме змогу відстежувати місце перебування особи як у межах країни, так і поза її межами.

3. У п. 5 ч. 2 до корекційних засобів пробації віднесено обов'язок пройти курс лікування від розладу психіки або поведінки внаслідок вживання психоактивних речовин чи іншого соціально небезпечного захворювання. Згідно зі ст. 52 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» до соціально небезпечних захворювань належать туберкульоз, психічні, венеричні захворювання, СНІД, лепра, хронічний алкоголізм, наркоманія. У зв'язку із викладеним виникають питання:

а) чи виникають розлади психіки або поведінки, наприклад, в особи, хворої на туберкульоз чи венеричне захворювання? Вочевидь, соціальна небезпечність таких хвороб пов'язана не з розладами психіки або поведінки, а з високим ризиком інфікування сторонніх осіб. Тому осіб з такими хворобами слід лікувати, але не від психічних/поведінкових розладів;

б) психічні захворювання, які викликають розлади поведінки, виступають ознаками медичних критеріїв неосудності та обмеженої осудності, наслідком яких є застосування примусової психіатричної допомоги. Навряд чи у цьому слід створювати потенційні складнощі правозастосування, передбачаючи ще й лікування як пробаційний засіб.

Отже, п. 5 ч. 2 доцільно переформулювати з акцентом на *лікування від небезпечних інфекційних захворювань, хронічного алкоголізму, наркоманії, токсикоманії тощо*.

Стаття 3.5.4. Тривалість пробації

Згідно з п. 6 ч. 1 цієї статті тривалість пробації встановлюється щодо особи, якій встановлено високий ризик вчинення нового злочину після відбуття покарання за умисний злочин 5–9 ступенів, – на строк 3 роки. Постає питання, чому цей строк становить саме 3 роки і поширюється на такі різні категорії осіб – і тих, які вчинили злочини 5-го ступеня і тих, які вчинили злочини 9-го ступеня. Вочевидь, тут слід застосувати диференційований підхід, визначивши різну тривалість строків для різних категорій злочинів.

Стаття 3.5.5. Виконання суспільно корисних робіт

1. Суть безоплатних робіт як виду покарання за проступки перегукується з суспільно корисними роботами як засобом пробації. Про доречність переглянути позицію авторів проєкту з питання про такі засоби, що за

змістом відтворюють покарання та відповідають його меті, вже йшлося вище. Водночас слід звернути увагу на певні неоднозначні положення, що містить ця стаття. По-перше, якщо у ст. 3.2.7 слушно наголошується на тому, що безоплатні роботи мають відповідати стану здоров'я особи, то стосовно суспільно корисних робіт такої вимоги не передбачено. Хоч ці роботи, судячи із пропонованих нормативних визначень безоплатних робіт (ч. 1 ст. 3.2.7) і суспільно корисних робіт (ч. 1 ст. 3.5.5), можуть бути ідентичними. По-друге, не зовсім зрозуміло, чому в ч. 1 ст. 3.5.5 йдеться про виконання робіт у вільний від роботи *та* навчання час. Використання тут поєднувального сполучника «та» може призвести до хибного висновку про те, що ніби особа має працювати лише, якщо вона і працює, і навчається. По-третє, ч. 4 ст. 3.2.7 містить резонне застереження щодо припинення виконання безоплатних робіт, якщо в цей період виникли обставини, передбачені в ч. 3 цієї статті. Наприклад, якщо засуджена особа завагітніла, то виконання безоплатних робіт припиняється. Водночас норма про виконання суспільно корисних робіт такого застереження не має, хоч обставини, які унеможливлюють застосування розглядуваного засобу пробації встановлено. По-четверте, спираючись на принцип гуманізму, слід обміркувати можливість зменшення 70-річного віку особи, згаданої у п. 4 ч. 4 ст. 3.5.5, до віку, еквівалентного тому, досягнення якого зумовлює отримання соціальної виплати за віком, тобто 65 років (особи похилого віку).

2. У ч. 4 ст. 3.5.5 наведено перелік осіб, щодо яких не застосовуються суспільно корисні роботи. З огляду на порівняння цього потенційного положення з ч. 3 ст. 56 чинного КК, зазначимо, що у проєкті не враховано: 1) особливості постійної чи тимчасової втрати працездатності; 2) особливості окремих категорій осіб, наприклад, військовослужбовців; 3) правові наслідки втрати працездатності протягом виконання суспільно корисних робіт. З огляду на це, пропонується уточнити, що суспільно корисні роботи не призначаються особам, які є повністю або тимчасово непрацездатними на момент винесення рішення про застосування цього заходу. Також доцільно визначитися із військовослужбовцями – чи можливо таке призначення щодо них, а якщо так, то в якому обсязі.

Стаття 3.5.6. Перебування під електронним моніторингом

1. У ч. 2 цієї статті зазначається, що електронний моніторинг застосовується на строк від 2 до 12 місяців. Згідно з пунктами 5, 6 ч. 1 ст. 3.5.2 цей засіб може бути застосований до особи, щодо якої зупинено

виконання довічного ув'язнення під умовою, та до особи, щодо якої встановлено *високий ризик вчинення нового злочину після відбуття нею покарання* за умисний злочин 5–9 ступенів тяжкості. Оскільки йдеться про найбільш небезпечних злочинців, логічно очікувати, що електронний моніторинг щодо них застосовуватиметься протягом часу, достатнього для того, щоб впевнитись у зменшенні небезпеки вчинення ними нових злочинів. Однак ч. 2 ст. 3.5.6 обмежує строк застосування електронного моніторингу 12 місяцями. Водночас тривалість пробації щодо особи, якій виконання довічного ув'язнення зупинено під умовою, становить 10 років, а щодо особи з високим ризиком вчинення нових злочинів на постпенітенціарному етапі – 3 роки. Постає питання, який пробаційний засіб слід застосовувати замість електронного моніторингу до таких осіб?

2. Звернемо увагу і на неповноту положення, яке містить ч. 3 аналізованої статті, згідно з якою електронний моніторинг не застосовується за наявності медичних протипоказань, визначених МОЗ України. Вочевидь, за таких обставин має бути унормований альтернативний засіб моніторингу.

Стаття 3.5.7. Пробаційний арешт

Поряд із сумнівами у доцільності запровадження пробаційного арешту як наглядового пробаційного засобу слід зауважити, що у разі наголошення робочою групою на своїй авторській позиції постає низка питань. Зокрема: яким чином може бути організоване виконання пенітенціарного пробаційного арешту в установі виконання покарань протягом 6 місяців, наприклад, у сільській місцевості? З огляду на ч. 1 ст. 3.5.7, особа або кожного дня, або на вихідні має їхати у місто до пенітенціарної установи для відбування арешту? Чи відповідні установи мають бути створені в кожному населеному пункті? Яким чином може бути організоване виконання пробаційного арешту для військовослужбовців? Зрозуміло, що це загалом питання кримінально-виконавчого характеру, однак вони не виникатимуть, якщо в кримінальному законодавстві будуть сформульовані чіткі та внутрішньо несуперечливі приписи.

Стаття 3.5.9. Правові наслідки пробації

1. Поряд із викладеними вище загальними зауваженнями щодо розмежування правових наслідків пробації та інших кримінально-правових засобів, які не є покаранням, слід зазначити, що у ч. 1 ст. 3.5.9 йдеться про те, що призначене покарання не підлягає виконанню, якщо а) особа повністю

виконала покладні на неї пробаційні обов'язки та б) не вчинила нового злочину/двох проступків. Однак пробація застосовується і до особи, якій призначено штраф як основне покарання (п. 1 ч. 1 ст. 3.5.2). І штраф виконується у повному обсязі незалежно від виконання пробаційних засобів. Відповідно, припис ч. 1 ст. 3.5.9 не є універсальним і частково суперечить ч. 1 ст. 3.5.2.

2. Привертає увагу і ч. 6 ст. 3.5.9, яка передбачає кримінально-правові наслідки за порушення пробаційних обов'язків. Натомість аналогічного положення не передбачено у розділі проєкту про покарання. З урахуванням цього рекомендується уніфікувати підходи, визначивши в розділі 3.2 кримінально-правові наслідки, які наставатимуть у разі невиконання покарання. Зокрема, йдеться про передбачену ст. 8.3.5 проєкту відповідальність за ухилення від відбування покарання у виді ув'язнення на певний строк.

РОЗДІЛ 3.6.
ЗАСОБИ БЕЗПЕКИ
Стаття 3.6.1. Види засобів безпеки

1. У вітчизняній літературі представлено широке коло підходів до розуміння засобів безпеки:

це – примусові заходи, що передбачені кримінальним законом та застосовуються судом поряд із заходами покарання (чи замість останніх) до особи, яка вчинила злочин, і безпосередньо спрямовані на попередження злочинів (В. Туляков, 2005);

це – заходи, які призначаються для здійснення превентивного, виховного, виправного, лікувального та іншого спеціального впливу на осіб із кримінальною поведінкою, як у випадках застосування поряд із покаранням, так й у випадках окремого їх застосування, та виступають ефективним засобом захисту суспільства (А. Савченко, 2007);

це – заходи обмежувального характеру, що застосовуються від імені держави за мотивованим рішенням суду до особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, передбачене кримінальним законом, і становить небезпеку для суспільства; вони спрямовані на попередження і припинення порушення права, або на припинення дій, що порушують (або здатні порушити) інтереси інших осіб, суспільства, держави, усунення передумов криміногенної ситуації, попередження вчинення такою особою нових суспільно небезпечних діянь, а також на захист прав та інтересів суспільства

і держави від суспільно небезпечних посягань з боку такої особи (І. Горбачова, 2008; С. Яценко, 2018);

це – заходи примусу, що застосовуються від імені держави за вироком або постановою суду до особи, яка вчинила злочин, і полягають у передбаченому кримінальним законодавством обмеженні прав і свобод такої особи для запобігання вчиненню нею інших злочинів (Ю. Пономаренко, 2011).

Відповідно, ознаками заходів безпеки є: а) їх примусовість; б) передбаченість кримінальним законом; в) застосування як до суб'єкта кримінального правопорушення, так і до особи, яка не має ознак суб'єкта; г) підстава їх застосування – порушення кримінального закону (або складний юридичний факт, який включає таке порушення); ґ) вони застосовуються як разом із покаранням, так і самостійно (наприклад, при звільненні від покарання, щодо неосудної особи). Специфікою заходів безпеки є їх цілеспрямування – спеціальна (індивідуальна) превенція шляхом позбавлення особи, яка знаходиться у небезпечному стані (в кримінологічній термінології – з високою кримінальною готовністю) можливості подальшого вчинення протиправних діянь.

Загалом викладене відповідає ст. 4 Директиви 2011/99/ЄС про європейський охоронний ордер, яка закріплює дефініцію заходів забезпечення безпеки, під якими слід розуміти застосування *однієї чи декількох заборон* (обмежень), які застосовуються *щодо особи, яка загрожує життю, свободі, гідності, психологічній та сексуальній свободі*. Однак європейський стандарт обмежує коло діянь, за вчинення яких доцільно застосовувати заходи безпеки, на відміну від українських фахівців та проєкту, які бачать заходи безпеки універсальними і придатними для злочинів незалежно від їх характеру.

Фактично засоби безпеки регламентовані в чинному КК. До них, зокрема, відносять: примусові заходи медичного характеру та примусове лікування; примусові заходи виховного характеру; обов'язки, які накладаються на особу під час звільнення від відбування покарання з випробуванням; спеціальну конфіскацію (С. Яценко, 2018). Очевидним є віднесення до заходів безпеки й обмежувальних заходів, які застосовуються за вчинення домашнього насильства (Ю. Ковалик, 2022).

Ст. 5 Директиви 2011/99/ЄС про європейський охоронний ордер встановлює перелік заходів забезпечення безпеки, до яких належать:

заборона відвідувати певні місця, в яких особа, котра потребує захисту, проживає або які відвідує;

заборона або обмеження спілкування із особою, що потребує захисту, у будь-якій формі, зокрема шляхом телефонного зв'язку, електронного або звичайного листування, факсу або інших засобів зв'язку;

заборона або обмеження наближатися до особи, що потребує захисту на певну визначену дистанцію.

Цей перелік має вичерпний характер, однак у національному законодавстві держави-члени ЄС можуть установлювати й інші заходи забезпечення безпеки (Р. Климкевич, 2022). Власне кажучи, національні законодавці цим і скористалися, визначивши досить розлогі переліки обмежень та заборон як кримінально-правових заходів безпеки (І. Горбачова, 2016, 2020). Тому зарубіжний досвід з цього питання є вельми різноманітним.

У проєкті засоби безпеки представлені у виді сукупності: обмежувальних засобів; примусової психіатричної допомоги; оприлюднення інформації про засудження особи (ст. 3.6.1). Своєю чергою, обмежувальні засоби поділяються на 14 (!) видів заборон/обмежень/обов'язків.

Слід поділити позицію розробників проєкту щодо віднесення примусової психіатричної допомоги до засобів безпеки. Навіть її сприйняття через призму «заходів соціального захисту» (І. Горбачова, 2008; В. Туляков, 2009; Л. Герасимчук, 2011) не змінює родового, «безпекового», цілеспрямування примусового психіатричного лікування. При цьому принциповим є те, що у кримінально-правовому контексті примусова психіатрична допомога застосовується виключно у разі кримінально протиправної поведінки, а тому вона: а) не може мати адміністративно-правової природи (В. Бурдін, 2010); б) не може бути добровільною, навіть у разі обмеженої осудності (В. Бурдін, 2011).

Однак щодо *обмежувальних засобів як підсистеми засобів безпеки* зауважимо потенційні складнощі правозастосування. У проєкті засоби безпеки відокремлено від засобів пробації, конфіскації майна та вилучення речі. Але саме в такій *надмірній диференціації кримінально-правових засобів, які не є покаранням*, і полягає основна проблема визначення та подальшого застосування обмежувальних засобів.

Обмежувальні засоби включають: а) заборони; б) обмеження прав особи; в) покладення на особу додаткових обов'язків (ст. 3.6.3). Загалом проєкт містить 14 різновидів обмежувальних засобів. Однак якщо звернутися до

зарубіжного досвіду, то такі засоби, як заборона переслідувати потерпілу особу, відвідування певних заходів, керування транспортними засобами, обмеження права обіймати певні посади, можуть бути розміщені як у розділах про засоби безпеки, так і у розділах про пробацію (Ю. Ковалик, 2022). Звернемо також увагу на те, що норми Директиви 2011/99/ЄС передбачають можливість застосування електронних засобів для здійснення контролю (електронний моніторинг – в проєкті це *наглядовий засіб пробації*) за дотриманням заходів забезпечення безпеки (Р. Климкевич, 2022). Інакше кажучи, засоби пробації та обмежувальні засоби дотичні одні до інших, а їх розмежування є вельми умовним.

Згідно з проєктом обмежувальні заходи можуть застосовуватися: а) разом із покаранням (п.1 ч.1 ст.3.6.4); б) при звільненні від покарання у випадках, передбачених статтями 3.4.2, 3.4.4, 3.4.5, 3.4.7–3.4.12 (п. 2 ч. 1 ст. 3.6.4). При цьому не виключається *застосування обмежувальних засобів разом із засобами пробації*. Правила застосування пробації (ч. 2 ст. 3.5.3) та обмежувальних засобів (ч. 2 ст. 3.6.4) збігаються (за виключенням аналізу ризиків вчинення особою нового злочину – при застосуванні пробації). Крім того, згідно з ч. 6 ст. 3.6.4 контроль за *дотриманням обмежувальних засобів здійснюють орган пробації* та орган Національної поліції України *у межах* їх *компетенції*.

Таким чином, немає заперечень проти того, що обмежувальні засоби повинні бути у структурі саме засобів безпеки, адже всі вони мають спільну мету – це припинення порушення прав та свобод особи, суспільства, держави, їх захист та спеціальна превенція шляхом впливу на особу з високою кримінальною готовністю (І. Горбачова, 2020; Ю. Ковалик, 2022). Водночас доцільно передусім визначити обсяги та характер заборон в контексті обмежувальних засобів, що дозволить оптимально відпрацювати систему таких заходів, порядок їх застосування та розмежування із засобами пробації.

Зрозумілим є прагнення розробників проєкту звести до мінімуму суддівський угляд, однак навряд чи для цього слід заплутувати правозастосувача шляхом надмірної деталізації величезної кількості кримінально-правових засобів «на всі випадки життя». Видається, що, як і стосовно пробації, робоча група намагається компенсувати завузький перелік покарань надмірно широким переліком кримінально-правових засобів, які не є покаранням.

2. Усвідомлюючи всю контраверсійність позбавлення громадянства як засобу безпеки, тим не менше доцільно порушити це питання з огляду на те, що питання громадянства тісно пов'язані з проблемами забезпечення національної безпеки та протидії злочинам відповідного спрямування. Ба більше: на погляд окремих юристів, практика позбавлення державних зрадників громадянства України відповідає і здоровому глузду, і українському законодавству, і стандартам міжнародного права (В. Залізнюк, 2022). Отже, потребує додаткового обговорення можливість запровадження такого засобу безпеки, як позбавлення громадянства у разі вчинення конкретно визначеної категорії злочинів, зокрема зради України за умови добровільного отримання громадянства держави-агресора.

Стаття 3.6.3. Обмежувальні засоби

1. Згідно з ч. 3 цієї статті судом можуть бути застосовані, зокрема, такі обмеження прав:

а) *брати участь у виборах або референдумі* (п. 3 ч.3). Передусім постає питання про обсяг такого обмеження: особа позбавляється права бути обраним чи і права обирати? За змістом статей 38, 70, 71, 76, 141 Конституції України суть виборчого права складає право громадян України вільно обирати і бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Це право є загальним, рівним і прямим. Відповідно до ч. 2 ст. 70 Конституції України не мають права голосу (тобто права обирати) лише громадяни, яких визнано судом недієздатними. Ст. 64 Конституції України гарантує, що конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України (Рішення КСУ від 26 лютого 1998 р.). Крім того, ст. 3 Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод не виключає, що обмеження виборчих прав можуть накладатися на особу, яка, наприклад, серйозно зловживала публічною посадою або вчинила дії, що загрожують верховенству права чи демократичним основам суспільства. Однак не можна зневажливо ставитися до застосування такого заходу, як позбавлення виборчих прав. *Принцип пропорційності вимагає наявності чіткого і вагомого зв'язку між цією санкцією і діями та характеристиками особи, щодо якої застосовується ця санкція* (Hirst v. United Kingdom (№ 2) (№ 74025/01), 2005). За таких обставин доцільно сформулювати більш конкретний припис щодо згаданого обмежувального засобу;

б) *здійснювати певні види діяльності* (пункти 4, 5, 7 ч.3). Звернемо увагу на те, що, незважаючи самостійність цих трьох засобів, у проєкті передбачаються спільні правила їх застосування (ч. 5 ст. 3.6.4). З цього випливає закономірне питання про доцільність об'єднання трьох засобів в один. Крім того, при формулюванні підстави застосування цих обмежувальних засобів/засобу доцільно відобразити *зв'язок вчиненого кримінального правопорушення з особливостями службового становища/професійної діяльності/здійснюваних видів діяльності*. Це дозволить досягти певної пропорційності між порушенням та обмежувальними засобами;

в) *перебувати на території України іноземцю або особі без громадянства, яка постійно не проживає в Україні* (п. 6 ст. 3). Однак право перебувати на території України для іноземців та осіб без громадянства, які постійно не проживають в Україні, і так обмежене. Для цього існує візовий режим, а також часові обмеження щодо перебування осіб, які прибули з країн, з якими Україна має безвізовий режим. Що мають на увазі розробники проєкту під цим обмежувальним засобом?

Якщо це примусове видворення, то це зробити неможливо. Згідно зі ст. 26 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», якщо дії іноземця або особи без громадянства суперечать інтересам забезпечення національної безпеки України чи охорони громадського порядку, або якщо це необхідно для охорони здоров'я, захисту прав і законних інтересів громадян України, то такі особи можуть бути примусово повернуті в країну походження або третю країну. При цьому рішення про примусове повернення може супроводжуватися забороною щодо подальшого в'їзду в Україну строком на три роки. Але таке повернення здійснюється добровільно. Якщо ж іноземець/особа без громадянства не виконали рішення про примусове повернення, то таких осіб можна примусово видворити з України. Відповідно, примусове видворення з України іноземця/особи без громадянства на підставі постанови адміністративного суду застосовується, якщо рішення про примусове повернення не виконано іноземцем в установлений строк без поважних причин. Цьому передують дві обставини: 1) прийняття рішення відповідним компетентним органом про примусове видворення; 2) ухилення від виїзду після прийняття рішення про повернення або наявність обґрунтованих підстав вважати, що іноземець або особа без громадянства ухилятимуться від

виконання такого рішення (постанови КАС ВС від 4 квітня 2018 р. у справі № 308/5953/16-а, від 28 лютого 2019 р. у справі № 754/2198/17).

Однак далеко не всі іноземці та особи без громадянства можуть бути повернені/видворені. Обмеження щодо цих осіб визначені у ч. 8 ст. 30 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства». Відповідно, у кримінальному законодавстві мають бути запроваджені винятки з правил застосування обмежувальних засобів щодо іноземців та осіб без громадянства.

Крім того, з поля зору робочої групи випала заборона на в'їзд в Україну як складова обмежувального засобу щодо іноземців та осіб без громадянства. При цьому доцільно визначити строк такої заборони.

Загалом же без *узгодження з положеннями міграційного законодавства та практикою КАС ВС* заборону перебувати на території України іноземцю або особі без громадянства, яка постійно не проживає в Україні, застосувати неможливо.

2. Застосування обмежувальних засобів до особи, яка вчинила корупційне кримінальне правопорушення з використанням влади, службових повноважень чи професійних обов'язків або пов'язаних з ними можливостей (ч. 7), *не враховує кримінальних правопорушень, пов'язаних з корупцією*. Згідно зі ст. 65-1 Закону України «Про запобігання корупції» *у контексті застосування позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю*, пов'язаними з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, або такою, що прирівнюється до цієї діяльності, *до корупційних правопорушень прирівнюються правопорушення, пов'язані з корупцією*. А кримінальні правопорушення, пов'язані з корупцією, – вид кримінально караного діяння, визначений у п. 25 ч. 2 ст. 1.4.1 проєкту.

3. Відчувається відсутність належного зв'язку тієї чи іншої заборони (ч. 2), обмеження права (ч. 3) або обов'язку (ч. 4) з певним видом кримінальних правопорушень, яких вони стосуються. Зокрема, виникає ризик невиправданого (помилкового) застосування певної заборони щодо особи, для якої вона буде недоречною. Наприклад, постає питання, які саме особливості кримінального правопорушення та особи винного відповідно до ч. 2 ст. 3.6.4 повинен урахувати суд, щоб застосувати заборону, передбачену п. 5 ч. 2 розглядуваної статті (відвідувати спортивні та розважальні заходи з покладенням обов'язку перебувати під час їх проведення у певному місці або без такого)? Розв'язання цього питання може викликати складнощі у правозастосуванні.

Стаття 3.6.4. Загальні правила застосування обмежувальних засобів

1. У ч. 2 цієї статті йдеться про можливість застосування обмежувальних засобів *залежно від особливостей конкретного кримінального правопорушення та особи винного*. При цьому у постанові КЦС ВС від 26 лютого 2020 р. у справі № 154/1692/19 наголошується на тому, що тимчасові обмеження прав особи мають бути пропорційними меті застосування щодо неї обмежувального припису. Таким чином, пропонується включити у загальні правила застосування обмежувальних засобів щонайменше вказівку на обумовленість застосованих обмежень метою, яку останні переслідують.

2. До того ж положення, наведене у ч. 2 ст. 3.6.2, певною мірою дублює ч. 2 ст. 3.6.2, зокрема, фактично двічі йдеться про потребу врахування особи винного. Вочевидь, було б доцільним зробити додаткові коригування з тим, щоб один із цих приписів був виключений, а інший переформатований. Наприклад, навряд чи слід відбивати те, що засоби безпеки застосовуються згідно з правилами, передбаченими статтями розділу 3.6. Хіба є можливим застосування цих засобів за іншими правилами?

3. Якщо в ч. 6 ст. 3.5.9 щодо правових наслідків пробації міститься окреме застереження про кримінальну відповідальність за порушення окремих пробаційних обов'язків, то аналогічний підхід тоді варто застосувати й у випадку з порушенням обмежувальних засобів, відповідальність за яке передбачена згідно зі ст. 8.2.21. Принагідно звернемо увагу на те, що така відповідальність встановлена за порушення вимог будь-якого обмежувального засобу – і щодо відвідування спортивного засобу, і щодо переслідування потерпілої людини. Навряд чи реалізований у ст. 8.2.21 підхід є виправданим, а кримінальна відповідальність, вочевидь, має наставати за порушення вимог лише окремих обмежувальних засобів.

Стаття 3.6.5. Примусова психіатрична допомога

Згідно з ч. 2 цієї статті під час визначення виду примусової психіатричної допомоги суд має врахувати *психічний стан особи та ймовірність вчинення нею нового протиправного діяння*. Однак цей припис суперечить ч. 3 ст. 3.6.5, ч. 1 ст. 3.6.6: оскільки суд не визначає змісту і тривалості допомоги, він не визначає і специфіки спеціального закладу з надання психіатричної допомоги. Відповідно, суд може врахувати психічний стан та ймовірність вчинення нового діяння не при визначенні виду, адже вони визначені нормативно, а *при визначенні доцільності призначення*

конкретного виду психіатричної допомоги. Також не зовсім зрозумілим є те, чому суд не має брати до уваги, поряд із психічним станом, тяжкість вчиненого діяння.

Стаття 3.6.6. Застосування примусової психіатричної допомоги

1. У ч. 2 цієї статті йдеться про *заклад з надання стаціонарної психіатричної допомоги.* Однак згідно з Правилами застосування примусових заходів медичного характеру в спеціальному закладі з надання психіатричної допомоги (затв. наказом МОЗ України від 31 серпня 2017 р. № 992) в Україні створені та функціонують *спеціальні заклади з надання психіатричної допомоги.*

2. Ухилення від амбулаторної психіатричної допомоги вважається підставою для розширення обсягів застосування пробаційних засобів. Це недоцільно (див. зауваження до розділу 3.5). Тому пропонується розглянути питання про регламентацію правових наслідків ухилення від амбулаторної психіатричної допомоги у ст. 3.6.6.

Стаття 3.6.7. Оприлюднення інформації про засудження особи

Зарубіжному кримінальному законодавству (Польща, Швейцарія, ФРН) відомий такий захід безпеки, як опублікування вироку. Ідея цього заходу полягає в інформуванні оточуючих щодо можливої небезпеки, яка виходить від особи, котра відбувала покарання *за тяжкий або особливо тяжкий насильницький злочин* (І. Горбачова, 2020).

Щодо запровадження оприлюднення інформації про засудження в Україні, то основним аргументом має стати пропорційність превалювання суспільного інтересу над приватним. Як зазначено у постанові Пленуму Вищого адміністративного суду від 26 вересня 2016 р. № 10 «Про практику застосування адміністративними судами законодавства про доступ до публічної інформації», лише дуже серйозні доводи на користь суспільного інтересу в розголошенні інформації можуть переважити можливу шкоду інтересам захисту права на невтручання в особисте життя та захисту персональних даних, коли йдеться про так звані вразливі персональні дані, зокрема, й щодо засудження особи за кримінальне правопорушення. У контексті викладеного варто висловити такі зауваження до проєкту:

1) коло злочинів, засудження за які передбачає оприлюднення інформації, охоплює всі умисні злочини 3–9 ступенів тяжкості. Однак у ч. 2 ст. 3.6.2 загальним правилом застосування засобів безпеки є врахуванням не

лише ступеня тяжкості, *а й характеру вчиненого діяння.* Неврахування характеру діяння, як видається, нівелюватиме безпековий (попереджувальний) потенціал засобу. Наприклад, до умисних злочинів 3-го ступеня тяжкості належить, зокрема, «обіг рослини або гриба, що містять наркотичні засоби чи психотропні речовини, з метою збуту» (ст. 5.2.6). Чи справді існує соціальний інтерес в оприлюдненні інформації про засудження такого правопорушника? Тим більше, що таких злочинів в Україні досить багато, і як позитивно може вплинути на суспільство опублікування довгих списків засуджених наркодилерів? Відповідно, доцільно уточнити перелік злочинів, вчинення яких тягне застосування цього засобу безпеки;

2) окремо у п. 2 ч. 1 ст. 3.6.7 йдеться про дві групи злочинів: а) зґвалтування та дії сексуального характеру, зокрема щодо дитини; б) дії, пов'язані з дитячою проституцією та порнографією. Інформацію про засуджених за ці злочини пропонується оприлюднювати в Єдиному державному реєстрі осіб, які вчинили злочини. Однак 16 січня 2020 р. набув чинності Закон України «Про внесення змін до деяких законів України щодо впровадження Єдиного реєстру осіб, засуджених за злочини проти статевої свободи та недоторканності малолітньої чи малолітнього, та посилення відповідальності за злочини, вчинені проти статевої свободи та недоторканності малолітньої чи малолітнього». Тому «дотичний» реєстр вже створено, і, за відповідних уточнень нормативних засад його функціонування, він може забезпечити застосування оприлюднення інформації стосовно правопорушників по вказаним видам злочинів. Водночас звернемо увагу на те, що у відповідний перелік потрапив і проступок (ст. 4.5.12). Не є зрозумілим, чи це технічна неточність, чи розробники проєкту свідомо відходять від припису про опублікування про засуджених лише за умисні злочини 3 –9 ступенів тяжкості;

3) робоча група не згадує про Єдиний державний реєстр осіб, які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення (Реєстр корупціонерів). Вбачається, що вчинення корупційних та пов'язаних з корупцією злочинів становлять той самий суспільний інтерес, який забезпечує пропорційність порушення приватності у разі оприлюднення інформації про засудження особи;

4) з проєкту незрозуміло, чи є обов'язковим застосування оприлюднення інформації про засудження особи, чи це диспозитивний припис? Вбачається, що у разі звуження кола злочинів, факт засудження за які підлягатиме оприлюдненню, цей засіб має застосовуватися імперативно;

5) яка інформація про засудження особи має бути оприлюднена? Чи можна оприлюднювати дані про застосування кримінально-правових засобів, які не є покаранням, якщо, наприклад, разом із покаранням застосовані засоби пробації або амбулаторна психіатрична допомога? Вбачається, що доцільніше було б запровадити опублікування вироку.

Таким чином, ст. 3.6.7 потребує уточнення. Крім того, проблемні питання застосування оприлюднення інформації про засудження особи щодо неповнолітніх висвітлено у зауваженнях до розділу 3.10.

РОЗДІЛ 3.7.
РЕСТИТУЦІЯ ТА КОМПЕНСАЦІЯ
Стаття 3.7.1. Реституція та компенсація

1. Згідно з ч. 1 цієї статті реституція та компенсація здійснюються *на користь потерпілих осіб, територіальної громади або держави*. До потерпілих осіб належать фізичні та юридичні особи, яким кримінальним правопорушенням спричинено шкоду (ч. 1 ст. 2.2.2). В аналізованій статті йдеться про дві групи вигодоотримувачів: а) потерпілі особи – на їх користь здійснюються реституція та компенсація; б) територіальна громада та держава – на їх користь здійснюється тільки компенсація.

Викладене спонукає висловити такі міркування:

1) кримінально-правове визначення потерпілого у проєкті фактично є інтерпретацією поняття жертви, тобто особи, безпосередньо постраждалої від кримінального правопорушення. При цьому згідно з Рекомендацією (2006) 8 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо допомоги потерпілим від злочинів, коли йдеться про відшкодування від держави, його бенефіціарами слід вважати *найближчих родичів та утриманців загиблих жертв* (п. 8.1). Директива Європейського Парламенту і Ради ЄС № 2012/29/ЄС про встановлення мінімальних стандартів прав, підтримки та захисту потерпілих від злочину надає можливість державам на власний розсуд установлювати у національному законодавстві *обмеження з приводу кількості родичів, які можуть одержувати компенсацію*. Як бачимо, саме щодо здійснення компенсації міжнародні стандарти істотно розширюють коло осіб, які можуть претендувати на таке відшкодування, не обмежуючись безпосередніми потерпілими від кримінальних правопорушень. У цьому плані до міжнародних стандартів ближче ч. 6 ст. 55 КПК, згідно з якою потерпілим може бути визнана особа/декілька осіб з числа близьких родичів або членів сім'ї жертви кримінального правопорушення, якщо настала смерть

останньої або вона перебуває у стані, який унеможливлює подання нею відповідної заяви. З огляду на сказане, ч. 1 ст. 3.7.1 доцільно уточнити вказівкою на можливість здійснення компенсації на користь близьких родичів/членів сім'ї потерпілого;

2) можливість реституції на користь територіальних громад та держави передбачена міжнародними стандартами (наприклад, ст. 10 Декларації основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживання владою (ГА ООН, 1985). Зокрема, така реституція може застосовуватися у випадках заподіяння серйозної шкоди довкіллю і включати відновлення/поліпшення екологічного стану певної території, громадської інфраструктури;

3) із тексту ст. 3.7.1 не зрозуміло, чи можливе одночасне застосування реституції та компенсації, наприклад, за вимогою потерпілого. Вбачається, що цей аспект підлягає уточненню, адже, як зазначено в одній із постанов ККС ВС, з урахуванням обставин справи суд за вибором потерпілого може зобов'язати особу, яка завдала шкоди майну, відшкодувати її в натурі (передати річ того ж роду і такої ж якості, полагодити пошкоджену річ тощо) або відшкодувати завдані збитки у повному обсязі. З огляду на це, було б правильним урегулювати таку ситуацію, доповнивши ч. 3 положенням, згідно з яким компенсація здійснюється у разі неможливості здійснити реституцію або за вимогою потерпілої особи.

2. Розуміння реституції, представлене у ч. 2, обґрунтовано охоплює як відновлення особистих прав потерпілих, так і повернення майна чи відновлення його властивостей у разі пошкодження. Однак у п. 2 ч. 2 йдеться про повернення потерпілій особі «майна, здобутого шляхом вчинення кримінального правопорушення». Потерпіла особа – це *власник (законний володілець) певного майна*, чиї права виникли у відповідності до цивільного законодавства, (зокрема, і на майно, яке було предметом кримінального правопорушення). Тому потерпілій особі повертається її *законно набуте майно*. Але це майно і без реституції *обов'язково* повертається потерпілому, бо до нього не застосовується конфіскація майна/вилучення речі (статті 3.8.1, 3.8.4 проєкту). Крім того, згідно з п. 5 ч. 9 ст. 100 КПК у кримінальному провадженні застосовується реституція, яка спрямована на повернення власнику (законному володільцю) неправомірно відчуженого внаслідок вчинення кримінального правопорушення майна – грошей, цінностей та іншого майна, що були предметом кримінального правопорушення/суспільно небезпечного діяння та не підлягають конфіскації (кримінально-процесуальна реституція) (С. Ковальчук, 2019). Відповідно, кримінально-

правова реституція на підставі п. 2 ч. 2 ст. 3.7.1 для потерпілого є менш сприятливою, ніж повернення майна через незастосування конфіскації майна/вилучення речі (статті 3.8.1, 3.8.4) або кримінально-процесуальна реституція. Адже у двох останніх випадках повернення майна потерпілому буде здійснено і у разі вчинення протиправного діяння особою, що не має ознак суб'єкта. Крім того, при кримінально-правовій реституції потерпілому не має повертатися майно, вилучене з цивільного обігу.

3. У ч. 3 ст. 3.7.1 регламентовано компенсацію як грошове відшкодування спричиненої шкоди. При цьому у ч. 2 ст. 1.4.1 передбачено шкоду здоров'ю (п. 62), майнову шкоду (п. 63).

Заподіяна кримінальним правопорушенням шкода як ознака, що впливає на його кваліфікацію, та відшкодування збитків як компенсаційний механізм мають різну юридичну природу. Тому сума відшкодування у кримінальному провадженні не обов'язково має збігатися з розміром завданої злочином шкоди, вказаним в обвинуваченні, яке суд визнав доведеним (постанова ККС ВС у справі № 135/112/17). Крім того, майнову шкоду розробники проєкту визначають через прямі збитки. Водночас постановою ККС ВС у справі №468/46/18-к визнано можливість відшкодування потерпілому упущеної вигоди у кримінальному провадженні за правилами ст. 22 ЦК у випадку, коли через протиправне відчуження майна, що стало предметом кримінального правопорушення, потерпілий не одержав доходи, які міг би одержати, якби його право не було порушено. Відповідно, суд може зобов'язати особу, яка завдала шкоди майну, відшкодувати завдані збитки у повному обсязі (постанова ККС ВС у справі № 135/112/17).

4. Згідно з ч. 3 аналізованої статті компенсація здійснюється у разі вчинення *будь-якого кримінального правопорушення,* адже жодних обмежень щодо виду діянь не встановлено. З огляду на те, що компенсація здійснюється на користь не лише потерпілих, а й територіальної громади та держави, не зовсім зрозуміло, як можна здійснити компенсацію у разі спричинення, наприклад, шкоди у сфері убезпечення суспільства від організованої злочинності (кримінальні правопорушення проти суспільства) або у сфері впорядкування перетинання державного кордону (кримінальні правопорушення проти держави). З огляду на викладене, вочевидь, було б правильним при компенсації брати до уваги специфіку різних кримінальних правопорушень, вказавши в уточненій ч. 3 на те, що компенсацією є грошове відшкодування шкоди, спричиненої кримінальним правопорушенням, *якщо вона може підлягати такому відшкодуванню*».

5. Реституція або компенсація мають бути здійснені *особою, яка вчинила кримінальне правопорушення* (ч. 1). Відповідно, у випадку вчинення кримінально протиправного діяння неосудною особою та особою, яка не досягла віку суб'єкта кримінального правопорушення, потерпілий, територіальна громада або держава реституції/компенсації не отримують. Однак, на думку М. Хавронюка (2013), реституція не мала б бути пов'язаною із кримінальною відповідальністю, щоб її можна було застосувати і до неосудних, і до осіб, які вчинили кримінальне правопорушення до досягнення ними віку кримінальної відповідальності.

У ч. 1 ст. 3.1.4 проєкту «Кримінально-правові засоби щодо особи, яка не вчинила кримінальне правопорушення» допускається можливість застосування реституції та компенсації до фізичної особи, яка не вчинила кримінальне правопорушення, у «*випадках, передбачених цим Кодексом*». Проте такі випадки у ст. 3.7.1 не передбачені.

Таким чином, у разі вчинення діяння фізичною особою, яка не має ознак суб'єкта кримінального правопорушення, щодо реституції використовується кримінально-процесуальний (п. 5 ч. 9 ст. 100 КПК), а щодо компенсації – цивільно-правовий механізм. Щодо останнього наведемо правову позицію ККС ВС у справі № 594/996/18: під час вирішення питання про стягнення шкоди з батьків особи, яка не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними у зв'язку з психічним розладом або недоумством, обов'язковому встановленню судом підлягають обставини, які *достовірно вказують на те, чи знали батьки такої особи про її психічний розлад та чи вжили заходів щодо запобігання шкоди.*

Таким чином, не виключається ситуація, коли потерпілий навіть через цивільний позов не зможе отримати компенсацію за шкоду, спричинену діями неосудного. При цьому згідно з міжнародним стандартам (ч. 2 ст. 2 Європейської конвенції з відшкодуванням збитків жертвам насильницьких злочинів, 1983) у такому випадку компенсація потерпілим від принаймні, насильницьких кримінальних правопорушень має бути забезпечена державою.

6. У ст. 4 Європейської конвенції з відшкодуванням збитків жертвам насильницьких злочинів (1983) зазначається, що компенсація повинна покривати такі частини збитку: втрату заробітку, витрати на ліки і госпіталізацію, витрати на похорони, і утримання осіб, що перебували на утриманні жертви злочину у разі її смерті. Законодавство держав-членів ЄС, як правило, регламентує більш широкі переліки, додаючи витрати на

утримання внаслідок смерті потерпілого годувальника (Франція), подальше (після лікування) медичне обслуговування потерпілого, навіть відшкодування втрачених одягу та певних предметів (Фінляндія). Своєю чергою, Україна мала досвід розробки законопроєктів щодо відшкодування шкоди потерпілим від кримінальних правопорушень, зокрема, насильницьких (наприклад, № 3149 від 03.03.2020 р.; №3892 від 17.07.2020 р.). У них з-поміж іншого містились пропозиції щодо визначення мінімального розміру відшкодування. У проєкті це питання залишається неврегульованим.

Крім того, доцільно передбачити можливість зменшувати або скасовувати компенсації за рішенням суду. Наприклад, статті 7, 8 Європейської конвенції з відшкодуванням збитків жертвам насильницьких злочинів (1983) містить положення щодо такого зменшення або скасування з урахуванням: а) фінансового стану потерпілого; б) поведінки потерпілого до, під час або після злочину; в) участі потерпілого в організованій злочинній діяльності тощо.

7. У ч. 6 ст. 3.7.1 йдеться про випадки компенсації, яку здійснює держава. Загалом такий підхід відповідає положенням Конвенції про відшкодування збитків жертвам насильницьких злочинів (1983), адже інтереси потерпілих далеко не завжди можуть бути задоволені за рахунок правопорушників (М. В'юник, 2014). Згідно з проєктом така компенсація можлива за сукупності умов, однією з яких є вчинення *умисного насильницького кримінального правопорушення*. Загалом це відповідає міжнародним стандартам (ст. 12 Декларації основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживання владою, 1985), ч. 1 ст. 2 Європейської конвенції з відшкодуванням збитків жертвам насильницьких злочинів, 1983), відповідним положенням законодавства держав-членів ЄС, наприклад, Франції та вітчизняним фаховим розвідкам (наприклад, І. Медицький, 2021).

Водночас із проєкту незрозуміло, які кримінальні правопорушення слід вважати насильницькими. У п. 31 ч. 2 ст. 1.4.1 подано визначено насильства, зі змісту якого зрозуміло, що йдеться саме про *фізичне насильство*. До такого насильства належить з-поміж іншого й «обмеження особистої свободи». Як окремі склади злочинів передбачено позбавлення особистої свободи (ст. 4.4.5); у п. 2 ст. 4.4.1 заручник визначається як людина, яку позбавили особистої свободи. Крім того, визначення насильства у п. 31 ч. 2 ст. 1.4.1 не охоплює, наприклад, дії сексуального характеру, що здійснюються за відсутності добровільної згоди потерпілого. Водночас у п. 1 ст. 11.1.1 щодо

злочину геноциду визначається тяжке насильство, яке включає подібні дії. За таких обставин варто чіткіше визначити насильницькі кримінальні правопорушення, вчинення яких дає потерпілим право на отримання компенсації від держави.

Для додаткового обміркування робочою групою: в юридичній літературі (А. Джужа, 2017) висловлювалась пропозиція щодо регламентації обов'язку держави відшкодовувати шкоду не лише потерпілим від кримінальних правопорушень, а й особам, яким було завдано тілесних ушкоджень під час спроби запобігання злочинам, надання допомоги органам влади в спробі припинити злочин, затримати злочинця або допомогти потерпілому.

8. З ч. 6 ст. 3.7.1 випливає повна відсутність компенсації правопорушником як умова отримання компенсації від держави. Однак у ст. 12 Декларації основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживання владою (ГА ООН, 1985) йдеться про випадки компенсації шкоди державою, коли таку компенсацію неможливо отримати від правопорушника *в повному обсязі*. У п. 8.9 Рекомендації (2006) 8 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо допомоги потерпілим від злочинів зазначається, що державна компенсація має призначатися тією міро, якою спричинена шкода не покривається з інших джерел, наприклад, *зловмисником, страхувальником або державними службами медичної або соціальної допомог*и. Також доцільно встановлювати компенсацію за рахунок держави *в повному обсязі* тоді, коли правопорушника не встановлено або його неможливо притягнути до кримінальної відповідальності (Директива Ради 2004/80/ЄС від 29 квітня 2004 р. про компенсацію шкоди потерпілим від злочинів).

9. Згідно з ч. 4 ст. 3.7.1 добровільне здійснення особою реституції або компенсації враховується під час застосування чи припинення застосування інших кримінально-правових засобів. До правових наслідків добровільної реституції та компенсації належать: а) пом'якшення покарання за злочин та проступок (п. 5 ч. 1 ст. 3.3.2); б) непризначення покарання у зв'язку з позитивною поведінкою особи після вчинення кримінального правопорушення (ч. 1 ст. 3.4.2; у цьому разі така добровільна реституція/компенсація є складовою щирого каяття – п/п «в» п. 64 ч. 2 ст. 1.4.1). Варто передбачити добровільне здійснення реституції/компенсації й у випадку вирішення питання про невиконання під умовою призначеного ув'язнення на певний строк (ст. 3.4.4), адже таке добровільне відшкодування позитивно характеризує правопорушника.

10. Загалом складається враження, що значення реституції та компенсації є дещо ширшим за відбите у ч. 4 ст. 3.7.1. Положення проєкту про застосування окремих кримінально-правових засобів, що пов'язуються із здійсненням реституції або компенсації, не передбачають застережень стосовно їх добровільного характеру. Видається доцільним не робити такого застереження і в цій нормі, бо тут йдеться про виконання обов'язку з тією лише різницею, що ті, хто виконали цей обов'язок, заслуговують на кримінально-правове заохочення, а ті, хто ні, можуть не заслуговувати. З огляду на викладене, рекомендується у ч. 4 зафіксувати, що *здійснення реституції та (або) компенсації має правове значення у випадках, передбачених цим Кодексом*.

Слід звернути увагу і на те, що здійснення реституції та компенсації передбачені і для юридичних осіб: у п. 5 ч. 1 ст. 3.11.8 установлено можливість добровільної, а у ч. 2 цієї статті – примусової реституції чи компенсації. Однак *примусовість виконання цих кримінально-правових засобів щодо юридичної особи чомусь не впливає на їх розмір, на відміну від відшкодування, яке примусово стягується з фізичної особи*.

11. Привертає увагу положення, передбачене у ч. 5, згідно з яким, *якщо особа до моменту постановлення вироку не здійснила реституцію або компенсацію, суд зобов'язує її відшкодувати (компенсувати) спричинену кримінальним правопорушенням шкоду у півторакратному розмірі, а у разі вчинення кримінального правопорушення з корисливого мотиву – у двократному розмірі*. У попередній рецензії на проєкт Загальної частини (О. Дудоров, Є. Письменський, 2020) робилося застереження про те, що це положення порушує задекларований принцип пропорційності. Значущість висловленого зауваження, як видається, зберігається. Якщо особа (з об'єктивних причин) не має можливості вчасно здійснити компенсацію або реституцію, то чи пропорційним буде застосування такого засобу щодо неї? Чи не виникатиме ситуація, коли благі наміри підштовхуватимуть особу до вчинення нового кримінального правопорушення, щоб «не потрапити на лічильник»?

РОЗДІЛ 3.8.
КОНФІСКАЦІЯ МАЙНА ТА ВИЛУЧЕННЯ РЕЧІ

1. Включення конфіскації майна до переліку кримінально-правових засобів є логічним продовженням позиції, згідно з якою конфіскація майна як додаткове покарання суперечить принципам справедливості та рівності

громадян перед законом (Н. Гуторова, 2000, 2010). Відповідно, зміна правової природи передбачає і зміну мети конфіскаційних засобів (Д. Дудник, 2022). Водночас виділення конфіскації майна та вилучення речі в окремий розділ можна обговорювати з огляду на те, що подібні заходи розцінюються окремими фахівцями як *заходи обмежувального характеру*. Останні застосовуються від імені держави за мотивованим рішенням суду та спрямовані на попередження і припинення порушення права або на припинення дій, що порушують (або здатні порушити) інтереси інших осіб, суспільства, держави, усунення передумов криміногенної ситуації, попередження вчинення такою особою нових протиправних діянь, зокрема, з використанням певних предметів (І. Горбачова, 2018).

2. У розділі 3.8, судячи з його назви, йдеться про такі самостійні кримінально-правові засоби, як конфіскація майна та вилучення речі. В тексті ж цього розділу регламентується застосування ще одного засобу – конфіскації еквіваленту майна, який (засіб) є похідним від конфіскації майна.

Суть конфіскації майна, еквіваленту майна та вилучення речі є тотожною і полягає у примусовому безоплатному відчуженні певного майна (бо речі – також майно (ст. 190 ЦК України)). Відповідно, основне розмежування зазначених засобів здійснюється шляхом диференціації предметів відчуження.

З урахуванням сказаного пропонується для позначення кримінально-правових засобів, про які йдеться у розділі 3.8, використовувати єдиний термін «*кримінально-правова конфіскація*». Такий підхід, своєю чергою, уможливить подальший нормативний розгляд кримінально-правової конфіскації з позиції двох видів. Ідеться про кримінально-правову конфіскацію у виді відчуження майна або його еквіваленту (відповідні статті можна поєднати з огляду на спільну правову природу такої конфіскації) та кримінально-правову конфіскацію у виді вилучення речі.

3. Згідно з ч. 1 ст. 3.8.1 конфіскації майна підлягають гроші, майнові права або інше майно, яке *належить засудженій особі на праві власності.* Водночас у п. 1 ч. 2 цієї статті йдеться про майно, яке є *предметом кримінального правопорушення чи одержане внаслідок його вчинення*. Однак це суперечить ст. 328 ЦК України, адже право власності набувається на підставах, що не заборонені законом. Щодо того майна, яке було предметом кримінального правопорушення: або правопорушник вчиняє діяння проти себе самого, в іншому випадку як може предмет кримінального правопорушення належати суб’єкту? Або кримінальне правопорушення

пов’язано зі створенням/перетворенням/пошкодженням певного предмету (бо у разі знищення предмету діяння його конфіскація позбавлена сенсу). Однак у другому варіанті також не виникає права власності на новостворену річ, оскільки це суперечить цивільному законодавству.

4. Згідно з ч. 1 ст. 3.8.3 вилученню підлягають речі, які *не належать засудженій особі на праві власності, зокрема речі, вилучені з цивільного обігу*. Зокрема, вилученню підлягають речі, які були *одержані внаслідок кримінального правопорушення* (ч. 2 ст. 3.8.3). Але ж ці речі є і предметом конфіскації майна (п. 1 ч. 2 ст. 3.8.1). При цьому не можна вважати, що йдеться лише про речі, вилучені з цивільного обігу і одержані внаслідок вчинення кримінального правопорушення. Вилучення з цивільного обігу у представленій нормі – це можлива ознака речі, яка підлягає вилученню в порядку ст. 3.8.3.

5. Згідно з частинами 1, 2 ст. 3.8.2 конфіскація еквіваленту майна застосовується у разі неможливості конфіскації майна через його перетворення. Відповідно, предметом цього засобу є: а) перетворене майно, б) доходи від перетвореного майна; в) грошова сума, що відповідає вартості майна на момент постановлення рішення суду, якщо майно, що підлягає конфіскації, було спожите, відчужене, інтегроване у набуте законним шляхом або у разі, коли конфіскація такого майна неможлива з будь-яких причин. У цьому випадку шляхом відмивання майно може набути статусу законно набутого, у результаті чого може виникати питання про набуття особою права власності на нього.

У п. 1 ч. 2 ст. 1.4.1 наводиться визначення активів (доходів), до якого зокрема, віднесено *нематеріальні активи, зокрема криптовалюти.* Чи слід це розуміти таким чином, що конфіскацію криптовалюти слід вважати конфіскацією еквіваленту майна? Але ж, наприклад, у разі торгівлі психоактивними речовинами за криптовалюту ця форма доходу отримується безпосередньо від вчинення кримінального правопорушення.

6. Конфіскація майна, еквіваленту майна та вилучення речі можуть бути застосовані й у випадках, коли протиправне діяння вчинене неосудною особою або особою, що за віком не є суб’єктом кримінального правопорушення (ч. 1 ст. 3.8.4). Це відповідає ч. 1 ст. 3.1.4 щодо застосування кримінально-правових засобів (зокрема, передбачених п. 5 ч. 1 ст. 3.1.2 – конфіскація майна чи вилучення речі) до особи, яка не вчинила кримінальне правопорушення. Постає, однак, питання про особу, яка має вікову неосудність: хоч розробники проєкту у п. 1 ч. 1 ст. 3.10.1 ототожнюють

неосудність та вікову неосудність, це різні правові поняття. Відтак у ч. 1 ст. 3.8.4 бажано внести відповідне уточнення щодо тих випадків, коли застосовуються конфіскація майна, еквіваленту майна та вилучення речі.

7. У ч. 2 ст. 3.8.4 йдеться про конфіскацію майна, еквіваленту майна та вилучення речі у *третьої особи*. При цьому під останньою розробники проєкту розуміють, зокрема, банк або іншу фінансову установу.

Згідно з п. 1 ч. 2 ст. 3.8.4 майно або річ, які є предметом конфіскації майна, еквіваленту майна або вилучення речі, підлягають поверненню власнику (законному володільцю), якщо третя особа отримала їх *безпосередньо* від особи, яка вчинила кримінальне правопорушення чи інше протиправне діяння, передбачене КК. Цей припис видається нелогічним, адже повернення майна власнику (законному володільцю) має залежати від особливостей майна, яке є конфіскується/вилучається, а не від факту безпосередньої передачі майна особою, яка порушила кримінально-правову заборону. Це суперечить підставам незастосування конфіскації майна (ч. 3 ст. 3.8.1), які стосуються і конфіскації еквіваленту майна, вилучення речі (ч. 3 ст. 3.8.3) – у цих нормах немає «безпосередньої передачі» правопорушником як підстави для повернення майна власнику (законному володільцю). Крім того, яким чином слід повертати від третьої особи власнику (законному володільцю) річ, вилучену з цивільного обігу?

8. У п. 3 ч. 2 ст. 3.8.4 йдеться про добросовісного набувача – особу, яка не знала і не повинна була знати про протиправне походження майна/речі. Згідно з ч. 3 ст. 388 ЦК за безвідплатного набуття майно може бути витребуване у добросовісного набувача у всіх випадках. При цьому згідно з ч. 1 ст. 389 ЦК гроші, а також цінні папери на пред'явника, що існують у паперовій формі, не можуть бути витребувані від добросовісного набувача. Цей цивілістичний аспект доцільно взяти до уваги при уточненні ст. 3.8.4.

9. Застосування конфіскації майна, еквіваленту майна і вилучення речі мають однакову мету – відшкодування шкоди потерпілим від кримінальних правопорушень у спосіб наповнення Державного фонду відшкодування шкоди потерпілим. На це є пряма вказівка у ч. 1 ст. 3.8.1 (щодо конфіскації майна) та у ч. 1 ст. 3.8.3 (щодо вилученні речі). Стосовно конфіскації еквіваленту майна цей висновок можна зробити з її похідності від конфіскації майна.

Щодо цілеспрямування цих засобів існує позиція міжнародних експертів, за якою, зокрема, конфіскація майна, пов'язаного зі злочинами, має на меті не відшкодувати збиток, заподіяний злочином, або покарати

злочинця, а позбавити його прибутку або фінансової вигоди, отриманої в результаті протиправного діяння. Існує, однак і компромісний підхід: з метою попередження принаймні найбільш тяжких злочинів (зокрема, проявів організованої злочинності, корупції, терористичної діяльності) важливо відокремити матеріальні вигоди від злочину з тим, щоб позбавити цих ресурсів злочинців та відшкодувати потерпілим завдану шкоду (В. Шаблистий, 2018).

У будь-якому випадку виникає питання щодо доцільності спрямування до Державного фонду відшкодування шкоди потерпілим речей, вилучених з цивільного обігу (у разі застосування вилучення речі). Наприклад, що фонд має робити з психоактивними речовинами чи вогнепальною зброєю? Вочевидь, доцільно передбачити *вилучення та знищення* майна/речей, яке не може бути обернено на користь потерпілих від кримінальних правопорушень. Крім того, мабуть, є нелогічним спрямування майна/речей до Державного фонду відшкодування шкоди *потерпілим* при вчинені «злочинів без жертв», наприклад, кримінальних правопорушень проти доброчесності у публічній сфері, які не спричиняють шкоду конкретному потерпілому (зокрема, статті 9.5.5, 9.5.6).

Загалом створюється враження, що пропоноване робочою групою цілеспрямування конфіскації майна, еквіваленту майна та вилучення речі не відповідає ч. 2 ст. 3.1.1, де як мету кримінально-правового засобу визначено саме і лише убезпечення суспільства від кримінальних правопорушень та інших передбачених КК протиправних діянь.

10. Конфіскація майна, еквіваленту майна та вилучення речі застосовуються при вчиненні умисних кримінальних правопорушень незалежно від тяжкості (ч. 4 ст. 3.8.1, ч. 3 ст. 3.8.2, ч. 4 ст. 3.8.3). Водночас обов'язковою ознакою складу низки необережних злочинів є майно/гроші як предмет діяння. Наприклад, ст. 6.3.14 «Несплата податку, збору чи єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, що з необережності спричинило тяжку майнову шкоду» (злочин 3-го ступеня), ст. 6.3.21 «Легалізація (відмивання) активів (доходів), одержаних злочинним шляхом, вчинена з необмеженості» (злочин 1-го ступеня). Чому в таких випадках має виключатися застосування конфіскації майна відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 3.8.1?

Аналогічні міркування стосуються й вилучення речі. Чому, наприклад, у випадку вчинення діяння, передбаченого ст.7.3.7 «Порушення правил обігу радіоактивних матеріалів чи небезпечних предметів, що з необережності

спричинило тяжку шкоду» (злочин 3-го ступеня), не можна застосувати вилучення предметів, які вилучені з цивільного обігу?

11. Не зовсім чіткою є позиція робочої групи з питання, чи може конфіскація майна, еквіваленту майна застосовуватися разом із вилученням речі. У проєкті наголошується на самостійності цих засобів, але жодних чітких приписів щодо дозволу чи, навпаки, заборони такого застосування в статтях 3.8.1, 3.8.3 відшукати не вдалось.

12. Варто також чіткіше регламентувати питання про обов'язковість розглядуваних кримінально-правових засобів. Доцільно визначити ті кримінальні правопорушення, у випадку вчинення яких призначення відповідних засобів є обов'язковим (наприклад, корисливі кримінальні правопорушень). Зокрема, звернемо увагу на подібне рішення розробників проєкту – щодо обов'язкового призначення штрафу/грошового стягнення як додаткових покарань у разі вчинення злочину/проступку з корисливих мотивів (п. 1 ч. 4 ст. 3.2.2, п. 1 ч. 5 ст. 3.2.6).

13. Розробники проєкту обґрунтовано наголошують на застосуванні конфіскації майна, еквіваленту майна та вилучення речі і при звільненні від покарання (ч. 4 ст. 3.8.1, ч. 3 ст. 3.8.2, ч. 4 ст.3.8.3). Вочевидь, ці приписи слід розуміти як імперативні. Щоправда:

1) непризначення покарання є видом звільнення від покарання (п. 1 ч. 1 ст. 3.4.1), відповідно, зазначені кримінально-правові засоби призначаються й за таких умов. Але якщо у випадку непризначення покарання у зв'язку з позитивною поведінкою особи після вчинення кримінального правопорушення (ст. 3.4.2) застосування конфіскація майна, еквіваленту майна та вилучення речі є логічним, то у випадку непризначення покарання у зв'язку із закінченням строку давності вчинення кримінального правопорушення (ст. 3.4.3) виникає сумнів у законності призначення таких засобів. У літературі висловлено точку зору, згідно з якою давність немає впливати на вирішення питання про конфіскацію, адже знаряддя злочину та набуте внаслідок злочину майно залишаються незаконними та небезпечними для суспільства і після сплину строків давності (І. Горбачова, 2018). Не заперечуючи незаконності і небезпечності названих предметів, зазначимо, що їх виявлення та доведення їх незаконного походження через тривалий час після вчиненого кримінального правопорушення – це та «гра, яка не коштує свічок». Вочевидь, ч. 4 ст. 3.8.1 (як відсильну норму для ч. 3 ст. 3.8.2, ч. 4 ст. 3.8.3) слід доповнити вказівкою щодо непризначення відповідних кримінально-правових засобів при непризначенні покарання на підставі

ст. 3.4.3 (за виключенням обмежень, встановлених ч. 2 ст. 3.4.3). Як варіант можна було б сформулювати відповідне положення таким чином: «*Конфіскація майна застосовується у випадках засудження особи за умисне кримінальне правопорушення за винятком непризначення покарання на підставі статті 3.4.3, крім обмежень, визначених у частині 2 цієї статті*». При цьому, як вже зазначалось, має бути вирішене питання про розширення кола кримінальних правопорушень, вчинення яких зумовлює застосування конфіскації, за рахунок уможливлення конфіскації майна у разі вчинення окремих кримінальних правопорушень з необережності. Застереження, яке наразі містить ч. 4 ст. 3.8.1 про те, що конфіскація майна застосовується у випадках засудження особи як з призначенням покарання, так і зі звільненням від покарання, видається зайвим з урахуванням запропонованого підходу. Адже відсутність такого уточнення сама по собі свідчитиме про те, що конфіскація стосується усіх випадків, у яких настає кримінальна відповідальність незалежно від форми її реалізації;

2) не є очевидною доцільність виконання конфіскації майна, еквіваленту майна та вилучення речі у разі звільнення особи від покарання на підставі ст. 3.4.6 «Невиконання призначеного покарання у зв'язку із закінченням строку давності його виконання»;

3) згідно з п. 2 ч. 1 ст. 3.9.2 у випадку непризначення покарання у зв'язку з позитивною поведінкою особи після вчинення кримінального правопорушення (ст. 3.4.2) судимість погашається через один рік після набрання законної сили обвинувальним вироком суду. Постає питання, а як бути якщо протягом року конфіскація майна, еквіваленту майна або вилучення речі не були виконані? Вочевидь, у п. 2 ч. 1 ст. 3.9.2 доцільно включити положення про погашення судимості тільки після виконання цих засобів;

4) доцільно внести у ст. 3.9.3 положення про зняття судимості із врахуванням виконання щодо особи конфіскації майна, еквіваленту майна чи вилучення речі.

14. З точки зору перспектив розвитку кримінального законодавства України доцільним є запровадження: а) розширеної конфіскації, яка дає можливість вилучати не лише майно, безпосередньо пов'язане зі злочином (використовувалося при його вчиненні або походить від його вчинення, зокрема перетворене майно), а й те майно, вартість якого неспівмірна із законними доходами правопорушника; б) конфіскації майна у третіх осіб (статті 5, 6 Директиви 2014/42/ЄС Європейського Парламенту та Ради про

замороження та конфіскацію засобів та доходів, отриманих злочинним шляхом у Європейському Союзі)

При запровадженні «розширеної конфіскації», однак, постає питання про дотримання принципу пропорційності втручання у мирне володіння майном. З цього приводу показовою є правова позиція ЄСПЛ у справі «Філіпс проти Сполученого Королівства» (2001), де заявник наголошував на непропорційності застосування конфіскації майна, яке було ним набуте протягом 6 років. Національний суд визнав все це майно прямо чи опосередковано пов'язаним зі злочинною діяльністю. ЄСПЛ узяв до уваги те, що не існувало прямих доказів участі заявника в організованій злочинній діяльності до настання подій, що призвели до його обвинувального вироку. І при визначенні грошової суми, що підлягала конфіскації, суддя національного суду спирався на законодавчі припущення та вказав на *очевидний висновок про походження майна з незаконних джерел*. У своєму рішенні ЄСПЛ зазначив, що сума, яка підлягала стягненню на підставі рішення національного суду, відповідала розмірові доходів, які заявник отримав завдяки торгівлі наркотиками упродовж останніх 6 років, а також розмірові коштів, які він мав можливість отримати від реалізації нерухомого майна. Виходячи з цих міркувань та з огляду на важливість мети, яка ставилася, Суд визнав, що втручання в мирне володіння заявником своїм майном було здійснено в розумних межах, з дотриманням принципу пропорційності.

Стосовно ж конфіскації у третіх осіб, то у ст. 6 Директиви 2014/42/ЄС Європейського Парламенту та Ради про замороження та конфіскацію засобів та доходів, отриманих злочинним шляхом у Європейському Союзі, під третіми особами розуміються ті, які прямо або опосередковано отримали доходи чи майно, пов'язані зі злочином, від винного, а також ті особи, які придбали майно в підозрюваного чи обвинуваченого, знаючи що таким чином вони допомагають винному уникнути конфіскації. При цьому майно має бути передано безкоштовно або за заниженою вартістю.

ЄСПЛ у справі «Раймондо проти Італії» (1994) зазначив, що конфіскація майна може бути застосована не лише щодо осіб, безпосередньо обвинувачених у злочинах, а й до членів їх сімей та інших близьких родичів, стосовно яких вважається, що вони володіють і управляють незаконно набутим майном *на неформальних підставах від імені підозрюваних правопорушників, або які з інших причин не мають статусу добросовісних набувачів*. При цьому застосування конфіскації може ґрунтуватися на доказах

придбання конфіскованих активів за рахунок реінвестування незаконних доходів, не будучи при цьому пов'язаним зі звинуваченням у злочині (справа «Сіліцкене проти Литви» (2012)). Загалом конфіскація майна щодо третіх осіб діє як чинник стримування для осіб, які розглядають можливість своєї участі в кримінальній діяльності, а також забезпечує «нерентабельність злочинів» (справа «Денісова та Моїсеєва проти Росії» (2010)).

Таким чином, конфіскація доходів та майна, пов'язаних зі злочинами, може бути застосована до третіх осіб, під якими слід розуміти як членів сім'ї та близьких правопорушників, так і будь-яких третіх осіб, які є вигодотримувачами (прямо чи опосередковано) від відчуження такого майна. При цьому, на відміну від конфіскації, яка застосовується до правопорушників, без врахування пропорційності, при конфіскації у третіх осіб повинні бути захищені права добросовісних набувачів. І конфіскація всього майна третьої особи є неприпустимою.

Ураховуючи викладене, висловимо робочій групі рекомендацію доопрацювати приписи статей 3.8.1, 3.8.2, 3.8.4 у частині «розширеної конфіскації» і більш докладної регламентації конфіскації у третіх осіб.

Стаття 3.8.1. Конфіскація майна

1. Незастосування конфіскації майна у випадку, передбаченому п. 1 ч. 3 ст. 3.8.1, означає примусове безоплатне відчуження певного майна на *користь потерпілої особи*. Однак у п. 2 ч. 2 ст. 3.7.1 йдеться про реституцію у виді «*повернення потерпілій особі майна, здобутого шляхом вчинення кримінального правопорушення*». При цьому така реституція може бути добровільною (ч. 4 ст. 3.7.1), а може і примусовою (у такому випадку розмір повернутого майна визначається судом у півторакратному розмірі – ч. 5 ст. 3.7.1). Виходить, що обидві норми передбачають обов'язок повернути одне й те саме майно одній і тій самій (потерпілій) особі.

2. Згідно з п. 3 ч. 3 ст. 3.8.1 конфіскації не підлягає майно, яке не може бути стягнене за виконавчими документами (крім знаряддя чи засобу вчинення кримінального правопорушення). Відповідно до ст. 55 Закону України «Про виконавче провадження» не допускається звернення стягнення на майно, зазначене в Додатку до цього Закону. Перелік майна, вказаний у згаданому Додатку, дає підстави вважати, що воно навряд чи могло б використовуватися для фінансування чи матеріального забезпечення вчинення кримінального правопорушення або як винагорода за вчинення кримінального правопорушення (пункти 3, 4 ч. 1 ст. 3.8.1), бо лише в цих

випадках можна говорити про право власності порушника на майно, що підлягає конфіскації. Наприклад, не можуть бути конфісковані меблі – по одному ліжку та стільцю на кожну особу, один стіл, одна шафа на сім'ю (п. 3 Переліку), один холодильник на сім'ю (п. 4), запас питної води, продукти харчування, необхідні для особистого споживання (п. 6). Вочевидь, розробники проєкту намагалися поєднати конфіскацію майна та спеціальну конфіскацію. Бо згадуваний Перелік обмежує саме конфіскацію майна як додаткове покарання – вилучення майна, яке *належить правопорушнику на праві власності та не пов'язано з кримінальним правопорушенням*. Однак в результаті вийшов не дуже вдалий симбіоз, який не повністю відповідає як положенням проєкту, так і чинному законодавству.

3. У практиці ККС ВС (постанова від 1 грудня 2020 р. у справі № 520/16693/15-к) сформульовано правову позицію, дотичну до припису, вказаному у п. 3 ч. 3 ст. 3.8.1: майно, що належить особам *на праві спільної сумісної власності* та яке використовувалося одним із співвласників як знаряддя вчинення кримінального правопорушення, *не підлягає спеціальній конфіскації, якщо співвласники не знали і не могли знати про незаконне використання цього майна*. Врахування цієї правової позиції наводить на думку про доцільність доповнення переліку майна, яке не має підлягати конфіскації.

Стаття 3.8.4. Особливі випадки конфіскації майна і вилучення речі

1. У статтях 3.8.1–3.8.3 визначається предмет кожного із вказаних кримінально-правових засобів. При цьому у ч. 1 ст. 3.8.4 (йдеться про їх застосування щодо неосудних осіб та осіб, які не досягли 15-річного віку) вказується на майно або речі, «пов'язані з вчиненням протиправного діяння». Що означає це формулювання?

2. У ч. 3 ст. 3.8.4 йдеться про те, що у разі «вчинення кримінального правопорушення або іншого протиправного діяння, передбаченого цим Кодексом» власнику (законному володільцю) повертаються майно або речі, які використовувалися як засіб підкупу, якщо мало місце вимагання неправомірної вигоди (п. 1). Для цього особа має виконати умови, передбачені ч. 9 ст. 3.4.2, – сприяти розкриттю злочину особи, яка вимагала неправомірну вигоду (п. 2). Зі сказаного випливає, що йдеться, зокрема, про вчинення пропозиції або надання неправомірної вигоди (ст. 9.5.5) при тому, що мало місце вимагання такої вигоди. Відповідно, і факт вчинення діяння, передбаченого ст. 9.5.5, і ті умови, які має виконати особа, щоб їй були

повернуті майно або речі, свідчать про те, що вона є суб'єктом кримінального правопорушення і на посткримінальному етапі усвідомлено здійснювала позитивні дії. Що ж у такому разі мали на увазі розробники проєкту, говорячи про вчинення «*іншого протиправного діяння*»? Яке це може бути «інше» діяння, якщо п. 2 ч. 3 відсилає до ч. 9 ст.3.4.2, де чітко говориться про кримінальне правопорушення особи?

3. Фахівці кафедри інтелектуальної власності та інформаційного права навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка вважають, що ст. 3.8.4 проєкту не повною мірою враховує міжнародні зобов'язання України. Так, положеннями Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (статті 46, 61) та Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їх державами-членами, з іншої сторони (ст. 237), передбачено знищення товарів, що порушують право інтелектуальної власності, та будь-яких матеріалів і знарядь, які використовувалися при вчиненні порушення. Через це висувається пропозиція доповнити ст. 3.8.4 проєкту окремою частиною такого змісту: «Продукція, сировина, матеріли і знаряддя, які використовувалися при вчиненні порушення інтелектуальної власності (ст. 6.2.3, 6.2.3-1), підлягають конфіскації та знищенню». Робочій групі доцільно обміркувати таку пропозицію.

РОЗДІЛ 3.9.
СУДИМІСТЬ

Стаття 3.9.1. Поняття і значення судимості

1. Ч. 1 цієї статті містить визначення поняття судимості, з якого не можна з'ясувати суть і значення того, що називається погашенням судимості. У ст. 3.9.2, яка безпосередньо присвячена погашенню судимості, так само немає жодних положень, які б чітко показували правові наслідки погашення судимості, з усією повнотою та однозначністю уможливлювали б з'ясування фактичного змісту відповідної кримінально-правової норми. Як видається, у ст. 3.9.1 треба зафіксувати загальне значення погашення та зняття судимості на кшталт того, що погашення судимості тягне анулювання кримінально-правових наслідків судимості, а зняття судимості означає припинення решти її наслідків.

2. Згідно з ч. 1 ст. 3.9.1 *судимість – це правовий статус, у якому перебуває особа, засуджена за вчинення кримінального правопорушення, з*

дня набрання законної сили обвинувальним вироком суду і до дня зняття судимості. З цього визначення випливає, що судимість припиняється після її зняття. Ознайомлення зі ст. 3.9.3, яка присвячена зняттю судимості, зумовлює порушення питання про кінцевий момент перебування особи в статусі судимої у випадку, якщо така особа вчасно або взагалі не звернулася з відповідним клопотанням до суду. Виходить, що ця особа може вважатися судимою навіть довічно. Чому судимість не може бути припинена в інший спосіб, ніж це передбачено у ст. 3.9.3, якщо жодні з обмежень, які передбачені іншими, крім КК, законами України не можуть бути поширені на засуджену особу (поширюються на неї лише потенційно)?

3. Ч. 2 ст. 3.9.1 пропонується доповнити приписом, відповідно до якого забороняються обмеження прав і свобод особи, яка має судимість, якщо вони не передбачені в законі. Не слід виключати також потреби розроблення спеціального закону, який би упорядкував усі загальноправові обмеження щодо судимої особи. Певна ревізія цих обмежень є потрібною, оскільки на сьогодні вони не уніфіковані в законодавстві, можуть дублюватися, порушувати засади справедливості тощо.

Стаття 3.9.2. Погашення судимості

1. Відповідно до п. 1 ч. 1 цієї статті судимість погашається з дня закінчення виконання покарання, пробації, засобів безпеки, реституції чи компенсації, конфіскації майна чи вилучення речі, застосованих до особи у зв'язку із її засудженням за кримінальне правопорушення. Таке формулювання не можна визнати досить вдалим. Наприклад, чи коректно говорити про закінчення виконання компенсації, яка навряд чи виконується так, як про це можна сказати у контексті покарання (здійснюється самою особою)? Відтак рекомендується змінити відповідне формулювання, застосувавши родове поняття кримінально-правових засобів: «*…1) з дня закінчення виконання всіх кримінально-правових засобів, які застосовані до особи у зв'язку із вчиненням нею кримінального правопорушення*».

2. Згідно з п. 2 ч. 1 ст. 3.9.2 судимість погашається через один рік після набрання законної сили обвинувальним вироком суду у разі непризначення покарання у зв'язку з позитивною поведінкою особи після вчинення кримінального правопорушення (ст. 3.4.2). Водночас відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 3.6.4 до такої особи можуть бути застосовані обмежувальні засоби, тривалість яких здатна перевищувати один рік. Виходить, що строк

обмежувальних засобів не сплив, а судимість уже може бути погашена. Навряд чи такий підхід можна визнати коректним.

3. Згідно з ч. 3 ст. 3.9.2 на особу, судимість якої погашена, до моменту її зняття поширюються правові обмеження, визначені для судимих осіб іншими, крім цього Кодексу, законами України. У цьому аспекті хотілося б поставити під сумнів доцільність існування подібних обмежень, що зумовлені вчиненим кримінальним правопорушенням, але водночас визначаються іншими законами (або принаймні більшості з цих обмежень). Цей сумнів виникає насамперед з огляду на обрану та втілену у ст. 3.6.3 концепцію обмежувальних засобів, які охоплюють досить широке коло заборон, обмежень і обов'язків, які виконують по суті ту ж функцію, що і так звані загальноправові наслідки судимості. Ухвалення самостійного закону про загальноправові обмеження судимої особи, про що йшлося вище, дало б змогу належним чином розмежувати обмежувальні засоби, які запроваджує проєкт, і решту обмежень, які встановлюються для судимої особи.

4. Втілений у ст. 3.9.2 підхід може невиправдано звужувати кримінально-правові наслідки судимості. Змоделюємо таку ситуацію. Особа вчинила умисний злочин, за який їй було призначено покарання у виді 15 років ув'язнення. Ця особа здійснила компенсацію, а конфіскація майна, вилучення речі та інші передбачені в п. 1 ч. 1 ст. 3.9.2 кримінально-правові засоби до неї не застосовувалися. Отже, відбувши повний строк призначеного покарання (15 років ув'язнення), засуджений автоматично вважатиметься особою, судимість якої погашена, а отже, вчинення такою особою на наступний день після закінчення виконання покарання нового умисного злочину не матиме кримінально-правових наслідків. Виключається за таких обставин рецидив злочинів, адже особа вчинила новий умисний злочин, маючи погашену судимість за умисний злочин.

Стаття 3.9.3. Зняття судимості

1. У контексті цієї статті постає питання, чи поширюються на особу, якій не було призначено покарання у зв'язку з позитивною поведінкою після вчинення кримінального правопорушення (ст. 3.4.2), припис про зняття судимості?

З одного боку, згідно з ч. 3 ст. 3.9.2 на особу, судимість якої погашена, до моменту її зняття поширюються правові обмеження, визначені для судимих осіб іншими, крім цього Кодексу, законами України. Щодо зазначеної категорії осіб, то вони мають судимість, що погашається у строк,

який визначений у п. 2 ч. 1 ст. 3.9.2. Тому можна було б зробити висновок, що судимість з таких осіб підлягає зняттю.

З іншого боку, положення ч. 2 ст. 3.9.3 свідчить про унеможливлення зняття судимості з особи, щодо якої було застосоване непризначення покарання у зв'язку з позитивною поведінкою після вчинення кримінального правопорушення (ст. 3.4.2), через відсутність призначеного покарання. Таким чином, урегулювання порушеного питання у проєкті складно назвати таким, що відповідає вимогам юридичної визначеності.

2. Згідно з п. 2 ч. 2 розглядуваної статті щодо особи, засудженої до штрафу, зняття судимості здійснюється, якщо вона після погашення судимості не вчинила іншого умисного кримінального правопорушення протягом двох років. У цьому контексті може виникати питання стосовно недостатньої диференційованості порівняно з особами, які вчинили злочин і засуджені до різних строків ув'язнення.

Вочевидь, не зовсім є справедливим установлювати однаковий строк зняття судимості для осіб, які вчинили злочин 1-го ступеня тяжкості і сплатили штраф у розмірі 100 розрахункових одиниць, та осіб, які вчинили злочин 3-го ступеня тяжкості, сплативши штраф у розмірі 2000 розрахункових одиниць.

3. Передбачається, що судимість зніматиметься, якщо засуджена особа протягом певного строку після погашення судимості не вчинила іншого умисного кримінального правопорушення. У зв'язку з цим лишається не врегульованим питання про механізм припинення судимості у разі, якщо, наприклад, особа, яка була засуджена за вчинення проступку, протягом року після погашення судимості вчинить ще один умисний проступок. Яким чином (за якими правилами) має зніматися судимість у такої особи? Видається, що подібні ситуації потребують врегулювання у ст. 3.9.3.

РОЗДІЛ 3.10.
ОСОБЛИВОСТІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ ЗАСОБІВ ЩОДО ОСОБИ, ЯКА ВЧИНИЛА КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВОПОРУШЕННЯ У НЕПОВНОЛІТНЬОМУ АБО МОЛОДОМУ ВІЦІ

Назва розділу 3.10 є не зовсім точною. Адже, з одного боку, зміст цього розділу є більш широким, ніж це передбачається його назвою (крім особливостей кримінально-правових засобів, він містить приписи щодо особливостей стану неповнолітніх під час вчинення протиправного діяння/кримінального правопорушення). З іншого, особливості кримінально-

правових засобів, регламентовані розділом 3.10, зводяться лише до покарання; специфіка ж призначення (застосування) відмінних від покарання кримінально-правових засобів цим розділом не регламентується.

Логіка виокремлення у проєкті розділу 3.10 зумовлює, з дотриманням правил законодавчої техніки, врахування в ньому особливостей кримінально-правових засобів щодо неповнолітніх осіб, які містяться в інших розділах його Загальної частини. Назва розділу 3.10 також потребує уточнення, оскільки передбачені в ньому види звільнення неповнолітньої особи від покарання за змістом ч. 1 ст. 3.1.1 проєкту не є кримінально-правовими засобами (А. Ященко, 2022).

Щодо кримінально-правового статусу молодих осіб

У проєкті до молодих осіб пропонується відносити осіб у віці від 18 до 21 року (п. 29 ч. 2 ст. 1.4.1), через що постають питання про: а) логіку визначення таких вікових меж у потенційному кримінальному законі; б) доцільність встановлення кримінально-правових привілеїв для молодих осіб. У кримінологічній літературі досліджувалися особливості молодіжної злочинності, внаслідок чого було виявлено спорідненість показників і тенденції злочинності неповнолітніх і молодіжної злочинності. У деяких роботах ці два види злочинності пропонували об'єднати в одну кримінологічну групу злочинів, суб'єкти яких – особи у віці від 14 до 25 (29) років (наприклад, Т. Жукова, 2011; О. Моргун, 2013).

У ч. 2 ст. 5 Мінімальних стандартних правил ООН поводження з ув'язненими (1955) зазначалося, що до категорії неповнолітніх слід зарахувати принаймні всіх тих молодих в'язнів, які підлягають компетенції судів для неповнолітніх злочинців. Відповідно, «молоді особи» первинно визначалися не через вікові межі, а за кримінально-процесуальною ознакою. Згодом у європейських стандартах до «молодих правопорушників»/«молодих повнолітніх правопорушників» були віднесені особи віком від 18 до 21 року, які підозрювались у вчиненні або такі, які вже вчинили кримінальні правопорушення. За необхідності за кримінально-правовим статусом таких молодих правопорушників можна прирівняти до неповнолітніх (див., наприклад: Рекомендація №2003/20 про нові підходи до злочинності серед неповнолітніх і про значення правосуддя у справах неповнолітніх; Додаток до Європейських правил щодо неповнолітніх правопорушників, які підлягають застосуванню санкцій чи заходів (2008)).

Такі вікові межі є відображенням інтегрованої вікової періодизації, згідно з якою на період з 18 до 21 року припадає перший етап юнацького віку (див.: Методики та інструменти роботи з неповнолітніми, які перебувають у конфлікті з законом: навч.-метод. посіб. для практиків / Мінюст України, 2017). Однак знаходження у цьому віковому періоді автоматично не означає доцільності встановлення особливого кримінально-правового статусу, тотожного або наближеного до кримінально-правового статусу неповнолітнього. Згідно з Рекомендацією №2003/20 про нові підходи до злочинності серед неповнолітніх і про значення правосуддя у справах неповнолітніх, у разі тривалого дозрівання повнолітнього у віці до 21 року йому має бути надано право на поводження як із неповнолітнім і на застосування до нього схожих запобіжних заходів, *якщо суд зробить висновок про те, що особистість цієї особи не сформувалася, і вона не може відповідати за свої дії як доросла людина*». З огляду на це, до молодих повнолітніх кримінальних правопорушників «*іноді необхідно застосовувати деякі заходи, що застосовуються до неповнолітніх*. Показово, що у вітчизняній юридичній літературі (зокрема, В. Бурдін, О. Яцун) йдеться про надання суду права *у виключних випадках* (з урахуванням особи винного та характеру вчиненого злочину) застосовувати передбачені чинним законодавством особливості кримінальної відповідальності і звільнення від неї неповнолітніх і щодо тих осіб, які вчинили злочини у віці від 18 до 21 року.

У Мінімальних стандартних правилах ООН, що стосуються здійснення правосуддя щодо неповнолітніх (Пекінські правила 1985 р.), зазначається, що нижня межа віку, з якого можливо притягнення до кримінальної відповідальності, повинна враховувати аспекти емоційної, духовної й інтелектуальної зрілості. Визнання суб'єктом будь-якого кримінального правопорушення особи з певного віку випливає з презумпції розуміння у такому віці фактичних і юридичних особливостей своєї поведінки та наявності достатніх вольових здібностей для керування нею. При цьому законодавець має враховувати співвідношення деліктоздатності дитини у кримінальному праві та інших галузях (передусім цивільному та адміністративно-деліктному праві).

Постає питання, у чому полягає доцільність встановлення особливого кримінально-правового статусу осіб у віці від 18 до 21 року, адже у розділі 3.10 проєкту немає приписів щодо наявності у таких молодих осіб особливостей, передбачених Рекомендацією № 2003/20 про нові підходи до

злочинності серед неповнолітніх і про значення правосуддя у справах неповнолітніх. Наприклад, встановлення статусу молодих осіб, наближеного до статусу неповнолітніх, мало б сенс у разі особливостей інтелектуального та психоемоційного розвитку осіб у віці від 18 до 21 року (наприклад, затримка інтелектуального розвитку через педагогічну занедбаність, в результаті чого молода особа не відповідає віковим нормам 18–21-річного віку, тобто фактично є дитиною – за прикладом кримінального законодавства Німеччини). Однак згідно зі ст.3.10.1 проєкту вікова неосудність та вікова обмежена осудність *стосуються лише неповнолітніх*.

Відповідно, не зовсім зрозумілою є вимога враховувати при призначенні кримінально-правових засобів щодо молодої особи рівень її інтелектуального розвитку та умови життя і виховання (пункти 2, 3 ч. 1 ст. 3.10.3). Наприклад, згідно зі ст. 487 КПК з'ясування умов та виховання включає у першу чергу встановлення складу сім'ї, обстановки в ній, взаємин між дорослими і дітьми, ставлення батьків до виховання дитини, форми контролю за поведінкою останньої тощо. Невже це слід буде з'ясовувати щодо особи у віці від 18 до 21 року? У цьому аспекті постає ще одне питання: навіщо враховувати зазначені вимоги? Адже у разі вчинення молодою особою щодо неї застосовуються загальні санкції (ст. 3.10.2 встановлює особливі санкції лише за злочини, вчинені *неповнолітніми особами*). До того ж, якщо згідно з п. 6 ч. 1 ст. 3.3.2 проєкту вчинення кримінального правопорушення неповнолітньою особою є обставиною, яка пом'якшує покарання за злочин або проступок, то щодо вчинення кримінального правопорушення молодою особою аналогічної вказівки немає.

Із викладеного вище випливає недоцільність представленого у проєкті варіанту регламентації кримінально-правового статусу молодих осіб.

Щодо запровадження вікової неосудності та вікової обмеженої осудності

У ст. 3.10.1 проєкту пропонується варіант нормативної регламентації понять, які були предметом дискусії в науці кримінального права (Н. Орловська, 2001; Н. Мирошниченко, 2013), з огляду на досвід ФРН (М. Хавронюк, 2007). Йдеться про правову оцінку стану неповнолітнього під час вчинення протиправного діяння/кримінального правопорушення, що виникає через вплив затримки психічного розвитку, пов'язаної з педагогічною чи соціальною занедбаністю, на поведінку дитини. Внаслідок цієї затримки неповнолітній позбавляється можливості повністю чи частково

здійснювати інтелектуальний або вольовий контроль власної поведінки. При цьому, як вже було зазначено, вікова осудність та вікова обмежена осудність не стосуються молодих осіб.

Передусім слід наголосити на спірному рішенні ототожнити неосудність і вікову неосудність, обмежену осудність і вікову обмежену осудність (ч. 1 ст. 3.10.1). Такий підхід суперечить сенсу понять «неосудність» та «обмежена осудність», а також розбалансовує систему правових наслідків визнання особи неосудною/обмежено осудною. Визнання особи неосудною або обмежено осудною неможливе без врахування ознак медичного критерію, адже повна чи часткова втрата здатності усвідомлювати свою поведінку та/або керувати нею має бути прямим наслідком психічних розладів особи. Це принципово відрізняє неосудність/обмежену осудність від інших психофізіологічних станів, під час яких особа також не здатна належним чином усвідомлювати свою поведінку та/або керувати нею (стан сильного душевного хвилювання, стан сп'яніння, стан жінки під час пологів або відразу після них).

У ст. 3.10.1 проєкту наголошується на єдиній ознаці – «*затримка психічного розвитку, пов'язана з педагогічною чи соціальною занедбаністю*». Саме визначення такої затримки свідчить, що вона не належить до психічного розладу. Питання, ознакою якого критерію ця затримка є, залишається без відповіді. При цьому така затримка фактично ототожнюється з «психічним розладом», який виступає ознакою медичного критерію неосудності та обмеженої осудності (статті 2.3.3, 2.3.4 проєкту). Однак якщо «затримка психічного розвитку, пов'язана з педагогічною чи соціальною занедбаністю» є настільки істотною, що навіть позбавляє особу здатності повністю усвідомлювати значення свого діяння або керувати ним, то чи не є вона розумовою відсталістю? Якщо так, то це ознака медичного критерію неосудності. У цьому разі запровадження вікової неосудності є зайвим. Якщо ні, то унікальність вікової осудності не дає підстав її ототожнення з неосудністю за ознаками медичного критерію, як це зроблено у п. 1 ч. 1 ст. 3.10.1.

Аналогічні сумніви стосуються і пропозиції запровадження обмеженої вікової осудності, адже ознаки медичного критерію обмеженої осудності не тотожні «затримці психічного розвитку, пов'язаної з педагогічною чи соціальною занедбаністю».

Щодо ознак юридичного (психологічного) критерію вікової неосудності, то вони подібні до ознак неосудності. Однак щодо вікової обмеженої

осудності інтелектуальна складова сформульована інакше порівняно з відповідною ознакою обмеженої осудності: у стані вікової обмеженої осудності особа не здатна повною мірою усвідомлювати фактичні обставини *чи* протиправність свого діяння. Водночас щодо обмеженої осудності використано сполучник «*та*» (п. 1 ч. 1 ст. 2.3.4). Чи слід це розуміти таким чином, що особа в стані вікової обмеженої осудності може частково усвідомлювати лише фактичні обставини або лише протиправність свого діяння? Яким чином неповнолітній із «затримкою психічного розвитку, пов'язаною з педагогічною чи соціальною занедбаністю» може так диференційовано сприймати власну поведінку?

У проєкті, включаючи розділ 3.10, відсутні положення про специфічні правові наслідки визнання особи такою, яка має вікову неосудність/вікову обмежену осудність. За наявності вікової неосудності така особа, вочевидь, не визнаватиметься суб'єктом кримінального правопорушення, але це наше припущення, бо прямої відповідної вказівки у проєкті з цього приводу немає.

У разі визнання особи неосудною до неї може бути застосована примусова психіатрична допомога (п. 1 ч. 1 ст. 3.6.6), яка здійснюється у виді поміщення до закладу з наданням стаціонарної психіатричної допомоги (п. 2 ч. 1 ст. 3.6.5). Проте що робити з особою, яка вчинила діяння у стані вікової неосудності? З цього, до речі, випливає додатковий аргумент на користь розмежування неосудності та вікової неосудності: при встановленні стану вікової неосудності особу немає від чого лікувати, тим більше шляхом застосування стаціонарної психіатричної допомоги у спеціальному закладі. Видається логічним запровадження у разі запровадження вікової неосудності якихось заходів (засобів) безпеки, адже особа в стані вікової неосудності здатна вчиняти і найбільш тяжкі протиправні діяння. Але відповідні приписи в проєкті, на жаль, поки що відсутні.

Особа у стані вікової обмеженої осудності є суб'єктом кримінального правопорушення. Але якщо а) вчинення протиправного діяння обмежено осудною особою є обставиною, яка пом'якшує покарання за злочин та проступок (п. 8 ч. 1 ст. 3.3.2), та б) обмежена осудність є підставою для застосування примусової психіатричної допомоги (п. 3 ч. 1 ст.3.6.6) у виді амбулаторної психіатричної допомоги (п. 1 ч. 1 ст.3.6.5), то щодо вікової обмеженої осудності жодних вказівок проєкт не містить.

Крім цього, пункти 2, 3 ч. 1 ст. 3. 10.3 визначають такі підстави застосування кримінально-правових засобів щодо неповнолітнього: а) рівень його інтелектуального розвитку; б) умов життя і виховання. Не зовсім

зрозуміло, чи має це положення зв'язок із «затримкою психічного розвитку, пов'язаною з педагогічною чи соціальною занедбаністю.

Якщо вікова обмежена осудність є обставиною, що пом'якшує покарання, то було б доцільно передбачити спеціальні правила призначення покарання неповнолітній особі, визнаній обмежено осудною. Водночас не є зрозумілою відсутність згадування про вікову обмежену осудність у ст. 3.10.5 «Невиконання під умовою ув'язнення на певний строк неповнолітній особі». Адже якщо ця обставина пом'якшує покарання, то чому вона не може впливати на таке зменшення кримінально-правових обтяжень?

Отже, якщо наголошувати на ототожненні неосудності та вікової неосудності, обмеженої осудності та вікової обмеженої осудності, то у цьому разі вбачається надмірність кримінально-правового регулювання. Однак через спірність формулювання відповідних понять і відсутність регламентації правових наслідків вікової неосудності та вікової обмеженої осудності матимемо (у разі ухвалення як закону проєкту в його нинішньому вигляді) порушення принципів законності у частині заборони аналогії закону (п. 2 ч. 3 ст. 1.2.1) та юридичної визначеності (ч. 1 ст. 1.2.2).

Загалом створюється враження, що і зміст ст. 3.10.1 проєкту, і фрагментарність правового регулювання наслідків визнання особи такою, що перебувала в стані вікової неосудності/вікової обмеженої осудності, є спробою переопрацювання в матеріальному праві п. 1 ч. 1 ст. 485 КПК (у кримінальному провадженні щодо неповнолітнього за наявності даних про розумову відсталість неповнолітнього, не пов'язану з психічною хворобою, повинно бути також з'ясовано, чи міг він повністю усвідомлювати значення своїх дій і в якій мірі міг керувати ними). Однак на сьогодні це положення корелюється з п. 18 постанови Пленуму ВСУ від 15 травня 2006 р. № 2 «Про практику розгляду судами справ про застосування примусових заходів виховного характеру» в частині можливого застосування примусових заходів виховного характеру. Але ж автори проєкту відмовляються від таких заходів. Внаслідок цього приписи проєкту про вікову неосудність/вікову обмежену осудність виявилися системно не пов'язаними з іншими приписами розділу 3.10 і такими, що не корелюють з нормами про неосудність, обмежену осудність та їх правові наслідки.

До слова, якщо розробниками проєкту обстоюється відмова від примусових заходів виховного характеру щодо осіб, які не є суб'єктами кримінального правопорушення через недосягнення ними відповідного віку,

то чи поєднується цей крок із твердженням про те, що Кримінальний кодекс регулює, зокрема, *відносини, що виникають із вчинення протиправного діяння, передбаченого цим Кодексом, особою, яка не досягла віку суб'єкта відповідного кримінального правопорушення* (п. 2 ч. 1 ст. 1.1.1 проєкту)?

З метою гармонізації положень майбутнього кримінального законодавства із окремими приписами кримінального законодавства країн ЄС потребує свого перегляду наявна на сьогодні у проєкті концепція відмови від нормативної визначеності у проєкті різних видів примусових заходів виховного характеру (А. Ященко, 2022).

Якщо у проєкті втілено наукову позицію (зокрема, Ю. Пономаренко, О. Наден), згідно з якою примусові заходи медичного і виховного характеру, що застосовуються до несуб'єкта кримінального правопорушення, не є кримінально-правовими, а тому згадуванню про них – не місце в КК, то чому ця позиція реалізується в «усіченому» вигляді? Адже наступником так само нібито «некримінально-правових» за своєю природою примусових заходів медичного характеру у проєкті є (треба так розуміти) примусова психіатрична допомога (ст. 3.6.5).

Згідно з ч. 1 ст. 3.1.4 проєкту до особи, яка не вчиняла кримінальне правопорушення, у випадках, передбачених цим Кодексом, можуть бути застосовані кримінально-правові засоби, зазначені у пунктах 3–5 ч. 1 ст. 3.1.2. Відповідно, навіть за неможливості застосувати примусову психіатричну допомогу до особи, яка вчинила діяння у стані вікової неосудності, це не виключає призначення інших кримінально-правових засобів, що не є покаранням. У такому випадку потенційно можливим є застосування лише конфіскації майна чи вилучення речі (ч. 5 ч. 1 ст. 3.1.2). Однак особливі випадки застосування конфіскації майна/вилучення речі передбачають призначення цих засобів у разі вчинення діяння неосудною особою (ч. 1 ст. 3.8.4), а щодо особи, яка вчинила діяння у стані вікової неосудності, відповідних вказівок у проєкті немає.

Щодо визначення особливостей кримінально-правового впливу на неповнолітніх та молодих осіб через: встановлення спеціальних правил призначення засобів кримінально-правового впливу; визначення типових санкцій; обмеження призначення певних видів покарань; особливості зменшення кримінально-правових обтяжень

1. Згідно зі ст. 3.10.2 встановлюються окремі типові санкції за злочини, вчинені неповнолітніми особами. При цьому щодо молодих осіб ці санкції, як

вже зазначалось, не застосовуються. Зокрема, за злочин 9 ступеня тяжкості може бути призначено ув'язнення на строк від 12 до 14 років (п. 9 ч. 1 ст. 3.10.2). Однак за злочини 9 ступеня тяжкості, які є злочинами геноциду, проти людяності або воєнними злочинами, ув'язнення призначається на строк не більше 15 років (п. 3 ч. 2 ст. 3.10.4). Вбачається, що ці положення слід узгодити.

2. Розробники проєкту пропонують систему покарань за вчинення злочинів, що складається з 3-х видів, один з яких (довічне ув'язнення) не призначається особам, які вчинили злочин у віці до 21 року (п. 2 ч. 3 ст. 3.2.4). Отже, у разі вчинення неповнолітнім злочину суди мають обирати між штрафом та ув'язненням на певний строк. З огляду на встановлення 15-річного віку суб'єкта кримінального правопорушення, чи реальним є призначення неповнолітньому штрафу? Відповідно до ст. 188 Кодексу законів про працю України заборонено прийняття на роботу осіб молодше 16 років; з 15 років працевлаштування дітей можливе як виняток. Сподівання на спадок, подарунки чи інші джерела фінансової самостійності неповнолітнього є вельми абстрактними. Відповідно, проєкт фактично ставить суд у ситуацію призначення лише ув'язнення на певний строк. Або створюється ситуація, яка сприяє тому, щоб за неповнолітніх правопорушників штраф сплачували інші особи. І хоч розробники проєкту відмовилися від регламентації завдань КК (ст. 1.1.2 «Призначення Кримінального кодексу» – не про це) і цілей покарання, навряд чи вони мали на увазі відмову від розуміння *покарання як засобу індивідуального впливу на правопорушника*. Вочевидь, задекларованe досягнення мети убезпечення суспільства від кримінальних правопорушень (ч. 2 ст. 3.1.1 проєкту) неможливо шляхом закладення підґрунтя для потенційної безкарності неповнолітніх правопорушників. Така ситуація зайвий раз змушує замислитись над розширенням системи покарань, для неповнолітніх. Тим більше, що в п. 19 Мінімальних стандартних правил ООН, які стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх (Пекінські правила), наголошується на максимальному обмеженні застосування до неповнолітніх покарань, пов'язаних із будь-якими формами ув'язнення, і на розширенні сфери застосування покарань, альтернативних ув'язненню.

3. Зауваження щодо обмеження призначення певних видів покарань для молодих осіб є похідними від спірного підходу до запровадження особливого кримінально-правового статусу таких осіб. Зокрема, не є зрозумілим, чим обумовлені обмеження призначення штрафу/грошового стягнення для

молодих осіб, які є повністю дієздатними (ч. 1 ст. 3.10.4). Якщо такі особи не мають самостійного доходу або власного майна, на яке може бути звернене стягнення, то чому до них не можна застосувати п. 2 ч. 3 ст. 3.2.2?

4. Щодо непризначення довічного ув'язнення при вчиненні злочину у віці до 21 року (п. 2 ч. 3 ст. 3.2.4), то, наприклад, російські окупанти, зокрема у віці до 21 року вчиняють найтяжчі воєнні злочини. У разі ухвалення як закону проєкту в його нинішньому вигляді українські суди будуть позбавлені можливості призначити таким особам довічне ув'язнення через зворотну дію кримінального закону (ч. 2 ст. 1.3.2).

5. Видами зменшення обтяжень, пов'язаних з покаранням, у розділі 3.10 проєкту визначені невиконання під умовою ув'язнення на певний строк неповнолітній особі (ст. 3.10.5) і зупинення виконання ув'язнення на певний строк під умовою щодо особи, яка вчинила злочин у неповнолітньому або молодому віці (ст. 3.10.6). Зрозуміло, що, оскільки загальні приписи (ст. 3.4.1) містять досить широкий перелік видів звільнення від покарання та зміни призначеного покарання, ці загальні положення можуть бути застосовані і до неповнолітніх. Однак автори проєкту не передбачили пільгові умови для неповнолітніх по іншим видам звільнення від покарання.

6. Окремо передбачено нерозповсюдження обмежень застосування амністії при скороченні невідбутої частини покарання неповнолітній або молодій особі (ст.3.10.7). Постає, однак, питання щодо доцільності застосування амністії до осіб, які вчинили злочин у віці від 18 до 21 року, за умови встановлення судом *високого ризику вчинення нового злочину* (п. 2 ч. 6 ст. 3.4.12).

Щодо можливості призначення неповнолітнім та молодим особам кримінально-правових засобів, що не є покаранням

1. Згідно з п «а» ч. 2 ст. 2 Мінімальних стандартних правил ООН, що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх (Пекінські правила, 1985), неповнолітнім вважається дитина чи молода особа, яка в рамках існуючої правової системи може бути притягнута за правопорушення до відповідальності в такій формі, що відрізняється від форми відповідальності, застосованої до дорослих осіб. Особливою формою кримінально-правового впливу на неповнолітніх у вітчизняному кримінальному законодавстві є примусові заходи виховного характеру, від яких розробники проєкту пропонують відмовитись. Відтак слід розглянути питання про

застосовування до неповнолітніх і молодих осіб кримінально-правових засобів, відмінних від покарання.

2. Пробація за проєктом застосовується до неповнолітніх на загальних підставах, за винятком ч. 2 ст. 3.10.5 (у разі невиконання під умовою ув'язнення на певний строк до неповнолітнього застосовується хоча б один наглядовий засіб пробації, а також можуть застосовуватися контрольні та корекційні засоби, передбачені ст. 3.5.1). При цьому у розділі 3.5 «Пробація» передбачається зменшена кількість годин виконання суспільно корисних робіт (п. 3 ч. 3 ст.3.5.5), а також непризначення пенітенціарного пробаційного арешту особі у віці від 15 до 16 років і скорочення тривалості такого арешту для неповнолітнього у віці від 16 до 18 років (ч. 5 ст. 3.5.7).

Щоправда, пробація для неповнолітніх має свої особливості. За словами експерта Ради Європи Ю. Мутца, пробація має бути спрямована на реабілітацію та реінтеграцію правопорушників у суспільство, що є принципово важливим саме для неповнолітніх (І. Михайлова, 2014). С. Глузман неодноразово звертав увагу на нагальність запровадження спеціальних програм та інституцій для лікування та реабілітації дітей, які страждають від залежностей. Звернемо увагу і на наказ Міністерства юстиції України від 11 червня 2018 р. № 1797/5 «Про затвердження апробаційних програм для неповнолітніх суб'єктів пробації», яким затверджено три програми: «Зміна прокримінального мислення»; «Подолання агресивної поведінки»; «Попередження вживання психоактивних речовин». Також наказом Міністерства юстиції України від 23 жовтня 2019 р. № 3235/5 затверджено апробаційну програму «Формування життєвих навичок» для неповнолітніх суб'єктів пробації. Таким чином, пробація як кримінально-правовий засіб для неповнолітніх – це передусім спеціальні програми, які реалізуються профільними фахівцями. З огляду на викладене, доцільно сформулювати окремий припис щодо особливостей застосування пробації до неповнолітніх, включивши його у розділ 3.10.

3. Щодо застосування до неповнолітніх обмежувальних засобів обмежень проєктом не передбачено. При цьому одним з основних прав дитини є право на проживання разом із сім'єю. У разі вчинення кримінального правопорушення проти члена сім'ї суд фактично не зможе застосувати до неповнолітнього заборони, передбачені ч. 2 ст. 3.6.3 проєкту (наприклад, у п. 1 говориться про заборону перебувати в місці спільного проживання з потерпілою людиною, її близькою особою). У цьому ж контексті згадаємо ч. 3 ст. 350-6 ЦПК України: «Обмежувальний припис,

виданий судом стосовно особи, яка на момент винесення рішення суду не досягла вісімнадцятирічного віку, не може обмежувати право проживання (перебування) цієї особи у місці свого постійного проживання (перебування)».

Деякі дослідники вважають позитивною відмову від встановлення мінімальної вікової межі у положеннях про обмежувальні засоби, оскільки суд у кожному випадку індивідуально визначатиме можливість призначення конкретного обмежувального засобу особі, зокрема неповнолітньому (Ю. Ковалик, 2022). Проте за загальної тенденції досить суворого обмеження суддівського угляду все ж доцільно внести відповідні уточнення до ст. 3.6.3 (щодо непризначення певних обмежувальних засобів) або включити до розділу 3.10 окрему статтю, присвячену пробації щодо неповнолітніх.

4. Застосування оприлюднення інформації про засудження особи (ст. 3.6.7) також не містить обмежень щодо застосування цього засобу до неповнолітнього, що не відповідає міжнародним стандартам. Так, у ст. 8 Мінімальних стандартних правил ООН, що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх, зазначається, що право неповнолітньої особи на конфіденційність має поважаться на всіх етапах, щоб уникнути заподіяння їй або йому шкоди через непотрібну гласність або через шкоду репутації; *в принципі не повинна публікуватися жодна інформація, яка може призвести до вказівки на особу неповнолітнього правопорушника*. Згідно з коментарем до наведеної статті у ній підкреслюється важливість забезпечення права неповнолітнього від негативних наслідків опублікування в ЗМІ повідомлень про їх справи (наприклад, імена підозрюваних або засуджених правопорушників). Зокрема, принцип конфіденційності щодо неповнолітніх втілено в КПК: той факт, що обвинуваченим є неповнолітній, є особливою обставиною, яка дозволяє слідчому судді, судді прийняти рішення про здійснення кримінального провадження у закритому судовому засіданні впродовж усього судового провадження або його окремої частини (п. 1 ч. 2 ст.27).

Тому доцільно доповнити ст.3.6.7 положенням про незастосування обмежувального засобу у формі оприлюднення інформації у медіа, визначених судом (п. 1 ч. 1 ст. 3.6.7), до неповнолітніх правопорушників. Що стосується такого оприлюднення у «Єдиному державному реєстрі осіб, які вчинили злочини, передбачені статтями 4.5.4–4.5.12, 7.6.4–7.6.6» (п. 2 ч. 1 ст. 3.6.7), то доцільно передбачити обмеження користування реєстром неповнолітніх засуджених за злочини лише працівниками правоохоронних

органів та суддями. Бо, наприклад, щодо Єдиного реєстру осіб, засуджених за злочини проти статевої свободи та недоторканності малолітньої чи малолітнього, запровадженого на підставі Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо впровадження Єдиного реєстру осіб, засуджених за злочини проти статевої свободи та недоторканності малолітньої чи малолітнього, та посилення відповідальності за злочини, вчинені проти статевої свободи та недоторканності малолітньої чи малолітнього», дані доступні (згідно з роз'ясненнями Міністерства юстиції України), зокрема, керівникам закладів освіти.

5. Норми розділу 3.8 проєкту щодо реституції і компенсації не містять обмежень щодо застосування цих засобів стосовно неповнолітніх. Однак чи доцільно розповсюджувати на цю категорію осіб положення ч. 5 ст. 3.7.1 про збільшення розміру відшкодування (компенсації) спричиненої шкоди (порівняно з повнолітніми правопорушниками) з міркувань гуманізму?

Таким чином, із норм розділів 3.5–3.8 фактично випливає серйозна специфіка застосування щодо неповнолітніх кримінально-правових засобів, відмінних від покарання. Водночас жодних особливостей застосування кримінально-правових засобів щодо молодих осіб проєкт не передбачає. З огляду на викладене, доцільно включити до розділу 3.10 приписи, які б регламентували особливості застосування певних кримінально-правових засобів щодо неповнолітніх осіб. Специфічної регламентації застосовування кримінально-правових засобів щодо молодих осіб не потребує.

Стаття 3.10.3. Особливості застосування кримінально-правових засобів щодо неповнолітньої або молодої особи

У пунктах 3, 4 ч. 1 цієї статті йдеться про врахування певних чинників при застосуванні кримінально-правових засобів щодо неповнолітньої особи, а саме умови її життя і виховання та впливу дорослих на неповнолітнього. Однак врахування умов життя і виховання включає з-поміж іншого з'ясування вплив дорослих на дитину. Якщо мається на увазі встановлення факту втягнення неповнолітнього у протиправну діяльність, то тоді це слід чітко підкреслити у п. 4.

Стаття 3.10.5. Невиконання під умовою ув'язнення на певний строк неповнолітній особі

1. Назва цієї статті є неточною. У ній йдеться про вчинення злочину(-ів) особою у віці до 18 років. При цьому виявлення кримінального

правопорушення, повідомлення особі про підозру, призначення їй покарання тощо може мати місце і після досягнення правопорушником 18-річного віку. Тому невиконання під умовою ув'язнення на певний строк стосується не неповнолітніх, на що вказує некоректна назва статті, а осіб, які вчинили злочини у віці до 18 років.

2. Постає питання про обґрунтованість невиконання під умовою ув'язнення на певний строк незалежно від тяжкості злочину, зокрема за сукупності злочинів. Розробники проєкту, як видається, закладають корупційні ризики, залишаючи суду можливість визначати «випадки, коли мета застосування кримінально-правових засобів може бути досягнута лише шляхом виконання такого ув'язнення» (ч. 1 ст. 3.10.5). Як це зробити суду – не зовсім зрозуміло. Якщо мається на увазі визначення ризику вчинення нового злочину, то, наприклад, наказ Міністерства юстиції України від 26 червня 2018 р. №2020/5 «Про затвердження Методичних рекомендацій оцінки ризиків вчинення повторного кримінального правопорушення повнолітніми особами, які вчинили кримінальні правопорушення (обвинувачуються у вчиненні кримінальних правопорушень)» не стосується неповнолітніх.

РОЗДІЛ 3.11.
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ЗАСОБИ ЩОДО ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ

Стаття 3.11.1. Юридичні особи, до яких застосовуються кримінально-правові засоби

1. У ч. 1 ст. 3.11.1 підкреслено, що кримінально-правові засоби можуть бути застосовані до *іноземних юридичних осіб приватного права*. Можливість застосування кримінально-правових засобів до цієї категорії юридичних осіб сама по собі не викликає принципових заперечень. При цьому, однак, слід розуміти, що за будь-яких умов до іноземних юридичних осіб приватного права не може бути застосований увесь спектр кримінально-правових засобів, передбачених ст. 3.11.3. Зокрема, до іноземних юридичних осіб приватного права не може бути застосована ліквідація (та, як наслідок, конфіскація їх майна), оскільки такі юридичні особи створені не на підставі українського законодавства і, відповідно, їх ліквідація так само повинна відбуватися не на його підставі. У світлі цього видається доцільним або взагалі спеціально не наголошувати у ч. 1 ст. 3.11.1 на тому, що кримінально-правові засоби можуть бути застосовані до іноземних юридичних осіб

приватного права, або підкреслити у ст. 3.11.5, що до цієї категорії юридичних осіб не застосовується ліквідація з конфіскацією майна.

2. У ч. 2 статті 3.11.1 визначається коло суб'єктів права, до яких *не застосовуються кримінально-правові засоби*. Однією з категорій таких суб'єктів є *«неприбуткові установи і організації, створені ними у встановленому законом порядку, що не менше ніж на 50% фінансуються за рахунок відповідного державного чи місцевого бюджету».* На жаль, ні ст. 3.11.1, ані інші положення проєкту не дозволяють зрозуміти, що саме мається на увазі під неприбутковими установами і організаціями. Чи йдеться у цьому випадку про установи і організації, які відповідають всім ознакам, передбаченим підпунктом 133.4.1 п. 133.4 ст. 133 Податкового кодексу України, чи такі установи і організації можуть відповідати й частині з цих ознак? Крім того, доволі невизначеним виглядає критерій *«не менше ніж на 50% фінансуються за рахунок відповідного державного чи місцевого бюджету»*. Йдеться про фінансування в такому обсязі у році, коли фізичною особою було вчинено кримінальне правопорушення, у зв'язку з яким до юридичної особи можуть бути застосовані кримінально-правові засоби, чи про фінансування у році, упродовж якого суд розв'язує питання про застосування кримінально-правових засобів, чи, можливо, про обидва ці роки? Зрештою, якщо певний обсяг фінансування «неприбуткових установ і організацій» з державного чи місцевого бюджету виводить їх з-під дії розділу 3.11, то чому те саме не відбувається у випадку з фінансуванням «неприбуткових підприємств»?

Стаття 3.11.2. Підстава застосування до юридичної особи кримінально-правових засобів

1. У ч. 1 ст. 3.11.2 визначаються підстави застосування кримінально-правових засобів щодо юридичних осіб. Згідно з п. 1 цього положення засоби застосовуються, у випадку *вчинення умисного злочину 3–9 ступенів тяжкості від імені юридичної особи та в її інтересах або інтересах її асоційованої особи уповноваженою особою юридичної особи.* При цьому у частинах 2, 3 ст. 3.11.2 розлого пояснюється зміст понять *«уповноважена особа юридичної особи»* та *«вчинення злочину в інтересах юридичної особи»*, проте в жодному з положень ст. 3.11.2, як і в інших положеннях проєкту, не визначається зміст понять *«асоційована особа юридичної особи»* та *«вчинення злочину в інтересах асоційованої особи юридичної особи»*. Відсутність визначень цих понять, які до того ж не мають аналогів у чинному КК,

видається потенційним джерелом для непослідовного застосування судами п. 1 ч. 1 ст. 3.11.2.

2. Хоч загалом ст. 3.11.2. допускає застосування кримінально-правових засобів до юридичних осіб, у зв'язку з вчиненням значного числа злочинів, вона, на жаль, не забезпечує повного виконання міжнародно-правових зобов'язань України щодо запровадження так званої *корпоративної кримінальної відповідальності юридичних осіб*, втіленням якої у проєкті, власне кажучи, і є кримінально-правові засоби щодо юридичних осіб.

Зокрема, показовою є ситуація з врахуванням положень Конвенції РЄ проти маніпулювання спортивними змаганнями від 2014 р (далі – Конвенція). Її ст. 18(1) вимагає від держав вжити таких законодавчих або інших заходів, які можуть бути необхідними для забезпечення того, щоб юридичні особи могли бути притягнуті до відповідальності у випадках згаданого в ст. 15 Конвенції *маніпулювання спортивними змаганнями, що виражається в примусовій, корупційній або шахрайській діяльності*, якщо таке *діяння було скоєно в їх інтересах будь-якою фізичною особою, яка діє окремо або в складі органу юридичної особи, яка займає провідну посаду в юридичній особі, на основі: a) права представляти юридичну особу; b) повноваження приймати рішення від імені юридичної особи; c) повноваження здійснювати контрольні функції у рамках юридичної особи*.

На перший погляд, ст. 18(1) Конвенції кореспондує зі вже згаданим п. 1 ч. 1 ст. 3.11.2, однак це не так. Ст. 7.9.6 і ст. 7.9.7 проєкту криміналізують прояви активного та пасивного підкупу з метою впливу на результати офіційного спортивного змагання, чим забезпечується виконання у певній частині вимог ст. 15 Конвенції, однак при цьому заборонені статтями 7.9.6. і 7.9.7 типи поведінки визнаються *злочинами 1-го ступеня* в той час, як згідно з п. 1 ч. 1 ст. 3.11.2 проєкту підставою для застосування кримінально-правових засобів до юридичних осіб є *вчинення уповноваженою особою злочинів 3–9 ступенів тяжкості*.

Таким чином, у випадках вчинення передбачених статтями 7.9.6 і 7.9.7. злочинів від імені юридичної особи та в її інтересах або інтересах її асоційованої особи уповноваженою особою юридичної особи кримінально-правові засоби до юридичної особи не можуть бути застосовані.

Крім того, ст. 18(3) Конвенції вимагає забезпечити те, щоб юридична особа могла бути притягнута до відповідальності, *за умови, що відсутність нагляду або контролю з боку фізичної особи, зазначеної в статті 18(1) Конвенції, уможливила вчинення* маніпулювання спортивними змаганнями

(ст. 15 Конвенції) в інтересах цієї юридичної особи *будь-якою фізичною особою, яка діє від її імені*. Як вже зазначалося, маніпулювання спортивними змаганнями може набувати, зокрема, характеру примушування. Проєкт не передбачає спеціального положення, яке б криміналізувало подібні випадки, однак криміналізує примушування як таке (ст. 4.4.7). Крім того, п. 2 ч. 1 ст. 3.11.2 передбачає застосування кримінально-правових засобів до юридичних осіб у випадках, коли *злочин було вчинено особою, яка була підпорядкована (підконтрольна) уповноваженій особі юридичної особи, через неналежний контроль з боку уповноваженої особи*. При цьому у п. 2 ч. 1 ст. 3.11.2 визначено вичерпний перелік злочинів, вчинення яких може стати приводом для застосування кримінально-правових засобів щодо юридичної особи. Однак до кола цих злочинів примушування не належить. Таким чином, п. 2 ч. 1 ст. 3.11.2. не забезпечує виконання ст. 18(3) Конвенції у випадках, коли маніпулювання спортивними змаганнями набуло ознак примушування.

3. Наведені в п. 2 ч. 1 ст. 3.11.2 «мікро-переліки» видів злочинів, вчинення яких може бути приводом для застосування кримінально-правових засобів до юридичних осіб, складені з техніко-юридичної точки зору неоднотипно, що навряд чи виправдано. В одних випадках (наприклад, статті 7.9.4–7.9.7) вони містять посилання виключно на ті статті проєкту, в яких описується заборонений тип поведінки, а в інших випадках (наприклад, статті 7.1.4–7.1.9) вони включають ще й положення про ознаки, які підвищують тяжкість злочину. Чи означає це, що в перших випадках наявність ознак, які підвищують тяжкість злочину, унеможливлюватиме застосування кримінально-правових засобів до юридичних осіб, оскільки стаття, що закріплює відповідні ознаки (наприклад, стаття 7.9.2 чи 7.9.3) не згадується в п. 2 ч. 1 ст. 3.11.2?

Стаття 3.11.3. Види стягнень та інших кримінально-правових засобів, що застосовуються до юридичних осіб

1. Ст. 3.11.3 визначає коло кримінально-правових засобів, що можуть застосовуватися до юридичних осіб. У назві і частинах першій та другій цієї статті розмежовуються *стягнення* та *інші кримінально-правові засоби*. Мета такого розмежування, однак, незрозуміла, оскільки надалі положення проєкту не передбачають спеціальних правил, які б стосувалися лише стягнень щодо юридичних осіб та лише інших кримінально-правових засобів до юридичних осіб.

2. У ч. 3 ст. 3.11.3 також згадується *оприлюднення інформації*, яке, вочевидь, не належить ні до стягнень щодо юридичних осіб, ні до інших кримінально-правових засобів щодо юридичних осіб. У світлі цього або потребує уточнення назва ст. 3.11.3, або ч. 3 ст. 3.11.3 має стати окремою статтею проєкту.

3. Ст. 3.11.3 передбачає ширше коло кримінально-правових засобів, що можуть бути застосовані до юридичних осіб, порівняно з чинним КК, однак, як видається, його можна окреслити ще ширше, наприклад, доповнивши ст. 3.11.3 проєкту такими засобами, як: а) тимчасова заборона використання для здійснення діяльності певних приміщень; б) тимчасова заборона винаймання нових працівників. Як варіант, такі заборони можуть бути передбачені як окремі різновиди обмеження здійснення юридичною особою певної діяльності в ч. 1 ст. 3.11.7.

Стаття 3.11.5. Ліквідація юридичної особи з конфіскацією її майна

1. Проєкт, як і чинний КК, жорстко пов'язує конфіскацію майна юридичної особи з її ліквідацію. Навіть більше: у ст. 3.11.5 ліквідація та штраф фактично «зливаються» в один кримінально-правовий засіб. Видається, однак, що конфіскація (принаймні часткова) майна юридичної особи цілком могла б бути передбачена як окремий кримінально-правовий засіб.

2. У ч. 3 ст. 3.11.5 передбачається, що при ліквідації юридичної особи суд може *визнати недійсними угоди, укладені такою юридичною особою у зв'язку зі злочином*, вчиненим від її імені та в її інтересах або в інтересах її асоційованої особи уповноваженою особою. Це положення породжує відразу декілька запитань. Якою є природа такого правового засобу? Якщо він є цивільно-правовим, то з яких міркувань його пропонується передбачити у кримінальному законі? Чи існує реальна потреба у такому положенні проєкту з огляду на чинне цивільне законодавство? Чи може суд ухвалити рішення про визнання угод недійсними за відсутності цивільного позову в кримінальному провадженні?

Стаття 3.11.8. Загальні правила застосування до юридичної особи кримінально-правових засобів

1. У ч. 1 ст. 3.11.8 визначаються обставини, які слід враховувати при визначенні виду і розміру кримінально-правового засобу, що застосовується до юридичної особи. Цей перелік, однак, потребує певних корективів. Зокрема,

в пунктах 1–5 ч. 1 ст. 3.11.8 ті або інші обставини послідовно згадуються лише у зв'язку зі злочином уповноваженої особи юридичної особи, хоч згідно з п. 2 ч. 1 ст. 3.11.2 приводом для застосування кримінально-правових засобів щодо юридичної особи може бути й *злочин, вчинений особою, яка була підпорядкована (підконтрольна) уповноваженій особі юридичної особи*. Крім того, з огляду на п. 2 ч. 1 ст. 3.11.2, до переліку обставин, які належить враховувати при визначенні виду і розміру кримінально-правового засобу, необхідно включити щонайменше *ступінь відсутності належного контролю за поведінкою підпорядкованої (підконтрольної) особи з боку уповноваженій особі юридичної особи*.

2. З подібних міркувань виглядає невиправдано обмеженою ч. 4 ст. 3.11.8, яка передбачає, що застосування кримінально-правового засобу до юридичної особи не виключає кримінальної відповідальності уповноваженої особи за вчинення нею злочину, передбаченого ч. 1 ст. 3.11.2 цього Кодексу. Якщо розробники проєкту вважають принциповим включення до тексту такого положення, то у ньому має бути згаданий і *злочин, вчинений особою, яка була підпорядкована (підконтрольна) уповноваженій особі юридичної особи*.

3. Неоднозначно виглядає і ч. 5 ст. 3.11.8, яка передбачає *загальне правило*, згідно з яким *звільнення від покарання уповноваженої особи не тягне за собою відмови від застосування кримінально-правових засобів щодо юридичної особи*, а також *виняток* з цього правило, згідно з яким непризначення покарання уповноваженій особі у зв'язку із *закінченням строку давності* тягне за собою відмову від застосування кримінально-правових засобів щодо юридичної особи. При цьому ч. 5 ст. 3.11.8 обходить мовчанням ситуації, про які йдеться в п. 2 ч. 1 ст. 3.11.2. У ч. 5 ст. 3.11.8 мало б бути прямо визначено, чи впливає звільнення від покарання особи, яка була підпорядкована (підконтрольна) уповноваженої особі юридичної особи, на застосування до юридичної особи кримінально-правових засобів.

4. У п. 9 ч. 1 ст. 3.11.8 до числа обставин, які слід враховувати при визначенні виду і розміру кримінально-правового засобу, віднесено наявність у юридичної особи належних комплаєнс-правил (правил запобігання корупційним правопорушенням), а також ефективного внутрішнього контролю, які в цілому мали забезпечувати запобігання корупційним та іншим правопорушенням. Видається, що, з огляду на характер цієї обставини, вона не повинна впливати на визначення виду і розміру

кримінально-правового засобу, а має взагалі визнаватися *підставою для відмови від застосування до юридичної особи кримінально-правових засобів*.

5. У п. 5 ч. 1 ст. 3.11.8 до числа обставин, які належить враховувати при визначенні виду і розміру кримінально-правового засобу, відносено *добровільне здійснення реституції чи компенсації*, а в частині другій цієї ж статті зазначається, що при застосуванні кримінально-правового засобу юридична особа *зобов'язана здійснити реституцію чи компенсацію у повному обсязі*. Однак із ч. 1 ст. 3.7.1 випливає, що обов'язок здійснити реституцію та компенсацію покладається на *«особу, яка вчинила кримінальне правопорушення»*. Те, що такою особою (за визначенням) не може бути юридична особа, очевидно хоча б із ч. 1 ст. 3.11.2. Таким чином, положення ст. 3.11.8. про добровільну і «примусову» реституцію та компенсацію щодо юридичної особи не мають під собою достатніх підстав в інших положеннях проєкту.

Стаття 3.11.9. Застосування до юридичної особи кримінально-правових засобів за вчинення уповноваженою особою двох або більше злочинів

1. У ст. 3.11.9 передбачені правила застосування до юридичної особи кримінально-правових засобів за вчинення уповноваженою особою *двох або більше злочинів*. На жаль, спосіб, в який ці правила викладені, не дозволяє з впевненістю стверджувати, чи стосуються вони лише випадків, коли два або більше злочинів було вчинено однією й тією ж уповноваженою особою, чи вони стосуються і випадків, коли злочини було вчинено *різними уповноваженими особами* однієї юридичної особи.

2. Положення ст. 3.11.9 ігнорують ситуації, коли: а) один злочин було вчинено уповноваженою особою юридичної особи (п. 1 ч. 1 ст. 3.11.2), а інший – особою, яка була підпорядкована (підконтрольна) уповноваженій особі юридичної особи (п. 2 ч. 1 ст. 3.11.2); б) два або більше злочинів було вчинено однією чи різними особами, які були підпорядковані (підконтрольні) уповноваженій особі юридичної особи. При цьому, не згадуючи про такі ситуації, ч. 1 ст. 3.11.9 буквально згадує про ситуації, коли «*уповноважена особа вчинила два або більше злочини… через неналежний контроль з боку уповноваженої особи юридичної особи*», які взагалі не фігурують в ч. 1 ст. 3.11.2.

3. У ч. 1 ст. 3.11.9 наведено вичерпний перелік *принципів визначення остаточного стягнення чи інших кримінально-правових засобів* для випадків,

коли уповноважена особа вчинила два або більше злочини від імені та в інтересах юридичної особи чи в інтересах її асоційованої особи. Цей перелік, однак, видається неповним, бо має включати *принцип самостійного виконання кримінально-правових засобів* щодо юридичної особи, оскільки принцип поглинення згідно з ч. 1 ст. 3.11.9 застосовується лише у виняткових випадках (якщо у зв'язку із вчиненням хоча б одного злочину призначена ліквідація юридичної особи), а принцип повного складання не можна застосувати, якщо у зв'язку з одним злочином до юридичної особи застосовано обмеження підтримки юридичної особи за рахунок публічних фінансів, а у зв'язку з іншим – обмеження здійснення юридичною особою певної діяльності, або навіть у випадках, коли у зв'язку з двома різними злочинами до юридичної особи було застосовано два різних прояви обмеження здійснення юридичною особою певної діяльності (наприклад, заборону вчиняти правочини та заборону випускати акції).

КНИГА ЧЕТВЕРТА.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ЛЮДИНИ
РОЗДІЛ 4.1.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ЖИТТЯ ЛЮДИНИ

Враховуючи те, що розділ 4.1 не містить статей про проступки, чи не доцільно уточнити його назву: «*4.1. Злочини проти життя людини*»? Звісно, це «вибивається» із загального підходу, втіленого у проєкті, однак і логічно правильніше, й інформативно підкреслює тяжкість посягань на життя людини. Ба більше: якщо проєкт буде ухвалений як закон, неможливо уявити появу проступку, який би посягав на життя людини. Тому пропонована назва буде сталою (на відміну, наприклад, від розділу I Особливої частини чинного КК України).

Стаття 4.1.1. Ознаки, що знижують тяжкість злочину на три ступеня

1. П. 1 ст. 4.1.1 передбачає зниження тяжкості злочину на три ступеня, якщо злочин, передбачений статтею 4.1.5, вчинений *з перевищенням меж правомірного захисту, меж використання захисного засобу, що вражає автономно, меж спричинення шкоди особі, яка вчинила протиправне посягання, при її затриманні, або меж крайньої необхідності*. Аналогічна обставина встановлена в п. 1 ст. 4.2.2 щодо злочину, передбаченого ст. 4.2.6.

Не зовсім зрозуміло, чим обумовлюється включення до цієї ознаки лише перелічених обставин, що виключають протиправність діяння. Напевно, розробники проєкту виходили з того, в яких статтях розділу 2.9 йшлося про ст. 4.1.5 і ст. 4.2.6 у контексті відповідальності за перевищення меж заподіяння шкоди. Водночас постає питання, чому не встановлено підстав для зниження ступеня тяжкості злочинів, передбачених ст. 4.1.5 та 4.2.6, наприклад, для правоохоронців, на яких не поширюються (через застереження у ч. 5 ст. 2.9.1) положення про правомірний захист, використання захисного засобу, що вражає автономно, спричинення шкоди особі, яка вчинила протиправне посягання, при її затриманні, крайню необхідність. Однак саме правоохоронці в першу чергу здійснюють захист себе та інших осіб, затримують осіб, що вчиняють протиправні посягання, діють за обставин крайньої необхідності.

2. П. 2 ст. 4.1.1 передбачає зниження тяжкості злочину на три ступеня, якщо злочин, передбачений ст. 4.1.5, вчинений *під впливом обумовленого*

пологами особливого психічного стану, в якому перебувала мати, яка вчинила вбивство своєї новонародженої дитини. Чи варто вказувати на обумовлений пологами стан, який відсутній у ст. 117 чинного КК? Якщо розробники проєкту наполягатимуть на зазначеній редакції, то, можливо, цей стан варто позначити інакше. Наприклад, згідно з § 79 КК Австрії мати, яка вбиває дитину під час пологів або ще під впливом процесу пологів, карається тюремним ув'язненням від шести місяців до п'яти років. Адже одна справа доводити наявність обумовленого пологами особливого психічного стану, а інша – перебування матері під впливом процесу пологів. Крім цього, пологи впливають не лише на психічний, а й фізіологічний стан жінки. Не випадково під час характеристики ст. 117 чинного КК звертається увага на особливий *психофізіологічний* стан породіллі.

3. П. 3 ст. 4.1.1 передбачає зниження тяжкості злочину на три ступеня, якщо злочин, передбачений статтею 4.1.11, *полягає у перериванні жінкою власної вагітності і спричиненні смерті плоду після початку 22 тижня вагітності.* Не до кінця зрозумілим залишається той елемент, який пом'якшує відповідальність. З чим він пов'язаний? Ще складніше його зрозуміти у п. 4 ст. 4.2.2, за яким тяжкість злочину так само знижується на три ступеня за спричинення жінкою смерті плоду людини, який вона виношувала, після початку 22 тижня вагітності. Це точно не особливий психічний стан особи, який не виключає осудності (ст. 2.3.5 проєкту), оскільки до пологів ще далеко. Можливо, це якийсь інший особливий стан, який виправдовує таке істотне зниження ступеня тяжкості злочину? Сподіваємось, що робоча група має вагомі аргументи на корить втіленого у проєкті підходу.

Стаття 4.1.2. Ознаки, що знижують тяжкість злочину на два ступеня

1. П. 2 ст. 4.1.2 передбачає зниження тяжкості злочину, передбаченого ст. 4.1.5, на два ступені *під час виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи, злочинної організації або терористичної групи*. Водночас у п. 3 ст. 4.1.3 йдеться про підвищення на два ступеня тяжкості злочинів, передбачених цим розділом, вчинених у складі або за завданням організованої групи чи злочинної організації. Ст. 7.1.11 містить підстави кримінальної відповідальності за створення незаконного збройного формування або участь у ньому. У зв'язку з цим виникає запитання, чому у п. 2 ст. 4.1.2 йдеться про організовану групу, злочинну організацію та терористичну групу, а у п. 3

ст. 4.1.3 – про організовану групу та злочинну організацію без згадування про терористичну групу. Окрім того, ні у п. 2 ст. 4.1.2, ні у п. 3 ст. 4.1.3 не зазначається про незаконне збройне формування, яке є самостійною формою співучасті (нарівні з терористичною групою, організованою групою та злочинною організацією).

2. П. 3 ст. 4.1.2 передбачає зниження тяжкості злочинів, передбачених ст. 4.1.6. та 4.1.12, якщо *смерть людини або плоду людини спричинена внаслідок неналежного виконання професійних обов'язків медичним чи фармацевтичним працівником через його фізичне, розумове або емоційне перевантаження*. Загалом поділяючи такий підхід, водночас поставимо питання, чи є виправданим пропоноване обмеження суб'єктів, які можуть розраховувати на таке істотне пом'якшення відповідальності, саме і тільки медичним або фармацевтичним працівником. З одного боку, напевно, це данина спеціальним видам відповідальності медичних працівників за заподіяння ними шкоди життю та здоров'ю пацієнтів (статті 139, 140 чинного КК). З іншого, не лише медичні працівники і, тим більше, фармацевтичні здійснюють професійну діяльність, пов'язану з охороною життя людини. Видається, що немає сенсу «прив'язувати» пом'якшення відповідальності за необережне вбивство людини або плоду людини до професійної функції, якщо таке пом'якшення пов'язане з фізичним, розумовим або емоційним перенавантаженням заподіювача шкоди. Спричинити смерть з необережності внаслідок неналежного виконання професійних обов'язків через ці обставини може і рятувальник, і поліцейський, й інші особи. То чого вони повинні нести «повну» відповідальність, а медики і, тим паче, фармацевти, – істотно знижену? Відтак слова «*медичним чи фармацевтичним працівником*» з п. 3 ст. 4.1 і п. 1 ст. 4.2.3 пропонується виключити.

Ще і таке: цю ознаку варто конкретизувати, адже на практиці медичні, фармацевтичні чи інші (за сприйняття пропонованого підходу) працівники будуть завжди посилатись на неналежне виконання професійних обов'язків через фізичне, розумове або емоційне перевантаження, адже ця ознака знижуватиме тяжкість злочину аж на два ступеня.

Див. також висновок у частині зауважень до розділу 2.4.

Стаття 4.1.3. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на два ступеня

1. П. 2 цієї статті передбачає вчинення злочину *щодо людини (чи близької їй людини), яка займає особливо відповідальне становище, у зв'язку з*

виконанням нею службових повноважень в інтересах суспільства, правосуддя чи міжнародного правопорядку. Таке унормування підвищення тяжкості посягання на життя, напевне, відповідає підходу, який знайшов відбиття у ст. 112 і ст. 443 чинного КК. Водночас постає питання про точність переліку осіб. Якщо це особи, які відповідають поняттю «публічна службова особа, яка займає особливо відповідальне становище» (п. 51 ч. 2 ст. 1.4.1), то у цьому разі незрозумілим є невикористання словосполучення «публічна службова особа». Однак використання словосполучення «…в інтересах суспільства, правосуддя чи міжнародного правопорядку» ставить під сумнів зроблений висновок, оскільки особи, визначені у п. 51 ч. 2 ст. 1.4.1, можуть виконувати службові повноваження в інтересах суспільства. Водночас, наприклад, щодо міжнародного правопорядку виникають питання. Наприклад, як кваліфікувати вбивство Президента Республіки Польща? Із використанням ст. 4.1.3 чи 4.1.4? Видається, що ця ознака або потребує уточнення своєї назви з метою уніфікації змісту, або уточненого переліку потенційних потерплих в окремому пункті ч. 2 ст. 1.4.1.

Незрозумілим є використання у п. 2 ст. 4.1.3 терміну «людина (чи близька їй людина), яка займає особливо відповідальне становище». По-перше, у п. 51 ч. 2 ст. 1.4.1 і п. 6 ст. 4.1.3 йдеться не про людину, а про публічну службову особу, яка займає особливо відповідальне становище. По-друге, чому автори проєкту зазначають про особливо відповідальне становище, а не про відповідальне та особливо відповідальне становище, як це має місце в чинному КК, а також інших законах, зокрема Законі «Про запобігання корупції»?

2. П. 3 передбачає підвищення тяжкості злочину на два ступеня, якщо його *вчинено у складі або за завданням організованої групи чи злочинної організації.* Це положення і положення ч. 4 ст. 2.10.9, яке зобов'язує правозастосовувача у разі вчинення злочину в складі або за завданням організованої групи чи злочинної організації вбачати сукупність із ст. 7.1.5 або ст. 7.1.6, мабуть, суперечать одне одному. Адже складно собі уявити, щоб подвійне урахування однієї обставини спеціально передбачалося у тексті закону. Тому варто обміркувати (питання непросте, концептуальне) можливість виключення цієї «кваліфікуючої» ознаки зі статей Особливої частини проєкту.

3. П. 7 передбачає обтяження відповідальності, якщо злочин спричинив *смерть двох або більше людей*. Але ж потерпілим від злочинів, передбачених

розділом 4.1 проєкту, є не лише людина, а й плід людини. Цю обставину варто спробувати взяти до уваги при уточненні зазначеної ознаки.

Стаття 4.1.4. Ознаки, що підвищують тяжкість на один ступінь

1. П. 2 стосується *близької людини або колишнього подружжя*. Не можна не погодитися з тим, що колишнє подружжя не завжди буде належати до близької людини, а тому його слід виділяти окремо поряд із близькою людиною. Однак незрозуміло тоді, чому розробники проєкту упустили з виду іншу особу, з якою винний перебував у сімейних або близьких відносинах, адже вона не належить до колишнього подружжя, а також може не належати до близької людини (якщо її інтереси не мають істотного значення для особи, яка вчинила кримінальне правопорушення).

2. П. 3 є «полегшеним» варіантом п. 2 ст. 4.1.3 і стосується людини (чи близької їй людини) у зв'язку із виконанням нею службових повноважень чи професійних обов'язків, реалізацією нею суб'єктивного права або виконанням юридичного обов'язку в інтересах суспільства, правосуддя чи міжнародного правопорядку. При цьому робоча група обмежує статті розділу, щодо яких ця ознака може бути застосована, вказівкою фактично на всі умисні злочини розділу. У попередній статті такого обмеження щодо «однорідної» ознаки немає. Це потрібно узгодити. Краще, напевно, усунути посилання на статті розділу (таких перехресних посилань у проєкті і без того дуже багато). Справа у тому, що наявність мотиву, а він тут, очевидно, є («*у зв'язку з*…»), свідчить про умисний характер посягання і тому навряд чи буде характерним для ст. 4.1.6 і ст. 4.1.12. Тому перерахування статей у п. 3 ст. 4.1.4 є зайвим.

Варіант: додати посилання на статті 4.1.5, 4.1.7–4.1.11 у п. 2 ст. 4.1.3.

3. Сукупність ознак, що підвищують відповідальність, зокрема, за вбивство, варто оцінити з погляду їх відповідності ч. 2 ст. 115 чинного КК. Адже перевірені часом ознаки, які істотно підвищують небезпеку вбивства зараз, навряд чи втратять таку властивість найближчим часом. Напевно, у робочої групи є свої резони, однак відразу впадає в очі відсутність:

1) вбивства з корисливого мотиву (при цьому він збережений у такій функції в низці статей Особливої частини проєкту – 4.4.1, 4.6.3, 7.7.3, 8.1.3, 9.2.2);

2) вбивства з хуліганського мотиву, або, якщо не подобається термін «хуліганство», то з мотивів неповаги до суспільства (порушення публічного

порядку), без приводу або з використанням малозначного приводу, внаслідок агресивної поведінки (ст. 7.5.5 проєкту);

3) вбивства заручника або викраденої людини як осіб, які наближені до уразливої (п. 60 ч. 2 ст. 1.4.1.) чи особливо уразливої людини (п. 40 ч. 2 ст. 1.4.1), але такими не є. Цікаво, що вбивство людини, яка перебуває у матеріальній залежності від винного, – злочин підвищеної тяжкості, а у заручниках у цієї ж людини – ні;

4) вбивства на замовлення;

5) вбивства з мотиву расової, національної чи релігійної нетерпимості. Передбачення у п. 10 мотиву статі або ґендеру засвідчує, що робоча група готова враховувати дискримінаційні мотиви як ознаки, що підвищують тяжкість злочину. Через це постає питання, чому інші мотиви у розглядуваному аспекті не мають правового значення. Посилання на наявність у проєкті самостійної відповідальності за розпалювання ворожнечі та дискримінацію у статтях 4.11.4 і 4.11.5 і можливість кваліфікації за сукупністю зі ст. 4.1.5 не дають відповіді на питання, наприклад, як адекватно врахувати випадок, коли особа не ображала почуття людини у зв'язку з її належністю до певної раси (п. 3 ст. 4.11.4), а відразу вбила потерпілого з мотивів належності до певної раси?

4. Виникає питання про можливість поширення ознаки, передбаченої п. 8 ст. 4.1.4 (*особою, яка має непогашену судимість за умисний злочин, крім злочинів, передбачених статтями 4.1.5, 4.1.7–4.1.11*), на випадки вчинення необережних злочинів, передбачених у розділі 4.1. Це: ст. 4.1.6 «Спричинення смерті з необережності» і ст. 4.1.12 «Спричинення смерті плоду людини з необережності». Обмежень у можливості такого застосування ні у ст. 4.1.4, ні, до речі, й у ст. 4.1.3 немає. Єдине, що вносить сумнів у таку можливість, – визначення рецидиву злочинів (ст. 2.8.3). Однак, враховуючи попередню пропозицію про виключення з проєкту розділу 2.8 (див. цей висновок у відповідній частині), наявність такого припису викликати застережень не повинна.

5. Ознака, яка передбачена у п.11 ст. 4.1.4 (*передбаченого ст. 4.1.6. особою, яка керувала транспортним засобом у стані сп'яніння*), на перший погляд, стосується спеціального суб'єкта. Однак, очевидно, що це не так. Йдеться про те, що особа спричинила смерть потерпілому через необережність під час керування транспортним засобом у стані сп'яніння. Інакше кажучи, ця ознака відкриває спектр питань кваліфікації у випадках, коли ознака, яка підвищує тяжкість злочину, є самостійним кримінальним

правопорушенням, передбаченим у проєкті. У цьому випадку йдеться про те, що саме по собі управління рухом транспорту або керівництво транспортним засобом у стані сп'яніння є проступком, передбаченим ст. 7.4.11. Отже, якщо спричинення смерті з необережності вчинене особою, яка керувала транспортним засобом у стані сп'яніння, то кримінально-правова кваліфікація скоєного можлива у декількох взаємовиключних варіантах: 1) ст. 4.1.6, ст. 4.1.4, п.11; 2) ст. 4.1.6, ст. 7.4.11, п.1; 3) ст. 4.1.6, ст. 4.1.4, п.11, ст. 7.4.11, п. 1. Останній варіант, як видається, двічі враховує одну і ту саму обставину, що, хоч і не суперечить буквальному розумінню принципу однократності застосування кримінально-правових засобів (ст. 1.2.7 проєкту), суперечить принципу non bis in idem. Тобто потрібно обирати між варіантами 1) та 2) або усувати колізію.

6. Подібне застереження стосується формулювання ознаки у п. 12 ст. 4.1.4. Тут, очевидно, йдеться не про суб'єкта. Навряд чи цей пункт слід інкримінувати особі, яка позбавлена прав керування транспортним засобом і спричинила смерть потерпілому з необережності в обстановці, яка не пов'язана з рухом транспортного засобу (наприклад, у зв'язку із недбалим поводженням зі зброєю). Тут, швидше за все, йдеться про керування транспортним засобом такою особою і спричинення смерті у зв'язку із цим. Принагідно слід нагадати, що сам факт керування транспортним засобом відповідною особою зараз становить склад адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 126 КУпАП. Цей факт також потенційно створює проблеми із застосуванням до особи статей про публічні правопорушення у контексті широкого розуміння принципу non bis in idem.

Доведення до самогубства. Доведення до спроби самогубства. Схилення до самогубства. Схиляння до спроби самогубства (статті 4.1.7–4.1.10)

1. Така деталізація дещо дивує. Напрошується пропозиція про об'єднання в одній статті доведення до самогубства або спроби самогубства. До цього схиляє і зарубіжний досвід (див. про це нижче).

Питання у тому, що результативність доведення вже не залежить від особи, якій ставиться у вину відповідний наслідок. Інакше кажучи, людина здійснила самогубство чи спробу самогубства, яка не доведена до кінця з причин, що не залежали від її (потенційного самогубця) волі, і це не залежить від особи, яка вчинила доведення, а тому диференціація відповідальності у цьому разі фактично відбувається з урахуванням об'єктивного ставлення у

вину. Виходить, що, якщо самогубця невмілий – має місце злочин 5-го ступеня тяжкості, а якщо вправний – 7-го? При доведенні до самогубства об'єктивна сторона повинна закінчуватись поведінкою потерпілого, яка спрямована на позбавлення себе життя. Наступний розвиток подій знаходиться поза суб'єктивним ставленням у вину злочинцю.

2. Ураховуючи однаковий ступінь тяжкості злочинів, передбачених статтями 4.1.7 4.1.9, 4.1.8 і 4.1.10, не зрозуміла потреба у виокремленні самостійних складів схилення до самогубства та схиляння до спроби самогубства. По-перше, диференціація між злочинами, передбаченими статтями 4.1.9 4.1.10, не є виправданою з міркувань, наведених вище. По-друге, назва ст. 4.1.10 неточно відображає зміст злочину. Особа схиляє іншу людину не до спроби самогубства, а до самогубства (яке виявилося невдалим з причин, які не залежать від волі потенційного самогубця, і, тим більше, від волі злочинця). По-третє, відмінність між смисловим навантаженням термінів «доведення» та «схиляння/схилення» – примарна. Правова відмінність визначена робочою групою з використанням негативної ознаки – «…*за відсутності ознак доведення*…». Ознаками, які відрізняють доведення від схилення, є визначені у ст. 4.1.7 і ст. 4.1.8 чотири способи. Тобто застосування будь-якого іншого способу буде означати не доведення, а схиляння до самогубства. Логіка при цьому дотримується. Якщо так, то чи не краще у одній статті передбачити такий самий невизначений спосіб доведення, як схиляння? Цим ми економимо текст потенційного кримінального закону, не передбачаємо казуїстичних заборон, якими і без того перенасичено проєкт.

3. Враховуючи викладене, пропонуємо для обговорення таку об'єднану статтю:

«*Стаття 4.1.7. Доведення до самогубства*

Особа, яка:

1) жорстоко чи негуманно поводилась з іншою людиною,

2) погрожувала їй,

3) систематично принижувала її гідність,

4) систематично примушувала до протиправних дій чи бездіяльності або

5) схиляла іншу людину до самогубства,

якщо внаслідок такого діяння ця людина здійснила самогубство або спробу самогубства, не доведену до кінця з причин, що не залежали від її волі, – вчинила злочин 7 ступеня».

Варіант: зважаючи на те, що способи доведення до самогубства (жорстоке чи негуманне поводження тощо) свідчать про більшу тяжкість цієї поведінки порівняно з тяжкістю схиляння до самогубства, присвятити останньому окрему статтю, визначивши у ній менший ступінь тяжкості.

У цьому випадку може бути корисним вивчення досвіду окремих країн. Наприклад, у ст. 105 КК Андорри криміналізовано схиляння до самогубства та надання допомоги у самогубстві, у ст. 306 КК Сінгапуру – підбурювання до самогубства або спроби самогубства, пособництво таким діям, у ст. 580 КК Італії – підбурювання або пособництво в самогубстві, у ст. 191 КК Румунії – доведення до самогубства або сприяння йому, у ст. 144 Чехії – підбурювання самогубства або допомога іншій особі вчинити самогубство.

4. Певні зауваження викликає перелік способів доведення до самогубства чи спроби самогубства. По-перше, чи існує потреба в такому обмеженому переліку? По-друге, як слід тлумачити негуманне поводження? Видається, що негуманне поводження може охоплювати способи, передбачені ст. 4.1.7 і 4.1.8, і навіть більше. Відтак, з іншого боку, цей термін робить перелік зазначених способів невичерпним.

Важливо звернути увагу і на той факт, що у ст. 143-біс КК Іспанії встановлено відповідальність за поширення або публічне розповсюдження через Інтернет, телефон або будь-яку іншу інформаційну чи комунікаційну технологію контенту, спеціально призначеного для сприяння, заохочення або підбурювання до самогубства неповнолітніх або людей з обмеженими можливостями, які потребують особливого захисту (карається позбавленням волі до чотирьох років). Частина описаних у цій статті дій може не підпадати під дію статей 4.1.7–4.1.10 з огляду на те, що вони можуть бути неперсоніфікованими (стосуватися не визначених потерпілих, а їх певної категорії, наприклад, неповнолітніх чи інвалідів). Тому доцільно розглянути доцільність їх криміналізації.

Стаття 4.1.12. Спричинення смерті плоду людини з необережності

Виникає питання про обґрунтованість (наявність підстав) для вилучення з кола суб'єктів цього злочину вагітної жінки, яка виношувала плід. По-перше, якщо такий виняток зберігати, то потрібно уточнити, що такий виняток стосується власного плоду. По-друге, чи не правильніше на ст. 4.1.12 поширити п. 3 ст. 4.1.1 – ознаку, яка знижує тяжкість злочину на три ступеня, але не усуває злочинність такої необережності? Робоча група, мабуть, має

аргументи на користь зазначеного винятку, але вони не очевидні. Хіба що йдеться про гуманність до матері, яка втратила дитину (плід)?

РОЗДІЛ 4.2.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ЗДОРОВ'Я ЛЮДИНИ

1. Незвичною є подвійна відсилка у проєкті для з'ясування питання конкретного змісту шкоди здоров'ю – спочатку до розділу 2.5 «Шкода та її види…» а потім до ст.1.4.3 «Розміри шкоди здоров'ю». Це певним чином суперечить положенню ч. 1 ст. 2.2.6 «Наслідок діяння», де сказано, що *наслідком діяння є шкода, яка визначена у статті Особливої частини цього Кодексу*… Видається, що у випадках спричинення шкоди здоров'ю така шкода не *визначена*, а лише *названа* у статті Особливої частини. Визначена ж вона у ст. 1.4.3 – а це стаття Загальної частини. Цю формальну суперечність бажано усунути: або зі ст. 2.2.6 прибрати згадку про Особливу частину; або замість терміну «*визначена*» вказати «*названа*»; або положення ст. 1.4.3 перенести у відповідні статті розділу 4.2 (що, як видається, полегшить користування Кодексом).

2. Прийняття проєкту як закону (із розділом 4.2 у ньому у пропонованій редакції) потребуватиме перегляду Правил судово-медичного визначення ступеня тяжкості тілесних ушкоджень. Крім термінологічної невідповідності, зміни визначення або нового визначення потребуватимуть ознаки шкоди здоров'ю різних розмірів. Наприклад, потрібно буде: а) узгодити зміст втрати функцій органу (репродуктивної функції) та стерилізації; б) визначити стійкий розлад психіки; в) дефінувати непоправне спотворення тіла.

3. Відповідно до п. 62 ч. 2 ст. 1.4.1 шкода здоров'ю – це *викликане діяннями особи порушення анатомічної цілісності або функціональної придатності органу чи тканин тіла іншої людини, яке обмежує працездатність чи іншу життєдіяльність порівняно з тією, яка мала місце до посягання*. Таким чином, здоров'я, на думку робочої групи, – наявна анатомічна цілісність або функціональна придатність органу чи тканин тіла іншої людини. Чи не занадто обмежене таке розуміння здоров'я, й особливо у контексті того, що інші розділи проєкту так чи інакше відзначають це поняття у контексті порушення об'єкта кримінального правопорушення? Крім того, чи можливе заподіяння шкоди здоров'ю поза порушенням анатомічної цілісності або функціональної придатності органу чи тканин тіла іншої людини? Наприклад, чи у всіх випадках стійкий розлад психіки

пов’язаний саме з анатомічною цілісністю та функціональною придатністю органу чи тканин тіла? Яким чином заподіює шкоду здоров’ю проступок, передбачений ст. 4.2.15 «Насильство, яке завдало фізичного болю»? Якщо цей проступок не спричиняє шкоди здоров’ю (не спричинено розладу здоров’я, як це визначено у ст. 4.2.15), то чому статті про цей проступок міститься у розділі 4.2 «Кримінальні правопорушення проти здоров’я»? Чинна доктрина пов’язує таке розуміння шкоди здоров’ю з тілесним ушкодженням, що є заподіянням шкоди лише певній частині здоров’я тоді, як інша «частина здоров’я» порушується посяганням на тілесну недоторканість.

4. У ст. 156-тер КК Іспанії встановлено кримінальну відповідальність за розповсюдження або публічне розповсюдження через Інтернет, телефон або будь-яку іншу інформаційну чи комунікаційну технологію контенту, спеціально призначеного для пропаганди, заохочення або підбурювання до самоушкодження неповнолітніх або людей з обмеженими можливостями, які потребують особливого захисту (карається позбавленням волі від шести місяців до трьох років). Доцільно розглянути питання про криміналізацію подібних дій в Україні.

Ознаки, що знижують або підвищують тяжкість злочинів (статті 4.2.2–4.2.5)

1. Зауваження, висловлені щодо відповідних статей розділу 4.1, видаються доречними і до відповідних статей розділу 4.2.

2. У п. 3 ст. 4.2.5 йдеться про вчинення злочину *щодо людини (чи близької їй людини) у зв’язку з виконанням нею службових повноважень чи професійних обов’язків, реалізацією нею суб’єктивного права або виконанням юридичного обов’язку в інтересах суспільства, правосуддя чи міжнародного порядку*. При цьому у проєкті міститься ст. 9.7.7 «Насильство у зв’язку з виконанням службових повноважень чи професійних обов’язків, реалізацією нею суб’єктивного права або виконання юридичного обов’язку в інтересах суспільства чи держави». Уявимо ситуацію: особа вчинила таке насильство із неконкретизованим умислом, що виразилося в заподіянні удару щодо відповідної особи із певним мотивом (злочин, передбачений ст. 9.7.7.), чим спричинила потерпілому, наприклад, значну шкоду здоров’я. Кваліфікація вчиненого можлива у декількох варіантах: 1) із використанням правила, визначеного у ч. 4 ст. 2.4.4, за статтями 4.2.7, 4.2.5, п. 3; 2) із використанням правил, визначених у ч. 1 ст. 2.10.4 і ч.2 ст. 2.5.12, за статтями 9.7.7, 4.2.7; 3) із використанням всіх правил за сукупністю всіх цих статей: 4.2.7, 4.2.5,

п. 3, 9.7.7. Останній варіант видається найменш прийнятним, оскільки ознака спеціального потерпілого та мотиву буде врахована двічі.

Дотичним до наведеної ситуації може стати і випадок із вчиненням злочину, передбаченого ст. 4.4.5 «Позбавлення особистої свободи людини» щодо, наприклад, людини у зв'язку із виконанням нею службових повноважень (п. 3 ст. 4.4.4). Якщо тлумачити насильство, вжите у диспозиції ст. 9.7.7, у розумінні п. 31 ч. 2 ст. 1.4.1 у частині обмеження особистої свободи людини, виникає по-перше, така сама конкуренція норм, як і описана вище, по-друге, існує проблема розмежування понять позбавлення особистої свободи людини та обмеження особистої свободи людини. Однозначних відповідей на ці питання з урахуванням положень проєкту відшукати, на жаль, не вдалося.

Стаття 4.2.12. Штучне переривання вагітності

1. Запитання викликає визначення ступеня тяжкості злочину, передбаченого ст. 4.2.12. Ситуація чимось подібна до співвідношення вбивства і доведення до самогубства. Так, злочин, передбачений ст. 4.2.6 «Спричинення тяжкої шкоди здоров'ю» і злочин, передбачений ст. 4.2.12 «Штучне переривання вагітності» – однакового (5-го) ступеня тяжкості. Це, вочевидь, обумовлено наявністю підпункту е) п. 3 ч. 1 ст. 1.4.3 – наслідок у виді переривання вагітності як ознака тяжкої шкоди здоров'ю, що, своєю чергою, обумовлює 5-ий ступінь тяжкості умисного злочину (п. 3 ч. 4 ст. 2.5.9 проєкту). Однак відмінність між цими посяганнями полягає в тому, що у складі злочину, передбаченого ст. 4.2.6, потерпіла не бажає такого наслідку, а у складі злочину, передбаченого ст. 4.2.12, – бажає. Видається, що зрівняння цих злочинів у тяжкості є несправедливим відображенням реальної тяжкості цих посягань. У цьому ж контексті злочини, передбачені статтями 4.2.13, 4.2.14, змістовно ближчі до спричинення тяжкої шкоди здоров'ю, ніж злочин, описаний у 4.2.12, у зв'язку з успішним порушенням вольової сфери потерпілої особи та завдяки «насильницькому» чи «обманному» впливу на прийняття потерпілою особою рішення про заподіяння собі наслідків, характерних для тяжкої шкоди здоров'ю. Хоч і тут зрівняння видається сумнівним.

2. У диспозиції ст. 4.2.12 вказівка на операцію чи процедуру є зайвою, оскільки в інший спосіб здійснити штучне переривання вагітності, про яке йдеться в цій статті, мабуть, неможливо.

Стаття 4.2.13. Штучне переривання вагітності внаслідок примушування або обману

Назва цієї статті не узгоджується з змістом. Якщо прочитати назву, то складається враження, що відповідальність настає для жінки або особи, яка вчинила штучне переривання вагітності, і це привілейований склад щодо ст. 4.2.12. Однак це зовсім не так. Тому пропонуємо назвати цей злочин таким чином: «*Примушування до переривання вагітності або введення в обману з цією метою*».

Стаття 4.2.14. Стерилізація людини внаслідок примушування або обману

Краще назвати це злочин таким чином: «*Примушування до стерилізації або введення в обману з цією метою*».

Стаття 4.2.15. Насильство, яке завдало фізичного болю

1. Чи є відмінність між поняттями насильства, визначеного у п. 31 ч. 2 ст. 1.4.1, і поняттям насильства у складі проступку, описаного у ст. 4.2.15? Чи є завдання фізичного болю наслідком застосування насильства чи це іманентна ознака? Чи є насильством застосування акустичного, світлового, термічного чи хімічного фактору без завдання фізичного болю? Ці питання потребують однозначних відповідей.

Виходячи з конструкції ст. 4.2.15, фізичний біль не є наслідком застосування насильства, оскільки у протилежному випадку розглядувана стаття мала б інакший вигляд, наприклад, такий:

«*Стаття 4.2.15. Насильство, яке завдало фізичного болю*

Особа, яка вчинила насильство щодо іншої людини шляхом:

1) нанесення удару,

2) завдання побоїв або

3) застосування акустичного, світлового, термічного чи хімічного фактору,

що завдало людині фізичного болю, але не спричинило розладу здоров'я, – вчинила проступок».

Наразі вважаємо завдання фізичного болю ознакою діяння (хоч це і не зовсім логічно) або характеристикою ступеня інтенсивності насильства.

2. Відповідно до п. 47 ч. 2 ст. 1.4.1 примушування – це вимагання від іншої людини вчинити чи не вчинювати певну дію шляхом застосування *насильства* чи погрози щодо неї або її близької людини. В Особливій частині

проєкту ознака примушування наявна у складах кримінальних правопорушень, передбачених п. 4 ст. 4.1.7; п. 4 ст. 4.1.8; п. 1 ст. 4.2.13; п. 1 ст. 4.2.14; п. 6 ст. 4.4.3; ст. 4.4.6; ст. 4.4.7; ст. 4.4.8; ст. 4.5.6; п. 1 ст. 4.5.11; ст. 4.6.4; ст. 4.10.4; ст. 5.1.4; ст. 7.1.9; п. 3 ст. 8.2.4; ст. 10.1.9. У зв'язку з цим виникатиме питання про потребу у всіх цих випадках у разі, якщо примушування виразилося у вчиненні насильства, яке завдало фізичного болю, додатково кваліфікувати вчинене за ст. 4.2.15.

3. Насильство прямо назване як ознака кримінальних правопорушень, визначених у статтях: 4.6.4; 4.6.14; 4.7.9; 4.11.6; 7.4.4; 7.5.5; 9.4.3; 9.7.7; 9.7.9; 10.1.10; 10.1.12; 10.5.3; 11.5.9. Для кваліфікації така ситуація не створює особливих проблем, оскільки передбачене у цих статтях насильство міститься у так званих спеціальних складах кримінальних правопорушень (за термінологією проєкту) і, відповідно, у разі вчинення його за умов, описаних у зазначених статтях, застосовуються лише вони. Але ця, здавалось б незначна річ наштовхує на міркування концептуального характеру. Якщо насильство, наприклад, вчиняється як прояв агресії щодо іншої людини у порушення публічного порядку, то проступок (насильство) «переростає» у злочин 3-го ступеня тяжкості (ст. 7.5.5); або проступок (насильство) щодо людини у зв'язку з виконанням нею службових повноважень – у злочин 1-го ступеня (ст. 9.7.7). Отже, проєкт допускає наявність ознак, які не пов'язані із заподіянням шкоди, однак «перетворюють» проступки у злочини. То чому у проєкті не передбачено такий перелік ознак щодо проступків? Як розуміти п. 2 ст. 2.5.2 проєкту, який визначає неістотну шкоду як іншу шкоду, якщо вона не визначена у цьому Кодексі як істотна шкода, за умови, що істотна шкода, тоді як, наприклад, шкода публічному порядку визначена як значна шкода (п. 15 ст. 2.5.4)?

РОЗДІЛ 4.3.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ МЕНТАЛЬНОЇ ТА ФІЗИЧНОЇ БЕЗПЕКИ ЛЮДИНИ

Стаття 4.3.2. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь

1. Із статей 3, 8, 14 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод випливає обов'язок держав-членів Ради Європи (РЄ) криміналізувати вербальні напади та погрози фізичним насильством із дискримінаційних мотивів. Виділення такої ознаки, що підвищує тяжкість злочину на один ступінь, як вчинення злочину «*з мотиву статі чи ґендеру*»

(п. 11 ст. 4.3.2.), не вичерпує виконання позитивного обов'язку державою криміналізувати найбільш грубі форми вияву нетолерантності та дискримінації.

Перелік характеристик, через які особа чи група осіб зазнають нападів ненависті, є значно ширшим як у практиці ЄСПЛ, так і в національному кримінальному законодавстві держав-членів РЄ. Мова йде про характеристики особи, які є видимими для інших, а тому легко вразливими, та які стосуються тих аспектів самоідентифікації людини, які є незмінними або засадничими для самовідчуття особи, будучи одночасно ознаками належності до певної групової ідентичності. Традиційно, такими характеристиками вважаються раса, етнічна належність, мова, релігія, національність, вік, стать, сексуальна орієнтація, гендерна ідентичність, гендерне вираження, стать тощо. Якщо подивитися на законодавство ЄС, то Рамкове Рішення (Framework Decision 2008/913/JHA) криміналізує мову ненависті і злочини ненависті, а саме публічні заклики до насильства чи ненависті проти особи чи групи осіб за ознакою раси, кольору шкіри, релігії, походження, національної чи етнічної ідентичності. Європейський парламент також звертав увагу на необхідність карати за мову ненависті проти LGBTIQ-людей (резолюція від березня 2021 р. (2021/2557(RSP)) чи на релігійному ґрунті (резолюція від травня 2022 р. (2021/2055(INI)) тощо.

Розпалювання ворожнечі чи ненависті (ст. 4.11.4) не охоплює погрозу спричинити смерть чи тяжку шкоду здоров'ю з мотивів ненависті. Відповідно до європейських стандартів протидія крайнім формам вияву ненависті може здійснюватись як шляхом доповнення кримінального закону окремими статтями, так і через посилення кримінальної відповідальності за загальнокримінальні злочини, якщо вони вчиняються з мотивів ненависті чи дискримінації.

Відтак у п. 11 ст. 4.3.2 варто розширити перелік характеристик потерпілого, у зв'язку з якими він зазнає погрози фізичного насильства.

2. До ознак, що підвищують на один ступінь тяжкість злочинів, передбачених аналізованим розділом, віднесено і вчинення умисного злочину «*особою, яка має непогашену судимість за умисний злочин*» (п. 9 ст. 4.3.2). Якщо вчинення погрози фізичним насильством особою, яка має судимість за умисний насильницький злочин, виправдано підвищуватиме тяжкість злочину, передбаченого ст. 4.3.3, то це навряд чи можна сказати про його вчинення особою, яка має непогашену судимість, наприклад, за крадіжку чи інше ненасильницьке посягання.

3. Стосовно вчинення злочину «*щодо близької людини або колишнього подружжя*» (п. 2 ст. 4.3.2), то застосування цієї ознаки до залишення в небезпеці особою, яка зобов'язана була піклуватися про потерпілого (ст. 4.3.4), може призвести до подвійного врахування наявності родинних відносин. Тому доцільно уточнити, що ця ознака має змінювати тяжкість лише злочину, передбаченого ст. 4.3.3.

4. Порівняння санкцій за погрозу спричинити смерть чи тяжку шкоду здоров'ю (ст. 4.3.3) і спричинення тяжкої шкоди здоров'ю (4.2.6) показує, що у випадку наявності «особливо кваліфікуючих» ознак вказана погроза та її реальне втілення у життя каратимуться однаково (ув'язнення на строк від 6 до 8 років). Це наштовхує на думку про надмірну репресивність у згаданому випадку. Істотне посилення караності залишення в небезпеці, що спричинило смерть потерпілому, не виглядає виправданим. За правилами призначення покарання, закріпленими у проєкті, особі загрожуватиме до 13 років ув'язнення. Для порівняння: відповідна санкція чинного КК України передбачає позбавлення волі на строк від 3 до 8 років. Посилення репресивності не може бути просто побічним ефектом нової логічної схеми призначення покарання, а повинне мати належну аргументацію.

5. П. 7 ст. 4.3.2 передбачає підвищення тяжкості злочину, передбаченого ст. 4.3.3, якщо погроза вчинена *з використанням засобу масової інформації, інформаційної системи чи мережі Інтернет*. Щодо використання як засобів вчинення кримінального правопорушення сучасних можливостей інформаційних систем, то їх значення для визначення тяжкості злочину повинно бути зрозумілим. Складно відшукати відмінність, наприклад, у тяжкості надсилання відповідної погрози за допомогою СМС-повідомлення, яке використовує стандарт зв'язку GSM-900, і повідомлення у будь-якому месенджері, яке можна надіслати тільки з використанням мережі Інтернет. П. 7 ст. 4.3.2 та інші подібні норми у проєкті роблять відповідне підвищення тяжкості злочину не лише можливим, а й необхідним. Навряд чи це обґрунтовано. Спростимо: СМС-ка «Я тебе вб'ю» – злочин 3-го ступеня тяжкості, а повідомлення такого самого змісту вже у Телеграмі – вже 4-го? Можливо, тут мало б йтися про розміщення певної інформації з використанням мережі Інтернет у загальному доступі або про використання Інтернету для приховування слідів того, хто надіслав повідомлення? Якщо такі міркування робочою групою сприймаються, то відповідна «кваліфікуюча» ознака потребує уточнення. Подібна проблема

спостерігається й у статтях 4.6.9, 4.7.3, 4.10.3, 4.11.3, 5.1.3, 5.2.3, 6.2.2, 6.3.4, 9.1.3, 9.2.2, 10.6.2 проєкту.

Стаття 4.3.3. Погроза спричинити смерть чи тяжку шкоду здоров'ю

1. Поняття погрози є наскрізним для проєкту, а його визначення у найзагальнішому вигляді запропоновано у п. 44 ч. 2 ст. 1.4.1, де під погрозою розуміється *усне, письмове чи конклюдентними діями залякування людини застосуванням насильства, зґвалтуванням чи сексуальним насильством, знищенням чи пошкодженням майна, розголошенням дійсних чи вигаданих відомостей, які можуть скомпрометувати людину, або спричиненням їй будь-якої шкоди*. Таким чином, погроза, про яку йдеться у ст. 4.3.3, є конкретизацією за змістом відповідного поняття, визначеного у «глосарії». Виходить, що це усне, письмове чи конклюдентними діями залякування людини спричиненням смерті чи тяжкої шкоди здоров'ю. Якщо наведене твердження є правильним, то склад злочину, передбаченого ст. 4.3.3, повинен містити ще одну ознаку – мету вчинення злочину – залякування. У контексті аналізованого складу це може бути виражено за допомогою певних слів, причому не обов'язково «з метою залякування». Так, ст. 129 чинного КК України «Погроза вбивством» (найбільш наближена за змістом стаття у чинному КК) містить ознаку «якщо були реальні підстави побоюватись здійснення цієї погрози». Таке формулювання необхідної ознаки погрози є кращим у частині того, що не переносить фокус виключно на сприйняття погрози потерпілим, як це зроблено у проєкті. Його ст. 4.3.3 як на умову наявності складу злочину вказує на те, що «*людина сприйняла погрозу як таку, що може бути реалізована*». Тим самим відповідальність особи ставиться у залежність від «лякливості» потерпілого.

Видається, що варто згадати відому у кримінальному праві конструкцію в оцінці такого роду фактів: для наявності підстави відповідальності має бути одночасно: а) сприйняття потерпілим погрози як реальної (наявне у ст. 4.3.3) і б) розрахунок винної особи на таке сприйняття (відсутнє у ст. 4.3.3, але може бути виведене шляхом системного тлумачення родового поняття «погроза», ознакою якого є мета залякування). Чи не варто використати у складі погрози спричиненням смерті чи тяжкої шкоди здоров'ю таку конструкцію, яка б однозначно свідчила про необхідність поєднання двох згаданих елементів?

2. Включення у зміст погрози, передбаченої у ст. 4.3.3, спричинення тяжкої шкоди здоров'ю може мати своїм наслідком проблему потреби

об’єктивного ставлення у вину. Справа у тому, що ранжування шкоди здоров’ю за ступенями тяжкості належить до достатньо складних питань юридичного характеру, які навряд чи можуть бути усвідомлені особою, яка не є фахівцем у галузі права. Відмінність тяжкої та значної шкоди здоров’ю людини часто не настільки очевидна, що ми зможемо довести наявність умислу особи на погрозу заподіяння саме тяжкої шкоди здоров’ю. Це викличе проблеми із правовою оцінкою погрози невизначеної шкоди на кшталт «Покалічу!» чи «Зроблю інвалідом!». Тому, напевно, у чинному КК України самостійну відповідальність встановлено за погрозу спричинення шкоди, яку не складно визначити (смерть особи), а у тих випадках, коли погроза є способом вчинення іншого злочину, зміст її уточнюється за допомогою понять на кшталт «погроза насильством, небезпечним для життя чи здоров’я».

3. Погроза є одним з елементів форми об’єктивної сторони складу такого кримінального правопорушення, як примушування (п. 47 ч. 2 ст. 1.4.1 проєкту). Тому у всіх випадках вчинення примушування як самостійного кримінального правопорушення (статті 4.4.7, 4.4.8, 4.5.6, 4.5.11, 5.1.14, 10.1.9 тощо) або способом вчинення правопорушення (статті 4.2.13, 4.2.14, 4.6.4, 4.10.4, 7.1.9 тощо), поєднаного із погрозою спричинення смерті чи тяжкої шкоди здоров’ю, виникне питання про додаткову кваліфікацію вчиненого за ст. 4.3.3. Так, якщо особа примушувала іншу людину вчинити якусь дію, наприклад, вийти з приміщення, в якому потерпілий має право перебувати, погрожуючи при цьому заподіяти тяжку шкоду здоров’ю, то скільки злочинів вона вчинить – один (ст. 4.4.7) чи два (статті 4.4.7, 4.3.3)? Якщо зупинись на другому варіанті кваліфікації, то чи відповідатиме він принципу non bis in idem?

4. Щодо наявності у проєкті ст. 4.3.3 та особливостей формулювання складів кримінальних правопорушень, які проявляються у погрозі, помітно й декілька проблем системного характеру. Так, вчинення злочину, передбаченого ст. 4.3.3, з використанням влади чи службових повноважень публічною службовою особою без якоїсь особливої мети із зверненням до п. 5 ст. 4.3.2 «дає нам» злочин 4-го ступеня тяжкості. Водночас катування (застосування насильства або погрози публічною службовою особою з визначеною у законі метою, яка підкреслює тяжкість злочину та дає можливість застосування такого терміну як «катування») – злочин 3-го ступеня тяжкості.

Або інший приклад. Спеціальна норма, передбачена ст. 10.1.11 «Погроза вбивством чи спричиненням тяжкої шкоди здоров'ю командиру (начальнику)», не відповідає своєму призначенню. Спеціальна норма, за вже класичним визначенням у доктрині кримінального права, має сенс тоді, коли вона якось інакше регулює питання відповідальності, ніж загальна. У розглядуваному випадку – погроза командиру (начальнику) – точно такого ж змісту, що й у ст. 4.3.3 (термінологічно не так, проте суті це не змінює), але у зв'язку з виконанням ним обов'язків військової служби мала б бути більш тяжким злочином. Але ні: обидва посягання в основному (базовому) своєму складі є злочинами 3-го ступеня тяжкості. Ба більше: якщо уявити, що ст. 10.1.11 у проєкту відсутня, то поведінка військовослужбовця, яка виявляється у погрозі спричиненням смерті своєму командиру у зв'язку з виконанням ним обов'язків військової служби, буде кваліфікована за ст. 4.3.3 і п. 3 ст. 4.3.2 як злочин вже 4-го ступеня тяжкості, а якщо командир має високий ранг (займає особливо відповідальне становище) із використанням п. 2 ст. 4.3.1 – як злочин 5-го ступеня тяжкості.

Стаття 4.3.4. Залишення в небезпеці

1. П. 2 ст. 4.3.4 проєкту, на відміну від попередньої редакції цієї ж статті від 30.12.2022 р., містить вказівку на те, що відповідальності за розглядуваний злочин підлягає *особа, яка сама поставила цю людину в небезпечний для її життя стан через свої неумисні дії* (попередня редакція – сама поставила цю людину у небезпечний для її життя стан). Тобто розробники проєкту встановлюють обмеження у психічному ставленні до діяння, яким особу поставлено у небезпечний для життя стан: за ст. 4.3.4 відповідає лише особа, яка зробила це через свої неумисні дії.

Якщо йдеться про неумисні дії, то це означає з необережності? Третього варіанту, враховуючи лише дві форми вини, немає. Якщо так, то чому б про це не написати, використавши термін «необережні»? Можливо, робоча група утримується від цього через те, що види необережності у статтях 2.4.5, 2.4.5 сформульовано з використанням ставлення до наслідку, а передбачений ст. 4.3.4 злочин – це делікт створення небезпеки. Однак шкода безпеці від погрози спричинення тяжкої чи особливо тяжкої шкоди належить до значної шкоди (п. 23 ст. 2.5.4 проєкту), що і є відповідним наслідком, до якого можна ставитись або легковажно, або недбало. Тобто формальної причини використовувати дивну форму вини («неумисно») немає. Натомість аналізована зміна регулювання ставить питання: як оцінювати більш

небезпечну поведінку, яка полягає в умисному ставленні до дій, якими особа поставила людину у небезпечний для життя стан? При цьому не варто забувати, що у проєкті конструкція прямого умислу може і не передбачати настання наслідку і відповідне ставлення до нього (частини 1 і 2 ст. 2.4.2). Розглядувану поведінку не можна вважати замахом на вбивство і кваліфікувати за ст. 4.3.4 – також ні. Виходить, що має місце прогалина? Можливо, варто повернутись до попередньої редакції ст. 4.3.4?

2. Формулювання ознаки, визначеної у п. 2 ст. 4.3.4 (причому у будь-якій редакції), певним чином суперечить положенню п. 1 ч. 2 ст. 2.2.5. Злочин, передбачений ст. 4.3.4, вчиняється у формі бездіяльності – «*залишила без допомоги*…», а тому для визначення поняття бездіяльності та умов відповідальності за пасивну форму поведінки звертаємось до ст. 2.2.5. Там, зокрема, визначено, що бездіяльність є ознакою складу кримінального правопорушення, якщо особа без поважної причини не вчинила конкретної дії, щодо якої вона мала: 1) юридичний обов'язок та 2) реальну можливість її вчинити. П. 1 ст. 4.3.4 безпосередньо і точно відповідає положенням ст. 2.2.5, а ось п. 2 ст. 4.3.4 розширює підстави виникнення обов'язку вчиняти конкретні дії як однієї з умов відповідальності за бездіяльність (див. також цей висновок у частині зауважень до розділу 2.2).

3. Питання викликає і віднесення злочину, передбаченого ст. 4.3.4, до злочинів 3-го ступеня тяжкості. Цей ступінь тяжкості умисного злочину відповідає заподіянню значної шкоди (п. 2 ч. 4 ст. 2.5.9 проєкту). Значна шкода визначена у ст. 2.5.4. проєкту, і серед її різновидів є шкода різним видам безпеки: довкілля у виді масового захворювання об'єктів тваринного чи рослинного світу (п. 9); від діяльності організованих груп (п. 12); від обігу небезпечних предметів та об'єктам критичної інфраструктури (п. 13); руху та експлуатації транспорту (п. 14); безпеці від погрози спричинення тяжкої чи особливо тяжкої шкоди або від публічних закликів до спричинення такої шкоди або від виправдовування її спричинення (п. 23). Шкоди від створення небезпеки для життя у цьому переліку немає, як немає і більш абстрактного формулювання – шкоди ментальній чи фізичній безпеці (назва розділу 4.3). Наближеним за формулюванням є п. 20 ст. 2.5.3 – реальна небезпека спричинення значної, тяжкої, особливо тяжкої чи винятково тяжкої шкоди, але це ознака *істотної шкоди*, що, своєю чергою, обумовлює не 3-ій, а 1-ий базовий ступінь тяжкості умисного злочину (п. 1 ст. 4 ст. 2.5.9 проєкту).

Щодо можливості відповідальності за створення небезпеки для життя чи здоров'я іншої людини.

Політиці часткового усунення з проєкту абстрактних статей відповідає невключення в аналізовану редакцію проєкту ст. 4.3.5 «Створення небезпеки для життя чи здоров'я іншої людини», в якій було встановлено відповідальність будь-якої особи за будь-яким способом створення або невідвернення (за наявності обов'язку та можливості) небезпеки настання особливо тяжкої шкоди або значної чи тяжкої шкоди здоров'ю іншої людини. Це, звісно, не означає, що відповідна поведінка декриміналізована повністю. Наслідок у вигляді створення небезпеки для відповідних цінностей передбачено у статтях 5.1.9, 5.1.11, 5.1.12, 5.3.6, 5.3.9, 5.3.12, 5.3.15, 5.3.18, 7.2.4, 7.3.6, 7.3.7, 7.3.9, 7.4.3, 7.4.4 проєкту. Однак казуїстичний спосіб описання ознак складів кримінальних правопорушень створює небезпеку появи прогалин у кримінально-правовому регулюванні. Це обґрунтовується, крім закономірностей правового регулювання, ще й особливостями самого проєкту. Тому підхід, який був обраний робочою групою у попередній редакції проєкту, виглядає як більш системно виважений.

РОЗДІЛ 4.4.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ОСОБИСТОЇ СВОБОДИ ТА ГІДНОСТІ ЛЮДИНИ

Стаття 4.4.1. Значення термінів, вжитих у цьому Розділі

1. Певні застереження слід висловити щодо переліку різновидів експлуатації людини (п. 1 ст. 4.4.1).

По-перше, навряд чи виправдано цей перелік робити вичерпним, адже поява нових форм експлуатації – лише питання часу, у зв'язку з чим відповідна норма має бути максимально гнучкою. У Палермському протоколі (п. «а» ст. 3) та в Конвенції Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми (п. «а» ст. 4) акцентовано на тому, що перераховані в них форми експлуатації людини не становлять вичерпного переліку («Експлуатація включає як мінімум, ...», «Експлуатація включає в себе принаймні ...»).

По-друге, є застереження стосовно окремих із перерахованих у вказаній статті форм експлуатації людини. Так, навряд чи правильно поряд із сексуальною експлуатацією виокремлювати «залучення до участі в порнобізнесі», яке фактично є різновидом сексуальної експлуатації. Під використанням у порнобізнесі прийнято розуміти одержання прибутку від

протиправного залучення особи як виконавця (актора, статиста тощо) до виготовлення з метою розповсюдження або збуту порнографії. Участь у створенні порнографічної продукції супроводжується не лише оголенням статевих органів, а й статевим актом та іншими діями сексуального характеру, які є сексуальною експлуатацією. Здійснений порівняльно-правовий аналіз законодавства 63 держав засвідчив, що сексуальну експлуатацію та використання особи у порнобізнесі розмежували законодавці лише Північної Македонії та Чорногорії. Натомість законодавці низки держав використання у порнобізнесі прямо називають різновидом сексуальної експлуатації. Так, литовський і польський законодавці серед форм експлуатації виокремили «використання проституції, порнографії та інші форми сексуальної експлуатації», словацький і хорватський – «проституцію чи інші форми сексуальної експлуатації, включаючи порнографію», іспанський – «сексуальну експлуатацію, включаючи порнобізнес». Таким чином, збереження вказаних форм експлуатації у цьому переліку чи вилучення їх із нього навряд чи якимось чином позначиться на правозастосовній практиці (див.: Андрушко А.В. Теоретико-прикладні засади запобігання та протидії злочинам проти волі, честі та гідності особи: монографія. К., 2020. С. 284–287).

По суті формальним є виокремлення таких форм експлуатації, як «*підкорення рабству або звичаям, подібним до рабства*», «*уведення у підневільний стан*», які «у чистому вигляді» навряд чи взагалі трапляються (на практиці невіддільні від трудової чи сексуальної експлуатації).

Так само «*залучення у боргову кабалу*» як окрема форма експлуатації у проаналізованій судовій практиці практично не трапляється; у всіх випадках залучення в боргову кабалу є засобом примушування особи до сексуальної, трудової чи іншої експлуатації. Крім цього, варто звернути увагу на таке. Експлуатація людини завжди є вторинною, похідною категорією стосовно рабства чи звичаїв, подібних до рабства. Справа в тому, що вільну людину не можна піддати експлуатації. Спершу її потрібно обернути в рабство або інший підневільний (вкрай залежний) стан. Таким чином, неволя і пов’язані з нею стани є первинними, оскільки саме вони породжують й можуть реально забезпечити експлуатацію людини, а не навпаки. З огляду на це, як видається, включення до змісту поняття «експлуатація» первинних щодо неї елементів (рабства або звичаїв, подібних до рабства, а також підневільного стану) є нелогічним. Звернемо увагу також на те, що про автономний характер рабства і подібних до нього станів свідчать такі міжнародно-правові

акти, як Загальна декларація прав людини (ст. 4), Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ст. 8), Конвенція про рабство, Додаткова конвенція про скасування рабства, работоргівлі та інститутів і звичаїв, подібних до рабства, тощо. Варто також зазначити, що боргову кабалу Додаткова конвенція про скасування рабства, работоргівлі та інститутів і звичаїв, подібних до рабства (ст. 1), відносить до звичаїв, подібних до рабства. Таким чином, виходить, що у відповідному переліку форм експлуатації у проєкті пропонується виокремити і звичаї, подібні до рабства (ширше поняття), і залучення в боргову кабалу (вужче поняття), що навряд чи логічно (сказане підтверджує і вивчений зарубіжний досвід).

Підневільний стан, хоч згадування про нього як про окрему форму експлуатації людини і міститься в Палермському протоколі, фактично нерозривно пов'язаний з рабством і звичаями, подібними до рабства. Так, у ч. 2 ст. 6 Додаткової конвенції про скасування рабства, работоргівлі та інститутів і звичаїв, подібних до рабства, зазначено, що підневільний стан є результатом інститутів і звичаїв, подібних до рабства. На нерозривний зв'язок підневільного стану і рабства та звичаїв, подібних до рабства, вказує і семантичне значення слова «підневільний». Тому виділення підневільного стану як окремої форми експлуатації людини є нелогічним.

2. У дефініції поняття *заручника* згадується про широке коло суб'єктів, яких має на меті змусити особа, яка позбавила особистої свободи людину. Це – орган державної влади, орган місцевого самоврядування, міжнародна організація чи представництво іноземної держави, фізична чи юридична особа. Подібні розлогі переліки трапляються й в інших статтях проєкту (наприклад, 1.4.1, 7.2.4, 7.5.6). Можливо, їх варто скоротити, використавши стислий зворот на кшталт «фізична особа чи організація»?

Стаття 4.4.2. Ознаки, що знижують тяжкість злочину на два ступеня

1. Однією з обставин, яка знижує тяжкість злочину, передбаченого ст. 4.4.5, у проєкті пропонується визнавати добровільне звільнення людини протягом 12 годин з моменту позбавлення її особистої свободи (якщо до неї не застосовувалось катування і не було спричинено шкоди її здоров'ю), а обставиною, яка підвищує тяжкість цього злочину (п. 8 ст. 4.4.4), – утримання людини, позбавленої особистої свободи, понад 7 діб. Чим обумовлені вказані хронологічні проміжки, які з точки зору розробників проєкту повинні мати кримінально-правове значення, сказати складно. У будь-якому разі вони будуть умовними. Переконливі аргументи на їх користь

навряд чи взагалі можуть бути, адже визначити чітку грань, яка б відділяла менш і більш небезпечне позбавлення особистої свободи, залежно від часу, протягом якого воно тривало, навряд чи можливо (саме тому відповідний зарубіжний досвід надзвичайно різноманітний). Більш переконливою видається позиція З. Загиней-Заболотенко та деяких інших науковців, які вважають, що тут доцільно виходити не лише з об'єктивних темпоральних критеріїв, а й з чинників суб'єктивного характеру (зокрема, віку потерпілої особи, стану її здоров'я, умов тримання), вплив яких на сприйняття тривалості вказаного посягання дуже важливий. До слова деякі законодавці (наприклад, Греції, Данії, Норвегії) вказують на тривалий час незаконного позбавлення свободи (без конкретизації часового проміжку) як на обставину, що обтяжує кримінальну відповідальність за нього.

2. Незрозуміло, як у разі ухвалення проєкту як закону буде вирішуватись питання про малозначність (термінологія чинного КК). Так, навряд чи є підстави визнавати злочином 3-го ступеня нетривале позбавлення волі, яке не спричинило жодної шкоди і не могло спричинити, що мало місце в родині. Наприклад, дружина зачинила чоловіка у квартирі на декілька годин з метою перешкодити йому продовжити вживання алкогольних напоїв. Ст. 2.5.8 «Мізерна шкода» щодо подібних ситуацій (треба так розуміти) не годиться (див. цей висновок у частині зауважень до розділу 2.5).

Стаття 4.4.3. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на два ступеня

1. У п. 3 ст. 4.4.3 йдеться про таку ознаку, як вчинення умисного злочину *в складі або за завданням організованої групи чи злочинної організації*. Водночас тут не йдеться про терористичну групу при тому, що вона може захоплювати заручників.

2. У п. 6 ст. 4.4.3 йдеться про вчинення злочину, передбаченого ст. 4.4.5 щодо заручника. Навіщо дублювати у цьому пункті положення з дефініції заручника, викладеної в п. 2 ст. 4.4.1? Краще п. 6 ст. 4.4.3 викласти, наприклад, у такій редакції:

«*6) передбаченого статтею 4.4.5 щодо заручника*».

3. Словосполучення «*психічно здорової людини*» у п. 5 ст. 4.4.4 є зайвим, оскільки воно повністю охоплюється терміном «*людина, яка не потребує госпіталізації до такого закладу*». Зайвою є і вказівка на завідомість. Це – захаращення кримінального закону непотрібними положеннями. Правозастосувачу однаково доведеться звертатися до Закону України «Про

психіатричну допомогу», який встановлює підстави та порядок госпіталізації особи до психіатричного закладу (із згаданого Закону ця завідомість випливає), про що у своїй монографії «під докторську» писав А. Андрушко.

Стаття 4.4.5. Позбавлення особистої свободи людини

Не зовсім зрозуміло, навіщо у цій статті окремо вказувати на таку форму позбавлення особистої свободи людини, як захоплення людини, адже з моменту її захоплення має місце позбавлення її особистої свободи. Розробники проєкту слушно відмовились від викрадення людини, однак чомусь додали захоплення. Пропонується диспозицію ст. 4.4.5 сформулювати таким чином: «*Особа, яка позбавила людину її особистої свободи в будь-якій формі, – вчинила…*».

Стаття 4.4.6. Торгівля людьми

1. В назві статті коректніше говорити про торгівлю людиною. Тоді вона краще відображатиме зміст статті, адже кримінальна відповідальність настає і за торгівлю однією людиною. Крім того, у попередній статті проєкту йдеться про позбавлення особистої свободи людини, а не людей.

2. Більшість дієслів, що утворюють форми об'єктивної сторони складу цього злочину, мають минулий час і доконаний вид. Водночас у п. 2 слово «переміщувала» – це дієслово недоконаного виду. У зв'язку з цим постає запитання: це зроблено умисно? Змоделюємо ситуацію: особу затримано під час передачі чи одержання людини, але до моменту закінчення злочину в цих формах. Як кваліфікувати вчинене – як закінчений злочин чи замах на нього?

3. Не надто вдалим у ст. 4.4 є формулювання «*використання стану людини, яка є особливо уразливою чи уразливою людиною*». У Директиві 2011/36 йдеться про уразливе становище, а не уразливу людину.

4. Стосовно дитини застереження «*незалежно від мети та способу*» є некоректним, оскільки складається враження, що торгівля дитиною, яка вчиняється у формах вербування, переміщення, переховування, не потребує мети експлуатації. Але якщо це застереження щодо частини діянь (завербувала, переміщувала, збула (передала) або одержала) ще якось сприймається, то що переховування не зовсім зрозуміло, чому така поведінка є торгівлею людьми. Наприклад, батьки можуть приховувати свою дитину від органів опіки, дідусь з бабусею – від недбайливих батьків. Це, звісно, погано, але аж не торгівля людьми

Виняток стосовно дитини, пов'язаний із відсутністю мети експлуатації, має стосуватися вчинення щодо неї купівлі-продажу чи іншої незаконної угоди. Якщо торгівля дитиною вчиняється у формах вербування, переміщення, одержання, переховування, передача або одержання дитини, то мета експлуатації повинна бути наявною. Наприклад, виникає питання, за вербування дитини до чого може настати кримінальна відповідальність? Це саме питання можна поставити щодо переміщення та приховування.

Стаття 4.4.8. Примушування до співжиття у шлюбі чи без укладання шлюбу

Неоднозначним є збереження у проєкті статті про відповідальність за примушування до шлюбу, яка є спеціальною нормою щодо загальної норми про примушування. Єдиний аргумент на користь існування ст. 4.4.8 – необхідність виконання Стамбульської конвенції. Однак вилучення цієї спеціальної норми не означало б декриміналізацію примушування до шлюбу, оскільки в проєкті виокремлено загальний склад примушування (ст. 4.4.7).

Стаття 4.4.9. Застосування жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження

Доцільність виокремлення цієї статті є сумнівною, оскільки в частині, що стосується «жорстокого, нелюдського поводження» вона конкуруватиме з іншими статтями КК, а в частині «такого що принижує гідність поводження» має вкрай розмитий (невизначений) зміст, а тому породжуватиме труднощі в правозастосуванні. Якщо ж розробники проєкту наполягають на такій криміналізації, то варто звернути увагу на 3-ий ступінь тяжкості (санкція – штраф у розмірі від 1000 до 2000 розрахункових одиниць або ув'язнення на строк від 3 до 4 років). За окремі прояви такого, що принижує гідність поводження, вказане покарання видається занадто суворим.

РОЗДІЛ 4.5. КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ СЕКСУАЛЬНОЇ СВОБОДИ ТА СЕКСУАЛЬНОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ ЛЮДИНИ

Стаття 4.5.1. Значення термінів, вжитих у цьому Розділі

1. Визначення *віку сексуальної згоди* в п. 1 ст. 4.5.1 виглядає не зовсім вдалим із техніко-юридичної точки зору в частині визначення *віку* як *досягнення віку*.

З огляду на це визначення, мабуть, немає сенсу вказувати в п. 3 ст. 4.5.1 на те, що *не визнається добровільною згода, надана малолітньою особою*. Оскільки за проєктом (п. 12 ч. 2 ст. 1.4.1) малолітніми є особи віком до 14 років, а згідно з п. 1 ст. 4.5.1 вік сексуальної згоди становить 16 років, згода малолітньої дитини на вчинення щодо неї дій сексуального характеру не має значення з огляду саме на п. 1 ст. 4.5.1. Якщо ж робоча група (задля чіткого розмежування складів злочинів, передбачених статтями 4.5.4, 4.5.5, 4.5.8) сприйме нашу пропозицію позбутись норми про визначення віку сексуальної згоди (див. зауваження до ст. 4.5.8), то друге речення п. 3 краще викласти в такій редакції: «*Малолітня особа визнається неспроможною висловити добровільну згоду на вчинення щодо неї дій сексуального характеру*».

Водночас зауважимо що із змістовної точки оптимальність закріплення 14-річного віку у частинах четвертих ст. 152, ст. 153 чинного КК України й оперування цим саме віковим критерієм (14 років) у розглядуваному аспекті у проєкті для нас не виглядає безспірним підходом. Ми не готові назвати оптимальний «вік сексуальної згоди», який вважаємо таким, що потребує закріплення у новому кримінальному законі, і переконані в тому, що для уникнення довільності при встановленні цього критерію визначення меж злочинної поведінки у сексуальній сфері не обійтись без проведення міждисциплінарних досліджень за участю кримінологів, соціологів, судових медиків, дитячих психологів і сексологів.

Альтернативний варіант розв’язання цієї чутливої проблеми полягає у відмові від прямого (текстуального) відображення у КК концепту «вік сексуальної згоди». Питання про кримінальну відповідальність за вчинення дій сексуального характеру за участю дітей можна вирішувати через призму універсального конвенційного поняття добровільної згоди шляхом оцінки фактичних обставин у конкретному кримінальному провадженні. Йдеться, таким чином, про те, що малолітній вік особи (питання факту) як показник її психічної безпорадності виступатиме одним із чинників, що виключає вільне волевиявлення особи на вчинення дій сексуального характеру, а отже, добровільність згоди. Тобто роль криміноутворювальної ознаки і в цьому разі відіграватиме не недосягнення потерпілою особою певного віку, визначеного у законодавчому порядку (причому у чинному КК, як, до речі, і в проєкті – довільно), а відсутність добровільної згоди потерпілої особи, як це і притаманно сексуальному насильству у сенсі Стамбульської конвенції. Остання є сучаснішим за Лансаротську конвенцію документом (О. Дудоров, К. Задоя, 2019).

2. Не до кінця продуманим, не дивлячись на його розлогість, виглядає запропоноване робочою групою визначення поняття *відсутності добровільної згоди* (п. 3 ст. 4.5.1). При цьому, як справедливо наголошує А. Харитонова (2021, 2022), добровільна згода як прояв особистої сексуальної автономії людини є наріжним каменем при конструюванні правових механізмів захисту від сексуального насильства, конститутивною ознакою правомірної сексуальної взаємодії.

Із наведеної у проєкті конструкції (1) *відсутність вираженої зовні волі* (2) *при усвідомленні такою особою значення вчинюваного діяння* і (3) *за наявності в особи реальної можливості в будь-який момент відмовитися від вчинення щодо неї такого діяння* випливає, що відсутність добровільної згоди особи наявна, коли виконуються (дотримуються) одночасно три зазначені умови. Відсутність хоча б однієї з цих умов, відповідно, свідчить про відсутність «відсутності добровільної згоди», а отже, з огляду на так званий закон заперечення заперечення, – про наявність добровільної згоди.

Уявимо, наприклад, що відсутня друга із перерахованих вище умов – усвідомлення особою вчинюваного щодо неї діяння, оскільки потерпіла особа перебувала у стані сну, стані сп'яніння чи є психічно хворою. З огляду на те, як викладений п. 3 ст. 4.5.1 (технічна помилка – цей пункт розмішений над пунктами 1 і 2), вчинення дії сексуального характеру з такою особою буквально має розглядатися як таке, що вчинене за її добровільної згоди. Однак такий підхід суперечить як положенням чинного КК України (і проєкт із цього принципового питання не має демонструвати регрес), так і положенням міжнародно-правових актів, передусім ст. 36 Стамбульської конвенції.

З приводу подібного визначення поняття відсутності добровільної згоди в одній з попередній редакцій проєкту в юридичній літературі (О. Дудоров, К. Задоя, 2021) відзначалось таке. Складається враження, що це поняття формулюється певною мірою однобічно – саме і тільки з погляду потерпілого. Утім, для інкримінування особі статей про зґвалтування і дію сексуального характеру, не пов'язану з сексуальним проникненням, суд має констатувати не лише факт того, що певні дії були вчинені щодо потерпілого за відсутності його добровільної згоди, а й те, що відсутність такої згоди усвідомлювалась винним. Натомість з урахуванням аналізованого визначення суд повинен буде встановити усвідомлення обвинуваченим того, як сприймає ту чи іншу ситуацію потерпілий. Як наслідок, це породжує небезпеку того, що при застосуванні відповідних положень проєкту

відсутність добровільної згоди констатуватиметься лише у найбільш очевидних випадках (наприклад, у разі застосування до потерпілого фізичного чи психічного насильства). Така ймовірна практика суперечитиме тим цілям, задля досягнення яких добровільна згода особи набула (внаслідок сприйняття підходу, втіленого у Стамбульській конвенції) принципового значення для криміналізації розглядуваних кримінальних правопорушень. Відтак поняття добровільної згоди варто спробувати визначити інакше – з позиції обвинуваченого, не в позитивний (шляхом перерахування її конструктивних ознак), а в негативний спосіб – шляхом перерахування, хай і невичерпного, ознак, які повинні бути відсутні.

Видається, що викладені міркування зберігають свою актуальність і щодо аналізованої редакції проєкту.

3. У багатьох положеннях розділу 4.5 проєкту використовується зворот «*дія сексуального характеру*», яке визначається в п. 11 ч. 2 ст. 1.4.1 як «*дія, спрямована на задоволення сексуального потягу, пов'язана або не пов'язана з сексуальним проникненням*» (див. про це висновок у частині зауважень до розділу 1.4). Тут слід додати, що, якщо зґвалтування набуває вигляду гетеросексуального акту (не кажучи вже про інші прояви пенетрації), то є всі підстави вести мову про ймовірність вчинення цього злочину з автономними щодо сексуального мотиву (мотиву задовольнити статевий потяг) спонуканнями. Ними можуть бути помста, бажання принизити потерпілу особу, заподіяти їй біль або копіювати поведінку інших учасників групи, хуліганські спонукання, ревнощі, національна, релігійна ненависть чи ворожнеча тощо. Ніхто не сумнівається в тому, що й у випадках такого зґвалтування статева свобода (статева недоторканність) потерпілої особи страждає.

П. 11 ч. 2 ст. 1.4.1 ці нюанси, як видається, не бере (не повною мірою бере) до уваги, що здатне призвести до невиправданого обмеження сфери застосування статей КК, присвячених посяганням на сексуальну свободу і сексуальну недоторканість особи. Суголосно висловлюється А. Харитонова (2021), підкреслюючи, що, якщо виходити з того, що сексуальна природа акту може бути заснована лише на прагненні задовольнити лібідозний потяг, то деякі варіанти сексуальної поведінки залишаться поза сферою дії кримінального закону. Фахівчиня наголошує на виваженості підходу, втіленого у п. 190 Пояснювальної доповіді до Стамбульської конвенції, де роз'яснюється, що термін «сексуального характеру» означає акт, який має сексуальну конотацію; він не поширюється на акти, яким бракує такої

конотації або відтінку. Сексуальна конотація поведінки, охоплюючи соціокультурні та владні аспекти людської взаємодії, складніша, ніж просто статевий потяг. У випадку з п. 11 ч. 2 ст. 1.4.1, можливо, краще «не договорити» (бо ж не всі питання мають вичерпним чином вирішуватись у законі), ніж формулювати не до кінця продумане визначення дії сексуального характеру, яке щонайменше не враховує «дух» Стамбульської конвенції.

Стаття 4.5.2. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на два ступеня

Хоч проєкт насичений великою кількістю дефініцій, що свідчить про намір його розробників забезпечити максимальну точність та конкретність положень потенційного кримінального закону, у тексті проєкту не знайшлося місця визначенням таких понять – нових «кваліфікуючих» ознак, як *дитина, яка перебуває у стані, зумовленому вадою розумового або фізичного розвитку*, і «*спосіб, небезпечний для життя дитини*», які згідно зі ст. 4.5.2 (п. 2, п. 4) підвищуватимуть тяжкість злочинів на два ступеня і тлумачення яких може бути різним. Це матиме негативний вплив на однаковість правозастосування.

Стаття 4.5.3. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь

Спірним видається виокремлення такої «кваліфікуючої» ознаки, як вчинення злочину *у присутності малолітньої дитини, яка усвідомлювала обставини та значення вчиненого діяння* (п. 7). Якщо, з огляду на п. 1 ст. 4.5.1, малолітня дитина неспроможна давати юридично значущу згоду на вчинення щодо неї дій сексуального характеру через (треба так розуміти) неспроможність усвідомлювати значення таких дій (причому це неспростовна презумпція і в чинному КК України, і в проєкті), то не зовсім зрозуміло, чому проєкт допускає здатність малолітньої дитини усвідомлювати значення таких же дій, вчинюваних щодо третьої особи.

Див. також цей висновок у частині зауважень до розділу 9.7.

Стаття 4.5.4. Зґвалтування

Видається, що у ст. 4.5.4 у поєднанні з п. 2 ст. 4.5.1 (визначає *сексуальне проникнення*) зґвалтування розуміється невиправдано вузько, оскільки не «накриває» випадки, коли особа без добровільної згоди вчиняє вагінальне, оральне або анальне проникнення в тіло іншої особи, яка примушує її до

цього (адже за ст. 4.5.4 ґвалтівником буквально є *особа, яка здійснила сексуальне проникнення*). Варто у законодавчому порядку усунути цей сумнів (прогалину?), зокрема задля того, щоб так звані насильницькі сексуальні посягання жінок на чоловіків охоплювались диспозицією ст. 4.5.4.

Стаття 4.5.6. Примушування до дії сексуального характеру

1. У цій статті йдеться про примушування іншої людини до дії сексуального характеру *з третьою особою*. Загалом таке формулювання заслуговує схвальної оцінки, адже краще (порівняно зі ст. 154 чинного КК «Примушування до вступу в статевий зв'язок») відповідає вимогам міжнародного права. Ст. 154 КК, на відміну від п. «с» ч. 1 ст. 36 Стамбульської конвенції, як відомо, не містить застереження про те, що злочином визнається примушування до здійснення акту сексуального характеру з третьою особою, що свідчить про непослідовність законодавця в частині імплементації положень Стамбульської конвенції і має своїм наслідком колізійність відповідних норм як потенційне джерело неоднакового застосування КК. При цьому у п. 190 Пояснювальної доповіді до Стамбульської конвенції мета згаданої конвенційної норми вбачається саме в охопленні сценаріїв, коли правопорушник є не особою, яка чинить статевий акт, а тим, хто примушує жертву вступити в статевий контакт із третьою особою. Щоправда, у світлі невдалості запропонованого у проєкті поняття «дія сексуального характеру», про що йшлось вище, зміст ст. 4.5.6 проєкту виглядає двозначним. Про що йдеться у цьому випадку – про примушування задовольнити власний сексуальний потяг з третьою особою чи про примушування до задоволення сексуального потягу третьої особи?

2. Формулювання ст. 4.5.6 «*Особа, яка примушувала*…» за рахунок використання у цьому разі дієслова недоконаного виду дисонує з підходом, загалом послідовно втіленим у розділі 4.5 при описанні ознак інших кримінальних правопорушень (такий же дисонанс вбачається й у випадку зі ст. 4.5.11 «Примушування до каліцтва жіночих геніталій).

Стаття 4.5.7. Схиляння неповнолітньої дитини до дії сексуального характеру

Формулювання «*повнолітня особа, яка схилила неповнолітню дитину до дії сексуального характеру з третьою особою*», з огляду на буквальний його зміст, охоплює з-поміж іншого випадки, коли повнолітня особа за відсутності ознак примушування пропонує дитині, яка досягла віку сексуальної згоди

(нагадаємо у проєкті – це 16 років), вчинити дії сексуального характеру з третьою особою. Залишається незрозумілим, у чому в цьому випадку полягає посягання на такі захищені розділом 4.5 проєкту соціальні цінності, як сексуальна свобода та сексуальна недоторканість людини.

Стаття 4.5.8. Дія сексуального характеру з дитиною віком від 14 до 16 років

З тексту цієї статті випливає, що дитина у віці від 14 до 16 років може висловити добровільну згоду на вчинення щодо неї дій сексуального характеру. При цьому в п. 1 ст. 4.5.1 зазначено, що вік сексуальної згоди становить 16 років. З огляду на розуміння поняття віку (концепту) сексуальної згоди у ст. 18(2) Лансаротської конвенції та іноземному кримінальному праві, недосягнення дитиною віку сексуальної згоди означає, що вона в принципі не може висловити добровільну згоду на вчинення щодо неї дій сексуального характеру. З позицій проєкту подібні випадки мають розглядатися як злочини, передбачені статтями 4.5.4 і 4.5.5. Як наслідок, не зовсім зрозуміло, яку поведінку покликана криміналізувати ст. 4.5.8.

Як варіант пропонуємо робочій групі розглянути питання про виключення із ст. 4.5.1 п. 1, присвяченого визначенню віку сексуальної згоди. Змістовно від цього проєкт, як видається, нічого не втратить, а сумнівів, подібних до наведених вище, не виникатиме. Щонайменше буде зрозуміло, що: а) дії сексуального характеру із малолітньою особою беззастережно підпадатимуть під статті 4.5.4 і 4.5.5 (повторимо, що змістовно такий підхід для нас не виглядає очевидним з огляду на такі обставини, як інформаційний бум, лібералізація статевої моралі, акселерація, передчасний психосексуальний розвиток сьогоднішніх підлітків, чимало з яких добре проінформовані про суть і техніку статевих актів, орально- та анально-генітальних контактів, різке падіння вікових меж початку сексуального життя), а дії сексуального характеру повнолітнього щодо особи віком від 14 до 16 років за її добровільною згодою – за ст. 4.5.8; 2) якщо дію сексуального характеру щодо дитини віком від 14 до 16 років за її добровільною згодою вчинила особа, яка не є повнолітньою, але досягла віку кримінальної відповідальності, то така поведінка не утворюватиме складу кримінального правопорушення.

Викладеним, однак, проблема не вичерпується.

По-перше, і дії сексуального характеру з дитиною віком від 14 до 16 років (вчергове наголосимо – за її добровільною згодою) (ст. 4.5.8), і

зґвалтування (ст. 4.5.4), і дії сексуального характеру, не пов'язані з сексуальним проникненням (ст. 4.5.5) (криміноутворювальною ознакою у цих двох випадках є відсутність добровільної згоди), визнаються у проєкті злочинами одного (3-го) ступеня тяжкості. Така «зрівнялівка» видається вкрай сумнівним кроком (див. також цей висновок у частині зауважень до розділу 2.5).

По-друге, як слушно розмірковує А. Харитонова (2021, 2022), існує проблема виваженого кримінально-правового реагування на «сексуальні стосунки осіб, близьких за віком» («close-in-age exemptions»). Наприклад, дівчина і хлопець мають романтичні стосунки, їй 15, а йому виповнюється 18. І з цього моменту постає проблема, оскільки він уже досягає належного ступеня сексуальної автономії, а вона – ще ні, і її згода з юридичної точки зору є обмежено добровільною. До досягнення хлопцем 18-річчя ситуація охоплювалася застереженням ч. 3 ст. 18 Лансаротської конвенції, згідно з яким дія положень про сексуальне насильство не поширюється на врегулювання сексуальних стосунків між неповнолітніми, що здійснюються за взаємною згодою. З моменту ж досягнення 18 років виникає запитання: як у такому випадку захистити сексуальне життя молоді від надмірного втручання держави? На думку фахівчині, варто обговорити можливість розробки законодавчого механізму, який би виключав кримінальну відповідальність за сексуальні стосунки осіб, близьких за віком, за взаємною згодою, якщо один з партнерів досяг повноліття («закони Ромео і Джульєтти»). На жаль, робоча група цю проблему не помічає і, відповідно, не пропонує варіант її розв'язання.

Стаття 4.5.10. Сексуальне домагання дитини віком від 14 до 16 років

У світлі зауважень, зроблених щодо статті 4.5.8, поведінка, яку пропонується криміналізувати у ст. 4.5.10, має розглядатись як підготовча відносно поведінки, про яку йдеться у статтях 4.5.4 і 4.5.5. Гіпотетично визнання подібної поведінки злочином окремого виду можна пояснити тим, що, на думку розробників проєкту, у цьому конкретному випадку правило ч. 3 ст. 2.6.2, згідно з яким готування до злочину 5–9 ступеня тяжкості знижує його тяжкість на три ступені, буде несправедливим. Наприклад, згідно зі згаданим правилом готування до злочину, передбаченого ст. 4.5.4, є злочином 2-го ступеня тяжкості, що, ймовірно, на думку робочої групи, не відповідає тяжкості такої поведінки, а відтак шляхом спеціального положення проєкту (ст. 4.5.10) її слід визнати злочином 3-го ступеня

тяжкості. Однак у такому випадку не зрозуміло, чому ст. 4.5.10 не стосується сексуальних домагань до дітей віком до 14 років?

Звернемо увагу і на те, що у диспозиції ст. 4.5.10 говориться про пропозицію, а в її назві – про домагання при тому, що ці поняття не слід ототожнювати.

Стаття 4.5.11. Примушування до каліцтва жіночих геніталій

Назва цієї статті не повністю узгоджується зі змістом диспозиції – у частині вказаного у п. 2 *спонукання* неповнолітню жінки до каліцтва її геніталій.

Викликає сумнів, що описаний у ст. 4.5.11 злочин посягає саме на сексуальну свободу жінки.

Видається зайвим уточнювати, що каліцтво може бути «*в цілому чи частково*».

Стаття 4.5.12. Сексуальне домагання особи, яка досягла віку сексуальної згоди

1. Спосіб, в який викладене це положення, не дозволяє провести його однозначне розмежування з положенням ст. 4.5.5, оскільки в обох випадках «ядром» заборони є дія сексуального характеру (на невдалості запропонованого у проєкті розуміння цього звороту наголошувалося вище). У ст. 4.5.12 не згадується про відсутність добровільної згоди особи, однак навряд чи з характеру поведінки, про яку йдеться у цій статті, можна вважати, що вона вчиняється за згодою потерпілого.

Хоч, з іншого боку, у ст. 40 Стамбульської конвенції наголошується саме на небажаності відповідної поведінки для потерпілої особи, а наведене положення проєкту це не враховує (теоретично не виключено, що особа може бажати, щоб її сексуально домагались навіть із приниженням її людської гідності і створенням при цьому негативного середовища).

Крім того, вказівка на те, що сексуальне домагання поєднується з порушенням гідності іншої людини шляхом створення залякувального, ворожого, принизливого чи образливого середовища начебто свідчить про більшу тяжкість цього типу поведінку порівняно з тим, про що йдеться у ст. 4.5.5. При цьому у ст. 4.5.5 йдеться про злочин 3-го ступеня тяжкості, а в ст. 4.5.12 – лише про проступок.

З огляду на подібність назв статей 4.5.10 і 4.5.12., було б логічно припустити, що в цих положеннях ідеться загалом про подібну поведінку, яка

різниться за ознаками суб'єкта і потерпілого від кримінального правопорушення, однак насправді виклад ст. 4.5.12 істотно різниться від тексту ст. 4.5.10 за ознаками, що характеризують кримінально-протиправну поведінку із зовнішньої (об'єктивної) сторони.

2. Із тексту ст. 4.5.12 незрозуміло, як це можна чинити дію шляхом створення середовища? Логічною є зворотна ситуація: створити певне середовище (залякувальне, вороже, принизливе чи образливе) можна шляхом вчинення певної дії, а точніше дій (бо сексуальне домагання – класичне продовжуване кримінальне правопорушення, певна лінія поведінки). До слова із ст. 40 Стамбульської конвенції «Сексуальне домагання» випливає, що певна поведінка створює відповідне негативне середовище, а не навпаки.

3. Ст. 4.5.12 проєкту не вносить ясності з питання, коли передбачений нею проступок визнаватиметься закінченим. Інакше кажучи, порушення гідності і створення відповідного середовища у цьому разі – мета чи вже результат сексуального домагання? У цьому сенсі формулювання сексуального домагання, запропоноване А. Харитоновою (2022) (небажана для потерпілої особи дія сексуального характеру, що *створила* для неї залякувальне, вороже, принизливе або образливе середовище), виглядає більш вдалим, хоч і так само неідеальним.

Найголовніша проблема, яка постає у зв'язку зі встановленням кримінальної відповідальності за сексуальні домагання, полягає в надзвичайній складності чітко визначити і коректно відобразити в тексті кримінального закону релевантні ознаки сексуальних домагань. Бо існує ризик порушення принципу правової визначеності з уможливленням настання кримінальної відповідальності за вчинення діянь, які складно визнати соціально шкідливими та які не відповідають мінімально необхідним стандартам кримінально протиправної поведінки (однак це тема окремої розмови).

РОЗДІЛ 4.6.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ СІМ'Ї, ДІТЕЙ ТА ІНШИХ УРАЗЛИВИХ ЛЮДЕЙ

1. Встановлення особливого кримінально-правового захисту сім'ї та дітей є перспективним підходом до регламентації відповідальності за діяння, що посягають на сім'ю як основний осередок суспільства і природне середовище для зростання і благополуччя всіх її членів й особливо дітей. Дитині для повного і гармонійного розвитку її особи необхідно зростати в

сімейному оточенні. Для того, щоб сім'я могла виконувати суспільні зобов'язання, їй має бути наданий всебічний захист (преамбула Конвенції про права дитини). В Україні охорона дитинства визначена стратегічним загальнонаціональним пріоритетом, що має важливе значення для забезпечення національної безпеки нашої держави (преамбула Закону України «Про охорону дитинства»). Розділи щодо злочинів проти сім'ї та дітей відомі кримінальному законодавству багатьох європейських країн, вирізняючись різним ступенем деталізації. Тому виокремлення у проєкті розділу 4.6 загалом заслуговує схвальної оцінки. Щоправда, на відміну від кримінального законодавства низки європейських держав, до цього розділу 4 пропонується включити і статті про кримінальні правопорушення проти «інших уразливих людей».

2. У п. 60 ч. 2 ст. 1.4.1 подано перелік *уразливих людей*: а) людина, яка досягла 70-річного віку; б) людина з інвалідністю II групи; в) людина з фізичною чи психічною вадою, що істотно утруднює її життєдіяльність; г) людина, яка перебуває в матеріальній чи службовій залежності від суб'єкта злочину. Діти, які окремо зазначені у назві розділу 4.6, належать до двох категорій: неповнолітні діти – це уразливі люди (п/п «а» п. 60 ч. 2 ст. 1.4.1); малолітні діти – особливо уразливі люди (п/п «а» п. 40 ч. 2 ст. 1.4.1).

У міжнародних стандартах, практиці міжнародних організацій, рішеннях ЄСПЛ та законодавстві України містяться положення щодо захисту «уразливих осіб», «представників в(у)разливих груп», перелік яких є значно ширшим, ніж запропонований в проєкті. Наприклад:

1) діяльність Ради Європи із захисту прав людини включає такий блок, як забезпечення прав вразливих груп, передусім захист прав національних і сексуальних меншин, інвалідів, дітей, жінок, біженців та інших категорій населення;

2) за змістом Конвенції із захисту прав людини та основоположних свобод уразливі особи та групи – це категорії осіб, що з різних причин обмежені в самостійній реалізації фундаментальних прав і свобод людини, а тому потребують допомоги для задоволення своїх основних фізіологічних та соціальних потреб, а також реалізації прав та інтересів як майнового, так і особистого немайнового характеру. Широке тлумачення поняття вразливих груп можна простежити у практиці ЄСПЛ;

3) п. 3 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про соціальні послуги» визначає вразливі групи населення, розуміючи під ними осіб, які перебувають у складних життєвих обставинах та мають право на соціальні послуги.

Звернемо увагу і на те, що далі, за текстом проєкту, наприклад, при визначенні обставин, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь, робоча група згадує про «одинокого батька, матір або особу, яка їх замінює, що виховує дитину віком до 14 років або дитину з інвалідністю» (п. 5 ст. 4.8.2). Цих осіб, вочевидь, також можна розглядати як «уразливих людей».

Таким чином, якщо розробники проєкту наполягають на заявленому формулюванні назви аналізованого розділу, доречно розглянути питання про: а) її уточнення (доцільно вести мову про уразливих осіб/представників уразливих груп); б) розширення переліку таких уразливих осіб із внесенням змін до п. 60 ч. 2 ст. 1.4.1, а також до п. 40 ч. 2 ст. 1.4.1 – щодо особливо уразливих осіб.

Варіант: відмовитися від вказівки на уразливих осіб у назві розділу 4.6. Аналіз його змісту розділу показує, що об'єктом кримінально-правової охорони у цьому разі є передусім сім'я і діти. Вказівка на дітей та уразливих осіб в абсолютній більшості положень розділу робиться у сімейному або квазісімейному (опіка, піклування) контексті. Вказівка на уразливих осіб у назві розділу певною мірою дисонує із загальною спрямованістю розділу, покликаного охороняти сімейних цінностей. Тому без окремої вказівки на уразливих осіб розділ нічого не втратить змістовно.

3. У ст. 4.6.5 йдеться про використання уразливої людини у жебрацтві. Це діяння передусім посягає на гідність потерпілої особи, бо її трактують як засіб, що є недопустимим. Тому пропонуємо розглянути питання про доцільність перенесення цієї статті у розділ 4.4 «Кримінальні правопорушення проти особистої свободи та гідності людини».

4. У назві і диспозиціях статей 4.6.6, 4.6.7, 4.6.15, 4.6.18 використовуються різні формулювання щодо визначення потерпілих («підопічна людина», «дитина чи людина, щодо якої встановлена опіка або піклування»), хоч для потреб кримінально-правового регулювання бажаною є однаковість термінології.

5. Привертає до себе увагу непропорційність санкцій, передбачених у проєкті за зловживання опікунськими правами (ст. 4.6.6) і неналежне виконання обов'язків щодо підопічної людини, що з необережності спричинило тяжку майнову шкоду (ст. 4.6.7). Складовою принципу пропорційності є «відносна» пропорційність, яка відображає порівняльну тяжкість окремих кримінальних правопорушень. Зловживання опікунськими правами та умисне спричинення істотної майнової шкоди визнається

злочином 1-го ступеня в той час, як необережне спричинення тяжкої майнової шкоди підопічному – злочином 3-го ступеня. Змоделюємо ситуацію. Якщо опікун умисно спричинить тяжку майнову шкоду підопічному (ст. 4.6.6.), то його дії каратимуться штрафом у розмірі від 100 до 500 розрахункових одиниць або ув'язнення на строк від 3 місяців до 2 років. Аналогічні дії, вчинені з необережності (ст. 4.6.7), каратимуться штрафом у розмірі від 1000 до 2000 розрахункових одиниць або ув'язнення на строк від 3 до 4 років. Навряд чи це може бути оцінено схвально.

Стаття 4.6.1. Значення термінів, вжитих у цьому Розділі

1. Розробники проєкту пропонують як самостійні наслідки насильства: а) емоційну залежність (п. 2); б) критерії погіршення якості життя (п/п «в» п. 4); в) психологічне страждання (п. 5). З одного боку, тут простежується намагання робочої групи досягти юридичної визначеності, окресливши розмиті поняття. З іншого, у цьому разі вбачається понятійна надлишковість, коли розробники проєкту в кримінальному законі вичерпно вирішують питання, які належать до спеціальних знань.

2. При формуванні окремих статей розробники проєкту не дотримуються заявленого понятійного апарату. Наприклад, у п. 6 ст. 4.6.1 подано визначення ухилення від сплати коштів на утримання свого члена сім'ї чи колишнього члена сім'ї. При цьому, зокрема, ст. 4.6.19 має назву «*Ухилення від утримання члена сім'ї*», а у диспозиції цієї статті йдеться про *ухилення від сплати коштів на утримання свого члена сім'ї чи колишнього подружжя*.

Стаття 4.6.3. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь

У п.1 ст.4.6.3 йдеться про підвищення тяжкості злочину на один ступінь у разі вчинення злочинів, передбачених статтями 4.6.6, 4.6.10, 4.6.11, щодо уразливої людини:

У ст. 4.6.6 передбачається відповідальність за зловживання опікунськими правами, що спричинило істотну майнову шкоду підопічній людині. З огляду на положення ЦК доцільно говорити про *підопічну особу.* Крім того, згідно ст. 55 ЦК опіка та піклування встановлюються з метою забезпечення особистих немайнових і майнових прав та інтересів малолітніх, неповнолітніх осіб, а також повнолітніх осіб, які за станом здоров'я не можуть самостійно здійснювати свої права і виконувати обов'язки.

Відповідно, уразливість як ознака потерпілого, на наш погляд, вже врахована в базовому ступені тяжкості даного злочину (ч. 2 ст. 2.5.9). Звернемо увагу на те, що ст.4.6.7 передбачає кримінальну відповідальність за неналежне виконання обов'язків *щодо підопічної людини*, що з необережності спричинило тяжку майнову шкоду. При цьому цей злочин цілком обґрунтовано не включено у перелік п. 1 ст. 4.6.3; у ст. 4.6.10 передбачено кримінальну відповідальність за *посередницьку або комерційну діяльність щодо дитини* (в частині її усиновлення, передавання під опіку, піклування або на виховання в сім'ю), у ст. 4.6.11 – за *вивезення дитини* із України. Потерпілими від обох злочинів є діти і лише вони, а не будь-які інші уразливі особи. А діти вже віднесені авторами проєкту до *уразливих/особливо уразливих людей*. Відповідно, ця ознака потерпілого вже вплинула на визначення ступеня тяжкості злочинів. І якщо ці злочини не можуть бути вчинені щодо неуразливих людей, вказівка на цю ознаку як таку, що підвищує тяжкість злочину на один ступінь, є нелогічною.

У п. 2 ст. 4.6.3 йдеться про підвищення тяжкості злочину на один ступінь у разі вчинення злочинів щодо близької людини. Відповідно до п. 2 ч. 2 ст. 1.4.1 до близьких осіб відносяться, зокрема *інші люди* (тобто не члени сім`ї), *інтереси яких мають суттєве значення для особи*. Не є зрозумілим, що обумовлює підвищення ступеня тяжкості *будь-якого злочину*, передбаченого цим розділом, у разі його вчинення щодо особи, значення інтересів якої для правопорушника є суто суб'єктивною ознакою.

Стаття 4.6.4. Домашнє насильство.
Стаття 4.6.14. Домашнє насильство, що не спричинило наслідків для потерпілої людини

1. Згідно з п. 3 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» домашнє насильство має місце в сім'ї чи в межах місця проживання або між родичами, або між колишнім та теперішнім подружжям, або між іншими особами, які спільно проживають (проживали) однією сім'єю, але не перебувають (не перебували) у родинних відносинах чи у шлюбі. При цьому у статтях 4.6.4, 4.6.14 йдеться про застосування домашнього насильства, зокрема, «*щодо близької людини*». Однак у такому разі насильство далеко не завжди може бути домашнім. Крім цього, формулювання «колишнє подружжя» звужує коло потенційних потерпілих від вказаних кримінальних правопорушень. Водночас допускаємо, що розробники проєкту розраховують у цьому разі на системне тлумачення

понять «близька людина», «близький родич», «член сім'ї» з урахуванням дефініцій, наведених у ст. 1.4.1.

2. Робоча група зберігає (за прикладом ст. 126-1 чинного КК) вказівку на систематичність при тому, що в юридичній літературі ставиться слушне питання, чи насправді у законодавчому описанні домашнього насильства потрібна ознака систематичності і чи для всіх випадків вчинення цього злочину вона є доречною? Хіба одиничний акт поведінки (поза системою вчинків), що проявляється як економічне насильство у формі позбавлення житла, не здатен спричинити, наприклад, такий істотно негативний наслідок, як погіршення якості життя потерпілої особи? Чому для настання кримінальної відповідальності за таких умов слід чекати серії повторюваних актів насильства?

3. Як проступок передбачено домашнє насильство, що не спричинило наслідків для потерпілої людини (ст. 4.6.14). Ця стаття передбачає *систематичне застосування* фізичного, психологічного або економічного насильства. Але якщо навіть за такої систематичності немає наслідків, то чому у цьому разі не варто обмежитись ст. 173-2 КУпАП? Суголосно висловлюється А. Політова, яка пише про відчуття «штучно» створеного складу кримінального проступку, «який важко буде відмежувати від адміністративного правопорушення. Окрім того, навіть у адміністративному правопорушенні, передбаченому ст. 173-2, передбачено можливість завдання або завдання шкоди фізичному або психічному здоров'ю потерпілого». Відтак пропонується розглянути питання про виключення ст. 4.6.14 із проєкту.

Стаття 4.6.11. Вивезення дитини із України

У нинішній редакції цієї статті склад вивезення дитини із України (в частині незаконно вивезення) проблематично розмежувати з торгівлею людьми у формі переміщення дитини (ст. 4.4.6). Вказані склади злочинів передбачають ідентичні діяння і не можуть бути розмежовані за метою та способом. Мета і спосіб не є обов'язковими ознаками, якщо торгівля людьми вчиняється у будь-якій з форм щодо неповнолітньої дитини. Припущення того, що незаконне переміщення дитини через кордон може кваліфікуватися за ст. 4.6.11 «Вивезення дитини із України», а всі інші незаконні переміщення становитимуть торгівлю людьми, спростовується санкціями. Вивезення дитини з України (ст. 4.6.11) – злочин 1-го ступеня; переміщення дитини як форма торгівлі людьми (ст. 4.4.6) – злочин щонайменше 6-го

ступеня, а у випадку вчинення таких дій щодо малолітнього – 7-го ступеня. Вирішити позначену проблему можна шляхом уточнення суб'єкта злочину, передбаченого ст. 4.6.11. через вказівку як на нього на члена сім'ї. Цей крок, як видається, буде узгоджуватись із родовим об'єктом відповідної групи кримінальних правопорушень. До того ж за такого підходу різниця у санкціях вказаних статей матиме обґрунтування.

Стаття 4.6.13. Невжиття належних заходів щодо чужої дитини

1. Назва цієї статті не зовсім відповідає її змісту: у назві йдеться про чужу дитину, а в диспозиції – про чужу *малолітню* дитину.

2. Оскільки у статті йдеться про неповідомлення про малолітню дитину, яка є особливо уразливою особою (п. 40 ч. 2 ст. 1.4.1), фактично знаходиться в небезпеці (бо є підкинутою, загубленою або такою, що заблукала), варто спробувати чіткіше розмежувати це діяння із залишенням у небезпеці, особливо з огляду на те, що діяння, передбачене ст. 4.6.13, є злочином 1-го ступеня, а передбачене ст.4.3.4 – злочином 3-го ступеня.

3. Розуміючи намір розробників проєкту діяти в рамках доктрини «переваги інтересів дитини» (best interest of the child), відображеної в практиці ЄСПЛ, все ж висловимо сумнів доцільність визнавати злочином невжиття належних заходів щодо чужих дітей, з якими у винного не має жодного правового зв'язку. Заохочувати дбати про чужих дітей потрібно, але навряд чи кримінально-правовими засобами. Сумлінне дотримання ст. 4.6.13 зобов'язує кожного, хто, побачивши підлітка 12–13 років, який безцільно вештається на вулиці, з'ясувати, чи не загубився, чи не заблукав тощо, а для надійності краще відвести його до батьків чи органів влади. Розглядуване діяння пропонується визнати проступком, чітко відмінним від залишення у небезпеці.

Стаття 4.6.16. Використання праці дитини

Згідно із законодавством України (ст. 21 Закону України «Про охорону дитинства», ст.188 Кодексу законів про працю України) мінімальний вік залучення дитини до праці становить 16 років; у 15-річному віці прийом дитини на роботу дозволяється як виняток. Це загалом відповідає ст. 2 Конвенції МОП про мінімальний вік для прийому на роботу. Однак у ст. 5 цієї Конвенції міститься виняток із загальних правил для «*сімейних чи дрібних господарств, що виробляють продукцію для місцевого вжитку і регулярно не використовують найманих працівників*». Відповідно,

використання добровільної праці дітей, молодших за 15 років, наприклад, у домашньому господарстві в сільській місцевості, якщо це не заважає освіті, відпочинку та відповідає віковим особливостям дитини, не суперечить міжнародним стандартам. За таких обставин бажано уточнити ознаки складу проступку, описаного у ст. 4.6.16.

Стаття 4.6.17. Втягнення дитини у вживання міцних алкогольних напоїв

Оскільки цей проступок не пов'язаний із домашнім насильством, за його вчинення можливе застосування грошового стягнення як основного покарання (п. 1 ч. 3 ст. 3.2.6 проєкту). Розмір такого стягнення – від 50 до 100 розрахункових одиниць (ч. 2 ст. 3.2.6), тобто від 10 тис. до 20 тис. грн. (ч. 1 ст. 1.4.2). При цьому за ч. 2 ст. 156 КУпАП продаж алкогольних напоїв (зокрема, міцних) особі, яка не досягла 18-річного віку, тягне накладення штрафу у розмірі від 6 800 до 13 600 грн. З цього випливає, що: а) адміністративне стягнення може бути більш суворим, ніж покарання за пропонований кримінальний проступок; б) таке суворіше адміністративне стягнення може накладатися за менш шкідливі діяння (продаж дитині тютюнових виробів чи пива).

Стаття 4.6.19. Ухилення від утримання члена сім'ї

Дискусійним є визначення ухилення від сплати коштів на утримання члена сім'ї як *«дії чи бездіяльності боржника, що полягають у невиконанні обов'язку щодо сплати коштів»* (п. 6 ст. 4.6.1). Наведений у цій нормі приблизний перелік таких діянь показує, що мається на увазі не «чиста» бездіяльність (невиконання договору чи рішення суду), а несплата відповідних коштів, поєднана з діями, спрямованими на уникнення сплати відповідних коштів. Можливо, це варто відобразити у відповідному визначенні. Адже встановлення кримінальної відповідальності за невнесення коштів на утримання за відсутності дій, спрямованих на уникнення виконання цього обов'язку, свідчитиме про безпідставну криміналізацію. Цивільно- та адміністративно-правових засобів для такого недобросовісного платника було б достатньо. Тим більше, що як злочин 1-го ступеня передбачено злісне ухилення від сплати коштів на утримання члена сім'ї (ст. 4.6.8), вчинення якого виправдовує застосування кримінально-правової репресії.

Загалом можна зауважити, що у розділ 4.6 проєкту наразі включено статті про деякі діяння, шкідливість яких, вочевидь (на суб'єктивне переконання авторів цього висновку), не відповідає соціальному завданню кримінально-правового примусу, що призведе до зайвих витрат на функціонування системи кримінальної юстиції. Усвідомлюємо, однак, що оцінка доречності криміналізації певних діянь може змінюватись з урахуванням перспектив реформування адміністративно-деліктного законодавства. Наші застереження щодо криміналізації певних діянь беруть до уваги чинний КУпАП і можливість співіснування на певному етапі нового КК і поточної редакції КУпАП.

РОЗДІЛ 4.7.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ПРИВАТНОСТІ

Загальний зміст цього розділу викликає суперечливі враження:

1) у статтях 4.7.8 «Обмеження інформаційних прав людини» та 4.7.9 «Перешкоджання законній професійній діяльності журналістів» ідеться про типи поведінки, які посягають, перш за все, на право на свободу вираження поглядів. Це право та право на повагу до приватного життя, яке, вочевидь, мають захищати положення розділу 4.7, крім того, що мають у своїй основі істотно різні життєві інтереси людини, ще й до того часто «конфліктують» між собою (наприклад, журналіст, проводячи розслідування приватного життя політика, реалізує право на свободу вираження поглядів у той час, як з погляду політика, така діяльність є втручанням у право на повагу до його приватного життя). При цьому згідно з ч. 2 ст. 10 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод свобода вираження поглядів може бути обмежена для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації;

2) в інших розділах проєкту містяться положення, що, як видається, передусім є посяганнями на право людини на повагу до приватного життя. Наприклад, у ст. 4.4.7 пропонується криміналізувати примушування, яке розглядається розробниками проєкту як одне з кримінальних правопорушень проти особистої свободи та гідності людини. Якщо під особистою свободою у назві розділу 4.4. розуміється фізична свобода, а саме так це випливає з огляду на зміст ст. 4.4.5, в якій ідеться про захоплення іншої людини чи позбавлення її особистої свободи в будь-якій іншій формі, то, очевидно, що далеко не будь-який випадок примушування може супроводжуватися обмеженням фізичної свободи людини. Окремі прояви примушування

людини (зокрема, катування), що досягають так званого мінімального рівня жорстокості, справді можна розглядати як такі, що завдають шкоди людській гідності. Проте, очевидно, що цього не можна сказати про кожен випадок примушування. З іншого боку, примушування завжди є посяганням на особисту автономію людини, яка, своєю чергою, є однією з важливих складових права на повагу до приватного життя;

3) могли б бути визнані щонайменше проступками й інші посягання на право людини на повагу до приватного життя (наприклад, незаконна відмова в реєстрації шлюбу, незаконне визнання шлюбу недійсним, незаконна відмова в усиновленні дитини).

Стаття 4.7.1. Значення термінів, вжитих у цьому Розділі

У цій статті міститься визначення поняття *конфіденційної інформації про фізичну особу*, що є відтворенням тлумачення Конституційного Суду України (КСУ), наведеного в рішенні від 20 січня 2012 р. Це визначення істотно різниться від законодавчого визначення поняття конфіденційної інформації (ч. 2 ст. 21 Закону України «Про інформацію»). Не зовсім зрозуміло, чому проєкт не спирається на вже наявну нормативну дефініцію поняття, яке до того ж не є за своєю суттю «кримінально-правовим», а пропонує свою дефініцію.

При визначенні конфіденційної інформації про іншу фізичну особи, робоча група, як видається, «забула» навести у дефініції істотну ознаку, яка визначає цю інформацію як конфіденційну: особа не бажає, щоб певні відомості стали відомі іншим особам. Ця ознак, крім здорового глузду, випливає й із ч. 2 ст. 21 Закону України «Про інформацію».

З іншого боку, у ст. 4.7.1 проєкту поняття конфіденційної інформації розуміється невиправдано широко, що може призвести до суперечностей з положеннями чинного (некримінального) законодавства і практикою його реалізації. Наприклад, проєкт беззастережно відносить до конфіденційної інформацію про відносини майнового характеру при тому, що є загальнодоступною інформація з Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців про засновників (учасників) юридичної особи, що дозволяє дізнатися про відносини майнового характеру між такими особами.

У практиці ЄСПЛ для розмежування конфіденційної і неконфіденційної інформації про особу також застосовується інший критерій, ніж у згаданому рішенні КСУ (наприклад, Magyar helsinki bizottság v. Hungary). На відміну від

КСУ, ЄСПЛ бере до уваги не тільки пов'язаність із виконанням функцій держави або органів місцевого самоврядування, службових повноважень, а й статус особи в суспільстві, її професійну діяльність, поведінку особи на публіці, ступінь легітимних очікувань конфіденційності інформації. Тобто якщо буквально виходити з наведеної у проєкті дефініції, то ст. 4.7.4 охоплюватиме діяння, які є реалізацією свободи вираження поглядів, гарантованих ст. 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Крім того, практика ЄСПЛ застосовується судами України при визначенні правомірності відмови у наданні, зокрема, публічної інформації та розповсюдження інформації суспільно необхідного характеру. Відтак пропоноване у проєкті визначення конфіденційної інформації про фізичну особу потенційно спроможне викликати труднощі на практиці та ускладнюватиме досягнення однаковості судової практики.

Стаття 4.7.3. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь

1. У п. 3 ст. 4.7.3 зазначено, що передбачена ним ознака, що підвищує тяжкість злочину, стосується кримінального правопорушення, передбаченого статтею 4.7.8 «Обмеження інформаційних прав людини». Такої конкретизації немає щодо інших передбачених у статті 4.7.3 ознак, хоч очевидно, що окремі з них, так би мовити, за визначенням не можуть мати місця при вчиненні деяких із кримінальних правопорушень, передбачених розділом 4.7. Наприклад, у п. 7. ст. 4.7.3 передбачено ознаку «*з використанням спеціального технічного засобу негласного отримання інформації*», яка може характеризувати хіба що дії щодо інформації про особисте чи сімейне життя (ст. 4.7.4) і порушення недоторканності житла чи іншого володіння (ст. 4.7.5), оскільки всі інші з таких злочинів, в принципі, не характеризуються отриманням певної інформації.

2. Потребує уточнення формулювання ознаки, передбаченої п. 3 ст. 4.7.3 «*щодо особи, зокрема журналіста (чи її близької людини), у зв'язку з виконанням нею службових повноважень чи професійних обов'язків, реалізацією нею суб'єктивного права або виконанням юридичного обов'язку в інтересах суспільства, правосуддя чи міжнародного правопорядку*». По-перше, вказівка на «суб'єктивність» права та «юридичність» обов'язку виглядає штучною і надмірною у тексті кримінального закону. По-друге, професійні обов'язки журналіста передбачають, що він діє в інтересах суспільства, а тому вказівка на реалізацію права та виконання обов'язку в

інтересах суспільства є тавтологією. По-третє, будь-які спроби дати вичерпний перелік легітимних цілей діяльності журналіста неминуче приречені на неповноту, через що не варто обтяжувати ними текст. Можливо, слід використати у цьому разі узагальнююче формулювання на кшталт «*у зв'язку з виконанням професійних обов'язків».* Адже саме здійснення професійної діяльності є підставою для посилення кримінально-правової охорони журналістів.

Стаття 4.7.4. Дії щодо інформації про особисте чи сімейне життя

1. Окреме згадування про поширення інформації, вочевидь, не має сенсу, оскільки така поведінка цілком може вважатись використанням інформації.

2. З урахуванням практики ЄСПЛ визначення законності надання інформації про приватне та сімейне життя особи залежить від оцінки сукупності факторів в конкретних обставинах справи. Більше того: оцінка цих факторів залежить від конкретного виду інформації, контексту, в якому вимагається надання інформації, поведінки особи, її публічності, статусу, якої стосується ця інформація, розвитку та світогляду особи, яка здійснює оцінку (наприклад, визначення того, чи переважає шкода, яка може бути завдана особі, суспільний інтерес в її отриманні). Тобто визначення законності надання інформації про сімейне та приватне життя особи часто є вкрай складним. ЄСПЛ нерідко оцінює притягнення журналіста до кримінальної відповідальності за втручання у право на повагу до приватного життя шляхом нелегітимного поширення інформації про особу як непропорційне втручання у свободу вираження поглядів (Салов проти України). Велика Палата ЄСПЛ у справі Cumpănă and Mazăre v. Romania визнала, що призначення позбавлення волі журналісту за поширення дефамаційної інформації про публічну особу є непропорційним покаранням і суперечить конвенційним стандартам. З урахуванням специфіки регулювання інформаційних відносин встановлення кримінальної відповідальності за *незаконні* дії з конфіденційною інформацією про особисте чи сімейне життя може не відповідати вимогам юридичної визначеності в частині передбачуваності застосування ст. 4.7.4.

Стаття 4.7.5. Порушення недоторканності житла чи іншого володіння

1. У цій статті відповідальність особи пов'язується з тим, що вона вчинила те або інше діяння «*всупереч волі або зі спотворенням волі*». Друга з цих альтернатив видається неоднозначною. По-перше, чи можна вважати «спотворення волі» юридичним синонімом вчинення кримінального правопорушення шляхом обману (термінологія чинного КК), чи перше поняття має ширший зміст? По-друге, чи позначається формулюванням «спотворення волі» «результативний процес»? Наприклад, чи буде підлягати відповідальності за ст. 4.7.5 особа, яка фальсифікувала ухвалу суду про обшук та перевдяглася у форму працівника поліції, щоб потрапити до чужого житла, в ситуації, коли його власник зрозумів, що його вводять в оману, однак все одно вирішив допустити особу до жита? По-третє, формула «зі спотворенням волі» згадується також у пунктах 6 та 14 ч. 2 ст. 1.4.1. При цьому в першому випадку альтернативами спотворенню волі іншої особи є ігнорування волі іншої особи та вчинення діяння всупереч її волі, а в другому, як і в статті 4.7.5, – лише вчинення діяння всупереч волі іншої особи. З огляду на це, постає питання, як оцінювати випадки, коли прояви поведінки, про які йдеться у ст. 4.7.5, були вчинені з ігноруванням волі власника чи законного користувача? По-четверте, у ст. 4.7.5 йдеться про заборону вчинення певних дій з ігноруванням волі власника чи законного користувача житла чи іншого володіння. Однак якщо таким власником чи законним користувачем є юридична особа, то як виявлятиметься спотворення її волі?

2. Дискусійним є виокремлення такої самостійної форми аналізованого діяння, як «*перебування в заборонений час*». Якщо є згода власника на перебування, то час не має значення. За відсутності законних підстав та волі власника (законного користувача) перебування в житлі у будь-який час буде порушувати недоторканість житла.

Також постає питання, чи охоплюється положенням п. 4 ст. 4.7.5 отримання доступу до інформації, яка знаходиться в житлі без фізичного проникнення у відповідне приміщення?

Стаття 4.7.6. Розголошення таємниці кореспонденції

Формулювання диспозиції цієї статті не дає однозначної відповіді на питання, чи таємниця всіх видів комунікації підлягає кримінально-правовій охороні. Так, якщо розмова велася з використання застосунків чи програм, які працюють через інтернет (тобто це не *телефонне* спілкування), то чи

розголошення факту такої комунікації та її змісту буде містити склад злочину, передбаченого ст. 4.7.6?

Стаття 4.7.8. Обмеження інформаційних прав людини

Ця стаття є черговим виявом відображеної в проєкті загальної тенденції до встановлення кримінальної відповідальності за будь-яке порушення прав людини, які належать до прав першого покоління. Таке рішення розробників проєкту є суперечливим з точки зору поваги до верховенства права, розуміння місії кримінального права у забезпеченні прав людини, а також слабо корелює з вимогами правової визначеності (див. також цей висновок у частині зауважень до розділу 1.1 «Вихідні засади»). Інформаційні права можуть бути значно ефективніше захищені цивільно- та адміністративно-правовими засобами. Ця норма зробить потенційно кримінально-протиправною не лише практично кожну відмову у відповіді на запит про доступ до публічної інформації, а й надання відповіді на такий запит із порушенням встановлених строків.

Стаття 4.7.9. Перешкоджання законній професійній діяльності журналістів

1. У проєкті простежується деяка непослідовність щодо посилання на законність діяльності, якій чиниться кримінально-протиправне перешкоджання. У ст. 4.7.9 чітко вказано на те, що мова йде про *законну* діяльність, а в інших статтях, де йдеться про перешкоджання, означення «законна» не використовується (статті 4.10.4, 5.1.14, 8.2.22, 9.1.6).

2. З огляду на складність визначення меж допустимої критики публічної особи в різних контекстах, як і меж доступу журналістів до інформації будь-якого виду, забезпечити передбачуваність застосування пунктів 4, 5 цієї статті буде проблематично.

3. На прикладі ст. 4.7.9 помітно, що розробникам проєкту не вдалося дотриматися декларованої ними відмови від необґрунтованого конструювання спеціальних норм. Санкція за втручання в професійну діяльність журналіста така ж, як і за втручання в будь-яку іншу професійну діяльність (ст. 9.7.7), тобто диференціація кримінальної відповідальності не відбулася, з огляду на що існування двох згаданих статей навряд чи виправдане.

4. Складається враження, що ця у проєкті знаходиться «не на своєму місці». На що конкретно посягає перешкоджання законній професійній

діяльності журналістів – питання дискусійне, однак у такій формі, як це діяння описано у ст. 4.7.9, – точно не на приватність.

Стаття 4.7.10. Знищення чи приховування інформації щодо людини

1. Ця стаття згідно з її назвою має на меті криміналізувати знищення чи приховування інформації щодо людини, однак в її п. 2 йдеться про зміну інформації, яка сама по собі не є ані її знищенням, ані приховуванням. Те саме можна сказати про ненадання інформації, що згадується в п. 3 ст. 4.7.10, оскільки ненадання певної інформації однозначно не є її знищенням та далеко не завжди може бути охарактеризоване як її приховування.

2. У пунктах 1 і 2 ст. 4.7.10 пропонується криміналізувати знищення та зміну конфіденційної інформації про людину. Однак вказівка у такому контексті на конфіденційний характер інформації виглядає необґрунтованою. З огляду на ч. 2 ст. 21 Закону України «Про інформацію» конфіденційність певної інформації означає обмеженість доступу до неї. Завдати шкоди такому стану речей може незаконне збирання чи незаконне розголошення такої інформації, однак незаконні знищення чи зміна конфіденційної інформації не означають, що обмеженість доступу до певної інформації зникла. Звісно, у світлі визначення поняття конфіденційної інформації, наведеного в ст. 4.7.1, ця проблема виглядає не такою гострою, однак відсутність згадки у цьому визначенні про обмеженість доступу до інформації сама по собі є непереконливою у світлі усталеного розуміння конфіденційної інформації.

Стаття 4.7.11. Порушення права на чесне ім’я

Назва ст. 4.7.11 видається ширшою за її реальний зміст, оскільки фактично ця статті має криміналізувати лише порушення щодо затриманого, підозрюваного чи обвинуваченого презумпції невинуватості. Водночас «право на чесне ім’я» як таке має передбачати неприпустимість будь-яких наклепницьких висловлювань щодо особи.

За ст. 4.7.11 відповідальності мають підлягати лише службові особи. При цьому згідно з п. 56 ч. 2 ст. 1.4.1 службовими особами є, зокрема, службові особи юридичної особи приватного права. Проте презумпція невинуватості як основоположне право людини «працює» лише в аспекті «вертикальних» відносин між людиною та державою. В аспекті «горизонтальних» відносин між фізичними особами висловлювання того типу, які пропонується криміналізувати в ст. 4.7.11, є однією з форм наклепу. Якщо, на думку розробників проєкту, криміналізація подібних

наклепницьких висловлювань є принциповою, то у такому випадку підлягати відповідальності за проступок, передбачений статтею 4.7.11, має будь-яка фізична особа. Навряд чи можна раціонально пояснити те, що в аспекті «горизонтальних» відносин особа має бути захищена засобами кримінального права від певних наклепницьких висловлювань, зроблених службовою особою юридичної особи приватного права, а від наклепницьких висловлювань, зроблених «звичайною» фізичною особою, вона, навпаки, не повинна бути захищена засобами кримінального права.

Вартим уваги є і той факт, що Парламентська Асамблея Ради Європи ще в 2007 р. рекомендувала державам-членам декриміналізувати дифамацію, одним з виявів якої, вочевидь, є діяння, описані в ст. 4.7.11 проєкту.

РОЗДІЛ 4.8.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ СОЦІАЛЬНО-ЕКОНОМІЧНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ

Стаття 4.8.2. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь

1. У п. 2 йдеться про вчинення злочину, *передбаченого статтею 4.8.3, щодо близької людини або колишнього подружжя*. Подружжя (зокрема, колишнє) – це дві особи (чоловік і жінка). Таке формулювання кваліфікуючої ознаки (причому за всім текстом проєкту) навряд чи вдале. Коректним його відповідником видається зворот «*щодо близької людини або іншого з колишнього подружжя*».

2. У п. 7 передбачено таку ознаку, як «*з використанням влади, службових чи професійних повноважень або пов'язаних з ними можливостей*». При цьому злочини, передбачені статтями 4.8.4–4.8.7, за змістом ознак їх складу можуть вчинюватися лише спеціальним суб'єктом, яким визнається саме службова особа. Тому вказану «кваліфікуючу» ознаку варто поширити лише на злочини, передбачені статтями 4.8.3 і 4.8.8.

Стаття 4.8.3. Порушення права на житло

Загалом позитивно сприймається ідея розділити передбачені в ст. 162 чинного КК діяння залежно від того, посягають вони на таємницю приватного життя чи на право на житло. У цьому сенсі розміщення статті, що передбачає відповідальність за незаконне виселення чи позбавлення можливості користуватися житлом, у розділі проєкту про кримінальні

правопорушення проти соціально-економічних прав, можна оцінити схвально.

Водночас викликає сумнів правильність альтернативного формулювання «*позбавила власника чи законного володільця можливості користуватися житлом*» (п. 2). Якщо під законним володільцем розуміється той, хто фактично володіє житлом, то таке формулювання не є правильним з огляду на те, що фактичне володіння нерухомим майном може бути як законним, так і незаконним. Такий аспект («фактичний володілець») має значення лише у випадку порушення недоторканності житла в аспекті права на приватність. Із цього приводу ВСУ вже висловлював свою позицію, згідно з якою встановлення законності чи незаконності фактичного володіння особи житлом чи «іншим володінням» знаходиться поза межами диспозиції статті 162 чинного КК (постанова від 24 березня 2016 р. у справі № 5-299кс15).

Стосовно ж недоторканності житла в аспекті можливості ним законно користуватися (про що, так треба розуміти, йдеться в аналізованій статті проєкту), то Велика Палата Верховного Суду сформувала усталену практику, згідно з якою необхідно розрізняти володіння рухомими і нерухомими речами: для володіння першими важливо встановити факт їх фізичного утримання, а для володіння другими – факт державної реєстрації права власності на це майно.

Стосовно нерухомого майна, зокрема житла (квартири, будинку тощо), сформовано принцип реєстраційного підтвердження володіння нерухомим майном (див. постанови від 4 липня 2018 року у справі № 653/1096/16-ц, від 23 листопада 2021 у справі №359/3373/16-ц). Відповідно до цього принципу стосовно нерухомого майна законним володільцем є той, хто зазначений у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно. Зважаючи на це, сформульована в п. 2 ст. 4.8.3 проєкту альтернатива не дає очікуваного робочою групою ефекту – охорони житлових прав не тільки власника, а й інших осіб, які мають право користуватися житлом (наприклад, орендар чи особа, за якою зареєстроване місце прописки), оскільки в більшості випадків буде йтися про одну й ту ж особу (виняток – коли особа має право власності на спірне нерухоме майно, але воно зареєстроване за іншою особою). Тому слова «*законного володільця*» пропонується замінити словами «*законного користувача*».

Цей приклад демонструє, що розробникам проєкту доцільно звертатися до науковців – представників інших галузей права, зокрема цивільного, для аналізу подібних до розглядуваної статей проєкту на предмет узгодження з

іншим законодавством й усталеною практикою Верховного Суду. Варто слідкувати і за рекодифікацією цивільного законодавства з тим, щоб після оновлення ЦК новоприйнятий КК не виявився одразу (частково) застарілим.

Стаття 4.8.4. Порушення трудових прав викривача

1. Зі змісту і назви цієї статті не зрозуміло, чи йдеться про спеціальний вид порушення трудових прав – прав викривача, чи про порушення трудових прав будь-яких працівників. Назва статті, звісно, має певне орієнтуюче значення, але чи повинна вона набувати вирішального значення при вирішенні поставленого змістовного питання? У диспозиції ст. 4.8.4 йдеться про обмеження прав будь-якого працівника, а не лише викривача, а так само про будь-які мотиви звільнення, а не тільки у зв'язку з повідомленням особою як викривачем про вчинення іншою особою корупційного або пов'язаного з корупцією правопорушення, інших порушень Закону України «Про запобігання корупції». Тому, якщо стаття присвячена захисту прав саме викривачів, то в диспозиції на це необхідно вказати.

Водночас у п. 4 ст. 4.8.2 як «кваліфікуюча» ознака злочину, передбаченого ст. 4.8.4, зазначається вчинення його *у зв'язку з повідомленням працівником як викривачем про вчинення іншою особою корупційного чи пов'язаного з корупцією правопорушення*. Як можна припустити, має місце технічна помилка: або ст. 4.8.4 насправді задумана як така, що передбачає відповідальність за порушення трудових прав людини, а вчинення такого порушення щодо викривача лише підвищує ступінь тяжкості, або ст. 4.8.4 передбачає охорону трудових прав саме і тільки викривача, а п. 4 ст. 4.8.2 не був виключений із проєкту помилково. У будь-якому разі в ході цієї експертизи мусимо враховувати обидва варіанти, а робочій групі слід визначитись із позначеного питання.

2. Виникає питання, чому потерпілим є лише той працівник (зокрема, викривач), який вже фактично виконує обов'язки працівника. Одним із найтяжчих порушень може бути якраз незаконна відмова від прийняття на роботу особи, яка потенційно мала стати працівником. Щодо викривача, то і в ч. 1 ст. 53-4 згаданого Закону першим порушенням його прав згадується незаконна відмова у прийнятті на роботу у зв'язку з повідомленням про можливі факти корупційних або пов'язаних з корупцією правопорушень. Однак така відмова стосується особи, яка ще не є працівником (вона є потенційним працівником).

Якщо ст. 4.8.4 стосується охорони трудових прав загалом, то необхідно вказати на обмеження трудових прав людини (чи особи), оскільки в разі відмови від укладення договору працівник як суб'єкт, ще не з'являється. Якщо ж ця стаття присвячена охороні трудових прав лише викривача, то ці зауваження можна зняти шляхом, наприклад, прямої вказівки на потерпілого як на викривача, а не працівника. Не зайвою в такому разі була б вказівка й на те, що таке обмеження трудових прав відбувається саме у зв'язку з повідомленням ним про порушення Закону України «Про запобігання корупції».

3. П. 10 ст. 4.8.4 сформульований так, ніби він спрямований проти самого працівника (чи викривача, відповідно), оскільки карає за незаконний його допуск до роботи без оформлення трудових відносин. Для того, щоб ця норма була спрямована на захист прав працівника (викривача), вона має бути викладена інакше, наприклад, як *відмова службової особи від оформлення трудових відносин з працівником (викривачем)*.

4. Обмеження прав викривача може бути пов'язано з неправомірними діями не лише щодо нього, а й щодо близьких йому осіб. Згадувана вище ст. 53-4 Закону вказує і на близьких йому осіб, щодо яких можуть бути спрямовані дії службової особи у зв'язку з відповідним повідомленням викривача (помста йому, але реалізована на близьких йому осіб). У такому разі трудові права самого викривача не обмежуються. Тому доцільно визнати потерпілим від цього кримінального правопорушення також і близьких викривачу осіб (залежно від того, охорони чиїх прав стосується ця стаття; про це слід зазначити або в її диспозиції, або при формулюванні ознаки, яка підвищує ступінь тяжкості).

5. З Концепції реформування кримінального законодавства і висловлювань розробників проєкту на наукових заходах випливає їх спрямованість на «боротьбу» з оціночними поняттями в кримінальному законі під знаменами її величності правової визначеності. У зауваженнях до інших розділів у цьому висновку ми вже висловлювали думку про те, що такі благі наміри матимуть і зворотній ефект – послаблення правоохоронного потенціалу кримінального права, обумовленого тим, що ані найповажніші науковці, ані законодавець, не в змозі передбачити наперед всю палітру можливих посягань, реакція на які мала би бути кримінально-правовою. Закритий перелік можливих обмежень трудових прав працівника (викривача) ми спостерігаємо і в аналізованій статті. Натомість у чинному КК ідеться про

«*інше грубе порушення*», критерії ж грубості такого порушення розроблені правозастосовною практикою (у правових висновках ККС ВС).

Стосовно викривача, то в Законі «Про запобігання корупції» згадується, зокрема, і про такі можливі обмеження прав викривача та його близьких, які не відображені (повністю чи частково) в пропонованому у ст. 4.8.4 вичерпному переліку: формально правомірні рішення і дії керівника або роботодавця, які носять вибірковий характер, зокрема, які не застосовуються до інших працівників у подібних ситуаціях та/або не застосовувалися до працівника у подібних ситуаціях раніше; вжиття будь-яких дискримінаційних заходів; відмова в укладенні чи продовженні договору, трудового договору (контракту), наданні адміністративних та інших послуг; перешкоди у подальшому здійсненні ними їх трудової, професійної, господарської, громадської, наукової або іншої діяльності, проходженні ними служби чи навчання; незаконне відсторонення від посади.

Якщо формулювання закритих переліків і відмова від зворотів на кшталт «*а також інше грубе порушення трудових прав*» є принциповими для робочої групи, то варто подбати про те, щоб хоча б згадані у цьому Законі обмеження знайшли віддзеркалення в пропонованій статті проєкту стосовно викривача, хоча це, звісно, це збільшить і до того немалий її обсяг.

6. Якщо ж розробники проєкту в його ст. 4.8.4 пропонують обмежитись охороною лише трудових прав викривача (а не трудових прав людини/особи загалом), то зазначимо наступне. У чинному КК відповідальність за грубе порушення трудових прав передбачена (ст. 172). Статистика показує, що за 2020 р. було обліковано 475 кримінальних проваджень за цією статтею, щоправда, з яких лише 1 – направлено до суду; у 2021 р. обліковано 233 кримінальних провадження, з яких 8 направлено до суду. Аналіз вироків за цією статтею, опублікованих на сайті ЄДРСР, показує, що засуджені вчиняли явно грубі порушення, зокрема, найм численних працівників на роботу без оформлення з ними трудових відносин або незаконне звільнення особи, яка перебуває на лікарняному та без отримання від неї будь-яких пояснень з приводу порушення трудової дисципліни.

З одного боку, питання про порушення законодавства про працю має вирішуватися в порядку звернення до суду для захисту порушеного трудового права (щодо незаконного звільнення, неоформлення трудових відносин, зменшення оплати праці тощо). Але, з іншого, виявлені практикою порушення є очевидними та грубими, вчиненими з особистих мотивів (зокрема, неприязні). Не можна відкидати й того, що сам факт існування

кримінально-правової заборони, передбаченої ст. 172 КК, має стримувальний ефект. У наукових джерелах (М. Куцевич, 2018) йдеться не про доцільність відбитої у проєкті декриміналізації, а, навпаки, пропонується (зокрема, на підставі аналізу зарубіжного кримінального законодавства) посилити кримінальну відповідальність у цьому разі.

Стаття 4.8.5. Невиплата заробітної плати

1. У проєкті підвищено мінімальну межу суми невиплати в три рази (у ст. 175 чинного КК йдеться про невиплату більш як за 1 місяць). Варто, однак, пам'ятати, що в цій статті передбачено відповідальність за «прямоумисну» невиплату за наявності обов'язку та можливості здійснити таку виплату. За таких обставин невиплата зарплати понад 1 місяць має бути підставою для визнання діяння кримінально-протиправним, адже йдеться про засоби існування працівника, забезпечення людської гідності. Натомість невиплата у тримісячному чи більшому розмірі мала б визнаватися ознакою, що обтяжує ступінь тяжкості злочину (ст. 4.8.2 проєкту). До слова у попередній редакції проєкту підхід до диференціації в цій частині був більш вдалим (невиплата більш як за 1 місяць – проступок, більш як за 2 місяці – злочин 1-го ступеня).

2. Розробникам проєкту пропонується розглянути питання про можливість посилення захисту осіб, які працюють без оформлення трудових відносин. Практика показує, що фактично зайняті працівники потребують більшого захисту. Наразі виявлення фактів найманої праці без оформлення трудових відносин є одним із найважливіших напрямів реформування в трудовій сфері, що має серйозний вплив і на формування дохідної частини бюджету та державних цільових фондів. Для цього можна прямо наголосити у ст. 4.8.5 на тому, що вона стосується невиплати працівнику, який працює як за трудовим договором (контрактом), так і без оформлення трудових відносин. Якщо пропонована новелізація не буде узгоджуватися з трудовим законодавством (зокрема проєктом Трудового кодексу), то варто подбати про конструювання окремої статті КК, яка б дозволила уникнути суперечності з трудовим законодавством.

Щодо статті 4.8.6. Невиплата установленої законом чи договором виплати

1. Щодо вказаної у цій статті *невиплати встановлених договором виплат на регулярній основі* постає питання, який зміст закладено в таке

формулювання. Якщо йдеться про регулярні виплати відповідно до трудового договору (контракту), то, імовірно, зазначене має охоплюватися статтею про невиплату заробітної плати або про порушення трудових прав працівників. Якщо йдеться про інші договори, то такими, з огляду на відсутність визначення термінів «договір» та «виплата» для потреб цієї статті, можна вважати будь-який договір і будь-які виплати за таким договором. Очевидно, що за цього підходу відбувається криміналізація невиплат за масивом цивільно-правових договорів, які передбачають регулярні платежі (договір депозиту (банківського владу), кредитний договір, договір купівлі-продажу в розстрочку, договір довічного утримання тощо). Навряд чи мета робочої групи полягала в тому, щоб криміналізувати цивільно-правові делікти. Висловимо припущення, що маються на увазі суміжні з трудовими договорами договори підряду, складність у розмежуванні яких один від одного досі не подолана у правозастосовній практиці. За такого наміру формулювання кримінально-правової норми мало б відображати саме це, що, однак, викликало б питання: 1) чому договори підряду виділяються з-поміж інших договорів, 2) чому суб'єктом злочину є лише службова особа, а не загальний суб'єкт чи хоча б ФОП?

2. Зворот «*яка має бути виплачена*» стосується не людини, а самої виплати (потрібна редакційна зміна статті).

Стаття 4.8.7. Обмеження права на отримання загальної середньої освіти

1. Чинний КК передбачає лише одну статтю, присвячену охороні такої соціальної цінності, як право на освіту. При цьому йдеться про два суспільно небезпечних діяння – незаконна відмова у прийнятті до навчального закладу будь-якої форми власності (ч. 1 ст. 183) і незаконна вимога оплати за навчання у державних чи комунальних навчальних закладах (ч. 2 ст. 183). Проєктом пропонується перше діяння декриміналізувати частково, а друге – повністю. Попри невелику кількість облікованих кримінальних проваджень за цією статтею чинного КК, ми не можемо бути впевненими в тому, чи не є така невелика кількість проваджень одним із проявів превентивного впливу кримінально-правової норми.

Невиправданість декриміналізації цих діянь, які вчиняються службовими особами, посилюється, зокрема, з огляду на істотне обмеження потенціалу кримінально-правового реагування на неправомірні вчинки службових осіб у межах розділів 9.4 і 9.5 проєкту (проти порядку публічної

служби та проти порядку доброчесності у публічній сфері): 1) відсутній склад перевищення влади і службових повноважень службовими особами; 2) діяння в складі зловживання подані у вигляді закритого переліку; 3) зловживання з об'єктивної сторони вимагає спричинення тільки майнової шкоди, що у випадку порушень права на освіту вирахувати неможливо. З огляду на це, виявлена, пропонована робочою групою декриміналізація навряд чи може бути розцінена позитивно.

2. Зрозуміло, що право на отримання загальної середньої освіти виділяється з-поміж інших складових права на освіту навіть на конституційному рівні, оскільки ст. 53 Конституції України вказує на обов'язковість саме повної загальної середньої освіти. Однак цією ж статтею встановлено і низку інших гарантій, яким кореспондує ст. 183 чинного КК: а) держава забезпечує доступність і безоплатність дошкільної, повної загальної середньої, професійно-технічної, вищої освіти в державних і комунальних навчальних закладах; б) громадяни мають право безоплатно здобути вищу освіту в державних і комунальних навчальних закладах на конкурсній основі. Наразі в Україні поширеною є відмова від зарахування до дошкільних закладів освіти. З розвитком вищої освіти та ймовірною диференціацією в майбутньому варіантів вступу до вищих навчальних закладів (творчі завдання, співбесіди, впровадження мотиваційних листів тощо) можуть набути поширення зловживання і в при зарахуванні до вишів. З огляду на це, пропонується розглянути можливість відображення вказаних (звісно, удосконалених) норм чинного КК у проєкті.

Стаття 4.8.8. Порушення права на користування об'єктом права власності народу

Стосовно п. 2 цієї статті, то викликає сумнів надто широкий зміст «*права користування природнім ресурсом, який знаходиться в межах території України*». До природних ресурсів, наприклад, згідно зі ст. 39 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища», належать внутрішні морські води, територіальне море і атмосферне повітря, але навряд чи в аналізованій статті проєкту йдеться про користування ними. Можна припустити, що мається на увазі загальне право користування природніми ресурсами (загальне природокористування), що гарантується Лісовим кодексом (статті 65 і 66), Водним кодексом (статті 46, 47), Кодексом України про надра (ст. 23), Земельним кодексом (ст. 83), Законом України «Про тваринний світ» (статті 10, 16, 27), Законом України «Про рослинний

світ» (статті 8 і 9). Тому доцільно уточнити формулювання назви і диспозиції ст. 4.8.8 за рахунок використання вказівки на право загального природокористування.

Стаття 4.8.9. Порушення права на користування об'єктом державної чи комунальної власності

Звертає на себе увагу неузгодженість між шкодою, яка заподіюється внаслідок учинення діянь, передбачених статтями 4.8.9–4.8.11, і тим, що ці діяння визнаються проступками. Згідно з п. 5 ст. 2.5.3 проєкту шкода соціально-економічним правам визнається істотною. Їй відповідає 1-й базовий ступінь тяжкості злочину (п. 1 ч. 4 ст. 2.5.9). Натомість згадані діяння визнаються проступками, однак для цього вони мають заподіювати іншу шкоду, яка не визначена в проєкті як істотна (п. 2 ч. 1 ст. 2.5.2).

Стаття 4.8.10. Порушення права на соціальне забезпечення

1. Ознака «незаконності» має стосуватися не лише *відмови іншій особі у призначенні виплати*, а й *встановлення розміру виплати* із фонду державного соціального страхування чи фонду загальнообов'язкового державного пенсійного страхування *у меншому розмірі*, ніж передбачено законом. Тому зворот «*Службова особа, яка…*» потрібно замінити зворотом «*Службова особа, яка незаконно…*».

2. Конституція України безпосередньо вказує на соціальний захист не лише в разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника і в старості, а *і в разі безробіття з незалежних від громадян обставин та в інших випадках, передбачених законом*. Тому постає питання, чи є менш небезпечною (порівняно з тією, що наразі охоплюється ст. 4.8.10 проєкту) так само незаконна відмова службової особи в: допомозі сім'ям з дітьми (допомога при народженні дитини, при усиновленні дитини, допомога на дітей, над якими встановлено опіку чи піклування тощо); прийманні до відповідних притулків, пансіонатів тощо; наданні житлової та інших передбачених законодавством видів субсидії; допомозі малозабезпеченим сім'ям тощо? Слід подбати і про те, щоб однаково каралися і дії, які незаконно припиняють виплати або іншим чином призводять до припинення надання соціальних послуг (наприклад, незаконне відрахування з притулку).

3. Особливої уваги (можливо, навіть в рамках окремої статті) потребують пільги та виплати ветеранам війни та іншим учасникам відсічі агресії рф (зокрема, учасники АТО), а також виплати та пільги, що мають

надаватися їх близьким родичам. Зважаючи на без перебільшення неоціненний внесок цих громадян і те, що Україна поступово перетворюватиметься на державу ветеранів, потенційний кримінальний закон не може залишитися осторонь проблеми їх посиленого захисту

РОЗДІЛ 4.9.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ СВОБОДИ СВІТОГЛЯДУ ТА ВІРОСПОВІДАННЯ ЛЮДИНИ

На міжнародному рівні вироблені критерії для урядів держав щодо регулювання сфери свободи світогляду та віросповідання. Однією з таких засад є використання кримінально-правових заходів лише як останнього інструменту. Вартими уваги у цьому контексті є довідник, підготований ОБСЄ (OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, Freedom of Religion or Belief and Security: Policy Guidance). При розкритті змісту керівних принципів у цьому джерелі звертається увага на те, що, коли держава втручається в свободу віросповідання та релігії, терміни, які використовуються в законодавчій базі, мають бути чітко визначені, щоб уникнути значних розходжень у тлумаченні чи свавільного застосування. На цю загальну рекомендацію варто зважати при вдосконаленні розділу 4.9 проєкту.

Стаття 4.9.1. Значення термінів, вжитих у цьому Розділі

Наведена у цій статті дефініція «*утримання релігійної святині*» не охоплює випадків, коли особа утримує релігійну святиню, яка повинна бути передана відповідно до рішення органу місцевого самоврядування, релігійної громади, іншої уповноваженої на розпорядження релігійною святинею особи.

Ознаки, які підвищують тяжкість злочинів на один і два ступені (статті 4.9.2, 4.9.3)

Викликає сумнів необхідність посилення відповідальності у разі вчинення розглядуваних деліктів щодо *«особливо уразливої людини»* та *«уразливої людини»* (п. 1 ст. 4.9.2 і п. 1 ст. 4.9.3, відповідно).

Постає питання, яким чином злочин «захоплення, утримання, зруйнування, пошкодження або осквернення релігійної споруди чи святині» (ст. 4.9.5) можна вчинити щодо *уразливих людей,* якщо це діяння стосується *релігійних споруд* та *святинь,* а не людей, які в них перебувають? Чи

розробники проєкту мали на увазі подібні випадки? Навіть якщо так, то відповідні наміри мали б бути відображені у проєкті; щоправда, підстав для пропонованої диференціації відповідальності за такі дії не вбачається. Жодного прикладу реалізації подібного підходу не вдалося відшукати при вивченні кримінального законодавства європейських країн

Дати науково обґрунтовану оцінку виправданості посилення відповідальності за вчинене щодо уразливих (особливо уразливих) людей «порушення права на свободу світогляду чи віросповідання» (ст. 4.9.4) можна лише за умови чіткого розуміння характеру цих дій, що наразі не видається можливим (про це йдеться нижче). Наприклад, особа зайшла в православний храм і почала закликати всіх присутніх у ньому вірян, зокрема людей, віком понад 80 років, прийняти іслам. Чи можна кваліфікувати такі дії за ст. 4.9.4? І якщо так, то чи варто їх визнавати злочином 3-го ступеня тяжкості лише через те, що в храмі були люди похилого віку?

У контексті розгляду відповідної ознаки хотілося б також озвучити наше припущення стосовного того, що основним мотивом поширення її «кваліфікуючого» значення на всі злочини, передбачені розділом 4.9, є прагнення розробників проєкту бути максимально послідовними у частині реалізації ідеї посилення відповідальності ледь не за всі передбачені у Книзі четвертій «Кримінальні правопорушення проти людини» злочини, вчинені стосовно уразливих (особливо уразливих) людей, причому незалежно від того, чи справді впливає така ознака на небезпеку (тяжкість) конкретного діяння. Ця не позбавлена сенсу ідея була послідовно втілена майже у всіх розділах, консолідованих у межах Книги четвертої.

Водночас розглядувана ознака не була включена до переліку тих, з наявністю яких пов’язується підвищення тяжкості «виборчих» кримінальних правопорушень (розділ 4.10) та більшості кримінальних правопорушень проти рівноправності та політичних прав (розділ 4.11). З одного боку, враховуючи характер цих деліктів, до такого кроку стосовно більшості злочинів, які входять до двох названих груп, слід поставитися з розумінням. Але, з іншого, хотілося б вказати насамперед на такі злочини, як «перешкоджання здійсненню виборчих прав або референдумного права» (ст. 4.10.4) та «обмеження права свободи пересування чи прав громадянства» (ст. 4.11.9). У разі вчинення щодо уразливої (особливо уразливої) людини їх суспільна небезпека підвищується принаймні не менше, а, швидше за все, навіть значно більше порівняно, наприклад, із захопленням релігійної споруди (ст. 4.9.5). Однак, попри цей очевидний факт, «вчинення щодо

уразливої (особливо уразливої) людини» визнано ознакою, яка підвищує ступінь тяжкості захоплення релігійної споруди.

З'ясований підхід не є логічним і системним, через що потребує коригування одним із двох шляхів:

1) або наскрізного визнання «уразливого (особливо уразливого) стану людини» ознакою, яка підвищує ступінь тяжкості всіх злочинів проти людини. Інакше кажучи, ця ознака має фігурувати у всіх розділах, включених до Книги четвертої;

2) або надання цій ознаці кваліфікуючого значення лише стосовно окремих конкретних (хай навіть абсолютної більшості, але не всіх) злочинів, суспільна небезпека яких справді підвищується (пов'язана) за умови їх вчинення стосовно відповідних осіб. Такий спосіб, використання якого розробниками проєкту досить успішно апробовано про конструюванні розділу 4.11, видається оптимальним.

2. Сумніви викликає і доцільність посилення відповідальності за вчинення аналізованих злочинів у складі або за завданням організованої групи чи злочинної організації. Як відомо, однією з основних вимог до змісту кваліфікуючих ознак як засобу диференціації кримінальної відповідальності є фактична або вірогідна поширеність на практиці відповідного більш небезпечного варіанту кримінально протиправної поведінки. Однак чи є підстави вести мову про таку поширеність (фактичну чи вірогідну) у цьому разі?

3. Загалом поділяючи думку розробників проєкту про те, що передбачені ст. 4.9.5 «захоплення», «утримування» та «осквернення» релігійної споруди чи святині стають істотно небезпечнішими через застосування під час вчинення цих дій зброї, звернемо увагу на те, що поруч із ними у ст. 4.9.5 вказано і на «зруйнування» чи «пошкодження» відповідних об'єктів, для спричинення яких частіше використовується не зброя, а вибухові пристрої, запалювальні суміші тощо. Зважаючи на це, пропонуємо у п. 4 ст. 4.9.3 вказати не лише на «*застосування зброї*», а й на вчинення відповідного злочину *загальнонебезпечним способом* (за допомогою вибухів, підпалів, затоплення тощо (п. 16 ч. 2 ст. 1.4.3 проєкту)).

Стаття 4.9.4. Порушення права на свободу світогляду чи віросповідання

На відміну від ст. 180 чинного КК, в якій чітко вказується на те, які дії є караними, положення проєктованої ст. 4.9.4, в якій абстрактно зазначається

про *«порушення свободи іншої людини сповідувати будь-яку релігію, не сповідувати ніякої релігії або вести релігійну діяльність»,* подібного чіткого уявлення не дають, що здатне викликати неоднакове тлумачення відповідних приписів. Достатньо ознайомитись із цього приводу з дописом Д. Вовка в одній із соціальних мереж (див.: https://www.facebook.com/dmtr.vovk/posts/pfbid0v6PmGzbhAtqfYkaQnV6CBH3jVboXyVujEqEXNdSiiUozLNeWKMQsdofL9fs4dmhkl). Судячи з коментарів до цього посту, розробники проєкту вже ознайомились із відповідним зауваженням і працюють над усуненням недоліків. Пропонована редакція ст. 4.9.4 справді є далекою від ідеалів правової визначеності. На необхідність відповідної конкретизації її змісту красномовно вказує і релевантний іноземний досвід. Зокрема, хотілося б звернути увагу робочої групи на те, що в інших країнах кримінально протиправними визнаються більш конкретні діяння, караність яких нерідко пов'язується із способом їх вчинення.

КК Австрії: а) образа релігійних учень, а саме публічне приниження чи висміювання іншої особи чи предмета, які є об'єктом поклоніння місцевої церкви чи спільноти, або відповідної доктрини, законної практики чи церковного інституту, якщо така поведінка здатна викликати обґрунтоване подразнення (§ 188); б) порушення релігійної практики (спосіб – насильство або погроза насильства) (§ 189);

КК Албанії: а) перешкоджання діяльності релігійних організацій (ст. 131); б) пошкодження чи знищення предмету культу (ст. 132); в) перешкоджання проведенню релігійних церемоній (ст. 133);

КК Бельгії: а) примушування чи перешкоджання релігійному обряду (спосіб – насильство або погроза його застосування) (ст. 142); б) перепона, затримка чи переривання релігійного обряду (спосіб – заворушення чи безлади) (ст. 143); в) образа релігійних обрядів, священника під час проведення культової церемонії (статті 144–145);

КК Болгарії: скоєне із застосуванням насильства чи його погрози перешкоджання вільно сповідувати свою віру чи вчиняти релігійні обряди, а також примушування до релігійного обряду (ст. 165);

КК Грузії: незаконне перешкоджання здійсненню релігійних обрядів (спосіб – насильство чи погроза його застосування, образа віруючих чи священнослужителів) (ст. 155);

КК Естонії: порушення свободи віросповідання (ст. 154);

КК Іспанії: а) перешкоджання здійсненню релігійного обряду (спосіб – насильство, залякування, застосування сили) (ст. 522); б) перешкоджання,

заважання, переривання урочистого акту, конфесії тощо (спосіб – насильство, погроза, організація заворушень чи образа) (ст. 523); в) образа релігійних почуттів (місце – церква або інше місце, призначене для відправлення культу; або обстановка – під час релігійних церемоній) (ст. 524); г) образа членів релігійної конфесії (ст. 525);

КК Італії: а) публічна образа релігійної конфесії (ст. 403); б) образа релігійних конфесій, предметів тощо (ст. 404); в) перешкоджання релігійних культів (ст. 404);

КК Литви: втручання в релігійні обряди чи свята (шляхом нецензурної лайки, зухвалих дій, погроз, знущань та іншими непристойними діями) (ст. 171);

КК Нідерландів: а) перешкоджання релігійному обряду, церемонії тощо (спосіб – насильство чи погроза його застосування) (ст. 145); б) перепона зібранню в релігійних цілях, похоронній церемонії тощо (спосіб – шляхом безладів чи шуму) (ст. 146);

КК Польщі: а) злісне перешкоджання виконанню релігійного акту церквою або іншою релігійною організацією, похоронам, траурним обрядам чи ритуалам (ст. 195); б) образа релігійних почуттів інших осіб, публічних предметів поклоніння або місць для публічного виконання релігійних обрядів (ст. 196);

КК Португалії: а) публічна образа чи висміювання релігійних переконань, осквернення релігійних об’єктів (ст. 251); б) перешкоджання або зрив проведення релігійного обряду (спосіб – насильство чи погроза його застосування), публічне висміювання релігійного культу (ст. 252);

КК Сан-Марино: а) публічне осквернення предмету культу чи шанування, висміювання актів культу (ст. 260); б) перешкоджання віросповіданню (спосіб – насильство чи погроза його застосування) (ст. 261); в) порушення релігійних обрядів (ст. 262);

КК Сербії: порушення свободи віросповідання та відправлення релігійного обряду (слід визнати, що цей склад теж сформульований не досить чітко) (ст. 131);

КК Словаччини: обмеження свободи віросповідання (спосіб – насильство чи погроза його застосування) (ст. 193);

КК Словенії: перешкоджання проведенню релігійних церемоній (включає і образу) (ст. 311);

КК ФРН: а) образа віросповідання, релігійних організацій (спосіб – публічно та таким чином, що порушує громадський спокій) (§ 166);

б) перешкоджання здійсненню релігійного обряду (спосіб – у грубій формі або бешкет) (§ 167); в) перешкоджання відправленню похоронного обряду (§ 167-а);

КК Хорватії: порушення свободи віросповідання (включає і порушення рівності релігійних спільнот перед законом, зокрема, обмеження у проведенні публічних церемоній) (ст. 130);

КК Швеції: перешкоджання релігійному обряду, похоронам тощо (спосіб – насильство, шум тощо) (§ 4 розділу 16).

Для пошуку оптимальної моделі кримінально-правової охорони свободи віросповідання може становити певний інтерес і рішення ЄСПЛ у справі Kokkinakis v. Greece. ЄСПЛ визнав порушенням ст. 9 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод притягнення до кримінальної відповідальності за прозелітизм свідка Єгови, який порушив права дружини православного священника, прийшовши до неї додому проповідувати.

Кримінально-протиправне посягання на свободу світогляду та віросповідання одних людей нерідко відбувається у формі свободи вираження поглядів інших. Хрестоматійний приклад, коли лекторка поставила питання аудиторії, чи шлюб Пророка Моххамеда з 9-річною дівчинкою можна вважати педофілією, за що була притягнута до кримінальної відповідальності у формі штрафу (рішення ЄСПЛ у справі «E.S. проти Австрії»). Рекомендації щодо балансування цих прав, зокрема у кримінально-правовій площині, наведені у доповіді Спеціального доповідача з питань свободи релігії чи переконань 31 сесії Ради по правах людини Генасамблеї ООН від 23.12.2015, зауваженнях загального порядку № 34 Комітету ООН з прав людини та Рабатському плані дій, а також у практиці ЄСПЛ щодо застосування ст. 9 і ст. 10 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Ці джерела, вочевидь, також можуть слугувати орієнтиром при вдосконаленні ст. 4.9. 4 проєкту.

Захоплення, утримання, зруйнування, пошкодження або осквернення релігійної споруди чи святині (статті 4.9.5, 4.9.6)

У цих нормах передбачено відповідальність за такі дії щодо релігійної споруди чи святині, як: з одного боку, їх *захоплення, утримування* чи *осквернення,* які визнаються кримінально протиправними незалежно від наслідків (формальний склад)*;* з іншого, їх *зруйнування* чи *пошкодження,* які тягнуть кримінальну відповідальність за умови спричинення (матеріальний

склад) істотної чи неістотної майнової шкоди, які за таких умов визнаються або злочином 1-го ступеня (ст. 4.9.5), або проступком (ст. 4.9.6).

Якщо стосовно першої групи діянь зауважень не виникає, то щодо другої хотілося б поставити питання: чи є сенс вказувати на «зруйнування» та «пошкодження» у цих нормах, враховуючи наявність загальних ст. 6.1.7 та ст. 6.1.13, якими (-і): 1) передбачено відповідальність за «знищення» (синонім «руйнування») чи «пошкодження» чужої речі (різновидами яких виступають релігійні споруди чи святині), що спричинили істотну та неістотну майнову шкоду, відповідно; 2) які, як і відповідні кримінальні правопорушення проти свободи світогляду та віросповідання людини, так само визнаються або злочином 1-го ступеня тяжкості (за умови істотної майнової шкоди), або проступком (неістотної). Крім того, виділення двох відповідних форм аналізованих кримінальних правопорушень суперечить одній із основних концептуальних ідей розробників проєкту, а саме відмові від невиправданого виокремлення спеціальних складів кримінальних правопорушень.

У диспозиції ст. 4.9.5 зроблене посилання на ст. 7.6.11 «Негуманне поводження з твариною». Це, мабуть, технічна помилка. Висловимо припущення, що у цьому разі малась на увазі ст. 7.6.8 «Вандалізм».

РОЗДІЛ 4.10.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ВИБОРЧИХ ПРАВ ТА РЕФЕРЕНДУМНОГО ПРАВА

1. У кримінальному праві (і не лише вітчизняному) питання як про визначення кола порушень виборчого законодавства, які мають тягнуть кримінальну відповідальність, так і про кримінально-правовий статус цих діянь (злочини чи проступки) традиційно вважаються надзвичайно складними. З одного боку, небезпека відповідних правопорушень є очевидною, з іншого, не менш очевидною виглядає і недоцільність віднесення до числа кримінально караних всіх посягань у відповідній сфері. Враховуючи відсутність об’єктивних формалізованих критеріїв шкідливості того чи іншого виборчого делікту (як це має місце, наприклад, у більшості посягань на власність), доводиться визнавати, що чи не єдиним фактором, від якого фактично залежить вирішення питання про криміналізацію тих чи інших «виборчих» посягань (за допомогою цього умовного терміну задля зручності будуть позначатись як виборчі, так і «референдні» правопорушення), є суб’єктивний розсуд законодавця (у нашому випадку –

робочої групи). Зважаючи на це, вочевидь, не варто було очікувати того, що розробники розділу 4.10 проєкту зможуть запропонувати такий новаторський підхід щодо змістовної наповнюваності відповідної структурної одиниці, який не викличе серйозних нарікань у представників експертного середовища. З урахуванням відсутності однакових підходів до вирішуваного питання і в кримінальному законодавстві зарубіжних країн, жоден із пропонованих варіантів a priori не міг би бути визнаний і таким, що відповідає найкращим іноземним взірцям.

Із розумінням ставлячись до цієї ситуації, все ж слід виділити декілька діянь, віднесення яких у розділі 4.10 до числа кримінально протиправних посягань виглядає сумнівним – причому як з огляду на власну суб'єктивну оцінку ступеня їх суспільної небезпеки (тяжкості), так і релевантний іноземний досвід. Останній, попри згадану відсутність уніфікованого підходу до вирішення багатьох питань, все ж здатен чітко сигналізувати про помилковість того чи іншого варіанту вирішення певної проблеми. Такими «сумнівними» діяннями видаються:

а) «*зрив роботи виборчої комісії чи комісії з референдуму*» (ст. 4.10.6). Це діяння – фактично відповідна бездіяльність члена виборчої комісії чи комісії з референдуму – було криміналізовано у 2009 р. унаслідок ухвалення Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виборів Президента України». Президентом України первинно було накладено вето на цей Закон. Зокрема, у пропозиціях Президента йшлося про недоцільність криміналізації таких діянь члена виборчої комісії з посиланням на те, що Законом «Про вибори Президента України» передбачено дострокове припинення повноважень члена територіальної, дільничної виборчої комісії, зокрема у зв'язку із систематичним невиконанням покладених на нього обов'язків; крім того, відмічалося, що передбачене ст. 157 КК покарання не враховує ступінь суспільної небезпеки зазначеного діяння, а тому замість кримінальної доцільно запровадити адміністративну відповідальність і лише за ухилення члена виборчої комісії від участі в роботі виборчої комісії в день голосування, день повторного голосування, під час підрахунку голосів виборців на виборчій дільниці, установлення підсумків голосування в межах територіального виборчого округу, установлення результатів голосування, повторного голосування, виборів. Щоправда, згадане вето Президента України врешті-решт було подолане.

Утім, при роботі над проєктом його розробникам варто розглянути можливість врахування наведених зауважень Президента України. Зокрема,

хотілося б пригадати, що і в чинному виборчому законодавстві встановлено низку норм, які передбачають дострокове припинення повноважень члена виборчої комісії, зокрема у зв'язку із «систематичним або одноразовим грубим порушенням ним законодавства України про вибори, встановленим рішенням суду або рішенням виборчої комісії вищого рівня, двома і більше неявками на засідання виборчої комісії без поважних причин або неявкою на засідання виборчої комісії у день голосування, ухиленням від виконання своїх обов'язків у комісії без поважних причин» (п. 8 ч. 3 ст. 89, п. 10 ч. 3 ст. 146, п. 9 ч. 3 ст. 208 Виборчого кодексу України). Зайвим свідченням недоцільності запровадження саме кримінальної відповідальності за розглядуване діяння слугує і релевантний іноземний досвід, адже в жодному із проаналізованих нами кримінальних кодексів європейських держав не було відшукано норм, навіть наближено подібних за змістом до тих, про які йдеться у ст. 4.10.6 проєкту і ч. 5 ст. 157 чинного КК України.

Як варіант пропонуємо робочій групі розглянути питання про можливість визнання аналізованого діяння проступком.

Тут доречно навести висловлювання одного з розробників проєкту М. Хавронюка. Коментуючи ст. 157 чинного КК вчений (2018) вказує, зокрема, на те, що за жодних умов відсутність члена виборчої комісії без поважних причин на одному засіданні комісії не створює підстав для його кримінальної відповідальності за ч. 1 ст. 157 КК. Попри таке виважене тлумачення, у тексті ст. 4.10.6 проєкту (як і в ч. 5 ст. 157 чинного КК) відсутнє згадування про «систематичний» характер таких діянь чи інша подібна вказівка, яка б унеможливила інкримінування ст. 4.10.6 у випадках, про які вів мову професор Хавронюк. До речі, у «глосарії» проєкту *ухилення* визначається як *не вчинення необхідного діяння особою, яка має юридичний обов'язок та можливість діяти певним чином* (п. 61 ч. 2 ст. 1.4.1). Як бачимо, і тут відсутня вказівка на багаторазовість відповідних актів поведінки.

Водночас варто визнати, що гостроту позначеної проблеми частково «знімає» вказівка на наслідки діяння (зрив роботи комісії);

б) «*знищення, пошкодження або приховання виборчої документації чи документації референдуму після проведення виборів чи референдуму*» (ст. 4.10.15). Видається, що вказані діяння не спроможні завдати істотної шкоди (хоч у проєкті це діяння визнається таким, яке спричинило *значну* шкоду) охоронюваним розділом 4.10 відносинам, адже за результатом їх вчинення не можна досягнути того, що може стати наслідком і найчастіше є

ціллю вчинення аналогічних дій під час виборів чи референдуму, – вплинути на результати виборів (референдуму). Слід вказати і на те, що парламентарії жодної з європейських країн не знайшли підстав для криміналізації згаданих діянь.

Наші міркування виходять з того, що ст. 4.10.15 проєкту, попри відсутність вказівки у ній на архівні установи та Центральну виборчу комісію, є наступником ст. 158-2 чинного КК України, в якій йдеться про «*незаконне знищення або пошкодження виборчої документації або документації референдуму в архівних установах або в Центральній виборчій комісії після проведення виборів або референдуму*». Наступні рекомендації щодо ст. 4.10.15 проєкту засновані саме на такому розумінні, яке, як видається, корелюється із ст. 73 Виборчого кодексу України. Якщо ж наше розуміння є хибним, то рекомендації, наведені у цьому висновку, потребуватимуть істотного редагування;

2. П. 6 ст. 4.10.13 йдеться про такий проступок, як *перешкоджання людині здійснювати опитування виборців чи учасників референдуму щодо їх волевиявлення під час голосування,* а у ст. 4.10.15 – про *незаконне підписання протоколу членом виборчої комісії, комісії з референдуму.*

Звернемо увагу на те, що виборче законодавство *забороняє* і багато інших дій, зокрема: оприлюднення чи поширення в інший спосіб результатів опитування громадської думки, пов’язаного з виборами, зокрема щодо кандидатів, партій (організацій партій) – суб’єктів виборчого процесу, протягом останніх двох днів перед днем голосування; оприлюднення в день голосування результатів опитування виборців щодо їх волевиявлення під час голосування до закінчення голосування; передвиборну агітацію напередодні дня голосування та в день голосування. Забороняється також участь у передвиборній агітації: а) іноземців та осіб без громадянства, зокрема шляхом журналістської діяльності чи у формі участі у концертах, виставах, спортивних змаганнях, інших публічних заходах, що проводяться на підтримку чи за підтримки кандидата (кандидатів) чи суб’єкта їх висування; б) органів виконавчої влади, органів влади АРК та органів місцевого самоврядування, правоохоронних органів і судів, їх посадових і службових осіб у робочий час (крім випадків, якщо така особа є кандидатом на відповідних виборах); в) членів виборчих комісій під час виконання обов’язків членів виборчих комісій на строк здійснення повноважень. Існують й інші подібні заборони.

За таких обставин закономірно постає питання: чи не є порушення інших перерахованих заборон не менш небезпечними за ті, які в проєкті визнаються проступками, передбаченими п. 6 ст. 4.10.13 і ст. 4.10.15?

3. Варто висловити певні застереження і щодо виправданості виділення у проєкті окремих норм, присвячених регламентації відповідальності аналізовані делікти:

а) у ст. 4.10.5 йдеться про *втручання у діяльність виборчої комісії, комісії з референдуму* – дії, аналогічні тим, про які говориться в ч. 4 ст. 157 чинного КК. Водночас між цими положеннями існує принципова різниця, адже в нормі проєкту суб'єкт не спеціальний (службова особа), а загальний. А чому б відповідальність за ці дії не передбачити у нормі про перешкоджання здійсненню виборчих прав або референдумного права (ст. 4.10.4)? Тут варто знову процитувати М. Хавронюка (2018), який, коментуючи ст. 157 чинного КК, зазначає, що «передбачене нею втручання службової особи… *є спеціальним різновидом перешкоджання діяльності суб'єктів виборчого процесу,* що виокремлено законодавцем за особливим поєднанням ознак потерпілого від злочину (виборча комісія чи комісія з референдуму), об'єктивної й суб'єктивної сторін злочину та його *суб'єкта (службова особа)».* На нашу думку, виділення цих дій в окремий склад насамперед було пов'язано саме із властивостями суб'єкта, тобто особливою суспільною небезпекою вчинення згаданих дій службовою особою з використанням службового становища, у зв'язку з якою, до речі, у ч. 4 ст. 157 чинного КК передбачено покарання (позбавлення волі аж до 10 років), яке є значно суворішим за те, яке передбачене у ч. 1 ст. 157 КК за всі інші різновиди перешкоджання, вчинені загальним суб'єктом (максимальне покарання – позбавлення волі на строк до 3 років). Однак за проєктованою ст. 4.10.5 суб'єкт передбаченого нею делікту є загальним, через що останній, вочевидь, і був визнаний однопорядковим з іншими формами перешкоджання.

Таким чином, відповідальність за діяння, про які йдеться у статтях 4.10.4 і 4.10.5 проєкту, могла б безпроблемно бути передбачена в одній нормі із назвою «*Перешкоджання здійсненню* … » із відповідним коригуванням її диспозиції, зокрема уточненням форм об'єктивної сторони;

б) жодного прикладу виокремлення передбаченої ст. 4.10.7 проєкту норми про «*втручання в роботу Державного реєстру виборців*» в іноземному кримінальному законодавстві відшукати не вдалось. Це, вочевидь, можна пояснити тим, що відповідальність за таке втручання

передбачена іншими нормами – як загальними нормами про фальсифікацію «виборчої» документації, які, зокрема, дають змогу реагувати на вчинення передбаченого п. 1 ст. 4.10.7 «*подання до органу ведення Державного реєстру виборців завідомо неправдивих відомостей про виборця*», так і нормами про «комп'ютерні» делікти.

4. Певні міркування слід висловити і щодо уніфікації відповідальності за всі «виборчі» злочини.

Будь-яка шкода виборчим правам та референдумному праву у проєкті визнана *значною* (п. 5 ч. 1 ст. 2.5.4), а тому всі розглядувані злочини були автоматично визнані злочинами 3-го ступеня тяжкості. Такий підхід узгоджується із загальною концепцією побудови проєкту. Застереження «загалом» зроблено через те, що всупереч сказаному деякі кримінальні правопорушення, що спричиняють шкоду виборчим правам та референдумному праву, чомусь віднесено до числа проступків (підрозділ 2 розділу 4.10) (це, як вже неодноразово відзначалось у цьому висновку, така собі наскрізна проблема аналізованого проєкту).

Водночас підхід, втілений у проєкті, попри його логічність і зрозумілість, ігнорує очевидну (принаймні для нас) різницю в суспільній небезпеці різних посягань на ті чи інші охоронювані цінності (блага), що призводить до встановлення необґрунтовано (несправедливо) однакових (уніфікованих) покарань за їх вчинення. Для ілюстрації вразливості (або щонайменше дискусійності) такого підходу в контексті «виборчих» деліктів зазначимо, що у розділі 4.10 злочинами 3-го ступеня тяжкості визнані як «знищення, пошкодження, приховування та заволодіння виборчою документацією або документацією референдуму» *під час виборів* (ст. 4.10.14), так і згадане раніше «незаконне знищення, пошкодження або приховування виборчої документації або документації референдуму *після проведення виборів чи референдуму»* (ст. 4.10.15), тобто після офіційного оголошення (офіційного оприлюднення) результатів виборів (референдуму). Невже суспільна небезпека цих діянь, одне з яких, нагадаємо, не визнано кримінально протиправним у жодній із європейських країн, є однаковою? Видається, що ні, адже згадані дії після виборів (референдуму) вже не можуть прямо вплинути на результати виборів (референдуму), а тому є істотно менш небезпечнішими, що, до речі, чітко відображено в санкціях ст. 158-2 і ч. 3 ст. 158-3 чинного КК.

5. Негативним наслідком пропонованого у проєкті наскрізного підходу щодо визнання злочинами однакової тяжкості всіх посягань на однакове

благо є виникнення навряд чи виправданого дисонансу між кримінально-правовим статусом окремих таких посягань, одні з яких, як у розділі 4.10, визнаються відразу злочинами 3-го ступеня тяжкості, а інші, попри характерний для них приблизно (на наше суб'єктивне переконання) рівний ступінь суспільної небезпеки принаймні із деякими злочинами, – проступками. Наприклад, порівняємо порушенням порядку фінансування політичної партії та поданням недостовірних відомостей у звіті політичної партії.

До речі, за ч. 2 ст. 159-1 КК України відповідні дії караються штрафом від 100 до 300 НМДГ або виправними роботами на строк до 2 років, або обмеженням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк 5 років. А за проєктом винному у вчиненні таких дій загрожуватиме штраф у розмірі від 1000 до 2000 РО або ув'язнення на строк від 3 до 4 років.

Через це виникає питання: невже характер та ступінь суспільної небезпеки відповідних дій є таким, який свідчить про доцільність встановлення за їх вчинення покарання у виді позбавлення волі (навіть альтернативно зі штрафом)? Також зауважимо, що порушення порядку фінансування політичних партій є кримінально протиправним діянням лише у деяких пострадянських державах (ст. 288-2 КК Латвії, ст. 175-1 КК Литви, ст. 181-3 КК Молдови) та Андоррі (ст. 387).

Подібне питання постає і щодо інших «виборчих» деліктів. Йдеться про порівняння між: з одного боку, знищенням виборчої документації після проведення виборів, а з іншого – голосуванням більше одного разу під час виборів чи референдуму або розголошенням таємниці голосування; з одного боку, прийняттям виборцем неправомірної вигоди, а з іншого – передвиборною агітацією чи агітаціє референдуму, поєднаною з непрямим підкупом виборців. Всі наведені «пари» діянь є щонайменше приблизно однаковими за ступенем своєї суспільної небезпеки. Навіть більше: дозволимо висловити переконання в тому, що такі діяння, як 1) голосування більше одного разу під час виборів чи референдуму, як і 2) розголошення таємниці голосування) та 3) передвиборна агітація чи агітація референдуму, поєднана з непрямим підкупом виборців, є істотно небезпечнішими принаймні за знищення виборчої документації після проведення виборів.

Однак, попри це, всі згадані вище діяння умовно другої групи були віднесені до числа проступків, тоді як умовно першої – одразу визнані злочинами 3-го ступеня тяжкості.

До речі, у контексті порівняння суспільної небезпеки визнаного злочином 3-го ступеня тяжкості «знищення виборчої документації після проведення виборів», і такого проступку, як «голосування більше одного разу під час виборів чи референдуму» або «розголошення таємниці голосування», хотілося б навести приклади того, як питання про визначення кримінально-правового статусу цих деліктів вирішується в кримінальному законодавстві європейських країн. Йдеться про те, що, з одного боку, парламентарії жодної із проаналізованих нами країн не знайшли підстав для криміналізації відповідного діяння, яке в проєкті визнано злочином 3-го ступеня, а, з іншого, кримінальними кодексами ледь не всіх європейських держав злочинними визнаються як голосування більше одного разу під час виборів чи референдуму, так і розголошення таємниці голосування, за які передбачено такі покарання:

– *КК Австрії:*

а) незаконне голосування – позбавлення волі на строк до 6 місяців або штраф (§ 266);

б) порушення таємниці виборів чи референдуму – позбавлення волі на строк до 6 місяців або штраф (§ 268).

– *КК Албанії:* порушення таємниці голосування – штраф чи позбавлення волі до 1 року (ст. 327);

– *КК Андорри:* порушення таємниці голосування – позбавлення волі від 3 місяців до 3 років (ст. 327);

– *КК Болгарії:*

а) голосування більше одного разу – випробувальний термін або штраф (ст. 168);

б) порушення таємниці голосування – позбавлення волі від 1 до 5 років (ст. 169).

– *КК Грузії:* порушення таємниці голосування – позбавлення волі до 2 років (ст. 164);

– *КК Естонії:*

а) неодноразове голосування – штраф чи арешт (ст. 165);

б) порушення таємниці голосування – штраф чи арешт (ст. 166);

– *КК Ісландії:* неодноразове голосування – штраф чи позбавлення волі до 2 років (ст. 103);

– *КК Латвії:* порушення таємниці голосування – позбавлення волі до 4 років або альтернативне покарання (ст. 92);

– *КК Молдови:* неодноразове голосування – штраф чи позбавлення волі від 3 до 5 років (ст. 182);

– *КК Норвегії:* неодноразове голосування – штраф чи позбавлення волі до 1 року (ст. 153);

– *КК Польщі:* порушення таємниці голосування – штраф або позбавлення волі до 2 років (ст. 251);

– *КК Португалії:*

а) порушення таємниці голосування – позбавлення волі до 1 року або штраф (ст. 342);

б) голосування більше одного разу – позбавлення волі до 2 років або штраф (ст. 339);

– *КК Румунії:*

а) шахрайське голосування (неодноразове, без права, за іншу особу) – позбавлення волі від 6 місяців до 3 років (ст. 387);

б) порушення таємниці голосування – штраф (ст. 389);

– *КК Сан-Марино:*

а) порушення таємниці голосування – позбавлення волі 2 ступеня (ст. 395);

б) будь-яке шахрайство при виборах – позбавлення волі 2 ступеня (ст. 397);

– *КК Сербії:*

а) неодноразове голосування – позбавлення волі до 1 року чи штраф (ст. 157);

б) порушення таємниці голосування – штраф чи позбавлення волі до 6 місяців (ст. 160);

– *КК Словенії:*

а) неодноразове голосування – штраф чи позбавлення волі до 1 року (ст. 152);

б) порушення таємниці голосування – штраф чи позбавлення волі до 6 місяців (ст. 156);

– *КК ФРН:*

а) фальсифікація результатів виборів (голосування без права, неправильний підрахунок чи оприлюднення голосів) – позбавлення волі до 5 років або штраф (§ 107-a);

б) порушення таємниці голосування – позбавлення волі до 2 років або штраф (§ 107-c);

– *КК Хорватії:*

а) неодноразове голосування – позбавлення волі до 3 років (ст. 335);

б) порушення таємниці голосування – позбавлення волі до 1 року (ст. 336);

– *КК Швеції:* порушення таємниці голосування – штраф чи позбавлення волі до 6 місяців (§ 9 гл. 17).

Таким чином, варто переглянути як кримінально-правовий статус окремих «виборчих» деліктів, так і наскрізний уніфікований (не використаний у жодній європейській країні) підхід до визначення ступеня тяжкості всіх «виборчих» правопорушень, який ігнорує можливість диференціації відповідальності за діяння з різним ступенем суспільної небезпеки.

Для підтвердження сказаного знову звернемося до відповідного іноземного досвіду та продемонструємо ті покарання, які парламентарії європейських країн встановили за діяння, відповідальність за які в проєкті уніфікована:

– *КК Австрії:*

а) хабарництво на виборах – позбавлення волі до 1 року або штраф (§ 265);

б) застосування насильства або погроз для зриву виборів – позбавлення волі до 3 років або штраф (§ 267);

в) фальсифікація виборів чи референдуму: 1) незаконне голосування (позбавлення волі на строк до 6 місяців або штраф); 2) фальсифікація результатів виборів (позбавлення волі до 3 років або штраф) (пар 266);

г) порушення таємниці виборів чи референдуму – позбавлення волі на строк до 6 місяців або штраф (§ 268);

– *КК Албанії:*

а) фальсифікація виборчих документів чи результатів – штраф чи позбавлення волі до 5 років (ст. 326);

б) порушення таємниці голосування – штраф чи позбавлення волі до 1 року (ст. 327);

в) підкуп виборців штраф чи позбавлення волі до 6 місяців (ст. 328);

– *КК Андорри:*

а) перешкоджання виборчому праву – позбавлення волі від 1 до 4 років (ст. 326);

б) порушення таємниці голосування – позбавлення волі від 3 місяців до 3 років (ст. 327);

в) фальсифікація виборчого документу, підроблення чи приховування виборчих бюлетенів, підроблення чи фальсифікація результатів голосування – позбавлення волі від 1 до 4 років (ст. 330);

г) шахрайське внесення в список виборців – штраф (ст. 333);

д) незаконне фінансування політичних партій – позбавлення волі від 3 місяців до 3 років та штраф (ст. 387);

– КК Болгарії:

а) надання неправомірної вигоди виборцю – від 1 до 6 років позбавлення волі (ч. 2 ст. 167), а отримання – до 3 років позбавлення волі (ст. 167-а);

б) голосування більше одного разу та голосування особою, яка не має права – випробувальний термін або штраф (ст. 168);

в) фальсифікація, незаконне зберігання та розповсюдження підроблених бюлетенів – від 1 до 6 років позбавлення волі (ст. 168-а);

г) порушення таємниці голосування – позбавлення волі від 1 до 5 років (ст. 169);

– КК Грузії:

а) перешкоджання роботі виборчих комісій, що призвело до зриву виборів чи референдуму – позбавлення волі від 2 до 4 років (ст. 163);

б) порушення таємниці голосування – позбавлення волі до 2 років (ст. 164);

в) підкуп виборця (ст. 164-1) – штраф;

г) фальсифікація виборчої документації (ст. 164-3) – позбавлення волі до 2 років;

– КК Данії:

а) несанкціонований доступ до голосування;

б) перешкоджання виборчому праву;

в) дає чи отримує неправомірну вигоду за голосування;

– КК Естонії:

а) перешкоджання виборам – позбавлення волі до 1 року (ст. 161);

б) фальсифікація виборів (знищення, пошкодження, підроблення, вилучення виборчої документації чи невірний підрахунок) – позбавлення волі до 3 років (ст. 163);

в) неодноразове голосування або голосування особою, яка не має права – штраф чи арешт (ст. 165);

г) порушення таємниці голосування – штраф чи арешт (ст. 166);

д) здійснення чи прийняття забороненого внеску у великому розмірі – грошовий штраф (ст. 402-1);

– *КК Ісландії:*

а) несанкціонований доступ до голосування;

б) перешкоджання виборчому праву;

в) дає чи отримує неправомірну вигоду за голосування – єдине покарання у виді штрафу чи позбавлення волі до 2 років (ст. 103).

Тут, як і в схожій ситуації у Данії, ми зустрічаємося чи не з єдиним прикладом встановлення уніфікованого покарання у виді штрафу чи позбавлення волі до 2 років (§ 117). Та як ми бачимо, датські та ісландські парламентарії передбачили кримінальну відповідальність лише за незначну кількість діянь з приблизно рівним ступенем суспільної небезпеки (на відміну від ситуації, яка має місце в проєкті);

– *КК Іспанії:* перешкоджання вільному голосуванню – позбавлення волі від 3 до 5 років (ст. 498);

– *КК Італії:* перешкоджання вільному голосуванню – позбавлення волі від 1 до 5 років (ст. 294);

– *КК Латвії:*

а) перешкоджання виборчому праву – позбавлення волі до 3 років (ст. 90);

б) фальсифікація виборів (фальсифікація виборчих підписів, фальсифікація виборчої документації, неправильний підрахунок голосів, порушення таємниці голосування) – позбавлення волі до 4 років або альтернатива (ст. 92);

в) низка діянь щодо фінансування політичних партій: ст. 288-2 – незаконне фінансування політичної партії (штраф чи позбавлення волі до 2 років); ст. 288-3 – посередництво в незаконному фінансуванні партій (аналогічне покарання); ст. 288-4 – незаконне отримання чи вимагання фінансування політичної партії (позбавлення волі до 3 та 5 років, відповідно);

– *КК Литви:*

а) фальсифікація виборчої документації – штраф або позбавлення волі до 4 років (ст. 171);

б) неправильний підрахунок голосів – аналогічне покарання (ст. 174);

в) знищення, пошкодження, викрадення чи приховування виборчої документації – штраф чи позбавлення волі до 5 років (ст. 175);

г) незаконне прийняття чи надання підтримки політичної партії – позбавлення волі до 5 років чи штраф (ст. 175-1);

– *КК Молдови:*

а) перешкоджання вільному волевиявленню – штраф або позбавлення волі до 4 років (ст. 181);

б) підкуп виборця – штраф чи позбавлення волі від 1 до 5 років;

в) порушення порядку управління фінансовими засобами політичних партій (ст. 181-2);

г) незаконне фінансування політичних партій – штраф чи позбавлення волі від 3 до 5 років (ст. 181-3);

д) фальсифікація результатів голосування (голосування без права, неодноразове голосування, використання підробленого бюлетеня) – штраф чи позбавлення волі від 3 до 5 років (ст. 182);

– КК Нідерландів:

а) перешкоджання виборчому праву – штраф чи позбавлення волі до 1 року (ст. 125);

б) підкуп виборців – позбавлення волі до 6 місяців або штраф (ч. 1 та ч. 2 ст. 126);

– КК Норвегії:

а) підкуп виборця – штраф чи позбавлення волі до 2 років (ст. 151);

б) продаж голосу – штраф чи позбавлення волі до 6 місяців (ст. 152);

в) неодноразове голосування, голосування за іншого або без права – штраф чи позбавлення волі до 1 року (ст. 153);

г) шахрайський підрахунок голосів – штраф чи позбавлення волі до 3 років (ст. 154);

– КК Польщі:

а) знищення, пошкодження, приховування, переробляння, підробка виборчої документації – позбавлення волі до 3 років (ст. 248);

б) перешкоджання виборчому праву – позбавлення волі від 3 місяців до 5 років (ст. 249);

в) підкуп виборців – позбавлення волі від 3 місяців до 5 років (§ 1 та § 2 ст. 250-а);

г) порушення таємниці голосування – штраф або позбавлення волі до 2 років (ст. 251);

– КК Португалії:

а) фальсифікація реєстрації виборців – позбавлення волі до 1 року або штраф (ст. 336);

б) перешкоджання виборам – позбавлення волі до 3 років або штраф (ст. 338);

в) фальсифікація виборів (неодноразове голосування, фальсифікація підрахунку чи протоколу) – позбавлення волі до 2 років або штраф (ст. 339);

г) підкуп виборців – позбавлення волі до 1 року чи штраф (ст. 341);

д) порушення таємниці голосування – позбавлення волі до 1 року або штраф (ст. 342);

– КК Румунії:

а) перешкоджання виборчому праву – позбавлення волі від 6 місяців до 3 років (ст. 385);

б) надання неправомірної вигоди виборцю – позбавлення волі від 6 місяців до 3 років (ст. 386);

в) шахрайське голосування (неодноразове, без права, за іншу особу) – позбавлення волі від 6 місяців до 3 років (ст. 387);

г) порушення таємниці голосування – штраф (ст. 389);

д) недотримання режиму виборчих скриньок (передчасне їх відкриття, передача неуповноваженим особам) – позбавлення волі до 3 та до 2 років, відповідно (ст. 390);

е) фальсифікація виборчих документів чи проколів – позбавлення волі від 1 до 5 років (ст. 391);

– КК Сан-Марино:

а) підкуп виборців – позбавлення волі 1 ступеня (ст. 215);

б) порушення таємниці голосування – позбавлення волі 2 ступеня (ст. 395);

в) будь-яке шахрайство при виборах – позбавлення волі 2 ступеня (ст. 397);

– КК Сербії:

а) підкуп виборців – штраф чи позбавлення волі до 3 років (ч. 1 та ч. 2 ст. 156);

б) неодноразове голосування – позбавлення волі до 1 року чи штраф (ст. 157);

в) порушення таємниці голосування – штраф чи позбавлення волі до 6 місяців (ст. 160);

г) шахрайство з бюлетенями (зокрема і опублікування неправдивих результатів) – штраф чи позбавлення волі до 3 років (ст. 161);

д) знищення, пошкодження, приховування чи вилучення документації по голосуванню – штраф чи позбавлення волі до 1 року (ст. 162).

– КК Словаччини:

а) підкуп виборців («Електоральна корупція»), але надання (ч. 1) – позбавлення волі до 2 років, а отримання (ч. 2) – до 1 (§ 351);

б) перешкоджання підготовці чи проведенню виборів (зокрема, і завідомо неправильний підрахунок голосів та порушення таємниці голосування);

– КК Словенії:

а) порушення вільного волевиявлення – штраф чи позбавлення волі до 1 року (ст. 151);

б) неодноразове голосування або голосування за іншу особу – штраф чи позбавлення волі до 1 року (ст. 152);

в) знищення, пошкодження, приховування чи фальсифікація виборчої документації – штраф чи позбавлення волі до 1 року (ст. 154);

г) фальсифікація результатів виборів – штраф чи позбавлення волі до 2 років (ст. 155);

д) порушення таємниці голосування – штраф чи позбавлення волі до 6 місяців (ст. 156);

е) єдина норма про підкуп виборців – штраф чи позбавлення волі до 1 року (ст. 157);

– КК ФРН:

а) перешкоджання виборам – позбавлення волі до 5 років або штраф (§ 107);

б) фальсифікація результатів виборів (голосування без права, неправильний підрахунок чи оприлюднення голосів) – позбавлення волі до 5 років або штраф (§ 107-a);

в) фальсифікація виборчих документів – позбавлення волі до 6 місяців або штраф (§ 107-b);

г) порушення таємниці голосування – позбавлення волі до 2 років або штраф (§ 107-c);

д) підкуп виборців – позбавлення волі до 5 років або штраф (§ 108-b);

– КК Хорватії:

а) порушення волевиявлення – позбавлення волі від 6 місяців до 5 років (ст. 333);

б) неодноразове голосування або голосування за іншу особу – позбавлення волі до 3 років (ст. 335);

в) порушення таємниці голосування – позбавлення волі до 1 року (ст. 336);

г) знищення, пошкодження, приховування чи заволодіння виборчої документації – позбавлення волі від 6 місяців до 5 років (ст. 337);

д) фальсифікація результатів виборів – позбавлення волі від 6 місяців до 5 років (ст. 338).

Як бачимо, на відміну від підходу, втіленого у проєкті, у кримінальному законодавстві фактично всіх європейських країн встановлені *різні* (інколи доволі істотно) покарання за окремі посягання на «виборчі» права, які відповідають ступеню їх суспільної небезпеки.

6. На відміну від вжитого у множині звороту «виборчих прав», поняття «референдумне право» у назві розділі 4.10 (як і у проєктованій ст. 4.10.4) використовується в однині. Навряд чи такий підхід вдалий, адже:

– по-перше, аналіз відповідної наукової літератури засвідчує, що традиційним як для конституційно-, так і кримінально-правової доктрини є вживання обох цих термінів або у множині, коли вони зазвичай розділяються сполучниками «та» чи «і» (такі випадки складають абсолютну більшість), або в однині, коли ці види прав характеризуються окремо. Як виняток, можна назвати монографію одного з розробників проєкту П Андрушка (2007), у назві якої, проте, замість формулювання «референдумне право» вказується на «право брати участь у референдумі». При цьому в багатьох інших випадках вживається єдиний термін «виборчі кримінальні правопорушення (раніше – виборчі злочини)»;

– по-друге, подібний варіант назви розділу потенційного кримінального закону, за якого двічі вказується на «права» та «право», ускладнює її сприйняття.

Зважаючи на викладене, більш доцільним вважаємо використання формулювання «*проти виборчих та референдумних прав*». Слушність наших суджень підтверджується і релевантним іноземним досвідом, звернувшись до якого ми переконалися в тому, що парламентарії європейських держав при обранні назв відповідних структурних ланок кримінальних кодексів:

1) або вживають обидва терміни в множині (наприклад, «Злочини на *виборах та референдумах»* (КК Австрії));

2) або використовують узагальнені формулювання на кшталт *«Виборчі* правопорушення (злочини)» (КК Андорри, КК Португалії), «Кримінальні правопорушення проти *виборчих прав»* (КК Сербії) або «Винні діяння проти вільного здійснення *виборчих прав»* (КК Естонії);

3) або хоч і визнають доцільність згадування про референдум в однині, відмовляються від дворазового згадування про права, що дозволяє спростити

назву такої структурної одиниці (наприклад, розд. XXXI КК Польщі «Злочини *проти виборів та референдуму»*);

4) або, нарешті, хоч і зупиняються на назві *«Виборчі* злочини», але при цьому паралельно вказують на те, що положення відповідного розділу поширюються і на *референдуми* (КК Румунії).

Якщо розробники проєкту наполягатимуть на абсолютно точній вказівці у назвах розділів на охоронювані ним блага, то коригування вимагатимуть і назви низки інших розділів проєкту (зокрема розділу 4.11, в якому передбачено відповідальність за деякі діяння, які немає підстав розцінювати ні як посягання на рівноправність, ні як посягання на політичні права, про які і згадується у назві цього розділу; докладніше див. цей висновок нижче).

7. При формулюванні назв окремих статей, присвячених регламентації відповідальності за деякі злочинні дії, які стають такими лише за умови їх незаконності, розробники проєкту, попри наявність цього факту, відмовляються від вказівки в їх назвах на «незаконність» (ст. 4.10.8, ст. 4.10.14, ст. 4.10.15). Так само сконструйовано норму про проступок, передбачений ст. 4.10.13. Водночас при побудові ст. 4.10.15 (проступок, а не злочин), розробники проєкту використовують інший підхід, вказуючи на незаконний характер відповідних дій не лише у диспозиції, а й у назві норми *(«Незаконне* підписання…»). Бажаним видається уніфікований підхід.

Стаття 4.10.2. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на два ступеня

1. У п. 1 та п. 2 цієї статті йдеться про ознаки, які розповсюджуються на ідентичні злочини (передбачені статтями 4.10.12, 4.10.14 чи 4.10.15), однак вчинені щодо різних видів протоколів: якщо у п. 1 йдеться про протокол про підсумки голосування в межах відповідного виборчого округу на виборах чи референдумі, то в п. 2 – про протокол про результати виборів чи референдуму. Чому б розробникам проєкту не об’єднати два відповідні пункти, які розповсюджуються на однакове коло злочинів, зазначивши в «об’єднаному» пункті про вчинення відповідних злочинів щодо обох згаданих видів протоколів?

2. У п. 5 ст. 4.10.2 йдеться про таку ознаку, як «*завідоме спричинення визнання голосування на виборчій дільниці чи дільниці з референдуму недійсним або неможливість проведення підрахунку голосів чи встановлення результатів голосування на виборчій дільниці чи дільниці з референдуму, або неможливість встановлення підсумків голосування у відповідному виборчому*

окрузі чи окрузі з референдуму, або неможливість встановлення результатів виборів чи референдуму». При цьому одним із злочинів, на який поширюється «кваліфікуюче» значення наведеної ознаки, є злочин, передбачений ст. 4.10.6, конститутивною ознакою якого є *зрив роботи виборчої комісії чи комісії з референдуму*, логічним результатом чого, своєю чергою, може стати настання наслідків, про які йдеться у п. 5 ст. 4.10.2. Чи не варто за таких обставин виключити цей злочин із числа тих, на які поширюється вплив згаданої «кваліфікуючої» ознаки?

Стаття 4.10.3. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь

1. У п. 3 цієї статті передбачено посилення відповідальності за злочини, передбачені статтями 4.10.6 чи 4.10.7, вчинені «*з використанням медіа, інформаційної системи чи мережі Інтернет*».

Варто звернути увагу на те, що в диспозиції ст. 4.10.6 йдеться про таке діяння, як «*ухилення членом виборчої комісії чи комісії з референдуму від виконання своїх обов'язків у роботі відповідної комісії*». Цікаво, яким чином медіа, інформаційні системи чи мережі Інтернет можуть бути використані при згаданому ухиленні, яке один із авторів розділу 4.10 М. Хавронюк (2018) резонно визначає як тривале безперервне або систематичне невиконання своїх обов'язків, зокрема відсутність на засіданнях виборчої комісії, за відсутності обставин, які об'єктивно цьому перешкоджали б (наприклад, тяжка хвороба чи стихійне лихо). Крім суто гіпотетичних, складно уявити випадок, коли б «відсутність на засіданнях виборчої комісії» (найпоширеніша форма ухилення, «під» яку і створювались як відповідна норма чинного КК (ч. 5 ст. 157), так і норма проєкту) досягалась б за рахунок використання медіа, інформаційної системи чи мережі Інтернет. Яким чином подібне використання впливає на суспільну небезпеку аналізованого злочину? Невже гіпотетичне повідомлення про свою безпідставну відсутність на засіданні виборчої комісії через ЗМІ або Інтернет (через електронну пошту) або підроблення довідки про неіснуючу хворобу бодай якось підвищує небезпеку розглядуваних діянь?

У ст. 4.10.7 йдеться про три альтернативних діяння: 1) подання до органу ведення Державного реєстру виборців завідомо неправдивих відомостей про виборця; 2) внесення завідомо неправдивих відомостей до бази даних Державного реєстру виборців або; 3) несанкціоноване втручання в роботу бази даних Державного реєстру виборців.

Проєктуючи згадану вимогу на розглядувану ситуацію і пригадуючи те, що «Державний реєстр виборців – це *автоматизована інформаційно-комунікаційна система,* призначена для зберігання, обробки *даних,* які містять …», поставимо поставити питання: чи можливо змоделювати навіть теоретичну ситуацію (подібну до тих, які ми намагалися спроєктувати у контексті злочину, передбаченого ст. 4.10.6), коли *«внесення завідомо неправдивих відомостей до бази даних Державного реєстру виборців»* або *«несанкціоноване втручання в роботу бази даних Державного реєстру виборців»* відбувається без використання передусім інформаційних систем, а також Інтернету? Такі ситуації уявити неможливо. При цьому нагадаємо, що однією з найважливіших вимог до змісту кваліфікуючої ознаки (ознаки, яка підвищує ступінь тяжкості, – за термінологією проєкту) є те, що обставини, яким надається властивість кваліфікуючих, не повинні бути нормою для більшості кримінальних правопорушень.

2. У кримінальному законодавстві європейських країн чи не єдиною (за відверто поодинокими винятками) кваліфікуючою ознакою «виборчих» кримінальних правопорушень визнається їх вчинення службовою особою з використанням службового становища.

Стаття 4.10.5. Втручання у діяльність виборчої комісії, комісії з референдуму

Вище вже висловлювалась думка про доцільність об’єднання в межах однієї норми відповідальності за, з одного боку, втручання у діяльність виборчої комісії, комісії з референдуму, та, з іншого, перешкоджання здійсненню виборчих прав або референдумного права. У контексті ж ст. 4.10.5 звернемо увагу і на те, що: 1) деякі інші різновиди «втручання» (наприклад, втручання у діяльність прокурора, слідчого, детектива, дізнавача, захисника, представника особи, судового експерта (ст. 8.2.3), втручання в діяльність особи, яка виконує службові повноваження чи професійні обов’язки (ст. 9.7.8)) у проєкті визнані злочинами не 3-го, а лише 1-го ступеня тяжкості; 2) попри аналогічну вказівку у назві на «втручання», у диспозиціях всіх згаданих норм проєкту, присвячених «втручанню» в інші види діяльності, вказується не на «втручання», як це зроблено в ст. 4.10.5, а на «вплив» (ст. 8.1.5, ст. 8.2.3, ст. 9.7.8). Навряд чи така термінологічна різноманітність може бути розцінена схвально.

Стаття 4.10.7. Втручання в роботу Державного реєстру виборців

У назві цієї статті вказано лише на одне діяння – *«втручання»* в роботу Державного реєстру виборців. Водночас у її диспозиції альтернативно перераховані три види діянь, якими, крім згаданого втручання, є не лише «внесення завідомо неправдивих відомостей до бази даних Державного реєстру виборців», а й *«подання до органу ведення Державного реєстру виборців завідомо неправдивих відомостей про виборця»,* яке, на відміну від попереднього, навряд чи можна визнавати формою втручання. Отже, назва ст. 4.10.7 потребує уточнення (узгодження з диспозицією).

Стаття 4.10.8. Фінансування політичної партії або передвиборної агітації чи агітації референдуму

У цій статті альтернативно перераховано чотири окремих різновиди діянь: 1) здійснення внеску на підтримку політичної партії, 2) отримання такого внеску, 3) надання фінансової чи матеріальної підтримки для здійснення передвиборної агітації чи агітації референдуму або 4) отримання такої підтримки. Надалі уточнюється, що такі дії визнаються кримінально протиправними за умови, що «розмір внеску чи підтримки *або* розмір *перевищення дозволеного законом* розміру внеску чи підтримки є більшим за 100 РО». Як бачимо, тут використано розділовий сполучник *«або»,* з урахуванням чого можна припустити, що у відповідній нормі мало б йтися про два різновиди внесків та підтримки: 1) загалом дозволені (законні), надання/отримання яких має тягнути кримінальну відповідальність лише тому, що були перевищені їх розміри (на 100 РО), передбачені регулятивним законодавством; 2) a priori недозволені в розмірі все тих же 100 РО та більше. Однак, якщо взяти до уваги перелік дій, про які йдеться у ст. 4.10.8, то у ньому відсутня вказівка на незаконні (заборонені) внески, тобто внески/підтримку особами, які не мають на це право, про яких, до речі, згадується у ч. 2 ст. 159-1 чинного КК. На *«незаконність»* фінансування політичної партії або передвиборної агітації чи агітації референдуму не вказується і в назві статті, що може спонукати до висновку про те, що будь-яке подібне фінансування у відповідному розмірі є кримінально протиправним. Зважаючи на це, пропонуємо розробникам проєкту розглянути можливість внести зміни до ст. 4.10.8, за результатом яких стало б більш зрозумілим, що у ній йдеться про два згаданих різновиди внесків/підтримки – дозволені та недозволені. Видається, що диспозиція вдосконаленої ст. 4.10.8 могла б мати такий вигляд:

«Стаття 4.10.8. Порушення порядку фінансування політичної партії або передвиборної агітації чи агітації референдуму

Особа, яка:

1) здійснила внесок на підтримку політичної партії або надала фінансову чи матеріальну підтримку для здійснення передвиборної агітації чи агітації референдуму, за відсутності права на це,

2) отримала такий внесок чи підтримку,

3) здійснила внесок на підтримку політичної партії або надала фінансову чи матеріальну підтримку для здійснення передвиборної агітації чи агітації референдуму у розмірі, що перевищує дозволені законом або

4) отримала такий висновок чи підтримку…».

Стаття 4.10.9. Прийняття пропозиції або одержання неправомірної вигоди суб'єктом виборчого процесу чи процесу референдуму

Стаття 4.10.10. Пропозиція або надання неправомірної вигоди суб'єкту виборчого процесу чи процесу референдуму

Виокремлення двох самостійних норм, присвячених «активному» і «пасивному» виборчому підкупу, загалом узгоджується з наскрізним розумінням підкупу, наведеним у п. 42 ч. 2 ст. 1.4.1.

Див. також висновок у частині зауважень до розділу 7.9.

Що відповідного зарубіжного досвіду, то він є різноманітним. Одні парламентарії «об'єднали» відповідальність за ці дії в межах єдиної норми та встановили за них однакове покарання (§ 265 КК Австрії, ст. 164-1 КК Грузії, § 117 КК Данії, ст. 103 КК Ісландії, ст. 90 КК Латвії, ст. 126 КК Нідерландів, § 2 ст. 250-a КК Польщі, ст. 341 КК Португалії, ст. 215 КК Сан-Марино, ст. 156 КК Сербії, § 351 КК Словаччини «Електоральна корупція», ст. 157 КК Словенії, §108-b КК ФРН, КК Чехії). Інші за надання неправомірної вигоди передбачили більш суворе покарання порівняно з тим, яке встановлене за отримання неправомірної вигоди (ст. 328 КК Албанії, ч. 2 ст. 167 та ст. 167-а КК Болгарії). У третій групі країн відповідальність передбачено лише за надання неправомірної вигоди (ст. 181-1 КК Молдови, ст. 151 КК Норвегії, ст. 386 КК Румунії). Однак, найголовніше, це те, що у кримінальному законодавстві жодної із згаданих країн не передбачено двох окремих статей, присвячених наданню/прийняттю неправомірної вигоди, в яких би, попри це, було встановлене однакове покарання (як це має місце наразі у проєкті).

Стаття 4.10.11. Дії з виборчими бюлетенями чи бюлетенями для голосування на референдумі

Слід звернути увагу на те, що, якщо дії особи, яка «*виборчі бюлетені чи бюлетені для голосування на референдумі надала особам, які не мали законного права їх отримувати, або виборцям чи учасникам референдуму заповненими*», визнаються злочином 3-го ступеня (ст. 4.10.11), то дії осіб, які *отримали відповідні бюлетені без відповідного права*, не визнаються, на відміну від, зокрема, голосування більше одного разу (ст. 4.10.14), навіть проступком. Зважаючи на очевидну подібність описаних ситуацій, постає питання, чим зумовлений такий диференційований підхід?

Принагідно нагадаємо, що відповідно до чинного кримінального законодавства згадане отримання бюлетеня особою, яка не має право його отримувати, визнається діянням, яке є однопорядковим за ступенем своєї суспільної небезпеки із наданням відповідного бюлетеня і голосуванням більше одного разу (ч. 1 ст. 158-1 КК України). А в кримінальному законодавстві абсолютної більшості європейських країн (див. про це вище) злочинами визнано три різновиди «шахрайського» голосування. Це – не лише передбачене проєктом голосування більше одного разу, а й голосування за іншу особу та голосування особою, яка не має на це права (які проєктом кримінально протиправними не визнаються).

Стаття 4.10.12. Підроблення виборчої документації, документації референдуму

На відміну від ст. 4.10.11, у назві якої вказується на загальне поняття «дії», у назві ст. 4.10.12 згадується лише про один із різновидів дій із відповідними предметами – їх «підроблення». Водночас, попри таку назву, у диспозиції розглядуваної норми йдеться не лише про «підроблення» виборчої документації або документації референдуму (п. 1 та п. 2), а й про їх «незаконне виготовлення» (п. 3), «зберігання» (п. 4) та «використання» (п. 5). Отже, назва ст. 4.10.12 не відповідає її змісту, а тому потребує коригування. До речі, подібна неузгодженість має місце і в ст. 158-3 чинного КК.

При цьому відмінність між вжитим у назві ст. 4.10.12 поняттям «підроблення» та згаданими у диспозиції принаймні «зберіганням» та «використанням» (про «виготовлення» можна дискутувати) побічно визнають і самі розробники проєкту. Про це, зокрема, свідчить виділення двох окремих норм, присвячених, з одного боку, *підробленню* грошей, цінних паперів, платіжних засобів або інструментів (статті 6.3.5, 6.3.7, 6.3.9), а з

іншого – *поводженню з ними,* зокрема, їх *«зберіганню»* та *«використанню як засобу платежу»* (статті 6.3.6, 6.3.8, 6.3.10). До цього самого висновку схиляє і конструювання ст. 7.8.4 проєкту, у назві якої замість єдиного поняття «підроблення» (як це зроблено у ст. 4.10.2) вказано і на «видання», «збут» та «використання» підробленого офіційного документа.

Стаття 4.10.13. Знищення, пошкодження чи приховування виборчих бюлетенів, бюлетенів для голосування на референдумі або заволодіння ними

Стаття 4.10.14. Знищення, пошкодження або приховування печатки виборчої комісії чи комісії з референдуму, виборчої скриньки, виборчої документації чи документації референдуму або заволодіння ними

1. У вказаних статтях передбачено відповідальність за чотири різновиди ідентичних дій: знищення, пошкодження, приховування або заволодіння, однак вчинених щодо різних предметів: якщо у ст. 4.10.13 йдеться про *«виборчі бюлетені або бюлетені для голосування на референдумі, які не були законно видані виборцям чи учасникам референдуму»*, то у ст. 4.10.14 – про *«печатку виборчої комісії чи комісії з референдуму, виборчу скриньку з бюлетенями, виборчу документацію чи документацію референдуму».* На відміну від критикованих в юридичній літературі (Р. Мовчан, 2021) положень чинного КК України, у проєкті відповідні діяння визнані однопорядковими за ступенем своєї суспільної небезпеки злочинами 3-го ступеня тяжкості. При цьому пропоноване робочою групою виділення двох вказаних статей видається дискусійним, адже: 1) виборчі бюлетені та бюлетені для голосування на референдумі є різновидами «виборчої документації» та «документації референдуму»; 2) відповідальність за фальсифікацію будь-якої виборчої документації або документації референдуму уніфікована як в межах єдиної ч. 2 ст. 158-3 чинного КК України, так і в межах відповідної норми проєкту (ст. 4.10.12). З огляду на сказане постає низка питань:

а) чим пояснюється доцільність виділення й у так «заплутаній» системі статей про «виборчі» кримінальні правопорушення двох окремих норм, в яких передбачається відповідальність, з одного боку, за знищення, пошкодження, приховування або заволодіння виборчими бюлетенями та бюлетенями для голосування на референдумі (ст. 4.10.3), а, з іншого, за аналогічні дії щодо відповідних печаток, виборчих скриньок з бюлетенями та виборчої документації чи документації референдуму (ст. 4.10.14), різновидами яких (документації) і є відповідні бюлетені?

б) чому розробники проєкту (услід за законодавцем) диференціювали відповідальність за ці дії і водночас уніфікували відповідальність за фальсифікацію тих самих предметів?

Наше нерозуміння пропонованого виділення двох згаданих статей, які безболісно могли б бути об'єднані, зайвий раз посилюється, якщо пригадати реалізоване у межах розділу 6.1 проєкту встановлення відповідальності за всі форми викрадення в одній статті (див. цей висновок у частині зауважень до розділу 6.1). До речі, у кримінальних кодексах європейських країн не було знайдено прикладів існування двох різних норм, присвячених регламентації відповідальності за вчинення відповідних дій з бюлетенями та іншою «виборчою» документацією. В «об'єднаній» статті варто відмовитись від пропонованого у проєкті обмеження предмета злочину лише тими «*виборчими бюлетенями або бюлетенями для голосування на референдумі, які не були законно видані виборцям чи учасникам референдуму печатку виборчої комісії чи комісії з референдуму*». Чому кримінальна відповідальність не має наставати за вчинення аналогічних діянь (знищення, пошкодження, приховування або заволодіння) із вже заповненими бюлетенями? Невже знищення (а так само і вчинення інших дій) таких бюлетенів, які були законно видані, не є суспільно небезпечним?

2. У статтях 4.10.13–4.10.14 передбачено відповідальність за знищення, пошкодження, приховування або заволодіння: 1) виборчими бюлетенями або бюлетенями для голосування на референдумі, які не були законно видані виборцям чи учасникам референдуму; 2) печатками виборчої комісії чи комісії з референдуму; 3) виборчою скринькою з бюлетенями; 4) виборчою документацію чи документацією референдуму. Поряд із цим у ст. 4.10.12 йдеться про підроблення, незаконне виготовлення, зберігання та використання підробленої *виборчої документації або документації референдуму.* При цьому відповідальності за аналогічні дії, зокрема за «незаконне виготовлення», вчинені стосовно *«печаток виборчої комісії чи комісії з референдуму»* (меншою мірою це стосується виборчих скриньок з бюлетенями), у ст. 4.10.12 не передбачено, адже останні, на відміну від бюлетенів, не є різновидом виборчої документації чи документації референдуму. Це – усвідомлений крок розробників проєкту?

РОЗДІЛ 4.11.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ РІВНОПРАВНОСТІ ТА ПОЛІТИЧНИХ ПРАВ

1. Розробники проєкту запропонували максимально розгалужену структуру Книги четвертої «Кримінальні правопорушення проти людини», виділивши у ній одинадцять розділів, більшість з яких присвячено кримінально-правовій охороні або окремих прав (благ) людини, або близьких за змістом груп прав (благ) (виборчих та референдних прав, свободи та гідності тощо). Як виняток можна назвати розділ 4.6, в якому йдеться про кримінальні правопорушення (далі – к. пр.) не проти окремого права, а проти прав уразливих людей загалом.

Водночас у розділі 4.11 об'єднано статті про к. пр. проти доволі різних за своєю юридичною природою прав – права на рівноправність і політичних прав. Через це не може не поставати питання, чим викликаний такий підхід робочої групи, який явно дисонує з конструюванням фактично всіх інших розділів Книги четвертої? Чи не варто «розділити» аналізований розділ на два, що, враховуючи і так надзвичайно розгалужену структуру цієї Книги і наявність у ній й інших розділів із відносно невеликою кількістю статей (наприклад, розділ 4.9), не «вибивалося» б із загальної концепції структурування проєкту?

2. Шкода охоронюваним аналізованим розділом благам (рівноправності та політичним правам) визнана *значною* (п. 6 ч. 1 ст. 2.5.4), а тому (з урахуванням ч. 4 ст. 2.5.9) всі розглядувані делікти базово визнані злочинами 3-го ступеня тяжкості, які караються штрафом у розмірі від 1000 до 2000 розрахункових одиниць або ув'язненням на строк від 3 до 4 років (п. 3 ч. 1 ст. 3.2.5). На перший погляд, складається враження, що жодних проблем тут немає, адже відповідне покарання, хоч і є дещо суворішим (якщо оперувати термінологією проєкту, то приблизно на один-два ступеня) за покарання, які за вчинення аналізованих деліктів передбачені як у чинному КК України (статті 161, 170, 340 тощо), так і в кримінальних кодексах іноземних держав, однак загалом виглядає більш-менш адекватним суспільній небезпечності розглядуваних посягань.

Проте така первинна (поверхова) оцінка не враховує одного, але принципово важливого моменту – того, що, на відміну від проєкту, у чинному КК України відповідальність за аналізовані к. пр.:

– або взагалі не диференціюється (наприклад, статті 170, 340);

– або неістотно посилюється за наявності лише таких ознак, як «насильство, обман чи погроза, а також вчинення службовою особою» (ч. 2 ст. 161);

– посилюється істотно (якщо використовувати термінологію проєкту, то приблизно на два ступеня) лише за умови їх вчинення організованою групою чи спричинення тяжких наслідків (ч. 3 ст. 161);

– і, нарешті, жодним чином не градуюється (уточнимо – не посилюється) залежно від особи потерпілого, зокрема його перебування в уразливому (особливо уразливому) стані.

Подібним чином (як і в КК України) відповідні питання вирішуються і в зарубіжному кримінальному законодавстві. Для підтвердження істинності цієї гіпотези наведемо наступні приклади регламентації відповідальності за аналізовані к. пр. (переважно за дискримінацію та розпалювання ворожнечі чи ненависті), зокрема, звернувши особливу увагу на, по-перше, передбачені за її вчинення строки позбавлення волі (ув'язнення), по-друге, наявність альтернативних позбавленню волі покарань, по-третє, наявність, зміст і вплив кваліфікуючих ознак:

– *КК Австрії:* некваліфіковане розпалювання ворожнечі – до 2 років позбавлення волі; кваліфіковане (із використанням ЗМІ) – до 3 років; особливо кваліфіковане (примушування до застосування насильства) – від 6 місяців до 5 років (частини 1–3 § 283, відповідно).

– *КК Болгарії:*

а) розпалювання ворожнечі – від 1 до 4 років позбавлення волі (ст. 162);

б) виправдовування/заперечення міжнародних злочинів (тут і далі таке умовне формулювання буде використовуватися для позначення діянь, про які йдеться у п. 4 та п. 5 ст. 4.11.4 проєкту) – від 1 до 5 років (ст. 419-а);

в) перешкоджання публічним зібранням (тут і далі таке умовне формулювання буде використовуватися для позначення діянь, про які йдеться у ст. 4.11.6 проєкту) – до 2 років (ст. 174-а);

– *КК Грузії:*

а) некваліфікована дискримінація – до 3 років позбавлення волі; кваліфікована (з насильством, використанням службового становища) – від 2 до 5 років; особливо кваліфікована (смерть чи інші тяжкі наслідки) – від 4 до 7 років (ст. 142-1);

б) некваліфіковане перешкоджання публічним зібранням – до 2 років позбавлення волі (є альтернативні покарання); кваліфіковане (з використанням зброї; що спричинило смерть, тяжкі наслідки або масові заворушення) – від 2 до 5 років (ст. 161);

– *КК Данії:* розпалювання ворожнечі – до 2 років позбавлення волі або штраф (ст. 266-б);

– *КК Естонії:*

а) некваліфіковане розпалювання ворожнечі (лише якщо спричинило загрозу життю, здоров'ю чи власності) – арешт або штраф; кваліфіковане (вчинене раніше судимою особою чи спричинило тяжкі наслідки) – позбавлення волі до 3 років (ч. 1 та ч. 2 ст. 151, відповідно);

б) виправдовування/заперечення міжнародних злочинів – штраф або арешт (ст. 151-1);

в) некваліфікована дискримінація – штраф або арешт; кваліфікована (вчинена повторно чи зі спричиненням тяжких наслідків) – штраф або позбавлення волі до 1 року (ч. 1 та ч. 2 ст. 152, відповідно);

г) перешкоджання публічному зібранню – штраф або позбавлення волі до 1 року (ст. 158);

д) порушення свободи об'єднання (аналог ст. 4.11.7 проєкту) – штраф або позбавлення волі до 1 року (ст. 155);

– *КК Ісландії:*

а) дискримінація – штраф або позбавлення волі до 6 місяців (ст. 180);

б) розпалювання ворожнечі – штраф або позбавлення волі до 2 років (ст. 233-а);

– *КК Іспанії:*

а) дискримінація – від 6 місяців до 2 років позбавлення волі та штраф (ст. 314);

б) розпалювання ворожнечі – від 1 до 3 років позбавлення волі та штраф (ст. 510);

в) виправдовування/заперечення міжнародних злочинів – від 1 до 2 років позбавлення волі (ч. 2 ст. 607);

г) перешкоджання публічним зібранням – штраф та позбавлення права обіймати певні посади (ст. 540);

– *КК Італії:* некваліфіковане розпалювання ворожнечі – до 1 року і 6 місяців позбавлення волі; кваліфіковане – від 6 місяців до 4 років; найбільш кваліфіковане – від 2 до 6 років (ст. 604-1);

– *КК Латвії:*

а) некваліфікована дискримінація – позбавлення волі до 1 року (є альтернативні покарання); кваліфіковане (якщо службовою особою, групою осіб, повторно тощо) – позбавлення волі до 3 років (є альтернативні покарання) (ч. 1 та ч. 2 ст. 149-1, відповідно);

б) розпалювання ворожнечі: некваліфіковане – позбавлення волі до 1 року; кваліфіковане – до 3 років (ч. 1 та ч. 2 ст. 150);

в) виправдовування/заперечення міжнародних злочинів – до 5 років (є альтернативні покарання) (ст. 74-1);

– *КК Литви:*

а) дискримінація – позбавлення волі до 3 років (є альтернативні покарання) (ст. 169);

б) розпалювання ворожнечі – від 1 року (за дії з відповідними матеріалами) до 3 років (частини 1–3 ст. 170);

в) виправдовування/заперечення міжнародних злочинів – до 2 років (є альтернативні покарання);

– *КК Молдови:*

а) некваліфікована дискримінація – позбавлення волі до 2 років (є альтернативні покарання); кваліфікована (що спричинило смерть чи самогубство) – від 2 до 6 років (ст. 176);

б) виправдовування/заперечення міжнародних злочинів – від 6 місяців до 5 років (ст. 176-1);

в) некваліфіковане порушення права на мітинг – до 2 років (є альтернативні покарання); кваліфіковане (що спричинило тяжкі наслідки, вчинене із застосуванням зброї, насильства) – до 5 років (ст. 184);

– *КК Нідерландів:*

а) некваліфіковане розпалювання ворожнечі – штраф або позбавлення волі до 2 років; кваліфіковане (повторно, двома чи більше особами) – до 4 років або штраф (ст. 137-д);

б) некваліфікована дискримінація – штраф або позбавлення волі до 6 місяців; кваліфікована – штраф чи до 1 року (ст. 137-г);

в) перешкоджання публічним зібранням – штраф чи позбавлення волі до 9 місяців (ст. 143).

– *КК Норвегії:*

а) дискримінація – штраф або позбавлення волі до 6 місяців (ст. 186);

б) розпалювання ворожнечі – штраф або позбавлення волі до 1 року (ст. 185).

– *КК Польщі:*

а) насильство щодо етнічних груп – позбавлення волі від 3 місяців до 5 років (ст. 119);

б) розпалювання ворожнечі – позбавлення волі до 2 років (є альтернативні покарання) (ст. 255);

в) образа етнічної групи – позбавлення волі до 3 років (ст. 257);

г) перешкоджання публічному зібранню – позбавлення волі до 2 років (ст. 260);

– *КК Португалії:* некваліфіковане розпалювання ворожнечі – від 6 місяців до 5 років позбавлення волі; кваліфіковане – від 1 до 8 років (ст. 240);

– *КК Сербії:*

а) дискримінація – від 6 місяців до 5 років позбавлення волі (ч. 1 ст. 387);

б) розпалювання ворожнечі – від 3 місяців до 3 років позбавлення волі (ч. 3 ст. 387);

в) некваліфіковане перешкоджання публічним зібранням – штраф або позбавлення волі до 1 року; кваліфіковане (службовою особою) – від 3 місяців до 3 років (ст. 151);

– *КК Словаччини:*

а) виправдовування/заперечення міжнародних злочинів – позбавлення волі від 6 місяців до 3 років (ст. 422-д);

б) некваліфікована дискримінація: від 1 до 3 років позбавлення волі; кваліфікована (зокрема, вчинена службовою особою) – від 2 до 5 років (ст. 423);

– *КК Словенії:*

а) некваліфікована дискримінація – штраф чи позбавлення волі до 1 року; кваліфікована – до 3 років (ст. 131);

б) некваліфіковане розпалювання ворожнечі або невизнання/виправдовування міжнародних злочинів – позбавлення волі до 2 років; кваліфіковане (якщо шляхом насильства, примусу тощо) – до 4 років; особливо кваліфіковане (посадовою особою) – до 5 років;

в) некваліфіковане перешкоджання публічному зібранню – штраф або позбавлення волі до 1 року; кваліфіковане (службовою особою) – до 2 років (ст. 145);

– *КК Франції:*

а) некваліфікована дискримінація – позбавлення волі на 2 роки та штраф (ст. 225-2); кваліфікована (службовою особою) – 3 роки та штраф (ст. 432-7);

б) некваліфіковане перешкоджання публічним зібранням – позбавлення волі на 1 рік та штраф; кваліфіковане (насильство) – 3 роки (ст. 431-1);

– *КК Хорватії:*

а) дискримінація – позбавлення волі до 3 років (ст. 125);

б) некваліфіковане публічне розпалювання ворожнечі – позбавлення волі до 3 років; кваліфіковане (якщо вчинене організованою групою) – від 6 місяців до 5 років (ч. 1 та ч. 2 ст. 325, відповідно);

в) заперечення/виправдовування міжнародних злочинів – позбавлення волі до 3 років (ч. 4 ст. 325);

г) перешкоджання публічним зібранням – позбавлення волі до 1 року (ст. 128);

д) перешкоджання створенню політичної партії – позбавлення волі до 1 року (ст. 129);

– КК Чехії:

а) перешкоджання публічним зібранням – позбавлення волі до 2 років або заборона діяльності (ст. 179);

б) погроза групам – позбавлення волі від 6 місяців до 3 років (ст. 352);

в) образа нації – позбавлення волі до 2 років (ст. 355);

г) розпалювання ворожнечі – позбавлення волі до 2 років (ст. 356);

– КК Швеції:

а) дискримінація – штраф або позбавлення волі до 1 року (§ 9 розд. 7 гл. 16);

б) некваліфіковане розпалювання ворожнечі – штраф або позбавлення волі до 2 років; кваліфіковане – від 6 місяців до 4 років (§ 8 розд. 7 гл. 16).

Результати проведеного компаративістського дослідження дають підстави ще раз наголосити на наявності декількох основних тенденцій, які загалом є подібними до тих, про які ми вже вели мову у контексті порівняння положень проєкту із чинним КК України:

1) за некваліфіковані прояви аналізованих діянь зарубіжні парламентарії переважно передбачають покарання (переважно до 1-го, 2-х та 3-х років позбавлення волі або штраф), які є неістотно менш суворими порівняно з тими, що передбачені проєктом (нагадаємо – до 4 років ув'язнення або штраф);

2) у багатьох країнах (Ісландія, Іспанія, Литва, Норвегія, Польща, Сербія, Хорватія, Чехія) відповідальність за аналізовані діяння, зокрема дискримінацію взагалі не диференціюється;

3) у тих країнах, в яких відповідальність диференціюється (Грузія, Латвія, Словаччина, Франція тощо), зазвичай передбачено незначне (збільшення строку позбавлення волі на 1 чи 2 роки; у підсумку покаранням найчастіше виступає позбавлення волі на строк до 3 років) посилення

відповідальності найчастіше за дії, вчинені службовою особою з використанням свого службового становища;

4) значне посилення відповідальності (приблизно на два ступеня – за термінологією проєкту) передбачено лише в поодиноких випадках (йдеться про законодавство лише таких пострадянських країн, як Грузія та Молдова) і тільки за умови настання смерті особи, її самогубства або інших тяжких наслідків;

5) у кримінальному законодавстві жодної із згаданих вище країн відповідальність за розглядувані діяння не посилюється у зв'язку з їх вчиненням щодо уразливих людей, в особливий період чи під час надзвичайного стану та з використанням інформаційної системи чи мережі Інтернет; лише в поодиноких випадках (наприклад, в Австрії) відповідальність градуюється у випадку їх вчинення з використанням ЗМІ.

Натомість у проєкті перераховані в попередньому абзаці ознаки визнаються такими, що підвищують ступінь тяжкості дискримінації та розпалювання ворожнечі/ненависті (статті 4.11.2 і 4.11.3). Особливо ж хотілося б звернути увагу на такі ознаки, які підвищують тяжкість згаданих злочинів на два ступеня: «*вчинення щодо особливо уразливих людей*»; «*вчинення організованою групою/злочинною організацією чи публічною службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище*».

Як наслідок, ми отримуємо ситуацію, коли, наприклад, діяння особи, яка образила 85-річну людину через її сповідування ісламу, або, наприклад, діяння сексиста жінки/чоловіка, який порушили рівність прав, відповідно, жінки чи чоловіка 85-ти річного віку, визнаються злочинами 5-го ступеня тяжкості, які безальтернативно караються ув'язненням на строк від 6 до 8 років (п. 5 ч. 1 ст. 3.2.5 проєкту). Для порівняння: навіть за чи ненайрепресивнішим серед усіх європейських країн кримінальним законодавством Франції такі дії каралися б позбавленням волі на 2 роки; у більшості ж держав покаранням за такі дії було б позбавлення волі на строк до 1 чи 2 років або штраф. Закономірно постає питання: чим керувалися розробники проєкту, встановлюючи таке суворе покарання? Останнє є в рази суворішим за покарання, передбачені у законодавстві європейських країн, причому безвідносно від належності останніх до тієї чи іншої групи континентальної кримінально-правової сім'ї. Адже сказане однаковою мірою стосується країн, які входять як до її «східної» (група СНД і «югославська» група), так і «західної» гілки (скандинавські країни, країни-представники французької, германської та італо-іберійської груп тощо).

На цю ситуацію можна поглянути і з погляду системності, зокрема маючи на увазі те, що так само злочинами 5-го ступеня тяжкості у проєкті визнаються, наприклад, некваліфіковані тяжка шкода здоров'ю, теракт, диверсія, зрада Україні, зґвалтування тощо. Суспільна небезпека цих злочинів явно перевершує суспільну небезпеку посягань, статті про які консолідовано у розділі 4.11 проєкту.

У цьому контексті хотілося б навести думку, викладену у підготовленому одним із аналітичних центрів огляді проєкту Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо гармонізації законодавства у сфері запобігання та протидії дискримінації із правом Європейського Союзу)» (реєстраційний номер 0931, дата реєстрації 29.08.2019): «Загалом більшість справ про дискримінацію виникають в цивільних та адміністративних правовідносинах, а отже, кримінальне покарання часто непропорційно суворе. А тому, враховуючи значну тривалість та складність кримінального провадження, такий вид судочинства вважається недостатньо неефективними. Відтак, встановлення адміністративної відповідальності за порушення законодавства у сфері протидії дискримінації є заходом, що забезпечить простіший та швидший механізм притягнення правопорушника до відповідальності».

Відтак цікаво, як оцінять фахівці віднесення деяких проявів дискримінації до злочинів 5-го ступеня тяжкості? Наведені положення демонструють як необхідність перегляду ступеня тяжкості аналізованих злочинів, так і вразливість (дискусійність) втіленого у проєкті «наскрізного» підходу щодо кваліфікуючого значення тих чи інших ознак, які підвищують ступінь тяжкість злочинів, який (підхід), хоч і є доволі зручним і системним, не дозволяє (що було з'ясовано і при оцінці інших розділів проєкту) досягнути адекватної оцінки різного впливу тієї чи іншої ознаки на суспільну небезпеку конкретного злочину. Що ж робити у такій ситуації?

Поки що не торкаючись умовно другої проблеми, запропонуємо робочій групі для обговорення доволі простий варіант вирішення першої позначеної проблеми, реалізація якого не вимагатиме концептуальної перебудови проєкту. Йдеться про визнання «шкоди рівноправності та політичним правам» не значною, а істотною шкодою, за умови чого всі передбачені розділом 4.11 злочини автоматично мали б базово стати злочинами не 3-го, а 1-го ступеня тяжкості, який (ступінь), міг би підвищуватись у разі наявності деяких ознак (про це далі), передбачених наразі у статтях 4.11.2 і 4.11.3.

Стаття 4.11.1. Значення термінів, вжитих у цьому Розділі

1. У дефініції поняття «мирне зібрання» акцентовано увагу лише на проведенні його без зброї, а відтак, як видається, утворюється певна прогалина. Зібрання, що проводиться без зброї, однак організатори та учасники якого мають намір вчиняти чи підтримувати насильницькі дії, розробники проєкту пропонують визнавати мирним. Так само як і зібрання, організатори якого закликають людей озброюватися чи вчиняти злочини та проступки. Все ж варто звертати увагу, зокрема, на наміри організаторів (чи є вони мирні і чи має зібрання ненасильницький характер). На ці ознаки, до речі, неодноразово акцентував ЄСПЛ.

2. Слушною є вказівка на те, що ексцес одного чи декількох учасників зібрання, що виник попри волю організаторів і не підтриманий іншими учасниками заходу, не перетворює зібрання у немирне. Щоправда, розробники проєкту не конкретизують, у чому полягає цей ексцес. В озброєності чи ще у чомусь?

3. Чи правильно у дефініції поняття *регіональної належності* говорити лише про частину території України? Хіба Україна не повинна вживати заходів щодо недопущення порушення рівноправності громадян інших держав за регіональною належністю? Наприклад, виходячи з дефініції регіональної належності, не визнаватимуться кримінально протиправним діяння особи, спрямовані на розпалювання чи пропагування на території України ненависті або ворожнечі за ознакою регіональної належності між мешканцями Придністров'я та Молдови.

4. Розробники проєкту довільно оперують термінологією, що стосується аналізованих у розділі 4.1 ознак. Незрозуміло також, чим обумовлюються різні їх (ознак) комбінації. Наприклад, в одному випадку йдеться про расову, національну чи релігійну ворожнечу (п. 10 ст. 4.5.3), у другому – про міжетнічну, расову, релігійну ворожнечу (ст. 4.11.8), у третьому – про національну, расову або релігійну ворожнечу чи ненависть або ворожнечу чи ненависть за ознакою регіональної належності, сексуальної орієнтації або гендерної ідентичності (ст. 4.11.4), у четвертому – про політичні, расові, національні, етнічні, культурні, релігійні, ґендерні чи інші дискримінаційні мотиви (п. 8 ст. 11.2.3). Така термінологічна різноманітність проєкт явно не прикрашає.

Стаття 4.11.2. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на два ступеня.

Стаття 4.11.3. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь

1. Щодо ознаки «*вчинення щодо уразливої (особливо уразливої) людини*» (п. 1 ст. 4.11.2, п. 1 ст. 4.11.3) хотілося б звернути увагу на таке.

По-перше, вчергове (див., зокрема, цей висновок у частині зауважень до розділу 4.9) зазначимо, що втілений у Книзі четвертій підхід щодо використання аналізованої ознаки потребує коригування: а) або шляхом наскрізного визнання «уразливого (особливо уразливого) стану людини» ознакою, яка підвищує ступінь тяжкості всіх злочинів проти людини; б) або шляхом надання цій ознаці кваліфікуючого значення лише стосовно окремих конкретних злочинів, суспільна небезпека яких справді підвищується у разі їх вчинення стосовно відповідних осіб.

Існуюча наразі ситуація не є задовільною (передусім із позицій системності), для ілюстрації чого наведемо такий приклад. З одного боку, у розділі 4.7 «Кримінальні правопорушення проти приватності» відповідній ознаці надається наскрізне кваліфікуюче значення щодо всіх передбачених у ньому злочинів, зокрема тих (а їх більшість), ступінь тяжкості яких, на наше суб'єктивне переконання, не мав би залежати від того, чи вчинені вони щодо уразливої людини. Найперше йдеться про такі злочини, як «дії щодо інформації про особисте чи сімейне життя» (ст. 4.7.4), «розголошення таємниці кореспонденції» (ст. 4.7.6), «обмеження інформаційних прав людини» (ст. 4.7.8), «перешкоджання законній професійній діяльності журналістів» (ст. 4.7.9). Поставимо питання, яке, мабуть, варто відносити до категорії риторичних. Хіба є підстави вважати, що розголошення таємниці листування чи телефонних розмов 85-ти річної особи є значно небезпечнішим (а це злочин 3-го ступеня) за аналогічні дії щодо «звичайної» неуразливої людини (злочин 1-го ступеня)? Подібні питання можна поставити і щодо збирання конфіденційної інформації про сімейне життя, обмеження права вільного доступу до інформації про стан довкілля тощо.

Натомість у розділі 4.11 кваліфікуюче значення відповідних ознак було обмежено поширенням лише на такі злочини, як «розпалювання ворожнечі чи ненависті» та «дискримінація» (статті 4.11.4 та 4.11.5, відповідно) і при цьому не розповсюджено на, наприклад, передбачене ст. 4.11.9 обмеження свободи пересування, яке з аналізованою ознакою «пов'язане» (мається на увазі те, що ця ознака впливає на ступінь суспільної небезпеки) принаймні не менше (хоч для нас очевидно, що значно більше), ніж згадане вище

розголошення таємниці кореспонденції, на яке відповідна ознака, навпаки, поширюється.

По-друге, може скластися враження, що аналізована ознака цілком виправдано поширюється саме на розпалювання ворожнечі чи ненависті та дискримінацію. Водночас хотілося б пригадати, що поруч із певними «обмеженнями» та «порушеннями» однією з форм дискримінації у ст. 4.11.5 визнається також і «*встановлення для людини прямої чи непрямої привілеї*» (п. 4). Зважаючи на це, виникає питання: невже встановлення привілеїв для людей, котрі є старшими за 85 років, яке (встановлення привілеїв), виходить, «*вчинено щодо особливо уразливої людини*», є небезпечнішим за аналогічні дії, вчинені щодо будь-яких інших категорій людей (неуразливих)?

2. Щодо ознаки «*з використанням медіа, інформаційної системи чи мережі Інтернет*» (п. 4 ст. 4.11.3) хотілося б звернути увагу на таке.

По-перше, при оцінці деяких інших розділів проєкту (зокрема, 9.1, 9.2) вже були висловлені критичні зауваження щодо надання кваліфікуючого значення аналізованій ознаці. Тому, не дублюючи наведених у відповідній частині цього висновку аргументів, лише поставимо питання, актуальні вже в контексті розділу 4.11.

Зокрема, чи є підстави вважати, що образа почуття людини у зв'язку з її належністю до певної раси чи її релігійними переконаннями, яка здійснена за допомогою відправлення їй відповідного повідомлення через Інтернет (наприклад, у Фейсбуці), є небезпечнішою за аналогічну образу, висловлену людині безпосередньо в обличчя? Подібне питання можна поставити і щодо роздруківки за допомогою «інформаційної системи» повідомлення образливого змісту. Натомість висловимо своє переконання в тому, що ступінь суспільної небезпеки принаймні трьох перших із перерахованих у ст. 4.11.4 проєкту діянь істотно підвищується у разі «*використання медіа*», а також інших проявів *публічного* вчинення цієї поведінки, про що, вочевидь, і мало б йтися у відповідному пункті.

По-друге, не вбачаємо можливості (крім суто теоретичних варіантів) та зв'язку «використання медіа, інформаційної системи чи мережі Інтернет» для/із вчинення (-м) дискримінації, через що пропонуємо виключати відповідний склад із числа тих, на які розповсюджується ця кваліфікуюча ознака.

3. Відносно ознаки «*вчинення в особливий період чи під час надзвичайного стану*» (п. 5 ст. 4.11.3) також хотілося б висловити деякі рекомендації, які змістовно пов'язані з двома попередніми.

По-перше, з урахуванням юридичної природи (характеру) деяких із діянь, про які йдеться у статтях 4.11.4 та 4.11.5, справді є підстави вести мову про те, що суспільна небезпека відповідної поведінки істотно підвищується у разі вчинення її в особливий період чи під час надзвичайного стану. Насамперед, звісно, йдеться про дії особи, яка «*розпалювала чи пропагувала національну, расову або релігійну ворожнечу чи ненависть або ворожнечу чи ненависть за ознакою регіональної належності, сексуальної орієнтації або гендерної ідентичності*» та «*публічні виправдовування/заперечення/применшення злочинів*», про які говориться у п. 4 і п. 5 ст. 4.11.4. Водночас хотілося б поставити питання: чи має посилюватися відповідальність за вчинені у відповідний період, наприклад, порушення рівності прав чоловіка і жінки (п. 2 ст. 4.11.5) або за образу релігійного переконання особи, яка, скажімо, сповідує буддизм чи іудаїзм (п. 3 ст. 4.11.4)? На нашу думку, ні.

По-друге, якщо розробники проєкту все ж надають «кваліфікуюче» значення цій ознаці навіть стосовно тих діянь, до яких вона має вельми умовне і опосередковане відношення, то аналогічним чином відповідне питання мало б вирішуватись і щодо передбачених деякими іншими розділами Книги четвертої злочинів, суспільна небезпека яких значно більше пов'язана з їх вчиненням в особливий період чи під час надзвичайного стану. Зокрема, до таких злочинів мало б потрапити таке діяння, як вивезення дитини з України або залишення її за кордоном. Попри те, що суспільна небезпека цього злочину істотно зростає у разі вчинення його в особливий період, на нього, на відміну від дискримінації, розглядувана «кваліфікуюча» ознака у проєкті, на жаль, не поширюється.

Стаття 4.11.4. Розпалювання ворожнечі чи ненависті

1. Назва цієї статті не відповідає її змісту, адже в диспозиції статті йдеться не лише про розпалювання, а й про пропагування, приниження, образи, публічне виправдовування, заперечення або явне применшування.

2. П. 4 та п. 5 ч. 1 ст. 4.11.4 сформульовано на підставі практично повного запозичення з п. «c» та «d» ч. 1 ст. 1 Рамкового Рішення 2008/913 про боротьбу з окремими формами та проявами расизму та ксенофобії кримінально-правовими засобами. Звернемо увагу на те, що пункти 1–3 ч. 1 ст. 4.11.4 не узгоджується з п. 4–5 ч. 1 цієї статті. У п. 4–5 ч. 1 ст. 4.11.4 йдеться про групу осіб або члена такої групи, яка визначається за ознакою раси, кольору шкіри, релігії, родового, національного чи етнічного

походження. Натомість у п. 1 ч. 1 ст. 4.11.4 йдеться про національну, расову або релігійну ворожнечу чи ненависть або ворожнечу чи ненависть за ознакою регіональної належності, сексуальної орієнтації або гендерної ідентичності.

3. Незрозуміло, чому розпалювання та пропагування стосується більшості ознак (національності, раси, релігії, регіональної належності, сексуальної орієнтації, гендерної ідентичності), приниження – лише національної честі та гідності, а образа – лише раси та релігійних переконань. Наприклад, образа почуття людини може мати місце у зв'язку не лише з її належністю до певної раси чи її релігійними переконаннями, а й національною чи регіональною належністю, сексуальною орієнтацією або гендерною ідентичністю. Наприклад, у ст. 339 КК Андорри будь-хто, хто з наміром образити та публічно вчиняє дії або висловлює серйозні образи для членів релігійної, національної, етнічної, профспілкової, політичної групи або осіб, які сповідують певну віру чи ідеологію, повинен бути покараний арештом.

Стаття 4.11.5. Дискримінація

1. Набір ознак у ст. 4.11.5 відрізняється від набору ознак у ст. 4.11.4. У ст. 4.11.5 перелік згадуваних ознак є невичерпним, а у ст. 4.11.4 – вичерпним. Незрозуміло, за якими критеріями ці переліки сформовано.

2. Так само незрозуміло, чому обмеження рівного права стосується доступу лише до державної служби чи служби в органах місцевого самоврядування і водночас не поширюється на інші посади, які не відносять до державної служби.

3. Існують сумніви щодо суспільної небезпеки окремих діянь. Наприклад, чи доцільно визнавати злочином встановлення певних привілеїв для інвалідів чи хворих на рак? До речі, у ст. 142.1 КК Грузії криміналізовано лише те надання людині переваги за певної ознакою, яким істотно обмежуються права іншої людини.

Стаття 4.11.7. Порушення права на об'єднання

Чим обумовлено застосування різної термінології? У ст. 4.11.7 йдеться про політичну партію або неурядову організацію, а в ст. 4.11.8 – політичну партію чи громадську організацію.

Стаття 4.11.8. Утворення або діяльність заборонених політичних партій та громадських організацій

1. У ст. 37 Конституції України вказується на те, що утворення і діяльність політичних партій та громадських організацій, програмні цілі або дії яких спрямовані на ліквідацію незалежності України, зміну конституційного ладу насильницьким шляхом, порушення суверенітету і територіальної цілісності держави, підрив її безпеки, незаконне захоплення державної влади, пропаганду війни, насильства, на розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі, посягання на права і свободи людини, здоров'я населення, забороняється. Із викладеною нормою Основного Закону корелюються і ч. 1 ст. 5 Закону України «Про політичні партії в Україні». Водночас, попри наявність цих заборонних приписів, необхідність виокремлення розглядуваної статті проєкту викликає сумнів. Адже більшість різновидів поведінки, які описані у ст. 4.11.8, безпроблемно не лише могли б, а й мали б бути оцінені за іншими нормами проєкту, зокрема:

– ст. 9.1.4 «Діяння, спрямовані на зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади»;

– ст. 9.1.5 «Діяння, спрямовані на зміну територіальної цілісності чи недоторканності державного кордону України»;

– ст. 11.3.3 «Пропаганда агресивної війни»;

– ст. 7.5.7 «Пропаганда акту агресії чи тоталітаризму»;

– ст. 4.11.4 «Розпалювання ворожнечі чи ненависті».

До того ж у разі виявлення відповідних фактів центральний орган виконавчої влади, який реалізує державну політику у сфері державної реєстрації (легалізації) об'єднань громадян, інших громадських формувань, невідкладно має звертатися до суду з адміністративним позовом про заборону політичної партії (ст. 21 Закону України «Про політичні партії в Україні»).

2. Передбачивши у ст. 4.11.8 описані вище діяння, про які згадується у ст. 37 Конституції України, розробники проєкту не вказали у відповідній нормі на інші партії, утворення і діяльність яких забороняється в Україні, зокрема, партії, програмні цілі або дії яких спрямовані на:

– пропаганду комуністичного та/або націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів та їх символіки;

– пропаганду російського нацистського тоталітарного режиму, збройної агресії рф як держави-терориста проти України, символіки воєнного вторгнення російського нацистського тоталітарного режиму в Україну;

– виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії проти України, зокрема числі шляхом представлення збройної агресії рф та/або білорусі проти України як внутрішнього конфлікту, громадянського конфлікту, громадянської війни, заперечення тимчасової окупації частини території України;

– глорифікацію, виправдання дій та/або бездіяльності осіб, які здійснювали або здійснюють збройну агресію проти України, представників збройних формувань рф, незаконних збройних формувань, банд, найманців, створених та/або підпорядкованих, та/або керованих, та/або фінансованих рф, а також представників окупаційної адміністрації рф, яку складають її державні органи та інші структури, функціонально відповідальні за управління тимчасово окупованими територіями України, та представників підконтрольних рф самопроголошених органів, які узурпували виконання владних функцій на тимчасово окупованих територіях України, зокрема шляхом їх визначення як «повстанці», «ополченці», «ввічливі люди» тощо.

Мотиви такого рішення для нас є зрозумілими: відповідна поведінка має оцінюватись як передбачена іншими нормами «пропаганда акту агресії чи тоталітаризму» (ст. 7.5.7), «виправдовування збройної агресії проти України» (ст. 9.1.13) тощо. Водночас виникає питання: чому аналогічним чином не було вирішено і питання оцінки дій, зазначених у ст. 4.11.8? Лише тому, що саме про них вказується в Конституції України? Але, якщо слідувати такій логіці, то до числа кримінально протиправних мали б бути віднесені й інші дії, заборонені Основним Законом, наприклад, дії, направлені проти відокремлення церкви від держави (ст. 36).

3. Попри наявність очевидної «політичної» конотації аналізованого злочину, не можемо відповісти на питання, яким саме чином і чиї політичні права, на які і вказується у назві розділу 4.11, порушуються у результаті вчинення відповідної поведінки? При виборі «правильного» місцерозташування аналізованої норми у системі Особливої частини КК нам жодним чином не може допомогти і іноземний досвід, бо його просто не існує.

З урахуванням викладених положень (до речі, вони однаковою мірою актуальні і щодо проступку, передбаченого ст. 4.11.10), рекомендуємо відповідну норму(-и) вилучити із проєкту.

4. Якщо розробники проєкту наполягатимуть на її залишенні, то слід з-поміж іншого звернути увагу на те, що назва статті не відповідає її змісту (у назві йдеться про створення та діяльність, а в диспозиції – про створення та керівництво), а також розглянути можливість криміналізації участі в таких партіях чи громадських організаціях. Щоб уникнути зайвої конкуренції та труднощів у правозастосуванні, слід з цієї статті виключити слово «*програмні*», оскільки у відповідних документах цілі можуть бути одні, а реально – зовсім інші (кримінально-протиправні). Окрім того, якщо вже партія вчиняє зазначені в диспозиції дії, то вона перетворюється на просту групу, організовану групу чи злочинну організацію, залежно від наявних кримінально-правових ознак того чи іншого злочинного об'єднання, визначеного в ст. 2.7.5. Тому слід з диспозиції ст. 4.11.8 вилучити словосполучення «*або дії*». За таких обставин діяння, описані в ст. 4.11.8, перетворяться на своєрідну змову, що визнається готуванням до певних злочинів (йдеться щонайменше про делікти, передбачені ст. 9.1.4, 9.1.5, 11.3.3, 7.5.7).

5. Окремі положення, що стосуються програмних цілей або дій політичних партій та громадських організацій, не узгоджуються з іншими положеннями проєкту. Йдеться, зокрема, про розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі. У ст. 4.11.4 відповідних ознак та кримінально-протиправних дій значно більше, ніж у ст. 4.11.8.

Стаття 4.11.9. Обмеження свободи пересування чи прав громадянства

1. Поруч із порушенням права на громадянство в цій статті одночасно йдеться і про порушення конституційного права на свободу пересування та вільний вибір місця проживання. Однак проблема в тому, що ці різновиди прав («на свободу пересування» та «вільний вибір місця проживання») традиційно відносяться *не до політичних,* яким і присвячений розділ 4.11, а до особистих. Цікаво, яким критерієм керувалися розробники проєкту, коли розміщували статтю про відповідне діяння до аналізованого розділу? Лише мотивом зручності?

2. В одних пунктах ст. 4.11.9 (п. 1 і п. 3) вказується на незаконність відповідних дій, тоді як в інших (п. 2, п. 4, та п. 5) – таке згадування відсутнє. Бажана уніфікація.

3. Формулювання форми вчинення цього злочину у п. 1 («*незаконно обмежила свободу пересування іншої людини*») створить складність із

відмежуванням цього злочину від злочину, передбаченого ст. 4.4.5 «Позбавлення особистої свободи людини», у п. 2 йдеться про особу, яка «*позбавила… особистої свободи в будь-якій іншій формі*». І хоча обидва ці делікти є злочинами 3-го ступеня тяжкості, точність формулювань для розмежування складів видається важливою.

КНИГА П’ЯТА.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ПУБЛІЧНОГО ЗДОРОВ’Я
РОЗДІЛ 5.1.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ПОРЯДКУ ОХОРОНИ ЗДОРОВ’Я ЛЮДЕЙ
Стаття 5.1.1. Значення термінів, вжитих у цьому Розділі

1. Враховуючи його ключове значення для криміналізації поведінки, описаної у цьому розділі, визначення поняття «*медична продукція*» (п. 1 ст. 5.1.1) не повинно містити елементів, які мають немедичне призначення. Так, навряд чи варто включати до аналізованого переліку дієтичні добавки (підпункт «ж»). Виходячи з розуміння дієтичної добавки у п. 20 ст. 1 Закону України «Про основні принципи та вимоги безпечності та якості харчових продуктів», до цього виду харчового продукту можна віднести безліч їх різновидів, що не сприяє юридичній визначеності статей 5.1.5, 5.1.6, 5.1.8, і фактично криміналізує поведінку, яка не є порушенням порядку охорони здоров’я людей.

У ст. 5.1.1 у визначенні медичної продукції з-поміж інших предметів називається *ветеринарний препарат* та допоміжна речовина, призначена для використання при виробництві *ветеринарного препарату*. Відтак підроблення ветеринарного препарату чи допоміжної речовини до нього слід кваліфікувати за ст. 5.1.8 як підроблення медичної продукції та поводження з нею. Видається, що у цьому випадку посягання на порядок охорони здоров’я людей відсутнє.

Висловимо припущення, що визначення медичної продукції запозичене з Конвенції РЄ про підроблення медичної продукції та подібні злочини, що загрожують охороні здоров’я, яка зобов’язує криміналізувати підроблення медичної продукції та окремі види поводження з підробленою продукцією. Однак з положень цієї Конвенції не випливає, що криміналізація діянь щодо ветеринарних препаратів має відбуватися в межах розділу проєкту, присвяченого кримінально-правовій охороні порядку здоров’я людей.

Підроблення ветеринарних препаратів і поводження з підробленими ветеринарними препаратами, на думку розробників проєкту, характеризується однаковою тяжкістю з аналогічними діями щодо лікарських засобів, призначених для людей, і становить злочин 3-го ступеня, що навряд чи виправдано. Для порівняння: злочином 3-го ступеня є умисне заподіяння

значної шкоди здоров'ю іншої людини (ст. 4.2.7) і необережне заподіяння тяжкої шкоди здоров'ю іншої людини (ст. 4.2.9.). Підроблення ветеринарного препарату визнається злочином 3-го ступеня тяжкості навіть, якщо жодна тварина не постраждала. Очевидно, що пропорційність санкцій у цьому випадку не досягнута.

2. Поняття «*небезпечна продукція*» є криміноутворювальною ознакою для кримінального правопорушення, передбаченого ст. 5.1.16, оскільки діяння, що становлять собою поводження, є проступком за цією статтею лише щодо такої продукції. У п. 2 ст. 5.1.1 вказані родові ознаки, які, як видається, не у всіх випадках дадуть можливість відмежувати безпечну продукцію від небезпечної, а це, своєю чергою, ускладнюватиме відмежування кримінально караного від правомірного.

Для цього потрібно чітке розуміння «вимог безпечності», які у запропонованому визначенні розкриваються шляхом вказівки на здатність за звичайних умов … становити небезпеку для здоров'я, майна та довкілля. Доречно з цього приводу висловити декілька міркувань. По-перше, як потенційна небезпека для майна загрожує порядку охорони здоров'я людей? По-друге, в обігу наявні безліч предметів, які за звичайних умов експлуатації становлять небезпеку для довкілля – наприклад, автобуси «Богдан» або корови (за даними Продовольчої та сільськогосподарської організації ООН, за інформацією газети The Independent, стада корів продукують близько ста шкідливих газів. На цих домашніх тварин припадає дві третини аміаку, що потрапляє в атмосферу і одна третина метану). Звісно, це своєрідне перебільшення, однак воно покликане показати, що або поняття «небезпечної продукції» у п. 2 ст. 5.1.1 потребує уточнення, або обмежувальних ознак потребує склад проступку, передбаченого ст. 5.1.16.

Подібне зауваження стосується і поняття «продукти біотехнологій», яке міститься у статтях 5.1.12, 5.1.13, 5.1.18. Однак там це поняття не має самостійного криміноутворювального значення (у всіх випадках повинен настати відповідний наслідок), а тому певна невизначеність не настільки шкодить встановленню точного обсягу криміналізації.

Стаття 5.1.4. Примушування до надання згоди на вилучення анатомічних матеріалів людини.
Стаття 5.1.14. Порушення порядку здійснення діяльності щодо анатомічних матеріалів

На відміну від інших положень проєкту, де мова йде про примушування особи вчинити різні дії, у ст. 5.1.4 використовується поняття «*примушування до надання згоди»*, що є внутрішньо суперечливим, бо згода і примушування – взаємовиключні речі. Зміст статті не змінився б, якби у ній вказувалося на примушення до вилучення анатомічних матеріалів.

Відкритим залишається питання кримінально-правової оцінки самого вилучення анатомічних матеріалів, оскільки такі дії є грубим втручанням в автономію людини, хоч, як правило, не призводять до шкоди здоров'ю. Ст. 5.1.14 «Порушення порядку здійснення діяльності щодо анатомічних матеріалів» наштовхує на думку про те, що саме вилучення анатомічних матеріалів без згоди особи кваліфікується як кримінальний проступок за цією статтею, що навряд чи є виправданим.

Тут доречно зазначити, що діяння, передбачені ст. 5.1.14 проєкту, у кримінальному законодавстві окремих зарубіжних країн караються значно суворіше. Наприклад, відповідно до ст. 293а КК Чорногорії незаконне вилучення органів або частин тіла людини карається позбавленням волі на строк від одного до восьми років. У ст. 293б КК Чорногорії криміналізовано зберігання, транспортування, ввезення та вивезення органів або частин тіла людини, отриманих шляхом вчинення кримінального правопорушення (карається позбавленням волі на строк від одного до восьми років). У ст. 164 КК Чехії встановлено підстави кримінальної відповідальності за самовільне вилучення тканин і органів (карається позбавленням волі на строк від двох до восьми років), а в ст. 166 КК цієї держави – за забір тканин, органів і трансплантацію за окрему плату (карається позбавленням волі на строк до двох років або забороною займатися діяльністю).

Стаття 5.1.5. Надання неправомірної вигоди за просування медичної продукції.
Стаття 5.1.6. Одержання неправомірної вигоди за просування медичної продукції

1. Вказані статті покликані боротися з негативними явищами у сфері фармацевтичного маркетингу, що є позитивним моментом. Однак загальність формулювань ст. 5.1.5 і ст. 5.1.6 разом із визначенням неправомірної вигоди,

закріпленим у ч. 2 ст. 1.4.1, не повною мірою дають можливість розмежувати звичайні, прийняті у діловій практиці методи просування продукції на ринку, з одного боку, та девіантні форми поведінки, які створюють загрозу заподіяння шкоди охороні здоров'я. Так, чи визнаватиметься кримінально-протиправним просування якісних препаратів на ринку шляхом організації конференцій для лікарів відповідного профілю за кошти фармацевтичних компаній? Чи поширюється дія ст. 5.1.5 на укладення «маркетингових» договорів між фармацевтичними компаніями та аптечними мережами, які передбачають виплату бонусів у випадку розміщення та виконання замовлення на поставку продукції у певному обсязі та на певних умовах тощо? Призначення пацієнту потрібних йому ліків чи торгівля зареєстрованими в Україні лікарськими препаратами в результаті просування медичної продукції на ринку не дає підстав для криміналізації. Конкретизація суб'єкта вказаних кримінально-правопорушень, а також вказівка на недопустимі методи просування медичної продукції могли б допомогти прояснити низку спірних моментів.

2. Виникає питання, хто є суб'єктом злочину, передбаченого ст. 5.1.6, і «що він продає»? Формулювання диспозиції цієї статті дає підстави зробити висновок про те, що суб'єкт є загальним. Але це не відповідає природі підкупу. Використання системного тлумачення (взяття до уваги понять неправомірної вигоди та зловживання, визначених у ч. 2 ст. 1.4.1) дасть нам спеціального суб'єкта, але при цьому без ознак, визначених в аналізованій статті Особливої частини, що не узгоджується з ч. 2 ст. 2.3.1.

Вимагання неправомірної вигоди за однакових умов є більш небезпечним, ніж її одержання чи прохання. Можливо, вимагання неправомірної вигоди варто віднести до ознак, що підвищують тяжкість цього злочину на один ступінь (ст. 5.1.2)?

3. Питання регламентації кримінальної відповідальності за різні види підкупів у проєкті варто спробувати вирішити системно (див. цей висновок у частині зауважень до розділів 1.4, 7.9, 9.5).

Стаття 5.1.7. Діяльність у сфері охорони здоров'я

1. Назва цієї статті не містить вказівки на протиправність, як це має місце у більшості статей розділу 5.1, що не можна оцінити позитивно.

2. Норма, передбачена у ст. 5.1.7 проєкту, є спеціальною відносно норми, закріпленої у ст. 6.5.4 «Здійснення господарської діяльності без ліцензії». У зв'язку із цим постає питання, чи достатньо специфічної сфери

здійснення господарської діяльності без ліцензії для зміни цінностей, яким заподіюється шкода без вказівки на заподіяну шкоду? Чи достатньо аргументів для доведення того, що порушення умов ліцензії, визначених у відповідних постановах Кабінету Міністрів України, є злочином 3-го ступеня тяжкості, на відміну від порушення ліцензійних умов в інших сферах (злочин проти порядку господарювання 1-го ступня тяжкості)? Показово, наприклад, що подібна діяльність із відходами та вторинною сировиною диференційована залежно від наслідків, а формальний склад становить собою лише проступок (ст. 5.3.21).

Стаття 5.1.8. Підроблення медичної продукції та поводження з нею

1. Найбільшу небезпеку порядку охорони здоров'я людини становить використання підробленої медичної продукції, про що у ст. 5.1.8 не йдеться.

2. Враховуючи досить широке розуміння предмету цього злочину та його характеристик у частині підроблення (пункти 1, 4 ст. 5.1.1), проблема виникає в обсязі криміналізованої поведінки. Так, злочином 3-го ступеня тяжкості є підроблення пакування (підпункт «б» п. 4 ст. 5.1.1) азотної кислоти (реагент для лабораторного дослідження – підпункт «є» п. 1 ст. 5.11) у той час, як це діяння може і не бути пов'язане з посяганням на порядок охорони здоров'я людей (наприклад, азотна кислота використовується для вироблення добрив). Тому потребує уточнення або поняття медичної продукції, або склад злочину «підроблення медичної продукції та поводження з нею».

Стаття 5.1.9. Порушення санітарно-протиепідемічних норм та правил, що створило небезпеку спричинення шкоди

У цій статті відображена проблема, яка вже піднімалась у зауваженнях до статей інших розділів проєкту та яка пов'язана із таким специфічним наслідком, як створення реальної небезпеки. Порівняно з формальними складами злочинів, зокрема тими, що містяться у розділі 5.1, вказівка у диспозиції статті на цей наслідок одразу знижує тяжкість злочину на 2 ступеня. Так, особа, яка порушила ліцензійні вимоги при продажу лікарського засобу і не заподіяла реальної шкоди об'єкту (порядку охорони здоров'я людей), вчинила злочин 3-го ступня, а особа, яка порушила санітарні норми чи правила і це створило реальну небезпеку а) поширення масового захворювання об'єктів рослинного або тваринного світу; б) значної чи тяжкої майнової шкоди; в) значної чи тяжкої шкоди здоров'ю; г) масового

інфекційного чи неінфекційного захворювання людей; д) особливо тяжкої шкоди, – злочин 1-го ступеня. Заради експерименту давайте сформулюємо склад злочину, передбаченого ст. 5.1.9, як формальний: «*Особа, яка порушила санітарні або санітарно-протиепідемічні норми чи правила, – вчинила злочин (?) ступеня*». Відповідно до п. 7 ст. 2.5.4 це значна шкода, а це, своєю чергою, відповідно до п. 3 ч. 4 ст. 2.5.9 – злочин 3-го ступеня тяжкості. Логічно? Не зовсім.

Стаття 5.1.15. Порушення права на безоплатну медичну допомогу

1. У процесі реформування системи охорони здоров'я держава поступово відходить від концепції повної безоплатної медичної допомоги, запроваджуючи натомість систему державних фінансових гарантій надання медичних послуг та лікарських засобів у певних обсягах. Згідно зі ст. 3 Закону України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення» держава гарантує повну оплату згідно з тарифом за рахунок коштів Державного бюджету України надання громадянам необхідних їм медичних послуг та лікарських засобів, що передбачені програмою медичних гарантій. Кабінет Міністрів України щорічно затверджує порядок реалізації програми державних гарантій медичного обслуговування населення, у якому визначається обсяг послуг, який буде надаватися у відповідному році безкоштовно. На нинішньому етапі медичної реформи обсяг доступної безоплатної допомоги є регламентований. Національна служба здоров'я України (НСЗУ) на підставі контракту з конкретним закладом охорони здоров'я в рамках програми державних фінансових гарантій оплачує певний вид та обсяг медичних послуг, який буде надаватися цих закладом фізичним особам безкоштовно. Відтак не будь-яка вимога оплати є незаконною.

2. Поточний стан справ у цій сфері дає підстави припустити, що встановлення кримінальної відповідальності за порушення права на безоплатну медичну допомогу може виявитися далеко не найефективнішим засобом забезпечення надання особі якісних та безоплатних послуг у сфері охорони здоров'я. Якщо в медичному закладі вимагають оплату за медичну послугу, за надання якої заклад отримав кошти від НСЗУ, і при цьому винний мав намір звернути отримані кошти на свою користь або на користь інших осіб за власним вибором, то його дії слід розцінювати як посягання на власність. Всі інші випадки, описані в диспозиції ст. 5.1.15 проєкту, можуть становити адміністративне чи дисциплінарне правопорушення.

3. П. 2 потребує корегування, оскільки медичний працівник, маючи обов'язок та можливість надати безоплатну медичну допомогу, може звернутись з проханням або вимогою оплатити таку допомогу, а саме придбати не лише лікарський засіб чи медичний виріб, а й іншу медичну продукцію, зокрема допоміжний засіб до медичного виробу, частину або матеріал, розроблені та призначені для використання у виробництві й експлуатації медичного виробу та які є важливими для його цілісності, програмне забезпечення для медичного виробу, реагент для лабораторного дослідження, харчовий продукт для спеціальних медичних цілей тощо. Тому краще п. 2 викласти у такій редакції: «*придбати необхідну для лікування медичну продукцію*».

Стаття 5.1.17. Порушення санітарно-протиепідемічних норм та правил, що з необережності спричинили значну шкоду

Постає питання, пов'язане із адекватним урахуванням тяжкості вчиненого кримінального правопорушення. Так, проблемним, як видається, є співвідношення статей 5.1.9 та 5.1.17 проєкту: якщо особа у результаті порушення санітарних або санітарно-протиепідемічних норм чи правил спричинила реальну загрозу, наприклад, значної майнової шкоди, то вона вчинила більш тяжке кримінальне правопорушення (злочин 1-го ступеня), ніж тоді, коли ця сама особа у результаті такої самої поведінки спричинить реальне настання такої шкоди з необережності, бо це проступок. Такий стан речей спотворює справжнє співвідношення тяжкості наведених правопорушень. Таке саме співвідношення спостерігається і між кримінальними правопорушеннями, передбаченими ст. 5.1.12 «Порушення правил поводження з інфекційними агентами, токсинами чи продуктами біотехнологій, що створило небезпеку спричинення шкоди» і ст. 5.1.18 «Порушення правил поводження з інфекційними агентами, токсинами чи продуктами біотехнологій, що з необережності спричинило значну шкоду».

РОЗДІЛ 5.2.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ПОРЯДКУ ОБІГУ ПСИХОАКТИВНИХ РЕЧОВИН

1. Пропонована у проєкті модель кримінально-правової протидії незаконному обігу психоактивних речовин не повною мірою відповідає декларованим державою цілям у цій сфері. Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 28 серпня 2013 р. № 735-р було затверджено Стратегію

державної політики щодо наркотиків на період до 2020 року. Вказана стратегія в загальних рисах передбачала гуманізацію державної політики щодо споживачів наркотиків, що з-поміж іншого включало надання переваги заходам медико-профілактичного характеру, зменшення шкоди від немедичного вживання наркотиків, повернення хворих на наркоманію в соціум, а не кримінальному їх переслідуванню. Аналіз виконання цієї Стратегії показав, що поставлених цілей досягти не вдалося. Тому в оприлюдненому МОЗ у 2021 р. проєкті Стратегії державної політики щодо наркотиків на період до 2030 р. знову наголошується на необхідності переорієнтації заходів протидії незаконному обігу психоактивних речовин від кримінально-караних до адміністративно-виправних, біопсихосоціальних та профілактичних.

Передусім це стосується криміналізації обігу наркотичного засобу, психотропної речовини, їх аналога чи рослини або гриба, що містять наркотичний засіб чи психотропну речовину, *без мети збуту*. У проєкті до таких кримінальних правопорушень віднесено діяння, вчинені в значних розмірах (злочини 1-го ступеня) та у невеликих розмірах (проступки). При цьому звернемо увагу на те, що:

а) у п. 2 ст. 3 Конвенції ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин (1988 р.) передбачено, що криміналізація зберігання для особистого вжитку є другорядною щодо конституційних положень і принципів правової системи держави;

б) у Рамковому рішенні 2004/757/ЈНА Ради ЄС зазначається, що мінімальні правила відносно елементів складів злочинів і санкцій не охоплюють дії (з наркообігу), які вчиняються особами виключно для власного особистого споживання, як це визначено національним законодавством.

Щодо діяння, передбаченого ст.5.2.14 проєкту «Обіг наркотичного засобу, психотропної речовини або їх аналогу у невеликих розмірах без мети збуту», варто зауважити, що виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, переміщення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів у невеликих розмірах без мети збуту є адміністративним правопорушенням (ст. 44 КУпАП). Станом на сьогодні особи, які вчинили незаконні дії щодо психоактивних речовин без мети збуту, тобто є наркозалежними, становлять понад 60 % від загальної кількості засуджених за кримінальні правопорушення, передбачені розділом XIII Особливої частини чинного КК. При цьому в окремі роки кількість виявлених

кримінальних правопорушень за ст. 309 чинного КК перевищувала в 7 разів кількість виявлених аналогічних діянь, вчинених із метою збуту. Тобто правоохоронні органи і так фокусуються на кримінальному переслідуванні споживачів наркотичних засобів, а не на боротьбу з наркобізнесом.

Ба більше: встановлення кримінальної відповідальності за наркообіг без мети збуту може призводити до порушень прав людини. Зокрема, через масовість використання безконтактного методу передачі споживачеві предмету кримінального правопорушення («закладки») і складність доведення мети збуту при затриманні «закладників» правоохоронці нерідко документують дії фігурантів як зберігання/переміщення наркотиків без мети збуту.

Якщо взяти до уваги той факт, що нижній поріг невеликого розміру в Україні нижчий, ніж в більшості європейських країн, то криміналізація дій щодо невеликої кількості психоактивних речовин без мети збуту виглядає ще менш обґрунтованою (докладніше див. звіт «Гуманізація державної політики щодо людей, які вживають наркотики, результати дослідження кримінологічних та морально-етичних аспектів боротьби з незаконним обігом наркотиків в Україні та її наслідків).

2. Одним із найбільш дискусійних моментів проєкту у розглядуваній частині є збереження кримінальної відповідальності за діяння щодо *аналогів* наркотичних засобів та психотропних речовин. Залишається відкритим питання, наскільки це узгоджується з декларованою в ст. 1.2.2 проєкту юридичною визначеністю (див. також цей висновок у частині зауважень до розділу 1.2 «Принципи»). На момент вчинення діяння особа не може знати, чи є певна речовина аналогом наркотичних засобів, психотропних речовин. Це стане відомо лише після проведення експертизи в рамках кримінального провадження. Якісно провести дослідження подібності хімічної структури і, тим більше, впливу на центральну нервову систему в Україні можна лише в декількох лабораторіях. Тільки встановивши таку подібність, можна констатувати, що речовина є аналогом наркотичних засобів і психотропних речовин відповідно до ст. 1 Закону України «Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори».

Чи можна протидіяти незаконному обігу аналогів наркотичних засобів і психотропних речовин, не йдучи на компроміси з принципами кримінального права? International Narcotics Control Board у співпраці з United Nations Office on Drugs and Crime збирає дані про нові психоактивні речовини, має ресурси, експертизу та повноваження проводити відповідні дослідження, за

підсумками яких регулярно оприлюднюються доповнення до існуючих переліків наркотичних засобів, психотропних речовин та прекурсорів. Відтак держави мають можливість врахувати це у своєму законодавстві. Саме таким шляхом пропонується йти у проєкті Стратегії державної політики щодо наркотиків на період до 2030 р., запровадивши порядок вилучення із незаконного обігу аналогів або нових форм психоактивних речовин та визнання їх предметом правопорушення.

3. У проєкті пропонується доповнити перелік предметів злочинів проти порядку обігу психоактивних речовин вказівкою на *рослину або гриб, що містять наркотичні засоби чи психотропні речовини або прекурсор* (статті 5.2.6, 5.2.7, 5.2.8, 5.2.9, 5.2.12, 2.5.15, 5.2.17.). У чинному КК у цьому контексті згадується про мак снодійний та коноплю (ст. 310). Ці ж речовини фігурують у Переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, затвердженому постановою КМУ. Пропозиції щодо криміналізації обігу грибів висловлювалися в літературі (наприклад, А. Данилевський, 2020), адже в практиці правоохоронних органів виявляються випадки вирощування грибів, які містять небезпечні для здоров'я населення речовини (зокрема, псилоцибін).

Однак криміналізація відповідних дій має корелюватись з унормуванням переліку рослин та грибів, вирощування яких заборонено. Станом на сьогодні в законодавстві України немає визначеного переліку згаданих вище рослин чи грибів. Відтак постає питання, наскільки виправдано встановлювати «на випередження» кримінальну відповідальність за діяння щодо предмета, який не має визначення у регулятивному законодавстві. Зрозуміло, що кількісну категорію цього предмета кримінального правопорушення також буде проблематично визначити, що, зокрема, потрібно для розмежування злочину передбаченого ст. 5.2.6, і поступку, передбаченого ст. 5.2.15.

4. Не зовсім зрозумілим виглядає рішення посилити караність вирощування снодійного маку та конопель. Зі ст. 5.2.6 проєкту випливає, що злочином 3-го ступеня є посів принаймні однієї рослини, на противагу чинному КК, який передбачає мінімальну кількість рослин (100 – маку снодійного та 10 – конопель). Той факт, що за незаконний посів або незаконне вирощування снотворного маку в кількості до ста рослин чи конопель у кількості до десяти рослин встановлено адміністративну відповідальність, не рятує ситуацію (ст. 106-2 КУпАП), бо проєкт (ч. 3 ст. 1.1.1) прямо передбачає примат кримінального закону. Щоправда,

всебічна оцінка відповідних приписів проєкту є неможливою без розуміння позиції робочої групи щодо реформування адміністративно-деліктного законодавства.

5. У розділі 5.2 прослідковується намагання розробників проєкту максимально деталізувати те чи інше положення, що призводить до конструювання декількох статей, які можна об'єднати в одну (наприклад, статті 5.2.4, 5.2.6, 5.2.9). Це, як видається, дозволило б нівелювати складнощі розмежування, наприклад, *виробництва та виготовлення*, бо і в теорії, і на практиці не завжди вдається провести чітку межу між першим і другим.

Водночас у проєкті відсутня окрема стаття про відповідальність за «наркоконтрабанду». Згідно з п. 41 ч. 2 ст. 1.4.1 *переміщення* включає і переміщення через митний кордон України – ввезення на територію України, вивезення з території України чи транзит територією України певного предмету з його переміщенням через митний кордон України або спробою такого переміщення, незалежно від способу. При цьому згідно з п. 11 ст. 5.2.3 ознакою, що підвищує на один ступінь тяжкість злочинів, передбачених статтями 5.2.4–5.2.7, є *вчинення умисного злочину шляхом переміщування через митний кордон України*. Звернемо увагу на те, що ця ознака підвищує ступінь тяжкості зазначених злочинів незалежно від мети збуту. Однак якщо посилатися на тенденції політики ЄС у сфері боротьби з незаконним наркообігом, то вона зосереджується на особливо тяжкій транскордонній злочинності. Відповідно, Європейський Парламент та Рада можуть встановити мінімальні правила визначення кримінальних злочинів та санкцій щодо транскордонної торгівлі наркотиками, а не фактів переміщення наркотиків через митний кордон для подальшого особистого споживання на території іншої держави.

6. Згідно із пропонованою редакцією розділу 5.2 дії особи, яка збувала психоактивні речовини, слід буде кваліфікувати відразу за двома статтями – 5.2.4 і 5.2.9, бо перш, ніж збути відповідний предмет, його треба щонайменше отримати або зберігати чи переміщувати. Це, своєю чергою, зобов'язуватиме суд застосовувати правила призначення покарання за сукупністю злочинів, що може посилювати караність діяння.

Дискусійним є питання, чи підвищує тяжкість вчинення без мети збуту дій, передбачених ст. 5.2.6, у місцях виконання покарання та наскільки це узгоджується з політикою гуманізації підходів до наркозалежних осіб.

Стаття. 5.2.10. Введення психоактивної речовини чи допінгу в організм іншої особи

На відміну від ст. 314 чинного КК, ст. 5.2.10 проєкту не містить вказівки на відсутність волі потерпілого на введення психоактивних речовин в його організм. Введення психоактивних речовин в організм іншої людини як частина надання медичної допомоги суворо регламентується. Відтак постає питання, чи є кримінальним правопорушенням дії особи, яка на прохання наркозалежної особи ввела в її організм наркотичний засіб без будь-яких медичних показань та всупереч усталеним правилам надання медичної допомоги. Позитивна відповідь на це питання свідчитиме про істотне розширення криміналізації. Для уникнення розбіжних тлумачень ст. 5.2.10 доцільно розглянути можливість збереження вказівки на вчинення діянь всупереч волі потерпілої особи.

Стаття 5.2.11. Сприяння виробництву або виготовленню психоактивних речовин

Дії, передбачені у ст. 5.2.11, означають за своєю суттю співучасть у вчиненні злочинів, передбачених ст. 5.2.4 і ст. 5.2.5. У світлі наміру робочої групи підготувати «маленький, однак суворий» КК рішення виокремити пособництво до конкретних злочинів у самостійний склад злочину з пониженням його тяжкості на два ступеня є дискусійним кроком.

Звернемо увагу і на те, що згідно з п. 4 ст. 5.2.11 збут прекурсору чи обладнання для незаконного виробництва або виготовлення наркотичного засобу, психотропної речовини чи їх аналога є злочином 1-го ступеня. Водночас вироблення/виготовлення прекурсору або обладнання, призначених для виробництва чи виготовлення наркотичного засобу, психотропної речовини або їх аналога, є проступком. Через це постають питання: а) якщо розробники проєкту вбачають за доцільне криміналізувати сприяння виробництву або виготовленню психоактивних речовин, то чому окремою формою реалізації діяння є збут прекурсору чи обладнання, а їх вироблення/виготовлення/придбання/зберігання/переміщення таким сприянням не вважається?; б) чим обґрунтовано визначення тяжкості діянь, передбачених статтями 5.2.11, 5.2.16? Невже особа, яка виробляє/виготовляє прекурсор, вчиняє менш шкідливе діяння, ніж особа, яка такий прекурсор збуває? Тим більше, що у Рамковому рішенні ЄС 2004/757/ЈНА визначено, що за виготовлення, транспортування прекурсорів, якщо особі, яка це вчиняє, відомо про те, що ці прекурсори призначені для використання в процесі або з

метою незаконного виробництва чи вироблення наркотиків, як максимальне покарання має бути передбачено позбавлення волі строком щонайменше від одного до трьох років. А за проєктом (ст. 5.2.16) – це проступок.

Стаття 5.2.12. Спонукання до немедичного вживання психоактивних речовин чи допінгу

Під схиляннням до вживання вказаних засобів слід розуміти будь-які умисні ненасильницькі дії, спрямовані на збудження в інших осіб бажання вжити наркотичні засоби хоча б один раз (пропозиція, угода, рекомендація, переконання) (постанова ККС ВС у справі № 589/3675/13-к). З огляду на це, виникає питання щодо доцільності виділення пунктів 1–3 як самостійних форм вчинення аналізованого злочину. Наприклад, якщо правопорушник надає особі інформацію про придбання психоактивної речовини або допінгу, то хіба він не схиляє цю особу до немедичного їх вживання у сенсі згаданої постанови ККС ВС?

Крім того, у п. 4 йдеться про *вживання* психоактивної речовини або допінгу в публічному місці. Однак чи є це спонуканням? Адже спонукання передбачає конкретного «адресата», а вживання у публічному місці не передбачає спонукальних намірів правопорушника.

Стаття 5.2.13. Порушення встановлених правил обігу наркотичних засобів, психотропних речовин або прекурсорів

Проєкт Стратегії державної політики щодо наркотиків на період до 2030 р. передбачає забезпечення доступності наркотичних лікарських засобів для осіб, які цього потребують. ВООЗ наголошує на тому, що зобов'язання зробити контрольовані ліки доступними для медичних цілей базується на міжнародних актах про контроль над наркотиками, які стверджують, що «медичне використання наркотичних засобів продовжує бути необхідним для полегшення болю та страждань, а також необхідно вжити відповідних заходів для забезпечення доступності наркотиків препарати для таких цілей».

ВООЗ розробила рекомендації для держав щодо засад законодавства у сфері регулювання обігу психоактивних речовин (Ensuring balance in national policies on controlled substances: Guidance for availability and accessibility of controlled medicines). З-поміж іншого там передбачено, що:

уряди повинні перевірити своє законодавство та політику щодо контролю над наркотиками на наявність надмірно обмежувальних положень,

які впливають на надання належної медичної допомоги, включаючи контрольовані ліки;

деякі країни зберігають суворі положення про покарання за помилки або проблеми при призначенні та відпуску контрольованих ліків, що утримує медичних працівників від законного призначення та відпуску цих ліків. Ненавмисні помилки, які не призводять до перенаправлення контрольованих ліків або серйозних наслідків для здоров'я, не повинні бути предметом кримінальної відповідальності. International Narcotics Control Board також підтримує позицію, згідно з якою медичні працівники повинні мати можливість надавати опіати без зайвого страху перед санкціями за ненавмисні порушення; інакше це може перешкоджати призначенню або відпуску відповідних препаратів. З урахуванням викладених положень криміналізація будь-якого порушення встановлених правил обігу наркотичних засобів, психотропних речовин або прекурсорів незалежно від способу та спричинених наслідків виглядає безпідставною криміналізацією.

РОЗДІЛ 5.3.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ БЕЗПЕКИ ДОВКІЛЛЯ

Щодо місцезнаходження норм про кримінальні правопорушення проти довкілля в Особливій частини проєкту

Одним з основних концептуальних нововведень проєкту є нехарактерна для Особливої частини чинного КК додаткова структуризація. Тому загалом без подиву сприймається інформація про те, що розробники проєкту фактично відтворили запропоновану В. Самокишем (2011) і деякими іншими дослідниками дворівневу інтерпретацію родового об'єкта екологічних деліктів. Це знайшло вияв у запропонованому робочою групою поділі всіх передбачених розділом VIII Особливої частини чинного КК кримінальних правопорушень (далі у цій частині висновку – к. пр.) на дві окремі групи посягань, про які найчастіше згадується у наукових і таких, що випливають із положень Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища», визначеннях родового об'єкта к. пр. проти довкілля: 1) проти безпеки довкілля; 2) проти порядку використання природних ресурсів. Однак як із теоретичної, так і з практичної точки зору найцікавішим є те, що автори проєкту не лише «поділили» всі консолідовані у розділі VIII Особливої частини чинного КК статті (точніше – їх правонаступники) на дві групи, а й розмістили відповідні розділи у *різних книгах* Особливої частини: якщо статті

про к. пр. проти безпеки довкілля (розділ 5.3) поміщено до Книги п’ятої «Кримінальні правопорушення проти публічного здоров’я», то статті про к. пр. проти порядку використання природних ресурсів (розділ 6.5) – до Книги шостої «Кримінальні правопорушення проти економіки». Така ініціатива сприймається неоднозначно.

Попри концептуальну зміну підходу до побудови Особливої частини, головний принцип розміщення статей у конкретних структурних ланках проєкту залишився незмінним: ці статті відтепер мають групуватися в розділи за ознаками не родового, а видового об’єкта кримінально-правової охорони тоді, як розділи мають групуватися в книги вже за ознаками родового об’єкта. Інакше кажучи, основний безпосередній об’єкт к. пр., передбаченого тією чи іншою статтею, має бути частиною видового об’єкта відповідної групи к. пр. (він відображений у назві розділу); видовий – родового (про нього ми дізнаємось із назви відповідної книги).

Своєю чергою, це означає необхідність кореляції між основним безпосереднім об’єктом к. пр., яке передбачене статтею, розміщеною у певному розділі, і родовим об’єктом к. пр., яким присвячена та чи інша книга. Звичайно, ці об’єкти можуть бути і найчастіше певним чином «віддалені» один від одного, що пояснюється розміщенням «між ними» ще й ланки у виді ближчого до обох видового об’єкта. Однак вони все ж повинні мати доволі тісний зв’язок, тобто при спричиненні шкоди основному безпосередньому об’єкту одночасно має відбуватись і «видиме» порушення відносин (цінностей тощо), які охоплюються відповідним родовим об’єктом.

Ми не вбачаємо підстав для віднесення к. пр. проти порядку використання і захисту природних ресурсів (розділ 6.5) загалом, так і, наприклад, таких їх різновидів, як знищення або пошкодження рослинного чи тваринного природного ресурсу, до посягань на економіку (Книга шоста проєкту). Візьмемо, наприклад, скалічення дикого звіра, яке є наскільки «віддаленим» від економіки, як і, скажімо, нанесення тілесних ушкоджень людині, шкоду від чого також частково можна виразити за допомогою майнового еквіваленту та яке (за подібною логікою) можна вважати посяганням на економіку. Чи виправдано визнавати економічним к. пр. поширену на практиці поведінку власника земельної ділянки, який без встановленого законом дозволу знімає ґрунтовий покрив розташованих на ній земель, тобто вчиняє дії, які кваліфікуються за ст. 254 чинного КК, а за умови ухвалення проєкту як закону розглядатимуться або як «незаконне заволодіння» (ст. 6.5.4), або як «виснаження» природного ресурсу (ст. 6.5.7)?

На нашу думку, відповіді на поставлені (і подібні питання) питання мають бути негативними. На зроблений висновок не може вплинути те, що кримінальна відповідальність за зазначені вище діяння пов'язується зі спричиненням ними певної (істотної чи неістотної) майнової шкоди. Адже остання є (має бути) лише формалізованим і найбільш об'єктивним показником шкоди, що була завдана принципово відмінним від економічних *екологічним* правовідносинам, окремі різновиди яких і є основними безпосередніми об'єктами згаданих деліктів. Однак, якщо не до економічного, то до якого блоку передбачених Особливою частиною проєкту посягань (тобто книги) мали б бути віднесені статті про к. пр. проти порядку використання і захисту природних ресурсів?

Подібне питання актуальне і щодо статей про к. пр. проти екологічної безпеки. Адже коректність назви Книги п'ятої «Кримінальні правопорушення проти публічного здоров'я», яка містить розділ 5.3, присвячений к. пр. проти безпеки довкілля, видається сумнівною. За такого розташування безпека довкілля розглядається як складник публічного здоров'я та у контексті останнього. Беззаперечним є наявність зв'язку між (не-)безпечним довкіллям і станом публічного здоров'я, позаяк створення безпечного середовища у сфері екології впливає на збереження життя і здоров'я людей (населення). Водночас к. пр. проти безпеки довкілля спричиняють (можуть спричиняти) шкоду не тільки публічному здоров'ю, а й багатьом іншим цінностям (відносинам), що не дозволяє ставити їх в один ряд і виключає відношення підпорядкування. Наприклад, чи вчиняє к. пр. проти публічного здоров'я особа, яка згідно зі ст. 5.3.12 проєкту без належного дозволу незаконно ввезла на територію України вторинну сировину, що створило реальну небезпеку спричинення тяжкої майнової шкоди? Навряд чи.

Для отримання виваженої відповіді на питання про оптимальне місцезнаходження статей про к. пр. проти довкілля, які за проєктом, як вже зазначалось, розділені на к. пр. проти безпеки довкілля і к. пр. проти порядку використання природних ресурсів, ми вирішили проаналізувати іноземний досвід, у першу чергу досвід тих європейських країн, в яких відповідальність за екологічні делікти регламентується (у різних формах) кримінальними кодексами. Завдяки такому зверненню нами було з'ясовано, що зарубіжні парламентарії послуговуються відразу шістьома основними підходами щодо місцерозташування статей про посягання, які чинним КК України розцінюються як к. пр. проти довкілля, а в проєкті – як к. пр. про безпеки

довкілля (розділ 5.3) і проти порядку використання і захисту природних ресурсів (розділ 6.5).

У більшості проаналізованих нами кримінальних кодексах всі статті про к. пр. проти довкілля зосереджені у межах одного структурного підрозділу Особливої частини, а тому прикладів визнання розглядуваних деліктів посяганнями на різні охоронювані відносини (родовий об'єкт), тобто розміщення таких одиниць у межах відмінних ланок вищого порядку, у цих державах знайдено не було. Попри єдність з цього питання, парламентарії згаданих країн використовують відразу чотири різних підходи щодо розташування відповідної універсальної структурної одиниці, які (підходи) багато в чому залежать від складності архітектури Особливої частини.

Зокрема, законодавцями країн, у кримінальних кодексах яких була втілена «проста» (однорівнева) архітектура Особливої частини, за основу було взято два варіанти вирішення розглядуваного питання.

Як і в побудованому за таким взірцем чинному КК України, у кримінальних кодексах деяких із таких держав (переважно вони є представниками «групи СНД» та «югославської» групи кримінального права) виділяється окремий розділ (глава), повністю присвячений регламентації відповідальності за к. пр. (злочини) проти довкілля (навколишнього природного середовища) (гл. 13 КК Казахстану, гл. 11 КК Латвії, гл. 22 КК Македонії, гл. IX КК Молдови, гл. 24 КК Сербії, гл. 30 КК Словенії, гл. XXIII КК Угорщини, розд. 29 КК ФРН, гл. XX КК Хорватії, розд. 25 КК Чорногорії) (умовно цей підхід ми будемо вважати *першим*);

– натомість у деяких інших кодексах (*другий* підхід) статті про к. пр. проти довкілля консолідовані в єдину структурну одиницю, у межах якої, однак, також (поруч із екологічними деліктами) були розміщені статті про:

а) загальнонебезпечні посягання (розд. VII КК Нідерландів);

б) або к. пр., які спричиняють шкоду суспільству (суспільним інтересам) (гл. 21 КК Данії, гл. XIX КК Ісландії);

в) або к. пр. проти охорони здоров'я (гл. XXXVIII КК Литви, гл. 23 КК Норвегії).

Водночас звернемо увагу на те, що якщо литовські парламентарії зосередили у відповідній главі статі як про к. пр. проти екологічної безпеки, так і про к. пр. проти порядку використання і охорони природних ресурсів, то законодавці всіх інших названих вище країн, – лише першу із вказаних груп.

Також хотілося б підкреслити, що в цих країнах відповідні структурні одиниці найчастіше розміщуються між статтями про к. пр. проти громадської

безпеки, громадського транспорту (безпеки дорожнього руху), держави, рідше – поруч із статтями про к. пр. у сфері незаконного обігу наркотиків або проти здоров'я людини.

Однак при обранні структури проєкту його розробники за взірець взяли приклад іншої групи країн, в яких застосована «ускладнена» (багаторівнева) модель побудови Особливої частини, що передбачає поділ одиниць більш високого рівня (родовий об'єкт) на частини нижчого порядку (видовий об'єкт). При цьому у країнах із такою структурою кримінального закону нормотворці також використовують два різних способи вирішення розглядуваного питання:

– парламентарії умовно першої групи країн вважають (*третій* підхід), що специфіка к. пр. проти довкілля є такою, що не дозволяє віднести (чи об'єднати) ці делікти до жодної іншої з виокремлених груп посягань. Зважаючи на це, в особливих частинах кримінальних кодексів цих держав к. пр. проти довкілля присвячено окремі структурні одиниці вищого порядку, у межах яких:

1) або взагалі не виділяються нижчі елементи (гл. IV КК Албанії, гл. 20 КК Естонії, КК Чехії);

2) або виділяється єдина ланка з ідентичною назвою (гл. 27 розд. 10 КК Вірменії, гл. XXXVI розд. 10 КК Грузії, гл. 38 розд. VII КК Киргизії, гл. 24 розд. IX КК Таджикистану, гл. XIV розд. 4 КК Узбекистану). Однак у такому обмеженому структуруванні, коли єдиний елемент нижчого порядку фактично дублює вищу одиницю, ми, на відміну від парламентаріїв названих пострадянських країн, жодного теоретичного чи практичного сенсу не вбачаємо.

Характерно і те, що, подібно до попереднього варіанту, відповідні структурні ланки знову ж найчастіше розміщуються між статтями про к. пр. проти громадської безпеки, громадського порядку та моральності, безпеки руху, проти держави (державної влади), рідше – проти економіки, а також у сфері обігу наркотиків або здоров'я населення;

Водночас законодавці інших держав (*четвертий* підхід) вбачають підстави:

1) або для визнання к. пр. проти довкілля різновидом ширшої за змістом групи посягань – к. пр. проти *безпеки (громадської безпеки та громадського порядку)* або *суспільства (громади),* до складу яких вони і включаються (гл. 28 розд. X КК Азербайджану, розд. 2 гл. 3 КК Туреччини). При цьому разом із статтями про к. пр. проти довкілля у відповідній структурній

одиниці передбачається відповідальність за посягання на громадську безпеку, а також громадський спокій, здоров'я населення, безпеку руху та експлуатації транспорту тощо;

2) або для об'єднання к. пр. проти довкілля та безпеки в одній структурній одиниці:

а) чи вищої ланки, у межах яких виділяються окремі елементи нижчого порядку, присвячені регламентації відповідальності за, з одного боку, к. пр. проти довкілля, а, з іншого, к . пр. проти громадської безпеки (частини перша і друга гл. 6 КК Словаччини);

б) або нижчої ланки. За умови реалізації такого варіанту статті про відповідні к. пр. включаються до складу статей про к. пр. проти суспільства (гл. III розд. IV КК Португалії, гл. I розд. 3 КК Сан-Марино).

Набагато рідше іноземні парламентарії надають перевагу апробованому у проєкті підходу, коли, враховуючи деяку відмінність в об'єктах різноманітних к. пр. проти довкілля, відповідальність за їх вчинення передбачається нормами, розміщеними в різних структурних одиницях Особливої частини КК. При цьому і в межах цього варіанту можна виділити щонайменше два різновиди, які принципово відрізняються один від одного:

– законодавці, які сповідують умовно перший із них (загалом це вже *п'ятий* підхід), виходять із розуміння органічної єдності всіх к. пр. проти довкілля (родовий об'єкт), яка, проте, не заважає їм усвідомлювати те, що окремі групи таких деліктів посягають на досить різнорідні суспільні відносини (видовий об'єкт). Втілюється ж такий підхід за допомогою виділення двох послідовно розміщуваних одна за одною структурних частин (у КК із «простою» архітектурою вони є «самосійними», а у випадку зі «складною» – включаються до єдиної ланки вищого порядку), в яких, незважаючи на їх різні назви, фактично (змістовно) йдеться про ті ж к. пр. проти довкілля, одні з яких у проєкті розцінюються як к. пр. проти безпеки довкілля (забруднення довкілля, незаконне поводження із відходами тощо), а інші – як к. пр. проти порядку використання і захисту природних ресурсів (незаконні полювання/рибальство, рубка дерев тощо). Враховуючи такий критерій структурування, у КК Іспанії всі посягання проти довкілля поділені на злочини проти природних ресурсів та навколишнього природного середовища (гл. III) та злочини у сфері захисту флори, фауни та домашніх тварин (гл. IV), а в КК Фінляндії – на екологічні злочини (гл. 48) і злочини у сфері природних ресурсів (гл. 48-а). При цьому ще раз підкреслимо: обидві зазначені глави розміщено в межах єдиного розділу XVI «Злочини, пов'язані

з впорядкуванням територій та містобудуванням, захистом історичної спадщини та навколишнього середовища»;

– натомість парламентарії другої групи країн до числа к. пр. проти довкілля відносять лише ті діяння, які авторами проєкту визнаються к. пр. проти екологічної безпеки (*шостий* підхід). Водночас окремі к. пр. проти порядку використання і захисту природних ресурсів визнаються посяганнями:

а) або на власність. У КК Польщі – це гл. XXII «Злочини проти навколишнього природного середовища» та гл. XXXV «Злочини проти власності», у межах якої, зокрема, передбачено відповідальність за вчинюване з метою привласнення вирубування дерев у лісі (ст. 290); у КК Австрії – розділ 7 «Загальнонебезпечні діяння та злочинні діяння проти навколишнього середовища» та розділ 6 «Злочинні діяння проти чужого майна», в якому знайшлося місце таким традиційним (з погляду чинного КК України) екологічним деліктам, як незаконні рибальство та полювання (параграфи 137–140);

б) або на економіку, приклад чого ми маємо змогу спостерігати у Болгарії, у КК якої статті про такі діяння, як незаконне видобування надр, незаконна рубка лісу, знищення дерев тощо, включено до розділу II «Злочини в окремих галузях економіки» глави 6 «Злочини проти бізнесу». Водночас у розділі III «Злочини проти народного здоров'я та навколишнього природного середовища» глави 11 «Загальнонебезпечні злочини» болгарські парламентарії передбачили відповідальність не лише за забруднення довкілля, порушення ветеринарних правил, незаконне поводження із відходами, а й за незаконний обіг наркотиків, небезпечних для здоров'я людини предметів, виробництво небезпечних для здоров'я людини продуктів харчування, кормів для тварин тощо, тобто за діяння, подібні до тих, відповідальність за які консолідована у межах Книги п'ятої проєкту «Кримінальні правопорушення проти публічного здоров'я».

За результатами проведеного порівняльно-правового аналізу є підстави зробити два проміжних висновки, які неабияк вплинули на нашу остаточну позицію з розглядуваного питання, зокрема і щодо оцінки підходу до розміщення статей про к. пр. проти довкілля в Особливій частині проєкту.

По-перше, вдалося відшукати лише дві країни, особливі частини кримінальних кодексів яких передбачають виділення двох структурних одиниць, присвячених регламентації відповідальності за окремі різновиди к. пр. проти довкілля, – це Іспанія та Фінляндія. Принагідно звернемо увагу

на те, що структури кримінальних кодексів цих країн навіть віддалено не нагадують побудову ні чинного КК України, ні проєкту. Однак навіть «розділені» у згаданих державах екологічні делікти визнаються однорідними, про що свідчить розміщення статей про них у межах розташованих одна за одною частин, які або є «самостійними», або включені до єдиної ланки вищого порядку (у КК із «простою» та «складною» архітектурою, відповідно). Жодного прикладу реалізованого у проєкті підходу, коли дві відповідні структурні одиниці (розділи 5.3 і 6.5) розміщуються у *різних ланках* вищого порядку (книги п'ята і шоста, відповідно) (тобто віднесення до різних родових об'єктів), виявлено не було.

Звичайно, можна згадати досвід Австрії, Болгарії і Польщі. Реагуючи на це гіпотетичне зауваження, вкотре маємо підкреслити, що, попри розміщення статей про посягання на довкілля в різних структурних одиницях, у кримінальних кодексах цих країн не виділено двох окремих ланок, присвячених саме екологічним деліктам, позаяк деякі (найчастіше це незаконні рубка лісу, полювання та рибальство) к. пр. проти порядку використання природних ресурсів (згідно з термінологією проєкту) визнаються звичайними різновидами посягань на власність або економіку.

По-друге, з урахуванням викладеного ще більшої ваги набуває з'ясований факт того, що парламентарії країн, в яких статті про усі к. пр. проти довкілля консолідовано у межах єдиного структурного елементу, найчастіше:

– або визнають їх органічну спорідненість не з посяганнями на економіку чи охорону здоров'я (як виняток можна назвати КК Литви), як це передбачено в проєкті, а з к. пр. проти громадської безпеки або суспільства: а) до складу яких вони включаються (у різних формах); б) чи з якими об'єднані в єдиних частинах;

– або взагалі визнають неможливість включення/об'єднання екологічних деліктів (з урахуванням їх специфіки) до/з жодної (-ю) інших груп к. пр., виокремлюючи абсолютно «самостійні» підрозділи, присвячені виключно к. пр. проти довкілля. Причому це характерно як для країн зі «складною», так і з простою «архітектурою» Особливої частини КК. Водночас при такому підході відповідні структурні ланки найчастіше розміщуються поруч із статтями про к. пр. проти громадської безпеки, громадського порядку та моральності, безпеки руху, держави. Хай опосередковано, цей факт може вважатися зайвим свідченням визнання «близькості» охоронюваних відповідними розділами (главами) правовідносин (цінностей)

Синтезуючи попередні напрацювання, а також зважаючи на структуру проєкту, робимо загальний висновок про те, що питання регламентації відповідальності за к. пр. проти довкілля мало б бути вирішене в ньому (проєкті) одним із двох альтернативних шляхів (способів, варіантів).

І варіант полягає у включенні двох розміщених наразі у різних книгах розділів до єдиної структурної ланки вищого порядку, в якій йдеться не лише про екологічні, а й про інші делікти. Поглянувши на структуру проєкту, у нас майже не викликає сумнівів, що у разі втілення цього підходу статті про розглядувані к. пр. мали б бути вміщені до Книги сьомої «Кримінальні правопорушення проти суспільства». На користь такого підходу свідчить не лише висвітлений іноземний досвід, а й розміщення саме у цій Книзі проєкту статей про низки груп к. пр. проти *безпеки,* зокрема: від організованої злочинності та тероризму; обігу небезпечних предметів та безпеки об'єктів критичної інфраструктури; руху та експлуатації транспорту; інформаційної безпеки. З урахуванням цього фактично «напрошується» включення до розглядуваної структурної частини щонайменше статей про к. пр. проти екологічної *безпеки*, що пояснюється не лише згадуванням у назві цієї групи деліктів про «безпеку», а й, що важливіше, набагато більше відповідає характеру їх антисуспільній спрямованості, ніж теперішнє розміщення серед статей про к. пр. проти публічного здоров'я.

Зокрема, у цьому контексті хотілося б зауважити, що криміналізація абсолютної більшості передбачених підрозділом 1 розділу 5.3 проєкту злочинів проти екологічної безпеки (порушення правил убезпечення довкілля, забруднення довкілля, поводження з відходами або вторинною сировиною тощо) пов'язується із спричиненням *тяжкої шкоди довкіллю,* яка визначається як масова загибель об'єктів тваринного чи рослинного світу або радіаційного чи хімічного забруднення (п. 3 ч. 1 ст. 2.5.5). Через це виникає питання: чи є підстави визнавати, наприклад, забруднення такого об'єкта довкілля, як землі, що призвело до масової загибелі об'єктів тваринного світу (ст. 5.3.7), посяганням на *публічне здоров'я*? Вважаємо, що відповідь на це питання має бути негативною. Те саме стосується й інших проявів забруднення довкілля, які не спричинили жодних наслідків (проступок, передбачений ст. 5.3.20 проєкту). Викладене, своєю чергою, означає, що, як і в ситуації із розміщенням статей про знищення або виснаження природного ресурсу серед норм про делікти проти економіки (Книга шоста), має місце невідповідність основного безпосереднього об'єкта конкретного к. пр.

родовому об’єкту групи посягань, що є першим індикатором помилковості місцерозташування відповідних статей у системі Особливої частини.

Тут вважаємо за доречне акцентувати увагу на різнобічному цільовому призначенні земель, які одночасно виконують поселенські, комунікаційні, просторово-територіальні, екологічні, оздоровчі, рекреаційні, естетичні, культурні та інші функції, мають значну господарсько-економічну цінність тощо. Така багатогранність функцій, більшість з яких притаманні не лише землі, а й іншим природним ресурсам, не залишає сумнівів у тому, що забруднення таких об’єктів має, як і інші к. пр. проти довкілля, розцінюватись як посягання на суспільство загалом, тобто входити до тієї групи посягань, яким присвячена Книга сьома, а не Книга п’ята проєкту. Чи не єдиними недоліками цього варіанту є те, що за умови його реалізації, по-перше, виникне певний дисбаланс між Книгою п’ятою, в якій залишиться лише два розділи, і Книгою сьомою, які зосередить у собі одразу одинадцять розділів, по-друге, не повною мірою враховуватиметься особливість об’єкта специфічних к. пр. проти довкілля.

Тому оптимальним видається *II варіант*, суть якого полягає у виокремленні самостійної Книги про к. пр. проти довкілля, до якої слід перенести розміщені наразі не у «своїх» книгах розділи, присвячені к. пр. проти екологічної безпеки та к. пр. проти порядку використання і захисту природних ресурсів, відповідно. До переваг такого підходу відносимо те, що він дає можливість максимально забезпечити/врахувати:

1) специфіку к. пр. проти довкілля, яка є цілком достатньою (що підтверджується домінуючим зарубіжним досвідом) для виділення окремої книги, повністю присвяченої відповідним деліктам. Зокрема, переконані в тому, що така специфіка є не меншою за ту, що притаманна, наприклад, к. пр. проти правосуддя. Як свідчить досвід багатьох держав – причому представників як «західної», так і «східної» гілки романо-германської кримінально-правової системи – статті про цю групу деліктів абсолютно «безболісно» могла б бути включені, наприклад, до Книги дев’ятої проєкту «Кримінальні правопорушення проти держави». При цьому робоча група присвятила к. пр. проти правосуддя окрему книгу, до якої також було включено невелику кількість розділів (три). З приводу намагань розробників проєкту відшукати у різних його варіантах вдале місце для статей про к. пр. проти довкілля, І. Митрофанов (2022), наголошуючи на значущості притаманної останнім ознаки екологічності, слушно зазначає, що «в масовій свідомості населення, навіть професійній правосвідомості правників,

вважається, що самостійно довкілля і його компоненти не представляють собою цінності, які мають захищатися поза залежністю від заподіяння шкоди людині, соціуму та державі…»;

2) абсолютну кореляцію між родовим (відповідна книга), видовими (два згадані розділи) та основними безпосередніми об'єктами конкретних к. пр.;

3) наступність кримінального законодавства України. Враховуючи наявність безпрецедентно великої кількості інших пропонованих у проєкті кардинальних оновлень, робочій групі варто спробувати зберегти згадану наступність хоча б у тих небагатьох аспектах, де це можливо і де це не порушує концептуальні засади побудови нового КК. Такий крок значно «полегшить життя» як правотворчим (при наступному оновленні кримінального законодавства), так і правозастосовним органам (при кримінально-правовій кваліфікації, організації звітності, веденні кримінально-правової статистики тощо), які «звикли» до наявності окремої самостійної структурної одиниці, в якій консолідовано статті про усі к. пр. проти довкілля;

4) найкращі й одночасно найпоширеніші зарубіжні практики, зокрема досвід тих країн, які визнають, з одного боку, органічну єдність к. пр. проти довкілля та їх принципову відмінність від усіх інших кримінально протиправних діянь (розміщення в єдиній ланці вищого порядку), а, з іншого, деяку відмінність у характері їх антисуспільної спрямованості (поділ на дві частини нижчого порядку).

Щодо назви пропонованої окремої Книги проєкту, то вона (назва) потребує додаткового обміркування. Прийнятними варіантами видаються такі: а) «Кримінальні правопорушення проти природи» (свого часу (1997, 2000) В. Навроцький переконливо аргументував, що найбільш вдалою назвою відповідного розділу кримінального закону є назва «Злочини проти природи»); б) «Кримінальні правопорушення проти довкілля». Варіант «Кримінальні правопорушення проти навколишнього природного середовища» (В. Матвійчук) «програє» попередньому, адже термін «довкілля» дозволяє позначити будь-які зовнішні умови існування людини, тобто сукупність не лише природних (утворюють навколишнє природне середовище), а й неприродних (створених людиною) об'єктів, що спричиняють екологічні впливи антропогенного, техногенного чи природного характеру.

Щодо ознак, які підвищують тяжкість злочину на один ступінь

Визнання однією з таких ознак *«вчинення умисного злочину на територіях чи об'єктах, що належать до природно-заповідного фонду України»* (п. 3 ст. 5.3.3), хоч і нагадує традиційний для вітчизняного кримінального права підхід, не повною мірою враховує положення регулятивного законодавства, яке визнає особливий правовий статус не лише за територіями та об'єктами природно-заповідного фонду (далі – ПЗФ). Для прикладу розглянемо ситуацію із таким об'єктом довкілля, як земля.

Відповідно до ст. 150 ЗК України до особливо цінних земель належать не тільки «землі природно-заповідного та іншого природоохоронного призначення, землі історико-культурного призначення», а й: а) у складі земель сільськогосподарського призначення: чорноземи неородовані несолонцюваті на лесових породах; лучно-чорноземні незасолені несолонцюваті суглинкові ґрунти; темно-сірі опідзолені ґрунти та чорноземи опідзолені на лесах і глеюваті; бурі гірсько-лісові та дерново-буроземні глибокі і середньо глибокі ґрунти; дерново-підзолисті суглинкові ґрунти; коричневі ґрунти Південного узбережжя Криму, дернові глибокі ґрунти Закарпаття; б) торфовища з глибиною залягання торфу більше одного метра і осушені незалежно від глибини, торфовища у складі водно-болотних угідь міжнародного значення; в) землі, надані в постійне користування НВАО «Масандра» та підприємствам, що входять до його складу; землі дослідних полів науково-дослідних установ і навчальних закладів.

Постає питання: чому у проєкті пропонується посилено карати (через віднесення до к. пр. більшої тяжкості) забруднення лише одного із перерахованих різновидів особливо цінних земель – земель ПЗФ? Показово, що в юридичній літературі (Ю. Турлова, 2018), на відміну від фрагментарного підходу, відбитого наразі у проєкті, аргументується положення про доцільність доповнення статей 239, 240, 242, 243, 245, 248, 249 чинного КК кваліфікуючими ознаками, що вказували б на вчинення злочину *на територіях особливої охорони*.

Отже, слід бути послідовним: або визнавати забруднення усіх особливо цінних земель обставиною, що підвищує тяжкість злочину; або жодної. Останній варіант (попри на його, на перший погляд, неприйнятність) має право на існування. Адже, якщо ми візьмемо забруднення земель, то підвищена небезпека забруднення більшості (і не лише особливо цінних) земель з особливим правовим статусом вже врахована у відповідній Методиці. Так, у випадку забруднення земель у межах зон санітарної

охорони навколо об’єктів, де є підземні та відкриті джерела водопостачання, водозабірні та водоочисні споруди, водоводи, прибережні захисні смуги вздовж морів, річок та навколо водойм, розмір шкоди автоматично множиться на 5,5; земель оздоровчого призначення – на 5; тих-таки земель ПЗФ – на 4,5; охоронних зон навколо особливо цінних природних об’єктів, об’єктів культурної спадщини, гідрометеорологічних станцій тощо – на 4; інших особливо цінних земель – 3,5. Тобто для визнання забруднення особливо цінних земель таким, що спричинило тяжку *майнову* шкоду, достатньо забруднити (за однаковості інших обставин) таку їх площу, яка є в 3,5 разів меншою за площу «звичайних» земель тощо. Щоправда, ці міркування матимуть сенс лише тоді, коли у проєкті буде вдосконалено визначення поняття «тяжкої шкоди довкіллю», зокрема за рахунок включення до нього і такої екологічної шкоди, майновий еквівалент якої становить тяжку майнову шкоду.

Щодо криміноутворювальних ознак складів к. пр., які посягають на екологічну безпеку

У проєкті настання кримінальної відповідальності (застосування кримінально-правових засобів) за низку найнебезпечніших злочинів проти екологічної безпеки пов’язується виключно зі спричиненням тяжкої шкоди довкіллю (злочини 5-го або 3-го ступеня). Водночас аналогічні діяння (наприклад, забруднення), які призвели до реальної небезпеки спричинення смерті людини, тяжкої шкоди здоров’ю, тяжкої майнової шкоди або тяжкої шкоди довкіллю (делікти небезпеки), визнаються злочинами 1-го ступеня; інші ж забруднення (які не спричинили зазначених наслідків) – проступками. Своєю чергою, у п. 3 ч. 1 ст. 2.5.5 тяжкою шкодою довкіллю визнається: 1) масова загибель об’єктів тваринного чи рослинного світу; 2) радіаційне чи хімічне забруднення. Згадування про таку шкоду з’явилась лише в ст. 2.5.5 аналізованої редакції проєкту. Крім зазначеного недоліку більше технічного характеру, запропонований робочою групою підхід викликає і низку змістовних зауважень.

По-перше, виходить, що будь-яке хімічне забруднення довкілля визнається (залежно від ставлення до наслідків) злочином 3-го чи 5-го ступеня, а якщо забруднення вчинено на територіях ПЗФ – 6-го ступеня. Адже у ст. 2.5.5 відсутня вказівка на жодні кількісні/якісні параметри відповідного забруднення. За всієї небезпеки цих посягань такий крок видається занадто суворим.

По-друге, такий підхід фактично унеможливлює диференціацію відповідальності за прояви як біологічного, так і хімічного забруднення, які істотно відрізняються ступенем суспільної небезпеки, адже: з одного боку, всі прояви хімічного забруднення автоматично визнаються такими, що спричинили тяжку шкоду довкіллю; а, з іншого, для того, щоб стати злочином 3-го або 5-го ступеня, біологічне забруднення має спричинити масову загибель об'єктів тваринного чи рослинного світу, тобто ту ознаку, прикладів встановлення якої нами не було знайдено в жодному з вироків у справах про забруднення різних об'єктів довкілля (насамперед земель, а також атмосферного повітря чи вод).

Тут необхідно враховувати і потенційні проблеми, які майже неодмінно виникнуть при доведені ознаки «масовості». Про це пише й І. Митрофанов, який задається питанням: як визначитися з тим, що загибель об'єктів тваринного та рослинного світу є масовою?

Принагідно звернемо увагу на те, що згідно з п. 9 ч. 1 ст. 2.5.4 проєкту до видів значної шкоди віднесено шкоду *безпеці довкілля* у виді масового захворювання об'єктів тваринного чи рослинного світу. Водночас склади к. пр., які містить розділ 5.3 (нагадаємо його назву: «Кримінальні правопорушення проти *безпеки довкіллю»*), не включають ознаку у виді спричинення значної шкоди довкіллю. Постає питання про справжнє кримінально-правове значення значної шкоди безпеці довкіллю. Чому така шкода є криміноутворювальною ознакою лише у складах «непрофільних» к. пр., передбачених ст. 5.1.17 «Порушення санітарно-протиепідемічних норм та правил, що з необережності спричинило значну шкоду» і ст. 5.1.18 «Порушення правил поводження з інфекційними агентами, токсинами чи продуктами біотехнологій, що з необережності спричинило значну шкоду»?

По-третє, у всіх тих небагатьох (насправді поодиноких) знайдених нами прикладах інкримінування кваліфікуючих ознак забруднення земель (ч. 2 ст. 239 чинного КК) підставою для такої кваліфікації виступало спричинення великої чи особливо великої майнової шкоди, яка визнавалась (чи виправдано – питання інше) «іншим тяжким наслідком» відповідного к. пр. і вираховувалась на підставі відповідної Методики і (це важливо) була чітко формалізованим показником об'єктивно завданої екологічної шкоди (див. вище зауваження стосовно особливо цінних земель). За підходу ж, обстоюваного розробниками проєкту, фактично будь-які прояви біологічного забруднення довкілля – навіть ті, які спричинили багатомільйонні збитки (в одному зі знайдених нами судових рішень йдеться про розмір, який сягнув

279 млн 305 тис. грн.), які є прямим та об'єктивним показником завданої екологічної шкоди, можуть бути визнані хіба що такими, які спричинили створення відповідної небезпеки (злочин 1-го ступеня).

По-четверте, визначаючи види шкоди та ступені тяжкості к. пр., самі ж розробники виділили не лише «тяжку», але й принаймні «значну» шкоду безпеці довкілля, якою визнається масове захворювання об'єктів тваринного чи рослинного світу (п. 9 ст. 2.5.4). Однак при цьому настанню наслідків у вигляді заподіяння саме такої (значної) шкоди жодного кваліфікуючого значення у розд. 5.3 не надається. Таким чином, проступком має визнаватися як забруднення, яке не спричинило жодних наслідків (як формалізованої ознаки складу к. пр.), так і забруднення, яке спричинило «значну» шкоду для довкілля.

По-п'яте, з приводу криміналізації діянь, які призвели до реальної небезпеки спричинення смерті людини, тяжкої шкоди здоров'ю, тяжкої майнової шкоди або тяжкої шкоди довкіллю (делікти небезпеки), зазначимо таке. Проаналізувавши правозастосовні матеріали за ст. 52 КУпАП і виявивши при цьому, що при інкримінуванні ч. 1 ст. 239 КК у 7% випадках суди взагалі не згадували про створення небезпеки, в 35% без будь-яких обґрунтувань констатували її як логічний наслідок забруднення або псування земель, а в іншій значній частині кримінальних проваджень вказували на перевищення рівня забруднюючих речовин, мусимо зазначити, що в одних випадках як к. пр., а в інших – як адміністративне правопорушення кваліфікувались, наприклад, такі дії:

К. пр., передбачене ст. 239 КК України	**Адміністративне правопорушення, передбачене ст. 52 КУпАП**
1. Розміщення будівельних відходів на ґрунті площею 40 м^2.	1. Забруднення земельної ділянки загальною площею 256,04 м^2 залишками нафтопродуктів.
2. Забруднення земельних ресурсів у результаті перевищення норм ГДК і фонових значень за нітратами, сульфатами, фосфором.	2. Забруднення ґрунтів, підтверджене протоколом вимірювань показників складу та властивостей проб ґрунту, яким виявлено перевищення встановлених норм ГДК за нафтопродуктами.
3. Розміщення відходів на території площею 0,2504 га.	3. Несанкціоноване розміщення сміттєзвалища, на якому знаходилось

	3 млн 789 тис. 58 т побутових відходів.
4. Забруднення земельної ділянки гнієвмісткими стічними водами.	4. Забруднення земельної ділянки розміром 1,3 м х 27 м неочищеними стічними водами, які напряму потрапляли до р. Сугоклея.
5. Забруднення, в результаті якого відбулося просочування забруднених речовин до ґрунту.	5. Забруднення, яке призвело до виникнення плями нафтопродуктів у безпосередній близькості до природних підземних джерел.

Як бачимо, конструювання некваліфікованого забруднення або псування земель як делікту створення небезпеки виваженому розмежуванню кримінально протиправної і поведінки, яка такою не є, явно не сприяє (докладніше про це див.: Дудоров О.О., Мовчан Р.О. Земельні злочини екологічної спрямованості: від деліктів створення небезпеки до оптимальної законодавчої моделі. *Юридичний науковий електронний журнал.* 2020. № 1. С. 120–130). Звісно, слід позитивно оцінити те, що у проєкті вказано не просто на небезпеку будь-яких наслідків фізичного, майнового або екологічного характеру (як у чинному КК), а прямо зазначається, що йдеться лише про реальну (хоч вона презюмується і з погляду чинного КК) небезпеку спричинення смерті людини, тяжкої шкоди здоров'ю, тяжкої майнової шкоди або тяжкої шкоди довкіллю.

З урахуванням викладеного вважаємо за доцільне запропонувати дещо іншу концепцію регламентації кримінальної відповідальності за вчинення к. пр. проти екологічної безпеки, яка, як видається, буде корелюватись із втіленою у проєкті моделлю поділу к. пр. за тяжкістю:

– проступком має визнаватися таке к. пр. проти екологічної безпеки, яким *умисно* спричинено *неістотну* шкоду довкіллю, або з *необережності* – *значну* шкоду довкіллю. До речі, у більшості європейських країн відповідальність настає за необережне заподіяння забрудненням фактично будь-якої (а не лише тяжкої, як пропонується в проєкті) шкоди довкіллю. Водночас така відповідальність є менш суворою порівняно з відповідальністю за умисне спричинення аналогічної шкоди;

– злочином 1-го ступеня – діяння, яким *умисно* спричинено *істотну* шкоду довкіллю та (якщо розробники проєкту не відмовляться від

використання конструкції «створення небезпеки…») відповідний делікт створення небезпеки (крім вказівки на потенційну майнову шкоду);

– злочином 3-го ступеня – діяння, яким *умисно* спричинено *значну*, або *з необережності – тяжку* шкоду довкіллю;

– злочином 5-го ступеня – діяння, яким *умисно* спричинено *тяжку* шкоду довкіллю.

Відповідні зміни мають бути внесені і до статей 2.5.2, 2.5.3, 2.5.4 і 2.5.5 проєкту, за наслідком яких:

– по-перше, має бути закріплено не лише «значну» і «тяжку», а й «неістотну» та «істотну» шкоду для довкілля;

– по-друге, всі чотири закріплені різновиди екологічної шкоди (неістотна, істотна, значна та тяжка) мають узгоджуватись із відповідними показниками майнової шкоди, яка має бути тим формалізованим показником, що об'єктивно підтверджуватиме завдання *екологічної* шкоди і наявність якого допоможе уніфікувати правозастосування. Водночас наявність «значної» та «тяжкої» шкоди довкіллю має пов'язуватись не лише із відповідними показниками майнової шкоди, а і з тими ознаками, які наразі закріплені у п. 9 ст. 2.5.4 і п. 3 ст. 2.5.5 проєкту.

Крім усього іншого, пропонований підхід дозволить усунути проблему посилення відповідальності за діяння, вчинені на певних територіях (стосовно певних предметів), адже підвищена суспільна небезпека таких проявів автоматично враховуватиметься (за допомогою відповідних коефіцієнтів) при визначенні майнової шкоди від забруднення того чи іншого об'єкта, яка (вкотре підкреслимо) є максимально об'єктивним відображенням заподіяної екологічної шкоди. До речі, підхід, згідно з яким посилення відповідальності за забруднення природних об'єктів пов'язується не безпосередньо із статусом цих об'єктів, а із майновою шкодою, яка враховує цей статус, сповідується і в абсолютній більшості країн Європи.

Іншим шляхом втілення запропонованої концептуальної ідеї може бути закріплення в окремих статтях відповідальності лише за ті злочини, якими умисно спричинено істотну шкоду або створено відповідну небезпеку (злочин 1-го ступеня). При цьому на початку підрозділу має бути зазначено, що для цих злочинів (діяння, передбачені існуючими наразі статтями 5.3.4, 5.3.7, 5.3.10, 5.3.13 та 5.3.16):

1) ознаками, що підвищують ступінь тяжкості злочину на два ступеня, є спричинення: а) значної шкоди довкіллю; б) тяжкої шкоди довкіллю з необережності;

2) ознакою, що підвищує ступінь тяжкості злочину на два ступеня, є спричинення тяжкої шкоди довкіллю.

Відповідні діяння, які з необережності призвели до значної шкоди для довкілля, мають визнаватися проступками.

Крім усунення тих недоліків, про які йшлось вище, до переваг викладеного підходу можна віднести й те, що він:

– по-перше, одночасно забезпечить як максимальну диференціацію відповідальності за певні діяння (залежно від ставлення до наслідків і заподіяної шкоди), так і значне спрощення структури аналізованого розділу проєкту, адже замість передбачених у ньому наразі 15 (!) статей у ньому буде виділено лише 5 статей про «базові» злочини, посилення або послаблення тяжкості яких пов'язуватиметься з обставинами, зазначеними на початку підрозділу;

– по-друге, максимально корелюватиметься із запропонованим розробниками проєкту підходом щодо поділу к. пр. за тяжкістю (зокрема, статті 2.5.1 і ч. 4 ст. 2.5.9, в якій йдеться про базові ступені тяжкості);

– по-третє, максимально враховуватиме позитивний досвід європейських країн, у законодавстві більшості з яких втілено подібний варіант.

Стаття 5.3.1. Значення термінів, вжитих у цьому Розділі

У визначенні поняття «забруднення» говориться лише «про надходження у довкілля речовини хімічного чи біологічного походження» і водночас відсутнє згадування про радіоактивні речовини. Звісно, можна апелювати до того, що останні визнаються різновидами хімічних речовин, але, наприклад, у ст. 1 Закону України «Про державний контроль за використанням та охороною земель» окремо вказується на забруднення земель хімічними, біологічними та радіоактивними речовинами. На різницю між цими речовинами натякають і статті 52–54 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища», в яких також йдеться і про акустичні, електромагнітні, іонізуючі та інші шкідливі фізичні фактори.

У п. 1 ст. 5.3.1 видається зайвим передбачати окремий припис, присвячений забрудненню моря, оскільки його зміст повністю охоплюється тим загальним визначенням забруднення, яке дається у цій нормі.

У розділі 5.3 використовується такий термін, як «очищення (забрудненого) довкілля», з'ясування справжнього змісту якого може викликати складнощі. Задля втілення принципу юридичної визначеності,

задекларованого робочою групою (ст. 1.2.2 проєкту), доцільно у «термінологічній» ст. 5.3.1 розкрити зміст зазначеного поняття.

Відмінне від запропонованого у проєкті визначення поняття забруднення наводиться у докторській дисертації Ю. Турлової «Протидія екологічній злочинності в Україні: кримінологічні та кримінально-правові засади» (К., 2018): під забрудненням розуміється діяння, що має своїм наслідком небезпечні зміни довкілля та його об'єктів (атмосферного повітря, вод, земель і т. ін.) унаслідок виникнення або різкого збільшення у природних об'єктах шкідливих, не властивих для них хімічних, фізичних чи біологічних агентів (речовин та енергій), рівень яких перевищує допустимі граничні розміри, передбачені екологічними нормативами і стандартами. Можливо, це визначення стане у нагоді при доопрацюванні проєкту.

Не виключаємо, щоправда, і принципово інший шлях удосконалення проєкту у цій частині: без загального визначення поняття забруднення (ст. 5.3.1) можна обійтися, зокрема беручи до уваги ту обставину, що у регулятивному законодавстві містяться інформативні визначення понять забруднення земель, повітря, вод, які максимально враховують особливості забруднення кожного з перерахованих об'єктів довкілля.

Щодо об'єктів забруднення та його співвідношення із псуванням

1. При конструюванні статей про забруднення об'єктів довкілля розробники проєкту сприйняли підхід країн, в яких, на відміну від чинного КК України, у межах єдиної універсальної статті уніфіковано відповідальність за забруднення природних ресурсів усіх видів. Ба більше: в аналізованому варіанті проєкту (на відміну від його попередніх версій) у межах такої єдиної статті просто вказується на «забруднення довкілля»; при цьому навіть не зазначається, про забруднення яких саме об'єктів йдеться. Припускаємо, що такий крок не призведе до видимих негативних «практичних» наслідків, адже правозастосувач, швидше за все, «здогадається», про які природні ресурси йдеться. Проте беззастережно такий підхід робочої групи підтримати складно, бо він:

– по-перше, не узгоджується із загальною концепцією побудови проєкту, яка полягає у деталізації найменших дрібниць (навіть тих, які раніше безпроблемно залишалися «на відкуп» теорії кримінального права);

– по-друге, не є системним навіть з погляду побудови розділів про екологічні к. пр., адже не враховує того, що на початку розділу 6.5, присвяченого к. пр. проти порядку використання природних ресурсів,

надається визначення поняття природних ресурсів. І це при тому, що у всіх зосереджених у цьому розділі статтях, в яких йдеться про природні ресурси, надалі конкретизується, які саме їх різновиди маються на увазі. Виникає резонне питання: чому в розділі 6.5 міститься визначення поняття природних ресурсів і надалі у конкретних статтях уточнюється, які різновиди маються на увазі, а у розділі 5.3 не міститься ані визначення об'єктів довкілля, ані конкретизації того, про які забруднення яких їх різновидів йдеться у відповідних статтях?

До речі, якщо ми не помиляємося, в жодній іншій європейській (як і пострадянській) країні не зустрічається подібного до втіленого у проєкті підходу, коли у відповідній статті не конкретизуються види природних ресурсів, забруднення яких визнається к. пр.

2. На відміну від чинного КК, у проєкті передбачені не окремі статті про забруднення певних природних ресурсів (землі, вод, повітря), а універсальні норми (залежно від наслідків) про забруднення довкілля. Принаймні відносно земель такий підхід не видається досконалим.

Справа в тому, що чинним земельним законодавством, зокрема Законом України «Про державний контроль за використанням та охороною земель» передбачено, що поняття «псування земель» включає не лише їх «забруднення» та «порушення правил використання», відповідальність за що передбачено ст. 6.5.7, а й таку поведінку, як «порушення природного стану земель, яке здійснюється без обґрунтованих проєктних рішень, погоджених та затверджених в установленому законодавством порядку» та «порушення родючого шару ґрунту». Крім того:

1) не лише про «забруднення», а й про «засмічення» йдеться й у відповідній Методиці, якою регламентується порядок визначення шкоди, завданої цими порушенням земельного законодавства;

2) про псування земель, що відбулося під час провадження діяльності, пов'язаної з порушенням родючого шару ґрунту, яку здійснено з порушенням умов зняття, збереження і використання родючого шару ґрунту, визначених у документації із землеустрою або за відсутності такої документації, йдеться й у Методиці, присвяченій визначенню розміру шкоди, заподіяної, зокрема, використанням земельних ділянок не за цільовим призначенням, псуванням земель, порушенням режиму, нормативів і правил їх використання;

3) у ст. 52 КУпАП, як і в чинній наразі ст. 239 КК, встановлено відповідальність не лише за забруднення, а й за псування земель. Про забруднення і про засмічення вод йдеться й у ст. 59 КУпАП.

Таким чином, розробникам проєкту можна було б скористатися досвідом латвійських парламентаріїв, які для усунення можливої прогалини у цій сфері у диспозиції ст. 102 КК «Забруднення та засмічення земель, лісів і вод» передбачили відповідальність не лише за забруднення та засмічення відповідних природних ресурсів, а й за *інший шкідливий вплив* на них будь-яким способом, що спричинило значну шкоду.

Щодо уніфікованого підходу до конструювання складів відповідних кримінальних проступків

У підрозділі 1 розділу 5.3 злочинами загалом визнані п’ять окремих видів посягань на екологічну безпеку. Причому: 1) настання кримінальної відповідальності за всі ці діяння пов’язується з настанням одних і тих же наслідків (тяжка шкода довкіллю, необережна тяжка шкода довкіллю, делікт небезпеки); 2) всі ці діяння (залежно від особливостей наслідків) визнані злочинами одного ступеня. У перших п’яти статтях підрозділу 2 розділу 5.3 проступками визнані аналогічні за змістом діяння. Однак діяння, передбачені статтями 5.3.20–5.3.23, визнаються кримінально протиправними незалежно від будь-яких наслідків у той час, як передбачене ст. 5.3.19 «порушення правил убезпечення довкілля» – лише за умови створення реальної небезпеки забруднення довкілля. Чим саме викликаний такий диференційований підхід? Якщо розробники проєкту вважають, що відповідний проступок є менш небезпечним за інші, то чому така різниця не була врахована при оцінці аналогічних злочинних посягань?

Стаття 5.3.10. Поводження з відходами або вторинною сировиною, що спричинило тяжку шкоду

У цій статті йдеться про *незаконне* вчинення дій щодо відходів або вторинної сировини *без належного дозволу*. Якщо особа вчиняє будь-яку з визначених у цій статті дій незаконно, то це з-поміж іншого має охоплювати і випадки, коли такі дії вчиняються без належного дозволу, що становить окремий прояв незаконної поведінки. Наприклад, чи може вважатися законним зберігання вторинної сировини, якщо воно здійснюється без належного дозволу? Відтак слова «без належного дозволу» рекомендується виключити з диспозиції ст. 5.3.10.

Аналогічна ситуація має місце у статтях 5.3.11, 5.3.12 і 5.3.21 проєкту.

Стаття 5.3.13. Невжиття заходів щодо очищення довкілля, що спричинило тяжку шкоду

У цій статті йдеться про невжиття своєчасних або належних заходів щодо очищення забрудненого довкілля. Чи можуть вважатися належними заходи, якщо вони вжиті несвоєчасно? Навряд чи. Якщо певні заходи особа вживає не своєчасно, то належними бути вони не можуть. Належно вчиненими заходами є, зокрема, ті, що вчинені своєчасно. Отже, пропонується обміркувати можливість оптимізувати текст зазначеної статті, виключивши з її диспозиції слова «*своєчасних або*». Зміст заборони від цього аж ніяк не погіршиться. Сказане стосується і статей 5.3.14, 5.3.15 і 5.3.222.

Стаття 5.3.16. Діяння з інформацією про стан довкілля, що спричинили тяжку шкоди

1. Назва цієї статті є дещо коструватою і такою, що суперечить усталеним мовним традиціям практики нормотворення. Через це рекомендуємо відкоригувати назву зазначеної статті, відбивши в ній те, що у цьому разі йдеться про діяння у виді поводження з інформацією, тобто слово «діяння» замінити на слово «поводження». Як видається, діяння, що перераховані у ст. 5.3.16 (знищення інформації, її приховування та спотворення), становлять окремі прояви поводження з інформацією.

Аналогічна ситуація має місце у статтях 5.3.17, 5.3.18 і 5.3.23.

2. Як помилковий сприймається підхід, за якого відповідальність за знищення, приховування та спотворення інформації про стан довкілля може нести не службова особа (тощо), а будь-яка особа. Межі відповідальності за вчинення зазначеного діяння порівняно з чинним КК істотно розширюються, що складно визнати виправданим рішенням. Диспозицію ст. 5.3.23 (а так само статей 5.3.16, 5.3.17 і 5.3.18) можна змінити таким чином: «*Особа, яка з використанням влади, службових чи професійних повноважень або пов'язаних з ними можливостей інформацію про стан забруднення довкілля*:…» (далі – за текстом). Відповідна ознака наразі зазначена у п. 2 ст. 5.3.3 як ознака, що підвищує тяжкість злочину на один ступінь. Натомість у межах пропонованого варіанту вона у цьому разі матиме значення криміноутворювальної.

Стаття 5.3.25. Перевищення допустимого рівня шуму

Віднесення до числа кримінально протиправних будь-яких проявів вказаного діяння не відповідатиме головному принципу криміналізації –

принципу суспільної небезпеки (за всієї умовності цього терміну). При цьому таке наше суб'єктивне переконання повністю збігається з позицією парламентаріїв європейських країн. Мова йде про те, що абсолютно у всіх державах, у кримінальних кодексах яких існує аналогічна (або подібна за змістом) стаття, відповідна поведінка визнається кримінально протиправною лише в тому разі, якщо вона спричинила певні наслідки або створила загрозу їх спричинення (делікти небезпеки). Зокрема, йдеться про такі наслідки, як: створення сильного шуму, який спричиняє стійку та серйозну шкоду фізичному благополуччю багатьох людей (§ 181-а КК Австрії); створення загрози (статті 364–365 КК Естонії); створення загрози тяжкої шкоди рівновазі природних систем або тяжкої шкоди для здоров'я людей (ст. 325 КК Іспанії); значна шкода (ст. 279 КК Португалії); погіршення здоров'я іншої особи (ст. 183 КК Туреччини); створення шуму, який за межами відповідної установки здатний спричинити шкоду іншій людині (§ 325-а КК ФРН); крім того, німецькі парламентарії вказали й на те, що положення цієї норми не розповсюджуються на транспортні засоби, залізничні, повітряні та водні засоби пересування; загроза життю та здоров'ю людей (ст. 199 КК Хорватії). У цьому контексті також хотілося б зауважити, що в Державних санітарних нормах допустимих рівнів шуму в приміщеннях житлових та громадських будинків і на території житлової забудови (затв. наказом МОЗ України від 22 лютого 2019 р. № 463) визначено, з одного боку, допустимі, а, з іншого, максимальні рівні звуку. Подібним чином відповідне питання вирішено і в Санітарних нормах виробничого шуму, ультразвуку та інфразвуку ДСН 3.3.6.037-99. За таких обставин розробникам проєкту, мабуть, варто врахувати таку диференціацію, визнавши проступком лише перевищення максимального рівня шуму. З іншого боку, тривалий вплив шуму певного рівня на організм людини здатний призвести до виникнення серйозних захворювань. То, можливо, окремі прояви розглядуваного делікту визнати не проступком, а злочином?

Чи насамперед на безпеку довкілля (а не, наприклад, на публічне здоров'я) посягає особа, яка, як це на сьогодні зазначено у ст. 5.3.25 проєкту, перевищила державні санітарні норми допустимих рівнів шуму? Інакше кажучи, варто подумати над тим, чи є це к. пр. екологічним.

Стаття 5.3.24. Порушення правил використання морських вод

1. У назві цій статті вживається таке формулювання, як *«порушення правил використання».* Поглянувши, однак, на Особливу частину проєкту, ми

помітили, що у розміщеній у розділі 6.5 ст. 6.5.7 «Виснаження природного ресурсу» так само йдеться про порушення правил використання природних ресурсів, тільки вже не морських вод, а земель, надр та, зокрема, вод. Чому порушення правил використання морських вид розцінюється як посягання на екологічну безпеку, а порушення правил використання інших природних ресурсів, зокрема усіх вод, – як посягання проти порядку використання природних ресурсів, які, своєю чергою, визнані різновидом економічних деліктів (Книга шоста)?

2. Фактично у диспозиції ст. 5.3.24 йдеться не про згадане у назві цієї статті «використання», тобто отримання корисних властивостей морських вод, а про «засмічення» моря (якщо враховувати наслідки) або «порушення правил скидання в море шкідливих речовин» (якщо враховувати діяння).

Зайвим підтвердженням недоцільності вживання у назві ст. 5.3.24 терміну «використання» слугує релевантний іноземний досвід, звернувшись до якого переконуємось у тому, що при обранні назв ідентичних за змістом норм парламентарії зарубіжних країн послуговуються трьома підходами:

1) вказівка у назві норми на *«забруднення (інколи ще й псування) моря (водойм, морського середовища)»* (ст. 180 КК Австрії, ст. 352-а КК Болгарії, ст. 293 КК Грузії, ст. 101 КК Латвії, ст. 270-3 КК Литви, ст. 333 КК Словенії);

2) позначення такої назви за допомогою формулювань на кшталт *«порушення заборони на скидання з судна в море забруднюючих речовин»* (ст. 365-1 КК Естонії), *«неналежні викиди забруднюючих речовин»* (ст. 297 КК Чехії), *«скидання забруднюючих речовин з судна»* (ст. 194 КК Хорватії).

3) передбачення відповідальності за такі діяння у межах загальної норми про *забруднення природних ресурсів* (ст. 182 КК Польщі, ст. 258 КК Сан-Марино, ст. 260 КК Сербії, ст. 303 КК Словаччини);

3. Проаналізувавши витлумачені на початку розділу 5.3 проєкту поняття, можемо констатувати, що робоча група чітко розділяє «забруднення» та «засмічення». Виникає питання: яке засмічення моря внаслідок порушення правил скидання або поховання у морських водах матеріалів чи речовин, шкідливих для життя або здоров’я людей, не призводить до негативних змін у його стані, яке і визнано ознакою забруднення, що відрізняє його від засмічення? До речі, у ст. 1 Водного кодексу України зазначається, що засмічення вод – це привнесення у водні об’єкти сторонніх предметів і матеріалів, що шкідливо впливають на стан вод. Як бачимо, визначення засмічення, надане в проєкті, і законодавча дефініція цього поняття, в якій,

якщо оперувати термінологією проєкту, фактично йдеться про забруднення, принципово відрізняються, що навряд чи виправдано.

4. І в Міжнародній конвенції по запобіганню забрудненню з суден 1973 року, і в Конвенції по запобіганню забруднення моря скидами відходів та інших матеріалів 1972 року (Лондонська конвенція), і в Конвенції про захист Чорного моря від забруднення йдеться про забруднення (ратифікована постановою ВРУ від 4 лютого 1994 року) йдеться саме і виключно про забруднення моря (не порушення порядку його використання) внаслідок скидання шкідливих речовин.

У ст. 59-1 КУпАП (як, до речі, і в ст. 59) також говориться про забруднення та засмічення морських вод. На ці ж самі наслідки вказується і в п. 14 ч. 3 ст. 110 ВК України: «порушення правил охорони внутрішніх морських вод та територіального моря від забруднення та засмічення».

Стаття 5.3.21. Поводження з відходами або вторинною сировиною

Постає питання, чи охоплюється цією статтею звичайне незаконне транспортування (згідно з термінологією Закону України «Про відходи» – перевезення) відходів (не переміщення транзитом), про яке у статті про цей проступок (як і в статтях, в яких йдеться про відповідні злочини) не згадується. Можливо, у цьому разі варто вжити уніфікований зворот «незаконне поводження з відходами», який використовується у Законі України «Про відходи» і який позбавив би необхідності перераховувати у кримінальному законі всі дії, бо це вже зроблено у ст. 1 згаданого Закону. Саме такий варіант реалізовано у ст. 367 КК Естонії, ст. 99 КК Латвії. При цьому в інших країнах, у кримінальному законодавстві яких перераховуються відповідні незаконні дії, до їх переліку, по-перше, майже завжди включається «транспортування», по-друге, нерідко включаються і незаконні збут та управління відходами (§ 181-б КК Австрії, ст. 328 КК Іспанії, ст. 183 КК Польщі, ст. 302 КК Словаччини, ст. 331 КК Словенії, розд. 1 гл. 48 КК Фінляндії, § 326 КК ФРН, ст. 196 КК Хорватії, ст. 298 КК Чехії низки статей (153-b, 153-c тощо) КК Болгарії).

Щодо криміналізації окремих екологічних деліктів

1. У межах розділу 11.4 проєкту «Воєнні злочини» одним із їх проявів називається спрямування нападу з усвідомленням того, що він з-поміж іншого призведе до масштабної, тривалої і серйозної шкоди *навколишньому природному середовищу*, яка буде явно надмірною порівняно з конкретною та

безпосередньо очікуваною загальною військовою перевагою (п. 5 ст. 11.4.6). Таким чином, відповідальність установлюється за вплив на довкілля (спричинення шкоди довкіллю), що розцінюється як один із способів застосування забороненого засобу ведення війни. Проте, як це і передбачено у чинному КК, самостійний міжнародний злочин мав би утворювати екоцид (на рівні з геноцидом). Ідеться про вчинення дій, які можуть спричинити чи спричинили серйозну, незворотну та довгострокову шкоду навколишньому середовищу. Окремої статті про відповідальність за такі дії як елемент злочинів проти міжнародного правопорядку в проєкті не передбачено.

2. Екологічне законодавство України містить положення про обов'язкове проведення спостережень за станом навколишнього природного середовища, рівнем його забруднення. Зокрема, п. «в» ч. 1 ст. 20 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» передбачає здійснення державного моніторингу навколишнього природного середовища.

Коректні результати такого моніторингу мають важливе профілактичне значення для безпеки довкілля, даючи змогу вчасно виявити серйозну екологічну проблему, на їх основі формуються заходи із запобігання та ліквідації негативних наслідків для довкілля. Наприклад, згідно з абз. 3 п. 9 Положення про моніторинг земель, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 20 серпня 1993 р. № 661, за результатами оцінки стану земель складаються звіти, прогнози та рекомендації, що подаються місцевим органам виконавчої влади, органам місцевого самоврядування та Держгеокадастру для вжиття заходів до запобігання і ліквідації наслідків негативних процесів. Отже, невжиття належних заходів із моніторингу навколишнього природнього середовища треба розглядати як діяння, що здатне спричинити шкоду безпеці довкіллю на рівні кримінального правопорушення. Суб'єкти державного моніторингу, а так само інші службові особи, мали б нести кримінальну відповідальність за «наслідкове» невжиття належних заходів у межах та за результатами спостережень за станом навколишнього природного середовища

3. Протягом останнього десятиріччя парламентарії багатьох європейських країн внесли зміни до своїх кримінальних кодексів, криміналізувавши таке діяння, як незаконне поводження (обіг, виробництво) речовин, що руйнують озоновий шар (узагальнена назва). Це, зокрема, ст. 353 КК Болгарії, статті 368-3 та 368-6 Пенітенціарного кодексу Естонії, ст. 98-1 КК Латвії, ст. 270-1 КК Литви, ст. 304-а КК Словаччини, ст. 332 КК Словенії, ст. 195 КК Хорватії, ст. 249 КК Угорщини, ст. 298-а КК Чехії.

У розділі 1 глави 48 КК Фінляндії міститься пряма вказівка на обіг предметів всупереч Регламенту (ЄС) № 1005/2009 Європейського парламенту та Ради про речовини, які руйнують озоновий шар. Звернувшись до цього Регламенту, ми можемо прочитати: держави-члени встановлюють правила щодо санкцій, застосовних у разі порушення положень цього Регламенту, та вживають всіх необхідних заходів для забезпечення їх імплементації. Передбачені санкції повинні бути дієвими, пропорційними і стримувальними. Держави-члени повинні повідомити Комісію про такі положення до 30 червня 2011 року і без затримки повідомляти її про будь-які подальші зміни, що впливають на них. Варто вказати і на те, що у прийнятій у 2008 р. Директиві ЄС 2008/99/ЕС із застосування кримінального права для захисту навколишнього середовища європейські парламентарії віднесли виробництво, імпорт, експорт, торгівлю та використання озоноруйнівних речовин до категорії злочинів проти навколишнього природного середовища (хоча заради справедливості зазначимо, що, наприклад, в Австрії відповідальність за такі дії встановлено у межах глави 7, в якій консолідовано статті про посягання як на громадську безпеку, так і на довкілля). У згаданій Директиві ЄС наголошується на тому, що її ухвалення зумовлене зростанням екологічних злочинів та їх наслідками у виді шкоди довкіллю.

З урахуванням того, що Україна є кандидатом на членство в ЄС, упровадження вимог законодавчих актів ЄС кримінально-правового характеру в новий КК, який готується, є конче необхідним. У світлі євроінтеграційних прагнень України, а також враховуючи те, що вище йшлося про досвід тих країн колишнього «соціалістичного» табору, більшість із яких вже успішно реалізували відповідні прагнення, розробникам проєкту варто розглянути позначене питання, маючи на увазі те, що екологічна складова таких діянь є первинною (визначальною).

При цьому варіант механічного перенесення статей про відповідні делікти з розділу 7.3 (статті 7.3.6 і 7.3.7), присвяченого обігу небезпечних предметів, до розділу 5.3 «Кримінальні правопорушення проти екологічної безпеки», не буде вдалим. Речовини, які руйнують озон, віднесено до небезпечних предметів згідно з п. 32 ч. 2 ст. 1.4.1 (сумнівно, до речі, що «озоноруйнівна речовина» є різновидом біологічних агентів, як це зазначено у «глосарії»). Ст. 7.3.6 проєкту з-поміж іншого охоплює вчинення низки незаконних дій з небезпечними предметами. З приводу такої позиції можна висловити такі застереження. По-перше, відповідальність за вчинення

незаконних дій з речовинами, що руйнують озон, мала б встановлюватись у розділі 5.3, оскільки відповідне правопорушення насамперед посягає на безпеку довкілля, а прирівнювати обіг речовин, що руйнують озон, до обігу вибухових речовин, які так само належать до категорії небезпечних предметів, не зовсім коректно. По-друге, злочин, описаний у ст. 7.3.6 «Обіг радіоактивних матеріалів чи небезпечних предметів», не передбачає настання будь-яких наслідків (є безнаслідковим), що у випадку з діями з речовинами, які руйнують озон, видається проявом безпідставної криміналізації. Згадана вище Директива ЄС установлює вимогу встановити кримінальну відповідальність лише за окремі незаконні дії з озоноруйнівними речовинами та за умови спричинення ними серйозних негативних наслідків. Натомість за проєктом виходить, що особа, яка незаконно зберігала чи знищила предмет, який містить озоноруйнівну речовину (наприклад, холодильник), вчинила злочин 3-го ступеня, а особа, яка незаконна ввезла в Україну предмет, що містить зазначену речовину, відповідальності за ст. 7.3.6 не підлягатиме. Отже, було б правильним передбачити у розділі 5.3 окрему статтю про незаконні дії із речовинами, що руйнують озон (редакція цієї статті – тема окремої розмови).

КНИГА ШОСТА.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ЕКОНОМІКИ
РОЗДІЛ 6.1.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ НА РЕЧІ

1. Розміщення розділу, присвяченого кримінальним правопорушенням проти власності на речі, у Книзі шостій «Кримінальні правопорушення проти економіки», сприймається неоднозначно. Ніхто не сумнівається у значущості власності не лише як показника добробуту окремих членів суспільства, а й як одного зі структурних елементів економічної системи, економічної основи розвитку суспільства. Власність утворює фундамент економічної діяльності; відповідно, не забезпечивши збереження власності, немає сенсу розмірковувати про інші правові гарантії економічної діяльності. Як справедливо писав О. Кальман (2003), відносини власності лежать в основі всіх видів економічних відносин у суспільстві.

Водночас цілком очевидною є та обставина, що майно перебуває в цивільному обігу не лише як засіб економічної діяльності, а левова частка кримінальних правопорушень проти власності вчиняється поза сферою економічної діяльності. Тут доречно пригадати думку О. Яковлєва, сформульовану ним ще в 80-і рр. минулого століття, про те, що грабіж і розбій, хоч і завдають шкоду відносинам власності, не належать до економічних злочинів через відсутність зв'язку з господарським механізмом (на відміну, наприклад, від систематичних крадіжок на виробництві). Відзначається також, що «відносини власності не можуть бути обмежені лише економічною сферою – вони є першоосновою для соціальної політики і культурного життя, пов'язані з національною політикою держави і забезпеченням основних прав людини. Власність є настільки фундаментальним феноменом, що виділення її зі сфери економічних відносин виглядає цілком логічним та обґрунтованим» (див.: Боротьба з господарськими злочинами / Ф.А. Лопушанський, В.П. Філонов, Ю.Л. Титаренко та ін. Донецьк, 1997. С. 15–16).

Інколи до економічних деліктів без будь-яких застережень відносять шахрайство (ст. 190 КК) і привласнення, розтрату майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем (ст. 191 КК) (див.: Чернявський С.С. Фінансове шахрайство: методологічні засади розслідування: монографія. К., 2010. С. 21). Насправді все непросто. Адже ст. 190 КК (за проєктом передбачене нею діяння так само визнаватиметься

кримінально протиправним – «викраденням») сформульована таким чином, що охоплює як побутове шахрайство, яке жодним чином не стосується економічної діяльності, так і комерційне шахрайство (шахрайство у бізнесі). Останнє характеризується використанням дозволених законодавством організаційно-правових форм, прагненням підозрюваних осіб тлумачити свої дії як невдалу підприємницьку діяльність і може цілком претендувати на те, щоб (принаймні з кримінологічної точки зору) називатись економічним злочином. Карані ж за ст. 191 КК привласнення або розтрата майна (сказане поширюється і на аналоги цих діянь у проєкті, бо це так само «викрадення») можуть бути вчинені стосовно того майна, правомочності щодо якого виникли у винного на підставі цивільно-правових договорів (підряду, оренди, перевезення, зберігання тощо), тобто в цій частині так само недоречно вести мову про кримінальне правопорушення проти економіки.

Фактично пропонований у проєкті підхід відтворює те, що зараз передбачено у КК рф, в якому главу 21 «Злочини проти власності» включено до розділу VIII «Злочини проти економіки». Відтак не буде зайвим нагадати, що в юридичній літературі (І. Клепицький, 2005) законодавче віднесення злочинів проти власності до злочинів у сфері економіки розцінюється як прояв ідеологічної інерції, за якої кримінальний закон покликаний охороняти не приватні майнові інтереси в їх комплексі і багатоманітності, а відносини власності як основу економічної системи суспільства. При цьому головна відмінність злочинів проти власності (майнових злочинів) від господарських злочинів вбачається у тому, що перші посягають на приватну сферу, вражаючи майнові права та інтереси суб'єкта приватного права; господарські (економічні) злочини посягають на народне господарство в цілому, при цьому ураження чиїх-небудь приватних майнових прав та інтересів не є істотною ознакою таких посягань.

З урахуванням викладеного і того, що відокремлення кримінальних правопорушень проти власності від посягань на економіку у жодному разі не применшує їх соціальної шкідливості, а також з огляду на те, що право приватної власності є одним із природних прав людини, пропонуємо робочій групі розглянути питання про можливість розміщення розділу, який наразі має назву «Кримінальні правопорушення проти власності на речі», у Книзі четвертій «Кримінальні правопорушення проти людини». На користь такого варіанту, крім ст. 17 Загальної декларації прав людини і ст. 41 Конституції України, вказує і та обставина, що право мирно володіти майном відповідно до ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав людини і основних

свобод включає як позитивне право мирно володіти майном, так і заборону неправомірного втручання у здійснення відповідного права (докладніше про це див.: кандидатська дисертація Д. Новікова «Захист права власності Європейським судом з прав людини: досвід для правової системи та судової практики України» (К., 2018)).

2. Відповідно до п. 8 ч. 1 ст. 2.5.3 проєкту істотна шкода – це *шкода власності на речі*, якщо вона не визначена у цьому Кодексі як значна чи тяжка шкода, а відповідно до п. 10 ч. 1 ст. ст. 2.5.4 значна шкода – це *шкода власності на речі*. При цьому ч. 3 ст. 2.5.1 декларує, що кримінальне правопорушення, яким, зокрема, умисно спричинено істотну і значну шкоду, є *злочином*. Звідки ж у такому разі у розділі 6.1 взялись статті про *проступки* проти власності?

3. Загалом традиційна назва розділу 6.1 може бути виправдана, якщо виходити з того, що: а) передбачені у ній кримінальні правопорушення посягають на таку цінність, як власність, що надає власникові або законному володільцеві право на майно; б) у разі вчинення таких деліктів шкода завдається праву власності як сукупності володіння, користування та розпорядження майном або інших речових чи зобов'язальних прав, передбачених законодавством. Ніхто не сумнівається у тому, що власник і законний користувач майна потребують однакової кримінально-правової охорони своїх прав, оскільки набуті ними права базуються на законі (Н. Антонюк, 2007), що, до речі, відображено у визначенні поняття чужої речі, яке міститься на початку аналізованого розділу (ст. 6.1.1) та в якому згадується не лише про власника, а й про законного володільця. Перевагами назви розділу 6.1 є її лаконічність, змістовність, кореляція з більшістю зразків іноземного кримінального законодавства.

Сумнів у доречності такої традиційної кримінально-правової примітивізації зумовлений тим, що у проєкті знаходить втілення концептуальний підхід, згідно з яким КК розглядається як інструмент, що забезпечує реакцію держави на порушення норм, врегульованих іншими галузями права. З погляду ж цивілістики право на чужу рухому або нерухому річ, заволодіння яким за умови заподіяння істотної майнової шкоди пропонується визнавати злочином (ст. 6.1.5), може мати не лише «власницьке» походження. Глава 30 ЦК виокремлює такі відмінні від права власності (останньому присвячені глави 23–29) види речових прав на чуже майно: 1) право володіння; 2) право користування (сервітут); 3) право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб

(емфітевзис); 4) право забудови земельної ділянки (суперфіцій). До того ж право на чуже майно (у проєкті – «право на чужу річ») може виникати на підставі договорів, які породжують зобов'язальні правовідносини. (наприклад, не речовими, а зобов'язальними є відносини концесії земельних ділянок). Оскільки коло відносин, охоронюваних нормами, об'єднаними у розділ VI Особливої частини чинного КК, не вичерпується відносинами власності, в юридичній літературі час від часу обговорюється питання про доцільність уточнення назви цього розділу. Наприклад, на думку М. Хавронюка (2017), точнішою назвою, яка б враховувала і структуру суспільних відносин, і необхідність кримінально-правового захисту не лише права власності, а й інших речових прав, була б назва «Злочини проти суспільних відносин, пов'язаних із правом власності та іншими речовими правами». Повторимо, однак, що «право на чужу річ» може виникати у зв'язку із зобов'язальними правовідносинами.

Принагідно звернемо увагу робочої групи на те, що А. Соловйова у своїй докторській дисертації «Кримінально-правова охорона власності: порівняльно-правове дослідження» (Запоріжжя, 2019), посилаючись на світові процеси економічного та технологічного розвитку, гармонізацію національного законодавства із законодавством ЄС, а також на положення Першого Протоколу до Конвенції про захист прав людини і основних свобод, висунула пропозицію змінити назву розділу VI Особливої частини чинного КК на «Злочини проти майна та майнових прав», що, на думку дослідниці, дозволило б розширити коло об'єктів кримінально-правової охорони і сприяло б захисту права мирного володіння майном. У жодному разі не ідеалізуючи цю пропозицію, водночас зазначимо, що вона, як видається, уособлює рух у правильному напрямі: концепція майнових злочинів має прийти на заміну радянській концепції злочинів проти власності. Наразі ж розділу 6.1 притаманна внутрішня суперечливість: з одного боку, справді новаторський (інше питання – наскільки вдалий) зміст розміщених у цьому розділі статей, а, з іншого, невиправдано традиційна і не зовсім коректна (з погляду цивілістики) назва цієї структурної одиниці проєкту.

4. З назви і змісту ст. 6.1.6 «Використання чужої речі або енергії» випливає, що робоча група не визнає електричну і теплову енергію річчю. У цій статті вони протиставляються (між ними вживається сполучник «або») такі поняття, як, з одного боку, «річ», та, з іншого, «енергія». Водночас під чужою річчю розуміється предмет матеріального світу із притаманними йому ознаками (ст. 6.1.1). Відповідно до ст. 179 ЦК річ – так само предмет

матеріального світу, а речами у цивілістиці визнаються з-поміж іншого різні види енергії, підвладної людині (електрична, теплова тощо). Звісно, обстоюваний робочою групою підхід, у межах якого електрична і теплова енергія тлумачиться (треба так розуміти) як неуречевлене («безтілесне») майно, має право на існування, хоч і не виглядає безспірним з урахуванням використання у ст. 6.1.1 звороту цивілістичного походження «предмет матеріального світу».

Цікавим є відповідний досвід законодавців окремих європейських країн. Зокрема: ст. 276 КК Данії – тут і далі рухоме майно прирівнюється до кількості енергії, яка була вироблена, збережена чи використана для виробництва світла, тепла, енергії чи руху або для інших економічних цілей; ст. 244 КК Ісландії – крадіжка грошових засобів чи електроенергії; ст. 624 КК Італії – для цілей кримінального права електроенергія та будь-яка інша енергія, що має економічну цінність, також визнається рухомою річчю; ч. 3 ст. 228 КК Румунії – при застосуванні норми враховуються рухомі речі та документи, електрика, а також будь-який інший вид енергії, що має економічну цінність; ст. 311-2 КК Франції – крадіжка енергії прирівнюється до крадіжки майна.

Але якщо робоча група наполягає на невизнанні енергії річчю, то для чого тоді у назві розділу 6.1 конкретизувати (обмежувати), що у ньому йтиметься про посягання лише на право власності *на речі*?

5. Основна інтрига, пов'язана із пропонованим у проєкті розумінням чужої речі як *предмета матеріального світу*, – питання про (не-)охоплення поняттям чужої речі (ст. 6.1.1) віртуальних активів, зокрема криптовалюти. На жаль, з цього злободенного питання бажаної ясності у проєкті немає. Легальні визначення поняття віртуального активу – як *нематеріального* блага, що є об'єктом цивільних прав, має вартість та виражене сукупністю даних *в електронній формі* (Закон України «Про віртуальні активи»), і як *цифрового вираження вартості*, яким можна торгувати у цифровому форматі або переказувати і яке може використовуватися для платіжних або інвестиційних цілей (Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення»), не дозволяють однозначно стверджувати про належність віртуальних активів до предметів *матеріального* світу. Далі. У п. 1 ч. 2 ст. 1.4.1 проєкту зазначається, що активи – це грошові кошти (у т. ч. готівкові кошти, кошти, що перебувають на банківських рахунках чи на зберіганні у банках або інших

фінансових установах), інше майно, нематеріальні активи, у т. ч. криптовалюти. Подібне конструювання дефініції, коли спочатку вказуються всі різновиди майна, а вже далі згадуються інші активи, так само схиляє до думки про немайновий (а отже, «неречовий») характер криптовалюти. Прикметно, що в юридичній літературі (зокрема, О. Радутний) висловлюється думка про визнання криптовалюти предметом злочинів проти власності за умови, якщо під ним розуміти не лише речі матеріального світу, з певними властивостями яких закон пов'язує наявність ознак того чи іншого злочину, а й інші явища.

При цьому згідно з ч. 3 ст. 6 Закону України «Про віртуальні активи» володілець ключа віртуального активу є власником такого віртуального активу, крім випадків, якщо, зокрема, ключ до віртуального активу набуто особою неправомірно. Оскільки з цього випливає, що віртуальний актив може одержуватись (набуватись) неправомірно, це актуалізує питання про його кримінально-правовий статус, у т. ч. як предмета кримінальних правопорушень проти власності. При доопрацюванні проєкту є сенс всебічно дослідити цю проблему, звернувшись до сучасного зарубіжного досвіду і напрацювань кримінально-правової науки (наприклад, вже згадувана А. Соловйова висувала пропозицію включити до чинного КК ст. 185-1, в якій би йшлось про незаконне одержання чужої нематеріалізованої цінності з корисливою метою).

Висловимо припущення, що розв'язання позначеної проблеми у сукупності з наведеними нами вище міркуваннями наштовхне робочу групу на думку про потребу уточнення назви розділу 6.1.

6. За п. а) ч. 1 ст. 6.1.1 одна з ознак чужої речі полягає в тому, що це предмет, який має мінову або споживчу вартість, сформовану *в результаті людської праці*. Постає питання, чи охопить таке формулювання (якщо тлумачити його буквально) предмети матеріального світу, що створюються за участі тварин і діяльності штучного інтелекту.

У п. в) ч. 1 ст. 6.1.1 як на одну з ознак чужої речі вказується на те, що стосовно цього предмета «*суб'єкт не уповноважений здійснювати право володіння або розпорядження*». При цьому до ознак, що підвищують тяжкість злочину на два ступеня, віднесено «*вчинення злочину, передбаченого статтями 6.1.4–6.1.6, щодо чужої речі, яка була ввірена особі чи перебувала в її віданні*». Чи немає тут неузгодженості? Наприклад, якщо особа викрала майно, яким вона володіла на підставі цивільно-правового договору (за термінологією чинного КК – вчинила привласнення або розтрату), то чи

будуть у цьому разі підстави говорити про викрадення чужого майна? Адже винна особа була уповноважена здійснювати щонайменше володіння майном. Щоправда, й усталене в юридичній літературі розуміння чужого майна як такого, що не належить винному на праві власності або не перебуває в його законному володінні, може бути піддане критиці з подібних міркувань. Відтак, як видається, краще «не договорити», віддаючи вирішення питання, яке майно слід визнавати чужим, на розсуд теорії і практики, ніж створювати за допомогою не до кінця продуманих формулювань лазівки для злодіїв.

7. У п. 6 ч. 2 ст. 1.4.1 викрадення визначається як *вилучення чужої рухомої речі: а) з ігноруванням волі власника чи законного володільця, б) всупереч його волі або в) зі спотворенням його волі*. Недоліком як цього визначення, так і визначення поняття заволодіння (п. 14 ч. 2 ст. 1.4.1), з яких випливає, що спотворено може бути волю лише власника чи законного володільця майна, є неохоплення випадків опосередкованого шахрайства (докладніше про цю кримінально-правову проблему див., наприклад: Дудоров О.О. Кримінальне право: теорія і практика (вибрані праці). К., 2017. С. 809–814). Сприйнявши відповідний теоретичний підхід, Судова палата в кримінальних справах Верховного Суду України у постанові від 24 листопада 2016 р. у справі № 5-250кс(15)16 вирішила, що, оскільки ст. 190 КК не вимагає, щоб особа, яка вводиться в оману при вчиненні шахрайства, і потерпілий від цього злочину (тобто той, кому заподіюється майнова шкода) збігались, до адресатів обману при вчиненні шахрайства належать не лише власники (володільці) майна, а й інші особи, уповноважені на вчинення юридично значимих дій стосовно майна. Ця правова позиція знайшла підтримку й у постанові Об'єднаної палати ККС ВС від 17 жовтня 2022 р. у справі № 686/13801/16-к, де зазначається, що до адресатів обману при вчиненні шахрайства належать не лише власники, а й інші особи, уповноважені власником або законом (у широкому його розумінні) на вчинення дій стосовно майна.

Ще одне застереження стосовно пропонованого у проєкті визначення поняття «викрадення»: у ньому ми не побачили двохактності діяння (за В. Навроцьким), яке мало б охопити як вилучення майна у власника чи законного володільця, так і звернення його на користь окремих фізичних та юридичних осіб. І це не просто термінологічна зачіпка, адже зміст відповідної дефініції безпосередньо впливатиме на визначення моменту закінчення викрадення. Чи задумка робочої групи полягає в тому, щоб

диференціювати моменти закінчення кримінальних правопорушень, предметами яких виступає рухоме і нерухоме майно?

Ще й таке. У пунктах 6 і 14 ч. 2 ст. 1.4.1 у визначеннях викрадення і заволодіння фігурує формулювання «*зі спотворенням волі*». Причому у п. 6 ч. 2 ст. 1.4.1 (викрадення) поруч згадуються ігнорування волі іншої особи та вчинення діяння всупереч її волі, а в п. 14 ч. 2 ст. 1.4.1 (заволодіння) – лише вчинення діяння всупереч волі іншої особи. Чим пояснюється те, що в першому положенні ігнорування волі іншої особи та вчинення діяння всупереч її волі розмежовуються, а в другому випадку формула «*вчинення діяння всупереч волі іншої особи*», вочевидь, поглинає ігнорування волі іншої особи? Щодо поняття *викрадення* див. також цей висновок у частині зауважень до розділу 1.4.

8. Якщо визначення заволодіння (*обернення на свою або іншої особи користь предмета*), корелюючись з визначенням корисливого мотиву (п. 23 ч. 2 ст. 1.4.1), вочевидь, дозволяє вести мову про те, що заволодіння чужою нерухомою річчю або правом на річ за відсутності корисливого мотиву хай і в широкому його розумінні не зможе бути кваліфіковане за ст. 6.1.5 (це, до речі, правильно? Наприклад, на сьогодні мотив і мета не впливають на кваліфікацію самовільного зайняття земельної ділянки, враховуючись при призначенні покарання), то в частині ставлення робочої групи до оцінки «некорисливого викрадення» ясності не простежується, що навряд чи відповідає ст. 1.2.2 «Юридична визначеність». Цікаво, що у п. 13 ст. 6.1.3 проєкту (станом на 30 грудня 2022 р.) ознакою складу злочину, що підвищує на один ступінь тяжкість викрадення, називалось вчинення цього злочину «*з корисливого мотиву*», звідки однозначно випливало, що викрадення чужої рухомої речі («базовий» злочин) може бути і некорисливим. Як відомо, традиційний доктринальний підхід передбачає, що низка законодавчих положень про кримінальну відповідальність за делікти проти власності містять вказівку на корисливість контекстуально. Нагадаємо, що, наводячи вагомі аргументи на користь положення про доцільність наскрізного запровадження у новому кримінальному законодавстві уніфікованого поняття викрадення, В. Навроцький (2018) до його необхідних і достатніх ознак відносив, зокрема, наявність корисливого мотиву. Створюється враження, що робоча група «злякалась» свого новаторського підходу, який, попри всю свою дискусійність, максимальною мірою відповідає інтересам власника (законного володільця), для якого, мабуть, не має значення, якими

спонуканнями керувався зловмисник, заволодіваючи його майном, та яку мету він при цьому переслідував.

Однак, мабуть, це не той випадок, коли робочій групі вдасться «кваліфіковано промовчати», посилаючись на те, що правозастосувачі самостійно впораються з проблемою. Вивчення судової практики демонструє, що наразі ККС ВС у цій частині кваліфікації кримінальних правопорушень проти власності, не сприймаючи тезу окремих теоретиків про факультативність корисливості при вчиненні таких посягань, загалом демонструє наступність і забезпечує однаковість судової практики. Однак навіть серед верховних суддів спостерігається розбіжність підходів. Наприклад, в ухвалі ККС ВС від 16 серпня 2022 р. у справі № 404/3767/20, якою ініціювався розгляд цього питання кваліфікації «розкрадань» Об'єднаною палатою ККС ВС, можна прочитати, що: корисливий мотив і корислива мета не є обов'язковими суб'єктивними ознаками крадіжки; обов'язковою суб'єктивною ознакою крадіжки є вина у формі прямого умислу; таємне викрадення чужого майна з будь-яких мотивів із метою розпорядитися майном як власним слід кваліфікувати як крадіжку.

Відтак робочій групі слід визначатись, забезпечуючи при цьому уніфікований підхід до кримінально-правової оцінки викрадення чужої речі і заволодіння чужою нерухомою річчю або правом на річ.

Щодо ознак, які підвищують тяжкість злочину

В юридичній літературі (наприклад, Н. Лащук, 2018) доведено, що чинному КК притаманна безсистемність у побудові кваліфікованих та особливо кваліфікованих складів злочинів (наразі кримінальних правопорушень) проти власності. Відтак очікуваним є подолання такої безсистемності у проєкті. Однак, як виявилось, ситуація поки що не близька до ідеальної. Передусім висловимось щодо доцільності виокремлення деяких ознак та їх впливу на тяжкість злочинів.

По-перше, запитання викликає віднесення до ознак, що підвищують ступінь тяжкості злочину одразу на два ступеня (ст. 6.1.2):

1) вчинення умисних злочинів, передбачених статтями 6.1.4 чи 6.1.5, *з використанням викраденого або підробленого платіжного засобу чи інструменту* (п. 2). Ця ознака «на один щабель» ставить відповідні злочини із діяннями, вчиненими організованими групами, щодо особливо уразливих людей тощо – посягань (зокрема, викрадень), які є об'єктивно небезпечнішими за вчинені з використанням згаданих платіжних засобів.

Належним чином диференціювати відповідальність у подібних випадках не допоможе і додаткова кваліфікація дій учасників організованої групи за ст. 7.1.5, адже і підроблення, і викрадення платіжних засобів або інструментів так само визнаються окремими злочинами, передбаченими статтями 6.3.9 та 6.3.11 (якщо не брати до уваги і ст. 6.3.10, в якій йдеться про зберігання цих предметів), які, як і створення організованої групи або участь у ній, визнаються злочинами 3-го ступеня. До речі, аналіз іноземного кримінального законодавства не дозволив відшукати приклади використання подібної кваліфікуючої ознаки;

2) вчинення умисних злочинів, передбачених статтями 6.1.4–6.1.6, *щодо чужої речі, яка була ввірена особі чи перебувала в її віданні* (п. 4). Нам складно зрозуміти, чому ці дії є настільки небезпечнішими за, наприклад, заволодіння річчю шляхом зловживання довірою, що за інших однакових умов (передусім розмір заподіяної шкоди) перші мають визнаватися злочином 3-го ступеня, а друге – лише 1-го? Фактично реалізація цієї ідеї призведе до того, що будь-яке привласнення чи розтрата (за термінологією чинного КК) буде завжди злочином, який є на два ступеня тяжчим, ніж крадіжка чи шахрайство (за інших однакових обставин).

Співзвучні міркування висловлює В. Киричко (2021): «Таке збільшення караності виглядає так, начебто факт викрадення речі, яка була ввірена особі чи перебувала в її віданні, сам по собі містить підставу для такого рішення. Однак відповідно до ч. 4 (*наразі – це ч. 5*) ст. 1.2.4 «Пропорційність» Проєкту КК «більш суворий кримінально-правовий засіб встановлюється та застосовується тільки тоді, коли менш суворого засобу недостатньо для виконання завдання цього Кодексу». Якщо для виконання завдань Кодексу у випадках вчинення крадіжки речі, яка не була ввірена і не перебувала у віданні особи, достатньо призначити покарання у виді ув'язнення на строки відповідно не більше 2, 4 і 8 років, то чому для досягнення тих самих цілей у випадку крадіжки речі, яка була ввірена особі чи перебувала в її віданні, потрібно збільшити строк ув'язнення в перших двох випадках у два рази, в третьому на 5 років? Соціальний характер зазначеної обставини такого рішення не обумовлює…».

Невиправданість підходу, відбитого у п. 4 ст. 6.1.2, красномовно підтверджує і релевантний іноземний досвід: парламентарії абсолютної більшості європейських країн передбачили ідентичне покарання (хоча й у межах різних статей) як за крадіжку (переважно і шахрайство), так і за привласнення/розтрату. А в таких країнах, як Естонія, Словенія, Сербія і

ФРН, покарання за крадіжку навіть дещо суворіші (найчастіше до 3 років позбавлення волі, тоді як за привласнення – до 2 років).

По-друге, наше нерозуміння щодо надання двом згаданим вище ознакам статусу таких, які підвищують тяжкість злочину на два ступеня, посилюється після порівняння їх з ознаками, які підвищують тяжкість злочинів проти власності усього на один ступінь (ст. 6.1.3).

Насамперед йдеться про таку ознаку, як «*застосування зброї*». З точки зору чинного КК викрадення із застосуванням зброї – це розбій, покарання за вчинення якого виправдано є значно суворішим за покарання, встановлене, наприклад, за крадіжку, грабіж або привласнення ввіреного майна. За умови ж втілення підходу робочої групи матиме місце ситуація, коли, наприклад, шахрайство (як одна з форм викрадення), вчинене з використанням викраденої банківської картки, або привласнення ввіреного майна (як інша форма викрадення) за інших однакових умов визнаватимуться більш тяжкими злочинами (3-го ступеня), ніж викрадення майна, вчинене із застосуванням зброї (злочин 2-го ступеня). Звісно, можна апелювати до того, що такі дії:

– по-перше, спроможні кваліфікуватись за сукупністю із:

а) ст. 4.3.3 «Погроза спричинити смерть чи тяжку шкоду здоров'ю». Водночас зазначимо, що відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 1.4.3 тяжка шкода здоров'ю може полягати у: а) втраті органу чи його функції, б) каліцтві статевого органу чи стерилізації, в) стійкому розладі психіки, г) розладі здоров'я, поєднаному зі стійкою втратою загальної працездатності понад 33 відсотки чи повною втратою професійної працездатності, д) зараженні особливо небезпечною інфекційною хворобою або її збудником, е) перериванні вагітності, є) непоправному спотворенні обличчя чи тіла або ж) реальній небезпеці для життя людини в момент спричинення шкоди здоров'ю.

Змоделюємо ситуацію: правопорушник бажає заволодіти майном особи, погрожуючи при цьому їй зброєю і не конкретизуючи характер погрози. Виникає питання, як довести, що особа погрожувала спричинити смерть чи саме тяжку шкоду здоров'ю?

б) нормою про обіг зброї (ст. 7.3.4);

– по-друге, мають визнаватися ще й такими, які вчинені з погрозою застосування насильства (п. 9 ст. 6.1.3).

Однак згадане вище викрадення платіжних інструментів так само визнається окремим злочином того ж (як і обіг зброї та погроза спричинить

смерть або тяжку шкоду здоров'ю) 3-го ступеня (ст. 6.3.9). До речі, це саме стосується й іншого окремого злочину – поводження (зокрема, зберігання та переміщення, без яких вчинити подальше викрадення майна навряд чи можливо) з викраденим платіжним засобом. Виходить, що викрадення, вчинюване із застосуванням вогнепальної зброї, має кваліфікуватися за сукупністю злочинів, кожен з яких (і викрадення, і відповідна погроза чи обіг зброї) є злочином 3-го ступеня. При цьому і крадіжка, вчинювана за допомогою викраденої платіжної картки, також має кваліфікуватися за сукупністю злочинів, кожен з яких (і викрадення, і відповідні дії щодо платіжного інструменту) є злочином 3-го ступеня. Спираючись на правила призначення покарання за сукупністю злочинів (ст. 3.3.6 проєкту), маємо констатувати, що найвища межа остаточного покарання і за перше, і за друге діяння (сукупність діянь) є однаковою – 8 років ув'язнення (п. 2 ч. 2 ст. 3.3.6). І тому знову поставимо питання: чи можна визнавати однопорядковою суспільну небезпеку викрадення, вчинюваного за допомогою погрози застосування вогнепальної зброї (особливо якщо при цьому не конкретизується характер погрози і унеможливлюється додаткова кваліфікація за ст. 4.3.3), і шахрайства, вчинюваного за допомогою викраденої (чи підробленої) банківської карти?

Тут пригадаємо хоча б досвід ФРН, в якій «звичайна» крадіжка карається позбавленням волі на строк до 5 років або штрафом, тоді як озброєна крадіжка – позбавленням волі на строк від 6 місяців до 10 років.

Наведені вище міркування стосуються й іншої ознаки, яка підвищує ступінь тяжкості викрадень лише на один ступінь, – поєднання з проникненням у володіння особи (п. 6 ст. 6.1.3). Ця ознака істотно більше підвищує небезпеку, наприклад, крадіжки, ніж факт використання попередньо викрадених платіжних засобів. При цьому наявність окремої норми про порушення недоторканості житла чи іншого володіння (ст. 4.7.5) ще менше змінює ситуацію навіть порівняно із попередньою (щодо зброї), адже таке порушення визнається злочином лише 1-го ступеня.

По-третє, не менше запитань викликає і визнання низки ознак такими, що підвищують тяжкість більшості злочинів проти власності на один ступінь. Зокрема, йдеться про такі ознаки, як:

1) вчинення *щодо близької людини або колишнього подружжя* (п. 2 ст. 6.1.3). Кримінальні правопорушення проти власності – це не про домашнє та гендерно обумовлене насильство, де такий підхід виправданий, зокрема через необхідність виконання Україною взятих на себе міжнародно-правових

зобов'язань. Крім цього, результати компаративістського аналізу засвідчують, що розглядувана ініціатива робочої групи не реалізована у жодній іншій країні. Ба більше: у низці країн (зокрема, ст. 218-с КК Болгарії, ч. 4 ст. 278 КК Польщі, ст. 231 КК Румунії, ст. 222 КК Сербії, ст. 311-2 КК Франції, § 247 КК ФРН, ч. 4 ст. 245 КК Хорватії) кримінальні правопорушення у вигляді викрадення майна у близьких осіб віднесено до числа тих, кримінальне провадження стосовно яких розпочинається лише за заявою потерпілого (справи приватного обвинувачення). А в ст. 144 КК Туреччини передбачено навіть пом'якшену відповідальність (привілейований склад) за викрадення майна, що перебуває у спільній сумісній власності;

2) викрадення *в осіб, пов'язане з їх діяльністю* (п. 2 ст. 6.1.2, п. 3 ст. 6.1.3). Тут ситуація загалом є аналогічною до попередньої: як наша суб'єктивна оцінка, так і відповідний іноземний досвід (приклади втілення подібного підходу знайдені не були) переконують у недоцільності надання кваліфікуючого значення цій ознаці стосовно більшості (але не всіх, про що далі) злочинів проти власності. До слова на необхідність перегляду підходу робочої групи як до цієї, так і до деяких інших відмічених нами «кваліфікуючих ознак» вказує і Т. Михайліченко (2022).

Тут не буде зайвим нагадати про такий принцип криміналізації, як відносна розповсюдженість діяння. На відміну від випадків нанесення різноманітної шкоди здоров'ю, знищення або пошкодження майна (або відповідних погроз), через що у чинному КК і виділена низка відповідних складів, в яких йдеться про такі дії (статті 345, 345-1, 347, 347-1 тощо), ми не зустрічали випадків, коли б осіб, які здійснюють відповідні повноваження, «карали» за це викраденням (або іншим незаконним заволодінням) їх майна. Відзначимо і такий парадоксальніший момент: якщо ознака, передбачена п. 3 ст. 6.1.2 («*щодо людини (чи близької їй людини), яка займає особливо відповідальне становище…*»), поширюється на всі злочини проти власності, то ознака, передбачена п. 3 ст. 6.1.3 («*щодо людини (чи близької їй людини) у зв'язку з виконанням нею службових повноважень чи професійних обов'язків*…»), – лише на злочини, передбачені статтями 6.1.4 і 6.1.5 (викрадення та заволодіння), не поширюючись чи не на єдиний злочин, на який вона справді мала б розповсюджуватися, – це передбачене ст. 6.1.7 знищення або пошкодження чужої речі. Відповідні ознаки, які підвищують тяжкість злочину (і на один, і на два ступеня), навпаки, мали б стосуватися виключно злочину, передбаченого ст. 6.1.7.

Потребують відповідей і питання, які ставить Т. Михайліченко: «Хіба ж не підвищується рівень небезпечності вчиненого, якщо винним обрано способом вчинення вказаних кримінальних правопорушень підпал, вибух, затоплення значних територій тощо? Ймовірно, можна кваліфікувати дії винного додатково за ст. 4.3.5 проєкту «Створення небезпеки для життя чи здоров'я іншої людини». Але чи правильно це, враховуючи, що Проєкт КК все ж «послуговується» терміном загальнонебезпечного способу, більш того: надає його визначення у п. 16 ч. 1 ст. 1.3.1 Проєкту?».

Щодо кваліфікуючого значення «застосування насильства або погрози його застосування» (п. 9 ст. 6.1.3)

Відповідно до п. 9 ст. 6.1.3 «*застосування насильства або погрози його застосування*» визнається ознакою, яка підвищує тяжкість викрадення та заволодіння на один ступінь. І якщо з приводу «насильства» питання виникають лише в аспекті дотримання принципу non bis in idem (про це далі), то стосовно погрози хотілося б зазначити наступне.

По-перше, за наведеного формулювання однакове кваліфікуюче значення надається погрозі як негайного, так і потенційного застосування насильства. Видається, однак, що змістовної однаковості погроз потенційна погроза, яка є характерною для вимагання, є менш небезпечною за негайну, що є (з погляду чинного КК) конститутивною ознакою розбою. Нашу точку поділяють і парламентарії більшості інших країн. Про це красномовно свідчать продемонстровані нижче строки позбавлення волі, які передбачені, з одного боку, за викрадення, поєднане із застосуванням насильства чи погрозою, яке ми для зручності позначимо як «негайна погроза», а, з іншого, – за вимагання («потенційна погроза»):

– КК Австрії: негайна погроза – від 6 місяців до 5 років – ст. 131; вимагання – від 6 місяців до 5 років (ст. 144);

– КК Бельгії: негайна погроза – від 5 до 10 років (ст. 468); вимагання – від 5 років до 10 років;

– КК Болгарії: негайна погроза – від 3 до 10 років (ст. 198); вимагання – від 1 до 6 років та штраф (ст. 213-а);

– КК Естонії: негайна погроза – від 2 до 10 років (ст. 200); вимагання – штраф або до 5 років (ст. 214);

– КК Італії: негайна погроза – від 5 до 10 років (ст. 628); вимагання – від 5 до 10 років та штраф (ст. 629);

– КК Ісландії: негайна погроза – від 6 місяців до 10 років (ст. 252); вимагання – до 6 років (ст. 251);

– КК Нідерландів: негайна погроза – до 9 років чи штраф 5-ї категорії (ст. 312); вимагання – до 9 років чи штраф 5-ї категорії (ст. 317);

– КК Норвегії: негайна погроза – до 6 років (ст. 327); вимагання – штраф чи до 3 років (ст. 330);

– КК Португалії: негайна погроза – від 1 до 8 років (ст. 210); вимагання – до 5 років (ч. 1 ст. 222);

– КК Словенії: негайна погроза – до 10 років (ст. 206); вимагання – до 5 років (ст. 213);

– КК Сербії: негайна погроза – до 10 років (ст. 206); вимагання – від 1 до 8 років (ст. 214);

– КК Фінляндії: негайна погроза – від 4 місяців до 6 років (розд. 1 гл. 31); вимагання – до 2 років (розд. 3 гл. 31);

– КК Хорватії: негайна погроза – до 10 років (ст. 230); вимагання – від 6 місяців до 5 років (ст. 243);

– КК Швеції: негайна погроза – від 1 до 6 років (§ 5 гл. 8); вимагання – до 2 років (§ 4 гл. 9).

Також зазначимо, що у ст. 139 КК Албанії негайна погроза карається позбавленням волі на строк від 5 до 15 років, а ст. 233 КК Румунії – від 2 до 7 років.

Проведене компаративістське дослідження дозволило зробити два висновки:

1) лише в 4-х країнах уніфіковано відповідальність за викрадення, поєднане з негайною та потенційною погрозою (Австрія, Бельгія, Італія, Нідерланди). У всіх же інших, особливо в «ближчих» до України країнах «югославської» групи та колишніх постсоціалістичних державах, покарання за «потенційну» погрозу є істотно меншим;

2) у всіх проаналізованих країнах «застосованому при викраденні насильству або погрозі» надається вагоміше кваліфікуюче значення, ніж в проєкті (навіть враховуючи його специфіку).

З урахуванням цих висновків, а також пам’ятаючи про особливості побудови розділу 6.1 проєкту, пропонуємо його розробникам визнати «потенційну» погрозу застосування насильства ознакою, яка підвищує тяжкість злочину проти власності на один ступінь (ст. 6.1.3), а застосування насильства або погрозу його негайного застосування – на два ступеня (ст. 6.1.2).

По-друге, хотілося б акцентувати увагу на тому, що в п. 9 ст. 6.1.3 йдеться лише про один вид погрози – погрози насильством. Таким чином, за умови реалізації такого підходу жодного кваліфікуючого значення не надаватиметься іншим видам погроз, застосування яких для заволодіння майном (правом на майно) наразі розцінюється як вимагання: 1) обмеження прав, свобод або законних інтересів цих осіб, 2) пошкодження чи знищення їх майна або майна, що перебуває в їх віданні чи під охороною, або 3) розголошення відомостей, які потерпілий чи його близькі родичі бажають зберегти в таємниці. При цьому більшість зазначених видів погроз включено до єдиного поняття «погроза», яке визначено в «глосарії» і яке тлумачиться як усне, письмове чи конклюдентними діями залякування людини: 1) застосуванням насильства, 2) зґвалтуванням чи сексуальним насильством, 3) знищенням чи пошкодженням майна, 4) розголошенням дійсних чи вигаданих відомостей, які можуть скомпрометувати людину, або 5) спричиненням їй будь-якої іншої шкоди (п. 44 ч. 2 ст. 1.4.1).

Вважаємо, що викрадення майне, поєднане з цими погрозами, є істотно небезпечнішим порівняно з простим викраденням (наприклад, таємним) майна. Відтак принаймні погрози «пошкодження чи знищення майна» та «розголошення відомостей, які потерпілий чи його близькі родичі бажають зберегти в таємниці» маються визнаватися ознаками, що підвищують тяжкість відповідних злочинів проти власності щонайменше на один ступінь. Питання ж доцільності реалізації подібної ініціативи щодо інших видів погроз має бути також вирішено (позитивно чи негативно). Подібні зауваження висловила і Т. Михайліченко, яка звертає увагу і на те, що нині вимагання (ст. 189 КК) – це формальний склад злочину, а викрадення (ст. 7.1.4 однієї з попередніх версій проєкту) – матеріальний. Через це ставиться логічне питання: чи є достатнім пропонований рівень захисту, адже висловлення вимоги віддати майно в майбутньому, поєднаної з погрозою насильства, буде лише замахом на викрадення?

Вчергове звернемось до релевантного європейського досвіду:

1) крім Андорри, Болгарії, Данії, Італії та Швейцарії, в усіх інших країнах за вимагання встановлено істотно суворіше покарання (принаймні порівняно із крадіжкою, шахрайством та привласненням);

2) у багатьох країнах поруч із вимаганням окремою статтею регламентується відповідальність і за таке діяння, як «шантаж», яке знову ж переважно карається суворіше порівняно з названими вище іншими формами викрадення. Наприклад:

– КК Португалії: крадіжка – позбавлення волі на строк до 3 років чи штраф (ст. 203); шантаж – від 6 місяців до 5 років (ч. 2 ст. 222);

– КК Сербії: крадіжка – штраф чи позбавлення волі на строк до 3 років (ст. 203); шантаж – позбавлення волі на строк від 3 місяців до 5 років (ст. 215);

– КК Угорщини: крадіжка – позбавлення волі на строк до 2 років (ст. 370); шантаж – позбавлення волі на строк від 1 до 5 років (ст. 367);

– КК Франції: крадіжка – позбавлення волі на строк до 3 років та штраф 45 тис. євро (ст. 311-1); шантаж – позбавлення волі на строк 5 років та штраф 75 тис. євро (ст. 312-10).

І лише в КК Нідерландів за ці діяння передбачено однакову відповідальність (штраф 4-ї категорії або до 4 років позбавлення волі) (статті 310, 318).

Зазначимо й те, що, на відміну від насильства та погрози спричинити смерть чи тяжку шкоду здоров'ю, відповідальність за зазначені види погроз (знищення/пошкодження майна, розголошення відповідних відомостей тощо) не регламентується (принаймні наскільки нам відомо) й окремими нормами.

Наостанок зауважимо, що для з'ясування вживаних у п. 9 ст. 6.1.3 понять «насильство» та «погроза його застосування» розробники проєкту відсилають до пунктів 37 і 55 ч. 2 ст. 1.4.1, відповідно. Однак, звернувшись до цих норм, ми бачимо, що у них насправді дається визначення… «органів правопорядку» та «розголошення інформації». Звісно, це звичайні технічні помилки, які потребують усунення.

Щодо доцільності/недоцільності посилення відповідальності за викрадення (інші злочини) «особою, яка має непогашену судимість за умисний злочин»

Стосовно такої ознаки, яка, на відміну від чинного КК , жодним чином не пов'язана саме із попереднім вчиненням кримінального правопорушення проти власності (повторність однорідних кримінальних правопорушень), варто зайняти послідовну позицію: або вона підвищує тяжкість усіх умисних злочинів, або жодного. Змоделюємо таку ситуацію. Особа вчиняє передбачене іншим розділом Книги шостої умисне заволодіння природним ресурсом (ст. 6.5.4), а потім, маючи непогашену судимість за цей умисний злочин, – викрадення ноутбука, передбачене ст. 6.1.4. За таких умов тяжкість останнього злочину (викрадення ноутбуку) буде підвищена на один ступінь. Водночас у зворотній ситуації, коли вчиняються два цих самих умисних

злочини, передбачені різними розділами однієї Книги проєкту, ступінь тяжкості другого злочину (незаконного заволодіння природними ресурсами), попри наявність непогашеної судимості за попереднє викрадення ноутбуку, змінена не буде. Зрозуміти таку логіку складно. Видається, що така несправедлива ситуація, яка, нагадаємо, має місце і в чинному КК (зокрема, йдеться про повторність кримінальних правопорушень проти власності та кримінальних правопорушень, передбачених статтями 262 і 289), має бути усунута.

До речі, крім країн групи СНД, можемо навести і приклади, коли кваліфікуючими ознаками кримінальних правопорушень проти власності визнаються: ст. 205 КК Чехії – «вчинення того ж діяння»; у КК Франції зазначається, що у відповідних статтях крадіжка, вимагання, шантаж, шахрайство та зловживання довірою з точки зору рецидиву розглядаються як одне й те саме діяння; ст. 196 КК Болгарії – «повторна крадіжка» тощо.

Щодо злочинів, на які поширюється така «кваліфікуюча» ознака, як вчинення «з проникненням у володіння особи» (п. 8 ст. 6.1.3)

Ця ознака поширюється на два злочини – викрадення чужої речі (ст. 6.1.4) та заволодіння чужою нерухомою річчю або правом на річ (ст. 6.1.5). Якщо стосовно викрадення питань загалом не виникає, то надання відповідній ознаці кваліфікуючого значення відносно передбаченого ст. 6.1.5 «заволодіння чужою нерухомою річчю» видається сумнівним кроком, адже змістом такого заволодіння якраз і є *проникнення у володіння іншої особи***,** тобто будь-який прояв заволодіння супроводжуватиметься «проникненням у володіння особи». Тому проєкт у цій частині слід уточнити. «Забігаючи наперед», зазначимо, що викладене зайвий раз засвідчує недоцільність об’єднання у межах однієї статті дій, передбачених наразі ст. 6.1.5.

Щодо порушення заборони подвійного інкримінування (за проєктом – однократності)

Викрадення майна та заволодіння чужою нерухомою річчю або правом на річ, «*поєднані з насильством або погрозою його застосування*» та «*з проникненням у володіння іншої особи*», визнаються ознаками, які підвищують тяжкість цього злочину на один ступінь (пункти 8 та 9 ст. 6.1.3), а «*з використанням викраденого або підробленого платіжного засобу чи інструменту*» – на два ступеня (п. 2 ст. 6.1.2). Одночасно ці ознаки становлять собою самостійні склади кримінальних правопорушень:

1) порушення недоторканості житла чи іншого володіння (ст. 4.7.5); 2) спричинення відповідної шкоди здоров'ю (статті 4.2.6–4.2.9); 3) підроблення; 4) викрадення платіжних засобів або інструментів визнаються (статті 6.3.9 та 6.3.11).

Постає питання: чи не буде одночасне врахування цих обставин і як таких, що підвищують ступінь тяжкості викрадення, і як підстав для кваліфікації за окремими статтями, порушенням принципу однократності застосування кримінально-правових засобів (ст. 1.2.7)? Наприклад, при викраденні майна особа спричинила потерпілому тяжку шкоду здоров'ю (згідно з термінологією чинного КК – тяжкі тілесні ушкодження). Наразі ми кваліфікуємо такі дії лише за ч. 4 ст. 187, без посилання на ст. 121 КК. За реалізації ж пропонованого у проєкті підходу це насильство ми будемо враховувати двічі. Очевидно, робочій групі, яка (допускаємо) жодних проблем у цьому разі не вбачає, слід бути готовій відповідати на подібні запитання.

Щодо кореляції між назвами і диспозиціями пов'язаних статей

По-перше, у диспозиціях ст. 6.1.6 і ст. 6.1.11 йдеться про аналогічні дії, які відрізняються лише параметрами спричинених наслідків, – істотною (злочин) чи неістотною (проступок) майновою шкодою. Водночас якщо у назві ст. 6.1.6 відсутня вказівка на *«незаконність»* відповідних дій, то у назві ст. 6.1.11 вона (вказівка) існує. Це технічка помилка чи свідоме рішення?

Крім того, з диспозиції ст. 6.1.11 необхідно вилучити «зайве» слово «шляхом», яке було актуальним при попередніх способах позначення діяння.

По-друге, у назвах всіх статей, зосереджених у розділі 6.1, міститься вказівка на предмет кримінального правопорушення. Єдиний виняток – це ст. 6.1.9 «Дрібне викрадення» при тому, що в назві статті, присвяченої аналогічному злочину (ст. 6.1.4), конкретизується, що йдеться про викрадення «чужої речі». Бажано уніфікувати.

Сказане стосується і наслідків. Адже попри те, що в усіх випадках у диспозиціях статей йдеться виключно про майнову шкоду, у назвах ст. 6.1.8 і ст. 6.1.11 вказівка саме на майнову шкоду відсутня («спричинило тяжкі наслідки» та «неістотну шкоду», відповідно), тоді як вже у назві ст. 6.1.13 вона (вказівка) вже є («спричинило неістотну майнову шкоду»).

Щодо уніфікації відповідальності за форми викрадення

Така уніфікація, наскільки ми розуміємо, сталася внаслідок сприйняття робочою групою відповідної рекомендації Т. Михайліченко. Таку ідею, яка, наскільки нам відомо, не впроваджена у жодній з європейських країн (про країни групи СНД годі й вести мову), можна оцінювати по-різному. Вона має як очевидні переваги, адже є втіленням ідеї «суворого, але маленького» (за В. Навроцьким) кодексу з максимально скороченою кількістю статей, так і недоліки, насамперед пов'язані з тим, що не враховується специфіка окремих форм викрадення, наявність якої (специфіки) для нас є безспірною.

Тут, однак, хотіли б пригадати аналізований вище розділ 5.3, зміст якого явно дисонує з ідеєю «маленького кодексу». Це тому, що різні розділи проєкту писали різні члени робочої групи? Попри те, що в згаданому розділі передбачена відповідальність лише за п'ять «базових» діянь, у ньому виділено 15 (!) статей, в яких диференційовано відповідальність залежно від наслідків і ставлення до них. І це при тому, що за допомогою не надто складних способів (зокрема пропонованих нами) кількість цих статей можна зменшити щонайменше втричі.

Незважаючи на деяку відмінність в описаних ситуаціях, для нас очевидним є певний дисонанс, коли в одному розділі проєкту максимально скорочується кількість статей, а в іншому, навпаки, така кількість є максимально (невиправдано) великою. В інших країнах ці питання вирішуються інакше: відповідальність за різні форми викрадення передбачається окремими статтями, тоді як посяганням на екологічну безпеку зазвичай відводиться лише одна стаття, остання частина якої нерідко містить положення про знижену кримінальну відповідальність у разі вчинення необережного діяння.

На цю ситуацію можна поглянути й з іншого ракурсу. Зокрема, хотілося б навести існуючі в проєкті приклади того, коли, попри очевидний зв'язок між «близькими» діяннями, які визнаються злочинами одного ступеня тяжкості, відповідальність за їх вчинення передбачена різними статтями:

– надання та одержання неправомірної вигоди за просування медичної продукції (статті 5.1.5 та 5.1.6);

– підроблення та поводження з підробленими грошима (або цінними паперами) (статті 6.3.5–6.3.8);

– викрадення та підроблення, з одного боку, та поводження з викраденими або підробленими платіжними засобами або інструментами (статті 6.3.9–6.3.10);

– заволодіння (ст. 7.8.5) та знищення, пошкодження або приховання офіційного документа (ст. 7.8.6) тощо.

Отже, якщо розробники проєкту використовують непритаманний для будь-якої іншої країни підхід, який полягає у регламентації відповідальності за всі форми викрадення у межах єдиної універсальної заборони, то варто бути послідовними і розглянути можливість об'єднання і деяких інших статей (принаймні тих, які зазначені вище).

Щодо встановлення в одній статті відповідальності за заволодінням нерухомістю та правом на річ

Недоцільність такого об'єднання пояснюється одразу декількома чинниками.

По-перше, це різний ступінь суспільної небезпеки базових і навіть таких, що спричинили однакову майнову шкоду, діянь (некваліфікованих) у вигляді, з одного боку, заволодіння чужою нерухомою річчю, а, з іншого, викрадення рухомої речі чи заволодінням правом на річ. Навряд чи можна вважати однаковим ступінь суспільної небезпеки, наприклад, викрадення чужої рухомої речі вартістю 100 тис. грн шляхом крадіжки чи привласнення (ст. 6.1.4), при якому повернення майна власнику (володільцю) є вкрай проблематичним, і самовільного зайняття земельної ділянки, при яких порушник залишається «прикутим» до нерухомості (ст. 6.1.5). Сказане стосується і порівняння суспільної небезпеки шахрайського заволодіння правом на земельну ділянку або квартиру, яка вартує 200 тис. грн, при якому проблематично відновити права власника, з одного боку, та самовільного зайняття земельної ділянки, яке спричинило навіть таку саму шкоду, яка вираховується відповідно до Методики, з іншого.

Очевидну різницю у ступені суспільної небезпеки розглядуваних діянь визнають і парламентарії європейських (а також пострадянських) країн. Цей факт одночасно підтверджується тим, що у всіх державах, в яких криміналізовано «незаконне заволодіння нерухомістю» (часто, як і у ст. 197-1 чинного КК України, земельною ділянкою):

1) за його вчинення, на відміну від проєкту, передбачено менш суворе покарання порівняно із караністю крадіжки (як і шахрайства та привласнення). Наприклад:

– КК Албанії: крадіжка – штраф чи позбавлення волі на строк до 7 років (ст. 134); незаконне заволодіння – штраф чи до 2 років (ст. 200);

– КК Іспанії: крадіжка – від 6 до 18 місяців позбавлення волі (ст. 252); незаконне заволодіння – штраф від 3 до 6 місячних ставок (ч. 2 ст. 245);

– КК Норвегії: крадіжка – штраф чи позбавлення волі на строк до 2 років (ст. 321); незаконне заволодіння – штраф (ст. 346);

– КК Португалії: крадіжка – позбавлення волі на строк до 3 років чи штраф (ст. 203); незаконне заволодіння – позбавлення волі на строк до 2 років чи штраф (ст. 215);

– КК Сербії: крадіжка – штраф чи позбавлення волі на строк до 3 років (ст. 203); незаконне заволодіння землею або приміщенням – позбавлення волі до 1 року або штраф (статті 218–219);

– КК Словенії: крадіжка – позбавлення волі на строк до 3 років (ст. 204); незаконне заволодіння – штраф чи позбавлення волі до 1 року (ст. 338).

Єдиний виняток – це КК Італії, в якому за розглядувані діяння передбачено однакову відповідальність (штраф чи позбавлення волі на строк від 6 місяців до 3 років (статті 624, 631);

2) на відміну від проєкту, відповідальність за це діяння не диференційована. Таким чином, унеможливлюється призначення занадто і, головне, невиправдано суворого покарання за будь-які прояви незаконного заволодіння нерухомістю.

Однак розробники проєкту можуть поставити слушне запитання: чи може вважатися справедливою відсутність диференціації відповідальності (залежно від спричиненої майнової шкоди) за аналізований злочин проти власності?

У 2020 р. один із авторів цього висновку (Р. Мовчан) у своїй докторській дисертації писав: *«Хотілося б зауважити, що викликає подив і та обставина, що, на відміну від багатьох інших злочинів проти власності, чинна редакція ст. 197-1 КК України не передбачає диференціації відповідальності залежно від розміру шкоди. Зокрема, у практиці її застосування зустрічаються випадки, коли внаслідок самовільного зайняття земельної ділянки завдається шкода в розмірі, наприклад: 1 млн 226 тис. грн; 1 млн 607 тис. грн; 1 млн 807 тис. грн; 1 млн 924 тис. грн; 2 млн 278 тис. грн; 3 млн 188 тис. грн; 4 млн 161 тис. грн; 20 млн 521 тис. грн.*

На мою думку, очевидно, що, зважаючи на «антивласницький» характер самовільного зайняття земельної ділянки, спричинення збитків у подібних розмірах треба визнавати обставиною, яка істотно підвищує ступінь його суспільної небезпеки, тобто відповідає основній вимозі, які

кримінально-правова доктрина висуває до обставин, що претендують на визнання їх кваліфікуючими ознаками. Крім того, наведені вище приклади демонструють, що розглядувана ознака не суперечить й іншому засадничому критерію: вона є відносно поширеною (не носить одиничний характер), однак не супроводжує більшість аналізованих злочинів.

З огляду на викладені положення, я дійшов висновку про необхідність доповнення особливо кваліфікуючих ознак розглядуваного складу злочину, використовуючи вказівку на самовільне зайняття земельної ділянки, яким завдано не лише значну (нова ч. 3), а й тяжку шкоду (ч. 4). Водночас вважаю, що орієнтиром на шляху вдосконалення нової редакції ст. 197-1 КК України має виступати показник «особливо великого розміру», який вказаний у п. 4 примітки ст. 185 КК України (600 НМДГ). У подальшому, зважаючи на можливе ухвалення нового КК України, цей показник, вочевидь, потребуватиме перегляду, але гривневий еквівалент, на мою думку, має зберігатися приблизно саме на такому рівні».

При цьому хотілося б звернути увагу на принциповому моменті: виступаючи за таку диференціацію та рекомендуючи «пов'язати» відповідні кваліфікуючі ознаки (фактично майнова шкода) з ознаками, притаманними класичним кримінальним правопорушенням проти власності, нами, попри це, за такі кваліфіковані діяння пропонувалося передбачити покарання у виді штрафу від 3 тис. до 5 тис. НМДГ (значна шкода) та від 5 тис. до 10 тис. НМДГ (тяжка шкода), відповідно.

Пов'язана така наша позиція була із очевидною відмінністю не лише в ступені, а й у характері суспільної небезпеки викрадень та заволодіння правом (тобто юридичним заволодінням) на майно, з одного боку, і фактичним заволодінням нерухомістю, з іншого**.** Ще раз зазначимо, що з урахуванням фізичних та юридичних властивостей, притаманних нерухомому майну, його неправомірне придбання можливе в результаті обернення на користь винного або іншої особи тільки шляхом оформлення права на нерухомість. На відміну від фактичного заволодіння чужим нерухомим майном, при якому порушується саме і лише фактичний зв'язок власника з цим майном, але не порушується юридичний зв'язок, при шахрайстві та вимаганні порушується саме юридичний зв'язок власника і майна.

Продемонстрована різниця в ступені та характері суспільної небезпеки засвідчує, що навіть за умови завдання значної чи тяжкої майнової шкоди саме лише фактичне заволодіння чужою нерухомістю має каратися штрафом

або лише дуже короткими термінами ув'язнення. При цьому проєктом передбачено, що:

– значна майнова шкода є різновидом значної шкоди, при наявності якої будь-яке умисне діяння автоматично визнається злочином 3-го ступеня тяжкості, які караються штрафом у розмірі від 1000 до 2000 розрахункових одиниць або ув'язненням на строк від 3 до 4 років;

– тяжка майнова шкода – тяжкої, яка так само автоматично «перетворює» діяння на злочин 5-го ступеня тяжкості, який може каратися лише (безальтернативність покарання) ув'язненням на строк від 6 до 8 років (пункти 2 та 3 ч. 4 ст. 2.5.9, пункти 3 та 5 ч. 1 ст. 3.2.5). Саме з призначенням такого покарання за незаконне заволодіння нерухомістю (навіть яке спричинило тяжку майнову шкоду) погодитись складно.

Навіть якщо не брати до уваги те, що згідно з проєктом будь-яке незаконне заволодіння нерухомістю має автоматично «обтяжуватися» ознакою у вигляді «проникнення у володіння особи» (сподіваємось, що ця очевидна помилка буде виправлена), хотілося б змоделювати доволі поширену на практиці ситуацію: голова фермерського господарства дає вказівку своїм підлеглим зайняти масив земельних ділянок, серед яких доволі часто опиняються і земельні ділянки, які належать людям, котрі досягли 70-ти або навіть 80-ти річного віку («уразливі» та «особливо уразливі», відповідно). За умови спричинення такими діями:

– значної майнової шкоди (базово злочин 3-го ступеня) цей злочин автоматично перетворюється на злочин 4-го (повторимося – навіть якщо не брати до уваги ознаку у вигляді «проникнення до володіння іншої особи»), адже мало місце «використання влади, службових чи професійних повноважень або пов'язаних з ними можливостей» (п. 6 ст. 6.1.3), або 5-го ступеня тяжкості (якщо зайнято земельну ділянку людини, якій більше 80-ти років);

– коли була спричинена тяжка майнова шкода відповідне діяння автоматично визнаватиметься злочином 6-го (безальтернативне покарання – ув'язнення на строк від 8 до 10 років) або навіть 7-го ступеня тяжкості (безальтернативне покарання – ув'язнення на строк від 10 до 13 років (!).

Можна змоделювати й інші подібні ситуації.

Шановні члени робочої групи, це ваш усвідомлений вибір?

Водночас ми розуміємо, що невизнання аналізованого діяння, яке спричинило значну або тяжку майнову шкоду, злочином 3-го або 5-го ступеня руйнуватиме втілену у ст. 2.5.11 проєкту концепцію

«автоматичного» і наскрізного (отже, уніфікованого) підвищення ступеня тяжкості діянь, які спричинили істотну майнову шкоду. Що ж робити в цій ситуації?

З урахуванням всіх представлених аргументів ми вважаємо, що для вирішення позначеної проблеми потрібно:

– по-перше, передбачити в різних статтях відповідальність за об'єднані наразі в межах ст. 6.1.5 фактичне заволодіння нерухомістю та заволодіння правом на майно;

– по-друге, попередній крок дозволить надалі відповідним чином скорегувати статті 6.1.2 і 6.1.3, за наслідком чого передбачені в них ознаки мають корелюватися зі складами, на які вони поширюються;

– по-третє, прийняти рішення, за допомогою якого були б враховані, з одного боку, майновий характер аналізованого злочину, а, з іншого, його очевидні специфіка та відмінність як від викрадень, так і від заволодіння правом на майно. На нашу думку, чи не єдиним кроком, який дозволить врахувати ці вимоги, буде виділення окремого складу «незаконне заволодіння нерухомістю», кримінальна караність якого, як і в подібній ситуації із таким же специфічним деліктом проти власності, як заволодіння знахідкою (ст. 6.1.10), буде пов'язуватися не із наскрізним поняттям «істотна майнова шкода», а з окремим та вираженим у конкретній кількості розрахункових одиниць показником, який буде стосуватися *лише цього злочину (як і проступку).* У статтях 6.1.2 та 6.1.3 можна було б передбачити так само притаманні лише для аналізованого злочину і виражені в розрахункових одиницях показники майнової шкоди, з якими має пов'язуватися посилення ступеня тяжкості цього злочину на один (у випадку завдання майнової шкоди, яка виступатиме аналогом «значної майнової шкоди») та два ступеня (аналог «тяжкої майнової шкоди»), відповідно. Цей конкретний показник навіть міг би повністю корелюватися і відповідати розмірам майнової шкоди, які визначені у ст. 1.4.4. Тобто проступком могло б визнаватися незаконне заволодіння нерухомістю, яке спричинило майнову шкоду у розмірі, що відповідає неістотній майновій шкоді, злочином 1-го ступеня – істотній, а підвищення ступеня тяжкості цього злочину на один ступінь (ст. 6.1.2) мало б пов'язуватися з майновою шкодою, еквівалентною «значній», а на два (ст. 6.1.3) – «тяжкій».

Такий крок одночасно дозволив би: 1) врахувати майновий характер незаконного заволодіння нерухомістю; 2) диференціювати відповідальність за таку поведінку залежно від завданої нею майнової шкоди; 3) врахувати

беззаперечну та очевидну (принаймні для нас та для іноземних парламентаріїв**)** відмінність у ступені та характері суспільної небезпеки аналізованого делікту проти власності порівняно з іншими; 4) не порушувати обраний розробниками проєкту наскрізний та універсальний підхід щодо зміни ступеня тяжкості злочинів, які спричинили саме «істотну» майнову шкоду, вказівка на яку буде відсутня у базовому складі.

Щодо невизнання проступком такого діяння, як «заволодіння чужою нерухомою річчю або правом на річ, що спричинило неістотну майнову шкоду»

Загалом у підрозділі 1 розділу 6.1 виділено чотири базові діяння, умисні прояви яких визнаються злочинними за умови спричинення істотної майнової шкоди (статті 6.1.4 – 6.1.7): 1) викрадення чужої речі; 2) заволодіння чужою нерухомою річчю або правом на річ; 3) використання чужої речі або енергії; 4) знищення чи пошкодження чужої речі (необережні прояви цього діяння, що спричинили тяжку майнову шкоду, караються ст. 6.1.8). При цьому у підрозділі 2 розділу 6.1 проступками визнані три із названих вище діянь, які спричинили неістотну майнову шкоду; таке ж діяння, *як заволодіння чужою нерухомою річчю або правом на річ,* що спричинило таку саму неістотну майнову шкоду, кримінально протиправним вже не визнається. Постає питання: чим викликаний такий диференційований підхід? За умови, коли відповідні діяння, які спричинили істотну, значну та тяжку майнову шкоду, визнаються однорівневими за ступенем своєї суспільної небезпеки (чи виправдано – питання інше), аналогічним чином (тобто уніфіковано) мало б вирішуватись і питання щодо статусу таких діянь, які спричинили неістотну майнову шкоду. Тобто всі вони, включаючи *«заволодіння чужою нерухомою річчю або правом на річ»,* мали б бути визнані проступками.

Щодо визнання криміноутворювальною ознакою самовільного і безоплатного використання електричної енергії спричинення майнової шкоди – істотної (ст. 6.1.6) та неістотної (ст. 6.1.11)

Подібний підхід реалізовано у ст. 188-1 чинного КК «Викрадення води, електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання». Однак точне встановлення розміру завданої шкоди, що впливає на кваліфікацію вказаного кримінального правопорушення, істотно ускладнюється через усталене звернення у цьому разі до документів

відповідного державного регулятора. Справа у тому, що визначені у такий спосіб параметри завданої шкоди є приблизними, орієнтовними, такими, що не мають належного ступеня достовірності. Шкода, фактично завдана викраденням електричної енергії, і розмір збитків, нарахованих на підставі документів державного регулятора, – далеко не завжди одне і те саме.

Відтак використання вказаних показників при кваліфікації дій за ст. 188-1 КК суперечить ст. 62 Конституції України, відповідно до якої обвинувачення не може ґрунтуватись на припущеннях, а усі сумніви щодо доведеності вини особи мають тлумачитись на її користь. Тому в юридичній літературі час від часу озвучується пропозиція замінити у ст. 188-1 КК (сказане стосується саме і тільки електроенергії) заподіяння значної (великої) шкоди іншою, так би мовити, більш коректною ознакою. Із питання використання криміноутворювальних ознак робоча група (і розділ 6.1 у цьому аспекті не є винятком) демонструє схвальну гнучкість (наприклад, вже згадувана ст. 6.1.10, яка дещо «вибивається» із загальної моделі побудови статей про кримінальні правопорушення проти власності). Тому в частині описання самовільного та безоплатного використання електроенергії не варто консервувати існуючий стан речей.

Щодо описання незаконних дій з гуманітарною допомогою чи благодійними пожертвами

1. Формулювання ст. 6.1.12 «Незаконні дії з гуманітарною допомогою чи благодійними пожертвами» не усуває притаманний ст. 201-2 чинного КК недолік, який полягає в неохопленні зловживань з гуманітарною допомогою у негрошовій і нетоварній формах. Тобто не усувається класична неузгодженість статті кримінального закону з положеннями регулятивного законодавства. Навряд чи це можна оцінити схвально – навіть попри те, що зловживання з гуманітарною допомогою, яка може набувати вигляду виконання робіт чи надання послуг, судячи з повідомлень у ЗМІ і матеріалів правозастосовної практики, не є розповсюдженими у сьогоднішній Україні. Адже проєкт пишеться на перспективу. Вивчення статей 6.1.4–6.1.6 схиляє до думки про те, що ця прогальність характерна і для них – навіть попри універсальність формулювання, закріпленого у п. 4 ст. 6.1.3: «…вчинення умисного злочину, передбаченого статтями 6.1.4–6.1.6, щодо гуманітарної допомоги чи благодійної пожертви».

2. Ще один аспект неузгодженості понятійного апарату кримінального і регулятивного законодавства полягає тому, що у ч. 1 ст. 201-2 і назві цієї

статті чинного КК не згадуються такі, що фігурують у Законі від 5 липня 2012 р. «Про благодійну діяльність та благодійні організації» (поряд із благодійними пожертвами), благодійні гранти (цільова допомога у формі валютних цінностей, яка має бути використана бенефіціаром протягом строку, визначеного благодійником). З одного боку, на користь підходу, згідно з яким використання або розпорядження благодійними грантами з метою отримання прибутку може кваліфікуватися за ст. 201-2 КК, вказує зроблене в ч. 2 ст. 6 Закону від 5 липня 2012 р. застереження, згідно з яким до благодійних грантів застосовуються положення про благодійні пожертви, якщо інше не визначено законом. З іншого, наведений підхід може бути підданий критиці як такий, що порушує заборону на застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією (ч. 4 ст. 3 КК). Так, А. Айдинян (2022) вважає, що благодійні гранти не становлять предмет кримінального правопорушення, передбаченого ст. 201-2 КК, тобто у цьому разі наявна прогалина кримінального закону. Вказаний нюанс, судячи зі ст. 6.1.12, залишився непоміченим і для робочої групи.

3. Використання як гуманітарної допомоги, так і благодійної пожертви не завжди (звісно, якщо не ігнорувати здобутки цивілістики) може бути визнано правочином щодо розпорядження відповідним предметом, хоч зі ст. 6.1.12 проєкту випливає протилежне.

Крім цього, мабуть, є сенс задуматися над тим, чи не слід у цьому разі відмовитись від термінології цивілістичного походження на користь звичної (усталеної) кримінально-правової термінології, зорієнтованої на як платні, так і безоплатні форми відчуження майна.

4. Зрозуміло, що реагування на зроблені вище зауваження, які лежать головним чином у площині дотримання правил законодавчої техніки, не позбавлене сенсу тільки за умови отримання ствердної відповіді на принципове питання – про потребу мати «під» зловживання з гуманітарною допомогою, благодійними пожертвами і грантами окрему кримінально-правову заборону.

Тут не буде зайвим нагадати, що у проєкті Концепції реформування кримінального законодавства України, підготовленому у 2019 р. робочою групою, як на один із недоліків чинного КК вказується на його перенасиченість спеціальними складами злочинів, що вступають у колізії із загальними складами та між собою. Симптоматично, що один із розробників проєкту М. Хавронюк, відзначивши, що у чинній редакції ст. 201-2 КК внаслідок коригування у парламенті законопроєкту, ініційованого МВС

України, не знайшли відбиття значимі обставини, стверджує, що ця стаття чинного КК «втратила будь-який свій сенс». Інший учасник робочої групи Ю. Пономаренко на круглому столі «Кримінальна відповідальність за незаконне використання гуманітарної допомоги», організованому представниками волонтерської спільноти (28 грудня 2022 р.), назвав ст. 201-2 КК статтею-рефлексією, поява якої вчергове демонструє негативну схильність законодавця реагувати на будь-які суспільні негаразди за допомогою кримінально-правових новел.

За таких обставин постає неминуче питання: для чого у проєкті «наступати на ті ж самі граблі»?

Якщо є необхідність забезпечити посилену кримінально-правову охорону права власності на відповідне специфічне майно, то для цього достатньо згаданого п. 4 ст. 6.1.3.

Стаття ж 6.1.12 проєкту в її нинішній редакції, чітко не визначаючи антисуспільну спрямованість і правову природу передбаченого нею посягання, невиправдано синтезує «власницький» і «господарський» компоненти, коли змісту діяння як елемента об'єктивної сторони складу кримінального правопорушення значення не надається, а вирішальну роль відіграє така ознака, як предмет. Отже, пропонуємо робочій групі виключити з проєкту ст. 6.1.12, яка, лише незначним чином відрізняючись у кращий бік від ст. 201-2 чинного КК, не усуває притаманні їй основні концептуальні недоліки.

РОЗДІЛ 6.2.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

1. Відповідно до п. 9 ч. 1 ст. 2.5.3 шкода інтелектуальній власності визнається *істотною*, а відповідно до ч. 3 ст. 2.5.1 кримінальне правопорушення, яким умисно спричинено, зокрема, істотну шкоду, є *злочином*. Наведені положення Загальної частини видаються неузгодженими із віднесенням до *проступків* порушення особистих немайнових прав інтелектуальної власності (ст. 6.2.4). Якщо шкода інтелектуальній власності завжди (беззастережно) є істотною шкодою, то чи коректно вести мову про порушення майнових прав інтелектуальної власності, що спричинило *неістотну* шкоду (назва ст. 6.2.5)? Щоб усунути згадані неузгодженості і зберегти пропоновану у розділі 6.2 диференціацію відповідальності за

кримінальні правопорушення проти інтелектуальної власності, можливо, варто виключити п. 9 із ч. 1 ст. 2.5.3.

Використана у цій нормі лексична конструкція «*шкода інтелектуальній власності*» вразлива, бо об'єктом кримінально-правової є право(-а) інтелектуальної власності. З цієї ж причини назву розділу 6.2 доцільно викласти у такій редакції: «*Кримінальні правопорушення проти права інтелектуальної власності*».

2. У проєкті знайшла втілення неодноразово озвучувана в юридичній літературі (П. Андрушко, П. Берзін, В. Гулкевич, В. Харченко та ін.) ідея виокремлення самостійного розділу кримінального закону, присвяченого кримінальним правопорушенням проти інтелектуальної власності, яка (ідея) ґрунтується на спільності родового об'єкта зазначеної групи правопорушень як сукупності відносин щодо результатів інтелектуальної, творчої діяльності, засобів учасників індивідуалізації цивільного обороту, товарів, послуг і недобросовісної конкуренції. За таких обставин досить дивним виглядає розміщення ст. 6.4.12 «Діяння щодо комерційної та банківської таємниці» (у частині, в якій ця стаття стосується комерційної таємниці як одного з об'єктів права інтелектуальної власності, – див. ст. 420 ЦК) у розділі 6.4 «Кримінальні правопорушення проти порядку господарювання». На сьогодні розташування кримінально-правових заборон, присвячених деліктам проти інтелектуальної власності, враховує класифікацію об'єктів права інтелектуальної власності залежно від того: а) який аспект в них є домінуючим – творчий або господарський, і б) переважно в якій сфері життєдіяльності суспільства використовуються певні об'єкти інтелектуальної власності. Однак якщо у проєкті аналізованим посяганням присвячено окрему структурну частину, то логічно зібрати у ній всі статті, в яких йдеться про діяння з відповідними об'єктами.

До слова віднесення кримінального правопорушення, передбаченого ст. 6.4.12 проєкту, до числа проступків не узгоджується з вимогою належної кримінально-правової охорони прав інтелектуальної власності (див. про це нижче).

Зважаючи на відсутність спеціального закону, яким регулюються правовідносини щодо комерційної таємниці (наявні загальні положення в ЦК і ГК України), а також специфічні способи використання цього об'єкта права інтелектуальної власності (збирання, розголошення, використання відомостей), доцільно в межах розділу 6.2 передбачити окрему статтю, присвячену посяганням на комерційну таємницю.

3. Делікти проти інтелектуальної власності у проєкті пропонується визнавати кримінальними правопорушеннями проти економіки. У вітчизняній літературі представлено палітру визначень економічної злочинності (злочинності у сфері економіки), одиницею виміру якої є економічний злочин. Зокрема:

основна специфіка економічних злочинів полягає у тому, що це корисливі діяння, вчинювані особами, які виконують певні функції у сфері виробництва і послуг (Г. Матусовський, 1999);

економічна злочинність – сукупність економічних злочинів, вчинених у сфері цивільного обігу речей, прав, дій за певний період часу, з протиправним використанням легітимних технологічно-облікових операцій, фінансово-господарських і цивільно-господарських інструментів, організаційно-регулятивних і контрольно-управлінських прав і повноважень (В. Попович та ін., 2009);

економічна злочинність – сукупність суспільно небезпечних і кримінально-караних проявів господарської діяльності, які посягають на механізм організації національної економіки та які вчиняють зазвичай суб'єкти господарської діяльності – фізичні особи або службові особи юридичних осіб – суб'єктів господарської діяльності у процесі здійснення ними фактичної чи фіктивної господарської діяльності через порушення порядку її здійснення з метою отримання економічної вигоди (А. Бойко, 2009);

злочинність у сфері економіки – це корислива злочинна діяльність службових осіб та інших учасників економічних відносин, спрямована на заподіяння матеріальної шкоди підприємствам, установам, організаціям різних форм власності або суб'єктам господарювання (Б. Головкін, 2013).

Визначення економічних злочинів (злочинів у сфері економіки), хоч і є численними і багатоаспектними, містять низку спільних ознак: 1) ці посягання вчиняються у сфері господарської діяльності; 2) їх суб'єктами можуть бути як підприємці, так й інші особи, які сприяють виконанню господарської діяльності; 3) вони завдають економічної, політичної, моральної шкоди суспільству і державі; 4) спрямовані на одержання економічної вигоди; 5) вчинюються тільки умисно; 6) можуть здійснюватися різноманітними засобами (О. Кальман, 2004).

Інтелектуальна складова, поза всяким сумнівом, є одним із важливих аспектів сучасних економічних процесів. Як зазначається в документах Всесвітньої організації інтелектуальної власності (ВОІВ), XXI сторіччя є

століттям економіки, заснованої на знаннях, в якій інтелектуальна власність виступає основною рушійною силою. Через це у кримінологічній літературі (наприклад, О. Новіков) висловлюється думка про те, що злочинність у сфері інтелектуальної діяльності є структурною частиною більш загального явища – економічної злочинності. «Інтелектуальне піратство» стало на сьогодні одним із розповсюджених і вельми прибуткових складових тіньової економіки.

З іншого боку, згідно зі ст. 418 ЦК право інтелектуальної власності – це право особи на результат інтелектуальної, творчої діяльності або на інший об'єкт права інтелектуальної власності; тому право інтелектуальної власності становлять й особисті немайнові права інтелектуальної власності. Приписи ст. 423 ЦК, ст. 11 Закону України «Про авторське право і суміжні права» не дають підстав вважати, що особисті немайнові права інтелектуальної власності, зокрема авторського права мають відношення до економічної діяльності. Так, складно зрозуміти, як звичайний плагіат шкодить економіці, навіть якщо поняття останньої тлумачити максимально поширювально. Відповідно, як зазначають західні юристи (Levine, David & Michele, 2008), більшість прав інтелектуальної власності зазвичай спрямовані на захист добробуту власника оригінального твору і надання йому можливості розвивати ідеї в умовах монополії.

З огляду на викладене, не можуть не виникати сумніви у правильності розміщення норм про кримінальні правопорушення проти інтелектуальної власності у Книзі шостій «Кримінальні правопорушення проти економіки». Щоправда, ідея включення цих норм в один із розділів Книги четвертої «Кримінальні правопорушення проти людини» (наприклад, розділ 4.8 «Кримінальні правопорушення проти соціально-економічних прав людини») так само може бути піддана критиці на тій підставі, що норми про кримінально карані порушення прав інтелектуальної власності, належні *юридичним особам*, не можуть визнаватись посяганнями на права *людини*.

4. У ст. 6.2.4 одним із порушень особистих немайнових прав інтелектуальної власності названо присвоєння авторства. Оскільки регулятивне законодавство (ч. 2 ст. 53 Закону України «Про авторське право і суміжні права») оперує іншою термінологією (плагіат), на неї і варто орієнтуватись у цьому разі.

У статтях 6.2.3 і 6.2.5 використовується зворот «*Особа, яка порушила майнове право інтелектуальної власності…*». При цьому у ст. 424 ЦК визначено майнові права інтелектуальної власності: 1) право на використання

об’єкта права інтелектуальної власності; 2) виключне право дозволяти використання об’єкта права інтелектуальної власності; 3) виключне право перешкоджати неправомірному використанню об’єкта права інтелектуальної власності, зокрема забороняти таке використання; 4) інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом. Із диспозицій згаданих статей проєкту незрозуміло, яке конкретне право у цьому разі мається на увазі. Зважаючи на назви статей 6.2.3 і 6.2.5 «Порушення майнових прав інтелектуальної власності…», очевидно, маються на увазі всі перераховані права або кожне з них, взяте окремо.

Найголовніше – це те, що стосовно описання об’єктивної сторони складів кримінально караних посягань на об’єкти права інтелектуальної власності гостро стоїть проблема, яку Ю. Баулін вдало позначив як проблему «золотої середини»: необхідно ясно і зрозуміло визначити ознаки і межі кримінально протиправної поведінки, водночас не допустивши прогалин у визначенні певного виду суспільно небезпечної поведінки як кримінального правопорушення. Ознайомлення з розділом 6.2 зайвий раз демонструє складність знаходження такої «золотої середини». У ньому спостерігається посилення (навіть порівняно з чинним КК, статті 176, 177 і 229 якого містять невичерпні переліки конкретизованих діянь, що полегшує кваліфікацію відповідних деліктів) бланкетності диспозицій кримінально-правових заборон, присвячених кримінальним правопорушенням проти інтелектуальної власності. Так, Закон України «Про авторське право і суміжні права» визначає 15 різних способів використання прав об’єктів права інтелектуальної власності, а в Законі України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» визначено 8 способів використання об’єктів права інтелектуальної власності, і цим способам, зрозуміло, кореспондують певні прояви протиправної поведінки.

Очевидно, що пропоноване у розділі 6.2 конструювання статей про посягання на права інтелектуальної власності: а) своїм неминучим наслідком матиме те, що кримінальний закон стане ще менш зрозумілим для правоохоронців і потенційних делінквентів і вимагатиме ще більше кваліфікованих зусиль для його тлумачення; б) негативним чином позначиться на однаковості, сталості і передбачуваності судової практики.

Навряд чи використання абстрактних конструкцій «порушення майнових/особистих немайнових прав інтелектуальної власності» узгоджується зі ст. 1.2.2 «Юридична визначеність». Відтак пропонуємо рухатись принципово іншим (усвідомлюємо – трудомістким) шляхом: варто

спробувати – з урахуванням оцінки положень регулятивного законодавства, правозастосовної практики (до речі, не лише матеріалів кримінальних проваджень), зарубіжного досвіду та із залученням фахівців з інтелектуальної власності – виокремити ті найбільш соціально шкідливі (неприйнятні) і відносно розповсюджені різновиди порушення права інтелектуальної власності, які насправді потребують кримінально-правового реагування.

Якщо цього не зробити, то і надалі (вже стосовно нового КК) лунатимуть пропозиції (свого часу їх озвучував, наприклад, М. Хавронюк) декриміналізувати кримінальні правопорушення проти права інтелектуальної власності на тій підставі, що у чинному (некримінальному) законодавстві вистачає правових важелів впливу на порушників відповідного законодавства, і сенсу у застосуванні саме кримінальної відповідальності щодо цих правопорушників немає. Тим більше, що таке застосування є наразі яскравим прикладом вибіркового правосуддя. І проєкт, на жаль, поки що не сприяє розв'язанню цієї злободенної проблеми. Та обставина, що регулятивне законодавство наголошує на незаконності будь-якого посягання на той чи інший об'єкт права інтелектуальної власності, у жодному разі не означає того, що кожне таке посягання має визнаватись кримінальним правопорушенням. Тим більше, що сама робоча група проголошує таке: «*Кримінально-правові засоби є крайніми засобами реагування держави на протиправні діяння*» (ч. 1 ст. 1.2.4 «Пропорційність»).

Зокрема, ст. 6.2.4 проєкту в її теперішньому вигляді вважаємо проявом необґрунтованої криміналізації порушень особистих немайнових прав інтелектуальної власності, які можуть бути захищені за допомогою гнучкого цивільно-правового інструментарію. Теза про необґрунтовану криміналізацію може бути поширена і на проступок, описаний у ст. 6.2.5, згідно з якою кримінальна відповідальність має наставати у разі будь-якого порушення майнових прав інтелектуальної власності, що заподіяло шкоду вже у розмірі понад 200 грн.

Якщо понад 90% дорослого населення України вчиняє діяння, що містять ознаки кримінальних правопорушень у сфері інтелектуальної діяльності, то це свідчить про хибність законодавчого підходу в частині визначення відповідних кримінально-правових заборон. Останні – продукт невиправданої правотворчості, що не має належного соціального, юридичного і морального підґрунтя (В. Харченко). Ця сумнівна тенденція некритично підтримується розробниками проєкту.

5. У контексті оптимізації меж криміналізації порушень права інтелектуальної власності звернемо увагу і на таке. У ст. 61 Угоди TRIPS зазначається, що кримінальні процедури та покарання мають застосовуватись у випадках умисного підроблення торгового знаку або піратського копіювання *в комерційних масштабах*. Заходи повинні включати ув'язнення та (або) грошові штрафи, достатні для того, щоб слугувати засобом стримування і відповідати рівню покарання, що застосовується у випадках скоєння злочинів відповідної тяжкості. Країни можуть передбачити, щоб кримінальні процедури та покарання застосовувались і в інших випадках порушення прав інтелектуальної власності, *особливо коли вони вчинені умисно та в комерційних масштабах*. Ст. 10 Конвенції РЄ про кіберзлочинність від 23 листопада 2001 р. зобов'язує держави-учасниці вживати такі законодавчі та інші заходи, які можуть бути необхідними для встановлення кримінальної відповідальності за порушення авторських прав і суміжних прав у випадку, коли такі дії вчинені свідомо, у *комерційних розмірах* і за допомогою комп'ютерних систем.

Зокрема, корислива мотивація при порушенні використання майнових авторських прав відсутня, коли йдеться про сферу освіти і культури, на що звертає увагу Директива 2019/790/ЄС про авторське право і суміжні права на єдиному цифровому ринку та внесення змін до Директив 96/9/ЄС і 2001/29/ЄС. Вочевидь, подібні випадки не можуть бути віднесені до «комерційного порушення авторських прав», і це має бути враховано в національному праві. Судячи зі змісту розділу 6.2, вказаний нюанс не повною мірою взято до уваги.

Фахівці кафедри інтелектуальної власності та інформаційного права навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка за результатами ознайомлення з розділом 6.2 проєкту вимушені були констатувати значне пом'якшення кримінальної відповідальності за посягання на права інтелектуальної власності, що, на їх переконання, не відповідає високому рівню захисту прав інтелектуальної власності, передбаченому в Угоді TRIPS та Угоді про асоціацію України з ЄС, і неминуче викличе критику з боку міжнародних організацій. Зокрема, привертається увага до того, що базовий ступінь тяжкості порушення майнових прав інтелектуальної власності (злочин, передбачений 6.2.3) є 1-им, тобто найнижчим. Навіть за умови вчинення цього злочину у складі організованої групи (підвищення на 2 ступеня тяжкості за ст. 6.2.1) злочин не визнаватиметься тяжким, що унеможливить проведення НС(Р)Д, а це

означає, що правоохоронні органи матимуть серйозні проблеми з доказуванням («глухі та сліпі»). Згадані фахівці підкреслюють перспективність конструювання складів деяких кримінальних правопорушень проти права інтелектуальної власності як формальних і у зв'язку з цим висувають пропозицію включити у розділ 6.2 проєкту статтю такого змісту: «*Особа, яка порушила майнове право інтелектуальної власності у спосіб виробництва (фасування, нанесення об'єктів права інтелектуальної власності) фальсифікованої продукції або піратських примірників творів, – вчинила злочин 3 ступеня*».

У будь-якому разі доцільно обговорити питання про переформатування розділу 6.2 із тим, щоб він включав статті про діяння, які є підстави розцінювати як «інтелектуальне піратство». Саме у такому контексті провадиться політика протидії порушенням інтелектуальної власності ВОІВ, Міжурядовим комітетом з авторського права. «…недоцільною є криміналізація дрібних порушень прав інтелектуальної власності, що вчинюються без мети серійного виробництва чи обігу товарів чи послуг» (А. Нерсесян).

За викладеного варіанту поліпшення проєкту його розробникам доцільно визначитись із віднесенням кримінальних правопорушень проти інтелектуальної власності до злочинів, що спричиняють майнову шкоду, яка є щонайменше значною; майнову ж шкоду у розмірі 20 тис. грн (ст. 6.2.3) складно визнати показником (еквівалентом) згаданих комерційних масштабів. Крім цього, доопрацювання будуть потребувати і статті 6.2.1, 6.2.2, присвячені «кваліфікуючим» ознакам. Зокрема, фахівцями з інтелектуальної власності ставиться питання про включення до цих ознак множинності кримінальних правопорушень щодо різних об'єктів права інтелектуальної власності і множинності кримінальних правопорушень щодо одного об'єкта права інтелектуальної власності (із кримінально-правової точки зору такі формулювання, звісно, некоректні, але важливим у цьому разі є змістовний аспект).

6. У п. 63 ч. 2 ст. 1.4.1 зазначається, що *шкода майнова* – це майнові втрати, яких особа зазнала внаслідок вчинення кримінального правопорушення у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного речового права (прямі збитки). Розуміємо, що право інтелектуальної власності не є речовим правом (у ЦК праву власності та іншим речовим правам і праву інтелектуальної власності присвячено окремі

книги – Книгу третю і Книга четверту, відповідно), однак якогось іншого визначення майнової шкоди проєкт не містить. До того ж у розумінні положень ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод ЄСПЛ розглядає інтелектуальну власність як майно.

При цьому для застосування статей 176, 177, 229 КК характерним є визнання відповідною шкодою як криміноутворювальною (кваліфікуючою) ознакою не прямої дійсної шкоди, а втраченої (упущеної) вигоди. Так, у науково-практичному коментарі до ст. 229 КК один із співавторів цього висновку (О. Дудоров, 2018, 2019) пише, що структурно матеріальна шкода охоплює суми коштів, які суб'єкт права на знак для товарів чи послуг, фірмове найменування або кваліфіковане зазначення походження товару: 1) витратив (повинен витратити) для відновлення свого порушеного права; 2) одержав би від особи, яка порушила його право на відповідний об'єкт права інтелектуальної власності, у разі використання або надання ліцензії на використання такого права у передбаченому законодавством порядку. Втрачена вигода може бути спричинена, наприклад, тим, що винна особа, незаконно використовуючи чужий знак, розширює сферу збуту своєї продукції і тим самим послаблює на ринку попит на оригінальні товари, які виробляються і реалізуються власником знака на товар.

«Спричинення визначеного у законі розміру матеріальної шкоди шляхом заподіяння реальних збитків у разі вчинення кримінальних правопорушень, передбачених статтями 176, 177 та 229 КК України, через специфіку права на об'єкти інтелектуальної власності та специфіку їх предметів, неможливо. У разі вчинення кримінальних правопорушень у сфері інтелектуальної власності матеріальна шкода певного розміру завдається володільцям прав на такі об'єкти шляхом позбавлення або обмеження їх можливості отримати доходи, які б вони реально могли одержати за звичайних обставин, якби їх право на відповідний об'єкт інтелектуальної власності не було порушене, тобто є упущеною вигодою» (В. Харченко).

Такої ж позиції дотримуються фахівці з інтелектуальної власності, які залучаються до проведення експертиз у відповідних кримінальних провадженнях (див., наприклад: Тимощик Л.П. Методика визначення матеріальних збитків, які нанесені правовласнику в результаті неправомірного використання об'єктів інтелектуальної власності. *Експерт: парадигми юридичних наук і державного управління*. 2020. № 6. С. 11–35; Дідоборщ В.А. Проблематика визначення збитків в сфері інтелектуальної власності, на прикладі використання методу заміщення. *Експерт: парадигми*

юридичних наук і державного управління. 2019. № 2. С. 83–91; Федоренко В.Л., Бутнік-Сіверський О.Б., Тимощик Л.П. Визначення матеріальної шкоди при порушенні авторського права та суміжних прав в Україні з позиції економічно-правової природи кримінальної відповідальності: проблеми теорії та практики. *Експерт: парадигми юридичних наук і державного управління*. 2020. № 4. С. 11–45).

У постанові ККС ВС від 5 жовтня 2021 у справі № 686/17787/16-к зазначається, що шкода, заподіяна володільцю виключного права порушенням останнього, може виражатися у втраті або зменшенні сукупності тих благ, що володільцю надає виключне володіння. Такі вигоди можуть включати певний дохід або прибуток, заради якого і створюється більшість об'єктів виключного права. ККС ВС вирішив, що цей висновок, зроблений у контексті застосування ст. 176 КК, може застосовуватися до ст. 229 КК, враховуючи той факт, що ця заборона також стосується захисту виключного права. Тому з урахуванням особливостей об'єкта посягання, а саме знаку для товарів і послуг як об'єкта права інтелектуальної власності, матеріальна шкода або матеріальні збитки, завдані незаконним його використанням можуть визначатися на підставі розрахунку *неотриманого прибутку*. Розмір матеріальної шкоди, завданої потерпілим, установлено у висновку експерта, згідно з яким визначення майнової шкоди здійснювалося шляхом розрахунку доходу, який би могла отримати компанія, якби її права не було порушено.

Відзначимо, що ККС ВС, який стосовно кримінальних правопорушень проти інтелектуальної власності відійшов від концепту прямої дійсної шкоди, ухвалено і низку інших рішень, в яких послідовно обстоюється така ж позиція. Розуміємо, що обвинувачення не може ґрунтуватись на припущеннях. Однак відсутність упущеної вигоди в понятті майнової шкоди фактично унеможливить віднесення порушення прав інтелектуальної власності до кримінальних правопорушень. За незмінності підходу до розуміння майнової шкоди, відображеного у «глосарії», існує ймовірність декриміналізації значного масиву посягань на право інтелектуальної власності, що (сподіваємось) не входило у наміри розробників проєкту.

7. Віднесення до ознак, що підвищують тяжкість злочину, передбаченого ст. 6.2.3, на один ступінь, вчинення його «*з використанням медіа, інформаційної системи чи мережі Інтернет*» (п. 3 ст. 6.2.2), сприймається неоднозначно. Так, звісно, трапляються порушення права інтелектуальної власності, які не поєднуються з використанням вказаних інформаційних ресурсів. Однак у сучасних умовах ті діяння, які описуються

у розділі 6.2, переважно вчиняються саме з використанням Інтернету та месенджерів (наприклад, розповсюдження чужого контенту в телеграм-каналах). При цьому теорією кримінального права розроблені вимоги до змісту кваліфікуючих ознак як засобу диференціації кримінальної відповідальності. Однією з цих вимог є нехарактерність більш небезпечного варіанту поведінки; інакше кажучи, ознака, якій надається властивість кваліфікуючої, не повинна бути нормою для більшості кримінальних правопорушень. Тому пропонуємо розглянути питання про врахування ознаки «з використанням медіа, інформаційної системи чи мережі Інтернет» при визначені базового ступеня тяжкості злочину проти інтелектуальної власності.

РОЗДІЛ 6.3.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ
ПРОТИ ФІНАНСІВ

Стаття 6.3.1. Значення термінів, вжитих у цьому Розділі

У цій статті визначено показники «*великого*» (п. 1) та «*особливо великого*» (п. 3) розміру підроблених грошей, цінних паперів та активів (доходів), одержаних злочинним шляхом.

Якщо параметри майнової шкоди у проєкті максимально уніфіковані (див. висновок у частині зауважень до розділу 2.5), то відмінні від цих параметрів кількісні показники відповідних розмірів – ні. Причому не зовсім зрозуміло, чому, наприклад, великий розмір неправомірної вигоди – це 10 тисяч розрахункових одиниць (РО), підроблених грошей – лише 500 РО, а контрабанди, передбаченої іншим розділом (6.4), але цієї ж книги – вже 5 тис. РО? Тобто, на відміну від ситуації з майновою шкодою, розробники проєкту у розглядуваній частині демонструють диференційований підхід, що виглядає не зовсім гарно з погляду дотримання засади системності. Крім того, не може не поставати питання, на чому засновані пропоновані кількісні показники? На аналізі правозастосовних матеріалів? На опитуванні практичних працівників? На результатах кримінологічних досліджень? Чи це розміри є довільними і виражають лише суб'єктивну оцінку розробників проєкту? Сподіваємось на те, що робоча група знає аргументовані відповіді на ці питання.

Хоч у пунктах 1 і 3 ст. 6.3.1 мали б бути роз'яснені/визначенні показники великого та особливо великого розмірів не лише «підроблених грошей» та «цінних паперів», а й «активів (доходів), одержаних злочинним

шляхом», безпосередньо у самих цих визначеннях йдеться лише про «*номінальну вартість підроблених грошей або цінних паперів*» і не згадуються «*активи, одержані злочинним шляхом*».

Стаття 6.3.2. Ознаки, що знижують тяжкість злочину на два ступеня

У ст. 6.3.6 передбачено відповідальність за такі шість різновидів поводження з підробленими грошима, як: 1) придбання, 2) зберігання, 3) переміщення, 4) збут, 5) розміщення або 6) використання як засобу платежу. При цьому відповідно до ст. 6.3.2 вчинення умисного злочину, передбаченого пунктами 5 чи 6 ст. 6.3.6, щодо підроблених грошей, *які особа на момент придбання сприймала як справжні*, визнається ознакою, яка знижує на два ступеня тяжкість цього злочину. Загалом така ініціатива розробників проєкту заслуговує на підтримку, адже враховує реалізований у багатьох європейських країнах досвід створення відповідних привілейованих складів (наприклад, ч. 4 ст. 431 КК Андорри; ст. 245 КК Болгарії; ч. 3 ст. 386 КК Іспанії, ст. 312 КК Польщі; ч. 2 ст. 265 КК Португалії; ч. 4 ст. 223 КК Сербії; ч. 5 ст. 243 КК Словенії; ч. 2 ст. 274 КК Хорватії; § 147 КК ФРН). Водночас звернемо увагу на те, що у цих країнах пом'якшена відповідальність передбачається за будь-який збут підроблених грошей у той час, як у проєкті – лише за такі його різновиди, як розміщення або використання підроблених грошей як засобу платежу. Чим зумовлена така вибірковість?

Стаття 6.3.3. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на два ступеня.
Стаття 6.3.4. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь

1. Вчинення злочинів, передбачених статтями 6.3.21, 6.3.22, 6.3.23, в особливо великому та великому розмірі визнано ознаками, які підвищують тяжкість цих злочинів (легалізації та використання активів, одержаних злочинним шляхом), на два (п. 1 ст. 6.3.3) та один (п. 1 ст. 6.3.4) ступінь, відповідно. Незрозуміло, однак (зокрема, з огляду на зміст пунктів 1 і 3 ст. 6.3.1), чому посилену відповідальність не передбачено за підроблення та поводження з підробленими грошима або цінними паперами, вчинені в особливо великому та великому розмірі? Інакше кажучи, чому ці

«кваліфікуючі» ознаки не поширюються на злочини, передбачені статтями 6.3.5–6.3.8?

2. Таким ознакам, як *з використанням влади, службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей публічною службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище* (п. 3 ст. 6.3.3) і *з використанням влади, службових повноважень чи професійних обов'язків або пов'язаних з ними можливостей* (п. 4 ст. 6.3.4) надається наскрізне «кваліфікуюче» значення у межах розділу 6.3. Якщо стосовно частини злочинів, передбачених цим розділом, такий крок загалом виглядає виправданим (сумнів виникає лише щодо «професійної складової» другого із згаданих зворотів – див. висновок у частині зауважень до розділу 7.9), то стосовно інших фінансових злочинів – навряд чи. Так, складно простежити зв'язок між, наприклад, поводженням з підробленими грошима чи цінними паперами, викраденням платіжного засобу, з одного боку, і відповідним (службовим) статусом особи, з іншого. Водночас, наприклад, ухилення від сплати податків і соціальних внесків фактично завжди (у переважній більшості випадків) пов'язане з використанням службових чи професійних повноважень та можливостей винного. Зважаючи на відому у кримінально-правовій науці вимогу «відносної поширеності» кваліфікуючої ознаки, ознака, передбачена п. 4 ст. 6.3.4, не повинна поширюватись щонайменше на злочини, передбачені статтями 6.3.12–6.3.14.

Застосування п. 4 ст. 6.3.4 до ст. 6.3.17 «Розголошення інсайдерської інформації, що спричинило майнову шкоду», з огляду на обстоюване робочою групою розуміння розголошення інформації (п. 55 ч. 2 ст. 1.4.1), дозволятиме вести мову про порушення принципу non bis in idem. Чи у цьому разі має стати у нагоді правило, закріплене у ч. 2 ст. 2.5.12? («*Якщо у статті Особливої частини як ознака основного складу злочину передбачена ознака, що змінює ступінь тяжкості злочину, то при встановленні ступеня тяжкості вчиненого злочину ця ознака не враховується*»). Відповіді на це питання, як видається, можуть бути різними, адже відповідна ознака у розглядуваній ситуації визначена у статті не Особливої, а Загальної частини.

3. До ознак, що підвищують на один ступінь тяжкість злочинів, передбачених статтею 6.3.17, 6.3.18 чи 6.3.19, віднесено вчинення злочину *на фінансовому енергетичному ринку* (п. 2 ст. 6.3.4). Пропонована новела викликає низку зауважень.

По-перше, регулятивному законодавству невідоме поняття «фінансових енергетичних ринків». Натомість і в «REMIT» (Регламент (ЄС) № 1227/2011

від 25 жовтня 2011 р. щодо доброчесності та прозорості оптового енергетичного ринку), і в численних законопроєктах, і врешті-решт у ст. 222-2 чинного КК України йдеться про «оптові енергетичні ринки». Крім того, у Законі України від 23 лютого 2006 р. «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки» (в редакції Закону від 19 червня 2020 р.) неодноразово виокремлюється така специфічна сфера, яка стосується «оптових енергетичних продуктів», на які, до речі, вказується в ст. 232-3 чинного КК України. Припускаємо, що розробники проєкту мали намір посилити відповідальність за відповідні дії, вчинені саме у цих сферах. Якщо це так, то відповідний намір авторів проєкту мав би бути виражений за допомогою вказівки: 1) або на відповідні злочини, вчинені на *оптовому енергетичному ринку* (враховуючи термінологію, яка вживається у прийнятому за основу проєкті Закону від 1 квітня 2021 р. «Про внесення змін до деяких законів України щодо запобігання зловживанням на оптових енергетичних ринках» і REMIT; цей варіант видається оптимальним); 2) або на відповідні злочини, які стосуються *оптових енергетичних продуктів* (попри використання такого звороту у Законі України від 23 лютого 2006 р., його вживання є менш вдалим).

По-друге, розробники проєкту поширили «кваліфікуюче» значення аналізованої ознаки на три злочини: 1) розголошення інсайдерської інформації (ст. 6.3.17); 2) маніпулювання на фінансовому ринку (ст. 6.3.18); 3) приховування інформації про діяльність емітента (ст. 6.3.19). Таким чином, у проєкті відтворена кричуща помилка, притаманна чинному КК України. У примітці його ст. 222-2 (попри очевидний зв'язок цього злочину із кримінальним правопорушенням, передбаченим ст. 232-**3** «Незаконне використання інсайдерської інформації щодо оптових енергетичних продуктів») розкривається зміст наслідків та ознаки суб'єкта кримінальних правопорушень, передбачених ст. 222-2 і не однорідною ст. 232-**3,** а ст. 232-**2,** яка присвячена абсолютно не пов'язаному з ним (маніпулюванням на енергетичному ринку) *«приховуванню інформації про діяльність емітента»* (про яке згадується і в ст. 6.3.19 проєкту). У ст. 232-2 чинного КК України взагалі не згадується про «значну шкоду» та «тяжкі наслідки», параметри яких і розкриваються у примітці ст. 222-2 КК України. До речі, у REMIT також немає (цілком логічно) жодного згадування про «приховування інформації про діяльність емітента».

Замість приховування інформації про діяльність емітента у списку відповідних злочинів мало б (за умови визнання виправданості виділення

відповідної «кваліфікуючої» ознаки) фігурувати передбачене ст. 6.3.16 «використання інсайдерської інформації», що пояснюється як беззаперечним зв'язком цього діяння із деліктами, передбаченими статтями 6.3.17, 6.3.18 (особливо з розголошенням інсайдерської інформації), так і тим, що з-поміж іншого цьому діянню присвячені: 1) і REMIT; 2) і відповідні положення національного регулятивного законодавства, в яких йдеться про зловживання на енергетичних ринках (насамперед постанова НКРЕКП від 14 березня 2018 р. «Про затвердження Правил ринку «на добу наперед» та внутрішньодобового ринку»); 3) і розроблені проєкти нормативно-правових актів (проєкт Закону від 1 квітня 2021 р.; розроблений НКРЕКП проєкт постанови «Про затвердження Вимог щодо заборони та запобігання зловживанням на оптових енергетичних ринках» тощо).

По-третє, головне ж питання, яке виникає з приводу пропонованого робочою групою виокремлення аналізованої ознаки, – це доцільність такого кроку взагалі. Справа в тому, що в юридичній літературі (зокрема, у дисертаційному дослідженні І. Бартош (м. Вінниця, 2023)) доведено: 1) необхідність віднесення відповідних зловживань на оптових енергетичних ринках до проявів антиконкурентних дій; 2) те, що за інших однакових умов (передусім наслідків) відповідні зловживання на оптових енергетичних ринках немає підстав визнавати такими, що є небезпечнішими за інші прояви порушень конкурентно-антимонопольного законодавства. Зокрема, серед 100 % проявів антиконкурентних узгоджених дій суб'єктів господарювання: 23,8 % припало на сферу будівництва та будівельних матеріалів; 16 % – АПК, 9,4 % – транспорт; 3 % – охорона здоров'я, лікарські та медичні засоби; 1,7 % – зв'язок та телекомунікації, 28,5 % – інші ринки, і лише (відносно) 16 % – ПЕК і ЖКГ. Щодо проявів недобросовісної конкуренції, то відповідне відсоткове співвідношення виглядає таким чином: 50,3 % – АПК; 12,2 % – охорона здоров'я, лікарські та медичні засоби; 8,2 % – зв'язок та телекомунікації; 4,1 % – транспорт, 6,1 % – промисловість, 2,7 % – фінансова та страхова діяльність; 13,6 % – інші ринки. Частка ж ПЕК та ЖКГ у цій структурі становила… «цілих» 0,7 %.

Необхідно зауважити і те, що серед завдань АМКУ на 2021 р. з виявлення та припинення порушень конкурентного законодавства на окремих ринках фігурував не лише оптовий енергетичний ринок, а й сфера реклами лікарських засобів, біологічно активних добавок, лікувальних процедур, антисептичних засобів, ринок банківських послуг, сфера діяльності морських портів, залізничних вантажних перевезень,

антиконкурентні практики під час карантинних заходів, запроваджених через COVID-19, у сфері споживчих товарів тощо. Про розповсюдженість монопольних практик не лише у сфері функціонування оптових енергетичних ринків, а й в інших найбільш значимих галузях господарювання, пишуть і науковці, виділяючи такі сфери, як залізничний транспорт, поштовий зв'язок, телекомунікації, ЖКГ. Також вказується, що олігопольна модель і розподіл ринку між трьома-чотирма основними суб'єктами спостерігається на ринках курятини, курячих яєць, соняшникової олії, солі, кондитерських виробів, нафтопродуктів тощо. Отже, головним критерієм суспільної небезпеки (тяжкості) порушень конкурентно-монопольного законодавства (як, до речі, і зловживань на фінансових ринках) є не конкретна сфера, де вони відбуваються, а завдана майнова шкода.

4. У п. 5 ст. 6.3.4 до числа «кваліфікуючих» ознак (причому всіх фінансових злочинів) віднесено їх вчинення «*з використанням медіа, інформаційної системи чи мережі Інтернет*». Така пропозиція видається сумнівною. Із визначення «інформаційних систем», яке міститься у п. 21 ч. 2 ст. 1.4.1, випливає, що це фактично будь-який комп'ютер, без використання якого, наприклад, навряд чи можна уявити вчинене в умовах сьогодення підроблення грошей (ст. 6.3.5), цінних паперів (ст. 6.3.7), і, тим більше, діяння, передбачене ст. 6.3.11 «Виготовлення засобу, призначеного для підроблення грошей, цінного паперу, платіжного засобу або інструменту чи поводження з ним» (у цій статті прямо названі незаконні дії, зокрема, з *комп'ютерною програмою, даними*). Ця ознака, якщо й мала б визнаватись такою, що підвищує ступінь тяжкості, то лише щодо окремих злочинів, передбачених розділом 6.3, список яких має бути ретельно продуманий.

Щодо ступеня тяжкості підроблення грошей та поводження з підробленими грошима (статті 6.3.5, 6.3.6)

Вказані делікти визнаються злочинами 5-го ступеня. Цей крок корелюється із п. 7 ч. 1 ст. 2.5.5, в якому до проявів тяжкої шкоди, якій відповідає 5-а ступінь тяжкості злочину (п. 3 ч. 4 ст. 2.5.9), віднесено *«шкоду фінансам, спричинену фальсифікацією грошей та поводженням з фальсифікованими грошима».* Але чи виправданим є такий крок, завдяки якому зазначена шкода прирівнюється до інших видів тяжкої шкоди, зокрема: тяжкої шкоди здоров'ю людини чи плоду людини; тяжкої шкоди довкіллю у виді масової загибелі об'єктів тваринного чи рослинного світу;

шкоди свободі і гідності людини, пов'язаній з торгівлею людьми; шкоди сексуальній свободі чи сексуальній недоторканості людини, пов'язаній з сексуальним проникненням без добровільної згоди потерпілої людини; шкоди безпеці від діяльності злочинних організацій; шкоди безпеці від тероризму. Наприклад, чи може підроблення 2 (навіть 10 чи 50) тис. грн (не кажучи вже про менші суми) вважатися співмірним за тяжкістю із діями, що призвели до втрати вагітності, інвалідності чи втраті ноги чи руки, терактом, державною зрадою, торгівлею людьми тощо? Не варто забувати і про те, що підроблення грошей з використанням комп'ютера, а так само переміщення підроблених грошей через митний кордон України є ознаками, за наявності яких відповідні діяння оцінюються вже як злочини 6-го ступеня тяжкості, за які може бути призначено лише покарання у виді ув'язнення на строк від 8 до 10 років. А якщо підроблення грошей вчинено в особливо великому розмірі, то воно буде визнаватися злочином 7-го ступеня тяжкості, тобто стане однопорядковим із некваліфікованим вбивством (ст. 4.1.5).

Усвідомлюємо, що і викладені міркування можна назвати суб'єктивно-умоглядними. Сумніваємось, однак, у тому, що пропоноване визначення тяжкості згаданих фінансових злочинів узгоджується із приписами Основного Закону України, відповідно до яких саме людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю.

Схильні вважати, що відповідна шкода фінансам має бути віднесена до різновидів значної (злочин 3-го ступеня), а не тяжкої. Така пропозиція ґрунтується на нашій оцінці як приблизно однакових шкоди фінансам від підроблення грошей та інших видів шкоди, які вже визнані значною: шкода основам правосуддя; шкода порядку охорони здоров'я людей, якщо вона не визначена у Кодексі як тяжка шкода; шкода порядку обігу психоактивних речовин, пов'язаного з їх збутом; шкода таємниці інформації, що належить державі; шкода порядку публічної служби; шкода доброчесності у публічній сфері.

Звернення до відповідного іноземного досвіду засвідчує, що парламентарії різних країн досить диференційовано підходять до оцінки ступеня суспільної небезпеки (тяжкості) аналізованих діянь. І мінімальна, і максимальна межі покарань істотно відрізняються. При цьому: 1) більш або співмірно (порівняно із проєктом) суворі покарання передбачаються переважно в тих країнах, кримінальні кодекси яких загалом відрізняються більшою репресивністю (наприклад, Франція); 2) у більшості країн поруч із

можливістю призначення надзвичайно суворих покарань одночасно передбачено і можливість призначення позбавлення волі на досить невеликі строки (від 1 року) за вчинення діянь, які не були надзвичайно небезпечними (вчинені не у великих розмірах, не організованою групою тощо).

Підроблення грошей, цінного паперу. Поводження з підробленими грошима і цінними паперами (статті 6.3.5–6.3.8)

1. Передусім слід висловитись з приводу пропонованого «розділення» відповідальності за підроблення цих предметів і поводження з ними. Тут, звісно, постає питання з погляду системності: чому в деяких інших розділах розробники проєкту максимально скорочують кількість статей, а в розділі 6.3 – ні, попри наявність такої можливості? Зокрема, тут варто згадати те, що: у розділі 6.1 однією нормою передбачено відповідальність за всі форми викрадення; у ст. 7.3.4 йдеться як про виготовлення та перероблення, так і про зберігання, переміщення, збут зброї; у ст. 7.8.4 так само вирішено питання про підроблення, видання та збут підробленого документа; у ст. 5.1.8 і 5.1.11 – те саме щодо підроблення та поводження з медичною продукцією і небезпечної для життя продукції, відповідно.

Цікаво, що парламентарії деяких країн також виділяють дві окремі норми про відповідальність за підроблення (перероблення) та інші дії з підробленими грошима. Однак такий крок можна зрозуміти (на відміну від підходу, втіленого в проєкті), адже за виготовлення (перероблення) підроблених грошей передбачається суворіше покарання порівняно з караністю інших дій із цими предметами. Наприклад: Болгарія: виготовлення – від 5 до 15 років; менше покарання за інші дії; Польща: підроблення або перероблення – від 5 до 10 років; переховування, збут тощо – від 1 до 10 років; Франція: виготовлення – 30 років; перевезення, випуск в обіг – 10 років. Як бачимо, завдяки такому прийому іноземні парламентарії досягнули реальної диференціації відповідальності за розглядувані діяння, чого не простежується у проєкті, в якому обидва діяння визнані злочинами 5-го ступеня.

Вказані міркування (про притаманну проєкту часткову штучність виокремлення статей) стосуються також викрадення платіжного засобу або інструменту чи його підроблення (ст. 6.3.9) і поводження з викраденим або підробленим платіжним засобом чи інструментом (ст. 6.3.10).

2. У ст. 6.3.6 одночасно вказується і на *збут* підроблених грошей, і на їх *використання як засобу платежу*. Водночас у п. 18 ч. 2 ст. 1.4.1 проєкту

надається визначення поняття «*збуту*» як форми оплатного чи безоплатного відчуження речі (її продаж, обмін, розмін, дарування, *використання як засобу платежу*, надання в борг чи в рахунок покриття боргу, для тимчасового зберігання чи для використання, програш в азартній грі тощо). Показану неузгодженість положень проєкту слід усунути. Подібне зауваження може бути зроблене і щодо ст. 6.3.24 «Поводження з підробленими марками акцизного податку».

3. Постає питання, чи випадки виготовлення підроблених грошей, коли особа демонструє свої здібності як художника, жартує, чи коли фальшивки потрібні для постановки театральної вистави тощо, охоплюються диспозицією ст. 6.3.5 «Підроблення грошей» (злочин 5-го ступеня)? Судячи з її тексту, так… І, наскільки ми зрозуміли, до таких випадків не може бути застосована ст. 2.5.8 «Мізерна шкода».

Стаття 6.3.12. Ухилення від сплати податку, збору або єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування. Стаття 6.3.14. Несплата податку, збору чи єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, що з необережності спричинило тяжку майнову шкоду

Згадування у ч. 7 ст. 3.4.2 (про доцільність поліпшення цього заохочувального припису див. висновок у частині зауважень до розділу 3.4) про *договір* схиляє до думки про те, що робоча група пропонує вважати суб'єктом злочинів, передбачених ст. 6.3.12 і ст. 6.3.14, і ту особу, яка бере *добровільну участь* у системі загальнообов'язкового державного соціального страхування. У зв'язку з цим вважаємо за доречне навести фрагмент з одного із науково-практичних коментарів до ст. 212-1 чинного КК України «Ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», який (фрагмент) вказує на дискусійність пропонованого у проєкті підходу: «З одного боку, особа, яка бере добровільну участь у системі загальнообов'язкового державного пенсійного страхування, зобов'язана сплачувати страхові внески (навіть при тому, що цей обов'язок випливає з вимог не закону, а договору, укладеного з органом доходів і зборів), а це схиляє до думки про необхідність визнання вказаної особи суб'єктом злочину, передбаченого ст. 212-1. З другого боку, такий висновок, вочевидь, суперечить природі договірних правовідносин, що складаються у зв'язку з добровільною участю особи у системі

загальнообов'язкового державного соціального страхування. Така особа не зобов'язана здійснювати нарахування, обчислення та сплату страхових внесків відповідно та у порядку, передбаченому страховим законодавством, а відповідний договір може бути достроково розірваний (зокрема, у разі систематичного порушення застрахованою особою його умов). І застосування такої санкції видається більш доречним і справедливим, ніж передбачене КК покарання, у зв'язку з чим ст. 212-1 у вказаній частині підлягає обмежувальному тлумаченню» (О. Дудоров, 2018).

Відтак є сенс додатково обміркувати питання про суб'єктний склад злочинів, передбачених ст. 6.3.12, 6.3.14.

Стаття 6.3.15. Кредитне шахрайство

У цій статті проєкту йдеться про діяння, «що *спричинило істотну майнову шкоди кредитору*». Через такий крок злочинами однієї тяжкості визнаються такі, що спричинили однакову майнову шкоду, з одного боку, «класичні» посягання на власність, включаючи шахрайство (за термінологією чинного КК України), а, з іншого, кредитне шахрайство, тяжкість якого є значно меншою. Для ілюстрації цієї тези змоделюємо дві ситуації: 1) особа шляхом обману отримує в банку кредит у розмірі 200 РО, який вона із самого початку не мала наміру повертати; 2) особа, надавши банку неправдиву інформацію про джерело своїх доходів, отримує в банку кредит у розмірі тих саме 200 РО, який вона мала намір повертати, однак через війну, валютні коливання, інші поважні причини повернути не змогла. Обидва ці діяння як такі, що спричинили істотну майнову шкоду, хоч і будуть кваліфікуватись за різними нормами (ст. 6.1.4 «Викрадення» і ст. 6.3.15 «Кредитне шахрайство», відповідно), будуть визнані злочинами однакового (1-го) ступеня. І це якщо не брати до уваги обставини, які підвищують тяжкість злочину.

А тепер уявимо ситуацію, коли підприємець, надавши неправдиву інформацію, отримує кредит у розмірі вже більше 10 тис. РО (враховуючи розмір РО, ця сума є цілком вірогідною для біль-менш серйозного підприємця), який (кредит) намагався, але віддати своєчасно не зміг (через поважні причини). Враховуючи ст. 2.5.11, таке діяння має (як, наприклад, і крадіжка майна вартістю більше 10 тис. РО) визнаватися злочином 5-го ступеня. У виправданості такого підходу ми серйозно сумніваємось. Підтвердженням небезпідставності наших сумнівів слугує відповідний іноземний досвід, який засвідчує, що парламентарії інших країн ступінь

суспільної небезпеки (тяжкості) кредитного шахрайства оцінюють як такий, який є істотно меншим порівняно зі злочинами проти власності.

Якщо розробники проєкту все ж визнають злочином лише і саме те кредитне шахрайство, яке спричинило істотну майнову шкоду, то чому проступком не визнати аналогічне діяння, яке не спричинило істотної майнової шкоди?

Нам імпонує досвід тих зарубіжних законодавців, яких відмовилися від використання у відповідних нормах терміну «шахрайство», натомість вказуючи на «обман» (ст. 238 КК Молдови) або «незаконне отримання кредиту» (ст. 208 КК Грузії). Це дозволяє чіткіше позначити юридичну природу аналізованого посягання та його відмінність від злочинів проти власності. Справа ще й у тому, що змодельовані нами вище ситуації виходять із [встановленої шляхом системного тлумачення положень проєкту, а також такої, що випливає з усталеного розмежування складів кримінальних правопорушень, передбачених статтями 190, 222 чинного КК України] різниці між *кредитним шахрайством* і *викраденням чужої речі* (ст. 6.1.4), одним із способів вчинення якого може бути *спотворення волі власника чи законного володільця* (п. 6 ч. 2 ст. 1.4.1). Якщо ж буквально тлумачити диспозицію теперішню редакцію ст. 6.3.16 проєкту («*Особа, яка не повернула кредит, одержаний внаслідок подання нею завідомо неправдивої інформації банку чи іншій фінансовій установі, що спричинило істотну майнову шкоду кредитору…*»), то можна зробити й інший висновок – про те, що ст. 6.3.16 передбачає спеціальний різновид викрадення, предметом якого специфічне майно (кредитні кошти). Тому слід спробувати чіткіше розмежувати склади злочинів, передбачених статтями 6.1.4, 6.3.16 проєкту.

Зловживання з інсайдерською інформацією. Маніпулювання на фінансовому ринку (статті 6.3.16–6.3.18)

1. У проєкті пропонується передбачити дві окремі норми, присвячені регламентації відповідальності, з одного боку, за використання (ст. 6.3.16), яке є злочином 3-го ступеня з формальним складом, а, з іншого, розголошення інсайдерської інформації (ст. 6.3.17), яке є злочином 1-го ступеня з матеріальним складом (наслідки – *істотна майнова шкода*). Такий підхід підтримати складно.

По-перше, Регламент Європейського парламенту і ради (ЄС) № 596/2014 від 16 квітня 2014 р. «Про зловживання на ринку», який визначає спільні регулятивні рамки щодо інсайдерських операцій, незаконного розкриття

інсайдерської інформації та маніпулювання ринком (зловживань на ринку), а також заходи для запобігання зловживанням на ринку для забезпечення цілісності фінансових ринків у Союзі та підвищення рівня захисту інвесторів та довіри до таких ринків, жодним чином не диференціює розкриття (цей термін, а не «розголошення» вживається і в регулятивному національному законодавстві, і у згаданому документі Європейського парламенту) інсайдерської інформації та інсайдерську торгівлю. Зокрема, у ст. 14 Регламенту вказано на заборону інсайдерських операцій і незаконного розкриття інсайдерської інформації. Так само вирішено це питання і в ст. 146 Закону України «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки».

По-друге, за результатами вивчення релевантного європейський досвіду можна констатувати, що:

1) в абсолютній більшості європейських країн відповідальність за аналізовані діяння уніфікована або в межах єдиної норми (ст. 202 КК Грузії, ст. 398 КК Естонії, ст. 193-2 КК Латвії, ст. 217 КК Литви, ст. 285 КК Іспанії, ст. 265 КК Словаччини, ст. 238 КК Словенії, ст. 259 КК Хорватії), або в межах двох норм з однаковим конструюванням (формальний/матеріальний склад) й однаковими санкціями (статті 260-a, 260-b КК Болгарії). Як винятки

можна назвати лише ст. 245-3 КК Молдови і ст. 255 КК Чехії, в яких вживається формулювання «використання», яке, проте, можна тлумачити і як таке, що включає, зокрема «розголошення»;

2) щодо конструювання відповідних складів (як щодо інсайдерської інформації, так і маніпулювання) уніфікованого підходу не спостерігається: у кримінальних кодексах одних країн вони (склади) є формальними (ст. 202 КК Грузії, ст. 398 КК Естонії, ст. 238 КК Словенії, ст. 259 КК Хорватії), хоч у більшості – матеріальні (статті 260-a, 260-b КК Болгарії, ст. 193-2 КК Латвії, ст. 217 КК Литви, ст. 245-1 КК Молдови, ст. 265 КК Словаччини, ст. 255 КК Чехії). Однак звернемо увагу на найважливіше: у кримінальних кодексах всіх зазначених країн, в яких прямо передбачається відповідальність і за використання, і за розкриття інсайдерської інформації, обидва склади визнаються або матеріальними, або формальними.

Отже, розробникам проєкту доцільно обрати уніфікований підхід: або визнати всі згадані зловживання (зокрема, маніпулювання) на фінансових ринках злочинними (формальні склади), або пов’язати настання кримінальної відповідальності за їх вчинення з певними наслідками (зокрема, істотною майновою шкодою).

Не занурюючись у дискусію з приводу доцільності конструювання відповідних складів як формальних чи матеріальних (дисертації І. Бартош, Р. Волинця, Д. Каменського, в яких наведено вагомі аргументи і «за», і «проти» відповідних ініціатив), зазначимо, що, на нашу думку, оптимальним варіантом вирішення цього питання (з урахуванням концептуального підходу, втіленого у КК) є визнання всіх відповідних зловживань: 1) які не спричинили істотної майнової шкоди – проступками; 2) які її спричинили – злочинами 1-го ступеня тяжкості.

Крім продемонстрованих вище недоліків, запропонований наразі у проєкті підхід, у межах якого відповідальність за маніпулювання на фінансових ринках та використання інсайдерської інформації не пов'язана із спричиненням істотної майнової шкоди (формальний склад), призведе і до виникнення іншої проблеми – неможливості належної диференціації відповідальності за ці діяння. Наслідком цього є потенційне виникнення парадоксальних ситуацій, коли:

– за умови неспричинення істотної майнової шкоди відповідне маніпулювання та використання інсайдерської інформації визнаються злочинами 3-го ступеня тоді, як розголошення інсайдерської інформації – лише проступком (ст. 6.3.25);

– за умови спричинення істотної майнової шкоди: перші два зловживання визнаються злочинами 3-го ступеня тоді, як кримінально-правовий статус розголошення зміниться – воно стає злочином 1-го ступеня;

– за умови спричинення значної майнової шкоди всі ці діяння з урахуванням ст. 2.5.11 (наскрізне значення майнової шкоди) стають злочинами 3-го ступеня;

– за умови спричинення тяжкої майнової шкоди розголошення інсайдерської інформації буде визнаватися більш тяжким злочином (5-го ступеня), адже статус маніпулювання та використання інсайдерської інформації, попри завдання зазначеної шкоди, залишиться незмінним (злочин 3-го ступеня).

2. Наразі норми про маніпулювання на ринках та незаконні дії з інсайдерською інформацією розміщено у розділі 6.3 «*Кримінальні правопорушення проти фінансів*». На перший погляд, такий крок виглядає логічним, адже у ст. 6.3.16 вказується на «*фінансові інструменти*», а у ст. 6.3.18 – на маніпулювання на «*фінансових ринках*». Щодо ст. 6.3.17, то «прив'язка» відповідних дій до фінансових інструментів, вочевидь, має констатуватися завдяки тлумаченню (що, до речі, не виключає можливості

уточнення відповідного положення). Однак тут ми знову маємо повернутися до передбаченої у п. 2 ст. 6.3.4 ознаки, що підвищує тяжкість аналізованих злочинів на один ступінь (їх вчинення *на фінансових енергетичних ринках*), з урахуванням наявності якої вся продемонстрована логічність «руйнується».

Справа в тому, що, попри традиційне позначення відповідних правопорушень як на фінансових (ринках капіталів), так і на оптових енергетичних ринках за допомогою використання ідентичних формулювань «маніпулювання» та «незаконне використання інсайдерської інформації», зміст цих деліктів є зовсім різним. Адже відповідні зловживання на оптових енергетичних ринках жодним чином не пов'язані з фінансовим ринком, через що вище вказувалось на недоречність використання формулювання «*на фінансовому енергетичному ринку*».

У цьому контексті доречно пригадати положення Закону України від 23 лютого 2006 р. «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки» (раніше – Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок»), в якому міститься спеціальне застереження стосовно того, що його дія не поширюється на діяльність оператора ринку електричної енергії, оператора системи передачі, оператора газотранспортної системи і на відносини, пов'язані з функціонуванням ринку електричної енергії відповідно до Закону України «Про ринок електричної енергії», функціонуванням ринку природного газу відповідно до Закону України «Про ринок природного газу» та функціонуванням сфери теплопостачання відповідно до Закону України «Про державне регулювання у сфері комунальних послуг». Тобто йдеться про виключення з його (Закону) сфери діяльності, яка переважно відбувається саме на оптових енергетичних ринках. Натомість в юридичній літературі доведено (про це вже йшлось вище), що відповідні зловживання на оптових енергетичних ринках є підстави визнавати проявами антиконкурентних дій.

Тому вважаємо неправильною регламентацію відповідальності за зловживання на оптових енергетичних ринках нормами, розміщеними у розділі 6.3, який присвячений кримінальним правопорушенням проти *фінансів,* до яких відповідні порушення жодного відношення не мають. Щодо перспектив вирішення розглядуваного питання, то можемо запропонувати робочій групі три шляхи:

1) перенесення норм про «маніпулювання» та «незаконні дії з інсайдерською інформацією» до розділу 6.4 з одночасною вказівкою у них не на «фінансові ринки», а на більш широке поняття – «ринки капіталу та

організовані товарні ринки» і виключенням згадування у них виключно про «фінансові інструменти». Тоді б назва норми-наступника ст. 6.3.16 (як і ст. 6.3.17) залишилася б без змін, а назва норми-наступника ст. 6.3.19 могла б мати такий вигляд: «*Маніпулювання на ринках капіталу та організованих товарних ринках*». Наприклад, у ст. 501 КК Італії, в якій фактично йдеться про маніпулювання, вказується на дії, які здатні викликати підвищення чи зниження ціни товарів чи цінних паперів, які допущені до біржових списків, або які торгуються не на фінансових, а на відкритих ринках (включаючи фінансові). При цьому на початку розділу (вже 6.4) могла б міститися вказівка на те, що тяжкість злочину посилюється на один ступінь тоді, коли відповідні дії вчинені на такому різновиді організованого ринку, як оптовий енергетичний ринок.

Попри «незвичність» такого підходу (шляху), він має право на існування, адже відображає тісний зв'язок відповідних зловживань на фінансових ринках із порушенням конкурентного законодавства. Зокрема, у цьому контексті хотілося б згадати досвід КК Чехії, у розд. 3 глави VI якого «Кримінальні правопорушення проти обов'язкових правил ринкової економіки та обігу товарів при співробітництві з іноземними державами» об'єднано відповідальність як за загальні порушення конкурентного законодавства, так і за використання інсайдерської інформації;

2) визнання вчинення зловживань на оптових енергетичних ринках обставиною, яка підвищує тяжкість не відповідних злочинів на фінансових ринках, а передбачених ст. 6.4.10 проєкту антиконкурентних узгоджених дій. Такий крок, по-перше, чітко передав би доведений в юридичній літературі «антиконкурентний» характер відповідних зловживань на оптових енергетичних ринках, по-друге, зняв би питання щодо «фінансової» спрямованості відповідних зловживань на фінансових ринках. Подібний підхід запроваджений, наприклад, у КК Литви, в якому відповідні норми, присвячені виключно зловживанням на фінансових ринках, розміщені у главі XXXII «Кримінальні правопорушення проти фінансової системи». Подібним чином відповідне питання вирішено у КК Болгарії;

3) пропоноване нами і раніше виключення вчинення відповідних зловживань на оптових енергетичних ринках зі списку ознак, які підвищують тяжкість будь-яких злочинів. З огляду на наведені аргументи, зокрема і передусім те, що за однакової шкоди ці діяння немає підстав визнавати більш небезпечними за інші порушення конкурентно-антимонопольного законодавства, саме цей спосіб (третій шлях) вважаємо оптимальним. З-

поміж іншого на його користь вказує і відповідний іноземний досвід – те, що у кримінальних кодексах абсолютної більшості європейських країн взагалі не згадується про «оптові енергетичні ринки» (тим більше, про «*фінансові енергетичні ринки*»). Тобто йдеться як про те, що в цих кодексах відсутні окремі «самостійні» статті про зловживання на цих ринках, так і про те, що вчинення відповідних зловживань на цих ринках не визнається кваліфікуючою ознакою жодного з інших діянь. Єдиний виняток – ст. 299-d КК Данії, в якій міститься вказівка на норми REMIT, присвячені забороні маніпулювання та інсайдерської торгівлі на оптових енергетичних ринках.

За умови реалізації третього шляху зловживання, вчинені на оптових енергетичних ринках, мають визнаватись звичайними проявами антиконкурентних дій і кваліфікуватися за ст. 6.4.10 проєкту або її наступником.

Стаття 6.3.20. Зловживання щодо фінансових інтересів Європейського Союзу

У цій статті не описуються різновиди зловживань, замість чого вказується на фінансові інтереси ЄС, визначення яких надається на початку розділу, де, своєю чергою, міститься відсилка до Директиви (ЄС) 2017/1371 Європейського Парламенту і Ради від 5 червня 2017 року про боротьбу з шахрайством щодо фінансових інтересів Союзу за допомогою кримінального права (п. 5 ст. 6.3.1). Звісно, такий спосіб конструювання статті є зручним та «економним» (з точки зору обсягу тексту потенційного закону).

Водночас зазначимо, що у кримінальних кодексах європейських країн, в яких містяться подібні норми, зміст згаданих порушень розкривається у диспозиціях (наприклад, ст. 209-1 КК Естонії, ст. 261 КК Словаччини, ст. 229 КК Словенії, ст. 260 КК Чехії) за допомогою вказівки на конкретні порушення. Пропонуємо робочій групі розглянути можливість подібної конкретизації у межах ст. 6.3.20. У нинішньому вигляді редакція цієї статті, яка містить надмірно абстрактне формулювання, не дозволяє вести мову про дотримання принципу юридичної визначеності (ст. 1.2.2 проєкту).

До слова визначення поняття «зловживання» у «глосарії» (п. 19 ч. 2 ст. 1.4.1) тут навряд чи стане у нагоді.

Стаття 6.3.21. Легалізація (відмивання) активів (доходів), одержаних злочинним шляхом.

Стаття 6.3.22. Використання активів (доходів), одержаних злочинним шляхом, для вчинення злочину.

Стаття 6.3.23. Легалізація (відмивання) активів (доходів), одержаних злочинним шляхом, вчинена з необережності

1. У ст. 6.3.22, як і в статтях про легалізацію (ст. 6.3.21, ст. 6.3.23), використовується зворот «предикатне діяння». При цьому у п. 4 ст. 6.3.1 наводиться визначення поняття предикатного діяння *щодо легалізації (відмивання) активів (доходів), одержаних злочинним шляхом*. Очевидно, це визначення варто поширити і на такий злочин, як використання активів (доходів), одержаних злочинним шляхом, для вчинення злочину, бо навряд чи для потреб застосування ст. 6.3.22 треба вигадувати якесь «своє» визначення предикатного діяння.

Предмет злочину, передбаченого ст. 6.3.21, визначений як *активи (доходи), щодо яких фактичні обставини свідчать про їх одержання, прямо чи опосередковано, повністю чи частково, шляхом вчинення предикатного діяння.* Водночас *предикатне діяння* щодо легалізації (відмивання) активів (доходів), одержаних злочинним шляхом, визначається як *вчинене на території України або території іншої держави посягання, яке має ознаки злочину, передбаченого цим Кодексом, внаслідок якого було отримано активи (доходи), незалежно від того, чи була особа засуджена за нього та чи встановлені всі фактичні ознаки цього посягання, включаючи особу, яка його вчинила (*п. 4 ст. 6.3.1). Виходить, що одне поняття визначається через інше (при тому, що визначення з погляду логіки не повинно містити в собі кола).

2. Варто також обміркувати, чи не слід у п. 4 ст. 6.3.1 відбити принцип «подвійної кримінальності», який знаходив втілення у ст. 209 чинного КК України до викладення її у редакції Закону України від 6 грудня 2019 р. «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення»). Йдеться про доцільність наголосу на тому, що предикатним є, зокрема, лише те вчинене на території іншої держави посягання, яке має ознаки злочину, передбаченого КК України, та яке одночасно визнається предикатним злочином (чи просто злочином?) за кримінальним законом цієї іноземної держави. На користь такої пропозиції вказує те, що згідно із Сорока рекомендаціями FATF

предикатним злочином для цілей відмивання вважається також діяння, яке мало місце в іншій країні, є злочином у такій країні та яке вважалося б предикатним злочином, якби воно мало місце в країні – адресаті рекомендацій FATF. Тобто FATF орієнтує на уніфікований підхід до діянь, вчинюваних у країні, де відбувається відмивання, та за її межами. Аналогічні положення містить Конвенція ООН проти корупції від 2003 р., згідно зі ст. 23 якої (назва статті – «Відмивання доходів від злочинів») основні правопорушення включають в себе злочини, вчинювані як у межах, так і поза межами юрисдикції держави – учасниці Конвенції. При цьому вчинювані поза межами юрисдикції злочини належать до основних правопорушень тільки за умови, що відповідне діяння 1) визнається кримінально караним згідно із внутрішнім законодавством країни, в якій воно вчинено, і 2) визнавалось б кримінально караним відповідно до внутрішнього законодавства країни, в якій застосовується норма про відмивання, якби воно мало місце у цій країні.

3. На підставі п. 3 ст. 6.3.21 за легалізацію (відмивання) активів (доходів), одержаних злочинним шляхом, відповідатиме і та особа, яка *допомагала уникнути відповідальності особі, залученій до здійснення легалізації (відмивання)*. Така новела сприймається неоднозначно. По-перше, із положень Конвенції РЄ про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, від 8 листопада 1990 р. (Страсбурзька конвенція; ратифікована Україною 17 грудня 1997 р.) і Конвенції РЄ про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансування тероризму від 16 травня 2005 р. (Варшавська конвенція; ратифікована Україною 17 листопада 2010 р.) необхідність виокремлення згаданої форми об’єктивної сторони складу відмивання не випливає, тобто у цьому разі є підстави вести мову про виконання міжнародно-правового зобов’язання «з позолотою». По-друге, оскільки відповідна допомога за своєю суттю не є відмиванням «брудних» доходів, а лише «прирівнюється» до нього розробниками проєкту, то згадування про цю допомогу призводить до часткової неузгодженості між назвою ст. 6.3.21 та її диспозицією. По-третє, використання у п. 3 ст. 6.3.21 (усупереч підходу, загалом послідовно відображеному у проєкті) дієслова недоконаного виду «*допомагала*» породжуватиме на практиці питання про момент закінчення злочину, передбаченого цією нормою. По-четверте, постає питання, що ж позначає зворот «*допомагала уникнути відповідальності особі, залученій до здійснення легалізації (відмивання)*». Це

– різновид причетності до злочину чи це різновид пособництва у ньому, чомусь виділений у норму Особливої частини проєкту? Чи залежно від ситуації така допомога може бути і першим, і другим? Чи не варто підґрунтя для подібних питань (фактично юридично невизначеність) прибрати заздалегідь чи принаймні чіткіше описати у проєкті цей незвичний «прояв» відмивання?

4. У п. 1 ст. 6.3.21 йдеться про особу, яка «*набула чи використала активи (доходи), щодо яких фактичні обставини свідчать про їх одержання, прямо чи опосередковано, повністю чи частково, шляхом вчинення предикатного діяння, або володіла ними, крім особи, яка вчинила предикатне діяння*». При цьому, на відміну від п. 2 ст. 6.3.21, в її п. 1 немає вказівки на *мету приховування чи маскування їх злочинного походження*. Щодо зазначеної (першої) форми об'єктивної сторони відмивання В. Осадчий (2022) небезпідставно зауважує: «Коли ж особа лише набула або використала чи заволоділа активами (доходом), щодо яких фактичні обставини свідчать про їх одержання, прямо чи опосередковано, повністю чи частково, шляхом вчинення предикатного злочину, то яким чином така особа узаконила ці активи (дохід), надала їм законну силу? … узаконення їх, надання їм законної сили автоматично не відбулось. Тобто легалізації не сталось». Виходить, що у цій частині ст. 6.3.21 проєкту не відрізняється у кращий бік від ст. 209 чинного України; щоправда, в останньому проблема частково нівелюється за рахунок ст. 198 «Придбання, отримання, зберігання чи збут майна, одержаного кримінально протиправним шляхом», яке містить негативне застереження «за відсутності ознак легалізації (відмивання) майна, одержаного кримінально протиправним шляхом).

РОЗДІЛ 6.4.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ПОРЯДКУ ГОСПОДАРЮВАННЯ

Стаття 6.4.3. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь

1. Пропоноване посилення відповідальності за контрабанду *підакцизних товарів* (п. 1 ст. 6.4.3) видається дискусійним кроком. Ми не вбачаємо потреби у пропонованій диференціації кримінальної відповідальності за контрабанду, з одного боку, підакцизних, а, з іншого, всіх інших товарів. Найчастіше об'єктами митних правопорушень є на сьогодні не лише тютюнові вироби та інші підакцизні товари, а й такі «звичайні» товари, як

одяг, взуття, тканини, електроніка, автозапчастини, ліки тощо. Основним показником суспільної небезпеки контрабанди будь-яких товарів (у цьому разі мова не йде про предмети, вилучені або обмежені в цивільному обігу) є їх вартість. Немає достатніх підстав вважати, що незаконне переміщення через митний кордон України, наприклад, тютюнових виробів є більш суспільно небезпечним (тяжким), ніж здійснювана у тих самих розмірах контрабанда побутової техніки, сільськогосподарської продукції, продуктів харчування, брендового одягу чи взуття тощо. Обстоюваний нами

нами підхід сприймається і більшістю зарубіжних законодавців (чи не єдині винятки: ст. 172 КК Албанії – контрабанда підакцизних товарів; ст. 248-1 КК Молдови – контрабанда підакцизних товарів).

2. У проєкті пропонується посилювати відповідальність за контрабанду *лісоматеріалів, заборонених до вивезення за межі митної території України* (п. 2 ст. 6.4.3). На перший погляд, складається враження, що об'єктом такого делікту є встановлений порядок переміщення деревини через митний кордон, а тому це діяння слушно віднесено до тих кримінальних правопорушень проти порядку господарювання, які порушують порядок переміщення предметів через митний кордон України. Однак при глибшому аналізі проблеми виявляється, що така гіпотеза, яка ґрунтується на традиційному уявленні про антисуспільну спрямованість «класичної» товарної контрабанди, є непридатною для характеристики об'єкта контрабанди предметів, які наразі описані у ст. 201-1 чинного КК України «Переміщення через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю лісоматеріалів або пиломатеріалів цінних та рідкісних порід дерев, лісоматеріалів необроблених, а також інших лісоматеріалів, заборонених до вивозу за межі митної території України» і на які вказується у п. 2 ст. 6.4.3 проєкту.

Справа в тому, що у цих нормах (чинній та проєктованій) йдеться про контрабанду «*лісоматеріалів, <u>заборонених</u> до вивезення за межі митної території України*». Отже, з огляду на цінність певних лісоматеріалів їх експорт для держави a priori вважається шкідливим (принаймні у реаліях сьогодення), а тому взагалі (за жодних умов) не може бути дозволеним, тобто є забороненим. Інакше кажучи, жодного порядку здійснення такого експорту просто не існує, що вже ставить під сумнів доречність розміщення статті про контрабанду лісоматеріалів, заборонених до вивезення за межі митної території України, до розділу 6.4, у назві якого фігурує зворот «порядок господарювання».

Тут доречно нагадати мотиви, якими керувався законодавець, доповнюючи чинний КК України ст. 201-1. Ознайомившись із пояснювальною запискою до законопроєкту, який 6 вересня 2018 р. був ухвалений як Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо збереження українських лісів та запобігання незаконному вивезенню необроблених лісоматеріалів», переконуємось у тому, що мета такого законодавчого рішення була сформульована, як «забезпечення збереження лісового фонду країни», що мало бути реалізовано, зокрема за рахунок посилення адміністративної та кримінальної відповідальності за незаконну вирубку лісу і за подальший його експорт поза митним контролем (контрабанду). Звідси випливає, що першочерговим завданням Закону від 6 вересня 2018 р. проголошувався захист природних ресурсів (лісу), тобто цінностей, що є відмінними від тих, які передусім мають охоронятися нормами, зосередженими в розділі про кримінальні правопорушення проти порядку господарювання (розділ 6.4 проєкту). До цього висновку схиляє і те, що при обґрунтуванні доцільності прийняття відповідного законопроєкту групою народних депутатів України, які виступали його ініціаторами, згадувалось не про господарську діяльність, необхідність поповнення бюджету за рахунок надходження відповідних платежів, дотримання встановлення порядку експорту (бо його не існує) відповідної деревини тощо, а про необхідність збереження природних ресурсів.

Отже, зміст відповідних супровідних документів не залишає сумнівів у тому, що авторами розглядуваної законодавчої ініціативи контрабанда деревини розглядалась головним чином не як вид діяльності, який завдає шкоду господарським відносинам, а як один із різновидів поведінки, що створює загрозу збереження такого важливого природного ресурсу, як ліс. Криміналізація контрабанди лісу в Україні пов’язана не з економічною, а екологічною шкодою таких діянь, які продукують масові прояви незаконної порубки лісу. Саме через це в нашій державі і не передбачено можливості експорту відповідної деревини (як виду господарської діяльності, порушення порядку здійснення якої могло б визнаватися посяганням на господарські відносини), замість чого встановлено (Закон від 6 вересня 2018 р.) абсолютну заборону таких дій, наявність якої визнається одним із важелів недопущення незаконної рубки лісів (відносини довкілля).

Звідси випливає неочевидний, на перший погляд, висновок про те, що норма про контрабанду деревини має бути розташована не в розділі 6.4 проєкту «Кримінальні правопорушення проти порядку господарювання», а в

його розділі 6.5 «Кримінальні правопорушення проти порядку використання природних ресурсів», в який її і потрібно «перенести».

Тут хотілося б сказати декілька слів про втілений у проєкті підхід щодо регламентації відповідальності за контрабанду «спеціальних» предметів, який ми загалом оцінюємо як вдалий. Йдеться про те, що розробники проєкту враховують відмінність безпосередність об'єктів контрабанди відповідних предметів і тому передбачають відповідальність за неї у різних розділах. Якщо предметом є підроблена медична продукція або небезпечна продукція – то це розділ 5.1 «Кримінальні правопорушення проти порядку охорони здоров'я людей»; психоактивні речовини (наркотичні засоби, психотропні речовини, прекурсори, відповідне обладнання тощо) – розділ 5.2 «Кримінальні правопорушення проти порядку обігу психоактивних речовин»; підроблені гроші, цінні папери, платіжні засоби або інструменти тощо – розділ 6.3 «Кримінальні правопорушення проти фінансів»; зброя, боєприпаси, радіоактивні матеріали, травматичні засоби, речовини, небезпечні для довкілля тощо – розділ 7.3 «Кримінальні правопорушення проти безпеки об'єктів критичної інфраструктури та впливу небезпечних предметів»; культурні цінності або документи Національного архівного фонду – розділ 7.6 «Кримінальні правопорушення проти моральності»; шкідливі програмні чи технічні засоби – розділ 7.7 «Кримінальні правопорушення проти інформаційної безпеки»; немаркована зброя чи вибухівка – розділ 7.8 «Кримінальні правопорушення проти достовірності інформації, що міститься на матеріальних носіях (крім електронних); зброя масового знищення – розділ 11.5 «Злочини проти миру та безпеки людства». Водночас у розділі 6.4 було залишено лише статтю про класичну товарну контрабанду (ст. 6.4.4).

Підхід же щодо регламентації відповідальності за контрабанду лісу ми підтримати не можемо, адже він суперечить обраній самими ж розробниками проєкту концептуальній моделі регламентації відповідальності за різновиди контрабанди. Єдиною причиною такої непослідовності може бути те, що, на відміну від розміщених у відмінних розділах і згаданих раніше норм щодо незаконного «обігу» («поводження») інших «спеціальних» предметів (зброї, наркотиків, культурних цінностей тощо), у розділі 6.5 «Кримінальні правопорушення проти порядку використання природних ресурсів» містяться лише норми, у межах яких передбачено відповідальність за заволодіння (статті 6.5.4 та 6.5.8) та знищення або пошкодження дерев або чагарників (статті 6.5.6 та 6.5.10). Однак за таких умов, коли в багатьох різних розділах

(навіть книгах) Особливої частини проєкту пропонується розмістити норми про контрабанду «спеціальних» предметів, найбільш системним кроком було б не поміщення норми про контрабанду деревини до «господарських» посягань, а доповнення розділу 6.5 подібною за змістом нормою, в якій:

а) з урахуванням «безпечності» відповідних предметів було б передбачено відповідальність не за обіг, а лише за їх вивезення з території України.

б) могло б йтися про контрабанду не лише деревини, а й інших заборонених до експорту природних ресурсів, що: по-перше, чітко б засвідчило екологічну спрямованість таких діянь; по-друге, позбавило б парламентаріїв необхідності оновлювати кримінальний закон кожного разу, коли в Україні ставатиме актуальною протидія контрабанді й інших (окрім деревини) різновидів природних ресурсів. Зокрема, у цьому контексті хотілося б пригадати, що в нашій державі вже тривалий час активно дебатується питання про необхідність криміналізації контрабанди бурштину, незаконне видобування якого і за масштабами, і за екологічною шкідливістю нічим не поступається незаконній порубці лісу.

Альтернативним варіантом могла б стати регламентація відповідальності за контрабанду деревини та інших природних ресурсів у межах удосконаленої редакції існуючої наразі у проєкті ст. 6.5.5 «Придбання або збут завідомо незаконного добутого природного ресурсу».

Прямим наслідком помилкового місцерозташування відповідної норми в аналізованій редакції проєкту стало неврахування характеру та ступеня суспільної небезпеки аналізованого діяння. Зокрема, «прив'язка» контрабанди деревини до «звичайної» економічної (товарної) контрабанди призвела до того, що кримінально караними у проєкті пропонується визнавати лише ті прояви контрабанди заборонених до вивозу за межі митної території України лісоматеріалів, які вчинені у значному розмірі. І це при тому, що і відповідний іноземний досвід, і приклад вирішення питання щодо регламентації відповідальності за контрабанду інших предметів зі специфічним правовим статусом як у чинному КК України, так і в проєкті не залишає сумнівів у тому, що кримінальна відповідальність має бути передбачена за контрабанду забороненої до експорту деревини незалежно від її вартості.

У цьому контексті доречно згадати і про первинну (діючу до моменту набрання чинності Законом від 15 листопада 2011 р.) редакцію ст. 201 КК України. У ній передбачалася відповідальність за контрабанду, з одного боку,

«звичайних» предметів (товарів), вчинену у великих розмірах, а, з іншого, специфічних предметів (незалежно від їх розмірів), зокрема «стратегічно важливих сировинних товарів, щодо яких законодавством встановлено відповідні правила вивезення за межі України», до яких свого часу були віднесено і відповідні лісоматеріали та пиломатеріали, тобто предмети, які наразі є предметом злочину, передбаченого ст. 201-1 КК України. Як бачимо, навіть власний історичний досвід вказує на недоцільність пов'язування настання кримінальної відповідальності за контрабанду забороненої до експорту деревини із вартісними показниками останньої.

3. У п. 6 ст. 6.4.3 йдеться про підвищення тяжкості злочину, передбаченого статтею 6.4.5 «Здійснення господарської діяльності без ліцензії», *у виді діяльності на ринку азартних ігор, яка підлягає ліцензуванню*. Як бачимо, у формулюванні цієї «кваліфікуючої» ознаки поруч з азартними іграми немає окремої вказівки на лотереї. Чи правильно це?

Злободенність поставленого питання пояснюється двома взаємопов'язаними обставинами: 1) наявністю у згаданих видах діяльності багатьох спільних рис; 2) невизначеністю щодо того, чи можна вважати лотереї різновидом азартних ігор із погляду регулятивного законодавства.

Уніфікований підхід з цього питання відсутній і в зарубіжному законодавстві. Наприклад, у присвяченій азартним іграм ст. 244-1 КК Азербайджану прямо зазначається, що її дія не розповсюджується на лотереї. У Казахстані та Узбекистані аналогічний висновок випливає з приписів законодавства, яке регулює організацію та проведення азартних ігор, а в ст. 240 КК Таджикистану міститься перелік азартних ігор, до числа яких не входять лотереї. Провівши, однак, ретельніший компаративістський аналіз, ми переконались у тому, що парламентарії більшості держав займають принципово іншу позицію, обравши один із наступних варіантів:

1) або закріплюють на рівні регулятивного законодавства положення про те, що лотерея є груповою чи масовою азартною грою (Грузія, Латвія, Молдова). До речі, вітчизняні фахівці у галузі господарського права звертають увагу на те, що подібний підхід, за яким господарська діяльність у сфері лотерей урегульована спеціальними законами, які деталізують основні положення загальних законів у сфері азартних ігор, найчастіше застосовується і в країнах ЄС, зокрема Австрії, Франції, ФРН;

2) або роз'яснюють цей факт безпосередньо у нормі кримінального закону (розд. 16 гл. 17 КК Фінляндії), яка, проте, присвячена організації азартних ігор;

3) або, на кшталт українського варіанту, хоч і визнають різницю між лотереями та азартними іграми, поєднують в одному складі відповідальність за правопорушення, пов'язані з обома розглядуваними видами діяльності (§ 168 КК Австрії, ст. 197 КК Албанії, ст. 744 КК ПАР, ст. 407 КК Чорногорії);

4) або закріплюють відповідальність за такі дії у декількох окремих статтях, які, проте, послідовно розміщені одна за одною в межах одного розділу (глави) (статті 302, 303, 305 КК Бельгії, статті 225–225 КК Ізраїлю, статті 302, 303, 305 КК Люксембургу, статті 284 та 287 КК ФРН).

Щодо вітчизняної кримінально-правової доктрини, то серед тих її представників, які вивчали розглядуване питання, передусім варто виділити прізвище Н. Петричко. Провівши глибокий аналіз, юристка констатувала, що, враховуючи всю небезпеку спричинення реальної шкоди господарській діяльності через проведення лотерей та інших розіграшів, беручи до уваги такі показники, як їх масовий характер, недодержання реєстраційних і ліцензійних умов, порушення правил їх здійснення тощо, їх організацію або проведення необхідно поєднати разом з незаконними організацією або проведенням азартних ігор. На користь ідеї поєднання у межах однієї статті КК ознак як «грального», так і «лотерейного криміналу» вказує і розповсюджена в часи дії тотальної заборони на гральний бізнес практика його прикриття дозволеною лотерейною діяльністю, коли під вивіскою лотерей таких відомих брендів, як «Спортліга», «Мегалот», «Золота підкова», «Лото-забава», «Парі матч», «Космолот» тощо, нерідко працювали зали ігрових автоматів, інтернет-казино і букмекерські контори.

Зважаючи на викладене вище, слід зробити висновок про правильність поєднання у межах одного складу кримінального правопорушення (ст. 203-2 чинного КК України «Незаконна діяльність з організації або проведення азартних ігор, лотерей») найбільш серйозних порушень законодавства про гральний і лотерейний бізнес. Відтак пропонуємо у п. 6 ст. 6.4.3 (поряд з ринком азартних ігор) згадати і про проведення лотерей.

4. Висловимо сумнів у правильності виокремлення такої «кваліфікуючої» ознаки, як вчинення злочину (причому будь-якого «господарського» злочину) «*з використанням влади, службових повноважень чи професійних обов'язків або пов'язаних з ними можливостей*» на всі злочини розглядуваної категорії (п. 10 ст. 6.4.3). Адже ця ознака буде супроводжувати чи не всі прояви злочинної поведінки, що означатиме порушення вимоги «відносної поширеності кваліфікуючої

ознаки». До речі, жодного прикладу використання такої ознаки у подібних за змістом нормах іноземного кримінального законодавства відшукати не вдалося.

Стаття 6.4.4. Контрабанда

Згідно з цією статтею «товарна» контрабанда визнається злочином 1-го ступеня (базовий ступінь тяжкості злочину). Навіть у разі його вчинення за наявності декількох «особливо кваліфікуючих» ознак – *в особливо великому розмірі* та *в складі або за завданням організованої групи чи злочинної організації* (пункти 1 і 2 ст. 6.4.2, відповідно) злочин, з огляду на правила, закріплені у частинах 5, 7 ст. 2.5.12 і ч. 5 ст. 2.5.9, буде мати статус *нетяжкого* (згідно з «математичними» розрахунками на підстав цих правил ми отримуємо 3-ій ступінь тяжкості – до речі, такий саме, як, наприклад, несплата податку чи соціального внеску з необережності (ст. 6.3.14)).

При цьому згідно з ч. 1 ст. 271 КПК контроль за вчиненням злочину (включаючи контрольовану поставку) може здійснюватися у випадках наявності достатніх підстав вважати, що готується вчинення або вчиняється *тяжкий чи особливо тяжкий* злочин. Тут доречно пригадати висловлювання Д. Монастирського (на той момент голови Комітету Верховної Ради України з питань правоохоронної діяльності), який звертав увагу на те, що криміналізація товарної контрабанди матиме своїм наслідком те, що правоохоронні органи зможуть використовувати НС(Р)Д при розслідуванні відповідних кримінальних проваджень: «Це дозволить ловити не дрібних контрабандистів, які перевозять кілька пачок цигарок, а великі мережі, злочинні організації... Вони якраз і становлять основну загрозу для нормального товарообігу між країнами».

Наскільки ми розуміємо, ст. 6.4.4 проєкту не сприяє розв'язанню цієї злободенної проблеми. Як наслідок, сенс рекриміналізації товарної контрабанди, яку уособлює ця стаття, значною мірою втрачається.

Стаття 6.4.8. Доведення до неплатоспроможності

До «кваліфікуючих» ознак цього злочину, а також злочину, передбаченого ст. 6.4.9 «Дії у разі неплатоспроможності», віднесено його вчинення *щодо суб'єкта господарювання, який здійснює банківську діяльність чи діяльність з надання фінансових послуг* (п. 4 ст. 6.4.3). Така модель кримінально-правової протидії «банкрутським» зловживанням загалом заслуговує на підтримку. Водночас мусимо нагадати про належність

ст. 218-1 чинного КК України «Доведення банку до неплатоспроможності» до числа «мертвих» кримінально-правових заборон.

З приводу цієї проблеми у кандидатській дисертації Є. Василіна (Дніпро, 2018) зазначається таке. Незважаючи на іманентно ризиковий характер, притаманний банківській діяльності, кримінально-правовий механізм охорони прав кредиторів і держави не може вважатися ефективним без наявності у своєму арсеналі можливості притягнення до кримінальної відповідальності за необережне доведення банку до неплатоспроможності. Цей висновок пояснюється тим, що чинна редакція ст. 218-1 КК України фактично позбавляє суд та інші правозастосовні органи можливості достовірного встановлення ознак суб'єктивної сторони складу передбаченого нею злочину і, відповідно, можливості винесення компетентного рішення у справі. З огляду на викладене, а також спираючись на відповідний іноземний та історичний досвід, пропонується доповнити КК України ст. 219-1 «Необережне доведення банку до неплатоспроможності». Диспозиція її ч. 1 могла б мати такий вигляд: «Необережне доведення банку до неплатоспроможності, тобто вчинення через недбалість або самовпевненість контролером чи керівником банку діяння, що призвело до віднесення банку до категорії неплатоспроможних, якщо це завдало значної матеріальної шкоди державі, кредитору чи кредиторам, – карається…».

Пропонуємо робочій групі обміркувати питання про доцільність включення до проєкту подібної статті. Тим більше, що прецедент у межах одного з «економічних» розділів проєкту вже створено – маємо на увазі ст. 6.3.14 «Несплата податку, збору чи єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, що з необережності спричинило тяжку майнову шкоду».

Стаття 6.4.10. Антиконкурентні узгоджені дії

У диспозиції цієї статті йдеться про *антиконкурентні узгоджені дії суб'єктів господарювання, заборонені законодавством про захист економічної конкуренції.* Загалом підтримуючи криміналізацію цих дій, водночас поставимо робочій групі для обміркування питання: чи не варто охопити диспозицією розглядуваної статті і порушення приписів Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції»? Розробникам проєкту варто розглянути можливість криміналізації неправомірного використання ділової репутації суб'єкта господарювання загалом або хоча б окремих його різновидів. Водночас застереження, зроблені щодо ст. 6.3.20

«Зловживання щодо фінансових інтересів Європейського Союзу» у частині невиправданої абстрактності її диспозиції, як видається, будуть доречні і щодо теперішньої редакції ст. 6.4.10.

Стаття 6.4.11. Порушення права на підприємницьку діяльність

У цій статті йдеться про *створення незаконної перешкоди в реалізації права на підприємницьку діяльність*. Застереження щодо ст. 6.3.20 будуть доречні і в цьому разі. Тут явно бракує криміноутворювальних ознак – способу, наслідків, мети тощо. Пропонована редакція ст. 6.4.11 неминуче ставить питання про достатність підстав для криміналізації позначеної у ній поведінки і можливість протидії незаконним перешкодам у реалізації права на підприємницьку діяльність засобами, відмінними від кримінально-правових.

Стаття 6.4.12. Діяння щодо комерційної та банківської таємниці

Регламентацію відповідальності за діяння з відомостями, що становлять комерційну таємницю, пропонується здійснювати у межах не розділу 6.4, а розділу, присвяченого кримінальним правопорушенням проти права інтелектуальної власності (див. цей висновок у частині зауважень до розділу 6.2).

РОЗДІЛ 6.5.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ПОРЯДКУ ВИКОРИСТАННЯ ПРИРОДНИХ РЕСУРСІВ

Назва цього розділу засвідчує, що всі консолідовані в його межах статті передбачають відповідальність за діяння (причому як злочини, так і проступки), які завдають шкоду порядку використання природних ресурсів. Згідно з п. 11 ч. 1 ст. 2.5.3 шкода вказаному порядку визнається істотною шкодою. Своєю чергою, звернення до ст. 2.5.1 демонструє, що умисне спричинення істотної шкоди визнається злочином. Звідси логічно випливає, що будь-яке порушення порядку використання природних ресурсів має визнаватися злочином. Чому ж у такому разі кримінальні правопорушення (далі у цій частині висновку – к. пр.), передбачені розділом 6.5, поділені на злочини та проступки? Адже всі ці к. пр. мають визнаватися злочинами.

Стаття 6.5.3.
Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь

1. Рішення робочої групи віднести до числа обставин, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь, *вчинення умисного злочину, передбаченого статтею 6.5.4 чи 6.5.5, щодо бурштину* (п. 2 ч.1 ст. 6.5.3), спонукає висловити такі міркування.

Втілений у проєкті підхід, хоч й в іншій формі, фактично відтворює реалізовану у межах чинного КК ідею виділення спеціальної норми про незаконні дії з бурштином (ст. 240-1). Не викликає заперечень пропоноване І. . Сень розуміння спеціальної норми як охоронної кримінально-правової норми, яка є похідною від загальної та виокремлюється в результаті диференціації кримінальної відповідальності з метою зміни способу (в окремих випадках і зміни меж) регулювання певного виду суспільних відносин. При цьому мотивом створення спеціальної норми найчастіше виступає істотна відмінність характеру і ступеня суспільної небезпеки окремих діянь, передбачених тією самою кримінально-правовою нормою, що зумовлює необхідність диференційованого регулювання відповідальності за їх вчинення. Чи існує в цьому випадку така істотна відмінність характеру і ступеня суспільної небезпеки відповідних дій саме із бурштином?

На нашу думку, відповідь на це питання має бути негативною. Солідарні із підтриманою багатьма іншими правниками позицією парламентських експертів, які у висновках на відповідний законопроєкт (щодо доповнення КК ст. 240-1) свого часу відмічали, що: 1) бурштин є лише одним із видів корисних копалин загальнодержавного значення, а отже, запропонована спеціальна норма (ч. 1 ст. 240-1 КК) не характеризується якимись додатковими (новими) ознаками відповідного складу злочину та повністю охоплюється суспільно небезпечним діянням у вигляді незаконного видобування корисних копалин загальнодержавного значення (ч. 2 ст. 240 КК); 2) якщо слідувати вказаній логіці, то КК варто доповнювати також іншими самостійними (окремими) складами злочинів (статтями про незаконне видобування нафти, антрациту, бурого вугілля тощо).

Водночас ми свідомі того, наскільки високим є рівень суспільної небезпеки згаданих діянь щодо бурштину. Знищення родючого шару ґрунту, порушення цілісності геологічних пластів, збіднення бурштиноносних надр, порушення гідрогеологічних умов на прилеглих територіях, забруднення вод унаслідок роботи мотопомп, зміна гідрологічного режиму боліт, лісів та озер, що позначаються на мікрокліматичних змінах у «бурштинових» регіонах –

ось далеко не повний перелік згубних наслідків незаконного видобутку бурштину. Однак навряд чи є підстави вважати менш суспільно небезпечними й аналогічні діяння, але вчинювані щодо інших корисних копалин, наприклад, вугілля. Експерти відмічають, що шкода, яку наносять незаконні міні-шахти, які спеціалізуються на видобуванні вугілля, є достатньо відчутною і проявляється у: незаконній вирубці лісових масивів, як для підготовки майданчиків під закладання виробок, так і для забезпечення копанок кріпильними матеріалами; несанкціонованому використанні електроенергії; створенні загроз для нормальної роботи існуючих комунікацій; інтенсифікації процесів просідання і провалів земної поверхні. В інших джерелах наводиться інформація про те, що поверхневий видобуток вугілля спричиняє: додаткове забруднення довкілля важкими металами, забруднення ґрунтових вод, збільшення їх проникнення у гірські породи та подальше порушення гідрогеологічних умов. Подекуди видобуток ведеться з пластів, які залягають на невеликій глибині безпосередньо під житловою забудовою та об'єктами інфраструктури, що викликає їх пошкодження та руйнування внаслідок просідання поверхні. Крім того, через великі обсяги транспортування вугілля з копанок автотранспортом та примітивні методи сортування, збагачення та перевантаження на відкритих майданчиках (т. зв. пересіви) виникли численні додаткові джерела пилового забруднення атмосфери. Якщо взяти до уваги й інформацію про те, що, з одного боку, обсяги нелегального видобутку вугілля сягають мільйонів (за деякими даними, це 6–7 млн) тон та, за приблизними оцінками, становили до 10 % загального вуглевидобутку країни, а, з іншого, що нелегальний видобуток вугілля супроводжується незрівнянно вищими показниками травматизму та смертності копачів, то можна зробити висновок, що ступінь суспільної небезпеки та поширеність відповідних діянь із вугіллям є цілком співмірним з аналогічними проявами, що стосуються бурштину.

Інакше кажучи, за підходу, відбитого наразі у проєкті, створюється певна диспропорційність, виникає підґрунтя для порушення справедливості щодо осіб, які вчиняють кримінально протиправні діяння стосовно інших, не менш значущих і цінних для України природних ресурсів. Якщо виходити з того, що певний різновид корисних копалин (як і інших природних ресурсів) повинен впливати на підвищення тяжкості екологічних злочинів, то це має бути не лише бурштин, а загалом (особливо) цінні корисні копалини, природні води з підвищеним вмістом корисних речовин тощо. Допускаємо, що унікальність тих чи інших компонентів довкілля, природних об'єктів і

природно-антропогенних об’єктів, захист яких забезпечується розділом 6.5, може бути фактором, що наскрізно визначає диференціацію кримінальної відповідальності (за термінологією проєкту – тяжкість злочину), але це питання потребує додаткового вивчення.

У будь-якому разі нам складно підтримати віднесення до обставин, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь, вчинення умисного злочину, передбаченого ст. 6.5.4 чи ст. 6.5.5, щодо бурштину (п. 2 ч. 1 ст. 6.5.3). Підвищення тяжкості такого злочину, як заволодіння природним ресурсом, має пов’язуватися передусім не з видом корисної копалини, яка незаконно видобувається, а з параметрами шкоди, яка завдається об’єкту (довкіллю) в результаті вчинення кримінально протиправних посягань.

2. Так само викликає сумнів правильність віднесення до числа обставин, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь, *вчинення умисного злочину на територіях чи об’єктах, що належать до природно-заповідного фонду України* (далі – ПЗФ) (п. 6 ст. 6.5.3). Наявність цієї ознаки породжує проблему, аналогічну тій, про яку йдеться у висновку при характеристиці ідентичної «кваліфікуючої» ознаки злочинів, передбачених розділом 5.3 «Кримінальні правопорушення проти безпеки довкілля». Однак у контексті посягань на порядок використання природних ресурсів ця проблема проявляється більшою мірою.

Зокрема, навряд чи є підстави вважати, що незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель ПЗФ є більш суспільно небезпечним, ніж аналогічні дії, вчинені стосовно таких категорій особливо цінних земель, як чорноземи неродовані несолонцюваті на лесових породах; лучно-чорноземні незасолені несолонцюваті суглинкові ґрунти; темно-сірі опідзолені ґрунти та чорноземи опідзолені на лесах і глеюваті; бурі гірсько-лісові та дерново-буроземні глибокі і середньо глибокі ґрунти; дерново-підзолисті суглинкові ґрунти; коричневі ґрунти Південного узбережжя Криму, дернові глибокі ґрунти Закарпаття (ст. 150 ЗК України). Подібні міркування стосуються і підвищення тяжкості незаконно заволодіння «особливо охоронюваними лісами». Повторимось – треба прагнути бути послідовними.

3. До ознак, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь, віднесено, зокрема, вчинення умисного злочину, передбаченого ст. 6.5.4 чи ст. 6.5.6, *способом масового знищення рослинного або тваринного світу* (п. 6 ст. 6.5.3). Задля забезпечення практичного втілення принципу юридичної визначеності (ст. 1.2.2 проєкту) варто спробувати у ст. 6.5.1 розкрити суть

цього поняття (як це зроблено, наприклад, щодо поняття масового отруєння, захворювання – п. 27 ч. 2 ст. 1.4.1).

Стаття 6.5.4. Заволодіння природним ресурсом

1. У пунктах 1, 2 цієї статті йдеться про незаконне заволодіння *ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель* і *поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду*, відповідно. Запропонований підхід фактично відтворює законодавчий спосіб описання предметів відповідних к. пр., втілений у чинному КК (статті 239-1 та 239-2) – без взяття до уваги численних зауважень щодо нього.

Зокрема, позначення як тотожних понять «ґрунтовий покрив» та «поверхневий шар» не враховує тієї важливої обставини, що про їх рівнозначність насправді підстав говорити немає. Зокрема, земельна ділянка – це така правова абстракція, за якою приховується земна поверхня, а не родючий шар ґрунту. Поверхня землі, яка відповідає ознакам земельної ділянки, не перестає бути земельною ділянкою з тієї лише причини, що на ній відсутній ґрунт. За умови вживання терміну «ґрунтовий покрив» поза межами дії ст. 6.5.4 залишаться випадки незаконного зняття поверхневого шару земельних ділянок, позбавленого властивості родючості, при тому, що і такі випадки можуть створити небезпеку для довкілля. Зокрема, вчинення злочину, передбаченого ст. 239-1 КК, може мати місце на територіях пустель і напівпустель. Отже, при удосконаленні ст. 6.5.4 краще вживати зворот «поверхневий шар», використання якого дозволяє визнавати к. пр. поведінку і того, хто незаконно знімає поверхневий шар землі, якому не притаманна родючість.

Продемонстрована неточність є ще більш очевидною у контексті описання ознак заволодіння поверхневим шаром земель водного фонду (п. 2 ст. 6.5.3 проєкту). Зокрема, М. Кумановський зазначає, що немає підстав говорити про рівнозначність понять «поверхневий шар» та «ґрунтовий шар». Як аргумент наводиться етимологія вживаних у ст. 239-2 КК термінологічних зворотів, звідки випливає, що поняття «поверхневий» поглинає поняття «ґрунтовий», і тому розглядати наведені поняття як синоніми неправильно. На відсутність підстав для ототожнення понять «поверхневий» та «ґрунтовий» шар звертають увагу З. Загиней-Заболотенко й О. Пєнязькова. Погоджуючись із такою позицією, від себе додамо, що цінність поверхневого шару земель водного фонду, на відміну, наприклад, від земель с/г призначення, полягає не стільки в їх родючості, скільки в інших

властивостях, здатних забезпечувати виконання інших, крім вирощування рослин, необхідних для суспільства функцій (оздоровчих, рекреаційних тощо). Ба більше: особливістю правового режиму майже всіх земель водного фонду є заборона використання цих земель для с/г виробництва, оскільки розорювання земель призводить до змін рельєфу басейну, зменшення природного рослинного світу, що може позначитись на водності водного об'єкта.

Якщо робоча група, незважаючи на викладені аргументи, наполягатиме на визнанні злочином незаконного заволодіння саме ґрунтовим покривом земель, то це має бути чітко відображено у проєкті, наприклад, шляхом вилучення вказівки (як у п. 1, так і в п. 2 ст. 6.5.3) на поверхневий шар земель.

2. Складно підтримати виділення у ст. 6.5.4 (те саме стосується і відповідного проступку – ст. 6.5.8) поруч із незаконним заволодінням будь-яким поверхневим шаром ще й незаконного заволодіння поверхневим шаром земель водного фонду. Такий крок фактично відтворює недолугий підхід, втілений у чинному КК, – його статтях 239-1 і 239-2.

Включення цих статей в їх чинних редакціях до КК не сприяло розв'язанню такого завдання, як забезпечення можливості притягнення до кримінальної відповідальності за незаконні дії стосовно земель водного фонду, зокрема за зміну рельєфу цих земель. Адже в жодній із цих статей не йдеться про порушення правил користування землями водного фонду, зокрема, штучне утворення земельної ділянки у межах прибережної захисної смуги, проведення робіт на земельних ділянках дна річок, озер, водосховищ, морів та інших водних об'єктів з порушенням встановлених правил або інші незаконні дії зі зміни рельєфу земель водного фонду. Як наслідок, кваліфікація на сьогодні зазначених дій за ст. 239-2 КК більше спирається на закони логіки і місцерозташування відповідної заборони, ніж на буквальне тлумачення кримінального закону. Доповнивши КК ст. 239-2 законодавець порушив принцип відсутності прогалин у законі і ненадмірності заборони, адже, первинно маючи намір встановити кримінальну відповідальність за дії на кшталт штучного утворення земельної ділянки, незаконної зміни рельєфу земель водного фонду тощо, він передбачив відповідальність за зовсім інші дії (незаконне заволодіння землями водного фонду), які, до того ж, цілком могли б кваліфікуватися за іншою нормою (ст. 239-1 КК).

Таким чином, парламентарії не усунули ту прогалину, яку сподівались усунути за допомогою доповнення КК ст. 239-2 (відсутність кримінальної

відповідальності за порушення правил користування землями водного фонду). Видається, що подібні критичні міркування доречні і щодо формулювання, наведеного у п. 2 ст. 6.5.4.

3. Використання у ст. 6.5.4 звороту «*незаконно заволоділа*» спонукає зазначити таке. «Заволодіти» означає – брати у своє володіння, привласнювати, опановувати, охоплювати кого-небудь, що-небудь. Як бачимо, етимологія терміну «заволодіння» засвідчує той факт, що використання звороту «незаконне заволодіння» покликане охарактеризувати процес незаконного привласнення чогось, притаманний для посягань на власність, а не на довкілля. Як наслідок, не повною мірою відображається характер суспільної небезпеки (основний безпосередній об'єкт) відповідних правопорушень. Проілюструємо сказане на прикладі незаконного «заволодіння» поверхневим шаром земель.

Критикуючи вживання аналізованого терміну у ст. 239-1 (як і ст. 239-2) чинного КК, О. Олійник резонно акцентувала увагу на тому, що у розділі VIII Особливої частини КК при описанні об'єктивної сторони складів злочинів проти довкілля використовуються такі поняття, як «порушення порядку», «невжиття заходів», «забруднення або псування», «знищення або пошкодження» тощо, тобто специфічні поняття, не характерні для описання об'єктивної сторони складів злочинів проти власності. Призначенням ст. 239-1 (як і ст. 239-2) КК є правове регулювання відносин щодо зняття, зберігання, складування, нанесення ґрунтової маси на відповідні земельні ділянки та відновлення екологічних та продуктивних властивостей останніх. Наявність цього напряму охорони ґрунтів резонно пов'язується з тим, що відокремленість ґрунту від землі є небажаною. Зняття ж ґрунтового покриву земельних ділянок без спеціального дозволу якраз і означає самовільне відокремлення його від поверхні землі.

Враховуючи це, ми свого часу пропонували описати у ст. 239-1 КК злочинне порушення земельного законодавства у сфері охорони ґрунтів, відмовившись від невдалого термінологічного звороту «незаконне заволодіння», на користь словосполучення «незаконне зняття поверхневого шару земель». У разі реалізації такого підходу за вчинення к. пр. зможуть нести відповідальність і власники земельних ділянок (землекористувачі), і особи, які знімають поверхневий шар із неналежних їм земельних ділянок.

Втілення у життя згаданої пропозиції засвідчувало б спрямованість відповідної норми на забезпечення реалізації двох головних принципів охорони ґрунтів: 1) принципу цілісності ґрунтового покриву, який би

відображав зміст правових норм, спрямованих на протидію руйнуванню ґрунтового покриву земельних ділянок; 2) принципу невіддільності ґрунтового покриву від земельних ділянок, насамперед сільськогосподарського призначення, оскільки це є умовою їх функціонування як основного засобу аграрного виробництва та природного ресурсу.

Слід вказати і на момент закінчення розглядуваного злочину. Уявимо, наприклад, таку ситуацію: особа незаконно зняла поверхневий шар земель, однак була помічена сторонніми особами і зникла з місця події, залишивши відповідну ґрунтову масу на земельній ділянці. Екологічну шкоду вже завдано, через що такі дії, здавалося б, за логікою речей, мали б кваліфікуватися як закінчений злочин, передбачений ст. 6.5.4. Однак, оскільки фактично заволодіння як такого не відбулося, треба буде констатувати (всупереч цільовому призначенню цієї кримінально-правової норми), що мав місце лише замах на заволодіння ґрунтовим покривом.

В іноземному кримінальному законодавстві при позначенні відповідних дій не використовується термін «заволодіння», замість нього вживаються формулювання (причому для кожного природного ресурсу окремі), подібні до тих, які містяться у чинному КК України (незаконне видобування, порубка, зняття, полювання тощо). Показово, що такий підхід реалізований не лише в тих державах, де аналізовані діяння визнаються «класичними» к. пр. проти довкілля, а і в тих країнах, де відповідні діяння розцінюються як делікти про власності або економіки. Наприклад, у Болгарії це «добування надр», «рубка дерев». Цікавим є і досвід Польщі, § 1 ст. 290 КК якої сформульований таким чином: «Хто з метою привласнення здійснює вирубування дерева в лісі, той…». Тобто, хоч у меті і фігурує вказівка на «привласнення», для позначення відповідних дій використовується термін «вирубування», який найкраще передає екологічну складову делікту.

Викладене дозволяє зробити висновки про: 1) недоречність використання у ст. 6.5.4 терміну «заволодіння»; 2) недоцільність позначення дій, вчинюваних щодо різних природних ресурсів, за допомогою одного терміну. Водночас ми розуміємо прагнення робочої групи консолідувати відповідальність за перераховані у ст. 6.5.4 діяння в ній – одній (універсальній) нормі, яке (прагнення), вочевидь, базується як на оцінці їх як приблизно однакових за ступенем суспільної небезпеки, так і на загальному концепті побудови Особливої частини проєкту. За таких обставин вважаємо, що замість згадування про «незаконне заволодіння» у назві ст. 6.5.4 мала б

міститися вказівка на узагальнюючий зворот: або незаконне вилучення природного ресурсу з їх природного стану, або незаконне добування природного ресурсу, про що, до речі, йдеться у ст. 6.5.5 (і це прояв небажаної термінологічної неузгодженості).

Надалі ж у диспозиції ст. 6.5.4 (задля належної реалізації принципу юридичної визначеності) могли б зазначатися конкретні різновиди незаконних дій: 1) зняття поверхневого шару земель; 2) рубка лісу; 3) видобування корисних копалин; 4) полювання на диких звірів чи птахів та рибальство (рибний промисел – ст. 343 КК Словенії) (як варіант – єдиний термін «браконьєрство», який, наприклад, вживається у статтях 276–277 КК Сербії, ст. 310 КК Словаччини, ст. 304 КК Чехії).

Цікаво, що попередня редакція статті проєкту, яка на сьогодні має номер 6.5.4, точніше відбивала характер передбачених нею посягань на природі ресурси. Зокрема, мовилося про особу, яка *видобула* корисну копалину, *зрубала* дерево чи чагарник…, *добула* дикого звіра чи птаха, *виловила* рибу чи інший водний живий організм.

4. Постає питання, що означає *незаконне заволодіння водами*, про яке йдеться у п. 3 ст. 6.5.4. Справа в тому, що водне законодавство (ст. 110 ВК України) веде мову про таке порушення, як «самовільне захоплення водних об’єктів». Вочевидь, що з точки зору кримінального права такі дії в більшості випадків мають визнаватися самовільним зайняттям земельної ділянки водного фонду (ст. 197-1 чинного КК). Тому незрозуміло, які дії мають розцінюватись як незаконне заволодіння водами. З буквального тлумачення випливає, що за цією ознакою маються кваліфікуватися випадки, коли особа безпосередньо заволодіває водою. Навряд саме це малося на увазі.

Аналіз іноземного досвіду засвідчує, що чи не єдиним аналогом відповідного делікту може вважатися таке передбачене в більшості країн італо-іберійської групи кримінального права правопорушення, як незаконна зміна (відхилення) русла водойми. Так само варто пригадати і деякі приписи чинного вітчизняного законодавства, зокрема:

– ст. 47 КУпАП, в якій йдеться про самовільне водокористування;

– Методику розрахунку розмірів відшкодування збитків, заподіяних державі внаслідок порушення законодавства про охорону та раціональне використання водних ресурсів (затв. наказом Мінприроди від 20 липня 2009 р. № 389), в якій йдеться про два такі правопорушення, як:

1) самовільне використання водних ресурсів за відсутності дозволу на спеціальне водокористування;

2) перевищення встановлених у дозволі на спеціальне водокористування лімітів.

Однак, по-перше, такі к. пр. (і в іноземних країнах, і в КУпАП) розцінюється як посягання на власність, і, по-друге, якщо розробники проєкту мають на увазі подібне(-і) правопорушення, то це має знайти чітке вираження у проєкті шляхом використання формулювання, відмінного від невизначеного «незаконного заволодіння водами».

Щодо потенційної сукупності к. пр., передбачених статтями про заволодіння та знищення природних ресурсів

Із редакцій представлених у проєкті статей 6.5.4 і 6.5.6 випливає, що дії осіб, які, наприклад, спочатку зрубали певну кількість дерев, а потім вивезли їх (заволоділи ними), мають кваліфікуватися за сукупністю. Така сукупність видається невиправданою. Уявимо цілком реальну і доволі поширену ситуацію, коли особа: 1) спочатку без дозволу полює/рибалить, тобто вчиняє проступок, передбачений окремою ст. 6.5.9; 2) у процесі цього незаконного полювання/рибальства вбиває дикого звіра/птаха/рибу, тобто вчиняє діяння, передбачене або ст. 6.5.6 чи ст. 6.5.10 (залежно від шкоди); 3) згодом, що логічно, заволодіває незаконно добутим звіром/птахом/рибою, тобто вчиняє діяння, передбачене ст. 6.5.4 або ст. 6.5.8. Виходить, що у цій ситуації вчинене має кваліфікуватись одразу за трьома окремими статтями.

Сказане спонукає розглянути питання про доцільність виділення окремої статті про знищення або пошкодження *будь-яких* різновидів відповідних природних ресурсів. Виділення терміну «будь-який» пояснюється вивченим іноземним досвідом, звернення до якого продемонструвало, що в країнах, кримінальні кодекси яких містять норми про подібні діяння, кримінально протиправним переважно визнається:

а) знищення або пошкодження лише природних ресурсів з особливим статусом (найчастіше – охоронюваних природних територій або об’єктів, які знаходяться під загрозою зникнення (ст. 332 КК Іспанії, ст. 271 КК Литви, ст. 187 КК Польщі, ст. 305 КК Словаччини, розд. 5 гл. 48 КК Фінляндії, ст. 200 КК Хорватії));

б) завдання шкоди лісу внаслідок порушення правил здійснення очищення і вирубки лісу. Однак умовою настання кримінальної відповідальності є завдання значної шкоди (ст. 354 КК Естонії, ст. 295 КК Чехії). Як виняток можна вказати на ст. 236 КК Болгарії і ст. 274

КК Сербії, в яких встановлено відповідальність за просте знищення або пошкодження (рубку) лісу.

При цьому на особливу увагу заслуговує словенський досвід. Мова йде про те, що кримінальна відповідальність за таке діяння, як знищення лісів (ст. 340 КК Словенії) настає лише за умови відсутності ознак інших складів к. пр.

Стаття 6.5.5. Придбання або збут завідомо незаконно добутого природного ресурсу

1. Перше питання, яке постає у зв'язку із цією статтею: чи є (має бути) передбачене нею діяння проявом причетності до злочину, ознаки якого містить ст. 6.5.4? Якщо так, то, вочевидь, варто писати про особу, яка, заздалегідь не обіцяючи, придбала або збула незаконно добутий природний ресурс. Якщо ні, то для чого у такому разі потрібна ця стаття? Адже особа, яка придбала / збула незаконно добутий природний ресурс, заздалегідь пообіцявши це скоїти, має визнаватись пособником вчинення злочину, передбаченого ст. 6.5.4.

2. На відміну від, наприклад, ч. 1 ст. 246 чинного КК, у ст. 6.5.5 проєкту відсутня «прив'язка» дій до істотної шкоди, що, здавалося б, є її перевагою. Водночас привертає увагу та обставина, що описані у ст. 6.5.5 дії не пов'язуються ні із заподіянням істотної шкоди, ні з жодними іншими наслідками (злочин із формальним складом). При цьому склади к. пр., передбачених ст. 6.5.8 «Заволодіння природним ресурсом, що спричинило неістотну майнову шкоду» і ст. 6.5.4 «Заволодіння природним ресурсом», сконструйовані як матеріальні. Такий підхід уможливлює алогічну ситуацію, за якої: 1) для особи, яка незаконно зрубала дерево або чагарник, наставатиме кримінальна відповідальність лише за умови, що спричинено майнову шкоду – неістотну або істотну; 2) поведінка осіб, які виконують, так би мовити, другорядні (щодо порубки лісу) функції, визнаватиметься кримінально протиправною незалежно від її наслідків. Виникає і питання (скоріш за все, риторичне): чи порівнюваними за тяжкістю є, з одного боку, наприклад, дії особи, яка придбала одне (навіть декілька) завідомо незаконно зрубане дерево, та, з іншого, дії винного у незаконній порубці, що призвела до заподіяння майнової шкоди на суму до 20 тис. грн? При цьому обидва вказані делікти пропонується визнавати злочинами 1-го ступеня.

3. Не зовсім зрозуміло, чому у ст. 6.5.5 йдеться тільки про придбання і збут. Якщо бути послідовним, то ті ж (про які, до речі, йшлося у попередніх

варіантах проєкту) перероблення або переміщення є приблизно однаковими за ступенем суспільної небезпеки із щонайменше придбанням (наприклад, для подальшого використання у побуті) природних ресурсів.

4. Директива № 2008/99/ЄС Європейського Парламенту і Ради про кримінально-правову охорону довкілля передбачає запровадження низки кримінально-правових заходів, спрямованих на підвищення ефективності захисту довкілля. Одним із таких заходів є визнання к. пр. торгівлі захищеними видами дикої флори та фауни, або їх частинами, якщо така діяльність стосується значної кількості цих видів або має значний негативний вплив на статус об'єктів, що перебувають під захистом. Можна сказати, що вимоги цієї Директиви певною мірою втілені у ст. 6.5.5 проєкту. Остання, однак, передбачає, що відповідальність наставатиме незалежно від обсягу природних ресурсів, які особа збула / придбала. Цей підхід сприймається як надмірно репресивний.

5. Також, мабуть, відсутні підстави вважати, що вчинення відповідних дій саме з природними ресурсами є істотно небезпечнішим порівняно з тотожними діями з будь-якими іншими предметами (збут викрадених телефонів, ноутбуків тощо), які не визнаватимуться кримінально протиправними. Виходить, що, якщо особа придбала завідомо незаконно здобуту деревину для опалення будинку – це злочин, а завідомо вкрадений телефон – склад к. пр. відсутній? Принаймні аналога ст. 198 чинного КК у проєкті нам відшукати не вдалося. Ми погано шукали чи робоча група пропонує беззастережно визнавати такі дії легалізацією (відмиванням) активів (доходів), одержаних злочинним шляхом (ст. 6.3.21)?

6. Проєкт, наскільки ми це зрозуміли, не визнає к. пр. незаконне вивезення з України об'єктів тваринного і рослинного світу, занесених до Червоної книги України. Відповідна поведінка, яка на сьогодні утворює склад адміністративного правопорушення, могла б розглядатись як кримінальний проступок, адже йдеться про потребу забезпечення посиленого захисту рідкісних і особливо цінних природних ресурсів.

Стаття 6.5.6. Знищення або пошкодження рослинного чи тваринного природного ресурсу

У цій статті йдеться про особу, яка незаконно вчинила один із чотирьох різновидів поведінки: 1) знищила або пошкодила дерево чи чагарник у лісі, 2) умертвила або скалічила дикого звіра, птаха, рибу чи інший водний живий організм, що перебуває у стані природної волі чи напівволі, 3) порушила

фітосанітарні правила чи правила щодо боротьби зі шкідниками рослин; 4) порушила ветеринарні правила чи інші правила охорони диких тварин. Із цього приводу хотілося б висловити низку взаємопов'язаних зауважень.

1. Такі діяння, як порушення фітосанітарних і ветеринарних правил, навіть на перший погляд, за характером своєї суспільної небезпеки досить істотно відрізняються від двох перших згаданих діянь.

2. Коли ми ведемо мову про вказані у назві ст. 6.5.6 «знищення» і «пошкодження», то розуміємо під ними певні умисні дії. Водночас при зазначеному у п. 3 чи п. 4 порушенні правил (фітосанітарних та ветеринарних, відповідно) ставлення до наслідків не лише може бути, а й найчастіше є необережним, що також вказує на невиправданість визнання таких дій різновидом «знищення» або «пошкодження» природного ресурсу.

3. Якщо формулювання, передбачені пунктами 1 і 2 ст. 6.5.6, є такими, що одночасно позначають і дію, і первинні наслідки (знищення, пошкодження, умертвлення тощо), які надалі призводять до похідних наслідків у вигляді істотної майнової шкоди, то термін «порушення» таким не є, адже позначає лише діяння. Таким чином, за пунктами 3 і 4 ст. 6.5.6 можуть бути кваліфіковані не лише ті прояви, які призвели до згаданого у назві знищення або пошкодження природних ресурсів, а фактично будь-які порушення відповідних правил, які заподіяли істотну майнову шкоду.

До речі, в тих країнах, в яких криміналізовано подібні за змістом діяння, їх кримінальна протиправність пов'язується лише (виняток – ст. 230 КК Болгарії) із: 1) настанням або загрозою настання певних наслідків (на кшталт ст. 251 КК України). Наприклад, у статтях 182–183 КК Австрії, статтях 306–307 КК Іспанії (так само і в ст. 307 КК Словаччини та ст. 206 КК Хорватії) – це спричинення або збільшення ризику поширення заразної хвороби тварин чи рослин; у ст. 277 КК Литви – поширення захворювання або епідемія; 2) певною обстановкою. Так, у країнах «югославської» групи кримінального права йдеться про вчинення цих дій під час епідемій (ст. 270 КК Сербії, ст. 345 КК Словенії).

Хотілося б звернути увагу і на те, що: 1) назва ст. 6.5.6 не повністю відповідає її диспозиції навіть у частині передбаченого п. 2 умертвлення чи скалічення живих створінь, яке навряд чи виправдано (щонайменше з точки зору етики) називати знищенням або пошкодженням; 2) ще більшою мірою сказане стосується порушень правил, передбачених п. 3 і п. 4, які, наприклад, призвели до хвороби декількох тварин. Невже такі діяння мають визнаватися «пошкодженням» тварин? Наприклад, порушення ветеринарних правил може

утворювати неповідомлення або несвоєчасне повідомлення органів державної ветеринарної медицини про виникнення захворювання тварин, що безпосередньо не пов'язано зі знищенням або пошкодженням цих тварин.

4. Порушення відповідних правил тісніше пов'язане з «екологічною безпекою» (розділ 5.3), а не «порядком використання природних ресурсів» (розділ 6.5), якого (використання) у подібних ситуаціях фактично немає.

5. Зворот, вжитий у ст. 6.5.6 проєкту «*Особа, яка незаконно… порушила фітосанітарні правила або… порушила ветеринарні правила…»,* є алогічним: навряд чи можна незаконно порушити певні правила.

Сказане стосується і ст. 6.5.10 «Знищення або пошкодження природного ресурсу, що спричинило неістотну майнову шкоду».

6. Стосовно використаного у ст. 6.5.6 формулювання «*Особа, яка незаконно: 1) знищила або пошкодила дерево чи чагарник у лісі…*» постає і таке питання: якщо особа пошкодила дерева, які були законно зрубані і лишилися для зберігання у лісі (тобто завдяки вкладенню людської праці набули ознак предмета к. пр. проти власності), то чи помилково не утворюватимуть її дії склад к. пр., передбаченого ст. 6.5.6? Вочевидь, у цій статті (за прикладом ст. 6.5.4) слід зазначити, що йдеться лише про ті дерева і чагарники, які перебувають у природному стані.

7. Чому у ст. 6.5.6 йдеться лише про таке порушення ветеринарних правил чи інших правил охорони диких тварин, яке спричинило істотну майнову шкоду? А якщо буде спричинено значну або тяжку шкоду довкіллю, шкоду здоров'ю людей? Сказане загалом стосується й інших форм діянь, передбачених цією статтею проєкту.

У ст. 6.5.4 йдеться про заволодіння деревом чи чагарником *у лісі чи лісовому насадженні* тоді, як у ст. 6.5.6 – про знищення або пошкодження дерев чи чагарників лише *у лісі*. Цікаво, чим викликаний такий диференційований підхід?

Стаття 6.5.7. Виснаження природного ресурсу

Доцільно в однотипний спосіб називати статті – або зазначати в них діяння, або наслідки. А то виходить, що в назві ст. 6.5.4 вказується на діяння – заволодіння, а в ст. 6.5.7 – на наслідок (виснаження).

Назва ст. 6.5.7, в якій згадується природний ресурс взагалі (див. визначення у ст. 6.5.1) не повністю узгоджений з диспозицією, де наводиться вужчий перелік природних ресурсів (землі, води, надра).

Зважаючи на відсутність уніфікованого підходу у регулятивному законодавстві, можна довго дискутувати стосовно того, яким терміном (зворотом) варто було б позначати відповідне діяння. Вочевидь, варто погодитись із розробниками проєкту, які, як і латвійські парламентарії (ст. 96 КК Латвії), зупинилися на такому широкому формулюванні, як «порушення правил використання». Водночас навряд чи можна погодитися із підходом робочої групи в частині позначення первинних (екологічних) наслідків аналізованого к. пр., як виснаження природних ресурсів.

Справді, у деяких актах регулятивного законодавства можна відшукати поодинокі згадування про «виснаження». Зокрема, це ст. 32 Закону України «Про охорону земель», в якій йдеться про «запобігання виснаженню ґрунтів» і статті 40, 65 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища», в яких зазначається, що «використання природних ресурсів громадянами, підприємствами, установами та організаціями здійснюється з додержанням обов'язкових екологічних вимог, зокрема, здійснення заходів щодо запобігання псуванню, забрудненню, виснаженню природних ресурсів, негативному впливу на стан навколишнього природного середовища», а також те, що «негативні зміни в навколишньому природному середовищі – це втрата, виснаження чи знищення окремих природних комплексів та ресурсів внаслідок…». Однак при цьому:

1) у жодному із проаналізованих нами чинних нормативно-правових актів – причому як в законах, так і в підзаконних актах (зокрема, у методиках визначення шкоди) – нам не вдалося відшукати легального визначення поняття «виснаження» природного ресурсу (як загалом, так і окремих його різновидів). У гірничому та водному законодавстві таке поняття взагалі не вживається. Зважаючи на це, можна припустити, що встановлення відповідного виду наслідків буде, по-перше, проблематичним, по-друге, не відрізнятиметься уніфікованістю;

2) відповідно до тлумачних словників «виснажувати» означає: а) дуже ослабляти; б) втрачати родючість (про ґрунт); в) ставати вичерпаним, втрата запасів. Однак, згадуючи хоча б про наслідки, які описані у ст. 254 чинного КК, можна констатувати, що поняттям «виснаження» буде охоплюватися хіба що втрата (зниження) родючості ґрунту та, можливо, виведення земель із сільськогосподарського обороту. Щодо наслідків у вигляді «змивання гумусного шару» та «порушення структури ґрунту», то вони, вочевидь, не можуть вважатися виснаженням, а тому їх спричинення не

кваліфікуватиметься за відповідними нормами. Те саме можна сказати і про інші види природних ресурсів.

Наприклад, особа вчинила «пошкодження родовищ корисних копалин, які виключають повністю або істотно обмежують можливість їх подальшої експлуатації», або скоїла «самовільне проведення гідротехнічних робіт». Чи є підстави для визнання цих дій такими, що спричинили виснаження надр?

Або візьмемо такі водні правопорушення, як «використання земель водного фонду не за призначенням», що, однак, не призвело до втрати їх властивостей, чи «руйнування русел річок, струмків та водотоків або порушення природних умов поверхневого стоку під час будівництва і експлуатації автошляхів, залізниць та інших інженерних комунікацій» тощо. І ці діяння не є такими, що призвели до виснаження вод.

Зважаючи на викладене, рекомендуємо розробникам проєкту розглянути можливість врахування зарубіжного досвіду. Йдеться про те, що у ст. 96 КК Латвії також міститься вказівка на діяння у формі порушення правил використання землі, її надр, вод і лісів (вказівка на ліси відсутня у ст. 6.5.7 проєкту), однак при цьому вказується лише на один вид наслідків – значна шкода, яка є формалізованим вираженням будь-якої екологічної шкоди (не лише виснаження відповідних природних ресурсів).

Стаття 6.5.9. Порушення правил полювання чи риболовлі

Загалом положення цієї статті вдало корелюються зі ст. 20 Закону України «Про мисливське господарство та полювання». Водночас у переліку передбачених ст. 6.5.9 різновидів поведінки фігурують не всі дії, які забороняються згаданою нормою регулятивного законодавства. Зокрема, сказане стосується вказівки на «збирання яєць птахів, загиблих мисливських птахів, самовільне привласнення знайдених в угіддях загиблих мисливських тварин або їх частин, руйнування, нищення або псування штучних гніздищ, солонців, годівниць для звірів і птахів, посівів кормових рослин, мисливських вишок, вказівних знаків, відповідних вивісок та інших атрибутів мисливського господарства».

Чим зумовлений диференційований підхід, відбитий у ст. 6.5.9 проєкту? Перераховані дії мають розцінюватись як «незаконне заволодіння» чи «знищення (пошкодження) природних ресурсів»? Але, наприклад, щонайменше таке специфічне мисливське правопорушення, як «руйнування, нищення або псування штучних гніздищ, солонців, годівниць для звірів і птахів, посівів кормових рослин, мисливських вишок, вказівних знаків,

відповідних вивісок та інших атрибутів мисливського господарства», навряд чи можна визнавати як незаконним заволодінням, так і незаконним знищенням природного ресурсу.

У випадку із ст. 6.5.9 спостерігається певна надмірність криміналізації (з можливістю утворення штучної сукупності проступків). Це стосується, зокрема, риболовлі в забороненому місці, якщо в результаті особа не виловила риби і не спричинила якоїсь шкоди. Тож у ст. 6.5.9 було б доцільно передбачити наслідок у виді спричинення неістотної шкоди.

КНИГА СЬОМА.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ СУСПІЛЬСТВА
РОЗДІЛ 7.1.
ЗЛОЧИНИ ПРОТИ БЕЗПЕКИ ВІД ОРГАНІЗОВАНОЇ ЗЛОЧИННОЇ ДІЯЛЬНОСТІ
Стаття 7.1.1. Значення термінів, вжитих у цьому Розділі

1. У дефініції поняття *злочинного впливу* (п. 1) йдеться про *злочинного лідера,* однак визначення цієї фігури у проєкті відсутнє. Очевидно, що злочинний лідер і організатор – це хоч і взаємопов'язані, однак різні категорії суб'єктів. Цю та інші дефініції, про які йтиметься далі, можна визначити як у проєкті, так і в іншому законі. В Україні на сьогодні відсутній спеціальний закон на кшталт того, що існує в Грузії («Про організовану злочинність і рекет»), який визначав би базові терміни, що використовуються у конструкціях відповідних кримінально-правових норм. Не розкрито зміст зазначених термінів і в інших законах, наприклад, «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю».

Частково недоліки визначення злочинного впливу були перенесенні з попередньої редакції цієї норми, що містилася у ст. 5.1.3 і мала назву «Злочинне лідерство». Нелогічним виглядає обмеження дій злочинного лідера межами злочинних організацій. Відповідно, його поведінка н стосується запровадження правил поведінки для учасників організованої групи, незаконного збройного формування, терористичної групи та подальшого їх поширення на інших осіб, зокрема учасників злочинних організацій. У місцях позбавлення волі покарання відбувають не лише учасники злочинних організацій. Мають місце випадки, коли особа, яка перебуває у статусі «смотрящого», є учасником організованої групи, а не злочинної організації.

У підпункті «а» п. 1 ст. 7.1.1 до злочинного впливу віднесено запровадження злочинним лідером *правил поведінки* для учасників однієї або декількох злочинних організацій чи поширенні їх на інших осіб. Правила можуть бути як законними, так і протиправними. Тому, можливо, варто уточнити, що це за правила (наприклад, використовуючи конструкцію «*не передбачені законом*»).

У злочинному зібранні не обов'язково беруть участь лише учасники злочинних організацій. Це можуть бути, наприклад, учасники організованих

груп або кримінальні авторитети, яких у проєкті, ймовірно, пропонується називати злочинними лідерами.

Перелік дій, які утворюють злочинний вплив у ст. 7.1.1, не охоплює усіх його проявів, що мають місце на практиці. Злочинний вплив може полягати у таких діях, як: надання особі статусу «злодій в законі», призначення «смотрящих», «положенців»; вирішення конфліктних ситуацій між засудженими, раніше судимими та іншими особами; розподіл коштів або інших матеріальних благ між засудженими; організація та проведення зібрань в установах виконання покарань; встановлення «даху» для осіб, які вчиняють кримінальні правопорушення, злочинних об'єднань тощо (див.: Вознюк А.А., Дудоров О.О., Чернявський С.С. Кримінальна відповідальність за злочини, вчинені злочинною спільнотою (статті 255, 255-1, 255-2, 255-3, 256 Кримінального кодексу України): науково-практичний коментар. К., 2021). З огляду на зазначене, до злочинного лідерства додатково можна віднести щонайменше організацію, координацію чи сприяння кримінально протиправній діяльності на певній території чи в певній сфері, виконання функції «мирового судді», надання допомоги іншим особам у розв'язанні їх проблем (наприклад, знайдення викраденої речі).

2. У п. 2 міститься визначення поняття *незаконного збройного формування*. Як видається, незаконне збройне формування – самостійна форма співучасті, а тому не зовсім логічно одні форми співучасті (просту групу, організовану групу, злочинну організацію, терористичну групу) визначати в ст. 2.7.5 Загальної частини проєкту, а незаконне збройне формування – на початку розділу 7.1 проєкту.

Видається не зовсім правильним обмежуватися лише вогнепальною зброєю, адже учасники таких формувань можуть мати на озброєнні незаконно й іншу зброю.

Щодо мети формування (*участь в неконституційній політичній акції чи збройному конфлікті*) виникає питання, що означає неконституційна політична акція? Цим терміном охоплюються лише злочини і проступки чи, можливо, й передбачене ст. 185-1 КУпАП порушення порядку організації і проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій.

Як слід тлумачити збройний конфлікт – виключно як той, про який йдеться в нормах міжнародного гуманітарного права (міжнародний збройний конфлікт і збройний конфлікт неміжнародного характеру), чи не тільки? Адже в широкому значенні збройний конфлікт включає, зокрема збройну сутичку декількох озброєних громадян між собою чи з правоохоронцями.

Щоб дати відповіді на ці та інші подібні запитання, слід чітко усвідомлювати призначення ст. 7.1.11 «Створення незаконного збройного формування або участь у ньому». Можливі, щонайменше, три відповідні варіанти: недопущення участі озброєних людей в політичних акціях; недопущення формування приватних армій, недопущення незаконного озброєння об'єднань людей.

На практиці більшість засуджених учасників не передбачених законами воєнізованих або збройних формувань притягували до кримінальної відповідальності за участь у збройних формуваннях днр і лнр. Водночас є сумніви у правильності такої кваліфікації, оскільки є підстави визнавати вказаних суб'єктів комбатантами, які мають імунітет від кримінального переслідування за ст. 260 КК. Видається, що немає потреби визнавати незаконне збройне формування різновидом організованої групи чи злочинної організації, як пропонується у проєкті, оскільки за відсутності складу злочину, передбаченого ст. 7.1.11, відповідні діяння можна кваліфікувати за ст. 7.1.5, 7.1.6, 7.2.7.

Суть іншої моделі полягає у відсутності вказівки на мету такого об'єднання, що не дає підстави віднести його до певної форми співучасті. Як видається, ця норма призначена для недопущення випадків створення незаконних збройних об'єднань (зокрема «приватних армій»), які в подальшому можуть використовуватися зі злочинною метою (тобто трансформуватися в певні форми співучасті у злочині). Така стаття дозволяє притягнути до кримінальної відповідальності за створення будь-якого незаконного збройного об'єднання, яке не має на меті вчинення злочинів (або таку мету неможливо довести).

Український варіант слід обирати з певними застереженнями, пов'язаними з міжнародним збройним конфліктом. У контексті цього слід з'ясувати, чи корисним для України є створення приватних армій, адже нині приватна армія – це ефективний і зручний елемент війни. Однією з найбільш відомих є американська приватна армія Blackwater. Ворог проти нас також застосовує приватні військові компанії.

Стаття 7.1.2. Ознаки, що знижують тяжкість злочину на три ступеня

1. Видається не зовсім коректним, що можливість зниження тяжкості злочину на три ступеня стосується лише злочину, передбаченого ст. 7.1.11, у зв'язку з позитивною поведінкою особи після вчинення кримінального правопорушення, і не поширюється на злочини, передбачені статтями 7.1.5,

7.1.6. Така норма може бути раціональнішою порівняно з ч. 2 ст. 3.4.2, яка передбачає підстави не призначення покарання особі, яка була учасником організованої групи, злочинної організації, незаконного збройного формування або сприяла його створенню чи функціонуванню, терористичної групи. Адже не призначення покарання за злочини, передбачені статтями 7.1.5, 7.1.6, 7.1.11, не означає, що такій особі не призначатимуть покарання за злочини, передбачені іншими статтями, які вчинятимуться у складі цих об'єднань. На практиці злочини, передбачені статтями 7.1.5, 7.1.6, 7.1.11., зазвичай кваліфікують за сукупністю з іншими злочинами, вчиненими у складі цих об'єднань.

2. Зміст інформації, яку має надати особа, згідно зі ст. 7.1.2, розкривається у спосіб, що може ускладнити застосування відповідної ознаки. Зокрема, мовиться про те, що цю інформацію, не можна було б отримати інакше, ніж як від особи, яка відмовилася від продовження керівництва незаконним збройним формуванням. Як видається, установити з належною очевидністю зазначений факт (чи можна було якось інакше здобути аналогічну інформацію, яку надає особа) може бути вкрай проблематично, що з-поміж іншого утворює підґрунтя для виникнення корупційних ризиків.

3. Постає і питання щодо того, чому відповідна інформація може бути надана лише органам правопорядку. А якщо цю інформацію особа надала суду, то хіба зниження ступеня тяжкості відповідного злочину вже не відбудеться?

Стаття 7.1.3. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на два ступеня

1. У п. 1 ст. 7.1.3 доречно згадати про небезпечні предмети (п. 32 ч. 2 ст. 1.4.1), які можуть використовувати учасники злочинної організації чи незаконного збройного формування в своїй діяльності.

2. Незрозуміло, чому положення п. 1 ст. 7.1.3 не поширюються на організовану групу. У більшості випадків зброєю володіють учасники організованих груп, оскільки щороку їх виявляють значно більше порівняно зі злочинними організаціями.

3. Варто передбачити можливість підвищення на два ступеня тяжкість злочинів, передбачених статтями 7.1.5, 7.1.6, 7.1.11, якщо особа створила організовану групу, злочинну організацію, незаконне збройне формування чи керувала ними, тобто фактично *для організаторів цих злочинних об'єднань*. У

чинному КК України кримінальна відповідальність за створення злочинних об’єднань, керівництво ними та участь у них слушно диференційована. Аналогічна ситуація має місце у КК низки зарубіжних країн (наприклад, Андорри, Туреччини, Фінляндії, Хорватії).

Стаття 7.1.4. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь

1. У контексті удосконалення положень цієї статті важливим є зарубіжний досвід. Наприклад, у ч. 2 ст. 570-bis КК Іспанії покарання учасникам злочинної організації призначаються у верхній частині санкції статті, якщо злочинна організація складається з великої кількості людей, має зброю або небезпечні знаряддя, володіє передовими технологічними засобами зв’язку чи транспорту, які завдяки своїм характеристикам є особливо придатними для сприяння вчиненню злочинів або безкарності винних. Тому у п. 1 ст. 7.1.4 доречно було б зазначити додатково щонайменше про небезпечний предмет (п. 32 ч. 2 ст. 1.4.1), який може використовувати організована група чи злочинна організація у своїй діяльності.

2. Складно погодитися з вказівкою у п. 5 на *полегшення вчинення злочину*. Вона є зайвою, оскільки ця ознака буде наявною практично завжди під час вчинення злочинів, передбачених розділом 7.1. Адже однією з найважливіших причин об’єднання чи вступу осіб до організованої групи, злочинної організації, незаконного збройного формування є саме полегшення вчинення злочинів, які складніше вчинити одній особі (інколи без інших співучасників певні злочини вчинити фактично неможливо). Злочинний вплив також здійснюється з метою полегшення особистого збагачення злочинним шляхом. Потурання діяльності злочинної організації сприяє полегшенню підготовки та приховування окремих злочинів, учинених її учасниками.

Створення організованої групи або участь у ній чи її діяльності. Створення злочинної організації або участь у ній чи її діяльності. Створення незаконного збройного формування або участь у ньому. Участь у діяльності терористичної групи (статті 7.1.5, 7.1.6, 7.1.11, 7.2.7)

1. Недоліки вказаних статей найкраще проявляються у разі комплексного їх аналізу, насамперед шляхом порівняння між собою, адже

фактично кожна з них містить підстави кримінальної відповідальності за створення того чи іншого злочинного об’єднання та участь в ньому.

Насамперед дискусійними видається назви цих статей. Назви трьох статей (7.1.5 «Створення організованої групи або участь у ній чи її діяльності», 7.1.6 «Створення злочинної організації або участь у ній чи її діяльності», 7.1.11 «Створення незаконного збройного формування або участь у ньому») розпочинаються із вказівки на створення відповідних злочинних об’єднань; натомість назва ст. 7.2.7 «Участь у діяльності терористичної групи» – із вказівка на участь. Зайвою є вказівка на діяльність як у ст. 7.1.5, так і в ст. 7.1.6. Кращим варіантом видається застосування у цих назвах термінів «створення» та «участь».

Виникає питання щодо керівництва структурними частинами: чому таке діяння виокремлюється лише в контексті злочинної організації та незаконного збройного формування? На сьогодні наявність структурних частин для злочинної організації необов’язкова, оскільки серед ознак цього злочинного об’єднання відсутня ієрархія. Водночас, якщо автори проєкту вирішили в диспозиції статті зазначати про керівництво структурною частиною, то варто вказати на це діяння і в контексті організованої групи та терористичної групи. Щодо того, чого саме повинно стосуватися керівництво – об’єднання чи його діяльності, то, якщо виходити з позиції, що керівництво злочинною діяльністю кожного з цих об’єднань потребуватиме кваліфікації за іншими статями КК, то вказівка на керівництво діяльністю є помилковою. З цих самих причин помилковим видається виокремлювати таке діяння, як керівництво вчиненням злочину учасниками відповідного об’єднання (статті 7.1.5, 7.1.6.).

2. Таке діяння, як *сприяння,* виокремлюється лише щодо незаконного збройного формування і терористичної групи. Чому сприяння створенню та діяльності організованої групи і злочинної організації не повинно бути забороненим діянням? Звертає на себе увагу і різне позначення сприяння у статтях 7.1.11, 7.2.7: «*сприяла його створенню чи функціонуванню*» та «*сприяла такій групі чи вчиненню злочину її учасником або іншою особою на виконання завдання терористичної групи*», відповідно. Мабуть, немає особливих потреб у застосуванні різних підходів до конструювання складів однорідних злочинів.

Для організованої групи та злочинної організації передбачені самосійні склади злочинів. Однак для терористичної групи, яка може бути простою групою, організованою групою та злочинною організації – лише один склад в

одній статті. Такий підхід виглядає дискусійним, адже якщо автори проєкту фактично виокремлюють три варіанти терористичної групи, то вони очевидно відрізняються за ступенем суспільної небезпеки.

3. З урахуванням зазначеного вказані статті варто викласти в такій редакції:

Стаття 7.1.5. Створення організованої групи або участь у ній

Особа, яка:

1) створила організовану групу,

2) керувала нею чи її частиною,

3) була учасником організованої групи або

4) сприяла їй,– вчинила злочин 3 ступеня.

Стаття 7.1.6. Створення злочинної організації або участь у ній

Особа, яка:

1) створила злочинну організацію,

2) керувала нею чи її частиною,

3) була учасником злочинної організації або

4) сприяла їй, – вчинила злочин 5 ступеня.

Стаття 7.1.11. Створення незаконного збройного формування або участь у ньому

Особа, яка:

1) створила незаконне збройне формування,

2) керувала ним чи частиною такого формування,

3) була його учасником або

4) сприяла йому, – вчинила злочин 5 ступеня.

Стаття 7.2.7. Створення організованої терористичної групи або участь у ній

Особа, яка:

1) створила організовану терористичну групу,

2) керувала нею чи її частиною,

3) була учасником організованої терористичної групи або

4) сприяла їй, – вчинила злочин 3 ступеня.

Стаття 7.1.6. Створення терористичної організації або участь у ній

Особа, яка:

1) створила терористичну організацію,

2) керувала нею чи її частиною,

3) була учасником терористичної організації або

4) сприяла їй, – вчинила злочин 5 ступеня.

4. Зміст дефініцій, що розкривають форми об’єктивної сторони складів розглядуваних злочинів (якщо не всіх, то принаймні деяких), доцільно надати на початку розділу у ст. 7.1.1 у «міні-глосарії», оскільки на практиці можуть виникати проблеми з їх тлумаченням.

У кримінальному законодавстві окремих зарубіжних країн зазначені терміни розкриваються безпосередньо в межах кримінально-правових заборон.

Наприклад, у ст. 366 КК Андорри надано дефініцію сприяння терористичній групі. Відповідно до ч. 2 цієї статті актами сприяння є: інформація або моніторинг людей, товарів або установок; будівництво, підготовка, передача або використання житла чи депозитів; приховування або передача осіб, пов'язаних зі збройними бандами, організаціями чи терористичними групами; організація навчальних практик або допомога цим практикам; надання або стягнення грошей; будь-яка інша форма співробітництва, допомоги чи посередництва, економічного чи іншого характеру, еквівалентна тяжкості діяльності терористичної групи.

Відповідно до підрозділу 4 розділу 34a КК Фінляндії карається той, хто озброює або намагається оснастити терористичну групу вибуховими речовинами, зброєю, боєприпасами або речовинами чи засобами, призначеними для їх виготовлення, або іншими небезпечними предметами чи речовинами, набуває або намагається заволодіти чи передати терористичній групі службові приміщення чи інші необхідні їй об’єкти, транспортні або інші засоби, які мають велике значення для діяльності групи, отримує або намагається отримати інформацію, яка може завдати серйозної шкоди країні чи міжнародній організації, або передає чи розголошує таку інформацію терористичній групі. Сприяння терористичній організації розкрито і в ст. 5 Закону про терористичні злочини (2022:666) Швеції.

Стаття 7.1.7. Участь у злочинному зібранні

Для того, щоб притягнути до кримінальної відповідальності особу, яка взяла участь у зібранні *учасників двох або більше злочинних організацій чи організованих груп*, необхідно принаймні довести наявність на зібранні двох учасників різних злочинних організацій. Оперативної інформації про те, що певна особа є учасником злочинної організації, буде, вочевидь, недостатньо. Підтвердженням цього може стати обвинувальний вирок суду за ст. 7.1.6 щодо учасників такої організації. Злочин, передбачений ст. 7.1.6, повинен передувати злочину, передбаченому ст. 7.1.7, тобто стати «предикатним».

Тому якщо учасників такого зібрання затримали поза межами місць позбавлення волі, то кваліфікація їх дій за ст. 7.1.7 можлива лише після засудження цих суб'єктів за ст. 7.1.6 чи в результаті одночасного засудження за сукупністю злочинів, передбачених ст. 7.1.6, ст. 7.1.7. Простіше може бути у випадку проведення такого зібрання в місцях позбавлення волі, коли учасники цих організацій засуджені і відбувають покарання. Якщо ж вони відбули покарання, то називати їх учасниками злочинної організації в юридичній площині некоректно. Не випадково в окремих публікаціях (А. Вознюк, 2021) пропонувалося акцентувати увагу в статті про злочинне зібрання не на суб'єктному складі, а на його меті. У теперішній редакції ст. 7.1.7 ця ідея реалізована.

Невдалим видається формулювання *«ресурсне забезпечення»*. Незрозуміло, що воно включає. Окрім того, видається недоречним введення до кримінального закону нових термінів або використання різних термінів для позначення тотожних або подібних понять. Наприклад, у ст. 7.2.8 йдеться про *фінансування та іншу підтримку* (включає надання коштів, матеріальних засобів чи інформації), у статтях 3.8.1, 11.5.7 – про *фінансування чи матеріальне забезпечення*.

Стаття 7.1.8. Потурання діяльності злочинної організації. Стаття 7.2.9. Потурання діяльності терористичної групи

1. Розробники проєкту пропонують криміналізувати лише потурання діяльності злочинної організації (ст. 7.1.8) та потурання діяльності терористичної групи (ст. 7.2.9), однак залишають поза увагою потурання діяльності незаконного збройного формування та організованої групи. Переконливі аргументи на користь такого кроку навряд чи знайдуться. Чи не варто доповнити розділ 8.2 «Кримінальні правопорушення проти сприяння правосуддю» універсальною нормою, присвяченою потуранню кримінального правопорушення? Подібні норми існують, наприклад, у КК Іспанії (ст. 407, 408).

2. У ст. 7.2.9 наявна вказівка на *завідомість*, а у ст. 7.1.8 вона відсутня. Загалом складається враження, що вживання терміну «завідомо» у диспозиціях окремих статей цього та інших розділів Особливої частини проєкту не завжди відбувається послідовно та системно. В одних випадках вказівка на завідомість міститься відразу після слів, що позначають суб'єкта (наприклад, в ст. 7.2.9 зазначено: «*Службова особа, яка завідомо…..*»), а в інших – після діяння (наприклад, в ст. 7.2.8 зазначено: «*Особа, яка надала*

кошти, матеріальні засоби чи інформацію або зібрала їх завідомо»). Бажано відповідні положення уніфікувати.

Стаття 7.1.10. Сприяння злочинному лідерству

1. Назва цієї статті не повною мірою відповідає її змісту. У ст. 7.1.10 йдеться не стільки про сприяння, яке полягає у допомозі такому суб'єкту (злочинному лідеру) чи його діяльності, скільки про використання його можливостей в особистих цілях того, хто звертається. Тому вдалішою редакцією назви цієї статті була б така: «*Звернення до злочинного лідера*». Варіант: «*Звернення до злочинного лідера для застосування злочинного впливу*».

2. Ст. 7.1.10 проєкту містить описання злочину 5-го ступеня. Так само злочинами 5-го ступеня визнаються, зокрема, злочинне лідерство, участь у злочинному зібранні, створення злочинної організації або участь у ній чи її діяльності, створення збройного формування або участь у ньому. Із пропонованою уніфікацією кримінальної відповідальності погодитись складно, адже ступінь суспільної небезпеки згаданих посягань немає підстав вважати однопорядковим.

Відтак (звісно, за умови існування окремої норми, в якій йтиметься про звернення до злочинного лідера задля забезпечення своїх інтересів шляхом використання ним злочинного впливу) у проєкті має бути втілений диференційований підхід, апробований у чинному КК України. Згідно з останнім звернення за застосуванням злочинного впливу (ст. 255-3 КК), а так само сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності (ст. 256 КК) караються істотно м'якше, ніж створення, керівництво злочинною спільнотою або злочинною організацією (ст. 255 КК), встановлення або поширення злочинного впливу (ст. 255-1 КК), організація, сприяння у проведенні або участь у злочинному зібранні (сходці) (ст. 255-2 КК).

3. Відсутність у проєкті аналогу ст. 255-1 чинного КК України «Встановлення або поширення злочинного впливу» сприймається неоднозначно. З одного боку, загалом зрозумілими є закиди на адресу авторів цієї заборони через неузгодженість останньої з принципом юридичної визначеності і теоретичну можливість її інкримінування навіть у випадках романтизації і героїзації (зокрема, засобами мистецтва) кримінальної субкультури. З іншого боку, цілком очевидно, що не може бути кримінального закону, в якому б всі норми були побудовані з дотриманням

омріяної чіткості – без певної невизначеності не обійтись (див. це висновок у частині зауважень до розділу 1.2).

Матеріали судової практики, серед яких зустрічаються як обвинувальні, так і виправдувальні вироки, ухвалені за ст. 255-1 КК, засвідчують, що апокаліптичні прогнози-крайнощі окремих теоретиків, які заявляли, що ст. 255-1 КК взагалі не застосовуватиметься або ж, навпаки, буде застосовуватись занадто часто до поведінки, позбавленої суспільної небезпеки, не справдились. Ст. 255-1 КК якщо і застосовується, то до представників криміналітету у своєму концентрованому та яскравому вигляді. Ці суб'єкти не просто систематично і послідовно схиляють «колег» по злочинному світу продовжувати порушувати закон, а й організовують цілі угруповання, шукають спільників з волі, пропагують неписані злодійські «закони», диктують свою лінію поведінки. Вони стають «провідниками» у злочинний світ для молодих і, часом, досить освічених громадян, які з легкістю змогли б заробити собі на життя без перспективи бути засудженими (див.: Вознюк А.А., Дудоров О.О., Чернявський С.С. Кримінальна відповідальність за злочини, вчинені злочинною спільнотою (статті 255, 255-1, 255-2, 255-3, 256 Кримінального кодексу України): науково-практичний коментар. К., 2021. С. 92–93). Світоглядні установки криміналітету знаходять своє відображення в неписаних неформальних правилах поведінки – злочинному «законі», авторитет якого поширюється за допомогою міфів про злочинне життя і спеціального жаргону. Правила життєдіяльності, зафіксовані на рівні неформального злодійського «закону», є важливим складовим елементом злочинної ідеології. Остання, своєю чергою, є елементом злочинної субкультури (П. Фріс, 2021).

За таких обставин питання про доцільність включення у проєкт окремої статті, присвяченої встановленню або поширенню злочинного впливу (варіант – злодійського/злочинного «закону», тобто неписаних правил поведінки серед засуджених та інших осіб, що встановлюються та охороняються злочинними авторитетами) у тій частині, в якій така поведінка не охоплюється поняттям пособництва злочинному лідерству, потребує самостійного фахового розгляду, зокрема із залученням працівників Департаменту стратегічних розслідувань Національної поліції України, які у практичній площині опікуються цією проблематикою.

РОЗДІЛ 7.2.
ЗЛОЧИНИ ПРОТИ БЕЗПЕКИ ВІД ТЕРОРИЗМУ

Стаття 7.2.1. Ознаки, що знижують тяжкість злочину на три ступеня

Положення цієї статті, яке покликано знизити на три ступені тяжкість злочину, передбаченого п. 1 і 2 ст. 7.2.7, недостатньо узгоджується з п. 1 зазначеної статті. Адже йдеться про акт поведінки, що відображається як відмова від продовження керівництва терористичної групою. Водночас можлива ситуація, коли особа лише створила терористичну групу відповідно до п. 1 ст. 7.2.7 і далі взагалі відмовляється від подальшого управління та керівництва такою групою. Отже, було б правильно врахувати цю обставину та зафіксувати, шо йдеться про відмову від керівництва терористичною групою або продовження його здійснення.

Стаття 7.2.2. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на два ступеня

У п. 1 цієї статті доречно було б зазначити про небезпечний предмет (п. 32 ч. 2 ст. 1.4.1.), який може використовувати терористична група в своїй діяльності.

Стаття 7.2.3. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь

Видається неправильним одночасне віднесення до ознак, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь: 1) вчинення умисного злочину, передбаченого статтями 7.2.5, 7.2.6, 7.2.8–7.2.10, в складі простої групи (п.1 ст. 7.2.3); 2) вчинення умисного злочину, передбаченого статтями 7.2.4–7.2.6, у складі або за завданням неструктурованої терористичної групи (п. 1 ч. 5 ст. 2.7.5) (п. 1 ст. 7.2.3). Така позиція призводить до ситуації, коли, певні злочини, передбачені цим розділом, наприклад, погрозу терористичним актом (ст. 7.2.5) та публічні заклики до тероризму (ст. 7.2.6), можуть вчиняти одночасно як проста група, так і неструктурована терористична група. Однак чи так це насправді? Адже відповідно до п. 1 ч. 5 ст. 2.7.5 неструктурована терористична група має ознаки простої групи, тобто вона створюється для негайного вчинення злочину, передбаченого статтями 7.2.4–7.2.10. Відтак група, яка створюється для негайного вчинення злочину, передбаченого ст. 7.2.5 та 7.2.6, є завжди терористичною. Тому відсутня будь-яка можливість застосування п. 1 ст. 7.2.3 у випадку вчинення злочину, передбаченого ст. 7.2.5, 7.2.6, бо проста група у цих випадках є завжди

терористичною. Так само відповідно до п. 1 ч. 5 ст. 2.7.5 група, яка створюється для негайного вчинення злочину, передбаченого ст. 7.2.8–7.2.10, є терористичною групою. Виходить, наприклад, терористичною групою є проста група, яка з метою участі в діяльності терористичної групи проходила чи проводила навчання (п. 1, 2 ст. 7.2.10).

Стаття 7.2.4. Терористичний акт

1. Поняття «*дестабілізувати діяльність*», використане у ст. 7.2.4, потребує визначення у статті про значення термінів, вжитих у розділі 7.2. Оскільки воно є надто неконкретизованим, а тому потребує свого нормативного уточнення. До речі, статті з термінами, які вживаються у розділі 7.2, взагалі не передбачено. Навряд чи такий підхід є виправданим. Крім зазначеного поняття, доцільно визначити зміст ресурсу, що має життєво важливе значення для населення (п. 8 ст. 7.2.4.).

2. У п. 3 цієї статті йдеться про *особу, яка вчинила обіг зброї, боєприпасів чи вибухових пристроїв* (ст. 7.3.4). З цього приводу виникають сумніви щодо коректності виразу «вчинила обіг», який сприймається лінгвістично неточним. Те саме стосується п. 4: як варіант пропонується замінити словами «*вчинила дії з обігу*…».

3. Низка діянь, які повинні визнаватися терористичним актами, або принаймні визнаються такими в КК зарубіжних країн, у ст. 7.2.4 проєкту не згадуються. Наприклад, відповідно до § 278c КК Австрії терористичними злочинами є: вбивство (§ 75), тілесні ушкодження згідно з §§ 83-87, викрадення людини з вимаганням (§ 102), жорсткий примус (§ 106), серйозна шкода майну (ст. 126) та інші. Отже, аналіз зарубіжного досвіду навіть на прикладі однієї країни розкриває певні можливості для удосконалення ст. 7.2.4.

4. У контексті кримінальної відповідальності за терористичний акт постає питання забезпечення її належної диференціації у ст. 7.2.4. Некоректним видається визнання однопорядковими видами терористичних актів діяння у виді блокування руху транспорту (п. 7) та у виді затоплення, небезпечного для життя людини (п. 1).

Стаття 7.2.5. Погроза терористичним актом

Видається неправильним, що передбачена цією статтею погроза вчинити терористичний акт, яка поєднана із застосуванням зброї, радіоактивних матеріалів тощо чи погрози її застосування, або погроза вчинення

терористичних дій загальнонебезпечним способом, не утворюють ознаки, що підвищує ступінь тяжкості зазначеного злочину. Адже спосіб і форма погрози, вочевидь, мають відповідне кримінально-правове значення.

Стаття 7.2.6. Публічні заклики до тероризму

1. Відповідно до цієї статті кримінальній відповідальності підлягає особа, яка публічно закликала до вчинення терористичного акту, підтримки діяльності терористичної групи, поширення тероризму, протидії антитерористичній діяльності або виправдовувала терористичний акт, терористичну діяльність чи окремого терориста. Водночас прогалиною є те, що не встановлюється така ж відповідальність за виготовлення матеріалів із закликами до тероризму (із зазначеним змістом), їх поширення та публічне використання. Для порівняння: аналогічні дії, визначені у ст. 7.5.7 (пункти 3, 4), утворюють підставу для відповідальності за пропаганду акту агресії чи тоталітаризму.

2. Використання медіа для вчинення публічних закликів до тероризму, могло б утворювати ознаку, що підвищує тяжкість цього злочину на один ступінь. Однак чомусь такої ознаки не передбачено.

3. Певні зауваження можна висловити щодо застосування терміну «тероризм». Відповідно до ст. 1 Закону України «Про боротьбу з тероризмом» тероризм – суспільно небезпечна діяльність, яка полягає у свідомому, цілеспрямованому застосуванні насильства шляхом захоплення заручників, підпалів, убивств, тортур, залякування населення та органів влади або вчинення інших посягань на життя чи здоров'я ні в чому не винних людей або погрози вчинення злочинних дій з метою досягнення злочинних цілей. Отже, виходячи з цього визначення, частина діянь, криміналізованих в цій статті, не є публічними закликами до тероризму. Більше того: в одній частині статей розділу 7.2 йдеться про тероризм, в іншій – про терористичну діяльність. Застосування термінів «тероризм» і «терористична діяльність» потребує уніфікованого їх застосування у цьому розділі. Дефініції тероризму та терористичної діяльності, що наводяться в Законі України «Про боротьбу з тероризмом», потребують удосконалення. Можливо, відповідні поліпшені визначення варто навести на початку розділу 7.2.

4. П. 5 п. 7.2.6 редакційно не узгоджений з початком речення, адже виходить: «Особа, яка публічно закликала… *до виправдовувала* терористичний акт, терористичну діяльність чи окремого терориста». Незрозумілим видається, за яке саме діяння встановлюється кримінальна

відповідальність – виправдовування терористичного акту, терористичної діяльності чи окремого терориста, або за публічні заклики до такого виправдовування.

5. Діяння, передбачене п. 5 цієї статті, дає підстави стверджувати, що назва статті не відповідає її змісту. У диспозиції ст. 7.2.6, крім публічних закликів до тероризму, криміналізовано виправдовування терористичного акту, терористичної діяльності чи окремого терориста. Тому назва статті потребує уточнення, наприклад, таким чином: «*Публічні заклики до тероризму та його виправдовування*».

Стаття 7.2.8. Фінансування та інша підтримка тероризму

1. П. 2 цієї статті частково охоплюється п. 1. Надання особою коштів, матеріальних засобів чи інформації або збирання її завідомо для вчинення злочину, передбаченого цим розділом (п. 1), охоплює вчинення зазначених дій для створення терористичної групи (п. 2). П. 1 не включає лише фінансування та іншу підтримку діяльності терористичної групи. Хоч практично діяльність терористичної групи – це насамперед вчинення злочинів, передбачених розділом 7.2.

2. Злочин, передбачений п. 2 ст. 7.2.8, частково конкурує зі злочином, передбаченим ст. 7.2.7. Це породжує виникнення питань щодо розмежування фінансування та іншої підтримки тероризму (ст. 7.2.8) та сприяння терористичній групі чи вчиненню злочину її учасником або іншою особою на виконання завдання терористичної групи (п. 4 ст. 7.2.7).

Стаття 7.2.10. Підготовка до терористичної діяльності

1. Незважаючи на таку назву, цією статтею не охоплюється усі можливі форми готування до терористичного акту (залучення співучасника чи вступ в змову на вчинення терористичного акту, усунення з цієї метою перешкод чи створення інших умов тощо). Натомість в КК окремих зарубіжних країн в аналогічних нормах криміналізовано саме підготовку до терористичного акту. Наприклад, у ст. 237-2 КК Естонії встановлено підстави кримінальної відповідальності за навчання або організацію навчання з метою скоєння злочину, встановленого ст. 237 цього Кодексу, або вербування особи, або підготовка такого злочину іншим способом, а також публічний заклик до скоєння такого злочину.

2. У межах розділів, аналогічних розділу 7.2 проєкту, у зарубіжних країнах криміналізовано й інші діяння, зокрема: інструкції щодо вчинення

терористичного злочину (§ 278f КК Австрії); інструкції про кримінальні злочини (§ 130a КК Німеччини); пропаганду терористичних злочинів і потурання терористичним злочинам (§ 282a КК Австрії); подорожі (поїздки) з терористичною метою (§ 278г КК Австрії, ст. 237-5 КК Естонії, ст. 136 b Норвегії, ст. 419d Словаччини, ст. 101 a КК Хорватії); неповідомлення про терористичний акт (ст. 317 КК Угорщини). Частина діянь, описаних в цих статтях КК зарубіжних країн, не охоплюється положеннями статей 7.2.5, 7.2.6, 7.2.8, 7.2.9, 7.2.10 проєкту. Пропонуємо робочій групі обміркувати можливість вдосконалення положень розділу 7.2 проєкту з урахуванням актуального зарубіжного досвіду.

РОЗДІЛ 7.3.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ БЕЗПЕКИ ОБІГУ НЕБЕЗПЕЧНИХ ПРЕДМЕТІВ ТА БЕЗПЕКИ ОБ'ЄКТІВ КРИТИЧНОЇ ІНФРАСТРУКТУРИ

Розробники проєкту по-різному підійшли до формулювання назв статей цього розділу. У частині випадків на кримінально протиправну природу відповідних діянь вказують терміни на кшталт «порушення», «недотримання». Водночас назви статей 7.3.4–7.3.6, 7.3.8, 7.3.10, 7.3.12, 7.3.13, в яких використовується термін «обіг», не містять вказівки на протиправність, що навряд чи можна оцінити позитивно. Слід урахувати, що звороти із назв статей, які містять підстави кримінальної відповідальності за злочини і проступки, можуть вживатися в інших, крім КК, нормативно-правових актах, де вони позначають звичайні (правомірні) діяння. Крім того, ці назви можуть конкурувати з відповідними назвами інших норм у регулятивному законодавстві. Тому для позначення кримінально протиправних діянь, зокрема передбачених статтями 7.3.4–7.3.6, 7.3.8, 7.3.10, 7.3.12, 7.3.13, варто застосувати зворот «незаконний обіг».

Стаття 7.3.1. Значення термінів, вжитих у цьому Розділі

1. Терміни, вжиті у розділі 7.3, нерідко використовуються під час проведення судових експертиз. Тому кожне слово тут має неабияке значення. Важливим є і питання, чи варто відповідні поняття визначати саме в КК, адже йдеться про питання регулятивного законодавства. У дефініціях, вжитих у цій статті, слід враховувати положення ДСТУ щодо зброї і методик проведення експертиз.

2. У п 2 цієї статті вказано на те, що гладкоствольна мисливська зброя *призначена для здійснення одного пострілу за одне натискання спускового гачка*. Насправді її призначення – не здійснення одного пострілу; сама назва вказує на те, що ця зброя призначена щонайменше для полювання. Зазначена дефініція не повною мірою враховує реалії сьогодення. На сьогодні існує багатоцільова зброя, яка прирівнюється до гладкоствольної мисливської зброї. Відповідно до дефініції, наведеної у п. 2, багатоцільова зброя (для мисливства, спорту, охорони житла; може мати декілька стволів – короткий, середній, довгий; здійснювати 2 і більше пострілів за одне натискання) не охоплюється пропонованим визначенням.

3. У дефініції, наданій у п. 3, згадується про *зброю*, однак визначення поняття «зброя» не надається.

4. Одночасне вживання в окремих дефініціях, що містяться у цій статті, термінів «ліцензія» і «дозвіл» видається некоректним, адже ліцензія і є дозволом.

5. Не зовсім зрозуміло, чому в дефініції незаконного зберігання зброї, її складових частин і компонентів чи боєприпасів, вибухового пристрою (п. 3) до цього діяння не відносять володіння цими предметами із простроченням дії ліцензії (дозволу).

6. Термін «вибухівка» – це, умовно кажучи, жаргонний (військовий) термін. Він не застосовується в експертних методиках. Краще писати про вибухову речовину. Чи є потреба загалом виділяти підпункт «г» п. 4 цієї статті? *Створення вибухового пристрою чи боєприпасу з компонентів, які не є вибухівкою, але внаслідок їх з'єднання набувають здатності до вибуху,* буде незаконним тому, що воно здійснюється без дозволу. Якщо автори проєкту мають на меті конкретизувати різні варіанти незаконного виготовлення, то слід звернути увагу і на те, що вони не виокремили варіант, коли один вибуховий пристрій (більш потужний) виготовляють з іншого (менш потужного), а також варіант виготовлення зброї з компонентів, які дозволені до легального обігу.

7. Дефініція, наведена у п. 6, має недоліки. Віднесення ракетниці, стартового, будівельного, газового пістолета до пристрою, пристосованого для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями метальними снарядами несмертельної дії, є сумнівним. Навряд чи скоби чи дюбель-цвяхи, які використовують у будівельному пістолеті, можна віднести до метальних снарядів. Газовий пістолет призначений для стрільби газовими чи холостими патронами. Чи можна

хімічну речовину в газовій формі назвати метальним снарядом? Холостий набій призначений для створення звукового та світлового ефекту стрільби і не містить кулі. Що тут буде метальним снарядом? Звук? Стартовий пістолет також має холостий патрон. Принаймні словосполучення «*ракетниці, стартового, будівельного, газового пістолета тощо*» варто навести через кому, а не в дужках.

8. У дефініції незаконного ремонту зброї, боєприпасів, вибухового пристрою (п. 7) йдеться про те, що внаслідок відповідних дій зброя, боєприпас чи вибуховий пристрій *стають придатними або більш ефективними для використання за цільовим призначенням*. У цьому випадку, як видається, ремонт трансформується у перероблення.

9. Дефініція складової частини (компонента) вогнепальної зброї (п. 8) має недоліки. Як видається, до складників вогнепальної зброї слід віднести лише основні з них, які перелічені у цьому визначенні. Водночас конструкція «*у тому числі*» не просто не характерна для української мови, а й зайва у цій дефініції. Адже виходить, що особа, яка, володіючи курком чи спусковим гачком (використовує його як брелок), продасть його, вчинить злочин 3-го ступеня (ст. 7.3.5.).

10. Недолік дефініції травматичного засобу (п. 9) полягає у поєднанні в ній засобів з різним правовим режимом (наприклад, травматичний пістолет не дозволений цивільній особі, а на газовий вона може отримати дозвіл).

Стаття 7.3.3. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь

Викликає сумнів наявність у цій статті окремих ознак, які покликані підвищувати ступінь тяжкості (треба так розуміти) усіх передбачених розділом 7.3 злочинів проти безпеки обігу небезпечних предметів та безпеки об’єктів критичної інфраструктури. У цьому зв’язку постає питання: чому особа, яка з автоматичної переносної вогнепальної ствольної зброї (п. 1) пошкодила устаткування об’єкта критичної інфраструктури відповідно до п. 4 ст. 7.3.8, має нести більш сувору відповідальність ніж особа, яка здійснила те саме пошкодження, використовуючи якийсь інший засіб, що дозволений у цивільному обігу, або іншого виду зброї? Інакше кажучи, не зовсім зрозуміла універсальність правового значення відповідної ознаки як такої, що підвищує на один ступінь вчинений злочин.

Певні зауваження викликає п. 4 цієї статті, в якому міститься така ознака, що підвищує на один ступінь тяжкість злочину, як його *вчинення в*

особливий період чи під час надзвичайного стану. Навряд чи так само ця ознака повинна одержувати універсальне значення в межах усього розділу 7.3. Наприклад, чому особливий період чи надзвичайний стан має впливати на тяжкість недотримання вимог щодо утримання тварин?

Стаття 7.3.4. Обіг зброї, боєприпасів чи вибухових пристроїв

1. Як видається, виникає колізія між цією статтею і ст. 7.3.6 стосовно незаконних дій з вибуховим пристроєм. З одного боку, вибуховий пристрій безпосередньо розглядається як предмет складу злочину, передбаченого ст. 7.3.4, а, з іншого, вибуховий пристрій відповідно до п. 32 ч. 2 ст. 1.4.1 може бути складником небезпечного предмету (ст. 7.3.6), оскільки таким предметом називається пристрій, що містить вибухову речовину. Вочевидь, нормативне визначення небезпечного предмету потребує вдосконалення.

2. У проєкті не надається визначення *переносної вогнепальної ствольної зброї*. У ДСТУ немає такої зброї, є лише її різновиди, наприклад, ручна стрілецька вогнепальна зброя.

У цій же статті зазначається не лише про переносну вогнепальну ствольну зброю, а й просто про зброю. Незрозуміло, які види зброї охоплюються цим терміном. Мисливська зброя – це теж зброя. У чинному КК є застереження – «крім гладкоствольної мисливської зброї або бойових припасів до неї». Розробники проєкту йдуть іншим шляхом: вони виокремлюють діяння, що стосуються незаконного обігу мисливської зброї, в окремий склад проступку (ст. 7.3.12). Якщо у ст. 7.3.4 йдеться не про будь-яку зброю, а лише вогнепальну, то чому про це прямо не зазначено?

Стаття 7.3.5. Обіг складових частин і компонентів зброї

Виходячи з потенційного рівня шкідливості, незаконне виготовлення складових частин і компонентів зброї з метою збуту має передбачати настання кримінальної відповідальності на одному рівні з їх переміщенням через митний кордон. А якщо йдеться про зберігання цих предметів з метою збуту? Отже, коло діянь у цьому разі потребує розширення й узгодження із суміжними статтями.

Треба звернути увагу і на те, що в зазначеній статті йдеться про складову частину (компонент) зброї, а п. 8 ст. 7.3.1 передбачає поняття складової частини (компоненту) лише вогнепальної зброї. Через це постає, наприклад, питання, чи охоплює ст. 7.3.5 дії щодо компонентів холодної зброї?

Стаття 7.3.6. Обіг радіоактивних матеріалів чи небезпечних предметів

Незаконне використання або захоронення небезпечного предмету у виді пристрою з горючою речовиною (наприклад, газового балону) розглядається як злочин, передбачений ст. 7.3.6, що належить до категорії 3-го ступеня тяжкості. З поміж іншого в п. 32 ч. 2 ст. 1.4.1 визначається, що небезпечний предмет – це *пристрій, що містить горючу речовину, яка становить реальну небезпеку для життя і здоров'я людей, довкілля, матеріальних чи культурних цінностей*. Пропонований підхід навряд чи є виправданим, якщо розглядати його з позиції пропорційності. Він свідчить про потребу диференціації відповідальності за обіг радіоактивних матеріалів чи небезпечних предметів з визначенням самостійних підстав кримінальної відповідальності.

Чи існує потреба у виокремленні і переробки (п. 3), і видозміни (п. 4)? Вочевидь, тут йдеться про одне й те ж діяння, яке, однак, позначається різними термінами.

Стаття 7.3.7. Порушення правил обігу радіоактивних матеріалів чи небезпечних предметів, що з необережності спричинило тяжку шкоду

1. У цій статті відсутнє таке діяння, як захоронення радіоактивних матеріалів. Натомість законодавець у певних випадках розмежовує захоронення та зберігання таких матеріалів. Наприклад, відповідно до ст. 1 Закону України «Про поводження з радіоактивними відходами» захоронення радіоактивних відходів – це розміщення радіоактивних відходів у сховищі, без наміру їх вилучення, з метою утримання та ізоляції радіоактивних відходів від біосфери, а зберігання радіоактивних відходів – розміщення радіоактивних відходів на об'єкті, на якому забезпечуються їх ізоляція від навколишнього природного середовища, фізичний захист і радіаційний моніторинг, а також можливість подальшого вилучення, переробки, перевезення та захоронення. У зв'язку з викладеним постає питання про доцільність криміналізації такого діяння, як захоронення радіоактивних матеріалів, поєднаного з порушенням відповідних правил.

2. Певні зауваження слід висловити щодо наслідків цього діяння – це, зокрема, «*радіоактивне чи хімічне забруднення*». З огляду на поняття небезпечного предмету (п. 32 ч. 2 ст. 1.4.1), у цьому разі варто говорити і про біологічне забруднення. Особливо забруднюють середовище підприємства,

які виробляють антибіотики, ферменти, вакцини, сироватки, кормовий білок, біоконцентрати тощо, тобто підприємства промислового біосинтезу, у викидах якого наявні живі клітини мікроорганізмів. Варто скоригувати формулювання наслідків злочину, передбаченого ст. 7.3.7, з урахуванням класифікації забруднення довкілля.

Стаття 7.3.8. Діяння щодо об'єкта критичної інфраструктури

1. Відповідальність за посягання на об'єкт критичної інфраструктури потребує диференціації з урахуванням інших форм діянь відповідної спрямованості, шкоди, яка спричиняється у результаті вчинення відповідних дій, та психічного ставлення до наслідків, які настають у результаті. Наприклад, чому у проєкті не передбачено відповідальність за неналежний захист об'єктів критичної інфраструктури, що з необережності спричинило тяжку чи особливо тяжку шкоду? Як видається, знищення об'єкта критичної інфраструктури є найбільш небезпечним із перерахованих діянь.

До речі, у кримінальну законодавстві окремих зарубіжних країн таке діяння карається значно суворіше. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 276 КК Чехії той, хто умисно завдає шкоди суспільно корисному об'єкту або ставить під загрозу його функціонування або використання, карається позбавленням волі на строк до трьох років або забороною займатися діяльністю. На підставі ч. 2 цієї статті злочинець карається позбавленням волі на строк від одного до шести років або штрафом, a) якщо він знищує, вилучає або робить непридатним для використання суспільно корисний об'єкт, b) якщо дія, згадана в пункті 1, спричиняє збій у роботі суспільно корисного об'єкта, або в) якщо таким діянням завдано значної шкоди.

2. Усі об'єкти критичної інфраструктури за категоріями критичності поділяються на чотири види. Зокрема, до I категорії належать особливо важливі об'єкти державного значення, а до IV – необхідні об'єкти локального значення (згідно з частиною 2 статті 10 Закону України «Про критичну інфраструктуру»). Видається, що ступінь важливості об'єкта критичної інфраструктури, який визначається за відповідними категоріями, повинен ураховуватися при диференціації кримінальної відповідальності за вчинення діянь щодо об'єкта критичної інфраструктури. Зокрема, належність об'єкта до I та II категорій може враховуватись як ознака, що по-різному підвищує тяжкість злочину.

3. Згідно з п. 2 ст. 7.3.8 підлягає кримінальній відповідальності особа, яка утримувала об'єкт критичної інфраструктури чи його устаткування,

необхідне для функціонування цього об’єкта. Як видається, поняття *утримування* може отримати неоднозначне тлумачення, що викличе складнощі на практиці. Бажано надати визначення цьому поняттю, зазначивши, які саме дії характеризуються як такі, що пов’язані з утримуванням певного об’єкта.

Стаття 7.3.9. Недотримання вимог щодо убезпечення від діяльності, яка становить підвищену небезпеку

1. Треба звернути увагу на невідповідність, яка виникає між змістом окремих форм діянь, описаних у цій статті (наприклад, ідеться про порушення правил утримання тварин), і назвою та передбачуваним змістом розділу 7.3. Навряд чи недотримання вимог щодо утримання тварин можна розглядати як кримінальне правопорушення, яке посягає на безпеку обігу небезпечних предметів (тварини до таких не належать), або безпеку об’єктів критичної інфраструктури.

2. Ще раз слід наголосити на такому: підхід, відповідно до якого недотримання різноманітних правил передбачене в одній статті, сприймається як такий, що здатний порушувати принцип пропорційності, і свідчить про недостатню диференціацію кримінальної відповідальності. Навряд чи недотримання вимог щодо ядерної чи радіаційної безпеки на виробництві має розглядатися з позиції потенційної шкідливості в одному ряду з порушенням правил утримання тварин. До того ж, як має оцінюватися недотримання передбачених цією статтею вимог, якщо відповідне діяння спричинило тяжку чи особливо тяжку шкоду? Або якщо передбачені ст. 7.3.9 діяння з необережності спричинили тяжку чи особливо тяжку шкоду?

3. Стосовно особи, яка в результаті недотримання вимог щодо утримання тварин, створила реальну небезпеку спричинення значної шкоди, постає питання про виправданість криміналізації такої поведінки та її розгляд як злочину. Наприклад, особа не вжила всіх належних запобіжних заходів, гуляючи з собакою сторожової породи, без намордника та поводка. Як підсумок, собака відірвалася від господаря і підбігла до іншої людини, почала на неї гавкати і гарчати. Напевно, за таких обставин можна констатувати наявність ознак складу злочину, передбаченого статтею 7.3.9. Однак така ситуація викликає сумніви в доцільності кримінального переслідування особи, винуватої в порушенні правил утримання тварин (за відсутності спричиненої шкоди). Принаймні, якщо йдеться про злочин, а не проступок.

Стаття 7.3.10. Обіг предметів, що перебували у зоні посиленого радіаційного контролю

Віднесення цього правопорушення до проступків передчасне, зокрема це стосується переміщення та збуту таких предметів у значних обсягах (відомі численні випадки вилову риби, заготовлення деревини, металобрухту тощо, переміщення цих забруднених об'єктів із зони відчуження і їх збут).

Незрозуміло також, чому пропонується криміналізувати лише три діяння (переміщення, набуття та збут).

Стаття 7.3.11. Порушення правил поведінки на об'єкті критичної інфраструктури

Щодо вказівки у цій статті на *перебування без належного дозволу на об'єкті критичної інфраструктури*: невже з такими явищами не можна боротися іншими засобами? Подібна криміналізація неодмінно призведе до девальвації кримінального закону, його незастосування або вибіркового застосування.

Стаття 7.3.12. Обіг боєприпасів до переносної вогнепальної ствольної зброї у незначній кількості, гладкоствольної мисливської зброї чи боєприпасів до неї

Виникає запитання, чому саме 9 одиниць боєприпасів до переносної вогнепальної ствольної зброї є *незначною кількістю*?

Чи правильно змішувати у цій нормі набої до зброї з відмінними режимами? Адже складається ситуація, коли особа, яка придбала 9 патронів до АК, та особа, яка придбала незаконно 2 патрони до гладкоствольної мисливської зброї, будуть нести відповідальність за проступок.

Так само за ст. 7.3.12 можна притягнути до відповідальності особу, яка придбала 9 набоїв до ствольного гранатомета. За цією статтею нестиме відповідальність й особа, в якої закінчився дозвіл на гладкоствольну мисливську зброю, адже з цього моменту в її поведінці наявне незаконне зберігання, а якщо вона поїде за продовженням дозволу з цією ж зброєю, то її дії можна кваліфікувати і як незаконне переміщення. Видається, що тяжкість зазначених діянь різна. Чи є достатні підстави для криміналізації окремих з них?

Стаття 7.3.13. Обіг травматичних засобів, холодної або метальної зброї

1. У контексті цієї статті постає питання, чому не передбачається відповідальність за незаконне виготовлення травматичного засобу або холодної чи метальної зброї, якщо воно здійснюється з метою збуту? Вчинення такого виготовлення із зазначеною метою за рівнем шкідливості не може істотно відрізнятися від збуту цих же предметів. Окрім цього, якщо криміналізовано збут, то чому не встановлено кримінальної відповідальності за набуття таких предметів?

2. Окремі запитання виникають до переміщення травматичного засобу, холодної або метальної зброї у стані, який надає можливість негайного застосування. Що слід розуміти під таким станом щодо кожного виду згадуваного засобу? Наприклад, що надає можливість негайно застосувати травматичний пістолет – розміщення в кобурі, тримання в руці, перемикання запобіжника чи усі варіанти? А як бути з холодною зброєю?

3. Важливо також звернути увагу на те, що виготовлення і ремонт холодної зброї автори проєкту пропонують декриміналізувати, хоча нині ці діяння визнаються злочином (ст. 263 чинного КК). Натомість окремі порушення, визначені ст. 190 КУпАП «Порушення громадянами порядку придбання, зберігання, передачі іншим особам або продажу вогнепальної, холодної чи пневматичної зброї», пропонується, навпаки, криміналізувати. Чи є підстави для таких кроків?

РОЗДІЛ 7.4.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ БЕЗПЕКИ РУХУ ТА ЕКСПЛУАТАЦІЇ ТРАНСПОРТУ

1. В. Мисливий (2022) звертає увагу на те, що, виходячи з положень ст. 21 Закону України «Про транспорт», єдину транспортну систему України становить залізничний, морський, річковий, автомобільний, авіаційний, трубопровідний транспорт, а також міський електротранспорт та метрополітен. Зміст наведеного переліку норм проєкту показує, що вони стосуються лише повітряного, морського, річкового та автомобільного транспорту. Згадується і про охорону трубопровідного транспорту, але лише в частині пошкодження морського підводного трубопроводу. Така вибірковість норм, що мають забезпечити безпеку транспортної інфраструктури, в аналізованій редакції проєкту може зумовлюватись його початковим «ескізним» варіантом, із наголосом на потребі імплементації

окремих конвенційних норм. При цьому спостерігається відсутність норм, що мають охоплювати кримінально-правове забезпечення охорони безпеки руху та експлуатації всіх видів транспорту, які пов'язані із вчиненням транспортних злочинів. Такий висновок випливає з того, що у проєкті не згадуються як певні види транспорту залізничний, магістральний трубопровідний, міський електричний (трамваї, тролейбуси, фунікулер) види транспорту, а також загалом не окреслені найбільш поширені форми вчинення кримінальних правопорушень на транспорті.

«Забуття» залізничного транспорту, безпека руху та експлуатації якого також заслуговує на кримінально-правову охорону поряд із дорожнім рухом, повітряним та водним транспортом, критикують й інші дослідники (І. Радковська, 2021).

2. Необґрунтованим видається рішення про фактичне усунення диференціації кримінальної відповідальності за необережне спричинення смерті або шкоди здоров'ю у результаті порушення правил дорожнього руху або експлуатації транспорту. Доктринальна дискусія про те, що життя та здоров'я людини не повинно виступати якимось другорядним об'єктом у складах відповідних злочинів, враховуючи концепцію проєкту, легко вирішується шляхом запровадження додаткової ознаки, яка підвищує ступінь тяжкості злочину. Враховуючи поширеність відповідних випадків ДТП (опосередковано їх специфічний характер визнано робочою групою й у цьому розділі – див. ст. 7.4.15 «Приховування дорожньо-транспортної події»), пропонується обміркувати можливість доповнити ст. 4.1.4 «кваліфікуючою» ознакою «*передбаченого статтею 4.1.6 у результаті порушення правил дорожнього руху чи експлуатації транспорту особою, яка керувала транспортним засобом*», а ст. 4.2.5 – ознакою «*передбаченого статтями 4.2.9 чи 4.2.11 у результаті порушення правил дорожнього руху чи експлуатації транспорту особою, яка керувала транспортним засобом*».

Стаття 7.4.1. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на два ступеня

Ознайомлення не лише з розділом 7.4, а й з Особливою частиною проєкту загалом, спонукає поставити запитання, чим керувалися автори проєкту, визначаючи, які ознаки, що підвищують тяжкість злочину на певну кількість ступенів, розташувати у певному розділі. Так, ст. 7.4.1 містить дві ознаки, які підвищують тяжкість злочину на два ступеня; доречність застосування їх обох щодо злочинів проти безпеки руху та експлуатації

транспорту викликає сумніви. Щодо ознаки «*в складі або за завданням організованої групи чи злочинної організації*» міркування у цьому висновку були висловлені вище. Навіть якщо робоча група не сприйме їх, уявити собі вчинення якогось зі злочинів, передбачених розділом 7.4, у складі або за завданням організованої групи чи злочинної організації як більш-менш типовий випадок складно. Ще складніше уявити вчинення відповідних дій з використанням влади, службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей публічною службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище. Звісно, як люди, зазначені у п. 51 ч. 2 ст. 1.4.1, особи цілком можуть вчинити будь-який із передбачених у розділі 7.4 злочинів, але використати при цьому владу, службове становище чи пов'язані з цим можливості – вкрай сумнівно.

Стаття 7.4.2. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь

Загалом ці ознаки зауважень не викликають, крім, напевно, передбаченої у п. 2 – «*з використанням влади, службових чи професійних повноважень або пов'язаних з ними можливостей*». Йдеться про необґрунтоване «зрівняння» значення використання влади, службових повноважень та професійних повноважень (див. цей висновок у частині зауважень до розділу 7.9).

Стаття 7.4.3. Створення небезпеки для польоту або плавання

1. Діяння, які описані у пунктах 1–3 цієї статті, є за своєю суттю знищенням або пошкодженням чужої речі. Саме по собі знищення чи пошкодження чужої речі залежно від розміру заподіяної шкоди є або злочином, або проступком проти власності на речі (ст. 6.1.7, 6.1.13 проєкту). Розмір майнової шкоди при цьому такий, що дає можливість без ускладнень уявити собі ситуацію, яка одночасно міститиме склади двох кримінальних правопорушень. Наприклад, особа під час плавання пошкодила навігаційне обладнання вартістю 25 тис. грн, і таке діяння створило реальну небезпеку для плавання. Як потрібно кваліфікувати вчинене? Три варіанти: 1) за ст. 7.4.3 як спеціальною нормою відносно ст. 6.1.7; 2) за ст. 6.1.7, оскільки до уваги береться заподіяна реальна майнова шкода, а не створення небезпеки; 3) за сукупністю кримінальних правопорушень, передбачених п. 3 ст. 7.4.3, ст. 6.1.7 проєкту. Останній варіант видається найменш правильним, оскільки караємо особу двічі за одне те саме; щодо перших двох – ніби особливої різниці немає, бо ст. 7.4.3 виглядає як спеціальна норма; тому, враховуючи

однаковий ступінь тяжкості, застосовуємо її. А якщо вартість пошкодженого навігаційного обладнання становитиме не суму істотної майнової шкоди, а значну чи тяжку шкоду (таке обладнання може бути коштовним)? У такому випадку ст. 7.4.3 може стати невиправдано привілейованою спеціальною нормою. При цьому підвищити ступінь тяжкості злочину відповідно до правил ст. 2.5.11 ми не зможемо, адже у ст. 7.4.3 не передбачено спричинення істотної майнової шкоди. Виходом з такої ситуації може стати або ігнорування принципу non bis in idem, або зміна правила, зазначеного у ст. 2.5.11, у такий спосіб, який би дозволив збільшувати тяжкість злочину і для тих злочинів, де основний склад сконструйовано як делікт створення небезпеки.

Стаття 7.4.4. Небезпечні дії на борту судна

1. Серед небезпечних діянь на борту судна є діяння, які також становлять собою знищення чи пошкодження чужої речі (пункти 2, 4 ст. 7.4.4). Тобто все зазначене вище щодо статті 7.4.3 стосується й аналізованої статті. Крім того, одним з діянь, яке робоча група вважає небезпечним на борту судна, є насильство до особи, яка перебуває на борту судна. При цьому саме по собі насильство, яке заподіяло фізичний біль, становить собою проступок, передбачений ст. 4.2.15; норми, які передбачені цими статтями, швидше за все, співвідносяться як загальна та спеціальна з пріоритетом у застосуванні спеціальної норми, передбаченої п. 1 ст. 7.4.4. Якщо у результаті застосованого на борту судна насильства, крім створення реальної небезпеки для польоту або плавання, потерпілому було заподіяно шкоду здоров'ю, то правильним буде кваліфікувати вчинене за сукупністю: п. 1 ст. 7.4.4 і, наприклад, ст. 4.2.7 «Спричинення значної шкоди здоров'ю». Якщо така рекомендація виглядає логічною, то тоді практично у всіх випадках спричинення шкоди здоров'ю додатково до статей, наприклад, 4.2.6–4.2.8 необхідно додавати ст. 4.2.15, оскільки у більшості випадків (чи не у всіх) спричинення шкоди здоров'ю відбувається у результаті застосування насильства, що заподіює фізичний біль. Такий висновок є логічним і з огляду на правило про те, що у разі відсутності ознак спеціальної норми (статті зі спеціальним складом за термінологією проєкту), застосуванню підлягає норма загальна (стаття із загальним складом). Чи не так? Будь-яке інше правило (статті про спричинення шкоди здоров'ю «поглинають»/передбачають/єдиною формою їх вчинення… насильство), унеможливлює кваліфікацію заподіяння на борту потерпілому значної шкоди

здоров'ю, що спричинило створення реальної небезпеки для польоту або плавання, за сукупністю статей 7.4.4, 4.2.7, що видається не зовсім правильним.

2. Незрозуміло, чому форми об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 7.4.4, стосуються виключно такого місця, як борт повітряного, морського чи річкового судна, що перебуває у польоті чи плаванні. Адже подібні діяння можуть бути вчинені і на залізничному транспорті (наприклад, особа може помістити в потяг небезпечний предмет, пошкодити потяг чи вантаж у ньому і це може створити реальну небезпеку для руху залізничного транспорту). Допускаємо, що такі діяння (щодо залізничного транспорту) є менш небезпечними, однак це не виключає можливості визнання їх кримінальним проступком.

Стаття 7.4.5. Діяння у повітряному просторі

1. Ця стаття передбачає формальний склад кримінального правопорушення – злочин 3-го ступеня. Попередні дві статті проєкту передбачають матеріальні склади (делікти створення небезпеки), описуючи злочини найнижчого 1-го ступеня. Дискусійність такої диференціації можна проілюструвати таким прикладом. Що виглядає небезпечніше: 1) незаконне здійснення пуску ракети в межах встановленої повітряної траси чи 2) незаконне здійснення пуску ракети в межах встановленої повітряної траси, що створило реальну небезпеку для польотів? Видається, що друге. Однак якщо сформулювати склад, передбачений у ст. 7.4.5, як делікт створення небезпеки, додавши до нього наслідки у вигляді створення реальної небезпеки руху повітряного транспорту, ми одержимо замість злочину 3-го ступеня злочин 1-го ступеня тяжкості. Інакше кажучи, наслідки у вигляді створення реальної небезпеки соціальній цінності, охоронюваній відповідним розділом, є ознакою, яка… знижує тяжкість злочину з формальним складом на 2 ступеня.

2. Назва статті не відповідає її змісту і загалом не містить будь-якої вказівки на протиправність. Пропонується викласти цю назву в такій редакції: «*Небезпечні діяння у повітряному просторі*».

Стаття 7.4.6. Ненадання допомоги особам, що зазнали лиха

1. Кримінальні правопорушення, передбачені статтями 7.4.6 і 7.4.9, є конвенційними нормами, які є відображенням зобов'язань України як морської держави дотримуватись положень Міжнародної конвенції з охорони

людського життя на морі 1974 р. та Міжнародної конвенції про пошук та рятування на морі 1979 р., інших актів. Якщо це так, то постає питання, чим обумовлений різний ступінь тяжкості двох кримінальних правопорушень із формальним складом: «Ненадання допомоги особам, що зазнали лиха» – злочин 3-го ступеня, а «Неповідомлення капітаном назви свого судна при зіткненні суден» – проступок. За який критерієм визначено, що правопорушення, передбачене ст. 7.4.6, заподіяло значну шкоду, а ст. 7.4.9 – неістотну? Адже обидва ці кримінальні правопорушення посягають на безпеку руху та експлуатації транспорту, а шкода вказаному об'єкту відповідно до п.14 ст. 2.5.4 є *значною*.

2. У назві цієї статті слід вказати на капітана, як це зроблено у ст. 7.4.9.

3. Вживання множини для позначення потерпілих є некоректним. Ненадання допомоги повинно стосуватися особи, яка зазнала лиха, а не *осіб*. Аналогічно у п. 2 ст. 7.4.6 має йтися про члена екіпажу чи пасажира, а не про екіпаж чи пасажирів.

Стаття 7.4.7. Пошкодження підводного кабелю або трубопроводу

1. Постає запитання про розміщення цього складу кримінального правопорушення у розділі 7.4 «Кримінальні правопорушення проти безпеки руху та експлуатації транспорту». Яким чином така безпека порушується шляхом пошкодження у відкритому морі підводних кабелів зв'язку чи високовольтних кабелів? Щодо трубопроводу – це ще більш-менш зрозуміло з урахування наявності такого виду транспорту (Закон України «Про трубопровідний транспорт»). Пошкодження кабелю зв'язку та високовольтного кабелю у відкритому морі, як видається, може посягати на безпеку руху та експлуатації транспорту лише у разі створення небезпеки для плавання. Якщо робоча група мала на увазі саме такий варіант, то у цьому разі треба передбачити відповідний наслідок у вигляді створення реальної небезпеки для руху чи експлуатації транспорту, або завдання майнової шкоди у цій сфері, або щось подібне, але у площині відповідного об'єкта кримінально-правової охорони.

2. Не до кінця зрозумілою є логіка обмеження відповідальності за пошкодження трубопроводу лише у відкритому морі. Відомо, що ст. 292 чинного КК не містить подібного обмеження, вона передбачає інші криміноутворювальні ознаки стосовно пошкодження об'єктів трубопровідного транспорту, і такий підхід видається більш звичним та зрозумілим.

Стаття 7.4.8. Порушення правил польотів

1. Визначення цього кримінального правопорушення як проступку також викликає питання у контексті того, яким чином це відбулося. Зараз аналогічні діяння є злочином невеликої тяжкості. Відповідно до п. 14 ст. 2.5.4 шкода безпеці руху та експлуатації транспорту визначена як *значна шкода*, що при умисному ставленні до її спричинення означає вчинення злочину 3-го ступеня. Питання, як робоча група диференціює ступінь тяжкості шкоди у кримінальних правопорушеннях із формальним складом, які вчиняються в одній сфері (заподіюють шкоду однаковому об'єкту), залишається без відповіді.

Стаття 7.4.9. Неповідомлення капітаном назви свого судна при зіткненні суден

Зауваження до статей 7.4.6 і 7.4.8 доречні і в цьому разі.

Про члена екіпажу чи його пасажира коректніше говорити в однині.

Стаття 7.4.10. Агресивне водіння

1. Конструкція цього складу проступку видається недосконалою. По-перше, вона містить два наслідки, зміст яких суперечливий. Так, визначаючи, що таке агресивне водіння, ст. 7.4.10 пропонує розуміти його як завідоме створення особою, яка керує наземним або водним транспортним засобом, визначеними у Кодексі способами 1) аварійної ситуації та 2) що спричинило зіткнення учасників дорожнього руху. Така конструкція відкриває можливості для використання концепції подвійної (складної) вини, яка не властива конструкціям складів кримінальних правопорушень, описаних у проєкті. Завідоме створення аварійної ситуації – перший наслідок, і використання терміну «*завідомо*» свідчить про умисне ставлення до його настання. Цікаво, що чинний КУпАП визначає «аварійну обстановку» у ч. 5 ст. 122 практично дослівно як спосіб агресивного водіння, визначений у п. 2 ст. 7.4.10. Інші способи агресивного водіння самі по собі аварійної ситуації в її звичному розумінні не створюють. Наприклад, участь у перегонах, які не є офіційними змаганнями вулицею населеного пункту, – це 1) сама по собі аварійна ситуація чи це 2) спосіб керування транспортним засобом, що таку ситуацію створює? Текст статті схиляє до другого варіанту. Тоді переходимо до другого наслідку «*…спричинило зіткнення учасників дорожнього руху…*». Враховуючи положення частин 2 і 4 ст. 2.4.1, ставлення до цього наслідку

повинне бути умисним. Однак конструкція правопорушення, хоч і не передбачає вказівку на необережність, найймовірніше повинна була його передбачати. Ставлення до зіткнення учасників дорожнього рушу у результаті агресивного водіння цілком може мати форму легковажності (та й фактично має таку форму на практиці). Водій, який, наприклад, бере участь у описаних вище перегонах, справді завідомо створює аварійну ситуацію, однак зіткнення не було метою вчинюваної нею дії і не передбачалось як неминучий (ч. 3 ст. 2.4.2), проте особа цілком могла передбачати ймовірність настання такого зіткнення і безпідставно розраховувати на його відвернення (ст. 2.4.5), наприклад, у результаті своїх майстерних навиків водіння. Якщо не визнавати того, що описаний вище випадок охоплюється ст. 7.4.10 (оскільки допускає необережність), то варто визнати, що більша частина агресивного водіння не буде фактично криміналізована.

2. Сумнівним видається використання у диспозиції ст. 7.4.10 видів транспорту, які не передбачені у структурі транспортної системи України (маємо на увазі ст. 21 Закону України «Про транспорт») – йдеться про «*наземний*» транспорт. Наприклад, до нього можна віднести і залізничний транспорт. Однак, очевидно, що не про нього йдеться у ст. 7.4.10 проєкту. Аналіз способів агресивного водіння засвідчує, що особа керує транспортним засобом, який рухається по дорогах, і водним транспортним засобом.

3. Формулювання наслідку «*спричинило зіткнення учасників дорожнього руху*» є не зовсім вдалим з урахуванням неможливості їх спричинення із використанням водного транспортного засобу. Крім того, відповідно до ст. 14 Закону України «Про дорожній рух» учасниками дорожнього руху є особи, які використовують автомобільні дороги, вулиці, залізничні переїзди або інші місця. До учасників дорожнього руху належать водії та пасажири транспортних засобів, пішоходи, особи, які рухаються в кріслах колісних, велосипедисти, погоничі тварин. Навряд чи при формулюванні наслідку цього проступку малося на увазі зіткнення осіб. Йдеться, вочевидь, про зіткнення транспортних засобів.

4. Аргументованими видаються пропозиції науковців щодо назви цього проступку як «небезпечного водіння» чи «особливо небезпечного водіння» (В. Мисливий, 2022; О. Новіков, 2022).

Також заслуговують на увагу пропозиції В. Мисливого (2022) стосовно доцільності заміни терміну «аварійна ситуація» на «небезпечна обстановка», адже саме терміном «небезпека» користуються в таких випадках чинні Правила дорожнього руху.

Має рацію О. Новіков (2022), коли пише про проблеми, які можуть виникнути під час застосування терміну «завідомо» у цьому разі. Буквальне тлумачення словосполучення «завідомо створила аварійну ситуацію» означає, що особі було заздалегідь відомо про створення аварійної ситуації. Як доводити у суді, що особа заздалегідь знала про створення аварійної ситуації, а не передбачала лише можливість її створення за певних обставин? Тому зазначене словосполучення потребує редагування.

5. Пропонується обговорити таку редакцію ст. 7.4.10:

«*Стаття 7.4.10. Небезпечне водіння*

Особа, яка керуючи транспортним засобом:

1) взяла участь у перегонах, які не є офіційними змаганнями, автомобільною дорогою загального користування, вулицею, дорогою населеного пункту чи акваторією загального користування,

2) змусила іншого учасника дорожнього руху різко змінити швидкість, напрямок руху або вжити інших заходів щодо забезпечення особистої безпеки чи безпеки інших осіб, або

3) перешкодила руху в дозволеному для іншого учасника дорожнього руху місці,

якщо це умисно або з необережності спричинило зіткнення транспортних засобів між собою або з іншими учасниками дорожнього руху, – вчинила проступок».

6. Варто також подумати над криміналізацією організації перегонів, які не є офіційними змаганнями. За такі дії встановлено кримінальну відповідальність, наприклад, у § 315d КК Німеччини.

Стаття 7.4.15. Приховування дорожньо-транспортної події

Допущено технічну помилку у порядку нумерації статей. Ця стаття за порядком повинна мати номер 7.4.14.

РОЗДІЛ 7.5.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ПУБЛІЧНОГО ПОРЯДКУ

1. Автори проєкту замість громадського порядку для визначення родового об’єкту розглядуваних кримінальних правопорушень обрали концепт публічного порядку. При цьому щодо агресивної поведінки (ст. 7.5.5), бешкету (ст.7.5.9) як безпосередній об’єкт фігурує публічний спокій.

Можна виділити три основні теоретичні позиції щодо співвідношення «публічного порядку» та «громадського порядку»: 1) терміни «публічний» та «громадський» визначають різні аспекти порядку – перший термін стосується локації, другий – вказівки на суспільні відносини (В. Фатхутдінов, 2015); 2) дефініція «публічний» є ширшою за своїм змістом і значенням і більш точно відображає сферу як охорони, так і вчинення проступків (С. Комісаров, 2019); 3) публічний порядок є спорідненим (тотожним) громадському порядку (О. Панова, 2016). Нормативно публічний порядок не визначається, на відміну від громадського порядку, розуміння якого, принаймні в певних сферах або у певних умовах, регламентовано, наприклад, у ч. 1 ст. 1 Закону України «Про особливості забезпечення громадського порядку та громадської безпеки у зв'язку з підготовкою та проведенням футбольних матчів». У Конституції України про публічний порядок не йдеться, на відміну від цього громадський порядок згадується у:

ст. 34 – щодо обмеження права на свободу слова в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя;

ст. 35 – щодо обмеження права на свободу світогляду і віросповідання в інтересах охорони громадського порядку, здоров'я і моральності населення або захисту прав і свобод інших людей;

ст. 36 – щодо обмеження права на об'єднання в інтересах національної безпеки та громадського порядку, охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей;

ст. 39 – щодо обмеження права на мирні зібрання в інтересах національної безпеки та громадського порядку – з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей;

п. 17 ст. 92 – щодо визначення виключно законами України основ національної безпеки, організації Збройних Сил України і забезпечення громадського порядку;

п. 7 ст. 116 – щодо здійснення КМУ заходів із забезпечення обороноздатності і національної безпеки України, громадського порядку, боротьби зі злочинністю.

Якщо виходити з інституційного забезпечення підтримання публічного порядку, то можна послатися на Закон України «Про Національну поліцію», в якому підтримання публічної безпеки і порядку визначено як завдання Національної поліції, хоч визначення такого порядку не надається. Але поряд із «публічною безпекою і порядком» застосовується і словосполучення «громадська безпека і порядок», зокрема в контексті припинення групового порушення чи масових заворушень.

Поряд із цим визначення публічного порядку подане у постанові КГС ВС: категорія публічного порядку застосовується не до будь-яких правовідносин у державі, а лише щодо суттєвих основ правопорядку. З огляду на зазначене, публічний порядок – це публічно-правові відносини, які мають імперативний характер і визначають основи суспільного ладу держави (постанова КГС ВС у справі № 910/4932/19).

Очевидно, що з такого визначення випливає, що публічний порядок є більш широким та насиченим за змістом поняттям порівняно з громадським порядком. Таке розуміння випливає і з фахових визначень публічного порядку, які за всієї своєї різноманітності підкреслюють саме широту його складових. Наприклад:

публічна безпека і порядок – це урегульована правовими та іншими соціальними нормами система суспільних відносин, що забезпечує захист прав і свобод громадян, їх життя та здоров'я, попередження злочинів та проступків, повагу до честі й людської гідності, дотримання норм суспільної моралі і порядку (В. Барба, 2018);

публічний порядок – це стан упорядкованості публічних правовідносин та всієї публічно-правової системи, за якого кожна особа, державний орган, орган місцевого самоврядування, їх посадові особи добровільно дотримуються правових та морально-етичних норм, культурних та інших соціальних правил, виконують відповідні приписи з метою досягнення публічної безпеки та загального добробуту (О. Батраченко, 2017);

публічний порядок – це урегульована правовими та іншими соціальними нормами система суспільних відносин, що забезпечує захист прав і свобод громадян, їх життя і здоров'я, повагу до честі та людської гідності, дотримання норм суспільної моралі (С. Комісаров, 2019).

З огляду на викладене, наприклад, і вбивство загальнонебезпечним способом, і захоплення заручників, і незаконне перетинання державного кордону України тощо слід вважати порушенням публічного порядку. Врешті-решт вся Особлива частина КК – це система кримінальних

правопорушень проти публічної безпеки і порядку, бо кримінально-правовий захист приватних цінностей здійснюється лише тоді, коли ці приватні цінності мають загальне (тобто публічне) значення через свою вагомість для кожного з членів суспільства. І саме через це держава бере на себе обов'язок захищати такі цінності засобами кримінального права.

При цьому зміст розділу 7.5 проєкту дає підстави стверджувати, що кримінальні правопорушення, передбачені включеними до нього статтями, посягають саме *на громадський порядок*, зокрема в його розумінні Великою Палатою ВС: громадський порядок, тобто суспільні відносини, що сформовані внаслідок дії правових норм, а також моральних-етичних засад, звичаїв, традицій та інших позаюридичних чинників, полягає в дотриманні усталених правил співжиття (постанова ВП ВС у справі 288/1158/16-к). У розвиток такого розуміння вказується на цілеспрямування охорони громадського порядку – *забезпечення спокою громадян* (позиція кафедри кримінального права та кримінології ОДУВС).

З огляду на це, вбачається, що назва розділу 7.5 проєкту є ширшою за його зміст. З іншого боку, зміна термінології в нормативно-правових актах не є проблемою, проблему становлять поняття, що не мають закріплених визначень або більш-меш узгодженого фахового розуміння. Тому у разі унормування в проєкті поняття публічного порядку як соціальної цінності, на яку посягає певна група кримінальних правопорушень, суперечності можуть бути знівельовані.

2. Встановлення кримінальної відповідальності за пропаганду, публічні заклики, використання символіки неминуче призводить до втручання у свободу вираження поглядів, яка гарантована ст. 19 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права і ст. 10 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Рада ЄС прямо зазначає, що засуджує будь-яке порушення свободи вираження поглядів онлайн чи офлайн у порушення міжнародних стандартів прав людини, зокрема із застосуванням кримінально-правових заходів (Council of the European Union, Human Rights Guidelines on Freedom of Expression Online and Offline). Свобода вираження поглядів є абсолютною і може бути обмежена за дотримання трьох умов: 1) законності – відповідні правові положення мають бути чіткі та доступні, а їх застосування передбачуваним; 2) легітимної мети – в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню

конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду, для поважання прав і репутації інших осіб, для охорони державної безпеки, громадського порядку, здоров'я чи моральності населення; 3) необхідності в демократичному суспільстві – коли мова йде про застосування кримінального права така необхідність має бути нагальною, а санкції ненадмірними.

Щодо кримінальної відповідальності за вираження різного роду антисоціальних поглядів, то практика ЄСПЛ однозначна щодо будь-якої пропаганди націонал-соціалістичного (нацистського) режиму чи виправдовування його злочинів. Такі погляди визнаються несумісними з цінностями Конвенції і заява навіть не розглядається по суті. В інших ситуаціях підхід не такий однозначний. Ще на початку 2000-х років ЄСПЛ прийняв доктрину, згідно з якою притягнення до кримінальної відповідальності за виправдання воєнних дій чи глорифікація війни є пропорційним втручанням у свободу вираження поглядів, коли такі дії були здатні спричинити насилля (ECtHR, Özgur Gündem v. Turkey, 16.03.2000). Цей підхід був розвинутий у наступних рішення. Зокрема, у справі Özer v. Turkey (No. 3) вже у 2020 р. ЄСПЛ зазначає, що у визначені межі допустимого втручання у свободу вираження поглядів кримінально-правовими засобами належить враховувати зміст висловлювань, контекст, здатність призвести до шкідливих наслідків (чи містять висловлювання підбурювання до застосування насильства, збройного опору чи повстання або досягають порогу мови ненависті). Важливою для України є правова позиція ЄСПЛ у справі Vajnai v. Hungary. ЄСПЛ зробив висновок про те, що носіння символу комуністичного режиму (мова йшла про червону 5-кутну зірку, яку заявник начепив на свій піджак і так пішов на мітинг) не є пропагандою комуністичного режиму, а притягнення заявника до кримінальної відповідальності є непропорційним втручанням у свободу вираження поглядів. Одним з ключових аргументів було те, що не є виправданим встановлення загальної заборони на використання тоталітарних символів за відсутності реальної та наявної небезпеки відновлення комуністичного режиму чи спричинити безпорядки через публічне використання червоної зірки. Таким чином, з огляду на те, що притягнення до кримінальної відповідальності за пропаганду є втручанням у свободу вираження поглядів, гарантованою міжнародними актами про права людини, встановлення меж криміналізації повинно здійснюватися з урахування стандартів прав людини.

Стаття 7.5.1. Значення термінів, вжитих у цьому Розділі

У цій статті подане визначення *об'єкта, що перебуває у публічному доступі*, через що виникає питання про співвідношення такого об'єкта та публічного місця. З одного боку, із визначення випливає, що, наприклад, вулиця, територія біля багатоквартирного будинку, яка не входить до прибудинкової, не є таким об'єктом, адже доступ до них не визначається встановленими правилами. З іншого, поряд з «*об'єктом, що перебуває у публічному доступі*» у розділі 7.5 використовується словосполучення «публічне місце», зокрема, йдеться про брутальну лайку в публічному місці (п. 3 ст. 7.5.9), вторгнення у тимчасово зачинене публічне місце, яке охороняється (п. 7 ст. 7.5.9). До речі, відповідальність за вчинення злочину *у публічному місці* передбачена й, наприклад, у ст. 5.2.12 (вживання у публічному місці психоактивних речовин, чи допінгу); це діяння за характером поведінки дотичне до кримінальних правопорушень проти публічного порядку. За таких обставин доцільно уточнити поняття публічного місця та/або об'єкта, що перебуває у публічному доступі.

Стаття 7.5.3. Ознаки, які підвищують тяжкість злочину на один ступінь

П. 6, де зараз фігурують «*в особливий період чи під час надзвичайного стану*», пропонується доповнити зворотом «*в умовах воєнного стану*».

В літературі (В. Гапончук, 2021) вказується на доцільність диференціації кримінальної відповідальності за публічні заклики з використанням таких кваліфікуючих ознак, як: із використанням ЗМІ або мережі Інтернет; службовою особою, яка займає відповідальне або особливо відповідальне становище. Тому пропонується доповнити ст. 7.5.3 новими пунктами щодо підвищення ступеня тяжкості злочину, передбаченого ст. 7.5.8, у разі його вчинення: 1) *з використанням засобів масової інформації або мережі Інтернет,* адже, по-перше, це масова форма поведінки при публічних закликах, по-друге, таке використання істотно розширює аудиторію адресатів відповідних закликів; 2) *особою з використанням влади, службових повноважень або пов'язаних з ними можливостей*.

Стаття 7.5.5. Агресивна поведінка

Згідно з цією статтею агресивна поведінка має місце у разі порушення публічного порядку чи спокою, поєднаного *з насильством або погрозою негайного спричинення потерпілій людині шкоди здоров'ю або істотної,*

значної чи тяжкої майнової шкоди. Відповідно, агресивна поведінка як злочин пов'язана із здійсненням актів фізичного або психічного насильства. У цьому сенсі насильство вчиняється з метою встановлення влади, а не обумовлено особистісними стосунками між потерпілим і правопорушником (Л. Тимофєєва, 2022). Однак інші кримінальні правопорушення, статті про які розміщено у розділі 7.5 проєкту, також пов'язані з фізичним або психічним насильством, наприклад:

ст. 7.5.4, яка передбачає *застосування зброї* під час масового заходу (злочин);

ст. 7.5.9, яка передбачає, зокрема, *провокацію бійки* (п. 1), *знищення чужого майна* (п. 8) (проступок);

ст. 7.5.10, яка передбачає *участь у бійці* (проступок).

Чи доцільно за такої деталізованої криміналізації мати і загальну норму – ст. 7.5.5? Або, навпаки, може, є сенс поглинути складом злочину, передбаченого цією статтею, вказані різновиди агресивної поведінки?

Стаття 7.5.6. Неправдиве повідомлення про небезпеку для життя людей

У цій статті йдеться про повідомлення завідомо неправдивої інформації про небезпеку для життя невизначеної кількості людей. Однак чому цим складом не охоплюється загроза публічному порядку через *завідомо неправдиве повідомлення про небезпеку знищення або пошкодження майна*, наприклад, об'єктів стратегічної інфраструктури?

Крім цього, при вдосконаленні ст. 7.5.6 слід взяти до уваги те, що джерелом небезпеки за неправдивим повідомленням може бути не лише терористичний акт чи стихійне лихо, а й інші фактори природного, техногенного погодження тощо. Оскільки спроби дати вичерпний перелік у цій ситуації можуть виявитися невдалими, варто розглянути можливість використати узагальнене формулювання.

Стаття 7.5.7. Пропаганда акту агресії чи тоталітаризму

1. Загального визначення акту агресії у ч. 2 ст. 1.4.1 не подано, немає такого й у розділі 7.5. Однак, оскільки формулювання ст. 7.5.7, крім акту агресії, включає ще й вказівку на воєнний конфлікт, логічно розуміти акт агресії відповідно до Резолюції ООН 1974 р. На ці положення посилаються розробники проєкту, визначаючи акт агресії у п. 1 ст. 11.3.1. З огляду на

сказане, поняття акту агресії, розкрите у п. 1 ст. 11.3.1, може бути застосоване і для потреб тлумачення ст.7.5.7.

Слід відзначити, що й інші положення ст. 7.5.7 дотичні до ст. 11.3.3 «Пропаганда агресивної війни»:

п. 1 ст. 7.5.7 і п. 1. ст. 11.3.3 – у частині публічного заклику до розв'язування воєнного конфлікту;

п. 3 ст.7.5.7 і п. 2 ст. 11.3.3 – у частині виготовлення матеріалів із закликами до розв'язування воєнного конфлікту;

п. 4 ст. 7.5.7 і п. 3 ст. 11.3.3 – у частині поширення чи публічного використання таких матеріалів.

Беручи до уваги різницю в об'єктах посягань, передбачених розділами 7.5 і 11.3, чи варто конструювати настільки дотичні склади кримінальних правопорушень? Тим більше, що санкції за вказані фактично ідентичні дії істотно відрізняються. Пропаганда акту агресії – це злочин 3-го ступеня (ст. 7.5.7), а пропаганда агресивної війни – злочин 5-го ступеня (ст. 11.3.3).

Для уникнення складнощів із розмежуванням відповідних складів злочинів та з урахуванням змісту родових об'єктів можна було б (на перший погляд) у розділ 7.5 «Кримінальні правопорушення проти публічного порядку» включити статтю про пропаганду тоталітаризму та нацизму, а відповідальність за пропаганду акту агресії чи розв'язання воєнного конфлікту передбачити у розділі 11.3 «Злочин агресії». Проте слід мати на увазі таке: якщо злочин агресії прямо заборонений нормами міжнародного права, то стосовно пропаганди агресивної війни міжнародне право навіть не вимагає від держав обов'язково криміналізувати таку поведінку на національному рівні. Тому як варіант пропонується обміркувати питання про об'єднання статей 7.5.7 і 11.3.3 і розміщення такої «інтегрованої» статті у розділі 7.5.

2. У низці досліджень (наприклад, В. Гапончук, 2021; Х. Олійник, 2022) наголошується на тому, що поняття «пропаганда» та «публічні заклики» співвідносяться як ціле та частина, а пропаганда включає в себе такі заклики. З огляду на це, у разі доопрацювання ст.7.5.7 доцільно розглянути питання про відмову від одночасного використання при описі ознак одного складу злочину пропаганди та публічних закликів.

3. Можуть виникнути труднощі на етапі правозастосування при тлумаченні поняття «комуністичний, російський нацистський чи націонал-соціалістичний (нацистський) тоталітарний режим». Зокрема, який з російських режимів вважати нацистським для потреб кваліфікації?

Виправдовування комуністичного режиму Китаю чи Куби визнаватиметься злочином? Аналогічні питання постануть і в контексті ст. 7.5.11 при визначенні поняття «символіка комуністичних режимів».

Стаття 7.5.8. Публічні заклики до вчинення злочинів

Покладання на особу обов'язку визначити ступінь тяжкості злочину (тяжкий чи особливо тяжкий) виглядає надмірним (див. цей висновок у частині зауважень до ст. 8.2.8 «Приховування злочину»). Це, своєю чергою, може поставити під сумнів передбачуваність кримінального закону, яка є складовою юридичної визначеності (ст. 1.2.2 проєкту).

У контексті відповідальності за публічні заклики до вчинення злочину вартими уваги є положення ст. 5 Конвенції РЄ про запобігання тероризму, де умовою встановлення кримінальної відповідальності за заклики до тероризму вказано загрозу того, що може бути вчинений один або більше таких злочинів. Якщо це актуально для тероризму, то тим більше слід враховувати таку вимогу, коли мова йде про менш тяжкі злочини.

Стаття 7.5.9. Бешкет

Основні новели, пов'язані з описанням складу цього проступку, є такими: а) деталізація форм реалізації діяння, що означає відмову від визначення узагальнених ознак цього кримінального правопорушення; б) зменшення ступеня тяжкості діяння та переведення його у категорію проступків. Водночас вбачається, що і щодо бешкету можна застосовувати правові позиції ККС ВС, сформульовані щодо хуліганства: хоч хуліганські дії нерідко супроводжуються фізичним насильством і заподіянням тілесних ушкоджень, головною їх рушійною силою є бажання не завдати шкоди конкретно визначеному потерпілому, а протиставити себе оточуючим узагалі, показати свою зверхність, виразивши явну зневагу до загальноприйнятих норм і правил поведінки. Означені дії не зумовлені особистими мотивами й конкретною метою, а за своїми внутрішніми чинниками фокусуються на ворожому ставленні до суспільства. Протиправні діяння вчиняються за відсутності зовнішнього приводу або з незначного приводу (постанова ККС ВС у справі № 751/4233/18).

Однак деталізація форм реалізації діяння у ст. 7.5.9, на відміну від формулювання узагальнених ознак бешкету, не може охопити різноманітність поведінкових проявів. Наприклад, чи можна кваліфікувати діяння як бешкет, якщо:

особа намагалася вторгнутися в тимчасово зачинене публічне місце, яке не охоронялося, внаслідок чого заборона особи, яка слідкує за порядком, не мала місця (п. 7 прямо вказує на таку заборону);

особа демонструвала не статевий орган (п. 9), а інші оголені частини тіла, які мають сексуальну конотацію (наприклад, жіночі груди). До речі, чи можна невульгарно демонструвати статевий орган?

Звернемо увагу на те, що настання кримінальної відповідальності за використання власного оголеного тіла для вираження своїх поглядів отримало неоднозначну оцінку в практиці ЄСПЛ. Так, у справі Gough v. The United Kingdom у 2014 р. ЄСПЛ визнав, що притягнення до кримінальної відповідальності за перебування в оголеному вигляді в публічному місці є пропорційним втручанням у свободу вираження поглядів. Заявник вважав, що демонстрація людського тіла не може бути образливою. За відкриту наочну маніфестацію своїх переконань він провів в ув'язненні сумарно більше 5 років. Але вже у 2022 р. у справі Bouton v. France засудження до 1 місяця ув'язнення умовно за голий перфоманс у католицькій церкві представниці руху Femen було оцінено як непропорційне втручання у свободу вираження поглядів.

У п. 4 йдеться про заборону гучно шуміти або використовувати звукопідсилювальну апаратуру чи піротехнічний засіб. Водночас ст. 24 Закону України «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» забороняє *гучний спів і викрики, користування звуковідтворювальною апаратурою та іншими джерелами побутового шуму, проведення салютів, феєрверків, використання піротехнічних засобів.* Крім того, цей припис Закону містить перелік винятків із встановлених правил. Крім того, аналогічні дії передбачені у КУпАП – його ст. 173 «Дрібне хуліганство», ст. 182 «Порушення вимог законодавчих та інших нормативно-правових актів щодо захисту населення від шкідливого впливу шуму чи правил додержання тиші в населених пунктах і громадських місцях»; відтак неминуче виникатиме питання відмежування складів згаданих адміністративних правопорушень від кримінального проступку «бешкет».

Щодо перешкоджання учасникам релігійної церемонії (п. 6 ст. 7.5.9), яке визначено як одна з форм бешкету, то аналогічне діяння може бути оцінене як порушення права на свободу світогляду чи віросповідання (ст. 4.9.4) у формі порушення свободи вести релігійну діяльність, що також ставить питання про розмежування цих кримінальних правопорушень.

Ще й таке. Хіба участь у бійці не охоплюються порушенням публічного порядку і спокою в сенсі бешкету?

Загалом обраний робочою групою підхід до максимального обмеження суддівського угляду зовсім не зумовлює необхідність продемонстрованої казуальності аналізованої заборони. Розробникам проєкту слід спробувати сформулювати узагальнені ознаки бешкету, які дозволять правозастосувачам охопити ширший спектр поведінкових проявів, які потребують кримінально-правового реагування.

Стаття 7.5.11. Поводження з символікою тоталітарних режимів

1. Згідно з ч. 1 ст. 4 Закону України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки» до переліку заборонених дій із такою символікою належить і її *виготовлення.* Однак така дія не передбачена в ст. 7.5.11.

2. Водночас у частинах 2, 3 ст. 4 вказаного Закону регламентовано випадки виключення відповідальності за дії із вказаною символікою. Але ст. 7.5.1 проєкту ці питання не врегульовує. Тому доцільно уточнити її диспозицію, наприклад, таким чином: «*Особа, яка на території України незаконно…..».* Якщо цього не зробити, то за ст. 7.5.11 можна буде засудити, наприклад, наглядача Національного музею історії України у Другій світовій війні за зберігання експонатів виставки про російсько-українську війну «Україна – розп’яття».

3. У диспозиції ст. 7.5.11 відсутня вказівка на публічність дій, що становлять кримінально-протиправне поводження з символікою тоталітарних режимів, а це наштовхує на думку про те, що кримінальна відповідальність наставатиме навіть у випадку, коли такі дії вчиняються приватно, без сторонніх очей. Постає питання, чи порушуватиметься в такому випадку родовий об’єкт – публічний порядок. У цьому контексті вартий уваги той факт, що публічне використання, демонстрація або носіння георгіївської (гвардійської) стрічки чи її зображення розцінюється лише як адміністративний проступок (ст. 173-3 КУпАП).

РОЗДІЛ 7.6.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ МОРАЛЬНОСТІ

1. Розробники проєкту вирішили відмовитися від раніше запровадженого підходу, згідно з яким кримінальні правопорушення проти

моральності розглядались як самостійна категорія діянь – на противагу кримінальним правопорушенням проти культурної спадщини, підстави відповідальності за які були передбачені окремим розділом Особливої частини. Нова позиція робочої групи сприймається як менш прогресивна з тих міркувань, що попередній варіант передбачав більш високий рівень узагальненості статей проєкту, а систематизація кримінальних правопорушень характеризувалась якіснішою структурною упорядкованістю. Навряд чи правильно змішувати різні за своєю природою та об'єктами посягань види кримінальних правопорушень, а отже, статті про кримінальні правопорушення проти культурної спадщини могли б утворювати самостійний розділ Особливої частини проєкту. Або потрібно щонайменше уточнити назву розділу 7.6, сформулювавши її таким чином: «*Кримінальні правопорушення проти моральності та культурної спадщини*».

2. Вивчення відбитих у проєкті підходів до кримінально-правової охорони моральності у частині пам'яті покійних дає змогу констатувати, що відповідальність за кримінальні правопорушення проти такої пам'яті могла би бути більш диференційованою, а деякі інші посягання на пам'ять померлих – криміналізованими. Відповідна проблема з-поміж іншого може бути розв'язана з використанням досвіду зарубіжних країн (див.: Письменський Є.О. Кримінальні правопорушення проти моральності: порівняльно-правова характеристика законодавства України та країн Балтії. *Науково-інформаційний вісник Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького*: *Журнал. Серія Право*. 2021. № 12. С. 203–204). Зокрема, слід звернути увагу на такі діяння, кримінальна караність яких на сьогодні в Україні не встановлена, хоч питання про їх криміналізацію заслуговує фахового обговорення: порушення спокою на похороні, вчинене з метою висловити зневагу до померлого або близьких йому осіб (ч. 1 ст. 313 КК Литви); публічне розголошення неправдивих домислів про померлого, що здатне викликати зневагу або підірвати повагу до пам'яті померлого (ч. 2 ст. 313 КК Литви); розчленування трупа людини, залишення його без захоронення або інше поводження, що не відповідає загальноприйнятим звичаям (ст. 148 ПК Естонії); перешкоджання похоронній чи поминальній церемонії (ст. 149 ПК Естонії). Можливість визнання таких діянь проступками зумовлюється тим, що у ст. 7.6.12 проєкту встановлено відповідальність за заволодіння предметом, що знаходиться на могилі, місці поховання або місці пам'яті. Ураховуючи те, що йдеться про будь-який

ритуальний предмет, рівень шкідливості зазначеного діяння навряд чи є меншим за згадані вище.

3. Відповідальність за вчинення незаконних дій, пов'язаних з обігом та забезпеченням цілісності об'єктів культури, архівних документів тощо, сприймається як недостатньо диференційована залежно від форми вини. Зокрема, лише ст. 7.6.13 передбачає відповідальність за вчинення такого проступку, як втрата з необережності унікального документу Національного архівного фонду. Натомість відповідальність за вчинення інших діянь, що стосуються поводження з культурними цінностями або документом Національного архівного фонду, передбачена лише у разі їх умисного вчинення. Пропонований підхід є неоднозначним, адже, якщо втрата з необережності унікального документу Національного архівного фонду тягне кримінальну відповідальність, то, наприклад, така ж відповідальність має передбачатися за вчинене з необережності неповернення культурної цінності (культурного об'єкта) або документу Національного архівного фонду після закінчення строку правомірного користування чи володіння ними. А якщо з необережності унікальний документ Національного архівного фонду був знищений чи пошкоджений?

4. Варто дослідити доцільність криміналізації (як проступку) участі в публічному статевому акті, ексгібіціонізму, порушення інтимної зони у спосіб фотографування. Такі дії криміналізовані в окремих зарубіжних країнах (наприклад, в § 218 КК Австрії, ст. 183, 183a, § 184k КК Німеччини).

Стаття 7.6.1. Значення термінів, вжитих у цьому Розділі

1. У п. 1 цієї статті дається визначення поняття *дитячої порнографії*, з приводу чого хотілося б звернути увагу на два ключові моменти. По-перше, аналогічну дефініцію містить ст. 1 Закону України «Про захист суспільної моралі». Водночас, як слушно зафіксовано в ч. 1 ст. 1.4.1 проєкту, *терміни, вжиті у КК, які мають визначення в іншому законі, міжнародному договорі чи акті Європейського Союзу, застосовуються відповідно до свого нормативного визначення, крім випадків, передбачених частиною 2 цієї статті та іншими статтями КК.* Отже, навряд чи було потрібно дублювати аналізований термін. По-друге, нормативне визначення поняття дитячої порнографії має недоліки, що може негативним чином вплинути на застосування кримінально-правових норм. Зокрема, йдеться про те, що поняття дитячої порнографії розкривається через використання таких ознак, які мають відверто розмитий характер. Не виникає сумніву відсутність

однозначної позиції з приводу того, який образ можна вважати *відверто сексуальним*, або яка поведінка є *відверто сексуальною*. Ще й такий технічний момент: в аналізованій дефініції про статевий орган дитини необхідно зазначати в однині, як це зроблено в п. 6 цієї статті.

2. У п. 2 визначається поняття *дитячої проституції*, під якою пропонується розуміти «*дії сексуального характеру, вчинювані дитиною за винагороду, що надається або обіцяється за це їй або третій особі*». У контексті цього привертає увагу те, що понятійний зміст дитячої проституції розкривається через дії сексуального характеру (тобто множину таких дій). Отже, йдеться про вчинення щонайменше двох дій сексуального характеру, які відповідатимуть ознакам дитячої проституції. Натомість Конвенція Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства (Лансаротська конвенція) виходить із необхідності криміналізації вчинення навіть одиничного акту дитячої проституції. Згідно з цією Конвенцією термін «дитяча проституція» означає факт використання дитини для діяльності сексуального характеру, коли грошова чи інша форма винагороди або відшкодування надаються чи обіцяються як оплата, незалежно від того, чи здійснюється ця оплата, ця обіцянка або це відшкодування дитині чи третій особі.

3. У п. 3 визначено поняття *експлуатації дитячої проституції*, а тому відповідний термін мав б вживатись у розділі 7.6. Однак зміст останнього показує, що термін «експлуатація дитячої проституції» тут не використовується, як і загалом у проєкті. На цьому тлі привертає увагу той факт, що у «міні-глосарії» розділу 7.6 не дається визначення поняття *осквернення*, яке використовується у статтях 7.6.7, 7.6.8. Як видається, точний зміст цього поняття є конче потрібним для правильного тлумачення і застосування зазначених статей. Те саме стосується терміну «ритуальний предмет», вжитого у ст. 7.6.12.

4. У п. 5 дається визначення порнографічного показу, тобто *спрямованої на аудиторію демонстрації статевого органу, дій сексуального характеру або порнографічного предмета, зокрема за допомогою інформаційних та комунікаційних технологій.* З цього приводу виникають такі питання. По-перше, за своїм змістом поняття порнографічного показу фактично дублює поняття видовищного заходу сексуального характеру, нормативне визначення якого містить ст. 1 Закону України «Про захист суспільної моралі» (видовищний захід сексуального характеру – публічний показ у будь-якій формі продукції сексуального характеру і (або) сценічні дії, метою

яких є втілення сексуальних дій). Яким чином співвідносяться ці поняття? Чи поняття порнографічного показу покликане замінити поняття видовищного заходу сексуального характеру? Якщо так, то чому у ст. 7.6.5 одночасно використовуються такі звороти, як порнографічний показ та порнографічний видовищний захід (при цьому зміст останнього проєкт не визначає)? По-друге, що означає така ознака порнографічного показу, як спрямованість на аудиторію? Чи є вона ідентичною з ознакою публічності? Видається, що мовиться про одне і те саме, а отже, виникає потреба в узгодженні цієї ознаки з іншими подібними – Особлива частина проєкту для позначення відповідної обстановки оперує словом «публічний».

5. Потребують узгодження ознаки дитячої порнографії, наведені у п. 1 і п. 6 ст. 7.6.1. По-перше, в п. 6 у дефініції предмету дитячої порнографії вказівка на порнографічний предмет є зайвою, оскільки в подальшому саме він і розкривається. По-друге, в п. 1 йдеться не лише про дитину, а й особу, яка виглядає як дитина, натомість у п. 6 – лише про дитину. По-третє, у п. 1 зазначено про «*зображення статевих органів дитини в сексуальних цілях*», а в п. 6 вказівка на такі цілі відсутня. По-четверте, у п. 1 згадується про сексуальну поведінку, а в п. 6 – про статевий акт, що, вочевидь, не одне й те саме. По-п’яте, у п. 1 для характеристики дитячої порнографії використано слово «*відверто*», а у п. 6 для характеристики предмета дитячої порнографії наголошено на грубо натуралістичній, вульгарній формі.

Стаття 7.6.4. Дії, пов’язані з дитячою проституцією

1. Згідно з п. 4 цієї статті повнолітня особа несе кримінальну відповідальність за вчинення дії сексуального характеру з дитиною, яка займається проституцією. З огляду на те, що дитиною відповідно до п. 12 ч. 2 ст. 1.4.1 є людина, яка не досягла 18-річного віку, то цілком імовірні ситуації, за яких особа може помилятися стосовно того, чи вчиняє вона дії сексуального характеру з дитиною, яка займається проституцією, чи з повнолітньою особою, яка займається тим самим. За аналогією з деякими іншими статтями Особливої частини проєкту, наприклад ст. 7.6.6, було б правильним зазначити, що йдеться про вчинення дій сексуального характеру з дитиною, неповнолітній вік якої є завідомим для особи.

2. Ознайомлення з проєктом дає змогу констатувати, що кримінальна відповідальність за вчинення дій, пов’язаних із проституцією, передбачена лише в тому випадку, якщо ця проституція є дитячою. Загалом такий підхід є слушним, однак лишається не зрозумілим, яким чином має здійснюватися

правове реагування дій, пов'язаних із дорослою проституцією. Чи розглядається можливість легалізації такої поведінки з віднесенням її до категорії правомірних? Якщо так, то, мабуть, має встановлюватись кримінальна відповідальність за порушення порядку зайняття проституцією. Якщо відповідна діяльність лишається протиправною, то яка відповідальність має наставати в такому разі? За будь-яких варіантів видається правильним зберігати підстави кримінальної відповідальності за схиляння та примушування до проституції не лише дитини, а й дорослої людини.

3. Дієслова, що використовують для позначення форм об'єктивної сторони складу цього злочину, мають минулий час і доконаний вид. Тому, наприклад, примушування дитини до проституції може кваліфікуватися як замах у випадках, коли відповідного результату не досягнуто. Водночас незрозуміло, чому розробники проєкту в одних статтях позначають діяння за допомогою дієслова доконаного виду, як це має місце у ст. 2.6.4, 2.6.5 тощо, а в інших – за допомогою дієслова недоконаного виду, як це має місце у ст. 4.4.7 (особа, яка *примушувала* іншу людину вчинити чи не вчинювати певну дію, крім випадків примушування, передбачених іншими статтями цього Кодексу…).

4. Незрозуміло також, чим вербування відрізняється від схилення? Видається, що різниця між цими термінами штучна. Якби у диспозиції статті було відсутнє примушування, то відповідні дії можна було б кваліфікувати як схиляння.

Стаття 7.6.5. Залучення дитини до виготовлення дитячої порнографії

1. Ця стаття згадує таке поняття, як *порнографічний видовищний захід*, визначення якого проєкт не містить, але такий захід протиставляється порнографічному показу, а отже, він повинен мати свій відмінний зміст. Натомість Закон України «Про захист суспільної моралі» містить поняття «видовищний захід сексуального характеру», суть якого становить публічний показ у будь-якій формі продукції сексуального характеру і (або) сценічні дії, метою яких є втілення сексуальних дій. Чи йдеться у цій ситуації про одне і те саме поняття, що водночас по-різному позначене? Чи це різні видовищні заходи? Зрозуміти це, на жаль, складно.

2. Лансаротська конвенція у ст. 21 «Правопорушення, що стосуються участі дитини в порнографічних виставах» визначає як кримінально карану

таку поведінку, як свідоме відвідування порнографічних вистав, у яких залучено дітей. Відповідне положення цієї Конвенції втілене у ч. 2 ст. 301-2 чинного КК. Ураховуючи, що згідно зі ст. 7.6.6 установлена відповідальність за перегляд предмету дитячої порнографії, виникає питання, чому відвідування видовищного заходу сексуального характеру з метою його перегляду, в якому завідомо для відвідувача задіяно дитину, не тягне кримінальної відповідальності?

Стаття 7.6.6. Дії, пов'язані з предметом дитячої порнографії

Потребує додаткового обміркування віднесення перегляду предмету дитячої порнографії до категорії злочинів 3-го ступеня тяжкості з потенційною можливістю призначення покарання до 3 років ув'язнення. Навряд чи така санкція є адекватною тяжкості зазначеної поведінки, відповідний (пропонований робочою групою) рівень шкідливості якої може викликати істотні сумніви. Зроблений висновок, зокрема, зумовлюється таким порівнянням: спричинення істотної шкоди здоров'ю (ст. 4.2.8) є злочином 1-го ступеня тяжкості, а перегляд порнографічного фільму за участі дитини – злочином 3-го ступеня тяжкості.

Далі. Якщо уявити ситуацію, коли працівник органів правопорядку у процесі досудового розслідування вилучив предмети дитячої порнографії, та користуючись своїм службовим становищем, почав заради втіхи переглядати ці предмети сам і дав можливість подивитися іншим колегам, то це діяння може розглядатись як таке, що вчинене з використанням службових повноважень, тобто матиме місце злочин 4-го ступеня тяжкості (п. 9 ст. 7.6.3). А перегляд порнографічного фільму за участі дитини у складі організованої групи утворюватиме злочин вже 5-го ступеня тяжкості (п. 3 статті 7.6.2). Чи задумувалась робоча група над тим, наскільки пропорційним буде відповідне покарання?

Стаття 7.6.11. Негуманне поводження з твариною

1. Видається диспропорційним підхід, за якого у ст. 7.6.11 встановлюється відповідальність за негуманне поводження не з будь-якими тваринами, а лише з тими, які належать до категорії хребетних, а ст. 7.6.17, яка стосується пропаганди негуманного поводження з тваринами, передбачає відповідальність незалежно від того, чи є тварина хребетною. Виходить, що як проступок розглядається діяння, покликане забезпечувати кримінально-правовий захист усіх тварин, а як злочин – лише тих тварин, що належать до

хребетних. Постає питання, яким чином слід уніфікувати відповідні положення розділу 7.6? Чи правильно й етично одних тварин захищати заходами кримінально-правового впливу від негуманного поводження, а інших – ні? Дослідники цього питання переконливо доводять, що як на національному, так і на міжнародному рівнях загальновизнаним є положення про те, що всі види тварин мають рівні права на захист від жорстокого (негуманного) поводження, зокрема заходами кримінально-правового впливу. Чи можна приписами кримінального закону чітко й однозначно розділити всіх тварин на «гарних, корисних і цінних» та «не дуже»; на тих, жорстоке поводження з якими є суспільно небезпечним явищем, і тих, жорстоке поводження з якими не становить такої небезпеки? Невже річковий рак (безхребетна тварина) і окунь (хребетна тварина), які жили в одній річці, харчувалися одними й тими ж харчами та були спіймані одним і тим же рибалкою, мають різну цінність для суспільства, перебуваючи в межах одного рибальського садка? Чи можна стверджувати, що жорстоке поводження з безхребетним раком, крабом, омаром, павуком чи скорпіоном (наприклад, розчленування їх живцем на очах у дітей, вчинене з хуліганських мотивів), є менш небезпечним, ніж жорстоке поводження з хребетною рибою чи черепахою? Чи можна однозначно сказати, що жорстоке поводження з саламандрою спричиняє істотну шкоду суспільній моралі в частині гуманного ставлення до тварин (або створює реальну загрозу її спричинення), а жорстоке поводження з омаром – ні? (Д. Калмиков, А. Данилевський 2012). Отже, ст. 7.6.11 повинна передбачати відповідальність за негуманне поводження з будь-якими видами тварин, а не лише хребетними.

2. Пункти 2 і 4 ст. 7.6.11 містять повтори. П. 2 охоплює п. 4 цієї статті. Крім того, нелогічним є вживання у п. 3 сполучника «або».

Диспозиція цієї статті сформульована не досить вдало, адже більшість діянь викладена таким чином, що не виникає сумнівів в їх незаконності, а тому додаткова вказівка на незаконність у цьому разі була б зайвою. Виняток становить умертвіння. Коректніше було б п. 1 та 2 цієї статті об’єднати, виклавши норму таким чином: «1) *умертвила, ушкодила, скалічила або виснажила шляхом обмеження доступу до їжі, води, повітря чи тепла*».

3. Назву статті слід уточнити, замінивши негуманне поводження на жорстоке. Словники української мови зазначають, що «негуманний – позбавлений людяності у своїх діях і ставленні до інших *людей*». Сказане стосується і ст. 7.6.17.

РОЗДІЛ 7.7.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ

Інформаційна безпека є станом захищеності не лише самої інформації (інформації в позитивному значенні), а й станом захищеності від інформації (інформація «зі знаком мінус»). Зважаючи на другий аспект цього поняття, до правопорушень проти інформаційної безпеки мали б належати фактично всі інформаційні діяння, які полягають у поширенні інформації з негативним змістом – публічні заклики та поширення матеріалів із ними, виправдовування та визнання правомірними агресії та окупації, неправдиві повідомлення про загрози безпеці громадян тощо. Натомість розділ 7.7 де-факто передбачає відповідальність лише за посягання на інформаційну безпеку в першому аспекті її розуміння. Такі діяння в міжнародних конвенціях та чинному законодавстві України називають ще *кіберзлочинами*. Під останніми згідно зі ст. 1 Закону України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України розуміються суспільно небезпечні винні діяння в кіберпросторі та/або з його використанням, відповідальність за які передбачена законом України про кримінальну відповідальність та/або які визнані злочинами міжнародними договорами України. Конвенція Ради Європи про кіберзлочинність від 23.11.2001 р. № ETSN185 (ратифікована 07.09.2005 р.) фактично всі вказані в розділі 7.7 діяння (крім передбаченого ст. 7.7.10), щоправда, у більш узагальненому форматі, відносить до кіберзлочинів І групи – *правопорушення проти конфіденційності, цілісності та доступності комп'ютерних даних і систем*. Саме такий вузький зміст інформаційної безпеки закладається і в міжнародних стандартах ISO/IEC сімейства 27000, присвячених різноманітним питанням забезпечення інформаційної безпеки. Згідно ISO/IEC 27000:2014 (E) під інформаційною безпекою розуміється *збереження конфіденційності, цілісності та можливості застосування інформації.*

У світлі сказаного, можливо, не варто надавати «інформаційній безпеці» у матеріальному кримінальному праві такого обмеженого (вузького) трактування, а натомість подумати про альтернативні назви розділу 7.7 проєкту. Можливі, наприклад, такі варіанти: «*Кримінальні правопорушення проти кібербезпеки*», «*Кримінальні правопорушення проти конфіденційності, цілісності та доступності комп'ютерних даних і систем*».

Стаття 7.7.1. Значення термінів, вжитих у цьому Розділі

1. У ч. 1 ст. 1.4.1 сформульовано загальне правило щодо надання термінам, вжитим у проєкті, того чи іншого значення: «*Терміни, вжиті у цьому Кодексі, які мають визначення в іншому законі, міжнародному договорі чи акті Європейського Союзу, застосовуються відповідно до свого нормативного визначення, крім випадків, передбачених частиною 2 цієї статті та іншими статтями цього Кодексу*». Потреба у наданні іншогалузевим термінам, що вживаються в проєкті, значення (визначення) в межах окремої статті кримінального закону може бути пов'язана з тим, що цей термін не визначений в інших нормативно-правових актах, або він має різні визначення в різних актах, або якщо для потреб кримінального права таке визначення повинно набути іншого змісту. Однак, очевидно, відсутня потреба надавати у КК визначення термінам, які чітко (недвозначно) визначені в регулятивних нормативно-правових актах (наприклад, немає потреби визначати в КК поняття «майно», «інформація», «цінний папір»). Відтак незрозуміло, навіщо в проєкті надавати визначення понять «*комп'ютерні дані*» (п. 1), «*несанкціоноване діяння щодо інформації*» (п. 2) та «*суспільно необхідна інформація*» (п. 4), якщо ці терміни визначені в регулятивних актах та конвенціях та/або не створюють плутанини у правозастосуванні (загальнозрозумілі).

Так, визначення «*комп'ютерних даних*» запозичено з Конвенції РЄ про кіберзлочинність, згідно з п. b ст. 1 якої «комп'ютерні дані» – це будь-яке представлення фактів, інформації або концепцій у формі, яка є придатною для обробки у комп'ютерній системі, включаючи програму, яка є придатною для того, щоб спричинити виконання певної функції комп'ютерною системою. Простішим, але фактично про те саме, є визначення в Законі України «Про електронні комунікації», згідно з п. 20 ст. 2 якого дані – це інформація у формі, придатній для автоматизованої обробки її засобами обчислювальної техніки, технічними та програмними засобами.

Поняття «*несанкціонованого діяння щодо інформації*» також запозичено із Закону України «Про захист інформації в інформаційно-комунікаційних системах», згідно зі ст. 1 якого несанкціоновані дії щодо інформації в системі – це *дії, що провадяться з порушенням порядку доступу до цієї інформації, установленого відповідно до законодавства*, а під порядком доступом, своєю чергою, згідно з цим Законом розуміються умови отримання користувачем можливості обробляти інформацію в системі (тобто збирати, вводити,

записувати, перетворювати, зчитувати, зберігати, знищувати, реєструвати, приймати, отримувати, передавати) і правила обробки цієї інформації. Те, що санкціонованість пов'язана з дозволом власника інформації або в інших випадках, передбачених законом, прямо випливає зі ст. 4 згаданого Закону.

Обсяг поняття «*суспільно необхідної інформації*» напряму випливає з іншого регулятивного закону. У ст. 29 Закону України «Про інформацію» регулюється поширення суспільно необхідної інформації. Згідно з цією статтею інформація є суспільно необхідною, якщо вона є предметом суспільного інтересу, а ним вважається інформація, яка: свідчить про загрозу державному суверенітету, територіальній цілісності України; забезпечує реалізацію конституційних прав, свобод і обов'язків; свідчить про можливість порушення прав людини, введення громадськості в оману, шкідливі екологічні та інші негативні наслідки діяльності (бездіяльності) фізичних або юридичних осіб тощо.

2. У п. 3 надається визначення поняття «*новинна інформація*», проте цей термін не використовується в межах розділу 7.7. У ст. 7.7.10 ідеться про новину, але в межах інших термінів-словосполучень – «неправдива новина», «особа, відповідальна за випуск новин». Тобто, якщо було бажання надати більшої ясності (на випадок різнотлумачень), то варто було б визначати поняття «новина». Однак такої потреби, мабуть, немає, оскільки запропоноване визначення є тавтологічним (новинна інформація є інформацією, що містить повідомлення про новини); якщо ж потрібно було підкреслити, що йдеться лише про новини, які випускаються медіа, то це потрібно зробити в межах самої статті 7.7.10 («*Особа, яка, будучи відповідальною за випуск* ***новини в медіа****, допустила до ефіру, тиражу або допису редакції в соціальній мережі завідомо неправдиву суспільно необхідну інформацію…*»).

Стаття 7.7.2. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на два ступеня

У п. 3 цієї статті передбачено підвищення тяжкості на два ступеня за поширення неправдивої новини (ст. 7.7.10) *з використанням медіа або інших інформаційних технологій, що забезпечують доступ до інформації значної кількості осіб*. Зважаючи на те, що в «глосарії» до цього розділу було запропоновано визначення «новинної інформації» (тобто, треба так розуміти, новини) як такої, що випускається лише медіа, ця особливо кваліфікуюча ознака «працювати» не буде, оскільки використання медіа буде подвійним

врахуванням, чого не допускає як принцип non bis in idem, так і Загальна частина проєкту.

Стаття 7.7.3. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь

1. Термін «*засоби захисту комп'ютерних даних*», що використовується в п. 5 цієї статті, потребує правової визначеності. Ідеться лише про програмні чи і про технічні засоби захисту, лише про засоби захисту самих даних чи також і систем та мереж? Якщо таке визначення відсутнє в регулятивному законодавстві, то потрібно подбати про хоча б приблизний (орієнтовний) перелік таких засобів при їх визначенні в «глосарії».

2. Щодо ознаки, передбаченої п. 6, потрібно враховувати зауваження щодо предмета кримінального правопорушення, передбаченого ст. 7.7.13.

Не зрозуміло, яким чином ця ознака може обтяжити відповідальність за вчинення злочину, передбаченого ст. 7.7.5, оскільки останній є необережним.

Натомість використання шкідливих програмних чи технічних засобів або даних чомусь не визнається кваліфікуючою ознакою інших умисних злочинів, описаних у розділі 7.7.

3. Вчинення злочину *особою, яка має правомірний доступ до комп'ютерних даних, телекомунікаційних мереж або інформації з обмеженим доступом* (п. 9), може підвищувати ступінь тяжкості й умисних злочинів, передбачених статтями 7.7.6 і 7.7.7.

Не зрозуміло, яким чином ця ознака може обтяжити відповідальність за вчинення злочину, передбаченого ст. 7.7.5, оскільки останній є необережним (ми не виступаємо проти диференціації відповідальності за необережні злочини, просто у ст. 7.7.3 ідеться про обтяження лише в разі вчинення умисного злочину).

Стосовно ж використання терміну «телекомунікаційні послуги» – див. зауваження до ст. 7.7.6.

Стаття 7.7.4. Діяння щодо комп'ютерних даних, що спричинили майнову шкоду.
Стаття 7.7.5. Діяння щодо комп'ютерних даних, що з необережності спричинили тяжку майнову шкоду

1. За змістом статей 7.7.4 і 7.7.5 ідеться про «втручання» в роботу відповідних систем чи мережі як таке, тобто без конкретизації того, чи відбувається це законно або незаконно, санкціоновано чи несанкціоновано.

При цьому в аналогічних статтях аналізованого розділу, які передбачають відповідальність за кореспондуючі проступки, розробники проєкту використовують вже зв'язку «незаконне втручання» (статті 7.7.1 і 7.7.12). Ба більше: в статтях інших розділів Особливої частини, де діяння полягає у втручанні, також зустрічаємо різні варіанти – просто «втручання» (наприклад, статті 8.1.5, 8.2.3), «незаконне втручання» (наприклад, ст. 4.10.5) чи «несанкціоноване втручання» (наприклад, ст. 4.10.7). Така термінологічна неоднозначність «перекочувала» у проєкт з чинного КК.

Цю проблему можна вирішити різними шляхами. Найкращими видаються два з них: а) визначити термін втручання в загальному «глосарії», вказавши на незаконність чи несанкціонованість такого діяння, або б) в кожному випадку використання цього слова на позначення діяння в Особливій частині підкреслювати його незаконність/несанкціонованість.

2. Наскрізною проблемою проєкту є слабка диференціація відповідальності як за умисні, так за необережні злочини за ознакою заподіяння шкоди (наслідків діяння) та повна відсутність такої диференціації за проступки. Проявляється ця проблема і стосовно злочинів проти інформаційної безпеки. За задумом розробників проєкту (треба так розуміти) заслуговує на кримінально-правову увагу лише майнова шкода, причому виключно прямі збитки, виходячи з визначення цієї шкоди в загальному «глосарії» (п. 63 ч. 2 ст. 1.4.1); упущена вигода і моральна шкода врахуванню в цьому випадку не підлягатимуть. Як наслідок, поза увагою кримінального права залишаються численні випадки порушення конституційних прав і свобод людини, а також порушення законних інтересів держави, територіальної громади, юридичних та фізичних осіб. Завдяки цьому відбувається істотне послаблення ролі кримінального права в охороні соціальних цінностей.

Неможливо, наприклад, надати грошового виміру (особливо у виді прямих збитків) та/або надати адекватну грошову оцінку шкоді праву людини на вільне пересування, якщо внаслідок незаконного втручання в інформаційну систему, з неї були вилучені певні відомості про цю людину, і вона не змогла перетнути державний кордон. Або внаслідок втручання в державні реєстри були знищені записи про права певної особи щодо нерухомого майна, і ця особа недоотримала доходи (упущена вигода) та/або не могла тривалий час користуватися цим майном. Або результатом такого втручання є знищення запису про судимість чи інші протиправні вчинки особи, яка претендує на зайняття високої посади.

Якщо стисло, то далеко не все в цьому світі вимірюється грошима (піддається монетизації), а послаблення ролі та спроможності кримінального права не можна оцінити позитивно.

Стаття 7.7.6. Діяння в сфері телекомунікаційних послуг

Закон України «Про телекомунікації» втратив чинність з набуттям чинності Закону України «Про електронні комунікації». Із втратою чинності згаданим Законом із законодавства зникли нормативні визначення понять «телекомунікаційна послуга» і «телекомунікаційна мережа». Ба більше: новим законом також внесені зміни до низки інших законів, у яких терміни «телекомунікаційна мережа» і «телекомунікаційна послуга» замінено більш сучасними та ширшими термінами «електронна комунікаційна мережа» і «електронна комунікаційна послуга», зміст яких визначається новим Законом.

Тому розробникам проєкту потрібно привести у відповідність положення проєкту з чинними актами у сфері електронних комунікацій. Мова йде не лише про цю статтю, а й інші випадки згадування цих термінів, зокрема і в розділі 7.7 (статті 7.7.1, 7.7.3).

Стаття 7.7.10. Поширення неправдивої новини

Не викликає сумнівів та обставина, що вітчизняні (та й не лише) медійники нерідко використовують свої можливості впливу на широке (невизначене) коло осіб в корисливих або інших особистих інтересах чи інтересах третіх осіб, зокрема, на замовлення. Як наслідок, замість неупередженого висвітлення фактів медійники стають знаряддям в антиконкурентній боротьбі політиків, суб'єктів господарювання тощо. Тому бажання розробників проєкту криміналізувати випуск завідомо неправдивої новини, що визнається суспільно необхідною інформацією, можна зрозуміти. Проте навіть і лише з першого прочитання стає зрозуміло, що ця стаття проєкту насамперед стане знаряддям впливу на медіа і неодмінно призведе до охолоджуючого ефекту на свободу вираження поглядів («chilling effect on freedom of expression»). Адже редактор (чи інша відповідальна за випуск особа) кожного разу перебуватиме «під загрозою покарання» і для того, щоб не мати проблем з правоохоронними органами, буде намагатися оминути гостру проблему чи не висвітлювати суспільно необхідну інформацію, яка не є достатньо перевіреною чи яка отримана з джерел, які не можна розкривати,

тощо. Інакше кажучи, існує висока вірогідність того, що ця стаття проєкту буде розцінена як запровадження в Україні цензури.

Отже, проблема встановлення кримінальній відповідальності за зловживання свободою слова – контраверсійна, однак обрана робочою групою форма вирішення цієї проблеми – сумнівна.

Стаття 7.7.11. Діяння щодо комп'ютерних даних

Шкоду інформаційній безпеці було вирішено визначити всього лише *як істотну шкоду*, з чим складно погодитися. У будь-якому разі кожен із умисних проступків, передбачених розділом «Кримінальні правопорушення проти інформаційної безпеки», виходить, не заподіює шкоду… інформаційній безпеці. Адже проступок відповідно до статей 2.5.1 і 2.5.2 може умисно заподіювати лише *неістотну шкоду, тобто таку, яка не визначена як істотна*. Виникає питання, що такі проступки «роблять» у межах розділу 7.7? Подібне стосується і необережних проступків: вони, так виходить, заподіюють виключно майнову шкоду, але не шкоду інформаційній безпеці.

Стаття 7.7.12. Діяння щодо комп'ютерних даних, що з необережності спричинили значну майнову шкоду

1. Щодо незаподіяння шкоди інформаційній безпеці та відсутність диференціації – див. зауваження до ст. 7.7.11.

2. Щодо наслідків – див. зауваження до ст. 7.7.4.

Стаття 7.7.13. Діяння зі шкідливим програмним чи технічним засобом

1. Ця стаття є спробою імплементації ст. 6 Конвенції РЄ про кіберзлочинність, згідно з якою: «Кожна Сторона вживає такі законодавчі та інші заходи, які можуть бути необхідними для встановлення кримінальної відповідальності відповідно до її внутрішнього законодавства за навмисне вчинення, без права на це:

a. виготовлення, продажу, придбання для використання, розповсюдження або надання для використання іншим чином:

i. пристроїв, включаючи комп'ютерні програми, створених або адаптованих, в першу чергу, з метою вчинення будь-якого зі злочинів, перерахованих у статтях 2–5 вище;

ii. комп'ютерних паролів, кодів доступу або подібних даних, за допомогою яких можна здобути доступ до усієї або частини комп'ютерної системи з наміром використання її для вчинення будь-якого зі злочинів, перерахованих у статтях 2–5; та

b. володіння предметом, перерахованим у підпунктах a. і або ii вище, з наміром його використання для вчинення будь-якого зі злочинів, перерахованих у статтях 2–5…».

Необхідність такої імплементації, звісно, не оспорюється, проте її втілення в проєкті не виглядає вдалим з огляду на таке.

2. Стосовно передбачених у ст. 7.7.3 предметів, то в пунктах 6 та 7 ст. 7.7.1 надано визначення термінів «*шкідливий програмний засіб*» та «*шкідливий технічний засіб*», відповідно, як комп'ютерної програми або пристрою, розроблених для спричинення шкоди комп'ютерним даним, інформаційним системам та/або телекомунікаційним мережам. Тобто розробники врахували лише підпункт a.i Конвенції; при цьому замість того, щоб надавати одне визначення, надали два.

Крім того, Конвенція вказує на те, що ці програми/пристрої мають мету в першу чергу вчинення злочинів, передбачених попередніми статтями Конвенції, в яких ідеться про втручання в систему та дані, нелегальне перехоплення та незаконний доступ. Тобто при визначенні предмету цього правопорушення має йтися не про мету заподіяння шкоди, а про мету вчинення відповідних кримінальних правопорушень.

Далі. Чи настільки принциповим є те, що програма або пристрій створені саме зі злочинною метою? А якщо вони створені без такої мети (і навіть навпаки – для захисту від подібних програм чи пристроїв), але використані для злочинної мети? Недарма в Конвенції йдеться про те, що відповідний засіб *створений* або *адаптований* з метою вчинення відповідних протиправних діянь.

Пропонується надати таке значення терміну в «глосарії»: «*шкідливий програмний або технічний засіб – це комп'ютерна програма або пристрій, створені або адаптовані для вчинення кримінального правопорушення, передбаченого цим Розділом/статтями…*».

Неврахованим залишається підпункт a.ii Конвенції, який предметом «зловживання пристроями» також визнає комп'ютерні паролі, коди доступу або подібні дані, за допомогою яких можна здобути доступ до всієї або частини комп'ютерної системи. Тому у «глосарії» доцільно надати визначення й цього конвенційного предмета, наприклад, таке: «*шкідливі*

дані/дані доступу – комп'ютерні паролі, коди доступу або подібні дані, за допомогою яких можна здобути доступ до усієї або частини комп'ютерної системи з метою вчинення кримінального правопорушення, передбаченого цим Розділом/статтями…».

2. У Конвенції рекомендується криміналізувати не лише створення, переміщення і збут, а й придбання та володіння відповідними предметами.

3. Щодо незаподіяння цим проступком шкоди інформаційній безпеці та відсутність диференціації відповідальності – див. зауваження до ст. 7.7.11.

Стаття 7.7.14. Порушення вимог безпеки комп'ютерних даних, що з необережності спричинило значну майнову шкоду

1. Щодо незаподіяння шкоди інформаційній безпеці та відсутність диференціації – див. зауваження до ст. 7.7.11.

2. Щодо наслідків – див. зауваження до ст. 7.7.4.

РОЗДІЛ 7.8.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ДОСТОВІРНОСТІ ІНФОРМАЦІЇ, ЩО МІСТИТЬСЯ НА РЕЧОВИХ НОСІЯХ

1. Розділ 7.8 розташований у Книзі сьомій «Кримінальні правопорушення проти суспільства». Навряд чи можна погодитися з тим, що передбачені цим розділом діяння спрямовані насамперед проти суспільства як такого, особливо зважаючи на те, що не є очевидним, що розуміється під суспільством в назві цієї Книги (лише одна зі складових елементів тріади «людина – суспільство – держава» чи суспільство як збірне поняття, що охоплює окремих людей, їх об'єднання, інститути громадянського суспільства, державу і територіальні громади та їх органи тощо). Це наштовхує на думку про те, що Книга сьома подекуди виконує резервну функцію, до якої (Книги) поміщено ті розділи, які не «вписалися» в інші книги. Водночас слід погодитися з тим, що, з огляду на неоднорідність статей про кримінальні правопорушення, передбачені Книгою сьомою, без розділення їх на декілька книг, знайти більш підходящу назву складно, а то й неможливо.

2. Назва аналізованого розділу акцентує увагу на тому, що йдеться про достовірність інформації, яка міститься виключно *на речових носіях*. Порівняння з контрольним текстом проєкту від 30.12.2022 р., де у назві аналогічного розділу йшлося про інформацію, що міститься «*на матеріальних носіях (крім електронних)*», дозволяє припустити, що така

вказівка є способом обмежити застосування норм цього розділу лише тими носіями, на яких значима інформація відображається безпосередньо, без обов'язкового застосування інформаційної системи, інакше кажучи, не у формі комп'ютерних даних.

До речі (в аспекті одноманітності термінології), у ст. 9.2.7 проєкту називається такий предмет, як «*матеріальний носій* секретної *інформації*, що містить державну таємницю». Навряд чи відрізняються між собою терміни «матеріальний носій» та «речовий носій», але використання різних термінів на позначення одного й того ж носія не є позитивом.

Якщо вказана мета (обмеження застосування норм розділу 7.8) дійсно ставилась, то навряд чи її можна досягнути шляхом такого формулювання його (розділу) назви. По-перше, комп'ютерні дані, які завдяки їх обробці в інформаційній системі, відображаються на різноманітних пристроях у виді електронних документів, також містяться (зберігаються) на речових носіях, якими є, наприклад, флеш-накопичувач, жорсткий магнітний диск (HDD), твердотілий накопичувач (SDD), сервер тощо. По-друге, з визначення офіційного документа у ст. 7.8.1 безпосередньо не випливає, що електронні документи не охоплюються цим поняттям.

Відтак вказівка на речовий носій змістовно нічого не дає, вона лише створює умови для неоднозначного трактування відповідних норм. Якщо переслідується мета обмежити перелік предметів передбачених цим розділом кримінальних правопорушень, потрібно або перелічити їх («інформація, що міститься в документах, на зброї, вибухівці і транспортних засобах», «інформація, що міститься в документах та на деяких інших предметах») і надати відповідне обмежувальне тлумачення «офіційного документа» в ст. 7.8.1, або сформулювати виняток («крім комп'ютерних даних» тощо). Якщо ж така мета не переслідується, то згаданий проблемний термін варто змінити, щоб не провокувати неоднозначне тлумачення норм.

3. Обмежувальне трактування документів, тобто таких, які не включають електронні їх види, якщо саме це закладається в термін «інформація, що міститься на *речових* носіях», не може бути сприйняте позитивно. Окремі кримінальні правопорушення проти інформаційної безпеки, зокрема діяння щодо комп'ютерних даних у формі порушення їх цілісності (статті 7.7.4, 7.7.5, 7.7.11 і 7.7.12), можуть охоплювати підробку електронних документів – зміну комп'ютерних даних (наприклад, внесення змін до вже існуючих даних або створення нових). Однак статті розділу 7.7 спрямовані на охорону інформаційної безпеки як самостійної (автономної)

соціальної цінності, передбачають відповідальність за сам факт незаконного втручання в роботу інформаційної чи іншої систем. Натомість статті розділу 7.8 присвячені охороні іншої соціальної цінності – достовірності інформації, і крім того, передбачають відповідальність не лише за незаконні зміни (підробку), а й, що найголовніше, за використання, збут, видачу тощо. Нарешті підроблений електронний документ можна створити та використовувати в такий спосіб, який виключає незаконне втручання в роботу інформаційних систем (наприклад, коли цілісність справжньої програми, яка генерує документ не порушується, але натомість виключно для своїх потреб використовується самостійно створена програма, яка імітує справжню, та генерує підроблений документ). Наразі використання інформаційних систем стало невід'ємною частиною життя кожного з нас, вони міцно вкоренилися практично в усіх сферах життєдіяльності. Немає сумнівів, що в недалекій перспективі електронні документи повністю витіснять паперові чи інші традиційні форми.

4. У чинному КК підробка різних предметів та незаконні діяння з такими предметами залежно від їх виду та ролі в системі суспільних відносин передбачені різними розділами Особливої частини. У кримінальному законодавстві країн-членів ЄС спостерігаються різні підходи. У більшості випадків існують окремі глави (розділи), присвячені охороні достовірності документів. У деяких країнах при цьому спостерігається спроба об'єднати в межах такого розділу норми про підробку різних предметів. Яскравий приклад – КК Французької Республіки, у розділі IV («Посягання проти суспільної довіри») Книги IV якого передбачено відповідальність за підробку не лише документів, а й грошей, цінних паперів, печаток, штампів, клейма, а так само за незаконні дії з ними.

У проєкті втілено диференційований підхід до відповідальності за підробку предметів. Так, в межах інших розділів Особливої частини встановлено відповідальність за підробку виборчої документації, документації з референдуму, медичної продукції, грошей, цінних паперів, платіжних засобів та інструментів, марок акцизного податку, доказів. Натомість в межах розділу 7.8 містяться статті про підробку маркування зброї та вибухівки, а також номерів вузлів та агрегатів транспортного засобу. Ба більше: тут передбачено відповідальність і за виготовлення немаркованої зброї чи вибухівки, переміщення її через митний кордон. Подібні норми, як видається, не зовсім «вписуються» в цей розділ. Якщо вже був обраний диференційований підхід, то, можливо, в розділі 7.8 доцільно було

обмежитись лише незаконними діями щодо офіційних документів (важливих особистих документів).

Стаття 7.8.1. Значення термінів, вжитих у цьому Розділі

1. Термін «*важливий особистий документ*» зустрічається в чинному КК (ч. 3 ст. 357), але його визначення не надається. Тому надання йому значення в «глосарії» до розділу 7.8 можна лише вітати. У проєкті цей термін відіграє дві ролі: а) роль конститутивної (основної) ознаки складу злочину, передбаченого ст. 7.8.7, та б) роль «кваліфікуючої» ознаки злочинів, передбачених статтями 7.8.4–7.8.6 (п. 1 ст. 7.8.3).

Аналіз наведеного в проєкті визначення «важливого особистого документа» дозволяє зробити висновок про такі його обов'язкові ознаки: 1) він володіє всіма ознаками офіційного документа (п. 3 цієї ж статті), 2) він посвідчує особу; 3) він або підтверджує громадянство, або спеціальний статус особи, передбачений законами України: а) «Про єдиний державний демографічний реєстр», б) «Про державну реєстрацію актів цивільного стану» чи в) «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства». Ураховуючи чинний правопис, зворот «передбачений законами України…» слід розуміти як такий, що стосується лише спеціального статусу особу (а не офіційного документа як такого); інакше б перед словом «передбачений» мав би знаходитися якийсь єднальний сполучник. Не стосується цей зворот і «підтвердження громадянства», оскільки слово «передбачений» вжито в однині, а отже, вживається стосовно останньої з передбачених альтернатив. Таким чином, обов'язковою у цьому визначенні є зв'язка двох ознак документа, яка може бути двох типів: а) він посвідчує особу і підтверджує її громадянство (згідно з якими законами?), або б) він посвідчує особу і підтверджує її спеціальний статус (згідно з одним із трьох указаних законів).

Стосовно першого типу, то виникає питання про перелік документів, які посвідчують особу і підтверджують громадянство водночас. Такий перелік напряму витікає лише із Закону України «Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус», де в п. 1 ч. 1 ст. 13 наводиться перелік документів, які посвідчують особу та підтверджують громадянство України (він збігається зі ст. 5 Закону «Про громадянство України»): а) паспорт громадянина України; б) паспорт громадянина України для виїзду за кордон; в) дипломатичний паспорт України; г) службовий паспорт України; ґ) посвідчення особи моряка; д) посвідчення члена екіпажу;

е) посвідчення особи на повернення в Україну; є) тимчасове посвідчення громадянина України. Очевидно, що саме цей перелік мається на увазі (назва цих документів прямо відтворена у п. 1 ст. 7.8.1), а тому «передбаченість» відповідними трьома законами має стосуватися також і тих документів, які підтверджують громадянство (а не лише спеціальний статус).

Проте вказані документи підтверджують лише громадянство України. А як же бути з підробкою та іншими діями щодо документів, які підтверджують громадянство інших держав? Вони вказуються (визначаються) в статтях 1 і 15 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства». Таким є, зокрема, паспортний документ іноземця – документ, виданий уповноваженим органом іноземної держави або статутною організацією ООН, що підтверджує громадянство іноземця, посвідчує особу іноземця або особу без громадянства, надає право на в'їзд або виїзд з держави і визнається Україною. Водночас у ст. 15 цього ж Закону йдеться про випадки, коли іноземці можуть в'їжджати на територію України та виїжджати з неї на підставі «непаспортних» документів – інші документи, передбачені міжнародними договорами та документи, які дають право на перетинання державного кордону в межах місцевого прикордонного руху. І хоч формально вони не визначаються як такі, що посвідчують особу і підтверджують громадянство, але такий висновок можна зробити шляхом тлумачення (буде залежати від правозастосувача), і вони безпосередньо вказані в Законі. Це ще раз підтверджує необхідність зв'язати «передбаченість» законами з «підтвердженням громадянства».

Стосовно другого типу зв'язки ознак («посвідчує особу і підтверджує її спеціальний статус»), то питань не викликає лише спеціальний статус за двома із трьох указаних законів. Перелік таких документів, що підтверджують спеціальний статус, безпосередньо визначається п. 2 ч. 1 ст. 13 Закону «Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус»: а) посвідчення водія; б) посвідчення особи без громадянства для виїзду за кордон; в) посвідка на постійне проживання; г) посвідка на тимчасове проживання; ґ) картка мігранта; д) посвідчення біженця; е) проїзний документ біженця; є) посвідчення особи, яка потребує додаткового захисту; ж) проїзний документ особи, якій надано додатковий захист. Більшість із цих документів, так чи інакше, згадуються і в Законі «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства».

Однак, які ж документи, що посвідчують особу і підтверджують її спеціальний статус, передбачені Законом «Про державну реєстрацію актів цивільного стану», не зрозуміло. Згідно зі ст. 18 Закону, про факт державної реєстрації акту цивільного стану органами ДРАЦС видається відповідне свідоцтво, бланки яких затверджені КМУ. У цьому Законі не йдеться про документи, які посвідчують особу та/або підтверджують громадянство чи спеціальний статус; натомість передбачаються інші документи, які дійсно можуть вважатися особистими, але які посвідчують найважливіші акти цивільного стану, а саме свідоцтва про народження, смерть, шлюб, розірвання шлюбу чи зміну імені. Відтак, якщо розробники проєкту переслідували мету віднести ці документи до важливих особистих, то це потрібно зробити в інший спосіб, наприклад, перелічити ці види свідоцтв, або «відв'язати» їх від зв'язки ознак «посвідчення особи і підтвердження спеціального статусу» тощо. Якщо така мета була відсутньою, то згадка про відповідний регулятивний Закон у визначенні терміну є зайвою і її треба прибрати.

2. Терміни «*виборча документація*» та «*документація референдуму*» (пункти 2 і 4 ст. 7.8.1) помилково містяться в «глосарії» до розділу 7.8, оскільки в аналізованій редакції проєкту цей розділ не містить діянь, предметом яких виборча документація чи документи з референдуму. Порівняння цієї редакції проєкту та його попереднього контрольного варіанту (від 30.12.2022 р.) дозволяє зробити висновок про те, що статті про підробку виборчої документації, документації референдуму, знищення, пошкодження або приховування печатки виборчої комісії чи комісії з референдуму, виборчої скриньки, виборчої документації чи документації референдуму або заволодіння ними за рішенням розробників «емігрували» з розділу про правопорушення проти достовірності інформації в розділ про кримінальні правопорушення проти виборчих прав та референдумного права (статті 4.10.12–4.10.15). Відтак має місце технічна помилка, а вказані поняття необхідно перенести до ст. 4.10.1.

3. Визначення поняття «*офіційний документ*», поза всяким сумнівом, є системоутворювальним для розділу 7.8. Хоча пошук цього терміну за Особливою частиною проєкту показав, що він уживається й в інших розділах, (наприклад, у ст. 7.2.10 ідеться про складання чи використання підробленого офіційного документу з терористичною метою). Звідси випливає, що у разі його подальшого використання в різних розділах проєкту визначення офіційного документу необхідно перенести в «загальний глосарій» (ст. 1.4.1).

Порівнюючи запропоноване визначення з його аналогом в чинному КК (примітка до ст. 358) загалом його можна сприйняти позитивно. Розробники проєкту позбуваються масиву формальних ознак документа, які несправедливо обмежують можливості правозастосувача визнавати його офіційним (суб'єкт, яким він складається, видається або посвідчується, дотримання визначених форм, наявність реквізитів, ці форми і реквізити передбачені «законом»). Натомість відбувається акцентуація уваги на сутнісних (змістовних) його ознаках. Розширення обсягу поняття «офіційний документ» ми вітаємо, однак при цьому наголошуємо на необхідності подбати про узгодження статей цього розділу проєкту з майбутньою (але, наскільки нам відомо, ще не розробленою) редакцією КУпАП, у якому наразі передбачено відповідальність за підроблення проїзних квитків і знаків поштової оплати та державних нагород (статті 135-1 і 186-1), з тим, щоб не виникало юридичної колізії (або воно передбачається КК, або, будучи офіційними документами, вони залишаються в КУпАП з одночасним формулюванням колізійного припису про це в тексті КК).

Викликає сумніви наведена у визначенні офіційного документу «прив'язка» його сутнісної характеристики до мети складення, видачі та посвідчення. А якщо документ був складений без такої мети однією особою, а інша особа використала його саме для цього? Та й навіщо взагалі ускладнювати життя органам розслідування з'ясуванням мети складання, видачі та посвідчення. У цьому аспекті аналог цього визначення в чинному КК є більш вдалим, оскільки альтернативні ознаки характеризують не мету вчинюваних дій, а зміст інформації («*інформацію, яка підтверджує чи посвідчує певні події, явища або факти, які спричинили чи здатні спричинити наслідки правового характеру*»). Тому доцільно визначити офіційний документ як «*документ, що містить інформацію, яка…*».

Стосовно альтернативної ознаки – надання права чи звільнення від обов'язку, то з цього приводу в юридичній літературі вже зазначалося, що насправді документи як такі не надають права і не звільняють від обов'язків; підставами виникнення, зміни і припинення прав та обов'язків є юридичні факти, а документи лише посвідчують ці факти (О. Дудоров, Г. Зеленов). Щоправда, альтернативність цієї ознаки поряд з іншою (підтвердження чи посвідчення певної події, явища, обставини або факту) нейтралізує можливі негативні наслідки правозастосування. Якщо ж розробники проєкту вважають за необхідне про всяк випадок зберегти цю ознаку як альтернативну, то варто зазначити не лише про *надання права*, а й про *його*

позбавлення/обмеження, не лише про *звільнення від обов'язку*, а й про *наділення обов'язком*.

Стаття 7.8.2. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на два ступеня

Загалом підвищення ступеня тяжкості на два ступеня за вчинення відповідного злочину, предметом якого є судове рішення, сприймається позитивно. Водночас, як можна припустити, відсутність визначення судового рішення може призвести до неоднозначного правозастосування. Термін «судове рішення» використовується в різних книгах і розділах Особливої частини проєкту. Певне його розуміння надається в статтях 8.1.4 і 8.3.3 (вирок, рішення, ухвала, постанова суду, судовий наказ). Найбільш імовірно, що теорія та практика в підсумку прийдуть до такого ж розуміння і стосовно статті 7.8.2. Водночас постає питання стосовно оцінки діянь із судовими рішеннями іноземних держав та міжнародних судів; чи будуть і вони охоплюватися п. 1 ст. 7.8.2?

Також незрозуміло, як цей пункт узгоджується зі ст. 8.1.4, у якій ідеться про постановлення суддею завідомо незаконного та необґрунтованого судового рішення, яке за змістом, можна припустити, варто розцінювати як підроблене, адже суддя вносить в судове рішення завідомо неправдиві відомості. Можливо, слід сформулювати колізійний припис (щось на кшталт «*за винятком постановлення суддею незаконного та необґрунтованого рішення*»).

Стаття 7.8.3. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь

1. Застосування п. 1 стосовно ст. 7.8.7, як видається, є результатом технічної помилки, оскільки важливий особистий документ вже є конститутивною (основною) ознакою передбаченого цією статтею злочину і, з огляду на сформульовані в Загальній частині проєкту правила врахування ознак, повторному врахуванню він не підлягає.

Водночас виокремлення в окрему статтю використання чужого важливого особистого документа, з урахуванням згаданих положень Загальної частини проєкту, чомусь вважатиметься менш небезпечним (злочин 1-го ступеня), ніж інші дії з ним (приховання, пошкодження, заволодіння), які автоматично кваліфікуватимуться й за п. 1 ст. 7.8.3 (тобто щонайменше злочин 2-го ступеня). Такий підхід виглядає сумнівним.

2. Підвищення відповідальності на один ступінь за вчинення злочинів, передбачених статтями 7.8.4–7.8.7, щодо документа на отримання наркотичних засобів, психотропних речовин або інших предметів, обіг яких відповідно до цього Кодексу є кримінальним правопорушенням, виглядає обґрунтованим. Однак чи варто обмежуватися вказівкою на документ, що дозволяє лише отримати відповідний предмет? Стосовно виготовлення, перевезення, збуту, зберігання та інших дій з ними також, як правило, законодавством передбачаються певні документи. Відтак пропонуємо викласти цей пункт в такій редакції: «*передбаченого статтями 7.8.4-7.8.7, щодо документа на поводження з наркотичним засобом, психотропною речовиною або іншим предметом, обіг якого відповідно до цього Кодексу є кримінальним правопорушенням*».

3. У п. 3 передбачено «кваліфікуючу» ознаку підробки таких *офіційних документів, які слугують доказом під час досудового розслідування у кримінальному провадженні або в суді,* видачі, збуту, використання, знищення, пошкодження чи приховання такого документа-доказу, а також заволодіння ним. Ця ознака провокує виникнення колізії зі статтями 8.2.4 (підробка, знищення чи зіпсування доказу у кримінальному провадженні) і 8.2.17 (підробка, приховання, знищення чи зіпсування доказу, що використовується у цивільному, господарському, адміністративному провадженні чи провадженні у справі про адміністративне правопорушення). Залежно від того, який критерій взяти за основу, можна обґрунтувати правильність застосування: а) лише відповідної статті розділу 7.8 і п. 3 ст. 7.8.3, б) лише статті розділу 8.2, в) обох статей (визначити, яка з цих статей більш спеціальна, не так просто). Кодифікація має сприяти вирішенню колізій, а не їх створенню.

Тому потрібно вирішити її (або позбутися її) ще на етапі проєктування (наприклад, підвищити ступінь тяжкості відповідних злочинів проти сприяння правосуддю та видалити п. 3 зі ст. 7.8.3, чи сформулювати колізійний припис тощо).

До того ж не є однозначним і поняття «суд» в цьому пункті. Чи означає воно, що поза цією ознакою залишаються докази, подані в порядку альтернативного вирішення спору (наприклад, в арбітражному процесі)?

Стаття 7.8.4. Підроблення офіційного документа, його видання, збут чи використання

1. Зважаючи на те, що готування до більшості злочинів, передбачених проєктом, не є караними, доцільно розглянути можливість криміналізації придбання завідомо підробленого офіційного документа з метою його використання чи збуту. Так, особа, яка збуває такий предмет, підлягає відповідальності за п. 3 ст. 7.8.4, а особа, яка його в цей же час придбала, зокрема зі злочинною метою, відповідальності (у більшості випадків) не підлягатиме.

2. Виникає також питання, чому проєктом декриміналізується виготовлення підроблених печаток і штампів з метою їх використання чи збуту та їх збут. Віднедавна дійсно суб'єкти господарювання відповідно до ГК України не зобов'язані використовувати печатки. Однак вони мають право і можуть за бажанням їх використати. Крім того, вони обов'язково використовуються органами державної влади і місцевого самоврядування та низкою осіб, що здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг. Діяння з цими предметами самі собою, звісно, можуть свідчити про готування до іншого кримінального правопорушення, але, зважаючи на те, що готування до більшості злочинів не є караними за проєктом, такий підхід не є виправданим.

Стаття 7.8.5. Заволодіння офіційним документом

У ст. 357 чинного КК (в межах однієї статті) передбачено відповідальність за різні форми незаконного заволодіння офіційним документом, а так само за його умисне знищення, пошкодження чи приховування. Можна припустити, що немає принципової необхідності у виділенні двох окремих статей стосовно непідробленого (справжнього) документа – 7.8.5 і 7.8.6, особливо в тих випадках, коли йдеться про єдиний намір (умисел). Це саме може стосуватися й ст. 7.8.7 – незаконне використання чужого важливого особистого документа. Навіщо штучно створювати сукупність злочинів? Відтак пропонуємо розглянути можливість відображення цих діянь у межах однієї статті, наприклад:

«*Особа, яка незаконно:*

1) заволоділа офіційним документом,

2) знищила,

2) пошкодила,

3) приховала його, або

4) використала завідомо чужий важливий особистий документ, –

вчинила злочин 1 ступеня».

Стаття 7.8.7. Використання чужого особистого документа

Якщо буде вирішено залишити ст. 7.8.7 у запропонованій редакції, то варто хоча б привести назву у відповідність з назвою предмета, що використовується в диспозиції цієї статті та «глосарії» до цього розділу, – «*чужий важливий особистий документ*».

Стаття 7.8.8. Порушення вимог щодо маркування зброї чи вибухівки

1. Передбачені в цій статті діяння охоплюються ст. 263-1 чинного КК і посягають на громадську безпеку, зокрема на встановлений порядок обігу зброї та вибухівки. Достатньо суворим є і покарання за такі діяння – від 3 до 7 років (без кваліфікуючих ознак). З огляду на те, що йдеться про небезпечні предмети, передбачення покарання за дії з ними лише як для злочину 1-го ступеня виглядає сумнівним. Виходом з цієї ситуації може бути переміщення цієї статті до розділу 7.3 «Кримінальні правопорушення проти безпеки обігу небезпечних предметів».

2. З огляду на те, що в межах всього проєкту послідовно використовується термін «вибуховий пристрій», виникає питання, що розуміти під «вибухівкою» – вибухові пристрої, вибухові речовини, складові пристрою тощо?

Стаття 7.8.9. Діяння щодо немаркованої зброї чи вибухівки

Діяння, передбачені цією статтею, недоцільно передбачати в межах розділу 7.8, який містить статті про злочини проти достовірності інформації (виготовлення та переміщення немаркованої зброї і вибухівки лише віддалено стосуються цього). Однак найважливіше те, що виготовлення і переміщення –складові незаконного обігу (поводження) з цими небезпечними предметами, а тому вони мають охоплюватися розділом 7.3 проєкту. Ба більше: ст. 7.3.4 вже охоплює *незаконне виготовлення та переміщення* боєприпасів до переносної вогнепальної ствольної зброї, *зброї* чи *вибухового пристрою*. При цьому карається така поведінка як злочин 3-го ступеня.

Якщо зброя та вибухівка є немаркованими, то навряд чи їх виготовив суб’єкт, що мав дозвіл (ліцензію) на таке виготовлення. Що більш очевидно, якщо вони немарковані, то їх навряд чи можна законно (за дозволом) перемістити через митний кордон України. Тому, як видається, виготовлення

немаркованої зброї/вибухівки та переміщення їх через митний кордон має охоплюватися ст. 7.3.4, а існування ст. 7.8.9 у нинішній редакції не є виправданим.

Стаття 7.8.10. Знищення, підроблення або заміна номерів вузлів та агрегатів транспортного засобу

Щодо доцільності розміщення цієї статті в межах розділу 7.8 – див. загальні зауваження до цього розділу.

Ст. 7.8.10 поміщена в підрозділ 2 про проступки, а вчинення передбачених нею діянь карається як злочин 1-го ступеня. Імовірно, має місце технічна помилка.

Водночас згідно з п. 13 ст. 2.5.3 шкода достовірності інформації, що міститься на речових носіях, визнається істотною. Проступком же визнається умисне спричинення тільки неістотної шкоди. Однак згідно п. 2 ст. 2.5.2 неістотною може бути тільки така шкода, яка не визначена у Кодексі як істотна. Ця логічна суперечність вчергове демонструє системну проблему, притаманну проєкту.

РОЗДІЛ 7.9.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ДОБРОЧЕСНОСТІ У ПРИВАТНІЙ ТА СПОРТИВНІЙ СФЕРАХ

1. Зі статей 7.9.4 і 7.9.5 випливає, що проєкт, на відміну від статей 354 і 368-3 чинного КК, «урівнює» між собою активний та пасивний підкупи особи, яка виконує в приватній сфері управлінські функції, та особи, що виконує в такій сфері суто професійні функції. Це, однак, не може бути доводом на користь рішення надавати визначення одного поняття «функціонер чи працівник приватної сфери». Для цілей кримінально-правової кваліфікації правозастосувачам так чи інакше слід буде визначатися стосовно того, є конкретна особа функціонером приватної сфери або працівником такої сфери. Якщо в п. 1 ст. 7.9.1 не буде проведено чітке розмежування між цими категоріями осіб, то можна спрогнозувати, що це стане джерелом «зайвих» помилкових рішень при застосуванні кримінального закону.

До числа функціонерів і працівників приватної сфери (п. 1 ст. 7.9.1) чомусь не віднесено фізичну особу – підприємця, який може і не мати найманих працівників, а отже, не завжди може розглядатись як *фізична*

особа, яка має найманих працівників (підпункт б). Ця прогалина підлягає усуненню.

2. Із змістовної точки зору пропоноване у проєкті об'єднання в одне поняття функціонера та працівника приватної сфери і передбачення відповідальності за їх неправомірну поведінку без її належної диференціації сприймається критично.

Наскільки зрозуміло із п. 1 ст. 7.9.1, функціонером є а) службова особа юридичної особи приватного права та б) фізична особа, яка має найманих працівників. Якщо говорити про функціонера, то і варто звернути увагу на його функцію. Визначаючи поняття «службова особа юридичної особи приватного права», варто узгодити це визначення із п. 56 ч. 2 ст. 1.4.1 проєкту. Зокрема, у цій нормі йдеться про обіймання відповідної посади, а за ст. 7.9.1 це вже не обов'язковий факт – достатньо виконувати відповідного виду обов'язки. Якщо бути послідовним, то краще писати про «функції», а не обов'язки. Крім того, функціонером робить особу не наявність у неї найманих працівників, а управління ними, використання їх робочої сили тощо. Тобто знову ж акцент варто робити на функції, а не на статусі.

Пункти в–д) ч. 1 ст. 7.9.1 відображають поняття «працівник приватної сфери». При цьому категорія, визначена у п. г) («*особа, яка виконує роботу або надає послугу відповідно до договору з такою юридичною особою*»), конфліктує із загальновживаним правовим поняттям «працівник».

Слід зважати на відмінність між функціонером і працівником у характері виконуваних функцій, які по суті є різними. Функціонер має повноваження, які, умовно кажучи, доповнюють його загальний правовий статус фізичної особи, є додатковими до нього (організаційно-розпорядчі, адміністративно-господарські чи контрольно-ревізійні). При цьому власник у найширшому смислі цього слова, передаючі ці повноваження, можливості, віддає частину свого, так би мовити, фізичного суверенітету (управляти людьми чи собою (у випадку найманих працівників у фізичних осіб), управляти майном, здійснювати контроль за ефективністю такого управління). Це – відносини довіри і використання обсягу цієї довіри в інтересах того, хто це довірив. Працівник же виконує суто професійну функцію, реалізує свої вміння та навички за гроші. При цьому жодного «приростання» в обсязі його правового статусу не відбувається.

Тому концепція об'єднання службового та професійного статусу, яка реалізується у багатьох статтях проєкту, видається дискусійною, такою, що неадекватно відображає правову природу відповідних явищ. Так, «типовою»

ознакою, яка підвищує тяжкість вчиненого злочину на один ступінь, є «*з використанням влади, службових чи професійних повноважень або пов'язаних з ними можливостей*». Така обставина не міститься лише у 16 з 50 розділів Особливої частини проєкту. В інших розділах вона присутня у двох різних редакціях 1) «*з використанням влади, службових повноважень чи професійних обов'язків або пов'язаних з ними можливостей*» – статті у розділах 4.1.4, 4.2.5, 4.3.1, 4.4.4, 4.5.3, 6.3.4, 6.4.3; 2) «*з використанням влади, службових чи професійних повноважень або пов'язаних з ними можливостей*» – це статті у розділах 4.6.3, 4.7.3, 4.8.2, 4.9.3, 4.10.3, 4.11.3, 5.1.3, 5.2.3, 5.3.3, 6.1.3, 6.2.2, 6.5.3, 7.1.4, 7.2.3, 7.3.3, 7.4.2, 7.6.3, 7.7.3, 7.8.3, 8.1.3, 8.2.2, 8.3.2, 9.1.3, 9.3.3, 9.7.3, 10.6.2, 11.5.3. Зрозуміло, що це, швидше за все, технічний недолік; складно уявити, що у ці терміни вкладався б різний зміст. Однак, обираючи, який варіант залишити, варто не залишати жодного з міркувань щодо необґрунтованості об'єднання в одне поняття з однаковим правовим значенням влади, службових повноважень та чогось професійного.

По-перше, якщо не надавати цьому якогось спеціального значення (а так виглядає, що його немає), то не варто виокремлювати з кола службових повноважень владу. Влада, виходячи навіть із визначення поняття «представник влади» (п. 46 ч. 2 ст. 1.4.1 проєкту), виступає частиною службових повноважень відповідної особи. Тому, формулюючи ознаки, що підвищує тяжкість злочину, варто обмежитись зворотом «*з використанням службових повноважень*…»

По-друге, щодо професійних повноважень (чи обов'язків), то не зовсім зрозуміло, про що йдеться. Насамперед усталене розуміння терміну «повноваження» не поєднується із професійною (на відміну від службової) діяльністю. При цьому, очевидно, що саме так треба розуміти професійну діяльність – у відмінності зі службовою, оскільки службова діяльність – це також професійна. Повноваження – це у різних сферах або владні відносини між керівним і підлеглим учасником (теорія управління), або засіб впливу на правову поведінку об'єктів (теорія права). Інакше кажучи, це те, що додає прав і обов'язків. Попередня редакція проєкту (від 30.12.2022 р.) містила відповідне визначення у п. 8 ч. 2 ст. 1.4.1: «*виконання професійних обов'язків – виконання особою обов'язків, що обумовлені трудовими, цивільно-правовими відносинами чи самозайнятою діяльністю*». Робоча група відмовилась від цього визначення в аналізованій редакції проєкту. Можливо й недарма, адже таке розуміння професійних обов'язків нічого не давало для з'ясування їх природи, бо і службові обов'язки можуть бути обумовлені

трудовими чи цивільним відносинами та й, напевно, самозайнятою діяльністю. Відмінність службових функцій та професійної функції описана вище і, як видається, не дає підстав для посилення відповідальності при використанні професійних функцій (не повноважень). Невже слюсар, який *професійно* відкриває замки, повинен нести більшу на один ступінь кримінальну відповідальність за викрадення (термінологія проєкту) порівняно зі злодієм, який офіційної професії не має? В принципі, і таке рішення можна прийняти, однак на чому воно ґрунтується? Щодо службової особи таке підвищення відповідальності, як видається, можна обґрунтувати порушенням довіри того, хто надав цій особі додаткові можливості, і то у випадку, коли такі можливості бути використані.

Щодо професійного статусу – погодитись із цим, як видається, не можна. Це інша за природою ситуація, врахування якої для підвищення тяжкості злочину потребує щонайменше додаткового обґрунтування, яке не випливає з положень проєкту або (наскільки нам відомо) з праць його розробників.

Отже, пропонуємо наскрізну зміну, а саме вилучити з відповідної типової ознаки слова «*професійних обов'язків*» чи «*професійних повноважень*».

Формулювання «*пов'язаних з ними можливостей*» відсилає до Закону України «Про запобігання корупції», в ст. 1 якого визначено поняття корупції із використанням саме цієї конструкції. Формула того, що може використовувати службова особа для вчинення злочину, виглядає таким чином: службове становище = службові повноваження + пов'язані з ними можливості. Якщо робоча група відмовляється від використання терміну «службове становище», то використання конструкції «*службові повноваження чи пов'язані з ними можливості*» при формулюванні цієї типової ознаки цілком припустиме, хоч певною мірою шкодить визначеності.

3. В основу визначення поняття «особа, яка здійснює діяльність у сфері спорту» розробниками проєкту (треба так розуміти) покладено ст. 3(6) Конвенції Ради Європи проти маніпулювання спортивними змаганнями від 2014 р. Цей підхід видається правильним, оскільки ст. 15 Конвенції вимагає криміналізувати маніпулюванням спортивними змаганнями, зокрема шляхом корупційної поведінки. Однак наведене в п. 2 ст. 7.9.1 визначення виглядає дещо «дефіцитним». Зокрема, у ньому варто прямо згадати суддів, членів журі та будь-яких інших акредитованих осіб (стаття 3(6)(c) Конвенції),

оскільки сумнівно, що всіх таких осіб охоплює хоча б одна з категорій, зазначених у п. 2 ст. 7.9.1.

4. Складно погодитися з тим, як у положеннях розділу 7.9 використовуються ознаки кількісного характеру – ознаки, що характеризують неправомірну вигоду як предмет чи засіб підкупу.

Наприклад, у ст. 7.9.2 ознакою, що підвищує на два ступені тяжкість активного та пасивного підкупу з метою впливу на результати спортивних змагань, є те, що предметом чи засобом підкупу була неправомірна вигода у великому розмірі. При цьому згідно зі ст. 7.9.3 у випадках активного та пасивного підкупу в приватній сфері, вчинених за наявності тієї ж обставини, ступінь тяжкості підвищується лише на один ступінь. Крім цього, у статтях 7.9.4 та 7.9.5 зі значним розміром неправомірної вигоди пов'язується визнання активного та пасивного підкупу в приватній сфері злочином 1-го ступеня, на відміну від випадків незначного розміру неправомірної вигоди, що визнаються лише проступками (статті 7.9.8 і 7.9.9), хоч при цьому у статтях 7.9.6 і 7.9.7 активний та пасивний підкуп з метою впливу на результати спортивних змагань навіть при незначному розмірі неправомірної вигоди визнається злочином 1-го ступеня.

Такий диференційований підхід складно назвати виправданим, оскільки він фактично ґрунтується на ідеї того, що площина офіційних спортивних змагань потребує посиленого кримінально-правового захисту від корупції порівняно з приватною сферою загалом. Однак у розумінні ст. 45 Закону України «Про фізичну культуру і спорт» офіційними спортивними змаганнями є й спортивні змагання вкрай локального характеру, зокрема спортивні змагання, включені до календарних планів фізкультурно-оздоровчих, спортивних заходів та спортивних змагань селищ та сіл, а під приватною сферою у статтях 7.9.4 і 7.9.5, вочевидь, розуміється і діяльність, наприклад, транснаціональних корпорацій з багатомільярдним грошовим оборотом. Складно зрозуміти, чому підкуп, вчинений в першій ситуації, вимагає суворішої кримінально-правової репресії, ніж підкуп, вчинений в другій ситуації.

З огляду на викладене, пропонуємо гармонізувати використання у статтях розділу 7.9 кількісних ознак, що характеризують неправомірну вигоду як предмет чи засіб підкупу.

5. Як випливає з положень статей 7.9.4, 7.9.5, 7.9.8, 7.9.9, проєкт, на відміну від чинного КК, відмовився від автономної (окремої) криміналізації таких форм активного та пасивного підкупу в приватній сфері, як пропозиція

та обіцянка неправомірної вигоди, з одного боку, та прийняття пропозиції та обіцянки неправомірної вигоди, з іншого. Такий підхід суперечить статтям 7 і 8 Конвенції РЄ про боротьбу з корупцією з урахуванням практики тлумачення цих положень Групою держав проти корупції (ГРЕКО), яка забезпечує моніторинг дотримання державами-учасницями згаданої Конвенції зобов'язань за цим договором. Нагадаємо, що автономна (окрема) криміналізація пропозиції та обіцянки неправомірної вигоди, з одного боку, та прийняття пропозиції та обіцянки неправомірної вигоди, з іншого, у випадках активного та пасивного підкупу в приватній сфері за чинним КК (статті 354 і 368-3) стала наслідком врахування Україною рекомендацій ГРЕКО. І, найголовніше, виконання Україною цих рекомендацій було умовою лібералізації візового режиму між Україною та ЄС. Одностороння відмова України від врахування згаданих рекомендацій ГРЕКО може мати вкрай негативні наслідки політичного та правового характеру.

До того ж незрозуміло, чому у статтях 9.5.5–9.5.8 пропозиція неправомірної вигоди та її прийняття визнаються автономними проявами активного та пасивного підкупу, відповідно, а в «суміжних» з ними за змістом статтях 7.9.4–7.9.9 – ні?

Хоч Конвенція Ради Європи проти маніпулювання спортивними змаганнями від 2014 р. є значно лаконічнішою з питань криміналізації активного та пасивного підкупу, однак, оскільки активний та пасивний підкуп з метою впливу на офіційні результати спортивних змагань по суті є конкретними прикладами активного та пасивного підкупу в приватній сфері, було б логічно, щоб такі форми активного та пасивного підкупу, як пропозиція та обіцянка (чи лише пропозиція) неправомірної вигоди й прийняття пропозиції та обіцянки неправомірної вигоди були, передбачені у статтях 7.9.6, 7.9.7.

6. Визнання випадків «незначного» активного і пасивного підкупу в приватній сфері (статті 7.9.8 і 7.9.9) проступками, а не злочинами, матиме наслідком порушення Україною ще одного з положень Конвенції РЄ про боротьбу з корупцією. Згідно з її статтею 19(1) сторони мають забезпечити, щоб всі типи поведінки, які їм належить криміналізувати згідно зі статтями 2–14 Конвенції (зокрема, активний і пасивний підкуп у приватній сфері), були підкріплені ефективними, адекватними та стримуючими санкціями і заходами, включаючи (у разі вчинення таких злочинів фізичними особами) позбавлення волі із подальшою можливістю екстрадиції.

Згідно з ч. 2 ст. 573 КПК запит компетентного органу іноземної держави про видачу особи розглядається, якщо за законом України хоча б за один зі злочинів, у зв'язку з якими запитується видача, передбачено покарання у виді позбавлення волі на максимальний строк не менше одного року, або особу засуджено до покарання у виді позбавлення волі та невідбутий строк становить не менше чотирьох місяців.

Як випливає з ч. 3 ст. 3.2.1 проєкту, найсуворішим видом покарання, який може бути застосований у випадку вчинення особою проступку, є арешт, тривалість якого згідно з ч. 1 ст. 3.2.9 не може перевищувати трьох місяців. Таким чином, у випадках вчинення особами проступків, передбачених статтями 7.9.8 і 7.9.9, Україна не зможе забезпечити видачу таких осіб іноземній державі всупереч ст. 19(1) згаданої Конвенції.

При цьому суворість санкцій статей 354 і 368-3 чинного КК зумовлена необхідністю виконання зазначеного конвенційного положення, що також неодноразово підкреслювалося в рекомендаціях ГРЕКО, врахування яких Україною, як зазначалося вище, було умовою для лібералізації візового режиму з ЄС.

7. Привертає увагу те, що ст. 354 чинного КК криміналізує активний та пасивний підкуп працівника будь-якого підприємства, установи чи організації незалежно від того, йдеться про державне, комунальне чи приватне підприємство. Оскільки у статтях розділу 7.9 «адресатом» і суб'єктом активного підкупу є функціонер чи працівник приватної сфери, а в статтях 9.5.5, 9.5.6 – публічна службова особа, то це означає, що активний та пасивний підкуп «рядових» працівників державних та комунальних підприємств, установ чи організацій у випадку прийняття проєкту як закону виявиться декриміналізованими. Мотиви такого рішення виглядають неочевидними.

8. Було б доречно доповнити ст. 7.9.10 «Змова з метою впливу на результати офіційного спортивного змагання» негативною ознакою «*за відсутності ознак злочинів, передбачених статтями 7.9.6. та 7.9.7 цього Кодексу*», оскільки в основі «результативного» активного та пасивного підкупу знаходиться домовленість «сторін», що саме по собі може розглядатись як змова.

9. На відміну від статей 354 та 368-3 чинного КК, статті 7.9.4, 7.9.5, 7.9.8, 7.9.9 проєкту не містять вказівок на те, у зв'язку з чим надається, одержується, висловлюється прохання надати та вимагається неправомірна вигода. На перший погляд, це можна пояснити розлогою дефініцією

неправомірної вигоди, наведеною у п. 33 ч. 2 ст. 1.4.1, яка не лише розкриває поняття неправомірної вигоди як предмета чи засобу вчинення кримінального правопорушення, а й частково характеризує зміст діяння, яке вчиняється з неправомірною вигодою. Однак при більш прискіпливому погляді з'ясовується, що п. 33 ч. 2 ст. 1.4.1 недостатньо враховує специфіку типів поведінки, про які йдеться в статтях 7.9.4, 7.9.5, 7.9.8, 7.9.9. Зокрема, у п. 33 ч. 2 ст. 1.4.1 зазначається, що особа одержує, просить чи вимагає неправомірну вигоду за вчинення чи невчинення в інтересах іншої особи певної дії шляхом зловживання чи торгівлі впливом. Другий із способів (торгівля впливом) стосується виключно ст. 9.5.8. Таким чином, щодо статей 7.9.4, 7.9.5, 7.9.8, 7.9.9 має «спрацьовувати» перша альтернатива – зловживання, яке в п. 19. ч. 2 ст. 1.4.1 проєкту визначається *як використання влади, службових повноважень, професійного чи опікунського статусу або пов'язаних з ними можливостей на шкоду правомірним інтересам будь-якого іншого суб'єкта права – фізичної чи юридичної особи, держави, територіальної громади*. Однак виглядає сумнівним, що таке розуміння зловживання «накриває», наприклад, випадки пасивного підкупу особи, яка виконує роботу чи надає послугу відповідно до договору (підпункт г) п. 1 ст. 7.9.1).

Якщо передбачене п. 33 ч. 2 ст. 1.4.1 визначення неправомірної вигоди замислювалось як наскрізне (таке, що стосується всіх статей проєкту, в яких ідеться про криміналізацію поведінки, пов'язаної з неправомірною вигодою), то чому тоді згадана дефініція не «накриває» типи поведінки, які передбачені статтями 7.9.6 і 7.9.7? Визнанням цього є й те, що в цих двох статтях, на відміну від статей 7.9.4, 7.9.5, 7.9.8, 7.9.9, вказується, у зв'язку з чим надається, одержується, висловлюється прохання надати та вимагається неправомірна вигода (ці дії караються, якщо вони вчинені з метою впливу на результати офіційних спортивних змагань). Чому специфіка типів поведінки, передбачених статтями 7.9.6 і 7.9.7, виявилася не врахованою у п. 33 ч. 2 ст. 1.4.1?

10. Як варіант пропонується розглянути питання, пов'язані із регламентацією відповідальності за «давання-одержання» неправомірної вигоди, комплексно.

Проєкт містить низку статей, що встановлюють відповідальність за відповідну поведінку: 1) сім пар «необхідної співучасті»: статті 4.10.9–4.10.10 («виборчий підкуп»); статті 5.1.5–5.1.6 («підкуп у медичній сфері»); статті 7.9.4–7.9.5 («значний підкуп у приватній сфер»); статті 7.9.6–7.9.7

(«підкуп у сфері спорту»); статті 7.9.8–7.9.9 («незначний підкуп у приватній сфері»); статті 9.5.5–9.5.6 («підкуп у публічній сфері»); статті 9.5.7–9.5.8 («торгівля впливом»); 2) чотири специфічних види підкупів: ст. 4.10.18 «Передвиборча агітація чи агітація референдуму, поєднана з непрямим підкупом виборців»; ст. 5.1.15 «Порушення права на безоплатну медичну допомогу»; ст. 7.2.8 «Фінансування та інша підтримка тероризму»; ст. 8.2.5 «Підкуп учасника кримінального провадження».

Розробники проєкту фактично відмовились від використання поняття «підкуп» як родового і конструкції: підкуп = активний підкуп + пасивний підкуп. Цьому, звісно, є свої причини. Однак є окремі моменти, які можна відзначити. Насамперед варто згадати, що п. 42 ч. 2 ст. 1.4.1 визначає наскрізне поняття *підкуп* як пропозицію абр надання фізичній чи юридичній особі неправомірної вигоди за вчинення нею певної дії чи бездіяльності. Можна перевірити, чи доцільно це поняття уніфікувати у всіх активних формах такої поведінки.

По-перше, зайвою видається згадування про юридичну особу як адресата підкупу. Побіжний аналіз проєкту дав можливість виявити лише один прямо визначений випадок підкупу юридичної особи – це ст. 4.10.18 («непрямий виборчий підкуп»). Однак цінності, які є засобом підкупу, хоч і можуть бути юридично спрямовані на рахунки юридичних осіб, змістовно їх адресатом є воля людини, яка голосує як виборець або учасник референдуму. Тому зрозуміло, що фактичним адресатом підкупу є особа, яка може щось зробити в інтересах того, хто його вчиняє (людина). Опосередковано цей факт визнається і самими розробниками проєкту: п. 1 ст. 4.10.1 зазначає, що *предмети непрямого підкупу – товари, пільги, переваги, послуги, роботи, цінні папери, кредити, лотерейні білети, інші матеріальні чи нематеріальні активи, що надаються виборцям чи учасникам референдуму*. Юридичні ж особи ні виборцями, ні учасниками референдуму не є і не можуть бути. Тому вказівку на юридичну особу як на адресат підкупу варто вилучити з п. 42 ч. 2 ст. 1.4.1.

По-друге, розробники проєкту не використовують можливість уніфікації активної форми такої поведінки, одного наскрізного терміну – підкуп. Так, термін «*підкуп*» у розглядуваному значенні використано у статтях 7.9.6 і 8.2.5. Видається, що це нераціонально. Цілком допустимо використати уніфіковане поняття підкупу у всіх статтях (принаймні назвах), в яких встановлено відповідальність за активну форму такої поведінки. Це – ст. 4.10.10 «Підкуп суб'єкта виборчого процесу чи процесу референдуму»;

ст. 5.1.5 «Підкуп для просування медичної продукції»; ст. 7.9.4 «Підкуп функціонера чи працівника приватної сфери»; ст. 7.9.8 «Підкуп функціонера чи працівника приватної сфери у розмірі, що не є значним»; ст. 9.5.5 «Підкуп публічної службової особи»; ст. 9.5.7 «Підкуп особи за здійснення впливу» тощо. При цьому можливе й істотне зменшення нормативного матеріалу й у диспозиціях окремих з цих статей. Якщо поняття підкупу та форми його об'єктивної сторони визначено у ст. 1.4.1, то дублювати їх у статтях Особливої частини не потрібно. При цьому є підстави вважати за необхідне зберегти конвенційну «тріаду» форм об'єктивної сторони активного підкупу: а) пропозиція; б) обіцянка; в) надання…

По-третє, істотною ознакою будь-якого підкупу є вчинення його з визначеною метою. Така мета зараз повинна «збиратися» зі змісту декількох положень різних статей проєкту, бо в окремих випадках у статті Особливої частини прямо не визначена. Наприклад, диспозиція ст. 7.9.4 сформульована таким чином: «*Особа, яка надала функціонеру чи працівнику приватної сфери неправомірну вигоду у значному розмірі, – вчинила злочин 1 ступеня*». Або ст. 9.5.5: «*Особа, яка неправомірну вигоду публічній службовій особі: 1) запропонувала або 2) надала її, – вчинила злочин 1 ступеня*». Тут не пояснено, за що конкретно надається така вигода, а це питання для правильної кримінально-правової кваліфікації вчиненого має визначальне значення.

Що повинен робити правозастосувач для того, щоб заповнити прогалину (скласти ребус)? Якщо для формулювання цих складів не використано термін «*підкуп*», то скористатись п. 42 ч. 2 ст. 1.4.1 неможливо. Тоді звертаємось до тлумачення використаного у складі поняття «*неправомірна вигода*», далі –до поняття «зловживання». Такий довгий шлях складний і для професійного правника, а для пересічної особи (потенційного суб'єкта активного підкупу) зовсім складний. Прагнення робочої групи уникати дублювання при викладенні нормативного матеріалу є схвальним, однак чи варто реалізовувати його на шкоду інформативності потенційного кримінального закону? Для чого пропонувати таку надскладну конструкцію, якщо мету підкупу у кожному конкретному випадку можна без особливої шкоди для обсягу нормативного матеріалу викласти у статті Особливої частини? Це ж вже зроблено для окремих видів підкупів.

11. Розділ 7.9, хоч і називається (як і розділ 9.5) «Кримінальні правопорушення проти доброчесності…», не містить статті про відповідальність за зловживання службовими повноваженнями

функціонером. Виходить, що форми зловживання, які є кримінально-протиправними за ст. 9.5.4, можуть вчинятися в юридичній особі публічного права, а в юридичній особі приватного права – це вже не зловживання, і такі поведінкові акти будуть тягнути відповідальність лише тоді, коли у скоєному вбачатиметься склад іншого кримінального правопорушення. Такий підхід видається дискримінаційним з точки зору охорони доброчесності у приватній сфері.

КНИГА 8.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ

Концепція реформування кримінального законодавства, оприлюднена на офіційному сайті робочої групи, крім інших нереалізованих у проєкті положень, містить підхід до побудови Особливої частини, яка мала б містити 5 книг, серед яких – Книга четверта «Злочини проти держави», у структурі якої мав би, за логікою речей, розміщуватись розділ про злочини проти правосуддя. Такий підхід видається більш обґрунтованим, ніж той, що реалізований в аналізованій редакції проєкту, де кримінальним правопорушенням проти правосуддя присвячено самостійну Книгу.

РОЗДІЛ 8.1.
ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ОСНОВ ПРАВОСУДДЯ

Стаття 8.1.1. Значення термінів, вжитих у розділах 8.1–8.3 цього Кодексу

1. Наскрізний характер визначення термінів, які використовуються у Книзі восьмій, варто вітати. Однак із визначення терміну «суд» випливає, що ним не охоплюється такий державний орган, як Конституційний Суд України. Натомість визначення поняття «суддя» не виключає того, що ним є і суддя Конституційного Суду України. Тому варто чіткіше відповісти на питання, чи є конституційне правосуддя частиною правосуддя як соціальної цінності, якій заподіюється шкода кримінальними правопорушеннями, статті про які вміщено у Книзі восьмій.

2. Поняття «суддя» (п. 2 ст. 8.1.1) включає і такого учасника процесу, як присяжний. При цьому системний аналіз положень Книги восьмої засвідчує, що в її окремих статтях поняттям судді присяжний не охоплюється. За таких обставин постає питання, навіщо на початку Книги, присвяченої кримінальним правопорушенням проти правосуддя, стверджувати, що у всіх випадках використання у КК терміну «суддя» під ним потрібно розуміти і присяжного.

Стаття 8.1.3. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь

1. У п. 4 цієї статті йдеться про вчинення злочину, *передбаченого статтями 8.1.5 чи 8.1.6, з використанням влади, службових чи професійних повноважень або пов'язаних з ними можливостей*. Змоделюємо ситуацію:

вчинення, наприклад, злочину, передбаченого ст. 8.1.6 «Порушення порядку автоматичного розподілу справ між суддями» працівником канцелярії суду із використанням професійних повноважень означає вчинення злочину 4-го ступеня (наприклад, несвоєчасне внесення відомостей до системи автоматичного розподілу справ можливе лише з використанням професійних повноважень). При цьому винесення суддею завідомо незаконного та необґрунтованого рішення є злочином 3-го ступеня (ст. 8.1.4). Це очевидно різні за тяжкістю заподіяної правосуддю шкоди злочини.

Стаття 8.1.4. Постановлення незаконного та необґрунтованого судового рішення

1. Не ставлячи під сумнів виправданість криміналізації суддівської сваволі, все ж доводиться констатувати, що ст. 8.1.4 проєкту ризикує бути визнаною неконституційною, як і ст. 375 чинного КК. Заміна терміну «неправосудне» на «незаконне та необґрунтоване», як видається, не вирішує проблему, а, навпаки, поглиблює її. За пропонованого формулювання чи не кожне скасування судового рішення вищою інстанцією з мотивів його незаконності/необґрунтованості може слугувати підставою для відкриття кримінального провадження з тим, щоб з'ясувати, чи мала місце завідомість, а отже, склад злочину, передбаченого ст. 8.1.4. Про незалежність суду в таких умовах годі й вести мову.

У встановленні кримінальної відповідальності за винесення завідомо незаконного та необґрунтованого судового рішення ключовими є два моменти: а) узгодити цей крок із вимогами незалежності суду; б) сформулювати ознаки складу відповідного злочину максимально точно, щоб запобігти довільному їх тлумаченню і можливості тиску на суд з боку правоохоронних органів.

2. Щодо стандартів незалежності суддів варто згадати щонайменше два документи: 1) Рекомендацію Комітету Міністрів Ради Європи CM/Rec(2010)12, § 68 якої передбачає, що «тлумачення закону, оцінка фактів та доказів, здійснювана суддями під час розгляду справи, не може бути кримінально-караною, за винятком випадків злого умислу»; 2) Велику Хартію Суддів (основоположні принципи), де у п. 20 закріплено, що «судді несуть кримінальну відповідальність згідно із загальним законодавством за скоєні злочини, які не пов'язані з виконанням професійних обов'язків. Судді не несуть кримінальну відповідальність за ненавмисні помилки при виконанні своїх професійних обов'язків». Вартими уваги є також позиції

Європейської комісії «За демократію через право» (Венеційська комісія). У Amicus Curiae щодо кримінальної відповідальності суддів, підготованому на запит Конституційного Суду Республіки Молдови, Венеційська комісія на підставі аналізу європейських стандартів, зокрема практики ЄСПЛ, щодо незалежності суддів зробила висновок про те, що кримінальна відповідальність суддів може узгоджуватися з принципом незалежності за умови, що суддя діяв із прямим умислом (в окремих випадках з необережності), а також наголошується на тому, що держава повинна знайти баланс між функціональним імунітетом суддів та їх підзвітністю суспільству. Таким чином, встановлення кримінальної відповідальності за умисне постановлення суддею незаконного/необґрунтованого рішення не суперечить сучасним європейським стандартам незалежності суддів.

Венеціанська комісія наголошує, покликаючись на рішення ЄСПЛ, що «правові положення, які передбачають кримінальну відповідальність суддів узгоджуються з вимогою незалежності та безсторонності суддів, якщо вони сформульовані достатньо точно, щоб гарантувати незалежність та функціональний імунітет конкретного судді у здійсненні ним/нею тлумачення закону, оцінюванні фактів та доказів». В основу рішення про визнання ст. 375 КК неконституційною було покладено тезу про невизначеність поняття «неправосудного рішення». У судовій практиці ВСУ та Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних та кримінальних справ так і вдалося окреслити це поняття з належною точністю.

3. Практика ЄСПЛ із застосування § 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, як видається, може допомогти у з'ясуванні змісту та обсягу поняття судового рішення, за постановлення якого суддю можна і треба притягнути до кримінальної відповідальності. Розглядаючи справи, що стосуються права на справедливий суд, ЄСПЛ в окремих випадках робить висновок про те, що допущенні судом порушення сягнули рівня суддівського свавілля, тобто є настільки грубими, що по суті правосуддя не відбувається. Відтак практика ЄСПЛ щодо поняття свавільного судового рішення може слугувати орієнтиром при визначенні того, які незаконні та/або необґрунтовані судові рішення досягають рівня, коли настання кримінальної відповідальності судді буде виправданим.

ЄСПЛ констатує, що порушення стандартів справедливого суду сягнуло рівня суддівського свавілля лише в крайніх випадках. У цьому контексті ЄСПЛ говорить про «явну помилку в оцінці» як питань факту, так і прав, грубе свавілля та рішення, які прирівнюються до відмови у правосудді.

Аналіз рішень у справах Moreira Ferreira v. Portugal (no. 2), Dulaurans v. France, Nemtsov v. Russia, Khamidov v. Russia, D.M.D. v Romania, Anđelković v. Serbia, Barać and Others v. Montenegro, Bochan v. Ukraine (no. 2) дає підстави виділити такі ознаки свавільного судового рішення в інтерпретації ЄСПЛ: 1) рішення базується на неправильній оцінці фактів та/або неправильному застосуванні як процесуальних, так і матеріальних правових норм; 2) допущена помилка має вирішальне значення для вирішення справи заявника; 3) помилки у вирішенні питань факту чи права є настільки грубими, що вихолощують право на доступ до суду та є за своєю суттю відмовою у правосудді; 4) помилка у застосуванні права чи оцінці фактів є явною, тобто такою, що жоден добросовісний суд не міг би за відповідних умов її допустити; 5) не будь-яка судова помилка та/або порушення стандартів справедливого суду досягає рівня суддівського свавілля; 6) допущена помилка не є результатом різночитання юридичних текстів, чи застосування нечітких, двозначних правових положень, чи дій суду в розумних рамках судової дискреції.

4. У світлі викладеного пропонуємо робочій групі розглянути питання про можливість замінити у ст. 8.1.4 зворот «незаконне та необґрунтоване» на слово «свавільне». Свавільними пропонується вважати судові рішення, які містять грубі, очевидні помилки в оцінці фактів та/або застосуванні правових норм, що досягають рівня відмови від правосуддя (неправосуддя).

Запропонований підхід дає можливість навести додаткові аргументи на користь того, що неправосудним може вважатись, зокрема, і те остаточне судове рішення, яке не було скасоване в апеляційному або касаційному порядку. Адже, за загальним правилом, апеляційне та касаційне оскарження – це механізм виправлення добросовісних і «несмертельних» помилок, коли правосуддя, хоч і з дефектами, відбулося. Свавільність судового рішення є його сутнісною характеристикою, яка не залежить від подальшої процесуальної долі цього того чи іншого судового акту. Природа судового рішення, яке за своєю суттю є відмовою у правосудді, не змінюється навіть у тих випадках, коли законодавство не передбачає можливості оскарження або ж сторони з певних причин не скористались такою можливістю.

Стаття 8.1.5. Втручання у здійснення правосуддя

1. Формулювання складу цього злочину видається занадто абстрактним. Намагання з’ясувати конкретний зміст понять «втручання–вплив» шляхом системного тлумачення положень проєкту призвело до виявлення певної

(якщо так можна висловитися) прогалини. Особлива частина проєкту використовує «втручання» як термін, який позначає кримінальне правопорушення у п'яти статтях. Це: ст. 4.10.5 «Втручання у діяльність виборчої комісії, комісії з референдуму»; ст. 4.10.7 «Втручання у роботу Державного реєстру виборців»; ст. 8.1.5 «Втручання у здійснення правосуддя»; ст. 8.2.3 «Втручання в діяльність прокурора, слідчого, детектива, дізнавача, захисника»; ст. 9.7.8 «Втручання в діяльність особи, яка виконує службові повноваження чи професійні обов'язки». У статтях 4.10.5 та 4.10.7 втручання визначається через втручання; при цьому якщо адресатом втручання є людина, а не автоматизована система, то обов'язковою ознакою складу є певна мета (у ст. 4.10.5 – з метою не допустити вчинення…). У статтях 8.1.5, 8.2.3 і 9.7.8 втручання визначається через вплив, і в злочинах проти правосуддя у їх складі є мотив («…у зв'язку…»), а у злочині, передбаченому ст. 9.7.8, – мета («…з метою перешкодити виконанню»).

При цьому, як видається, ознакою будь-якого втручання (неважливо, визначається воно через таке саме слово чи з використанням слова «вплив») має бути мета, а не мотив. Обґрунтувати цю тезу можна таким чином: 1) втручання – це цілеспрямована діяльність, як і вплив. Такий вид людської діяльності має на меті досягнення певного результату, а це відображається у структурі складу кримінального правопорушення із використанням ознаки мети його вчинення; 2) з переліку складів злочинів, які полягають у втручанні у діяльність людини, найбільш загальною є норма, визначена у ст. 9.7.8 «Втручання в діяльність особи, яка виконує службові повноваження чи професійні обов'язки», відносно якої норми, визначені у Книзі восьмій – ст. 8.1.5 і 8.2.3, є, швидше за все, спеціальними чи принаймні мали б бути такими: це випливає, крім здорового глузду, з наявності негативної ознаки «*…крім випадків втручання та перешкоджання, передбачених іншими статтями цього Кодексу*». Якщо це так, тоді вони повинні мітити всі ознаки загального складу (за термінологією проєкту) та якусь додаткову. Отже, спеціальні склади повинні також містити мету втручання/впливу. Однак ця мета не відображена у відповідних складах, що ставить під сумнів наведе співвідношення норм, а це нелогічно; 3) вплив на людину, може і не зовсім вдало у розглядуваному контексті, визначено у п. 8 ч. 2 ст. 1.4.1 як спонукання іншої людини всупереч її волі вчинити чи не вчинити певну дію. Тут так само використання терміну «спонукання» означає цілеспрямовану діяльність, діяльність, спрямовану на досягнення певної мети.

Видається, що цієї мети і бракує у складах злочинів, передбачених ст. 8.1.5 і 8.2.3. У цьому контексті ст. 376 чинного КК сформульована краще.

РОЗДІЛ 8.2.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ СПРИЯННЯ ПРАВОСУДДЮ

Стаття 8.2.2. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь

П. 4 ст. 8.2.2. передбачає ознаку, яка підвищує тяжкість злочину на один ступінь, – *вчинення його з використанням влади, службових чи професійних повноважень або пов'язаних з ними можливостей*. Загалом логіка виокремлення цієї «кваліфікуючої» ознаки зрозуміла і принципових заперечень не викликає. Щоправда, лише стосовно злочинів із загальним суб'єктом. Натомість розділ 8.2, на який аналізована ознака поширюється без будь-яких винятків, містить низку статей про злочини, які вчиняються спеціальним суб'єктом, –особою, яка наділена владою, службовими або професійними повноваженнями. Це, зокрема, статті 8.2.6, 8.2.7, 8.2.9, 8.2.10, 8.2.11, 8.2.12, 8.2.14, 8.2.18. Наявність таких складів неминуче ставить питання про обґрунтованість застосування при їх кваліфікації п. 4 ст. 8.2.2, оскільки їх вчинення супроводжується використанням влади чи службових або професійних повноважень.

Для усунення подвійного, як видається, врахування при кваліфікації однієї ознаки, можна спробувати застосувати положення ч. 2 ст. 2.5.12. Проте використання влади, службових чи професійних повноважень або пов'язаних з ними можливостей прямо не визначено як ознаку складу відповідних правопорушень, а тому такий варіант розв'язання розглядуваного питання може бути не сприйнятий на практиці. Враховуючи наведене, мабуть, доцільно переглянути Особливу частину проєкту на предмет виявлення такого потенційного дублювання і внесення відповідних змін або як негативної ознаки (*крім злочинів, передбачених*…), або як обмеження використання щодо окремих злочинів (у *разі вчинення злочинів, передбачених*…). І хоч такі внутрішні «перехресні посилання» не прикрашатимуть КК, їх відсутність за умови існування на початку кожного розділу Особливої частини статей із «типовими» ознаками, які впливають на ступінь тяжкості злочину, може призводити до фактично неправильного правозастосування.

Стаття 8.2.3. Втручання в діяльність прокурора, слідчого, детектива, дізнавача, захисника, представника особи, судового експерта

Щодо цієї статті актуальні зауваження, зроблені щодо ст. 8.1.5.

Задля усунення необґрунтованих спеціальних норм видається за можливе без шкоди для обсягу криміналізації поведінки виключити цю статтю з проєкту. Наявна у проєкті ст. 9.7.8 «Втручання в діяльність особи, яка виконує службові повноваження чи професійні обов'язки» містить загальну норму про злочин цього ступеня тяжкості.

Стаття 8.2.4. Перешкоджання встановленню факту та обставин вчинення кримінального правопорушення

1. Необґрунтованим видається обмеження відповідальності за перешкоджання встановленню факту та обставин справи при здійсненні правосуддя лише кримінальним провадженням. Запропонована редакція ст. 8.2.4 у сукупності з іншими нормами Книги восьмої проєкту фактично залишає поза увагою проблему примушування учасника не кримінального провадження (наприклад, свідка у цивільній справі) до надання певних показань або перекладача до завідомо неправильного перекладу не у кримінальному провадженні. Звісно, що для таких випадків можна скористатись резервною («ультра-загальною») нормою, передбаченою ст. 4.4.7. Однак при визначенні характеру співвідношення примушування учасника кримінального провадження до певних дій та примушування взагалі з'ясувалося, що поведінка, передбачена як злочин у п. 3 ст. 8.2.4, є привілейованим видом примушування – це злочин 1-го ступеня тяжкості, на відміну від злочину, передбаченого ст. 4.4.7, який є злочином 3-го ступеня тяжкості. Не впевнені у тому, що таке пом'якшення кримінальної відповідальності є обґрунтованим. Інакше кажучи, якщо свідок примушується дати неправдиві показання у кримінальному провадженні, то має місце злочин 1-го ступеня тяжкості, а такі самі дії у цивільному провадженні будуть розцінюватись як злочин 3-го ступеня тяжкості. Сприйняти таку логіку робочої групи складно.

2. Настання кримінальної відповідальності підозрюваного чи обвинуваченого за обмову іншої особи у вчиненні кримінального правопорушення (п. 2 ст. 8.2.4.) може означати порушення гарантій, передбачених Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод. Так, у справі «Мілевич проти Хорватії» (Miljević v. Croatia) ЄСПЛ визнав, що притягнення заявника до відповідальності за наклеп є

непропорційним втручанням у свободу вираження поглядів (ст. 10 Конвенції). Заявник, будучи обвинуваченим у воєнних злочинах, у суді вказав на іншу особу як на співучасника. ЄСПЛ зазначив, що національні суди, притягаючи заявника до відповідальності за його висловлювання, не змогли належно збалансувати свободу вираження поглядів у контексті права на захист обвинуваченого, з одного боку, і право на захист репутації третьої особи, з іншого. З точки зору ЄСПЛ притягнення обвинуваченого за зроблені ним неправдиві висловлювання в суді може бути виправданим, якщо відповідні заяви зроблені зі злим наміром та спричинили притягнення невинної особи до відповідальності. З метою забезпечення відповідності стандартам Конвенції пропонується розглянути питання про можливість вилучити вказівку на обмову обвинуваченим іншої особи зі ст. 8.2.4 проєкту.

Стаття 8.2.5. Підкуп учасника кримінального провадження

1. Щодо цієї статті проєкту передусім постає питання, чим обґрунтоване обмеження адресатів підкупу лише учасниками кримінального провадження. Хіба підкуп, приклад, свідка чи перекладача у цивільному чи адміністративному провадженні не посягає на правосуддя, не заподіює шкоди цьому об’єктові? Пропоноване обмеження не видається виправданим.

2. І в чинному КК, і в проєкті відповідальність за підкуп у сфері правосуддя обмежується криміналізацією лише активної її форми – пропозиції та надання неправомірної вигоду відповідним адресатам. Однак успішність кримінально-правової протидії будь яким підкупам залежить, зокрема, від того, чи криміналізовано одержання неправомірної вигоди. У сфері правосуддя свідок, перекладач, інший учасник провадження, який не є службовою особою чи особою, яка здійснює професійну діяльність з надання публічних послуг, необґрунтовано не несе відповідальності за одержання неправомірної вигоди за поведінку, яка купується. Підготовка проєкту якраз і є тією нагодою, яка здатна виправити ситуацію і в повному обсязі передбачити відповідальність за підкуп у цій важливій сфері. Відтак розділ 8.2 пропонується доповнити статтею, наприклад, із такою диспозицією:

«*Учасник провадження, який не є службовою особою, за надання пояснень, показань чи завідомо неправдивого перекладу:*

1) прийняв пропозицію або

2) одержав неправомірну вигоду, – вчинив злочин 1 ступеня».

Стаття 8.2.6. Перешкоджання своєчасному початку досудового розслідування

Виходячи зі змісту цієї статті проєкту, спеціальний суб'єкт нестиме відповідальність за те, що вплинув на людину, яка звернулась із заявою (повідомленням) про достовірно відоме таке, що готується, або вчинене кримінальне правопорушення, і наслідком такого впливу стало те, що розслідування не було розпочате у визначний законом строк.

По-перше, що означає зворот «*вплинула на людину*»? П. 8 ч. 2 ст. 1.4.1 проєкту визначає, що вплив – це спонукання іншої людини всупереч її волі вчинити чи не вчинювати певну дію. Однак таке визначення не допомагає зрозуміти, за що конкретно у ст. 8.2.6 пропонується встановити відповідальність. Про спонукання заявника до якої поведінки всупереч його волі у цьому разі йдеться?

По-друге, що конкретно мається на увазі під наслідком «*досудове розслідування не було розпочате у визначений законом строк*»? Ст. 214 КПК передбачає правила початку досудового розслідування і містить 9 частин. Якщо йдеться про внесення відомостей до ЄРДР, то це одна справа, якщо вчинення інших дії – інша. У будь якому разі початок досудового розслідування – прерогатива органів досудового розслідування, і як їх поведінка може бути наслідком впливу на людину, яка є заявником, уявити складно. Хіба що у результаті впливу на людину-заявника остання вчинить поведінку, яка обумовить те, що розслідування не буде розпочате у визначений законом строк. Але це зовсім інша ситуація, яка не описана у ст. 8.2.6.

З огляду на сказане, ст. 8.2.6 потребує доопрацювання, а як варіант – виключення з проєкту. Дисциплінарних заходів реагування на відповідне порушення з боку прокурора чи службової особи органу правопорядку було б достатньо. Заявник може оскаржити бездіяльність відповідних осіб у порядку, передбаченому ч. 1 ст. 303 КПК. Відтак є можливість захистити порушенні права, не вдаючись до надмірного використання кримінально-правової репресії.

Стаття 8.2.7. Незаконний початок досудового розслідування

У контексті визначення тяжкості кримінального правопорушення питання викликає «пара» правопорушень, які, як видається, є близькими за правовою природою, але визначені у проєкті як злочин 1-го ступеня і проступок. Це, відповідно, злочин, передбачений ст. 8.2.7, і проступок,

передбачений ст. 8.2.20 «Невжиття заходів за заявою (повідомленням) про вчинення кримінального правопорушення». Обидва кримінальні правопорушення мають формальний склад і посягають на таку цінність, як «сприяння правосуддю», і фактично є дзеркальним відображенням одне одного: незаконний початок досудового розслідування і незаконний непочаток такого. Чому ж вони мають різний ступінь тяжкості?

Стаття 8.2.8. Приховування злочину

Ця статті піднімає пласт проблем, пов'язаних із складністю визначення ступеня тяжкості кримінального правопорушення. У ст. 8.2.8 встановлено відповідальність за переховування іншої особи, *яка завідомо вчинила тяжкий чи особливо тяжкий злочин, або знаряддя, засіб чи слід вчинення такого злочину*. Наведене формулювання спонукає згадати відому науці проблему, так би мовити, покладання функції кримінально-правової кваліфікації на особу, яка вчиняє кримінальне правопорушення: особа, вирішуючи, чи приховувати злочин, зобов'язана встановити ступінь його тяжкості. Якщо йдеться про очевидно небезпечні злочини, то така «кваліфікація» цілком вкладається у можливості оцінки середньої розумної людини. Проте у випадку з проєктом ситуація істотно ускладнюється і фактично наближається до об'єктивного ставлення у вину. Для того, щоб визначити ступіть тяжкості злочину і віднести його до тяжкого чи особливо тяжкого, особа повинна 1) кваліфікувати вчинене, визначивши для початку базовий ступінь тяжкості злочину; 2) з'ясувати, чи не заподіяна майнова шкода, щоб урахувати її на підставі ст. 2.5.11; 3) врахувати ознаки, які змінюють ступінь тяжкості злочину (зменшують або підвищують його) із відповідних правил, визначених у ст. 2.5.12 та алгоритму встановлення ступеня тяжкості злочину, який визначено у ст. 2.5.13; 4) знати, що умисні злочини 7–9 ступенів тяжкості визнаються особливо тяжкими, а умисні злочини 5–6 ступенів тяжкості та необережні злочини 5-го ступеня тяжкості – тяжкими злочинами (ч. 6 ст. 2.5.9). Безпомилкове дотримання такого алгоритму потребує серйозних інтелектуальних зусиль фахового юриста, розраховувати ж на його (алгоритму) застосування особою без спеціальної підготовки – марно. Чи не простіше у ст. 8.2.8 визначити, що відповідальності за цієї статтею підлягає особа, яка приховала злочин 5-го та вище ступенів. Це так само далеко не ідеальне розв'язання позначеного питання, однак воно все одно більш вдале, ніж запропоноване у проєкті.

Стаття 8.2.9. Безпідставне притягнення до кримінальної відповідальності

Кримінальна відповідальність, якщо враховувати положення ст. 3.1.3 проєкту, – це кримінально-правові засоби, передбачені пунктами 1–6 ч. 1 ст. 3.1.2 цього Кодексу, які підлягають застосуванню до особи, засудженої за вчинення кримінального правопорушення. За такого розуміння цього поняття назва розглядуваного злочину неточно відображає його зміст. Повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину не може вважатися «притягненням до кримінальної відповідальності». Використання при цьому конструкцій, визначених у рішенні Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням МВС України щодо офіційного тлумачення положень ч. 3 ст. 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканість), не буде обґрунтованим у зв'язку з тим, що КСУ приймав це рішення в інших правових реаліях і виходив з абсолютно іншого розуміння кримінальної відповідальності. Тому назву ст. 8.2.9 пропонується викласти у такій редакції «*Безпідставне повідомлення особі про підозру*».

Стаття 8.2.10. Порушення права на захист

Щодо складу цього кримінального правопорушення можемо підтримати висловлені у літературі (Д. Балобанова, 2022) застереження щодо: а) невиправданого використання вичерпного переліку способів порушення права на захист; б) необґрунтованого обмеження кола суб'єктів цього злочину і невключення до нього судді.

Стаття 8.2.14. Неубезпечення особи, взятої під захист

Викликає сумнів достатність підстав для криміналізації поведінки, визначеної у цій статті як формального складу, вчинюваного шляхом бездіяльності. Фактично будь-яка пасивна поведінка службової особи у відповідній сфері згідно зі ст. 8.2.14 визнається злочином 1-го ступеня тяжкості, а якщо врахувати «обов'язковий» п. 4 ст. 8.2.2 – то і 2-го ступеня тяжкості. Для обмеження цієї надмірної криміналізації можна запропонувати сформулювати відповідний склад як матеріальний. Це не змінить ступеня тяжкості аналізованого злочину, але хоч мінімально обмежить обсяг криміналізації.

Стаття 8.2.17. Діяння щодо доказів

Назва цієї статті неінформативна. Зрозуміла логіка – якщо кримінальне правопорушення як поняття наділене ознакою протиправності, то зайвий раз вказувати на незаконність поведінки потреби немає. Проте назва статті повинна виконувати функцію інформування про її зміст. Враховуючи те, що проєкт не позбувся формулювань із використанням прикметника «незаконне» (146 раз, у назві – у статтях 4.10.15, 6.1.11, 6.1.12, 7.1.11 тощо), видається доцільним використати його і для формулювання назви ст. 8.2.17, краще із дієсловом «поводження» і викласти цю назву у такій редакції: «*Незаконне поводження з доказами*». Варіант: «*Фальсифікація або знищення доказів*».

Стаття 8.2.22. Перешкоджання виконувати обов'язки присяжного

1. У контексті вже зазначеного розуміння поняття «суддя» у статтях розділів Книги восьмої постає питання, чи не становить собою перешкоджання виконувати обов'язок присяжного не проступок, передбачений ст. 8.2.22, а злочин, передбачений 8.1.5 «Втручання у здійснення правосуддя»? Виключення з проєкту ст. 8.2.22 і рекомендація оцінювати відповідну поведінку за ст. 8.1.5 підвищить статус присяжного і позитивно відіб'ється на охороні такої соціальної цінності, як правосуддя.

РОЗДІЛ 8.3.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ПОРЯДКУ ВИКОНАННЯ СУДОВОГО РІШЕННЯ

Стаття 8.3.3. Невиконання або перешкоджання судового рішення

Ця норма є ключовою для розділу 8.3. Кримінальне правопорушення, описане в аналізованій статті, посягає не стільки на порядок виконання судового рішення, скільки на основи правосуддя загалом. Ознайомлення із цією статтею, іншими статтями Книги восьмої дає підстави для висунення пропозиції виключити з проєкту статті, в яких йдеться про невиконання судового рішення в його спеціальних формах. Інколи робоча група встановлює привілейовані види невиконання судового рішення. Так, проступок, передбачений ст. 8.2.21 «Порушення вимог обмежувального засобу» є нічим іншим, як привілейованим видом невиконання судового рішення. Причому видимих причин для пом'якшення відповідальності у цьому разі немає. Крім того, проступком є ухилення від пробації, передбачене ст. 8.3.7 (адже будь-яка пробація призначається за рішенням

суду відповідно до ч. 1 ст. 3.1.1). Ба більше: немає сенсу в існуванні спеціальних норм (спеціальних складів – за термінологією проєкту), якщо за своїм ступенем тяжкості вони не відрізняються від правопорушення, яке передбачене загальною нормою. Так, ч. 4 ст. 8.3.4 передбачає відповідальність за вчинення дій, передбачених пунктами 1–3 цієї статті, щодо майна, яке підлягає конфіскації, або речі, яка підлягає вилученню, за рішенням суду, що набрало законної сили; вона є спеціальною нормою щодо ст. 8.3.3 і передбачає злочин 1-го ступеня тяжкості. Спеціальними є і норма, визначена у ст. 8.3.5 «Ухилення від відбування покарання у виді ув'язнення на певний строк», і норма ст. 8.3.6 «Втеча з місця ув'язнення або з-під варти». І їх самостійне існування позбавлене правового значення. До того ж ступінь тяжкості невиконання або перешкоджання виконанню судового рішення видається недооціненим.

Враховуючи, що обов'язковість судового рішення є конституційною засадою судочинства, ст. 8.3.3 варто перенести у розділ 8.1, визначивши цьому злочину 3-ій ступінь тяжкості.

Стаття 8.3.4. Діяння щодо майна, на яке накладено арешт, та майна, яке описане, підлягає конфіскації чи вилученню

Враховуючи викладене вище, доцільно виключити з цієї статті п. 4.

Стаття 8.3.6. Втеча з місця ув'язнення або з-під варти

Якщо зберігати цю статтю як самостійну у проєкті, то слід визнати зайвою деталізацію ознак суб'єкта злочину. Якщо метою цього рішення є вирішення відомої проблеми притягнення до відповідальності особи, яка незаконно була взята під варту, затримана або засуджена до арешту чи ув'язнення, то цієї проблеми таке уточнення не вирішує. Якщо переслідувати цю мету, варто зазначати, що такі особи затримані тощо «на законних підставах». Якщо ні, то вказівка на суб'єкта є зайвою, адже його статус визначається вчиненим діянням. Особа, яка не «позбавлена свободи», не може втекти. Усуненням зайвої деталізації ми сприятимемо лаконічності нормативних формулювань.

Стаття 8.3.7. Невиконання рішення Європейського суду з прав людини або Міжнародного кримінального суду

1. При поліпшенні цієї статті проєкту доцільно розглянути можливість уточнення, що мова йде лише про рішення в частині заходів індивідуального

характеру. З огляду на особливості конвенційного механізму захисту прав людини, ЄСПЛ, встановивши порушення гарантій, передбачених Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод, виносить рішення про вжиття заходів індивідуального та/або загального характеру (статті 39, 46 Конвенції). До першої категорії належать виплати справедливої сатисфакції та вжиття заходів для відновлення, де це можливо, становища заявника (наприклад, повернення дитини одному з батьків, перегляд кримінального провадження, зупинення процедури екстрадиції). До другої категорії належить вжиття заходів державою для усунення причин системного порушень прав людини (наприклад, запровадження механізму виконання судових рішень проти держави, прийняття законодавства щодо запобігання свавільному прослуховуванню телефонних розмов). Для виконання рішень у частині заходів індивідуального характеру в Україні існує процедура, аналогічна до процедури виконання рішень національних судів, передбачена Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини». Щодо виконання рішень у частині заходів загального характеру, то тут діє політичний механізм. Держава має свободу розсуду у виборі форм виконання рішення ЄСПЛ про вжиття заходів загального характеру. Контроль за цим здійснює Комітет Міністрів Ради Європи. Відтак притягнути до кримінальної відповідальності за невиконання рішень ЄСПЛ у частині вжиття заходів загального характеру неможливо.

2. Порядок співробітництва з Міжнародним кримінальним судом (МКС) встановлюється КПК, зокрема його розділом IX-2. Останній потребує доопрацювань, зокрема тому, що обмежує співробітництво МКС лише щодо осіб (громадян України, іноземних громадян та осіб без громадянства), які на момент вчинення злочину, що підпадає під юрисдикцію МКС, були підпорядковані та/або діяли, з метою здійснення збройної агресії проти України, та/або на підставі рішень (наказів, розпоряджень тощо) посадових осіб, військового командування, або органів державної влади рф або іншої країни, що здійснювала агресію, або сприяла її здійсненню проти України. Таким чином, КПК виключає співробітництво з МКС щодо осіб, які захищали/захищають Україну від агресії рф. Відповідно, у випадку надходження запиту щодо співробітництва від МКС щодо вчинення певних дій/видачі осіб тощо, якщо такий запит стосується відповідальності осіб, які захищали Україну від агресії рф, можливість виконання такого запиту фактично нульова, оскільки не передбачена КПК. Тому відповідна службова особа формально може бути притягнута до кримінальної відповідальності за

ст. 8.3.7 проєкту за невиконання постанови чи рішення МКС, хоч таке виконання не передбачено КПК. Водночас у випадку внесення відповідних змін до КПК і поширення співробітництва з МКС на всіх осіб, відповідні службові особи будуть мати обов'язок виконувати постанови чи рішення МКС саме в порядку, передбаченому КПК. Тому невиконання таких постанов чи рішень МКС повинно кваліфікуватись саме як порушення відповідними службовими особами своїх службових обов'язків, передбачених КПК, і тягнути за собою настання передбаченої для таких порушень відповідальності (дисциплінарної, кримінальної тощо).

КНИГА ДЕВ'ЯТА.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ДЕРЖАВИ
РОЗДІЛ 9.1.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ДЕРЖАВНОЇ БЕЗПЕКИ

Більшість злочинів, які передбачені цим розділом проєкту, віддзеркалюють розділ І Особливої частини чинного КК України «Злочини проти основ національної безпеки України». Дискусія щодо назви розділу, який охоплює статті про відповідні злочини, та його розміщення в Особливій частині, є добре відомою в наукових колах. З цього приводу є різні концепції, та й в кримінальному законодавстві країн-членів ЄС щодо цього також немає однозначності. Тому обраний у проєкті підхід, за яким злочини передбачені в розділі 9.1, є всього лише злочинами проти державної безпеки, а не проти всієї тріади – людини, суспільства і держави, має право на існування. І хоч теперішня назва «злочини проти основ національної безпеки України» видається такою, що більш влучно відбиває спрямованість відповідних діянь на всі цінності разом (людину, суспільство і державу), можливо, ми просто звикли до неї. У будь-якому випадку у назві розділу (і, мабуть, всієї Книги дев'ятої) варто вказати на те, що йдеться не про будь-яку державу/ безпеку будь-якої держави, а тільки про Україну («Кримінальні правопорушення проти державної безпеки України»).

Стаття 9.1.2. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на два ступеня

У зв'язку з відсутністю диференціації відповідальності за ознакою спричинення шкоди основному безпосередньому об'єкту злочинів, передбачених статтями 9.1.4 і 9.1.5, спричинення такої шкоди доцільно відобразити в межах цієї статті. У ч. 3 ст. 110 чинного КК передбачено посягання на територіальну цілісність України, що заподіяло тяжкі наслідки. Такими насамперед слід уважати тимчасову втрату контролю над певною територією України через захоплення влади на ній іншими особами або через передачу її іншій державі внаслідок злочинної змови між посадовими особами України та цієї держави. Аналогічно найнебезпечнішим наслідком у разі вчинення злочину, передбаченого ст. 9.1.4, мали б визнаватися зміна основ конституційного ладу України, захоплення державної влади в Україні.

Необхідність такої диференціації є очевидною з огляду на явно різний ступінь небезпечності (шкідливості) дій, які лише були спрямовані на досягнення відповідної мети, і дій, якими поставлена мета була, хоч і тимчасово, але досягнута. Тому пропонується визнавати ознакою, що підвищує ступінь тяжкості на два ступеня, *вчинення умисного злочину, передбаченого статтями 9.1.4. і 9.1.5, якщо це спричинило тимчасову втрату контролю над певною територією України, захоплення державної влади в Україні чи іншу зміну основ конституційного ладу України*.

Стаття 9.1.3. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь

1. У п. цієї статті міститься одночасна вказівка і на «державну», і на «розвідувальну» таємницю. Відповідно до п. 6 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про розвідку» розвідувальна таємниця – це вид таємної інформації, що охоплює відомості та дані, отримані або створені розвідувальними органами України під час виконання покладених на ці органи завдань та здійснення функцій, визначених цим Законом, розголошення яких може завдати шкоди функціонуванню розвідки і доступ до яких обмежено відповідно до цього Закону в інтересах національної безпеки України. Водночас:

1) згідно зі ст. 8 Закону України «Про державну таємницю» до *державної таємниці* у порядку, встановленому цим Законом, відноситься інформація про засоби, зміст, плани, організацію, фінансування та матеріально-технічне забезпечення, форми, методи і результати оперативно-розшукової, *розвідувальної* і контррозвідувальної *діяльності;* про осіб, які співпрацюють або раніше співпрацювали на конфіденційній основі з органами, що проводять таку діяльність; про склад і конкретних осіб, що є негласними штатними працівниками органів, які здійснюють оперативно-розшукову, розвідувальну і контррозвідувальну діяльність;

2) згідно зі ст. 4.4.2 ЗВДТ до *державної таємниці* у сфері державної безпеки та охорони правопорядку відносяться, зокрема, відомості про організацію, завдання, результати оперативно-розшукової, контррозвідувальної чи *розвідувальної діяльності*, розголошення яких створює загрозу національним інтересам і безпеці; відомості про розвідувальну інформацію (…); відомості про результати аналізу розвідувальної інформації, розголошення яких створює загрозу національним інтересам і безпеці тощо.

З урахуванням сказаного виникає питання, чи варто у п. 1 ст. 9.1.3 поруч із «державною таємницею» окремо виділяти «розвідувальну таємницю», яка фактично є її різновидом?

Можливо, розробники проєкту мають на увазі службову інформацію в сфері оборони України, зокрема таку, що отримується в процесі контррозвідувальної або оперативно-розшукової діяльності (ідеться про предмет злочину, передбаченого ст. 330 чинного КК України або ст. 9.2.3 проєкту). Але в такому разі необхідно вказати саме на це. Службова інформація згідно з ч. 1 ст. 21 Закону України «Про інформацію» не є різновидом таємної інформації, а поряд з нею та конфіденційною інформацією визнається видом інформації з обмеженим доступом.

Якщо все ж існують різновиди розвідувальної таємниці, які при цьому не належать до державної таємниці та службової інформації в сфері оборони, то це зауваження «знімається з порядку денного».

2. П. 4 аналізованої статті передбачає «кваліфікуючу» ознаку окремих злочинів проти державної безпеки – *вчинення їх із застосуванням зброї*. З огляду на відсутність специфічного для Книги дев'ятої визначення поняття «зброя», слід послуговуватися наведеним у загальному «глосарії» (ст. 1.4.1). Останній розрізняє зброю та вибухові пристрої. Визнаючи підвищену суспільну небезпеку відповідних діянь, вчинених із застосуванням зброї, водночас вважаємо, що суспільна небезпека згаданих деліктів не меншою мірою підвищується і у випадку їх вчинення принаймні із застосуванням вибухових пристроїв.

Стосовно ж застосовності цієї «кваліфікуючої» ознаки до окремих кримінальних правопорушень (передусім диверсії), то хотілося б звернути увагу на декілька дискусійних аспектів, пов'язаних із пропонованим підходом.

По-перше, якщо ми ведемо мову про диверсію (ст. 9.1.11), то найпоширенішою формою скоєння цього злочину є знищення чи пошкодження об'єктів інфраструктури, яке переважно скоюється саме за допомогою застосування вибухових пристроїв (як і підпалів), а не зброї. При цьому не менш очевидним є й те, що, скажімо, радіоактивне забруднення вчиняється за допомогою використання радіоактивних матеріалів, а, наприклад, масове отруєння людей (друга та третя форма диверсії, відповідно) – за допомогою отруйних речовин чи збудників інфекційних захворювань. Чи можна вважати застосування вибухових пристроїв для знищення об'єкта інфраструктури, радіоактивних матеріалів для

радіоактивного забруднення тощо менш небезпечним, наприклад, за бунт у військовій частині, вчинений із застосуванням зброї? На нашу думку, ні.

У зв'язку із наведеними аргументами вважаємо, що за умови вказівки у п. 4 ст. 9.1.3 на «застосування зброї» принаймні щодо диверсії (а, можливо, і стосовно інших згаданих злочинів) аналогічне кваліфікуюче значення мало б бути надано і такій ознаці, як вчинення *загальнонебезпечним способом,* який у «глосарії» (п. 15 ч. 2 ст. 1.4.1) тлумачиться як спосіб, який спричиняє шкоду чи створює реальну небезпеку спричинення шкоди щодо двох чи більше людей за допомогою вчинення згаданих вище вибухів, підпалів, затоплення, використання радіоактивних матеріалів, отруйних речовин, збудників інфекційних захворювань.

Щодо злочинів, передбачених статтями 9.1.4, 9.1.5, то, враховуючи їх характер (юридичну природу), висловимо переконання в тому, що за умови надання відповідного кваліфікуючого значення застосуванню зброї ступінь їх тяжкості мав би підвищуватися аналогічним чином принаймні і при застосуванні згаданих вибухових пристроїв.

По-друге, юридична природа описаних у ст. 9.1.11 форм диверсії є такою, що припускає майже обов'язкове застосування для її вчинення зброї чи використання загальнонебезпечного способу. Звичайно, можна навести й випадки вчинення диверсії без використання останніх (наприклад, хакерські атаки (згідно з юридичною термінологією – несанкціоноване втручання в роботу інформаційних систем) з боку рф, які призвели до припинення або некоректної роботи об'єктів критичної інфраструктури). Однак більшість вчинених диверсій все ж пов'язані із застосуванням зброї чи використанням загальнонебезпечного способу. За таких обставин чи варто визнавати відповідні ознаки (застосування зброї – вже; вчинення загальнонебезпечним способом – потенційно) такими, що підвищують ступінь тяжкості диверсії, за умови, коли вони є притаманними для більшості її проявів (мається на увазі принцип відносної поширеності кваліфікуючої ознаки)?

Отже, сумнівно цю ознаку вважати такою, що обтяжує відповідальність за диверсію (на користь цього свідчить і релевантний іноземний досвід, а точніше – відсутність у кримінальних кодексах зарубіжних країн прикладів посилення відповідальності за диверсію, вчинену із застосуванням зброї).

3. У п. 5 вжито формулювання «передбаченого статтями 9.1.4, 9.1.5 чи 9.1.10, з використанням медіа, інформаційної системи чи мережі Інтернет».

По-перше, вочевидь, має місце технічна помилка, оскільки передбачені статтями 9.1.4 і 9.1.5 злочини, не мають інформаційної природи, а тому ця

ознака їх не стосується. Не може ця ознака «обтяжувати» і шпигунство, адже в п. 5 ідеться не про незаконні втручання в інформаційні системи, які караються окремими статтями Особливої частини, а про посилення небезпечних (шкідливих) можливостей діяння, що у випадку зі шпигунством не відбувається. Для підтвердження сказаного наведемо елементарний приклад, коли шпигун збирає відповідну інформацію і передає її іноземній державі за допомогою інформаційної системи чи мережі Інтернет. Чи доречно посилювати відповідальність за таке шпигунство, яке, з одного боку, не відрізняється особливою суспільною небезпечністю, а, з іншого, в епоху інформаційного суспільства навряд чи можливо вчинити без використання інформаційної системи чи мережі Інтернет? Водночас нам складно уявити випадки, коли для шпигунства використовуються медіа.

По-друге, висловимо припущення, що автори проєкту мали на увазі підвищення ступеня тяжкості злочинів, передбачених ст. 9.1.12 «Публічні заклики на шкоду державній безпеці» і ст. 9.1.13 «Виправдовування збройної агресії проти України», які передбачають інформаційні діяння – поширення відомостей з забороненим до обігу змістом. До речі, в окремих випадках і в чинному КК використання ЗМІ є кваліфікуючою ознакою таких інформаційних діянь (ч. 3 ст. 109, ч. 2 ст. 258-2, ч. 2 ст. 436-1, ч. 3 ст. 436-2).

Однак «кваліфікуюча» ознака, передбачена у п. 5 аналізованої статті, сформульована невдало, оскільки охоплює як ті випадки, коли підвищення ступеня тяжкості спирається на певну обставину, що підвищує небезпеку (шкідливість) відповідного інформаційного діяння, так і випадки безпідставного посилення караності. Стосовно «використання медіа» жодних зауважень немає. Медіа властиві наявність відповідальних за редакційну політику, відповідність спеціальному законодавству, а в окремих випадках – реєстрація чи навіть ліцензування діяльності. Такий їх статус підвищує й небезпеку поширюваної ними злочинної інформації. Однак використання мережі Інтернет, а, тим більше, інформаційної системи (за змістом п. 21 ст. 1.4.1 – будь-якого комп'ютера чи комп'ютерних даних) не завжди свідчить про це. Наприклад, якщо керівник компанії публічно виправдовуватиме агресію проти України перед своїми підлеглими в офісі, то ця ознака відсутня, але якщо він відтворить свої слова в текстовому повідомленні і надішле в їх спільну телеграм-групу, то вона вже наявна. У чому ж принципова різниця? Або, наприклад, суб'єкт заклику під час його проголошення читає текст цього заклику з екрану ноутбука за допомогою програми Microsoft Word. Хіба таке використання інформаційної системи

заслуговує на обтяження? Поставлені питання, схоже, риторичні. Тому за відсутності вдалих та влучних відповідників термінів «мережа Інтернет» та «інформаційні система» варто залишити лише вказівку на використання медіа.

4. У п. 6 йдеться про посилення відповідальності за зраду Україні, *поєднану з участю у бойових діях проти України*. За умови, коли у ст. 9.1.7 зрадою України, серед іншого, визнаються такі дії, як вступ у військове формування держави-агресора, участь у здійсненні акту агресії проти України та надання державі-агресору допомогу у здійсненні акту агресії проти України, аналізована кваліфікуюча ознака є зайвою.

Паралельна (одночасна) вказівка на всі зазначені форми зради України і передусім на «вступ у військове формування держави-агресора» та «участь у бойових діях проти України» є зайвою. Справедливість нашого твердження підтверджується і релевантним іноземним досвідом, адже в більшості зарубіжних країн міститься альтернативна вказівка на дії, подібні до, з одного боку, «вступу у військове формування агресора», а, з іншого, «безпосереднього ведення бойових дій проти своєї країни». Ба більше: варто пам'ятати про іншу ознаку, що підвищує тяжкість аналізованого злочину, – «вчинення в особливий період» (п. 7 ст. 9.1.3), яка майже напевно матиме місце при веденні будь-якою державою бойових дій проти України і тому дасть змогу належним чином оцінити відповідні дії особи, яка і веде бойові дії проти України.

5. У п. 7 йдеться про *вчинення злочину в особливий період чи під час надзвичайного стану*. Ця ознака стосується всіх злочинів, передбачених розділом 9.1, зокрема колабораційної діяльності (ст. 9.1.8) та окупаційної діяльності (ст. 9.1.9), для яких учинення їх в особливий період, можна так сказати, є їх іманентною рисою. Чи не призведе це до порушення правил диференціації кримінальної відповідальності («кваліфікуючою» є ознака, яка іманентно властива основному складу) і постановки питання про порушення принципу non bis in idem?

6. У п. 8 говориться про вчинення злочину *особою, яка присягнула на вірність Україні чи народу України*. Ця ознака також стосується всіх злочинів, передбачених розділом 9.1, зокрема *використання службовою особою підпорядкованого їй військового формування* (ст. 9.1.6). Однак такі службові особи завжди будуть належати до тих, що склали присягу. Тому поширювати згадану ознаку на випадки вчинення цього злочину, мабуть, недоцільно.

Викликає сумнів потреба в передбаченні цієї ознаки як «кваліфікуючої» і для окупаційної діяльності (суб'єкт – іноземець чи особа без громадянства), диверсії та деяких інших. Присяга пов'язана з обов'язком захищати Україну і народ України, бути вірним або вірно служити йому. У більшості випадків вона також пов'язана з громадянством України. Вірність же ставитиметься під сумнів у разі зв'язку з іноземною державою (передусім державою-агресором). Тому, можливо, варто зберегти цю ознаку як кваліфікуючу, лише стосовно зради Україні та колабораційної діяльності, суб'єктами вчинення яких є лише громадяни України та які безпосередньо стосуються вірності.

Крім цього, використання звороту «*особою, яка присягнула на вірність*» здатне породити дискусії. Наприклад, постає питання, чи поширюється ця ознака лише на тих осіб, які й досі обіймають посаду, у зв'язку з якою давалася присяга, чи й, наприклад, на колишніх працівників поліції, військовослужбовців, державних службовців та інших осіб, які свого часу давали відповідну присягу, однак вже не обіймають посаду, у зв'язку з якою і складалася присяга (звільнення, перебування на пенсії тощо)? І якщо правильним є саме друге твердження, то тоді можна висловити певні сумніви щодо доцільності посилення відповідальності за зраду Україні, вчинену такими особами.

Не варто забувати і про те, що за умови вчинення злочинів проти державної безпеки *«з використанням влади, службових чи професійних повноважень або пов'язаних з ними можливостей»* (п. 3 ст. 9.1.3) тяжкість злочинів підвищується на один ступінь, а *«з використанням влади, службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей публічною службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище»* – на два (п. 2 ст. 9.1.2). Тобто йдеться про те, що в більшості випадків (так, не у всіх) особливий «статус» відповідних осіб і так буде врахований належним чином (службові особи використовують свої службові, а військовослужбовці – професійні повноваження).

Стаття 9.1.4. Діяння, спрямовані на зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади

1. Назва цієї статті може бути викладена більш коротко, наприклад, таким чином: «*Посягання на конституційний лад України*» або «*Посягання на основи конституційного ладу України*».

2. Було б доречним вказати на те, конституційний лад та державна влада якої країни розглядаються як соціальні цінності згідно з цією статтею.

Навряд чи відсутність цієї вказівки викликала б якісь проблеми в практичній площині, однак з точки зору юридичної точності така вказівка є необхідною та відповідає аналогічним статтям кримінальних законів європейських країн.

Ця рекомендація стосується й інших випадків використання відповідних понять у розділі 9.1.

3. Щодо ст. 109 чинного КК дискусійним залишається питання, чи передбачає ця стаття тільки дії, спрямовані на *насильницьке* захоплення державної влади, чи таке захоплення може бути й *ненасильницьким*, наприклад, явно антиконституційним. Ця проблема однозначно вирішується розробниками проєкту на користь першого підходу («*3) насильницьке захоплення державної влади*»). Водночас «справа про захоплення влади Януковичем» показує, що шляхом досягнення змови та, імовірно, не без корупційної складової захопити державну владу простіше в ненасильницький спосіб. Ще одним мислимим прикладом захоплення влади без насильства може бути цілеспрямована та істотна (в аспекті визначення переможця) фальсифікація виборів на користь одного з кандидатів або незаконне вилучення певної кількості бюлетенів на користь одного з кандидатів в Президенти, внаслідок чого главою держави стає інший кандидат. Передбачені проєктом «виборчі кримінальні правопорушення» не дозволяють відобразити ступінь тяжкості такого злочину, і, що важливіше, основна шкода полягає не в тому, що відбулася підробка чи знищення бюлетенів, а в тому, що державна влада в країні була захоплена незаконно; фальсифікація є лише способом досягнення іншої злочинної мети.

Доречно згадати тут і Рішення Конституційного Суду України у справі про здійснення влади народом (від 5 жовтня 2005 р.), згідно з яким «належне виключно народові право визначати і змінювати конституційний лад в Україні не може бути привласнене *у будь-який спосіб* державою, її органами або посадовими особами». Тому питання обмеження караності спроб захоплення конституційного ладу виключно насильницьким шляхом варто обміркувати додатково, зокрема з огляду на потенційно особливу увагу громадськості до цього питання.

Стаття 9.1.5. Діяння, спрямовані на зміну територіальної цілісності чи недоторканності державного кордону України

1. Складно погодитися з вказівкою на дії, спрямовані на зміну недоторканності державного кордону України. Державний кордон – це лише

лінія, яка встановлює межі території, отримуючи своє матеріальне вираження у виді різних технічних засобів (паркани, споруди, знаки тощо). Тому недоторканність кордону передусім пов'язується з двома видами діянь: 1) незаконним перетинанням цієї лінії особами, технікою чи іншими засобами, і 2) діями проти матеріальних об'єктів, що позначають кордон на місцевості. Обидва вказані типи діянь жодним чином не змінюють територіальну цілісність. Не змінюють вони і державний кордон, адже останній є результатом делімітації кордонів та юридично визначений міжнародними договорами України, а також тими межами, що існували між відповідними радянськими республіками станом на 24 серпня 1991 р. Перенесення чи знищення прикордонного знаку не змінює лінію кордону як таку. До речі, у проєкті відповідальність за незаконне перетинання державного кордону та зміну демаркації державного кордону передбачена окремими статтями іншої Книги (статті 9.3.4–9.3.6, 9.3.9 і 9.3.10).

Зайвою є вказівка і на зміну державного кордону як на альтернативну форму діяння. Зміна державного кордону завжди веде до зміни фізичних параметрів території України в межах існуючих (тобто законно визначених) кордонів. А от змінити цілісність можна і без зміни існуючого кордону, наприклад, шляхом утворення нової лінії всередині території (так звані анклави). Тому не має сенсу передбачати одне альтернативне діяння, яке є приватним випадком іншого.

2. Щодо назви цієї статті, то її аналог в ст. 110 чинного КК видається більш вдалим – влучним, звичним і таким, що акцентує увагу на територіальній цілісності – соціальній цінності, якій спричиняється шкода (створюється загроза її спричинення). З огляду на викладене в попередньому пункті, відмовившись від вказівки на «недоторканність кордону (території)», можна обмежитись короткою назвою статті: «*Посягання на територіальну цілісність України*».

3. Між нормами статей 9.1.4 і 9.1.5, як і між нормами статей 109 і 110 чинного КК, існує конкуренція загальної та спеціальної норм. Оскільки територіальна цілісність України є однією зі складових основ конституційного ладу України, то очевидно, що зміна фізичних параметрів території України в межах, визначених Конституцією, законами України та міжнародними договорами, ратифікованими Верховною Радою України, є зміною основ конституційного ладу. Існування загальної та спеціальної норми може бути виправданим, зокрема якщо караність за передбачені ними діяння є різною або статті з такими нормами передбачені в різних розділах

Особливої частини (внаслідок акцентуації уваги на іншій цінності в межах іншого родового об'єкта). У випадку зі статтями 9.1.4 і 9.1.5 об'єднання їх в одну статтю «напрошується» саме собою: вони розташовані в межах одного і того ж розділу (одна за іншою) та характеризуються однаковою караністю. Тому передбачені в ст. 9.1.5 діяння можна без будь-якої шкоди перемістити до ст. 9.1.4:

«*Стаття 9.1.4. Посягання на конституційний лад України / Посягання на основи конституційного ладу України*

Особа, яка вчинила діяння, спрямоване на:

1) насильницьку зміну конституційного ладу,

2) його повалення,

3) зміну територіальної цілісності України на порушення порядку, встановленого Конституцією України, або

3) (насильницьке?) захоплення державної влади, –

вчинила злочин 5 ступеня».

Такий спосіб «об'єднаного» конструювання статей за діяння, спрямовані на зміну/повалення конституційного ладу, захоплення державної влади та зміну територіальної цілісності, характерний для кримінального законодавства багатьох провідних країн ЄС. Наприклад, § 81 КК ФРН «Державна зрада проти Федерації» охоплює дії, які спрямовані на зміну конституційного ладу ФРН або загрожують її існуванню (за змістом науково-практичних коментарів – існуванню як незалежної та цілісної); § 242 КК Австрійської Республіки «Державна зрада» передбачає намагання змінити конституційний лад чи відокремити територію; ст. 412-1 КК Французької Республіки «Напад і змова» охоплює дії проти інститутів Республіки та намагання підірвати цілісність території.

Крім того, пропоноване об'єднання сприятиме однаковому застосуванню кримінального закону. Так, однією з проблем застосування статей 109 і 110 чинного КК є їх паралельне застосування в судовій практиці за вчинення одних і тих же діянь, зокрема при оцінці дій, спрямованих на захоплення місцевої державної влади в межах окремої територіальної одиниці з метою в подальшому від'єднати її від території України.

Стаття 9.1.6. Використання військового формування на порушення Конституції України

1. Терміну «військове формування» в цій статті надається те саме значення, що і в ч. 2 ст. 1.4.1, тобто як військове формування, утворене

відповідно до законів України (наприклад, ЗСУ, СБУ та ін.). Використання таких формувань (йдеться, треба так розуміти, і про їх окремі частини) з метою повалення конституційного ладу, усунення органів влади, захоплення державної влади та зміни територіальної цілісності в антиконституційний спосіб – це окремі випадки вчинення злочинів, передбачених статтями 9.1.4 і 9.1.5. У чому полягає необхідність виділення цих спеціальних норм зрозуміти складно, особливо з огляду на відмову від багатьох перевірених практикою спеціальних норм в межах інших розділів Особливої частини проєкту. До того ж учинення діянь, передбачених статтями 9.1.4 і 9.1.5, службовою особою з використанням влади, службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей вже й так підвищує ступінь їх тяжкості на 1 ступінь, а публічною службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, – на 2 ступеня.

2. Наступні зауваження зберігають актуальність у разі неврахування першого. Зокрема, чи варто в цій статті вказувати на службову особу як таку (п. 56 ч. 2 ст. 1.4.1) чи все ж суб'єктом цього злочину доцільно визнати публічну службову особу? Навряд чи іноземна публічна службова особа чи службова особа юридичної особи приватного права можуть мати в підпорядкуванні законне (за змістом редакції пропонованої статті) військове формування.

3. Викликає сумніви передбачення в межах цього розділу використання (публічною) службовою особою підпорядкованого їй військового формування з метою обмеження прав і свобод людини. Стосовно цієї мети є щонайменше такі критичні судження. Передусім, чи є підстави вважати, що використання військового формування з метою обмеження прав і свобод людини порушує саме державну безпеку, кримінально-правову охорону якої і покликані забезпечувати норми, зосереджені у розділі 9.1?

Нагадаємо, що державна безпека – це захищеність державного суверенітету, територіальної цілісності і демократичного конституційного ладу та інших життєво важливих національних інтересів від реальних і потенційних загроз невоєнного характеру (п. 4 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про національну безпеку України»). Відповідно до Стратегії забезпечення державної безпеки від 16 лютого 2022 р. загрози державній безпеці – це явища, тенденції і чинники, що унеможливлюють чи ускладнюють або можуть унеможливити чи ускладнити захищеність державного суверенітету, територіальної цілісності та демократичного конституційного ладу й інших життєво важливих національних інтересів. Відтак знову поставимо питання:

чи завжди (або хоча б у більшості випадків) використання військового формування для обмеження прав і свобод людини порушує саме державну безпеку? Очевидно, що в абсолютній більшості випадків такого порушення не відбуватиметься. Якщо, наприклад, місцевий очільник певного військового формування буде використовувати своїх підлеглих для досягнення корисливих цілей чи в інших особистих інтересах (допомогти «віджати» майно чи бізнес на користь замовника, з метою помсти тощо), то таке використання не можна вважати злочином проти державної безпеки. У цьому випадку страждають інші соціальні цінності – порядок несення військової служби чи порядок публічної служби.

Водночас уважаємо, що ці дії цілком могли б розцінюватись як такі, які спрямовані проти порядку публічної служби (розділ 9.4), або, швидше за все, проти авторитету держави та публічного управління (розділ 9.7).

Стаття 9.1.7. Зрада Україні

Розробникам проєкту варто було розглянути можливість вказівки не на відповідні, так би мовити, «завершені» дії, а на саму згоду на їх вчинення («погодилась надавати…») (усічений склад), що одночасно дозволило б:

– по-перше, визнавати закінченим злочином і дії особи, яка, наприклад, лише вступила у змову з іноземною державою і погодилась надавати їй допомогу у підривній діяльності проти державної безпеки України;

– по-друге, передбачити у Загальній частині спеціальний вид непризначення покарання у зв’язку з позитивною поведінкою особи після вчинення відповідних дій, на кшталт того, що передбачений ч. 3 ст. 3.4.2 проєкту відносно шпигунства і який фактично був би аналогом ч. 3 ст. 111 чинного КК. При цьому умови застосування такого звільнення могли б бути подібними до тих, які передбачені і щодо шпигунства: добровільне повідомлення про відповідний зв’язок; невиконання завдання або виконання дій в інтересах контррозвідувальної чи розвідувальної діяльності на користь України; сприяння розкриттю злочину або запобіганню протиправної діяльності (не виключаємо, що ці умови мають бути іншими). Цей крок дав би змогу стимулювати відповідну позитивну посткримінальну поведінку особи і, таким чином, запобігти негативним наслідкам для державної безпеки України.

Стаття 9.1.8. Колабораційна діяльність

1. Передусім слід висловитись стосовно співвідношення ступеня тяжкості «зради Україні» (ст. 9.1.7) і «колабораційної діяльності» (ст. 9.1.8).

Тут доречно пригадати «історію» появи в чинному КК норми про колабораційну діяльність. Йдеться про те, що, хоч і з певними зауваженнями, до включення ст. 111-1 до КК більшість описаних у ній діянь могли бути розцінені саме як державна зрада у формі надання іноземній державі допомоги в проведенні підривної діяльності проти України або переходу на бік ворога в період збройного конфлікту, за вчинення яких у воєнний час наразі передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк 15 років або довічне позбавлення волі, з конфіскацією майна (ч. 2 ст. 111 КК).

Інша справа, що правозастосувачі далеко не завжди йшли на цей крок, зокрема через здебільшого абстрактний спосіб описання суспільно небезпечних діянь у складі державної зради. Показово, що один із авторів цього висновку (М. Рубащенко, який писав відповідні рядки на тлі окупації частини території України 2014 р.) переконував у тому, що кримінальна відповідальність за колабораціонізм була передбачена (криміналізована) у складі такого злочину, як державна зрада, а тому, на його думку, запровадження нової (самостійної) форми такого діяння призведе до плутанини та нестиме небезпеку порушення прав і свобод людини. Колабораційна діяльність могла набувати будь-якої з передбачених ст. 111 КК форм державної зради та здійснюватись у військовій, адміністративній, економічній і навіть побутовій сферах. «Проте кримінальна відповідальність за таку діяльність наставатиме лише за діяння, які є умисними, та якими заподіюється істотна шкода суверенітету, територіальній цілісності та недоторканності, обороноздатності, державній, економічній чи інформаційній безпеці України або створюється реальна загроза її заподіяння» (М. Рубащенко, 2016). Через це і виникає питання: а чи був сенс у доповненні КК спеціальною (переважно) ст. 111-1, санкціями всіх частин якої (крім ч. 8) передбачено непорівняно м’якші покарання?

На нашу думку, склад колабораційної діяльності має розцінюватись як спеціальний стосовно державної зради як основного складу. Такий підхід відповідає соціальній та правовій природі розглядуваного діяння й узгоджується із сучасними здобутками історичної та правової науки, відповідно до яких розуміння колабораціонізму зводиться до усвідомленого, добровільного й умисного співробітництва з ворогом у його інтересах на

шкоду своїй державі. Про колабораційну діяльність як прояв державної зради свідчить також місце розміщення відповідної статті у структурі чинного КК.

Аналіз його ст. 111-1 засвідчує, що саме ця ідея, зміст якої полягає у прагненні пом'якшити відповідальність за певні форми державної зради, і була сприйнята народними депутатами України. Вочевидь, парламентарі уважають недоречним застосовувати покарання у виді позбавлення волі на 15 років або довічного позбавлення волі за вчинені навіть у воєнний час, наприклад, зайняття посад у незаконних органах (особливо некерівних), здійснення відповідної пропаганди, передачу окупантам матеріальних ресурсів тощо.

У загальному вигляді саме такий підхід заслуговує на схвалення. З-поміж іншого тут можна спиратися на досвід Литви, КК якої передбачає норму про колабораціонізм (ст. 120) як самостійний привілейований вид злочинної зради (ст. 117) та/або надання допомоги іншій державі у здійсненні діяльності, ворожої до Литовської Республіки (ст. 118). Подібний варіант був апробований і в КК Данії (§ 102) і КК Чехії. Зокрема, в останньому теж диференціюється відповідальність за державну зраду (ст. 309, покарання – позбавлення волі на строк від 15 до 20 років або довічне позбавлення волі) та колабораціонізм (ст. 319, покарання – позбавлення волі на строк від 1 до 10 років).

Відтак колабораціонізм повинен утворювати привілейовану форму державної зради, а за його вчинення має передбачатись більш м'яке покарання порівняно з іншими діяннями, які становлять державну зраду. Не можуть a priori вважатися однаково небезпечними, наприклад, з одного боку, інформаційна співпраця або узгоджена з державою-агресором господарська діяльність (п. 4 та п. 5 ст. 9.1.8), а, з іншого, вступ у військове формування держави-агресора чи взяття участі у здійсненні акту агресії проти України (п. 1 та п. 2 ст. 9.1.7).

Враховуючи наведені аргументи, вважаємо, що і в проєкті колабораційна діяльність (принаймні певні її форми) мала б каратися менш суворо (злочин меншого ступеня тяжкості) порівняно зі зрадою України, що може бути досягнуто за допомогою принаймні одного з таких варіантів:

– «зменшення» ступеня тяжкості принаймні деяких найменш небезпечних (про це далі) форм колабораціонізму до 3-го ступеня;

– «підвищення» ступеня тяжкості злочину «зрада Україні», що, до речі, актуально і для деяких інших злочинів проти державної безпеки (див. зауваження щодо диверсії);

– або одночасної реалізації обох згаданих кроків, що, на нашу думку, і має бути зроблено.

2. Наступний блок міркувань стосується уніфікації відповідальності за всі форми колабораційної діяльності у межах єдиної ст. 9.1.8 проєкту. Тут знову варто пригадати конструювання ст. 111-1 чинного КК. Зокрема, парламентарії не лише вказали у ній максимально на широкий перелік форм колабораціонізму, а й диференціювали відповідальність за дії, вчинювані фактично в кожній із таких форм, що й призвело до появи в чинній редакції ст. 111-1 аж восьми частин. Таке конструювання зазнало серйозної критики. Зокрема, крім очевидних проблем, пов'язаних із ускладненим сприйняттям викладеного в такий спосіб нормативного матеріалу, безсумнівним є те, що за подібних умов зростає вірогідність диференціації відповідальності за діяння, ступінь суспільної небезпеки яких цього не вимагає. Водночас не повинен викликати сумнівів очевидно різний ступінь суспільної небезпеки деяких із передбачених окремими частинами ст. 111-1 КК різновидів поведінки: наприклад, з одного боку, лише економічної співпраці з державою-агресором (ч. 4), а, з іншого, зайняття посад у незаконних судових і правоохоронних органах (ч. 7).

Повертаючись до положень проєкту, маємо зазначити, що, попри згадану різницю в ступені суспільної небезпеки, у ньому (ст. 9.1.8) було уніфіковано відповідальність за всі форми колабораціонізму, що, вочевидь, не є виправданим. Зокрема, чи є підстави вважати рівними за ступенем суспільної небезпеки обіймання керівної посади в незаконних судових чи правоохоронних органах, і провадження навіть здійсненої в її інтересах і узгодженої з державою-агресором господарської діяльності? При цьому ми усвідомлюємо складність втілення належної диференціації відповідальності за окремі форми колабораціонізму. Та все ж переконані у тому, що така складність не повинна ставати на заваді встановлення покарання, яке буде справедливим та пропорційним ступеню тяжкості вчиненого. Вочевидь, над цим питанням робочій групі варто ще попрацювати.

Ми ж зі свого боку можемо запропонувати власний варіант вирішення позначених проблем, зміст якого (варіанту) полягає в тому, що:

1) найменш небезпечні форми колабораціонізму (повторимось – їх встановлення має стати результатом кропіткої та, мабуть, доволі тривалої роботи, під час якої мають бути враховані різні фактори, зокрема думка фахівців, наприклад, тих же працівників СБУ) мають бути визнані злочинами

3-го ступеня тяжкості як такі, що завдають не тяжку, а значну шкоду (із відповідним коригування положень статей 2.5.4 та 2.5.5 проєкту);

2) вчинення колабораціонізму у більш небезпечних його формах (наприклад, впровадження стандартів освіти держави-агресора у закладах освіти) могло б бути визнано ознакою, що підвищує тяжкість аналізованого злочину на один ступінь;

3) найнебезпечніші (наприклад, зайняття керівних посад в незаконних органах виконавчої влади, судових та правоохоронних органах) – на два ступеня.

Крім диференціації відповідальності за різні форми колабораціонізму, такий крок чітко продемонстрував би, що за ступенем своєї суспільної небезпеки рівними до некваліфікованої зради Україні (принаймні до зміни (підвищення) ступеня тяжкості останньої) можуть вважатися не будь-які, як це передбачено наразі, а лише найнебезпечніші форми колабораціонізму.

3. У п. 7 ст. 9.1.8 вказується на «зайняття» відповідної посади. Як і в ч. 2, ч. 5 та ч. 7 ст. 111-1 чинного КК, у цій нормі проєкту вказується лише на «зайняття» посади і не згадується про здійснення діяльності (на яку, до речі, вказується у назвах як відповідної чинної, так і проєктованої норми). Фахівцям добре відомо, що, з урахуванням відсутності такої вказівки, поведінку осіб, які займають відповідні посади, а потім здійснюють відповідну діяльність, кваліфікують за сукупністю, з одного боку, тієї чи іншої частини ст. 111-1, за допомогою чого оцінюється «зайняття» посади, а, з іншого, ч. 2 ст. 111 КК, що є кримінально-правовою «відповіддю» на здійснення «діяльності». Такий підхід не може вважатися правильним (справедливим), породжуючи штучну сукупність злочинів, оскільки фактично кожна діяльність на відповідній посаді може бути розцінена як «допомога іноземній державі чи її представнику у підривній діяльності проти державної безпеки України», тобто «державною зрадою» за термінологією чинного КК та «зрадою Україні» за термінологією проєкту.

Чи підтримує робоча група кваліфікацію таких випадків за сукупністю? Якщо відповідь на це питання є негативною, то чи не варто було б чіткіше виразити свої наміри у проєктованій ст. 9.1.8, наприклад, за допомогою вказівки і на діяльність («зайняв посаду та/або здійснював діяльність…)?

Стаття 9.1.9. Окупаційна діяльність

Ця норма, яка не має аналогів ні в чинному КК України, ні, якщо ми не помиляємося, в іноземному кримінальному законодавстві, потребує

ретельного аналізу, якісне проведення якого є неможливим у форматі підготовки цього висновку. Єдине, на що слід поки що звернути увагу, – це те, що у пропонованій статті подібно до ст. 9.1.8 уніфіковано відповідальність за різні прояви окупаційної діяльності, яким притаманний різний ступінь суспільної небезпеки. Зокрема, маємо на увазі те, що за умови наявності цієї норми раніше (на момент відкритого нападу рф 24 лютого 2022 р.) за нею мали б кваліфікуватись і дії російських солдат, які беруть безпосередню участь у бойових діях проти України (у ст. 11.3.2 «Злочин агресії» суб'єкт спеціальний), і дії російських вчителів, і дії російських журналістів, і дії російських підприємців, які торгують на окупованій території… Цим діям притаманний різний ступінь суспільної небезпеки, а тому відповідальність за їх вчинення мала б бути диференційованою.

Ще й таке. Ст. 9.1.9 у частині суб'єкта злочину не встановлює винятку щодо громадян держави-агресора. З погляду соціальної справедливості таке розв'язання питання є цілком обґрунтованим. Постає, однак, питання, як така криміналізація співвідноситься із концепцією ефективного контролю (effective control) у міжнародному праві, яка покладає на державу-окупанта відповідальність за дотримання прав і свобод громадян на територіях, які нею окуповані? Виходить, що міжнародне право зобов'язує державу-агресора «організувати» дотримання прав людини на окупованій території, а проєкт встановлює відповідальність за реалізацію такого обов'язку.

Стаття 9.1.10. Шпигунство

1. Вказівка у ст. 9.1.10 на інформацію, яка може бути використана на шкоду виключно державній безпеці України, може призвести до невиправданого звуження сфери дії аналізованої заборони. Зокрема, у Законі України «Про національну безпеку України» розрізняються, з одного боку, «державна» безпека, коли йдеться про захист від реальних і потенційних загроз невоєнного характеру, а, з іншого, «воєнна» безпека, яка визначається як захищеність державного суверенітету, територіальної цілісності і демократичного конституційного ладу та інших життєво важливих національних інтересів саме від воєнних загроз. Якщо керуватися цими положеннями, то виходить, що за ст. 9.1.10 не зможуть кваліфікуватися дії осіб, котрі збирали інформацію, яка може бути використана для шкоди воєнній безпеці України. Для усунення підґрунтя для неоднакового тлумачення закону, у проєктованій нормі варто використати більше загальне формулювання «*на шкоду національній безпеці України*».

2. Буквально п. 1 ст. 9.1.10 охоплює *сам факт отримання* від іноземної держави, іноземної організації, незаконного збройного формування чи їх представника завдання збирати інформацію, яка може бути використана на шкоду «державній безпеці України», незалежно від того, чи була досягнута змова з такими суб'єктами. Тому цей пункт створює загрози надто широкого трактування і може призвести до «підставляння» невинуватих осіб (наприклад, посадовій особі на картку надіслали кошти від іноземної публічної юридичної особи).

3. Викликає критичне ставлення і вказівка на *саму лише можливість використання інформації на шкоду державній безпеці*. Фактично, якщо забажати, то будь-яку інформацію можна використати на шкоду державній безпеці. Тому виникає питання, як особа може знати, що така інформація потенційно буде використана на шкоду безпеці. Вочевидь, криміноутворювальним фактором має бути не можливість її використання на шкоду, а те, що така інформація стосується державної безпеки (або щось на кшталт цього). Ст. 114 чинного КК мінімізує небезпеку об'єктивного ставлення тим, що оперує чітко визначеним предметом – державною таємницею, яка за визначенням є інформацією, розголошення якої може завдати шкоди національній безпеці. Натомість пропоноване у ст. 9.1.10 проєкту формулювання робить можливим притягнення до відповідальності осіб, які збирали та передавали «звичайну» інформацію, яка, проте, була використана на шкоду безпеки України. Наприклад, іноземна організація замовила українській команді соціологів провести опитування населення (збір і передача інформації), результати якого були використані в пропаганді ворожої держави.

Стаття 9.1.11. Диверсія

1. Передусім слід висловитись щодо конструкції складу диверсії та її караності (а також караності злочинів проти державної безпеки загалом). Впадає в око серйозний дисонанс: робоча група пропонує змінити існуючу конструкцію складу диверсії (ст. 113 чинного КК) з усіченого на матеріальний («знищила», «здійснила», «поширила», «спричинила», «напала» і «підняла») та одночасно пом'якшити її караність. Наразі вчинення диверсії (основний склад), як і готування до неї чи замаху на неї, карається строком від 10 до 15 років (з урахуванням положень ч. 4 ст. 68 КК), а проєктом пропонується карати ув'язненням від 4 до 6 років, за закінчений замах на диверсію – від 3 до 4 років (зниження на 1 ступінь), а за готування

до диверсії – штраф або ув'язнення від 1 до 2 років (зниження на 3 ступені). Ба більше: з урахуванням ч. 6 ст. 2.5.9 проєкту і того, що в практичній площині більшість диверсій кваліфіковано як вчинені на стадії готування чи замаху, проєкт перетворює основний масив диверсій з особливо тяжких в нетяжкі злочини, обумовлюючи в майбутньому застосування зворотної дії в часі таких законодавчих змін. З цими трансформаціями погодитися складно.

Розробники проєкту можуть оперувати тим аргументом, що передбачені пунктами 1–7 ст. 9.1.11 види диверсій у разі їх вчинення будуть кваліфікуватися за сукупністю з іншими статтями Особливої частини КК, що в підсумку має обумовити застосування положень про обов'язкове складання покарання за ст. 3.3.6. Проте, по-перше, принцип складання в підсумку не дозволяє «перекрити» недолік низької караності, так як визначає певні межі складання. По-друге, більшість з тих злочинів, які, ймовірно, могли б кваліфікуватися за сукупністю, є злочинами меншого чи такого самого ступеня тяжкості, або сукупності не утворюють. Так, якщо диверсант при знищенні об'єкта критичної інфраструктури заподіює тяжку майнову шкоду, то вчинене теоретично може кваліфікуватися не лише як диверсія (злочин 5-го ступеня), а й як знищення чужої речі з підвищенням тяжкості на 4 ступеня згідно зі статтями 6.1.7 і 2.5.11 (злочин 5-го ступінь). За таких обставин або взагалі будуть відсутні підстави для сукупності (ст. 9.1.11 передбачає спеціальну норму за ознакою мети) або складання покарань не відобразить потрібного ефекту. Справедливість наших тверджень підтверджується і релевантним іноземним досвідом, вивчивши який ми переконалися в тому, що в інших країнах закінченими злочинами визнаються самі по собі дії, направлені на досягнення відповідних злочинних цілей (усічений склад), незалежно від того, чи були досягнуті останні (статті 106–107 КК Болгарії, ст. 89 КК Латвії тощо).

За таких обставин постає питання, чи виправданим за таких обставин, й особливо в контексті трагічних подій сьогодення, таке пом'якшення кримінальної відповідальності, якого не вдасться уникнути навіть з урахуванням можливої кваліфікації відповідних дій за сукупністю?

У світлі сказаного, а також із позиції системності хотілося б також пригадати, що злочинами 5-го ступеня тяжкості в проєкті визнаються, зокрема, і некваліфіковане підроблення грошей (ст. 6.3.5), і заволодіння земельною ділянкою 85-річної особи, яке призвело до значної майнової шкоди (ст. 6.1.5). Чи можна вважати ці діяння однопорядковими за ступенем їх суспільної небезпеки? Що вже й казати про порівняння суспільної

небезпеки підроблення грошей, вчиненого в особливо великому розмірі, яке пропонується визнавати злочином 7-го ступеня тяжкості, і диверсію, вчинену в умовах воєнного стану, яка за умови її «завершеності» буде визнаватися злочином 6-го ступеня тяжкості, а коли матиме місце «лише» вибух (підпал), який не призвів до бажаного злочинцем результату, – і ще меншого ступеня тяжкості.

Викладені аргументи одночасно засвідчують:

1) необхідність перегляду ступеня тяжкості не лише диверсії, а й низки інших злочинів проти державної безпеки (передусім зради Україні), зокрема тих, які вчинені в умовах особливого періоду. Першим очевидним кроком у цьому напрямі має стати визнання *«вчинення в особливий період»* ознакою, яка підвищує тяжкість відповідних злочинів не на один, а на два ступеня. Правильність такого кроку красномовно підтверджується і відповідним іноземним досвідом, в якому злочини аналізованої категорії – навіть ті, які вчинені у «звичайний» час (не в особливий період, зокрема, під час воєнного стану) – караються чи не найбільш суворими покараннями з-поміж тих, які передбачені кримінальним законодавством тієї чи іншої країни загалом;

2) необхідність узгодження передбачених проєктом ступенів тяжкості окремих злочинів відповідно до об’єктивного (наскільки це можливо) ступеня їх небезпечності, на що вказується і в інших частинах цього висновку.

2. Складно підтримати непередбачення такого виду диверсії, яка спрямована на: а) масове вбивство людей та б) масове заподіяння шкоди здоров’ю людей. Причиною цього, ймовірно, є те, що в разі їх охоплення ст. 9.1.11, потрібно буде змінювати ступінь тяжкості аж до 9-го, що не дозволяє обраний розробниками проєкту підхід до побудови базових ступенів. Як наслідок, ігнорується єдина природа всіх диверсійних актів, а їх можливі різновиди при кваліфікації штучно розриваються між статтями з різних розділів Особливої частини та з різною диференціацією відповідальності. Якщо з метою спричинення шкоди державній безпеці особа масово отруює людей чи поширює епідемію, то це диверсія і злочин проти державної безпеки, але якщо з тією самою метою масово заподіюється шкода здоров’ю людей в інший спосіб чи відбуваються масове знищення людей, то це перестає бути диверсією, і, що найголовніше, раптом перестає спричиняти шкоду державній безпеці, як соціальній цінності.

3. У п. 1 ст. 9.1.11 фактично відтворюється конструювання аналогічної за змістом форми об’єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 113

чинного КК. Єдиний виняток полягає в тому, що замість дещо архаїчної вказівки на об'єкти, які мають «важливе народногосподарське чи оборонне значення», у проєкті виправдано згадано про об'єкт «критичної інфраструктури», визначення якого міститься у Законі України «Про критичну інфраструктуру». У п. 1 ст. 9.1.11 вказується саме і лише на *«знищення»* або *«пошкодження»* об'єкта критичної інфраструктури. Однак, враховуючи специфіку об'єктів інфраструктури, істотну шкоду відносинам державної безпеки може завдати не лише їх знищення або пошкодження, а й такі наслідки, як передбачене згаданим Законом порушення «режиму функціонування критичної інфраструктури» – тобто визначені оператором умови та вимоги до функціонування критичної інфраструктури залежно від стану і динаміки розвитку ситуації (штатний режим функціонування; режим функціонування у кризовій ситуації; режим відновлення), не всі прояви якого охоплюються поняттями «знищення» та «пошкодження».

Тому поруч із згадуванням про «знищення» та «пошкодження» відповідних об'єктів, у ст. 9.1.11 проєкту мала б фігурувати і вказівка на «порушення режиму функціонування критичної інфраструктури». Зокрема, це дозволило б кваліфікувати за аналізованою нормою і дії, направлені на порушення штатного режиму функціонування такого об'єкта (зокрема зриву та/або блокування роботи, та/або несанкціонованого управління його ресурсами), які ставлять під загрозу його захищеність, але не є пошкодженням чи знищенням. Подібний підхід реалізований, наприклад, у ст. 329 КК Португалії.

4. Розробники проєкту загалом демонструють схвальне прагнення до диференціації відповідальності за окремі злочини. Зокрема, у цьому контексті пригадується така обставина, яка підвищує ступінь тяжкості злочину, передбаченого ст. 6.4.5 «Здійснення господарської діяльності без ліцензії», як будівництво об'єктів, що за класом наслідків (відповідальності) належать до об'єктів з середніми (СС2) та значними (СС3) наслідками (п. 8 ст. 6.4.3). Так само можна навести приклад і посилення (хоча й не виправдане) відповідальності за відповідні зловживання (інсайдерська торгівля, маніпулювання тощо), вчинені на енергетичному ринку (п. 2 ст. 6.3.4). Водночас єдиною «кваліфікуючою» ознакою диверсії визнано вчинення цього злочину із застосуванням зброї. Не дублюючи наші зауваження стосовно цієї ознаки (див. зауваження до ст. 9.1.3), лише звернемо увагу на те, що регулятивним законодавством передбачено чотири категорії критичності об'єктів критичної інфраструктури:

1) I категорія критичності – особливо важливі об’єкти, які мають загальнодержавне значення, значний вплив на інші об’єкти критичної інфраструктури та порушення функціонування яких призведе до виникнення кризової ситуації державного значення;

2) II категорія критичності – життєво важливі об’єкти, порушення функціонування яких призведе до виникнення кризової ситуації регіонального значення;

3) III категорія критичності – важливі об’єкти, порушення функціонування яких призведе до виникнення кризової ситуації місцевого значення;

4) IV категорія критичності – необхідні об’єкти, порушення функціонування яких призведе до виникнення кризової ситуації локального значення.

Враховуючи природу диверсії, розробникам проєкту варто спробувати врахувати таку диференціацію статусу об’єктів критичної інфраструктури, передбачивши посилену відповідальність принаймні за посягання на об’єкти I категорії критичності, які можуть призвести до виникнення кризової ситуації державного значення (варіант: посилення на один ступінь тяжкості посягань на об’єкти II та III категорії критичності, на два – посягань на об’єкти I категорії критичності). Досвід подібної диференціації ми можемо спостерігати у статтях 106–107 КК Болгарії. До речі, цей крок дозволив би частково вирішити і озвучену вище проблему недостатньо суворого покарання за диверсію.

5. У п. 6 ст. 9.1.11 однією з форм диверсії названо «*напад на військову частину, військову установу чи військовий корабель*». А напад на військовий літак чи залізничний ешелон з військовою технікою не буде диверсією (на відміну від нападу на корабель)? Якщо так, то чому?

Стаття 9.1.12. Публічні заклики на шкоду державній безпеці

1. Публічні заклики до певних діянь в чинному КК завжди передбачаються в альтернативі з розповсюдженням матеріалів із такими закликами. Загалом у проєкті можна простежити слідування принципу наступності з цьому питання. Так, у статтях 7.5.7, 7.5.8, 7.6.17, 11.3.3 альтернативно сформульовані два діяння – публічні заклики та розповсюдження/поширення матеріалів із закликами. Принагідно звертаємо увагу на неузгодженість: в ст. 7.5.7, 7.6.17 і 11.3.3 ідеться про *поширення* матеріалів, а в інших статтях – про їх *розповсюдження*; у ст. 7.2.6 «Публічні

заклики до тероризму» – альтернативне діяння «розповсюдження матеріалів» взагалі не передбачено.

Однак у п. 9 ст. 9.1.12 альтернативне до публічних закликів діяння викладене невдало, оскільки буквально слова «Особа, яка публічно закликала:» винесено наперед як позначення єдиного діяння, а далі в дев'яти пунктах перераховуються ті злочини, до яких закликається «публіка» («*Особа, яка публічно закликала: (...) 9) розповсюджувала матеріали із такими закликами*». Може здатися, що особа закликала до розповсюдження матеріалів.

2. Ст. 9.1.12 передбачає відповідальність за публічні заклики на шкоду державній безпеці, а точніше за заклики до вчинення діянь, передбачених статтями 9.1.4, 9.1.5, 9.1.7, 9.1.8 і частково ст. 9.1.9. Через це виникає низка питань.

По-перше, яка потреба в тому, щоб перераховувати всі ці діяння, якщо можна просто послатися на статті, які їх передбачають, коротко й зрозуміло передавши суть злочину?

По-друге, щодо ст. 9.1.9 розробники вирішили карати за публічні заклики лише до окремих форм окупаційної діяльності (зокрема, проведення незаконних виборів чи референдумів, підтримки/сприяння збройної агресії). Чому не каратиметься публічний заклик до організації іноземцями/особами без громадянства заходів політичного характеру, до впровадження стандартів освіти тощо?

По-третє, не є караними за ст. 9.1.12 і публічні заклики до диверсії, шпигунства, антиконституційного використання військових формувань, виправдовування збройної агресії. Частина публічних закликів до вчинення злочинів проти безпеки держави охоплюватимуться спеціальною нормою статті 9.1.12, а інша частина – загальною нормою, передбаченою ст. 7.5.8 «Публічні заклики до вчинення злочинів». Пропонується спростити життя і теоретикам, і практикам (щоб не породжувати дискусії, чи караються заклики до цих дій, а якщо так, то якою статтею), передбачивши відсильну та коротку диспозицію. Остання може виглядати таким чином:

«*Особа, яка:*

1) публічно закликала до вчинення злочину, передбаченого статтями 9.1.4 – 9.1.11 чи ст. 9.1.13, або

2) розповсюджувала матеріали із такими закликами, –

вчинила злочин 3 ступеня».

У такому разі і назва статті могла б бути змінена на «*Публічні заклики до злочинів проти державної безпеки України*».

3. Якщо зазначені пропозиції будуть відкинуті, то потрібно хоча б узгодити пункти 3 і 5, які передбачають діяння, за обсягом яких одне ширше за інше («проведення незаконних виборів чи референдуму, спрямованих на зміну конституційного ладу, його повалення чи захоплення державної влади» і «проведення незаконних виборів чи референдуму»).

Стаття 9.1.13. Виправдовування збройної агресії проти України

Доцільно також передбачити відповідальність і за розповсюдження (або поширення – робочій групі варто уніфікувати термінологію) матеріалів із такими виправдовуванням, запереченням, вихваляннням або звеличуванням. Публічне поширення негативної інформації в чинному КК та й загалом у проєкті відображено у відповідних статтях альтернативними діяннями – публічними закликами чи іншим проголошенням/повідомленням інформації та поширенням/розповсюдженням матеріалів із закликами. У ст. 436-2 чинного КК дії з матеріалами відповідного змісту винесені в окрему частину статті. Відтак, враховуючи це, а також можливість оптимізації практично тотожних пунктів 1 – 4, диспозиція ст. 9.1.3 могла б мати такий вигляд:

«*Особа, яка:*

1) публічно виправдовувала збройну агресію проти України або тимчасову окупацію частини території України,

2) публічно заперечувала збройну агресію проти України або тимчасову окупацію частини території України,

3) публічно вихваляла чи звеличувала представника держави-агресора, або

4) розповсюджувала матеріали, що містять таке виправдовування, заперечення, вихваляння чи звеличування, –

вчинила злочин 3 ступеня».

Стаття 9.1.14. Фінансування злочинів проти державної безпеки

В економічній науці під «фінансуванням» переважно розуміється забезпечення чогось «грошовими коштами» («фінансовими ресурсами»). Водночас, на відміну від назви статті, в якій вказується саме на «фінансування», в її диспозиції згадується не лише про надання «коштів», а й про «надання матеріальних засобів» та «зібрання їх». Крім того, йдеться і про приховування злочинів, яке точно не є однопорядковим з фінансовим чи

матеріальним забезпеченням. Уточнена назва статті повністю відображала б її зміст статті, якби була, наприклад, такою: «*Фінансування, матеріальне забезпечення або приховування злочинів проти державної безпеки України*».

Щодо відсутності відповідальності за перешкоджання законній діяльності ЗСУ чи інших військових формувань

Як відомо, у ст. 114-1 чинного КК передбачено відповідальність за перешкоджання законній діяльності Збройних Сил України та інших військових формувань. У проєкті ми не знайшли інших «наступників» цієї норми, крім як ст. 9.7.8 «Втручання в діяльність особи, яка виконує службові повноваження чи професійні обов'язки», відповідальність за яке посилюється у разі вчинення цих дій в особливий період чи під час надзвичайного стану (п. 7 ст. 9.7.3). Водночас звернемо увагу на те, що навіть за наявності цієї «кваліфікуючої» ознаки відповідне діяння буде визнаватися лише злочином 2-го ступеня тяжкості, що гостро дисонує з оцінкою ступеня тяжкості аналогічного злочину, передбаченого чинним КК. Чи є усвідомленим таке рішення розробників проєкту?

РОЗДІЛ 9.2.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ТАЄМНИЦІ ІНФОРМАЦІЇ, ЩО НАЛЕЖИТЬ ДЕРЖАВІ

Стаття 9.2.1. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на два ступеня

1. У зв'язку з відсутністю диференціації відповідальності за ознакою майнової та інших видів шкоди їх спричинення доцільно відобразити в межах цієї статті як ознаку, що підвищує ступінь тяжкості умисних злочинів на два ступеня. У статтях 114-2, 328, 329 і 330 чинного КК така диференціація має місце. Зрозуміло, що наслідки у відповідних злочинах описані законодавцем так, що вони набувають оціночного характеру. Однак у контексті цих кримінальних правопорушень такий підхід є виправданим з огляду на неможливість виміряти в грошовій формі низку видів тяжких наслідків для національної безпеки України або неадекватність такого виміру (наприклад, розголошення особливо важливих відомостей про новітні розробки у сфері оборони чи те, що державна таємниця стає доступною ворожій країні або в умовах воєнного стану/особливого періоду супротивник отримує внаслідок цього суттєву перевагу).

2. Стосовно *вчинення злочину в складі або за завданням організованої групи чи злочинної організації* (п. 1 ст. 9.2.1) – див. зауваження і рекомендації до ст. 9.2.2.

3. У контексті ознаки «*з використанням влади, службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей публічною службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище*» (п. 2 ст. 9.2.1) знову хотілося б звернути увагу на те, що відповідні повноваження/можливості публічної службової особи можуть бути використані не при «розголошенні», а при «збиранні» тієї чи іншої інформації.

Стаття 9.2.2. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь

1. У теорії кримінального права були розроблені основні спеціальні вимоги до змісту кваліфікуючих ознак як засобу диференціації кримінальної відповідальності. Першими і одними з основних таких вимог є, з одного боку, фактична або вірогідна поширеність на практиці відповідного більш небезпечного варіанту кримінально протиправної поведінки, а, з іншого, його нехарактерність (тобто обставини, яким надається властивість кваліфікуючих, не повинні бути нормою для більшості кримінальних правопорушень). З урахуванням цих положень досить сумнівною виглядає вказівка в статтях 9.2.1 та 9.2.2 на низку ознак, зокрема, вчинення аналізованих злочинів:

а) «*в складі або за завданням організованої групи чи злочинної організації*» (п. 1 ст. 9.2.1) та «*в складі простої групи*» (п. 1 ст. 9.2.2). По-перше, щодо таких ознак нам не доводилось при аналізі правозастосовних матеріалів зустрічати випадки, коли відповідні різновиди інформації розголошувались/поширювались у складі (за завданням) відповідних груп/організацій; вони вчинялись одноособово. По-друге, складно зрозуміти «пов'язаність» цих ознак із аналізованою групою злочинів, оскільки хіба що теоретично можна уявити ситуації, коли особа саме розголошує/поширює (не збирає) відповідну інформацію у складі (за завданням) згаданих груп/організацій, і при цьому такі дії не містять ознак інших складів злочинів, зокрема проти державної безпеки (наприклад, шпигунства). Інакше кажучи, вказівку на відповідну ознаку можна розцінити як порушення принципу фактичної (що підтверджується існуючою практикою) або вірогідної (що пов'язано з юридичною природою аналізованих діянь)

поширеності відповідного більш небезпечного варіанту кримінально протиправної поведінки;

б) «*особою, якій відповідна інформація була довірена або стала відома у зв'язку з виконанням службових повноважень чи професійних обов'язків*» (п. 2 ст. 9.2.2). Указівка на цю ознаку фактично свідчить про розширення кола суб'єктів злочину, передбаченого ст. 9.2.3, якими, на відміну від відповідних аналогів, що містяться у чинному КК (статті 328, 330), мають визнаватися не лише особи, яким відповідна інформація була довірена або стала відома у зв'язку з виконанням службових повноважень чи професійних обов'язків, а й так звані випадкові набувачі. На це, до речі, вказується у коментарях розробників проєкту, які вказують на необхідність одночасного внесення відповідних змін і до Закону України «Про державну таємницю» (доцільність такого кроку має стати предметом окремого дослідження).

Водночас висловимо переконання в тому, що навіть з урахуванням цього кроку в абсолютній більшості випадків суб'єктом аналізованих злочинів все одно визнаватимуться згадані особи, яким відповідна інформація була довірена або стала відома у зв'язку з виконанням службових повноважень чи професійних обов'язків, тобто саме ті особи, вчинення розголошення якими підвищує їх тяжкість на один ступінь. Отже, можна припустити, що в цьому разі обставина, якій надається властивість кваліфікуючої (підвищення ступеня тяжкості злочину), буде нормою для більшості аналізованих кримінальних правопорушень, а це свідчить про те, що вказівка на таку ознаку порушує іншу згадану раніше вимогу до змісту кваліфікуючих ознак – нехарактерність цього більш небезпечного варіанту поведінки;

в) у разі вчинення розголошення державної чи розвідувальної таємниці або службової інформації (ст. 9.2.3), несанкціонованого поширення інформації про направлення чи переміщення товарів військового призначення (ст. 9.2.4), а так само про переміщення або розміщення військових формувань України (ст. 9.2.5) «*з використанням медіа, інформаційної системи чи мережі Інтернет*» (п. 4 ст. 9.2.2) ступінь тяжкості злочину підвищується на 1 ступінь. Ця кваліфікуюча ознака сформульована не досить вдало, оскільки охоплює як ті випадки, коли підвищення ступеня тяжкості спирається на певну обставину, що підвищує небезпеку відповідного інформаційного діяння, так і випадки безпідставного посилення караності. Стосовно «використання медіа» зауважень немає. Медіа властиві розрахунок на широку аудиторію, наявність відповідальних за редакційну політику, відповідність спеціальному законодавству, а в окремих випадках –

реєстрація чи навіть ліцензування діяльності. Такий їх статус підвищує й небезпеку здійснюваних завдяки ним інформаційних діянь – несанкціонованого поширення інформації про направлення чи переміщення товарів військового призначення чи про переміщення або розміщення військових формувань України. Не виключено здійснення через медіа й розголошення державної таємниці або службової інформації.

Однак використання мережі Інтернет і, тим більше, інформаційної системи (за змістом п. 21 ч. 2 ст. 1.4.1 – будь-якого комп'ютера чи комп'ютерних даних) не завжди свідчить про це. Наприклад, ця ознака (п. 5) буде охоплювати випадки, коли інформація розголошується/поширюється в листуванні двох осіб у приватному (спільному тільки для них) чаті через соціальний месенджер, оскільки при цьому використовується мережа Інтернет та інформаційна система (програма у вигляді застосунку Viber, Facebook, Telegram тощо). При цьому сьогодні такий тип спілкування між людьми є чи не найпоширенішим. Хіба такий спосіб розголошення/поширення інформації відрізняється за ступенем небезпечності від телефонного чи очного спілкування двох осіб? Очевидно, ні. Колись мережа Інтернет і використання в повсякденні програм було дивним (винятковим), але сьогодні ми це робимо повсякчас і практично у всіх сферах життя. Сказане стосується як розголошення, так і несанкціонованого поширення інформації. Стосовно останнього, то абсолютна більшість цих злочинів якраз і вчиняється з використанням принаймні інформаційних систем чи мережі Інтернет (пости у Фейсбуці, повідомлення у Телеграм-каналах тощо).

Можна припустити, що криміноутворювальним фактором для підвищення ступеня тяжкості розголошення (ст. 9.2.3) слугує саме спрямованість інформаційної дії на значне (невизначене) коло осіб, тобто що відповідну інформацію або доступ до неї отримує не одна особа, а багато осіб водночас. Тому пропонується розглянути доцільність заміни розглядуваної ознаки на публічність розголошення/поширення («*…вчинення умисного злочину: (…) 5) публічно;* »). У такому вигляді ця кваліфікуюча ознака охоплюватиме й випадки використання медіа. Своєю чергою, в п. 54 ч. 2 ст. 1.4.1, де надається значення публічності, слід додати слово «розголошення». Водночас стосовно несанкціонованого поширення (ст. 9.2.4 і ст. 9.2.5) публічність практично завжди буде іманентною ознакою його вчинення.

2. Тут варто пригадати відмічений при аналізі розділу 9.1 факт того, що такі злочини, як зрада Україні, шпигунство, диверсія тощо, були визнані лише злочинами 5-го ступеня тяжкості. Водночас злочинами 4-го ступеня тяжкості мають визнаватися розголошення інформації будь-яким «звичайним» службовцем (наприклад, товаришу під час спільного споживання алкогольних напоїв) або несанкціоноване поширення через Інтернет інформації про направлення в Україну товарів військового призначення особою, яка є патріотом України, і, хоч легковажно та необдумано, але просто хотіла поділитися радістю з приводу цієї події (наприклад, надання танків) з іншими своїми «друзями» через соціальні мережі. Тож виникає питання**,** чи справді ці злочини (шпигунство або підривна діяльність проти України та пост патріота у Фейсбуці) є настільки близькими за ступенем своєї суспільної небезпеки, що різниця між ними складає лише один ступінь тяжкості?

Стаття 9.2.3. Розголошення державної чи розвідувальної таємниці або службової інформації

1. Робоча група вирішила, що суб'єкт розголошення, передбаченого ст. 9.2.3, має бути загальним. Натомість учинення його особою, якій відповідна інформація була довірена або стала відома у зв'язку з виконанням службових повноважень чи професійних обов'язків, підвищує ступінь тяжкості злочину на 1 ступінь (стосовно порушення правила диференціації – див зауваження до ст. 9.2.2). За змістом пропонована новелізація стосовно розголошення державної таємниці може бути підтримана, однак тільки за умови внесення змін до ст. 28 Закону України «Про державну таємницю» зі встановленням у ній обов'язку кожної особи (незалежно від громадянства і незалежно від отримання нею допуску до державної таємниці) у разі, якщо державна таємниця стала їй відома (і вона завідомо знає про її статус), не допускати її розголошення іншим особам.

Стосовно ж розголошення службової інформації у сфері оборони країни, отриманої під час оперативно-розшукової чи контррозвідувальної діяльності, то для того, щоб основний склад такого розголошення містив ознаку загального суб'єкта, зміни потрібно вносити також і до законів України «Про оперативно-розшукову діяльність» та «Про контррозвідувальну діяльність», забезпечуючи загальному суб'єкту («звичайному громадянину») належну обізнаність з відповідним обов'язком (наприклад, шляхом обов'язкового отримання від нього розписки про нерозголошення змісту оперативного-

розшукового заходу і попередження про кримінальну відповідальність за порушення цього обов'язку).

2. Стосовно одночасної вказівки у ст. 9.2.3 на «державну» та «розвідувальну» таємницю – див. зауваження до ст. 9.1.3.

3. Викликає питання, чому автори проєкту не передбачили кримінальну відповідальність за незаконні дії з службовою інформацією в сфері оборони країни незалежно від шляхів її отримання, які охоплюються ст. 330 чинного КК. Предметом передбаченого цією статтею злочину є: а) службова інформація, зібрана в процесі оперативно-розшукової діяльності, б) службова інформація, зібрана в процесі контррозвідувальної діяльності, в) службова інформація у сфері оборони країни. На відміну від ст. 9.2.3, формулюючи кваліфікуючу ознаку шпигунства (п. 1 ст. 9.1.3), розробники проєкту поряд з інформацією, яка містить державну чи розвідувальну таємницю, окремо вказують на *службову інформацію у сфері оборони країни.* Вона є різновидом інформації для службового використання, підлягає певним охоронним заходам. Перелік відомостей, що її становлять, затверджують органи державної влади і органи місцевого самоврядування (наприклад, наказ Міноборони від 27 грудня 2016 р. № 720 «Про затвердження Переліку відомостей Міністерства оборони України, які містять службову інформацію»). Інформація, що міститься в цих переліках, достатньо важлива, щоб за її розголошення передбачати кримінальну відповідальність. Але вона не обов'язково отримана лише під час оперативно-розшукової чи контррозвідувальної діяльності. Ба більше: вона не обов'язково отримується (збирається), а й може бути створена самими уповноваженими органами (В. Бойчук, 2021). З огляду на те, що розголошення відомостей оперативно-розшукової діяльності передбачено окремою статтею 8.2.12 проєкту, п. 2 ст. 9.2.3 доцільно викласти в такій редакції: «*2) службову інформацію у сфері оборони України, зокрема зібрану або створену під час оперативно-розшукової чи контррозвідувальної діяльності*».

Стаття 9.2.4. Несанкціоноване поширення інформації про направлення чи переміщення товарів військового призначення.

Стаття 9.2.5. Несанкціоноване поширення інформації про переміщення або розміщення військових формувань України

Відповідальність за передбачені у статтях 9.2.4 і 9.2.5 дії пропонується встановити лише в разі їх вчинення *«в умовах воєнного стану».* Однак такий підхід навряд чи можна визнавати оптимальним. Зокрема, хотілося б

звернути увагу на те, що збройний конфлікт може і не супроводжуватися оголошенням воєнного стану. Починаючи з 2014 р., приклад саме такої ситуації ми мали змогу спостерігати і в Україні, на території якої відбувався збройний конфлікт («збройне зіткнення між державами (міжнародний збройний конфлікт, збройний конфлікт на державному кордоні) або між ворогуючими сторонами в межах території однієї держави, як правило, за підтримки ззовні (внутрішній збройний конфлікт)»), але воєнний стан уведений так і не був (аж до 24 лютого 2022 р., не рахуючи його тимчасове введення наприкінці 2018 року). Відтак, чи є підстави вважати, що випадки несанкціонованого поширення відповідної інформації в умовах фактично триваючої, але без уведення воєнного стану війни на Донбасі, були менш небезпечнішими за аналогічні прояви, вчинені в 2022 р. вже при введеному воєнному стані? Тому у цих двох статтях проєкту має вказуватися не на «воєнний стан», а на «особливий період».

Стаття 9.2.6. Необережне розголошення державної таємниці

1. Порівняно зі ст. 328 чинного КК, яка (за певного консенсусу в наукових джерелах) передбачає відповідальність за умисне та необережне розголошення, проєктом пропонується його умисний різновид карати як злочин 3-го ступеня (ст. 9.2.3), а необережний – як проступок. Незважаючи на те, що суб'єкт необережного розголошення є спеціальним і має відповідні знання щодо особливого предмета – відповідної таємниці, навчений щодо поводження з ним, воно все одно не визнається злочином. Хоч наразі таке саме діяння, передбачене ч. 1 ст. 328 чинного КК, карається позбавленням волі на строк від 2 до 5 років (безальтернативно). Така разюча відмінність в караності не може не викликати питання, оскільки мова йде про державну таємницю – інформацію, яка суворо охороняється і розголошення якої здатне заподіяти серйозну шкоду національній безпеці України.

2. У ст. 9.2.3 передбачено відповідальність за умисне розголошення не лише державної таємниці, а й контррозвідувальної таємниці (щоправда, щодо неї нами вже висловлювались критичні судження вище) і службової інформації у сфері оборони країни. Остання, однак, не згадується в ст. 9.2.6. Якщо це свідоме рішення авторів проєкту, то не зрозуміло, чому необережне розголошення такої інформації не карається цією статтею.

3. Викликає несприйняття відсутність диференціації відповідальності за необережне розголошення державної таємниці, зокрема у зв'язку зі спричиненням можливих тяжких наслідків.

Стаття 9.2.7. Необережна втрата носія інформації, що містить державну таємницю

1. Порівняно зі ст. 329 чинного КК, яка вже в ч. 1 передбачає безальтернативне покарання у виді позбавлення волі на строк від 1 до 3 років, статтею 9.2.7 такі ж діяння пропонується карати лише як проступок. Сумніваємось у правильності такого кроку, оскільки мова йде про державну таємницю – інформацію, яка суворо охороняється і неконтрольований витік якої здатен заподіяти серйозну шкоду національній безпеці України.

2. Якщо визнання суб'єкта розголошення загальним теоретично може бути виправданим з огляду на передбачення в спеціальних законах обов'язку нерозголошення, то вчинення необережної втрати носія інформації, що містить державну таємницю, через порушення порядку поводження з ним загальним суб'єктом, виглядає дискусійним. Навіть якщо передбачити загальний обов'язок у разі виявлення документів чи інших носіїв, явно ідентифікованих як таких, що містять державну таємницю, передавати їх органам безпеки України, то недотримання такого обов'язку не підпадатиме під «*втрату ... внаслідок порушення порядку поводження*». Тому суб'єкт необережної втрати носія інформації має залишитися спеціальним.

3. Складно оцінити схвально відсутність диференціації відповідальності за необережну втрату носія інформації, зокрема у зв'язку зі спричиненням можливих тяжких наслідків. Щоправда, ця проблема є системною для проєкту загалом.

4. З метою новелізації кримінального законодавства України робочій групі пропонується також звернути уваги на кримінальне законодавство країн членів ЄС стосовно відповідальності за незаконні дії з таємною інформацією (таємницею у сфері національної оборони), зокрема на статті 413-9–413-12 КК Французької Республіки, якими передбачено відповідальність за незаконні знищення, видалення чи відтворення будь-яким способом такої інформації, а так само за заволодіння з метою знищення, видалення, відтворення чи доведення до відома інших осіб. Насправді, якщо задуматися, то згідно з проєктом знищення конфіденційної інформації карається (ст. 4.7.10), а державної таємниці – ні (навіть вважати це диверсією стало проблематичним, бо там ідеться тільки про знищення об'єктів критичної інфраструктури).

РОЗДІЛ 9.3.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ПОРЯДКУ ПЕРЕТИНАННЯ ДЕРЖАВНОГО КОРДОНУ УКРАЇНИ ТА МІГРАЦІЙНОГО РЕЖИМУ

1. Пропонована назва розділу спонукає висловити такі міркування.

Нормативного визначення поняття «міграційний режим» на сьогодні немає. У ст. 92 Конституції України йдеться про регламентацію виключно законами України утворення та функціонування спеціальних зон, що мають *міграційний режим, відмінний від загального*. У низці нормативно-правових актів, наприклад, Стратегії державної міграційної політики України на період до 2025 року (схвалена розпорядженням КМУ від 12 липня 2017 р. № 482-р) визначається *візовий режим* як один із заходів контролю, спрямований на сприяння законній міграції та протидії нелегальній міграції, забезпечення державної безпеки та громадського порядку.

У літературі зустрічається думка про те, що міграційний режим – це різновид адміністративно-правового режиму (В. Снігур, 2008), який має на меті специфічним способом регламентувати конкретні сфери міграційних відносин (М. Баламуш, 2017). У підручнику «Міграційне право України» (за заг. ред. В. Ковальської, 2016) до складу міграційного режиму входять правила в'їзду/виїзду в/з України, порядок пересування іноземців та осіб без громадянства по території України та вибору ними місця проживання, підстави та порядок примусового видворення іноземця та особи без громадянства за межі України, боротьба з нелегальною міграцією та торгівлею людьми, екстрадиція особи, яка вчинила правопорушення.

Таким чином, кримінальні правопорушення, видовим об'єктом яких є «міграційний режим», не охоплюють основні складові цього режиму. Відповідно, через невизначеність поняття «міграційний режим» та з огляду на зміст розділу 9.3 проєкту пропонується уточнити назву розділу, наприклад, таким чином: «*Кримінальні правопорушення проти порядку перетинання державного кордону України та перебування на території України іноземців і осіб без громадянства*».

2. Ще одне загальне зауваження до цього розділу проєкту зумовлене неврахуванням в його змісті гуманітарної складової. Маються на увазі випадки, коли порушення недоторканності державного кордону або обмежень щодо перебування/працевлаштування іноземців вчиняються жертвами торгівлі людьми, особами, які претендують на статус

біженців/шукачів притулку, або загальними суб'єктами, але з гуманітарних міркувань. З цього приводу є безпосередні рекомендації. Наприклад:

1) у Директиві 2002/90/EU, яка визначає сприяння несанкціонованому в'їзду, транзиту та проживанню, зазначається, що держава може вирішити *не застосовувати санкції щодо протиправної поведінки у випадках, коли метою поведінки є надання гуманітарної допомоги* відповідній особі;

2) принцип 5 Керівних принципів з додержання прав людини в процесі повернення жертв торгівлі людьми до країни походження (ОБСЄ, 2014) визначає, що стосовно жертв торгівлі людьми держави не повинні здійснювати затримання, пред'являти обвинувачення, здійснювати судове переслідування або застосовувати покарання (зокрема, примусове повернення) лише на підставі їх нелегального в'їзду або перебування в країні або їх причетності до незаконної діяльності, у випадку *якщо така причетність є прямим наслідком їх становища як жертв торгівлі людьми*. Цей принцип діє незалежно від здатності або готовності жертв торгівлі людьми співпрацювати з владою.

Ст. 203 КУпАП не поширюється на осіб, які, бажаючи отримати захист в Україні, незаконно перетнули державний кордон і нелегально перебувають в Україні у межах строку, необхідного для подання заяви про надання статусу біженця. При цьому отримання статусу біженця включає доведення обґрунтованого побоювання стати жертвою переслідувань. Ці побоювання можуть випливати не з власного досвіду біженця, а з досвіду інших людей (рідних, друзів та інших членів тієї ж расової, соціальної чи політично групи тощо), однак вимагають фактичних доказів того, що ці побоювання є реальними (постанова КАС ВС від 23 жовтня 2019 р. у справі № 815/6198/16).

З огляду на викладене, доцільно включити у розділ 9.3 проєкту загальні положення про незастосування норм про кримінальну відповідальність до певних категорій осіб із гуманітарних міркувань (інші подібні приписи).

3. Порівняння статей розділу 9.3 і співвідносних їм статей чинного КК в аспекті інтенсивності карального впливу наводить на такі міркування.

Оскільки всі злочини, передбачені розділом 9.3, належать до злочинів 3-го ступеня тяжкості, за їх вчинення передбачено застосування штрафу у розмірі від 1000 до 2000 розрахункових одиниць або ув'язнення на строк від 3 до 4 років. Злочини, передбачені розділом XIV Особливої частини чинного КК, караються суворіше: за їх вчинення передбачено безальтернативні санкції, винятком є лише ст. 334 КК (зіставна зі ст. 9.3.5). Різниця у розмірі

штрафу не є показовою через істотні відмінності у НМДГ та розрахунковій одиниці. Однак за строками покарання у виді позбавлення волі/ув'язнення (основні, кваліфіковані/особливо кваліфіковані склади) мінімальні та максимальні межі (чинні і пропоновані) загалом схожі. Щодо криміналізації діянь, які на сьогодні належать до адміністративних деліктів, то це не може однозначно свідчити про негативні тенденції, адже у певних випадках така криміналізація – це приведення законодавства України у відповідність з міжнародними стандартами.

4. Як випливає зі ст. 1 Закону України «Про правовий режим воєнного стану», запровадження такого стану обумовлено збройною агресією або загрозою нападу, небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності. У таких умовах Державна прикордонна служба України залучається до виконання заходів територіальної оборони, а також заходів, спрямованих на додержання правового режиму воєнного стану (п. 4 ст. 19 Закону України «Про Державну прикордонну службу України»). Відповідно, максимально зростає навантаження на підрозділи охорони державного кордону, адже збільшується кількість кримінально протиправних діянь, пов'язаних з порушенням недоторканності державного кордону, суттєво підвищується рівень небезпечності діяльності (зокрема організованої) з переправлення осіб через кордон (Ю. Єлаєв, 2022). Тому у ст. 9.3.3 проєкту пропонується включити додаткову ознаку, що підвищує тяжкість злочину на один ступінь, – *вчинення умисних злочинів, передбачених у ст.ст.9.3.4–9.3.7, в умовах воєнного стану*. Відповідно, п. 7 ч. 1 ст. 3.3.3 доцільно *доповнити вказівкою на вчинення діяння в умовах воєнного стану (з використанням умов воєнного стану)* як обставину, яка обтяжує покарання за проступок.

Кримінальні правопорушення, пов'язані з перетинанням державного кордону України (статті 9.3.4, 9.3.5, 9.3.9)

1. У ст. 9.3.4 йдеться про перетинання державного кордону особою, якій заборонено в'їзд на територію України. При цьому проєкт передбачає такий обмежувальний засіб, як «*заборона перебувати на території України іноземцю або особі без громадянства, яка постійно не проживає в Україні»* (п. 6 ст. 3 ст. 3.6.3), *про заборону ж в'їзду на територію України не йдеться.* Виходить, що у запропонованій редакції опис ознак суб'єкта злочину не повністю корелює з приписами Загальної частини проєкту. Тому доцільно уточнити або положення ст. 3.6.3 (див. зауваження до розділу 3.6), або

ст. 9.3.4, вказавши на іноземця/особу без громадянства, яким *заборонено перебувати на території України*.

У п. 2 ст. 9.3.4 як спосіб вчинення діяння визначається *використання документа, що містить недостовірні відомості*. Цим способом правопорушник може скористатися, якщо перетинатиме державний кордон *у пункті пропуску*. У п. 15 постанови Пленуму ВСУ від 27 лютого 2009 р. № 1 «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи» роз'яснюється, що недостовірною інформацією може вважатись інформація, яка не відповідає дійсності або викладена неправдиво, тобто містить відомості про події, яких не існувало взагалі або які існували, але відомості про них не відповідають дійсності (неповні або перекручені). Відповідно, до документів, які містять недостовірні відомості, слід віднести пред'явлені на паспортний контроль підроблені або чужі документи, а також інші документи, що містять недостовірну інформацію про особу пред'явника. Однак яким чином кваліфікувати дії особи, якщо вона перетинатиме державний кордон у пункті пропуску *без відповідного документу,* тобто без документа, обов'язкового для перетинання кордону у відповідності до законодавства України? Оскільки суб'єктом цього злочину не може бути громадянин України, то відповідність документів особи визначатиметься ст. 9 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства». Через це пропонується доповнити п. 2 ст. 9.3.4 вказівкою на такий спосіб, як *«без відповідних документів»*.

Пропозиція щодо перетинання державного кордону без відповідних документів стосується і ст. 9.3.9. Однак, оскільки суб'єкт проступку, передбаченого цією статтею, є загальним (це діяння може вчиняти як іноземець/особа без громадянства, так і громадянин України), то відповідність документу визначатиметься на підставі ст. 2 Закону України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України», ст. 9 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства».

2. Назва ст. 9.3.5 містить словосполучення «самовільне перетинання». Зі змісту статті зрозуміло, що це перетинання без належного дозволу, тобто незаконне. Наприклад, ст. 9.3.9 має назву «Незаконне перетинання державного кордону України». Вочевидь, і у випадку зі ст. 9.3.5 доцільно застосовувати ідентичну термінологію.

Місцем вчинення злочину, передбаченого ст.9.3.5, є державний кордон України або *межі тимчасово окупованої території України* (ТОТ). Однак

фактичне ототожнення державного кордону та лінії розмежування (яка є складовою меж ТОТ, адже зовнішні межі ТОТ збігаються з лінією державного кордону України) суперечить і їх суті, і чинному законодавству України, і зарубіжному досвіду (Я. Кушнір, 2021). Тому діяння, пов'язані з порушенням правил перетинання державного кордону, *не можуть бути ототожнені* з порушеннями порядку перетину лінії розмежування. Крім того, встановлювати кримінальну відповідальність за порушення порядку перетинання меж ТОТ до закінчення агресії рф проти України видається недоречним.

Не є зрозумілим, чому у ст. 9.3.5 йдеться лише про перетинання державного кордону України та лінії розмежування у повітряному просторі? А якщо таке порушення матиме місце на водних ділянках? Чи слід це кваліфікувати за ст. 9.3.9 як проступок?

3. У п. 8 ст. 9.3.3 спільною для статей 9.3.4, 9.3.5 ознакою, що підвищує тяжкість злочину на один ступінь, є вчинення цих злочинів з метою приховати інший злочин чи полегшити його вчинення. За аналогією з насильницькими злочинами (п. 13 постанова Пленуму ВСУ від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи») для кваліфікації діяння як такого, що вчинене з метою приховати інший злочин, не має значення те, чи був винний причетним до злочину, який приховується. У зв'язку із цим зауважимо таке: а) не є зрозумілим правове значення злочинів, вчинених за межами України, для кваліфікації кримінальних правопорушень, вчинених на території України; б) конструкції складів злочинів, передбачених статтями 9.3.4, 9.3.5, навіть за наявності приписів щодо правового значення злочинів, вчинених за межами України, почасти унеможливлюватимуть притягнення до кримінальної відповідальності. Наприклад, на території Польщі викрадено культурну цінність, яку намагаються переховати на території України, для чого вчиняється незаконне перетинання суходільної або водної ділянки державного кордону України – ознака, передбачена п. 8 ст. 9.3.3 у такій ситуації, як видається, не може бути застосована.

Загалом вбачається надмірним формулювання трьох статей про кримінальні правопорушення, пов'язані з незаконним перетинанням державного кордону України. Доцільно доопрацювати проєкт у напрямі об'єднання статей 9.3.4, 9.3.5, 9.3.9, включивши окремі сутнісні ознаки «вихідних статей» у перелік ознак, що збільшують тяжкість діяння

(наприклад, вчинення діяння особою, якій заборонено в'їзд на територію України).

3. У ст. 9.3.9 варто зробити застереження щодо передбаченого ст. 33 Конституції України права громадянина на повернення на територію України.

Стаття 9.3.6. Переміщення особи через державний кордон України

1. З диспозиції цієї статті випливає, що безальтернативним діянням є безпосереднє переміщення хоча би 1 особи через державний кордон України. Відповідно, під ознаки складу цього злочину не підпадають організація переміщення (розробка планів, визначення місця/часу незаконного переправлення, створення організованої групи тощо), керівництво переміщенням (віддання розпоряджень, розподіл обов'язків співучасників на місці вчинення злочину тощо); сприяння переміщенню (надання порад, вказівок, засобів або усунення перешкод) (А. Притула, 2008, А. Шульга А. та ін., 2017). Такий підхід видається нелогічним, тим більше, що у чинному КК (його ст. 332) криміналізовано як альтернативні всі названі 4 діяння.

Якщо намагатися зрозуміти такий завузький підхід через посилання на міжнародні стандарти, то зазначимо, що п. «а» ст. 3 Протоколу проти незаконного ввозу мігрантів по суші, морю і повітрю, що доповнює Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності, розуміє «незаконний ввіз мігрантів» ширше, ніж лише безпосереднє переміщення осіб, а саме як «*забезпечення незаконного в'їзду*». Однак за цим стандартом *мігрантом має бути особа, яка не є громадянином країни в`їзду або не проживає постійно на її території*. Але тоді не притягатиметься до кримінальної відповідальності особа, яка незаконно переміщує громадян України в Україну.

Немає підстав притягати за організацію незаконного переміщення, керівництво такими діями або сприяння їх вчиненню і за ст. 9.3.7, адже в ній криміналізовано *сприяння перетинанню* державного кордону України, а *не переміщенню через нього*. Знову пошлемося на Додатковий протокол до Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності: його ст. 5 виключає кримінальне переслідування мігрантів у силу тільки тієї обставини, що вони стали «об'єктом» переміщення через кордон, тобто фізично перетнули його без законних на те підстав.

Таким чином, вбачається наявність прогалини унормування кримінальної відповідальності за небезпечні та розповсюджені дії, пов'язані з

організацією переміщення, керівництво переміщенням, а також сприяння переміщенню особи через державний кордон України.

2. Виходячи з п. 41 ч. 2 ст. 1.4.1, переміщення означає будь-яку дію, результатом якої є зміна місця перебування людини, зокрема ввезення на територію України/вивезення з території України *будь-яким способом*. Водночас, як свідчать кримінологічні дослідження (Ю. Курилюк, 2020) і правозастосовна практика, значна кількість фактів переправлення вчиняється з використанням способу, небезпечного для життя та здоров'я особи, яку незаконно переправляють через державний кордон. Правопорушники використовують, зокрема, перевезення особи в порожнинах вантажу або транспортного засобу із загрозою екстремальних температурних впливів, отруєння продуктами згоряння двигуна, введення в організм мігрантів, зокрема дітей снодійної речовини (А. Мота, 2017, С. Філіппов, 2019). На поточному етапі бачимо приклади переправлення «ухилянтів» у вкрай небезпечних умовах (холодний період, водними шляхами, через гірську місцевість), де почасти їх залишають без допомоги. Крім того, ч. 3 ст. 6 Додаткового протоколу до Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності містить вказівку на такі обтяжуючі обставини, як вчинення діяння способом, що є небезпечним для життя чи здоров'я особи, яку незаконно переправляли через державний кордон України, а також способом, який пов'язаний з нелюдським або принижуючим гідність поводженням із мігрантами. Однак такі способи як кваліфікуюча ознака/ознаки проєктом не передбачені.

Таким чином, у разі ухвалення запропонованої редакції ст. 9.3.6 переміщення одного мігранта на легковому автомобілі польовою дорогою через «зелену ділянку» кордону кваліфікуватиметься таким же чином, як і переміщення через ту ж саму ділянку, наприклад, 25 осіб у схованці автобусу, розрахованої на 10 людей, без належного доступу повітря. При цьому кваліфікація другого випадку за правилами, передбаченими ч. 2 ст. 2.10.4, питання не вирішує, тим більше, що дотичного кримінального правопорушення проти здоров'я особи в розділі 4.2 не передбачено.

При цьому згідно з чинним КК у першому випадку діяння кваліфікуватиметься за ч. 1 ст. 332 (нетяжкий злочин), у другому – за ч. 2 ст. 332 КК з огляду на дві кваліфікуючі ознаки – щодо кількох осіб і способом, небезпечним для життя чи здоров'я особи, яку незаконно переправляли через державний кордон України (тяжкий злочин).

З огляду на викладене, до переліку ознак, що підвищують тяжкість злочину на два ступені, доцільно додати «*вчинення умисних злочинів, передбачених ст. 9.3.6, п. 1 ст. 9.3.7, способом, небезпечним для життя особи, яку незаконно переправляли через державний кордон України, або пов'язаним з нелюдським або принижуючим гідність поводженням*».

Стаття 9.3.7. Сприяння перетинанню державного кордону, межі тимчасово окупованої території України, проїзду через територію України чи держави-члена Європейського Союзу або проживанню в ній

1. Щодо цієї статті знову зазначимо про неправильність ототожнення державного кордону України та лінії розмежування і недоречність пропозицій по регламентації порядку переміщення осіб з/на ТОТ до закінчення агресії рф щодо України.

2. Щодо сприяння як протиправного діяння, то йдеться про поради, вказівки, надання інформації, усунення перешкод тощо, що мають на меті допомогти особі перетнути державний кордон України або країни ЄС, здійснити транзит їх територією, проживати на їх території. У ч. 6 ст. 2.7.2, у якій регламентовано поняття пособника, до сприяння у розглядуваному контексті може бути віднесено ще й посередництво (п. 2). Зрозуміло, сприяння за ст.9.3.7 – це діяння виконавця, а не пособника як співучасника.

Однак за такої конструкції складу виникає питання щодо кримінально-правового впливу на особу, яка здійснює організаторські функції, наприклад, створила просту групу, але в подальшому не брала участі у вчиненні нею злочинів. Відповідальність за створення простої групи проєктом не передбачена. Чи слід це вважати готуванням до злочину у формі залучення співучасника (п. 2 ч. 1 ст. 2.6.2)? Але ж готування означає наявність прямого умислу на *вчинення конкретного діяння.* Вбачається, що використання формулювання *«організація або сприяння перетинанню….»* зняло б зайві питання.

3. У разі формулювання єдиної норми про кримінальну відповідальність за незаконне перетинання державного кордону п. 1 ст. 9. 3.7 може бути поглинений такою нормою.

4. Стосовно формулювання п. 3 ст. 9.3.7 – сприяння *особі, яка не є громадянином України чи держави-члена ЄС, у проживанні на території України чи такої держави з порушенням їх законів про проживання іноземців*, – зазначимо, що у п. «b» ст. 1 Директиви 2002/90/EU, що визначає сприяння несанкціонованому в'їзду, транзиту та проживанню, наголошено на

тому, що ці дії особа має здійснювати з «метою отримання фінансової вигоди». Тобто зазначена мета повинна бути ознакою основного складу, а не кваліфікуючою ознакою, тим більше, що у проєкті це не передбачено.

У пунктах 2, 3 ст. 9.3.7 викладено ознаки злочину, дотичні до ознак адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 204 КУпАП. При цьому доля вказаної адміністративно-правової заборони залишається невизначеною.

Кримінальні правопорушення, пов'язані з нелегальною зайнятістю (статті 9.3.8, 9.3.11)

1. Відповідно до законодавства України, якщо особа незаконно перебуває на її території, в неї не може бути легальної зайнятості. Адже для застосування праці іноземців та осіб без громадянства роботодавці мають отримати дозвіл в органах ДМС (ст. 42 Закону України «Про зайнятість населення», п. 5 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства»). Навіть у разі, коли йдеться про працевлаштування біженців або шукачів притулку, що можливо без отримання дозволу, такі особи мають набути цей статус легально/одержати дозвіл на імміграцію в Україну (ч. 6 ст. 42 Закону України «Про зайнятість населення»). Тому у диспозиціях обох статей проєкту спостерігається термінологічна надмірність.

2. Щодо «кваліфікуючих/особливо кваліфікуючих» ознак злочину, передбаченого ст.9.3.8:

вчинення злочину: а) *щодо уразливої людини* – підвищує тяжкість злочину на один ступінь (п. 1 ст. 9.3.3); б) *щодо особливо уразливої людини* – на два ступеня (п. 1 ст. 9.3.2). Однак якщо відмінність злочину (ст. 9.3.8) від проступку (ст. 9.3.11) полягає у кількості нелегально зайнятих громадян третіх країн (*з різницею в одну особу*), то виникає питання: якщо роботодавець забезпечує нелегальну зайнятість лише однієї особи, але вона є уразливою/особливо уразливою, і це не тягне підвищення тяжкості цього проступку, то хіба це не є порушенням принципу передбачуваності? Адже вплив однієї і тієї самої обставини на диференціацію відповідальності різниться залежно від того, вчинила особа злочин або проступок;

вчинення злочину *за завданням організованої групи чи злочинної організації* підвищує тяжкість злочину на два ступеня (п. 2 ст. 9.3.2). З проєкту не є зрозумілим, що означає «за завданням»; окремої норми щодо правил кваліфікації такого діяння проєктом не передбачено. Тому виникає питання: чому не було використано традиційне словосполучення «участь у

злочині, вчинюваному організованою групою чи злочинною організацією», що не суперечило б ст.2.7.6?;

вчинення злочину *щодо десятьох чи більше громадян третьої країни* підвищує тяжкість злочину на один ступінь (п. 2 ст. 9.3.3). Тобто однаковий ступінь тяжкості буде мати місце і при вчиненні діяння щодо 11 громадян третьої країни, і при вчиненні діяння щодо 150 таких осіб. Але це очевидне порушення принципу пропорційності. Доцільно диференціювати кримінальну відповідальність залежно від кількості осіб, наприклад, таким чином: до 10 осіб – збільшення тяжкості діяння на один ступінь; понад 10 – на два ступеня;

якщо нелегальна зайнятість супроводжувалась особливо експлуататорськими умовами праці, це підвищує тяжкість злочину на один ступінь (п. 5 ст. 9.3.3). Визначення таких умов подано у п. 1 ст. 9.3.1. Загалом воно відповідає вимогам п. «і» ч.2 Директиви 2009/52/ЄС, що передбачає мінімальні стандарти щодо санкцій та заходів проти роботодавців громадян третіх країн, які нелегально перебувають на території ЄС. Однак у Директиві йдеться про диспропорції порівняно *з умовами праці* легально працевлаштованих працівників, а у п. 1 ст. 9.3.1 – про невідповідність *умовам найму* легально найнятого працівника. Умови найму – це питання змісту трудового договору/контракту, а умови праці (в контексті ст. 9.3.8) – реальна ситуація, яка складається при виконанні працівником певних робіт. Зокрема, у Конвенції МОП № 29 про примусову чи обов'язкову працю й у КЗпП України йдеться саме про умови праці. Водночас доречно роз'яснити, що означає «різка невідповідність» між умовами праці легального та нелегального працівників.

3. Постає питання про необережне вчинення діянь, передбачених статтями 9.3.8, 9.3.11. Згідно з п. 19 ч. 1 ст. 2.5.4 проєкту шкода порядку перетинання державного кордону України належить до значної. Згідно з ч. 3 ст. 2.5.1 кримінальне правопорушення, яким умисно спричинено значну шкоду, є злочином. Відповідно, всі злочини, передбачені у розділі 9.3, є умисними.

Однак ст. 9.3.8 має подібність до ст. 204 КУпАП у частині порушення посадовими особами/фізичними особами-підприємцями, які використовують найману працю, встановленого порядку працевлаштування іноземців та осіб без громадянства. Коментатори ст. 204 КУпАП зазначають, що це адміністративне правопорушення може характеризуватися *як умисною, так і необережною виною*. Визначальну роль відіграватиме характер обізнаності

відповідальної особи із своїми посадовими обов'язками, функціями, сферою компетенції у сфері міграції (позиція кафедри адміністративного права та адміністративного процесу ОДУВС). Вбачається, що діяння, передбачене ст.9.3.8 проєкту, потенційно може бути вчинене й з необережності.

Однак кримінальне правопорушення, яким з необережності спричинено значну шкоду, є проступком (ч. 2 ст. 2.5.1). Згідно з ч. 4 ст. 2.4.1 особа підлягає відповідальності за кримінальне правопорушення, вчинене з необережності, лише в передбачених у статті Особливої частини цього Кодексу випадках спричинення значної шкоди. У розглядуваний розділ включено ст. 9.3.11, згідно з якою є проступком забезпечення нелегальної зайнятості одного громадянина третьої країни. Його також можна вчинити з необережності.

Таким чином, якщо з необережності особа забезпечить нелегальну зайнятість трьом громадянам третьої країни, вона не вчинить кримінального правопорушення, а у разі аналогічного діяння щодо одного громадянина, – вчинить проступок. Вочевидь, доцільно доповнити диспозицію ст. 9.3.11 вказівкою на *забезпечення нелегальної зайнятості двом чи більше громадянам третьої країни, які незаконно перебувають на території України чи держави-члена Європейського Союзу, вчинене з необережності*.

4. Звертаємо увагу на необхідність кореляції ст. 9.3.8 проєкту зі ст. 204 КУпАП, адже у разі ухвалення проєкту як закону відбудеться криміналізація низки діянь, що на сьогодні є адміністративними деліктами.

РОЗДІЛ 9.4.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ПОРЯДКУ ПУБЛІЧНОЇ СЛУЖБИ

Ознаки, що підвищують тяжкість злочину (статті 9.4.1, 9.4.2)

1. У п. 2 цієї статті відповідною ознакою визнається вчинення злочину *щодо людини (чи близької їй людини), яка займає особливо відповідальне становище, у зв'язку з виконанням нею службових повноважень в інтересах суспільства, правосуддя чи міжнародного правопорядку*. Подібна ознака невідома чинному КК і не має визначення ні в ст. 1.4.1, ні в ст. 9.4.1, з огляду на що вкрай складно зрозуміти, про яке коло потерпілих ідеться в цьому випадку. І це, як видається, суперечить принципу юридичної визначеності (ст. 1.2.2 проєкту).

2. У п. 2 ст. 9.4.2 ознакою, що підвищує на один ступінь тяжкість злочину, визнається його вчинення *щодо людини (чи близької їй людини) у*

зв'язку з виконанням нею службових повноважень чи професійних функцій, реалізацією нею суб'єктивного права або виконанням юридичного обов'язку в інтересах суспільства, правосуддя чи міжнародного правопорядку. З міркувань, висловлених вище, зміст цієї ознаки також видається занадто неконкретним. При цьому очевидно, що співіснування цієї ознаки з ознакою, зазначеною в п. 2 ст. 9.4.1, серйозне утруднюватиме процес кваліфікації кримінальних правопорушень, передбачених розділом 9.4.

Стаття 9.4.3. Катування

1. Втілене у цій статті розуміння катування істотно різниться від як того, що зайшло відображення у ст. 127 чинного КК, так і, що найголовніше, від положень міжнародного права:

1) визнання суб'єктом катування *публічної службової особи* (п. 50 ч. 2 ст. 1.4.1) не відповідає ні ст. 1(1) Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання 1984 р. (щонайменше тому, що це конвенційне положення вимагає розглядати суб'єктами катування й «осіб, що виступають як офіційні»), ні ст. 3 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (згідно з практикою ЄСПЛ держави мають криміналізувати й катування, вчинене приватними особами);

2) визначальною ознакою катування згідно з різними джерелами міжнародного права є серйозність спричинених потерпілому болю чи страждань. Ст. 9.4.3 проєкту фактично відкидає цю ознаку й тим самим «баналізує» катування, зводячи його до рівня «звичайного» насильницького злочину. Мета такого рішення виглядає неочевидною. Можливість ширшої криміналізації катування на національному рівні порівняно зі ст. 1(1) Конвенції 1984 р., яка згадується в її ст. 1(2), не передбачає «розмиття» визначальної ознаки катування, а головним чином має на увазі те, що держави вільні ширше визначити коло осіб, відповідальних за катування, або ширше окреслити цілі, які воно переслідує. Загалом видається, що перетворення катування на «пересічний» насильницький злочин є вимушеним кроком, до якого розробники проєкту вдалися, відмовившись від включення до нього окремого положення про перевищення влади або службових повноважень, яке згідно зі ст. 365 чинного КК може вчинятися із застосуванням фізичного чи психічного насильства. Якщо це справді так, то навряд чи є раціональним кроком відмова від криміналізації окремого типу поведінки ціною «розмиття» специфіки іншого типу поведінки;

3) ст. 9.4.3 проєкту визначає, що катування може бути вчинене шляхом насильства чи погрози насильством, тобто шляхом дій (активної поведінки), хоч і Конвенція 1984 р., і Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод допускають, що катування може бути вчинене шляхом бездіяльності.

Таким чином, ст. 9.4.3 не просто не розв'язує тих проблем, які приховує в собі ст. 127 чинного КК, а, навпаки, поглиблює їх.

2. Важливими новелами нещодавно (1 грудня 2022 р.) уваленого Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо удосконалення відповідальності за катування» стали зміни до ч. 5 ст. 49 і ч. 6 ст. 80 КК, згідно з якими до осіб, котрі вчинили катування, передбачене ч. 3 ст. 127 КК, не застосовуються строки давності. Такі законодавчі зміни відповідають позитивним зобов'язанням, які згідно з практикою ЄСПЛ породжує для держав-учасниць ст. 3 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. На жаль, як це випливає з ч. 2 ст. 3.4.3 і ч. 2 ст. 3.4.6, ці позитивні зрушення у чинному законодавстві не знаходять відбиття у проєкті.

Службова необережність (статті 9.4.4, 9.4.5)

Використання терміну «необережність» у назвах цих статей є нічим некращим від тієї ситуації, яка є зараз (згадування у ст. 367 чинного КК назви одного з видів необережності – недбалості). Необережність – це форма вини, психічне ставлення особи до діяння та наслідків, а тому позначення цим терміном діяння є некоректним. Виникає питання про заміну цього терміну без шкоди змісту. Використання терміну «халатність» не може бути прийнятним у зв'язку із відсутністю в українській мові такого слова (воно скальковано з російського терміну). За результатами пошуку у словниках української мови можна запропонувати термін «*недбальство*». Недбальство означає а) погане, несумлінне ставлення до якої-небудь роботи, до чогось; б) відсутність уваги до кого-, чого-небудь; халатність, байдужість; в) зневажливе ставлення до кого-небудь. Видається, що, не повторюючи дослівно ні форми вини, ні її видів, цей термін найбільш точно відображає відповідне явище і тому може бути використаний у назвах статей 9.4.4 «Службове недбальство», 9.4.5 «Службове недбальство, що спричинило значну майнову шкоду», 10.5.5 «Службове недбальство у військовій сфері, що спричинила тяжку майнову шкоду», 10.5.8 «Службове недбальство у військовій сфері, що спричинило значну майнову шкоду». Вказівка на сферу

вчинення правопорушень, передбачених у статтях 10.5.5 і 10.5.8, необхідна для побудови різних назв, оскільки у запропонованій редакції відповідальність за «*службову необережність, що спричинила значну майнову шкоду*» передбачена відразу у двох статтях проєкту – 9.4.5 і 10.5.8, що є неприпустимим. Можна використати будь-який інший прийом, але цю ситуацію варто виправити.

Стаття 9.4.6. Неособисте голосування народного депутата України

Криміналізація цієї поведінки недооцінена та переоцінена одночасно. Видається, що подолати це негативне явище можна із використанням технічних засобів забезпечення особистого голосування, і в цьому разі встановлювати кримінальну відповідальність за таку поведінку не матиме сенсу. Водночас у разі прийняття рішення про встановлення такої відповідальності запроваджувати її на рівні проступку так само недоцільно, оскільки це неадекватно відображатиме тяжкість вчиненого кримінального правопорушення. Народний депутат України, все цілком добре усвідомлюючи, зухвало нехтує своїм основним обов'язком – ухвалювати рішення у парламенті. Така поведінка, якщо вона, на переконання розробників проєкту, посягає на порядок публічної служби, має визначатись як злочин 3-го ступеня.

РОЗДІЛ 9.5.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ДОБРОЧЕСНОСТІ У ПУБЛІЧНІЙ СФЕРІ

Стаття 9.5.4. Зловживання службовими повноваженнями, становищем чи пов'язаними з ними можливостями.
Стаття 9.5.10. Зловживання службовими повноваженнями, становищем чи пов'язаними з ними можливостями, що спричинило неістотну майнову шкоду

1. Загальний зміст цих статей викликає суперечливі враження. З одного боку, можна позитивно оцінити намагання розробників проєкту максимально конкретизувати можливі прояви службового зловживання, відійшовши від абстрактних формулювань ст. 364 чинного КК. Однак, з іншого, диспозиція ст. 9.5.4 не згадує про визначальні для службового зловживання суб'єктивні ознаки (у різних редакціях ст. 364 КК вони називалися корисливими мотивами чи іншими особистими інтересами або метою отримання неправомірної вигоди), які, власне кажучи, свідчать про його (зловживання)

«дефектність» порівняно з «нормальним» управлінським актом. Диспозиція ст. 9.5.4, на жаль, не робить наголос на спеціальних суб'єктивних ознаках зловживання, акцентуючи натомість увагу на незаконності відповідних дій публічної службової особи. При цьому навіть у визначенні зловживання, наведеному в п. 19 ч. 2 ст. 1.4.1, акцент робиться на шкідливості зловживання для інтересів інших осіб. Однак ця властивість зловживання є похідною від первинного прагнення особи вилучити вигоду від свого становища. Загалом дефініція, наведена у п. 19 ч. 2 ст. 1.4.1, погано «монтується» зі статтями 9.5.4 і 9.5.10, у диспозиціях яких термін «зловживання» не вживається. Він згадується у назвах цих статей, але чи достатньо це для того, щоб тлумачити їх диспозиції з урахуванням п. 19 ч. 2 ст. 1.4.1?

Як варіант пропонується у п. 19 ч. 2 ст. 1.4.1 наголосити на меті зловживання, адже останнє – це не лише «на шкоду іншим», це ще і «на користь собі». Тому визначення поняття зловживання варто доповнити ознакою «з метою набуття неправомірної вигоди», ввівши тим самим ознаку мети у суб'єктивну сторону будь-якого складу зловживання (до речі, не лише службовим становищем).

2. Виглядає проблемним зміст окремих проявів поведінки, перерахованих у статтях 9.5.4 і 9.5.10:

а) у пунктах п'ятих та шостих цих статей фігурує формулювання «*набула неправомірну вигоду*». Чи йдеться в цих випадках про те, що набута неправомірна вигода має за розміром дорівнювати шкоді, завданій іншим суб'єктам права, про яку йдеться в п. 19 ч. 2 ст. 1.4.1?;

б) у пунктах шостих цих статей йдеться про особу, яка «*набула неправомірну вигоду шляхом оплатного вилучення чужої речі, за якої відбулась її заміна на рівноцінний еквівалент*». Якщо мав місце еквівалентний обмін товарів, то в чому виявляється «вигода» для публічної службової особи і кому спричинено шкоду, якщо при тлумаченні статей 9.5.4 і 9.5.10 слід брати до уваги п. 19 ч. 2 ст. 1.4.1?;

в) у пунктах сьомих цих статей йдеться про особу, яка «*надала неправомірну вигоду за рахунок завищення вартості виконаних іншою особою робіт чи наданих нею послуг*». Але чим така поведінка різниться від поведінки, про яку йдеться у статтях 7.9.4 і 9.5.7?

3. Розробники проєкту в тій його редакції, яка аналізується у цьому висновку, остаточно відмовились від будь-яких абстрактних формулювань щодо такої форми протиправної поведінки, виключивши зі ст. 9.5.4 п. 9 – «*набула чи надала іншій особі неправомірну вигоду шляхом вчинення іншої дії*

чи бездіяльності, крім випадків, передбачених статтями … цього Кодексу». Такий крок складно оцінити схвально: 1) передбачити всі форми використання службових повноважень чи пов'язаних із ними можливостей на шкоду правомірному інтересу у казуїстичні формі неможливо; 2) можна спрогнозувати, що це потягне за собою внесення у прийнятий КК доповнень задля криміналізації конкретних форм зловживання, що завдасть удару по системності і стабільності закону; 3) відсутність загальної норми при величезній кількості спеціальних породить такі співвідношення між самостійними спеціальними нормами, в яких годі буде і розібратися.

Щодо величезної кількості спеціальних норм, то ситуація виглядає таким чином: у проєкті поза його розділами 9.4–9.6 є 36 складів злочинів та 21 склад проступку, які вчиняються або службовими особами, або іншими особами, які відповідно до розуміння цього поняття у ст. 1.4.1 можуть вчинити зловживання. Використання цими особами свого становища може бути і не перебачено у диспозиціях відповідних статей, але відбувається обов'язково, оскільки в іншому випадку немає можливості встановити відповідальність за кримінальне правопорушення, вчинене спеціальним суб'єктом. Крім того, як вже зазначалось у зауваженнях до розділу 7.9, серед ознак, які підвищують тяжкість злочину на два або на один ступінь, є ознаки, які полягають у використанні влади, службових повноважень чи професійних повноважень для вчинення злочину: на один ступінь – у 34 з 50 розділів і на два ступеня – у 38 з 50 розділів. Відповідно, складно уявити собі випадок використання таких повноважень для вчинення злочину не на шкоду правомірному інтересу, а це є ніщо інше, як зловживання.

4. Вказівка на *становище* і в назвах, і в диспозиціях статей 9.5.4 і 9.5.10 є зайвою. Адже зліва та справа від нього є складники поняття, яке ним позначається: поза службовими повноваженнями та пов'язаними з ними можливостями ніякого іншого службового становища як предмету зловживання не існує.

5. Якщо під зловживанням ми розуміємо 1) використання службового становища… + 2) на шкоду правомірним інтересам… + 3) з метою одержання неправомірної вигоди, то у такому разі спостерігається невідповідність між назвою і змістом ст. 9.5.4 проєкту. Якщо у назві використаний термін «зловживання», що позначає відповідне поняття із повним набором ознак, а у диспозиції цей термін не використаний, то є два варіанти: 1) мають бути названі всі необхідні істотні ознаки відповідного поняття (так не є, оскільки у статті описані лише конкретні форми використання службових повноважень)

або 2) потрібно використати цей термін. Вибір – за розробниками проєкту, але для усунення логічної суперечності щось потрібно зробити.

Стаття 9.5.5. Пропозиція або надання неправомірної вигоди
Стаття 9.5.7. Надання неправомірної вигоди за вплив

1. Ці статті не згадують про таку форму активного підкупу, як обіцянка неправомірної вигоди, що суперечить щонайменше вимогам статей 2, 4 та 12 Конвенції РЄ про боротьбу з корупцією 1999 р. з урахуванням практики тлумачення цих положень ГРЕКО. З причин, зазначених вище, таке законодавче рішення може породити серйозні політичні та правові проблеми.

2. У статтях 9.5.5 і 9.5.6, відповідно, адресатом активного підкупу та суб'єктом пасивного підкупу називається публічна службова особа. При цьому, як випливає з п. 50 ч. 2 ст. 1.4.1, поняття «*публічна службова особа*» не охоплює іноземних публічних службових осіб, коло яких окремо окреслює п. 19 ч. 2 ст. 1.4.1. Це означає, що у випадку ухвалення проєкту як закону активний та пасивний підкуп іноземних публічних службових осіб виявиться декриміналізованим (порівняно зі статтями 368 і 369 чинного КК). Такий крок означатиме відверте порушення вимог статей 5 і 6 Конвенції РЄ про боротьбу з корупцією 1999 р. і фактично підриватиме саму доцільність участі України в цьому міжнародному договорі. Ця потенційна новела створює черговий ризик негативних політичних та правових наслідків для України.

Стаття 9.5.7. Надання неправомірної вигоди за вплив.
Стаття 9.5.8. Одержання неправомірної вигоди за вплив (торгівля впливом)

На перший погляд, проєкт усуває чи не основний конструктивний недолік ст. 369-2 чинного КК, який призводить до того, що значна частина «класичного» хабарництва за участю публічних службових осіб охоплюється диспозицією ч. 2 (ч. 3) цієї статті КК, а отже, безпідставно розглядається як прояв «фонової» корупції». Із системного аналізу положень Загальної та Особливої частини проєкту випливає, що за (пасивну) торгівлю впливом зможуть нести кримінальну відповідальність лише ті особи, які не є публічними службовими особами, функціонерами чи працівниками приватної сфери та які одержують НВ за вплив, що не означає використання службових повноважень, професійних обов'язків або пов'язаних з ними можливостей. З іншого боку, статті 9.5.7, 9.58 викладені, як видається, в надто абстрактний спосіб, який не дозволяє дати чітку відповідь про коло

осіб, які можуть бути відповідальними за (пасивну) торгівлю впливом, що не дозволить уніфікувати судову практику та, як наслідок, віддалятиме Україну від належного виконання статті 12 Конвенції РЄ про боротьбу з корупцією. Адже можна спрогнозувати, що на практиці виникатимуть труднощі в частині з'ясування різниці між використанням, з одного боку, можливостей, пов'язаних із використанням службових повноважень, професійних обов'язків, та, з іншого, дружніх, родинних, особистих стосунків з публічними службовими особами – адресатами впливу.

Стаття 9.5.9. Незаконне збагачення

1. Текст цієї статті не містить вказівки на часовий орієнтир, на який мала б спиратись сторона обвинувачення при обчисленні набуття активів відповідної особи для встановлення в її діяннях складу незаконного збагачення. Можна лише припустити, що початковою межею відповідного періоду є момент, коли особа почала виконувати покладені на неї функції держави чи місцевого самоврядування. Однак текст ст. 9.5.9 допускає й інше тлумачення (а чому б не проаналізувати весь життєвий шлях посадовця?). Власне кажучи, до такого тлумачення схиляє визначення законних активів особи, наведене у п. 1 ст. 9.5.1. Оскільки у проєкті не усувається невизначеність періоду, протягом якого слід обраховувати розмір активів, незаконно набутих особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, вже навіть це засвідчує, що стосовно нинішньої редакції аналізованої статті продовжуватиме стояти питання про її узгодженість з принципом юридичної визначеності (ст. 1.2.2 проєкту).

Для порівняння наведемо норми КК Киргизької Республіки, присвячені незаконному збагаченню. В ст. 340 КК цієї країни йдеться про придбання посадовою особою у власність (користування) майна за рахунок іншої особи, отриманого неправомірним шляхом і визнаного незаконним, *вартість якого перевищує його офіційні доходи, підтверджені законними джерелами за останні два роки роботи»*. У ч. 2 цієї статті передбачається посилення відповідальності, якщо ті самі діяння вчинені посадовою особою, яка обіймає відповідальну посаду, або *якщо вартість майна перевищує офіційні доходи, підтверджені законними джерелами за п'ять повних років*.

2. Пропонована у ст. 9.5.9, п. 2 ст. 9.5.2 і п. 3 ст. 9.5.3 градація розміру активів, незаконно набутих суб'єктом, є чіткою і зрозумілою, однак на чому ґрунтуються запропоновані кількісні показники? Крім того, говорити наразі про практичну цінність такої диференціації складно, враховуючи результати

діяльності НАБУ, НАЗК, САП. НАЗК, до речі, регулярно проводить моніторинги способу життя посадовців, за результатами яких надсилає обґрунтовані висновки до САП, однак, при цьому різниця між виявленими і законними активами рідко коли перевершує 3 млн грн, щодо чого може бути застосований інститут визнання активів необґрунтованими та їх стягнення у дохід держави в порядку цивільного провадження.

3. П. 4 ст. 9.5.2 пропонуємо доповнити вказівкою на ст. 9.5.9.

4. Розуміння *набуття активів (доходів)* як *їх набуття у власність* (п. 2 ст. 9.5.1) сприймається неоднозначно. Вказівка на набуття активів, передбачаючи виникнення класичної тріади, за допомогою якої характеризується право власності, з погляду цивілістики видається не зовсім некоректною, а тому має розглядатись як умовна, адже з урахуванням ст. 328 ЦК вести мову про те, що внаслідок вчинення злочину особа набула певне майно у власність, недоречно. Збагачення саме тому і визнається незаконним (назва ст. 9.5.9), бо його неможливо пояснити законними джерелами походження активів. Відтак слова «*у власність*» із п. 2 ст. 9.5.1 варто прибрати.

Розділ 9.6. КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ПОРЯДКУ ДЕКЛАРУВАННЯ

Стаття 9.6.3. Неподання декларації суб'єктом декларування

Диспозиція цієї статті потребує уточнення з метою чіткішого відмежування передбаченої нею поведінки від адміністративного делікту, передбаченого ч. 1 ст. 172-6 КАП (несвоєчасне подання без поважних причин декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування).

РОЗДІЛ 9.7. КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ АВТОРИТЕТУ ДЕРЖАВИ ТА ПОРЯДКУ ПУБЛІЧНОГО УПРАВЛІННЯ

1. Оскільки порядок публічного управління включає в себе і таку складову, як авторитет держави, назву цього розділу бажано поліпшити, виключивши з неї слова «*авторитету держави*».

2. Складна для сприйняття є пропонована розробниками проєкту конструкція, що позначає дії особи в інтересах суспільства, а саме «*реалізація суб'єктивного права в інтересах суспільства*» (п. 1 ст. 9.7.3; п. 3 ст. 9.7.6). Варто розглянути можливість використання у цьому разі усталеної

в національній та міжнародній практиці концепції публічного інтересу, яка дасть можливість чіткіше окреслити коло правомочностей особи, у зв'язку з виконанням яких кримінальний закон встановлює спеціальну кримінально-правову охорону такої особи або посилює караність вчинених проти неї дій. Наприклад, Велика Палата Верховного Суду у постанові від 13 лютого 2019 р. у справі №233/4308/17 визначила, що «публічним інтересом» є важливі для значної кількості фізичних і юридичних осіб потреби, які відповідно до законодавчо встановленої компетенції забезпечуються суб'єктами публічної адміністрації.

3. Загалом у розділі 9.7, як і в багатьох інших розділах проєкту, спостерігається навряд чи виправдана «зрівнялівка» кримінальних правопорушень за ступенем тяжкості. Очевидно, що обумовлено це не тим, що всі ці правопорушення насправді мають однаковий (причому мінімальний – 1-ий – ступінь тяжкості), а тим, що майже всі вони є правопорушеннями з формальним складом. Це автоматично означає відсутність потреби у зміні ступеня тяжкості (яка б мала місце у разі спричинення значної чи тяжкої шкоди здоров'ю, заподіяння смерті тощо). Натомість всі злочини, статті про які консолідовано у розділі 9.7, об'єднані тим, що вони заподіюють абстрактну шкоду авторитету держави та порядку публічного управління (п. 18 ст. 2.5.3), яка вважається істотною шкодою (щоправда, не до кінця ясно, чому).

Стаття 9.7.1. Значення термінів, вжитих у цьому Розділі

1. Визначення *неурядової організації* (п. 1) має значення для застосування ст. 9.7.15, в якій йдеться про захоплення, утримання чи блокування доступу, зокрема будівель та споруд, що забезпечують діяльність неурядових організацій. Цей термін використовується й в іншому розділі Особливої частини проєкту, у глосарії до якого його (терміну) визначення не надається. Так, у ст. 4.11.7 ідеться про незаконне перешкоджання створенню, реєстрації чи діяльності політичної партії або *неурядової організації* чи членству людини у ній. Очевидно, варто розповсюдити надане визначення на всі випадки використання цього терміну. Стосовно самого визначення, то воно сформульовано у вигляді закритого переліку, що вимагає зусиль для максимального врахування всіх подібних об'єднань і формувань, захоплення, утримання чи блокування будівель і споруд яких заподіює шкоду порядку публічного управління. Відтак, чи не варто подбати про включення до цього переліку і благодійних організацій, саморегульованих організацій, творчих

спілок? Останні є добровільним об'єднанням творчих працівників. Крім того, окремо слід замислитися над відповідальністю за утримування, захоплення чи блокування споруд і будівель, що забезпечують діяльність релігійних організацій – або в межах цього розділу (шляхом додавання відповідного виду до переліку) або в межах ст. 4.9.5, яка передбачає відповідальність за подібні дії, але виключно з *релігійними спорудами чи святинями*, тобто з храмами, церквами тощо, але не зі звичайними будівлями і спорудами, у яких, наприклад, знаходиться керівництво, юридичний та фінансовий відділи релігійної організації тощо.

2. У п. 2 надається дефініція поняття *представника громадськості*. Його визначення має значення для застосування п. 3 ст. 9.7.6, в якому йдеться про опір *представникові громадськості, який реалізує своє суб'єктивне право в інтересах суспільства*. У ст. 342 чинного КК України передбачено відповідальність за опір, зокрема члену громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовцеві під час виконання цими особами покладених на них обов'язків щодо охорони громадського порядку. У пропонованій у проєкті редакції статті про опір кудись «зникає» військовослужбовець як потерпілий, бо він не може бути ототожнений ані з представником влади (п. 1), ані з особою, яка законно здійснює професійну діяльність з надання публічних послуг (п. 2). Натомість замість «члена громадського формування» з'являється абстрактний «представник громадськості», у визначенні якого вбачаються такі недоліки.

По-перше, якщо розробники проєкту бажали криміналізувати опір громадським активістам, то виникає питання, чому до цієї категорії осіб зараховуються лише члени неурядових організацій і не включаються особи, які здійснюють громадський контроль з власної ініціативи поза формальною належністю до якоїсь офіційно зареєстрованої організації. Атрибуція представника громадськості виключно з громадською організацією суперечить самій суті такого явища, як громадський активіст, ознакою якого є не членство в організації, а зміст діяльності. Непереконливо виглядає обмеження діяльності представників громадськості лише сферою контролю підготовки, прийняття чи виконання нормативно-правових актів органами влади. Громадському контролю доступна будь-яка публічна діяльність органів влади та її посадових осіб, зокрема пов'язана з прийняттям чи виконанням індивідуально-правових актів, якщо такі зачіпають публічні інтереси (наприклад, розпорядження бюджетними коштами чи державним або комунальним майном).

По-друге, чи є для розглядуваної криміналізації належні підстави? Визначення представника громадськості в частині мети і суті його дій (*захист прав і свобод, задоволення законних суспільних інтересів, контроль за процесом підготовки, прийняття і виконання…*) є доволі абстрактним. Можна собі уявити кількість осіб, які «повісивши» на себе статус активіста, почнуть задовольняти власні потреби і досягати особистих цілей, прикриваючись абстрактною метою захисту інтересів суспільства і прав людини. Тим більше, що створити громадське об'єднання чи стати його членом наразі в Україні можна дуже легко. Натомість права й обов'язки інших потерпілих, про законну діяльність яких ідеться в ст. 9.7.6, чітко прописані на рівні закону, достатньо конкретизовані, чим забезпечується задекларованe в проєкті розуміння протиправності як передбаченості «заборони» в інших нормах публічного чи приватного права. Водночас буде дуже непросто зрозуміти, що в тій чи іншій ситуації якийсь активіст діє з метою захисту законних інтересів. Сказане наводить на думку про доцільність звуження запропонованого переліку потерпілих у складі опору (ст. 9.7.6).

Стаття 9.7.3. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь

1. У п. 1 цієї статті йдеться про вчинення опору, зокрема члену громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону під час реалізації ним свого суб'єктивного права в інтересах суспільства. Про невизначеність поняття «інтереси суспільства» вже зазначалося вище. Тут же хотілося б звернути увагу на те, що в Законі України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону» йдеться не лише про права членів громадських формувань (ст. 10), а й про їх обов'язки (ст. 13), зокрема обов'язок брати активну участь в охороні громадського порядку і державного кордону, припиненні адміністративних і кримінальних правопорушень та запобіганні їм. Тому коректно вказувати не лише на реалізацію суб'єктивного права цими особами, а й на виконання ними обов'язку. Тим більше, що традиційно в наукових джерелах і в судовій практиці в таких випадках говориться саме про «громадський обов'язок».

2. П. 5 передбачає таку «кваліфікуючу» ознаку опору, насильства, а також захоплення публічної будівлі та споруди, як їх вчинення *із застосуванням зброї*. З огляду на відсутність специфічного для розділу 9.7

визначення поняття «зброя», слід послуговуватися тим, що наведений в загальному «глосарії» (ст. 1.4.1). Оскільки останній розрізняє зброю і вибухові пристрої, доцільно у п. 5 ст. 9.7.3 передбачати збільшення ступеня тяжкості злочину й у випадку застосування вибухових пристроїв.

3. П. 6 передбачає «кваліфікуючу» ознаку осквернення державних символів, опору та насильства у зв'язку з виконанням особою службових повноважень чи професійних обов'язків, реалізацією суб'єктивного права чи виконанням юридичного обов'язку (статті 9.7.4–9.7.7) *у присутності малолітньої дитини, яка усвідомлювала обставини та значення вчиненого діяння*. Вчинення злочину в присутності малолітньої особи є або кваліфікуючою ознакою, або обставиною, що обтяжує покарання, і за чинним КК України. Однак в останньому не йдеться про доведення стороною обвинувачення ще й того факту, що дитина усвідомлювала обставини і значення вчиненого діяння. По-перше, одразу виникає дисонанс формулювання розглядуваної ознаки із положеннями про суб'єкта та суб'єктивну сторону (розділи 2.3 і 2.4), відповідно до яких питання про усвідомлення фактичних обставин справи і протиправності вчинюваного (інакше кажучи, значення вчинюваного) ставиться тільки щодо особи, яка досягла 15-річного віку. По-друге, реалізація нормативного положення про необхідність встановлювати факт усвідомлення дитиною обставин і, головне, значення вчиненого може призвести до обтяжливої участі цієї дитини в кримінальному провадженні, чого слід уникати, або навіть і до призначення експертиз для встановлення цього факту.

4. Стосовно віднесення до числа «кваліфікуючих» ознак, передбачених пунктами 4–9 (з використанням влади, службових чи професійних повноважень або пов'язаних з ними можливостей; із застосуванням зброї; у присутності малолітньої дитини; в особливий період чи під час надзвичайного стану; особою, яка має непогашену судимість за умисний злочин; з метою приховати інший злочин чи полегшити його вчинення) викликає несприйняття неможливість їх поширення на більшість проступків, передбачених розділом. У зауваженнях до інших розділів проєкту йдеться про проблему практично повної відсутності (за невеликим винятком) диференціації відповідальності за проступки. Видається, що у цьому разі порушуються звичайні закони логіки. Якщо, наприклад, вчинення в особливий період захоплення будівлі органу державної влади чи опору представнику влади, підвищує ступінь тяжкості злочину, то, мабуть, певне підвищення (можливо, навіть до рангу злочину 1-го ступеня) має відбуватися

і стосовно утримування чи блокування будівлі органу державної влади чи злісної непокори владі, вчинених за такої ж ознаки. Відсутності диференціації у подібних випадках навряд чи можна надати змістовне обґрунтування.

Стаття 9.7.5. Осквернення державного символу іноземної держави

1. Виникає питання, наскільки виправданим є обмеження кримінально-правової охорони державних символів іноземної держави лише офіційно піднятими та встановленими і чому осквернення гімну не визнається кримінальним правопорушенням.

2. У контексті сучасних подій, вочевидь, варто зробити виняток із загального правила для державних символів країн-агресорів (республіки білорусь та російської федерації), наприклад шляхом додавання формулювання-винятку.

3. У контексті євроінтеграційних процесів та отримання Україною статусу кандидата на членство в ЄС потрібно розглянути доцільність криміналізації осквернення офіційних символів ЄС (якщо існує потреба в обмеженні кримінально-правового реагування, то можна і в цій частині звести все до символів, що офіційно підняті чи встановлені).

Стаття 9.7.6. Опір

1. У п. 2 цієї статті йдеться про опір *особі, яка законно здійснює професійну діяльність з надання публічних послуг*. Стосовно, наприклад, державного або приватного виконавця таке формулювання виглядає зрозумілим і прийнятним, однак стосовно деяких інших осіб, які здійснюють вказану діяльність (це, наприклад, нотаріус, оцінювач, судовий експерт), то навряд чи в їх професійній діяльності виникають ситуації подібні до тих, що мають місце у діяльності представників влади. Адже вказані суб’єкти не вправі висувати вимоги і приймати рішення, обов’язкові для виконання незалежно від підлеглості; то чому ж у такому разі опиратися?

2. Поняття «опору» розкривається в загальному «глосарії» (п. 38 ч. 2 ст. 1.4.1), і це визначення породжує питання.

По-перше, якщо опір сам собою визначається як протидія *правомірним* діянням потерпілого, то навіщо в пунктах 1 і 2 ст. 9.7.6 ще раз зазначати про *законне* виконання службових обов’язків і *законне* здійснення професійної діяльності?

По-друге, вчергове викликає несприйняття формулювання «*в інтересах суспільства*». Якщо розробники проєкту не пристануть на пропозицію скоротити перелік осіб, які здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг, які можуть бути потерпілими від цього злочину, то слід ураховувати, що дуже часто такі особи здійснюють таку діяльність в інтересах конкретної особи – фізичної чи юридичної (клієнта, заявника тощо), при цьому інтереси такої особи можуть не збігатися із суспільними чи державними. Невже протидія здійсненню такої діяльності істотно відрізнятиметься за тяжкістю?

Стаття 9.7.7. Насильство у зв'язку з виконанням особою службових повноважень чи професійних обов'язків, реалізацією суб'єктивного права чи виконанням юридичного обов'язку

1. У проєкті вживається щонайменше три словесні конструкції на позначення одного і того ж поняття: «*реалізація суб'єктивного права в інтересах суспільства*» (ст. 9.7.6), «*реалізацією суб'єктивного права або виконанням юридичного обов'язку в інтересах суспільства чи держави*» (ст. 9.7.7.), «*реалізацією нею суб'єктивного права або виконанням юридичного обов'язку в інтересах суспільства, правосуддя чи міжнародного правопорядку*» (ст. 4.7.3). Оскільки синонімія в тексті кримінального закону – явище небажане, варто уніфікувати використання цих зворотів. Одним із можливим варіантів вдосконалення є вказівка на те, що особа діяла на захист публічного інтересу. Інший варіант – взагалі відмовитися від використання цього терміну через високий ступінь його абстрактності (невизначеності).

2. Чинний КК України передбачає відповідальність за насильство щодо спеціальних категорій осіб у зв'язку з виконанням ними відповідних службових чи громадських обов'язків – державного діяча, керівника політичної партії, працівника правоохоронного органу чи органу державної виконавчої служби, приватного виконавця, журналіста, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону, військовослужбовця, службової особи чи громадянина, який виконує громадський обов'язок. Перелік цих потерпілих й наразі видається не маленьким. Замість скорочення розглядувана стаття розширює їх коло та відносить до них також людину, яка виконує професійні обов'язки, а також людину, яка реалізує своє суб'єктивне права або виконує юридичний обов'язок в інтересах суспільства чи держави. Сумнівно, чи є якесь кримінологічне обґрунтування в такому кроці.

3. Під насильством у ст. 1.4.1 розуміється фізичний вплив на іншу людину, зокрема шляхом нанесення удару, побоїв, застосування акустичного, світлового, термічного чи хімічного фактору або обмеження її особистої свободи. Різні види такого фізичного впливу передбачені окремими статтями розділу 4.1 і 4.2. При цьому ознакою, що підвищує тяжкість злочину на один ступінь, визнається вчинення злочинів щодо людини (чи близької їй людини) у зв'язку з виконанням нею службових повноважень чи професійних обов'язків, реалізацією нею суб'єктивного права або виконанням юридичного обов'язку в інтересах суспільства, правосуддя чи міжнародного правопорядку (статті 4.1.4 і 4.2.5). За таких обставин, вочевидь, матиме місце конкуренція, за якою застосування ст. 9.7.7 буде виключатися. Відтак за цією статтею в підсумку може кваліфікуватися лише насильство, яке завдало фізичного болю, але не спричинило розладу здоров'я, оскільки останнє згідно відповідно до загальної норми (ст. 4.2.15) визнається проступком у той час, як у ст. 9.7.7 передбачено злочин 1-го ступеня.

Якщо це так, то навіщо тоді вказувати, що цією статтею охоплюється насильство як таке, зайвий раз породжуючи питання про конкуренцію? Тоді можна безпосередньо вказати в статті на вчинення «*насильства, яке завдало фізичного болю, але не спричинило розладу здоров'я, щодо людини у зв'язку з…».* До речі, такий спосіб було обрано при конструюванні ст. 10.1.10 «Насильство щодо командира (начальника)».

У будь-якому разі підхід, за якого в межах одного розділу стосовно одного й того ж типу поведінки простежується відсутність диференціації відповідальності залежно від ступеня тяжкості застосованого насильства, виглядає як незавершена і загалом дивна картина: вчинення найменш небезпечного насильства (спричинення болю внаслідок ударів, побоїв) охоплюється спеціальною нормою, вважається «кримінальним правопорушенням проти публічного управління» і ступінь його тяжкості може бути підвищений за рахунок специфічних для цієї сфери ознак (наприклад, в особливий період чи під час надзвичайного стану), а спричинення більш серйозних наслідків (істотна, значна чи тяжка шкода здоров'ю, смерть людини) стає «загальнокримінальним» злочином, охоплюваним загальною нормою.

4. Некоректно сформульованою видається вказівка на зв'язок близької людини з виконанням нею ж самою службових повноважень, професійних обов'язків тощо (…*насильство щодо людини (чи її близької людини) у зв'язку з виконанням нею службових повноважень*…). Буквальне тлумачення вказує

на те, що посягання відбувається у зв'язку як з діяльністю людини (вона), так і з діяльністю близької їй людини (вона).

Стаття 9.7.8. Втручання в діяльність особи, яка виконує службові повноваження чи професійні обов'язки

Об'єктивна сторона складу цього злочину сформульована настільки узагальнено, що складно чітко окреслити, які форми впливу на особу є потенційно кримінально-караними. Наприклад, слізне уклінне благання поліцейського не складати протокол про адміністративне правопорушення становитиме вплив з метою перешкодити виконанню обов'язків, однак навряд чи таке діяння заподіює шкоду об'єкту кримінально-правової охорони. Вказівка на незаконність втручання, виділення способів вчинення діяння тощо допомогли б запобігти виникненню подібних питань.

Стосовно необхідності формулювання вказівки на незаконність втручання, а також узгодження термінології – див. цей висновок у частині зауважень до розділу 7.7.

Стаття 9.7.9. Захоплення публічної будівлі чи споруди. Стаття 9.7.15. Утримування чи блокування доступу до публічної будівлі чи споруди

1. У цих двох статтях йдеться про однакові діяння, але щодо будівель і споруд різного статусу та вчинюваних шляхом різними способами, завдяки чому одні діяння визнані злочином 1-го ступеня, а інші – проступком. Незрозуміло, однак, чому назви цих статей відображають лише частину передбачених ними діянь. Відповідно до обох згаданих статей караються три види діянь: а) захоплення, б) утримування і в) блокування доступу. При цьому ст. 9.7.9 отримала назву «*Захоплення* публічної будівлі чи споруди», а ст. 9.7.15 «*Утримування* чи *блокування* доступу до публічної будівлі чи споруди». Не зовсім зрозуміло, чому в назвах цих статей йдеться саме про *публічні* будівлі чи споруди. Створюється враження, що ніби будь-хто може зайти в такі будівлі/споруди так само як, наприклад, у магазин чи супермаркет. Однак це не так, адже доступ до таких будівель далеко не публічний, а в деяких випадках і зведений до мінімуму (наприклад, будівлі, що забезпечують діяльність органів безпеки, Кабінету Міністрів України, Офісу Президента України). У ст. 9.7.15 йдеться про будівлі політичних партій та неурядових організацій, які (будівлі), вочевидь, не можна вважати публічними.

2. В обох статтях ідеться про будівлю чи споруду, що забезпечує діяльність лише колегіального утворення – органу державної влади, органу місцевого самоврядування. А якщо захоплюється, утримується чи блокується доступ до будівлі/споруди, що забезпечує діяльність посадової особи (а не органу)? Завдяки п. 2 ст. 9.7.3 стосовно Президента України цей недолік долається. Але як бути, наприклад, із будівлями, що забезпечують діяльність Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини або міського голови?

3. За змістом запропонованих редакцій аналізованих статей діяння винної особи спрямовані на *будівлі чи споруди*. Таке формулювання не дозволяє вирішити проблему тлумачення ст. 341 чинного КК України: чи може вважатися будівлею/спорудою також її частина (приміщення, окремі офіси, поверх та ін.)? Якщо неурядова організація займає лише один чи декілька кабінетів у межах багатоповерхівки, а наділі відбувається блокування чи захоплення її діяльності лише в межах цих кабінетів, то чи наявний склад відповідного кримінального правопорушення? Якщо керуватись буквальним тлумаченням, то виходить, що проєкт подібні діяння караними не визнає.

4. Окремо уваги потребує така форма вчинення злочину, передбаченого ст. 341 чинного КК України, як *перешкоджання нормальній роботі* підприємств, установ, організацій, котра не знайшла відображення в проєкті. По-перше, чи можна бути впевненим у тому, що захоплення, блокування та утримання будівель і споруд є єдиними формами перешкоджання роботі, які мають тягнути кримінальну відповідальність? Навряд чи, оскільки зробити це можна і шляхом вчинення інших діянь, і не лише стосовно будівель та споруд, а й щодо інших видів простору (наприклад, земельна ділянка). По-друге, поза увагою кримінального закону залишається цілий пласт порушень нормальної роботи різноманітних установ, які не є органами влади чи місцевого самоврядування, не є неурядовими організаціями, але порушення нормальної роботи яких є неприпустимим. Це, наприклад, освітні заклади, наукові чи медичні установи та багато інших. Якою статтею буде охоплюватися блокування доступу до лікарні чи університету? Схоже, що й перешкоджання нормальній роботі підприємствам також залишається поза кримінально-правовим реагуванням. Ст. 6.4.11 проєкту, за якою підлягає відповідальності особа, яка створила незаконну перешкоду в реалізації права на підприємницьку діяльність, за такої редакції не спроможна охопити всі випадки небезпечного перешкоджання діяльності підприємств. Посилює

відповідні сумніви і запропонований у проєкті аналог хуліганства – бешкет, адже в ст. 7.5.9 не згадується порушення нормальної роботи підприємств, установ та організацій.

5. Сумнівною новелою виглядає вказівка в статтях 9.7.9, 9.7.15 на те, що утримування та блокування доступу до будівлі/споруди має відбуватися протягом певного часу: якщо більш ніж протягом 2 годин – це проступок, а якщо більш ніж протягом 4 годин – це злочин 1-го ступеня. Чергове прагнення досягнути правової визначеності може «вийти боком». Одразу уявляється, як в соціальних мережах та в інших місцях у випадку певних заворушень будуть надаватися практичні рекомендації на кшталт «блокувати та утримувати можна, але не більше 2-х годин», «одна група людей блокувала/утримувала 2 години, потім приходять інша та змінює тих, хто вже відстояв 2 години» тощо. Питання про час утримання/блокування має вирішуватися в кожному конкретному випадку з урахуванням положень про малозначність (мізерну шкоду).

6. Звертає на себе увагу й істотне зменшення караності передбачених у статтях 9.7.9 і 9.7.15 діянь. Наразі в ст. 341 КК України міститься склад нетяжкого злочину, який, однак, карається обмеженням волі на строк до 5 років або позбавленням волі на той самий строк. Проєктом пропонується вважати ці діяння злочином 1-го ступеня (навіть у разі насильницького утримування чи блокування доступу) або навість проступком. Мотиви такої лібералізації не виглядають очевидними.

Стаття 9.7.16. Використання привласнених владних повноважень публічної службової особи

Імовірно, має місце технічна помилка, оскільки в цій статті йдеться про використання привласнених владних повноважень публічної службової особи, *крім особи, передбаченої статтею 9.7.9 цього Кодексу*. При цьому у ст. 9.7.9 не згадується якась службова особа. Висловимо припущення, що у цьому разі малась на увазі ст. 9.7.11 «Використання привласнених владних повноважень працівника органу правопорядку, прокурора чи судді».

Стаття 9.7.18. Збут спеціального технічного засобу отримання інформації

Чинний КК України передбачає достатньо сувору відповідальність не лише за незаконний збут спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації, а й за їх незаконні придбання і використання.

Виглядає сумнівною пропонована робочою групою декриміналізація незаконних придбання і використання таких засобів. Згідно ч. 2 ст. 32 Конституції України не допускається збирання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економіки, добробуту та прав людини. Користування спеціальними технічними засобами негласного отримання інформації з боку приватних осіб за будь-яких умов характеризується високим рівнем суспільної небезпечності, грубим порушенням конституційних прав громадян. Зрозуміло, що шляхом незаконного використання такого засобу (але не придбання) відбувається порушення права на приватне життя, і воно саме собою охоплюється іншими статтями проєкту. Проте чи здатні ті статті запобігти масовому використанню таких засобів зі злочинною метою, особливо враховуючи, що вони передбачають злочини 1-го ступеня, а отже, готування до їх учинення та замах на них не каратимуться? Видається, що кримінальна відповідальність за незаконні придбання та використання згаданих засобів має чималий превентивний ефект. Тому негативних наслідків від пропонованої декриміналізації може бути більше, ніж користі. Доступ приватних осіб до спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації призведе до безпідставного втручання в приватне життя громадян, створить ризики появи маси нових злочинів, викликаних використанням зазначених засобів.

РОЗДІЛ 9.8.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ПОРЯДКУ ВИКОНАННЯ ВІЙСЬКОВОГО ОБОВ'ЯЗКУ

1. Розділ 9.8 має відносно логічне розташування в межах Книги про кримінальні правопорушення проти держави, особливо враховуючи те, що наступними за ним розташовуються розділи про кримінальні правопорушення проти порядку несення військового обов'язку («військові кримінальні правопорушення»). Однак назва цього розділу (і відповідний вид шкоди, що заподіюється правопорушеннями, статті про які в ньому містяться) не видається вдалою – знову ж з огляду на наступні за ним розділи Книги десятої «Кримінальні правопорушення проти порядку несення військової служби». Справа в тому, що порядок несення/проходження військової служби є складовою порядку виконання військового обов'язку. Назва аналізованого розділу, пропонована у попередньому варіанті проєкту (від 23.12.2022 р.) «*Кримінальні правопорушення проти порядку призову і*

мобілізації, проти альтернативної служби і порядку проходження навчальних та спеціальних зборів»), була, хоч і громіздкою, однак такою, що адекватно відображала як зміст передбачених у ньому статей, так співвідношення зі статтями, розміщеними у Книзі десятій.

Якщо ж розробники проєкту наполягатимуть на незмінності назви розділу 9.8 (наприклад, з огляду на її умовність), то потрібно подбати про віддзеркалення в ній і виконання невійськових обов'язків, про що згадується в статтях цього розділі. Мова йде про альтернативну службу, яка, вочевидь, не є частиною порядку виконання військового обов'язку, а також про мобілізаційні обов'язки, які випливають зі статей 9.8.6 і 9.8.9, та які, з огляду на ч. 3 ст. 1 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу», не включаються до військового обов'язку. Мобілізаційні обов'язки передбачають специфічні, врегульовані Законом України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію» обов'язки, які переважно, за змістом статей 9.8.6 і 9.8.9, не передбачають виконання військового обов'язку (надання споруд, транспорту, постачання техніки, виконання різного роду робіт оборонного характеру тощо). За таких обставин поліпшена назва розділу 9.8 могла б мати, наприклад, такий вигляд: «*Кримінальні правопорушення проти порядку виконання військового, альтернативного та мобілізаційного обов'язків*».

2. Звертає на себе увагу відсутність належної диференціації відповідальності (цього разу – за різні види ухилення) і надто вузький перелік критеріїв, що визначають межі караності. Останніми в межах всієї Особливої частини є вид шкоди та форма вини. Будь-які інші обставини свідомо нівелюються (крім деяких випадків урахування ознак, що підвищують ступінь тяжкості). При цьому вид шкоди, сформульований та оцінений за ступенем тяжкості, умоглядно – було вирішено, а чому б йому не називатися «шкода порядку виконання військового обов'язку» і нехай це буде злочин 1-го ступеня. Але сама по собі вказівка на шкоду такому порядку змістовно нічого не несе, зрівнюючи всі передбачені в розділі 9.8 злочини, нівелюючи будь-яку специфічність різних видів ухилення. До слова один із розробників проєкту М. Хавронюк (2018) справедлива відзначав, що злочини, передбачені статтями 335–336-1 КК (різні види ухилення) відрізняються між собою за ступенем суспільної небезпеки, обумовленим принципово різними обставинами, за яких учиняється кожний із них. Справді призов на строкову військову службу відбувається лише в мирний час, що підтверджує не лише його відсутність починаючи від 24 лютого 2022 р., а й

нещодавні зміни до Положення про підготовку і проведення призову громадян України на строкову військову службу та прийняття призовників на військову службу за контрактом (постанова КМУ від 21 березня 2002 р. № 352), яке це прямо забороняє. У воєнний час ставляться вже інші цілі, зокрема швидка мобілізація для відсічі агресору, а отже, ухилення від такого призову є більш небезпечним. Ухилення від призову осіб офіцерського складу, як правило, відбувається в мирний час, пов'язано з ухиленням від підготовки/перепідготовки та підвищення кваліфікації, але, з іншого боку, його суб'єктом є вищий за військовими званнями склад, що вимагає від нього більшої відповідальності. Усі ці дрібні ззовні, але значимі за змістом обставини, вочевидь, не спроможна відтворити негнучка модель формулювання типових санкцій в Загальній частині проєкту. Як наслідок, реальні відтінки суспільної небезпеки (соціальної шкідливості) нівелюються.

За такого підходу можна було б все, що міститься в підрозділі І розділу 9.8, «економно» охопити однією статтею приблизно такого змісту:

«*Стаття 9.8.3. Заподіяння шкоди порядку виконання військового обов'язку*

Особа, яка ухилилась від військової служби:

1) строкової,

2) за призовом осіб офіцерського склад,

3) за призовом осіб із числа резервістів в особливий період, або

4) за призовом під час мобілізації, на особливий період, –

вчинила злочин 1 ступеня».

Цей приклад статті у жодному разі не є пропозицією до внесення змін до проєкту – він лише покликаний продемонструвати, що обраний у проєкті підхід до максимальної типізації санкцій складно сприйняти позитивно.

3. У проєкті відсутня окрема стаття про відповідальність за ухилення від проходження служби цивільного захисту в особливий період чи в разі проведення цільової мобілізації. Наразі така відповідальність передбачена у ст. 336-1 чинного КК України, якою останній було доповнено у 2015 р.

Згідно з Положенням про Державну службу України з надзвичайних ситуацій (затв. постановою КМУ від 16 грудня 2015 р. № 1052) ДСНС є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується КМУ через Міністра внутрішніх справ. Згідно з Положенням про порядок проходження служби цивільного захисту особами рядового і начальницького складу (затв. постановою КМУ від 11 липня 2013 р. № 593) Служба цивільного захисту є державною службою особливого характеру, яка

забезпечує пожежну охорону, захист населення і територій від негативного впливу надзвичайних ситуацій, вживає заходів до запобігання і реагування на надзвичайні ситуації, ліквідації їх наслідків у мирний час та в особливий період. Ця служба є контрактною, добровільною, передбачає спеціальні звання, а час її проходження зараховується до стажу державної служби. Відповідні службовці керуються у своїй діяльності передусім Кодексом цивільного захисту України, згаданим Положенням та Дисциплінарним статутом служби цивільного захисту. Попри добровільність, служба цивільного захисту має свої особливості в особливий період та під час цільової мобілізації.

Так, згідно з п. 213 згаданого Положення особа, яка уклала контракт про перебування у резерві служби цивільного захисту під час мобілізації (зокрема, цільової) зобов'язана з'явитися на збірний пункт органу чи підрозділу цивільного захисту у строк, зазначений в надісланому їй розпорядженні, їй забороняється зміна місця проживання без дозволу керівників відповідних органів та підрозділів цивільного захисту, а звільнення зі служби здійснюється на підставі рішення, прийнятого в порядку, передбаченому Законами України «Про правовий режим надзвичайного стану» та «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію». Стосовно осіб, які проходять службу цивільного захисту за контрактом на загальних підставах (не в резерві), то виконання ними обов'язків службовців цивільного захисту не прив'язано до їх мобілізації.

Зважаючи на викладені особливості, ухилення від проходження служби цивільного захисту не охоплюється статтями про *ухилення від військової служби за призовом під час мобілізації* на особливий період (ст. 9.8.5) і від *виконання відповідних військових обов'язків* (Книга десята), оскільки *служба цивільного захисту* загалом має іншу природу і регулюється окремим масивом нормативних актів, а ухилення від її проходження не завжди пов'язано з призовом службовців за мобілізацією. При цьому чинні нормативні акти передбачають спеціальні обов'язки і заборони таких службовців, порушення яких становить не меншу суспільну небезпеку (соціальну шкідливість), ніж ухилення від військової служби.

З огляду на сказане, робочій групі доцільно розглянути питання про відтворення ст. 336-1 КК (а, можливо, її вдосконаленої версії) у проєкті.

Стаття 9.8.1. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на два ступеня

1. Стосовно підвищення ступеня тяжкості за ухилення службовою особою юридичної особи від виконання мобілізаційного обов'язку (ст. 9.8.6) *в складі або за завданням організованої групи чи злочинної організації – на два ступеня* (п. 1 ст. 9.8.1) виникають сумніви в доцільності такої диференціації. Складно уявити, як керівники різних юридичних осіб або керівник на чолі групи в межах однієї юридичної особи створюють та підтримують існування стійкого об'єднання (на невизначений час) задля того, щоб не забезпечити своєчасне прибуття своїх працівників на збірний пункт чи до військової частини, не надавати транспортні засоби, не забезпечувати доставку техніки тощо. Як варіант, можна припустити вчинення таких дій у складі простої групи, наприклад, коли декілька службових осіб у межах юридичної особи домовляються про таке ухилення. Інша справа, якщо ухилення має на меті завдати шкоду державі (ослабити державу), і здійснюється за завданням ворога, але в такому разі таку поведінку слід оцінювати вже з точки зору відповідальності за злочини проти державної безпеки (розділ 9.1).

2. Пропоноване підвищення ступеня тяжкості на два ступеня за вчинення злочинів, передбачених статтями 9.8.4 чи 9.8.5, *в умовах воєнного стану* наводить на такі міркування. Вказані статті передбачають відповідальність за такі види ухилення від військової служби, яким, як убачається, іманентно властиве його вчинення в особливий період (ухилення від військової служби за призовом осіб із числа резервістів в особливий період і за призовом під час мобілізації на особливий період). Попри бажання розробників проєкту, підвищення тяжкості на 2 ступеня за нинішньої редакції вказаних статей видається неможливим. Справа в тому, що згідно з ч. 2 ст. 2.5.12, якщо в статті Особливої частини як ознака основного складу злочину передбачена ознака, що змінює ступінь тяжкості злочину, то при встановленні ступеня тяжкості вчиненого злочину ця ознака не враховується.

Особливий період за своїм визначенням, як відомо, настає з моменту оголошення рішення про мобілізацію (крім цільової) або доведення його до виконавців стосовно прихованої мобілізації чи з моменту введення воєнного стану в Україні або в окремих її місцевостях та охоплює час мобілізації, воєнний час і частково відбудовний період після закінчення воєнних дій. Тобто особливий період може мати місце у зв'язку з: а) мобілізацією (без воєнного стану), б) введенням воєнного стану, в) відбудовним періодом

(коли воєнний стан може бути відсутнім). Таким чином, будучи складовою особливого періоду як основної ознаки складу, воєнний стан не може бути вдруге врахований як особливо кваліфікуюча ознака.

Стаття 9.8.2. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь

Однією з кваліфікуючих ознак ухилення військовослужбовцем від виконання обов'язків військової служби згідно зі ст. 10.2.3 визнається вчинення такого ухилення *шляхом самокалічення, симуляції хвороби, підроблення документа чи іншого обману*. Як відомо, ухилення, які передбачені статтями 335–336-1 чинного КК (та, відповідно, статтями 9.8.3–9.8.5 проєкту), також можуть вчинюватись у такий спосіб, і такі випадки не є рідкісними в практичній площині. Виникає питання, чому і стосовно цих видів ухилення такий спосіб не визнається «кваліфікуючим»? Чи, можливо, в обох згаданих випадках ухилення цю ознаку не слід визнавати «кваліфікуючою»?

Стаття 9.8.3. Ухилення від строкової військової служби та військової служби за призовом осіб офіцерського складу

1. Не видаються вдалими коригування назв і диспозицій статей про ухилення (9.8.3–9.8.5) – порівняно з аналогами в чинному КК. В останньому акцентується увага на *ухиленні від призову* на відповідний вид військової служби в той час, як у проєкті йдеться про *ухилення від служби* відповідного виду. За таких обставин породжується зайва конкуренція між цими статтями і статтями із розділів Книги десятої, що передбачає ухилення від військової служби, або, інакше кажучи, – ухилення від виконання обов'язків військової служби (ст. 10.2.3), суб'єктом якого є військовослужбовець.

Наприклад, ст. 9.8.3 передбачає відповідальність за ухилення від строкової військової служби. З цього формулювання випливає, що за згаданою статтею несе відповідальність як особа, яка ухилилась від призову до неї, так і особа яка після призову ухиляється від служби (втекла під час доставлення до місця служби або з частини, в якій несе службу, тощо), бо йдеться про ухилення від служби взагалі, а не від призову на неї. Те саме стосується і видів ухилення, передбачених статтями 9.8.4 і 9.8.5.

Звісно, що теорія та практика зможуть вирішити цю конкуренцію: якщо в статтях 9.8.3–9.8.5 суб'єкт охоплює де-факто ширше коло осіб (як ті, хто лише призиваються, так і військовослужбовці), то ст. 10.2.3 передбачає

вужче коло (тільки військовослужбовці). Але ж завдання кодифікації якраз і полягає в тому, щоб долати колізії, а не породжувати нові. Такими чином, формулювання чинного КК («*ухилення від призову*») щодо вказаних видів злочинів видаються вдалішими.

Інша ситуація зі ст. 9.8.8, якою передбачено відповідальність військовозобов'язаних і резервістів за ухилення від проходження навчальних або спеціальних зборів. Згідно зі ст. 29 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу» призову для проходження таких зборів підлягають тільки військовозобов'язані; натомість резервісти проходять їх відповідно до програм та у встановленому порядку. Крім того, Книга десята проєкту не передбачає відповідальності військовозобов'язаних і резервістів за ухилення від виконання обов'язків військової служби. Отже, як ухилення від призову на збори, так і наступне ухилення від самих зборів, охоплюватиметься ст. 9.8.8, а тому, формулювання «*ухилення від проходження…»* є виправданим.

Стаття 9.8.4. Ухилення від військової служби за призовом осіб із числа резервістів в особливий період.
Стаття 9.8.5. Ухилення від військової служби за призовом під час мобілізації, на особливий період

1. Щодо «зрівнялівки» в оцінці суспільної небезпеки (соціальної шкідливості) – див. загальні зауваження до цього розділу.

2. Щодо удосконалення формулювання назви та диспозиції – див. зауваження до ст. 9.8.3.

Стаття 9.8.6. Ухилення від виконання обов'язків під час мобілізації

1. Виділення «*керівника*» як окремого суб'єкта цього злочину поряд із *службовою особою* навряд чи доцільне, адже зрозуміло, що керівник є одним із видів службових осіб юридичної особи.

2. Обов'язки підприємств, установ і організацій щодо мобілізаційної підготовки та мобілізації передбачені у ст. 21 Закону України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію». Схоже, за задумом розробників проєкту, кримінальному переслідуванню мають підлягати ухилення від виконання лише окремих із перерахованих у цій статті обов'язків; інші ухилення, можна припустити, залишаться в сфері дії КУпАП. Порівнюючи «обрані» для ст. 9.8.6 обов'язки та обов'язки, перераховані в регулятивному законодавстві, можна зробити висновок про те, що загалом вони утворюють

перелік найбільш важливих обов’язків. Водночас обов’язок забезпечувати поставку продукції згідно з укладеними договорами (контрактами) є не менш важливим.

Є питання і щодо того, як службова особа юридичної особи може забезпечити своєчасне прибуття працівника на збірний пункт чи до військової частини (п. 1 ст. 9.8.6). Роботодавець зобов’язаний лише сповістити працівника під розписку, а в разі відмови від підписання службова особа складає про це акт і повідомляє уповноважений орган, тобто за суттю виконує лише функції оповіщення (див. Порядок організації та ведення військового обліку призовників, військовозобов’язаних та резервістів, затв. постановою КМУ від 30 грудня 2022 р. № 1487).

Стаття 9.8.7. Ухилення від проходження альтернативної служби

1. Загалом встановлення відповідальності за ухилення від проходження альтернативної служби слід оцінити схвально, тим більше, що у проєкті у цьому разі йдеться про кримінальний проступок. Водночас це потребуватиме внесення змін до Закону України «Про альтернативну (невійськову) службу», згідно з яким у разі такого ухилення місцева державна адміністрація скасовує своє рішення про направлення громадянина на альтернативну службу, після чого він підлягає призову на строкову військову службу на загальних підставах (ч. 3 ст. 8). Тобто наразі наслідком ухилення від альтернативної служби є призов громадянина на загальних підставах. То ж як він буде призиватися на загальних підставах і при цьому відбувати передбачені за проступок покарання (наприклад, безоплатні роботи чи арешт) одночасно, не зовсім зрозуміло.

2. Згаданий Закон називає чотири види ухилення від альтернативної служби. Натомість проєкту розробники обмежились лише трьома з них (ч. 2 ст. 8), чомусь вирішивши, що четвертий його вид «не вартий уваги» кримінального закону, можливо, через те, що він займає багато тексту, – «несвоєчасне (пізніше ніж за п’ять календарних днів) повідомлення відповідному структурному підрозділу місцевої державної адміністрації про надання відпустки з ініціативи власника або уповноваженого ним органу, а також про попередження власником або уповноваженим ним органом щодо звільнення у зв’язку з ліквідацією, реорганізацією або перепрофілюванням підприємства, установи, організації». Якщо потрібно було зекономити текст, то (як варіант) можна було просто послатися на відповідний закон.

Стаття 9.8.9. Ухилення громадянина від виконання обов'язків під час мобілізації

У ч. 1 ст. 22 Закону України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію» встановлено обов'язок громадян надавати *в установленому порядку* під час мобілізації будівлі, споруди, транспортні засоби та інше майно, власниками яких вони є, Збройним Силам України, іншим військовим формуванням, Оперативно-рятувальній службі цивільного захисту з наступним відшкодуванням державою їх вартості. Громадянин, таким чином, не зобов'язаний надавати майно відповідним формуванням на будь-яку їх вимогу чи вимогу їх представників. Ідеться виключно про надання майна в установленому порядку, наприклад, згідно із Законом України «Про передачу, примусове відчуження або вилучення майна в умовах правового режиму воєнного чи надзвичайного стану», Положенням про військово-транспортний обов'язок (постанова КМУ від 28 грудня 2000 р. № 1921). Відмова громадянина від виконання цього обов'язку у випадку недотримання порядку передачі, відчуження чи вилучення не повинна каратися. Те саме стосується виконання робіт, які мають оборонний характер. Наприклад, постановою КМУ від 13 липня 2011 р. № 753 затверджено Порядок залучення працездатних осіб до суспільно корисних робіт в умовах воєнного стану. Через це диспозицію ст. 9.8.9 доцільно розпочати таким чином: «*Громадянин України, який на порушення встановленого порядку під час мобілізації…*».

КНИГА 10.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ПОРЯДКУ НЕСЕННЯ ВІЙСЬКОВОЇ СЛУЖБИ

Розміщення Книги десятої передостанньою в Особливій частині проєкту повторює підхід, застосований в чинному КК України, і, зважаючи на специфіку кримінальних правопорушень, передбачених розташованими тут статтями, не викликає критики. Систему книги утворюють шість розділів, кожен з яких стосується окремих аспектів порядку несення військової служби (родовий об'єкт). Пропонована система в цілому відтворює систему розділу XIX Особливої частини чинного КК, виправляючи окремі його недоліки, та базується на доктринальних класифікаціях військових кримінальних правопорушень (наприклад, С. Харитонов, 2018).

Серед назв розділів певну критику може викликати хіба що назва розділу 10.2 «Кримінальні правопорушення проти порядку проходження військової служби», що обумовлено різними значеннями, які можуть вкладатись у зміст поняття «проходження служби» (М. Карпенко, 2022). В інших джерелах відображені розділом 10.2 проєкту відповідні кримінальні правопорушення, описані чинним КК, пропонується називати такими, що вчиняються проти *порядку перебування* на військовій службі (див., напр.: Кримінальне право України. Особлива частина. За ред. В.Я. Тація, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. Харків, 2020). Щоправда, і цей аналог не позбавлений недоліків. Загалом же «проходження служби» чи «перебування на службі» можна за потреби розглядати і в більш вузькому значенні.

Робочій групі можна порекомендувати розглянути можливість передбачити в Книзі десятій і статті про кримінальні правопорушення, механізм заподіяння шкоди якими порядку несення військової служби пов'язаний із зовнішніми до цього порядку діями, тобто які порушують цей порядок (чи створюють небезпеку його порушення) ззовні, а не з середини, і суб'єктом вчинення яких може бути навіть загальний суб'єкт. Мова йде про передбачені в чинному КК України образу честі і гідності військовослужбовця та погрозу військовослужбовцю у зв'язку зі здійсненням ними своїх обов'язків, про образу Збройних Сил України. Аналоги цих посягань можна віднайти в кримінальному законодавстві країн-членів ЄС (напр., § 109d КК ФРН – підривна пропаганда проти Бундесверу («Störpropaganda gegen die Bundeswehr»)). Окремо саме у Книзі десятій можна передбачити відповідальність і за примушування військовослужбовця

до ухилення від виконання ним своїх військових обов'язків та за публічні заклики (чи то схиляння) до їх невиконання.

РОЗДІЛ 10.1.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ПОРЯДКУ ПІДЛЕГЛОСТІ ТА ВІЙСЬКОВОЇ ЧЕСТІ

Стаття 10.1.1. Значення термінів, вжитих у розділах 10.1–10.6 цього Кодексу

1. У контексті системи Особливої частини проєкту не виглядає вдалим (зокрема, з точки зору зручності для правозастосувача) розміщення «глосарію», терміни якого розраховані на всі розділи Книги десятої, на початку одного з розділів цієї Книги. Логіка системного викладення була б дотримана, якби спільні для всіх розділів терміни були винесені перед усіма цими розділами.

2. Стосовно терміну «*військова публічна службова особа*» (п. 2), то він де-факто, крім самого «глосарію», більше не використовується в Книзі десятій, адже в ній згадується лише про а) «публічну службову особу, яка займає особливо відповідальне становище» (статті 10.5.1 і 10.5.6) або б) військову службову особу (статті 10.1.18, 10.5.5, 10.5.6 і 10.5.8). Цю термінологічну проблему можна вирішити, наприклад, шляхом додаванням слова «публічна» до всіх випадків використання терміну «військова службова особи» та слова «військова» до всіх випадків використання терміну «публічна службова особа, яка…». З іншого боку, чи не доцільно термін «*публічна*» прибрати з назви відповідного поняття, оскільки складно собі уявити якусь іншу сферу, в якій функціонують військові службові особи.

Крім цього, у п. 2 військова (публічна) службова особа визначається шляхом виділення двох її основних видів: а) військових командирів (начальників), та б) інших військовослужбовців, які виконують відповідні обов'язки. Натомість надалі в Книзі десятій такий вид, як «військовий командир (начальник)», не згадується, а йдеться просто про командира (начальника).

3. Стосовно терміну «військовий злочин (проступок)» (п. 3). У ст. 10.1.1 ідеться про значення термінів, які *вжиті* в розділах 10.1–10.6, однак пошук термінів «військовий злочин» і «військовий проступок» у межах цих розділів та й в межах всього проєкту показав, що, крім як у п. 3, він більше ніде не вживається. Навіть у назві Книги десятої він не використаний. Для

уникнення такої логічної суперечності поняття військового кримінального правопорушення (злочину чи проступку) слід винести в окрему статтю.

Щоправда, визначення поняття військового кримінального правопорушення в «глосарії» не має жодного практичного значення. Те, що суб'єкт його вчинення є спеціальним, і без цього визначення випливає зі змісту кожної зі статей розділів 10.1–10.6 проєкту. Єдине положення, яке справді може мати значення у цьому контексті, – вказівка на те, що військовозобов'язані та резервісти можуть вчинити відповідне кримінальне правопорушення виключно під час проходження ними навчальних чи спеціальних зборів. За таких обставин чи не варто надати значення саме цим поняттям (резервіст та військовозобов'язаний)?

4. Терміну «ворог» (п. 5). подається, як видається, у вужчому, ніж передбачено законами України, значенні. За змістом проєкту ворогом може бути тільки іноземна держава чи формування, що нею забезпечується. Натомість поза увагою робочої групи залишились, зокрема, формування терористичного характеру, які не обов'язково забезпечуються підтримкою ззовні.

Оборона України – це система заходів держави щодо підготовки до збройного захисту та її захист у разі *збройної агресії* або *збройного конфлікту* (ст. 1 Закону України «Про оборону України»). Своєю чергою, згідно з п. 7 ч. 1 ст.1 Закону України «Про національну безпеку України» збройний конфлікт – це збройне зіткнення між державами (міжнародний збройний конфлікт, збройний конфлікт на державному кордоні) *або між ворогуючими сторонами в межах території однієї держави, як правило, за підтримки ззовні* (внутрішній збройний конфлікт). Тому не виключено, що ворогом може бути й таке формування, забезпечення якого не здійснює інша держава (зокрема, ворожа), або факт якого стає відомим лише через певний проміжок часу. Але такий конфлікт може бути не меншим за масштабом та небезпекою, ніж міждержавний. Яскравий приклад такого формування – ІДІЛ («Ісламська держава»), що є міжнародною терористичною мілітаристською групою, яка не забезпечується іншими державами, однак спромоглася захопити та утримувати території декількох країн. Не виключено, що в майбутньому можуть з'явитися формування й іншого роду, здатні вести збройний конфлікт проти України всередині держави чи з-за її меж не менш масштабно.

5. Стосовно терміну «командир (начальник)» (п. 7), то в його визначенні потреби, вочевидь, не має, зважаючи на те, що командири (начальники) і так

визнаються окремим видом військової службової особи згідно з п. 2 цієї ж статті (за умови зміни в п. 2 «військового командира» на «командира»).

6. Термін «озброєння» (п. 8) пропонується вживати в значенні всіх видів військової зброї та засобів, що забезпечують її застосування. Однак використовується цей термін, крім самого п. 8, лише в п. 6 «глосарію», який вказує на те, що під «засобами ведення бою» слід розуміти озброєння, військову техніку та укріплення. Виходить, що цей термін визначається в «глосарії»» для того, щоб надати значення іншому терміну в тому ж таки «глосарії». За таких обставин доцільно при розкритті поняття «засоби ведення бою» надати визначення озброєнню, перерахувавши всі можливі типи (види) зброї згідно з прийнятою класифікацією

Стаття 10.1.2. Кримінальна відповідальність на умовах взаємності

1. Зі змісту цієї статті складно зрозуміти, які саме винятки із правил, передбачених статтями 1.3.4 і 1.3.5 проєкту (дія в просторі і за колом осіб), нею пропонуються. У ній ідеться про правило дії закону щодо злочину, учиненого військовослужбовцем України щодо військовослужбовця союзної держави. Проте не вказано, чи має значення громадянство військовослужбовця (згідно із Законом України «Про військовий обов'язок і військову службу» іноземці та особи без громадянства можуть проходити її в добровільному порядку) та, найголовніше, місце вчинення цього злочину – на території України чи поза її межами. Якщо ці обставини, за задумом робочої групи, справді не мають значення, то задля уникнення неоднозначного застосування потрібно на це чітко вказати (наприклад, «незалежно від місця вчинення»).

2. У цій статті згадується «союзна держава», однак яку саме державу слід визнавати союзною? Чи є такою державою, наприклад, держава, яка надала Україні військову чи гуманітарну допомогу в боротьбі проти агресії рф? Чи це має бути держава, з якою підписано договір, що надає їй певного «союзного» статусу? Чи можливо це та держава, з військовослужбовцями якої наші воїни проводять навчання? Вказану невизначеність варто спробувати усунути.

3. Назва аналізованої статті фокусує увагу на «умовах взаємності», однак жодного положення про взаємність у ній не відображено. Чи йдеться про те, що ця стаття застосовується тільки за умови, що держава, якій належить потерпілий військовослужбовець чи держава, на території якої проводяться спільні дії, має таке саме правило в своєму кримінальному

законі у разі вчинення їх військовослужбовцями відповідних злочинів проти українських військовослужбовців? Інакше кажучи, зміст цих «умов взаємності» також залишається невизначеним.

Стаття 10.1.3. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на два ступеня

Ознака, передбачена п. 1 цієї статті, підвищує ступінь тяжкості вчиненого військовослужбовцем, військовозобов'язаним чи резервістом щодо командира (та деяких інших суб'єктів) опору, примушування, насильства чи погрози. Підставою для такого підвищення визнається сукупність умов: 1) потерпілий (людина чи близька їй людина) займає особливо відповідальне становище, 2) вказані діяння вчиняються у зв'язку з виконанням потерпілим службових повноважень в інтересах суспільства чи держави. Видається, що застосування цієї норми призведе до складнощів у її інтерпретації з огляду на таке.

По-перше, хто є тою «*людиною*, яка займає особливо відповідальне становище»? По тексту проєкту згадується тільки «*публічна службова особа*, яка займає особливо відповідальне становище». Значення цього терміну розкривається в п. 51 ч. 2 ст. 1.4.1 проєкту. Слід, однак, зауважити, що коли в «глосарії» надається визначення терміну, який складається з декількох слів (словосполучення), то надалі в тексті документу цей термін матиме задане значення тільки у випадках, коли він буквально відтворюється з усіх слів. Натомість у ст. 10.1.3 (як і в багатьох інших статтях проєкту) ідеться не про публічну службову особу, а про людину, яка займає особливо відповідальне становище. За таких обставин, аналізована ознака не відповідає правовій визначеності.

По-друге, не зовсім зрозуміло, хто все ж займає це особливо відповідальне становище – командир (начальник) чи його близька людина? Буквальне трактування п. 1 приводить до висновку про те, що таке становище може займати будь-хто з них («*щодо людини (чи близької їй людини), яка займає…*»). Тобто цей пункт буде застосовуватись, наприклад, тоді, коли військовослужбовець погрожує близькій командиру людині, яка займає особливо відповідальне становище, хоч сам командир такого становища не займає. Навряд чи такий підхід є правильним і задумувався робочою групою.

Крім того, навіть при внесенні уточнення у зв'язку із зазначеним вище близька людина як потерпілий чомусь з'являється лише у тому випадку,

якщо вона є близькою особі, яка займає особливо відповідальне становище. Якщо ж це «простий» командир, то висловлення погрози, насильства чи примушування близькій йому людині у зв'язку зі здійсненням ним своїх обов'язків статтями 10.1.8 – 10.1.11 не охоплюється. Це схоже на невиправдану дискримінацію.

Для того, щоб правильно відобразити близьку потерпілому людину як потерпілого, потрібно перенести її до ознак основних складів насильства, примушування та погрози. Наприклад, диспозиція ст. 10.1.9 могла б мати такий вигляд: «Військовослужбовець, військовозобов'язаний або резервіст, який погрожував спричинити смерть чи тяжку шкоду здоров'ю командиру (начальнику) *або його близькій людині* у зв'язку з виконанням *ним* обов'язків військової служби…».

Щодо опору, то навряд чи потерпілим в його складі може визнаватися близька людина, адже опір полягає в активній протидії, спрямованій проти потерпілого фізично (тілесно) або предметів, що ним використовуються. Хіба можна опиратися близькій командиру особі? Вона не виконує при цьому жодних військових обов'язків.

По-третє, якщо ж розробники проєкту мали на увазі саме «публічну службову особу, яка займає особливо відповідальне становище» (а не якусь іншу людину), то цим варто і було обмежитись. Вказівка на виконання службових повноважень в інтересах суспільства чи держави є зайвою, оскільки будь-яка правомірна реалізація повноважень такими особами, зважаючи на їх статус, буде визнаватися здійсненою в інтересах суспільства та держави.

І, нарешті, по-четверте, якщо проаналізувати перелік «публічних службових осіб, які займають особливе відповідальне становище» в ст. 1.4.1 проєкту, то ми побачимо, що там фігурує лише декілька суб'єктів, які можуть підпадати під поняття «командир (начальник)» та виконувати військові обов'язки (Президент, Секретар РНБО, Головнокомандувач ЗСУ, Голова СБУ). Чи є потреба за таких обставин включати аналізовану ознаку до статті 10.1.3? Навряд чи. Інша справа, якщо стосовно військових кримінальних правопорушень вдатися до розширення цього кола осіб (з цього приводу див. зауваження до ст. 10.5.1).

Стаття 10.1.4. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь

1. П. 2 передбачає кваліфікуючу ознаку опору, насильства, примушування і погрози – вчинення їх із застосуванням зброї. З огляду на відсутність специфічного для Книги десятої визначення поняття «зброя», слід послуговуватися тим, що наведений в загальному «глосарії» (ст. 1.4.1). Останній розрізняє зброю та вибухові пристрої. Зважаючи на їх нетотожність, доцільно було б передбачати у п. 2 обтяження і у випадку застосування вибухових пристроїв.

2. Щодо бойової обстановки (п. 4) як ознаки, що підвищує тяжкість злочину на один ступінь, варто погодитися із висловленою М. Карпенком (2022) пропозицією прирівняти цю ознаку до ознаки вчинення в умовах воєнного стану як такої, що підвищує ступінь тяжкості на два ступеня. Ця рекомендація стосується й інших розділів Книги десятої, в яких бойова обстановка визнається «кваліфікуючою» ознакою.

Стаття 10.1.5. Публічна непокора

Конститутивною ознакою непокори визнається її публічність. Відповідно до п. 53 ч. 1 ст. 1.4.1 під публічною непокорою слід розуміти таку, яка розрахована на публіку, зокрема здійснювана в приміщенні чи місці, де може бути присутньою невизначена кількість осіб, які не є членом сім'ї чи близькою людиною. Тобто непокора повинна бути спрямована на невизначене коло осіб.

Натомість чинний КК передбачає відповідальність за відкриту непокору, тобто таку, яка здійснена в категоричній формі (усно, письмово чи конклюдентно), зі змісту якої однозначно випливає, що суб'єкт виконувати наказ не буде (не збирається). Вияв непокори з розрахунком на значне коло осіб очевидно підвищує ступінь її небезпечності, однак не змінює її злочинної природи. Тому формулювання «відкрита непокора» пропонується зберегти, а публічність – визнати ознакою, що підвищує ступінь тяжкості непокори. Варіант: публічну непокору можна залишити злочином 3-го ступеня, а відкриту непокору (за відсутності ознак публічності) передбачити як злочин 1-го ступеня чи проступок.

Стаття 10.1.6. Невиконання наказу, що з необережності спричинило особливо тяжку шкоду.

Стаття 10.1.7. Невиконання наказу, що з необережності спричинило тяжку шкоду

1. Зважаючи на закладені в основу проєкту підходи до визначення ступенів тяжкості злочину та конструювання статей Особливої частини, розробники вимушені були один і той самий вид військового злочину (невиконання наказу), який в чинному КК відображено в одній ст. 403 (зокрема, з диференціацією відповідальності), розмістити одразу в трьох самостійних статтях – 10.1.6, 10.1.7 та 10.1.15. Це є свідченням того, що закріплений в чинному КК класичний (найпоширеніший) для країн романо-германської правової сім'ї підхід до диференціації відповідальності в межах окремої статті Особливої частини КК може розглядатися як більш вдалий і зручний, ніж той, який запропонований робочою групою.

2. Істотним недоліком пропонованих статей про невиконання наказу є послаблення правоохоронної спроможності кримінального права за рахунок вичерпного та конкретизованого перерахунку видів шкоди, заподіяння якої внаслідок невиконання наказу і становить основну криміноутворювальну ознаку при виділенні аналізованих статей проєкту. Це той випадок, коли благим наміром (яким тут, швидше за все, є слідування принципу правової визначеності) може бути вимощена дорога в пекло.

У ст. 10.1.6 передбачається такий наслідок, як особлива тяжка шкода, яку, так треба розуміти, слід трактувати саме як будь-який із видів шкоди, передбачених ч. 1 ст. 2.5.6 проєкту (а точніше, з урахуванням змісту цієї статті – лише смерть людини або загибель плоду). У ст. 10.1.7, яка в назві вказує на заподіяння тяжкої шкоди, передбачається спричинення лише тяжкої шкоди здоров'ю та тяжкої майнової шкоди. Відповідно, в ст. 10.1.15, назва якої вказує на заподіяння значної шкоди, передбачається спричинення лише значної шкоди здоров'ю та значної майнової шкоди.

Виходить, що ці статті не передбачають кримінальної відповідальності за таке невиконання наказу суб'єктом, що спричиняє з необережності таку шкоду, яка не полягає в смерті чи загибелі плоду, шкоді здоров'ю чи майновій шкоді, але яка при цьому безпосередньо випливає з безпосереднього об'єкта аналізованого кримінального правопорушення. Це може бути, наприклад: зрив заходів із забезпечення постійної бойової готовності військової частини, підрозділу, корабля; зрив бойового завдання, операції; втрата управління військами; полонення наших

військовослужбовців ворогом; захоплення ворогом території; втрата важливих оборонних чи наступальних позицій або інше надання переваги ворогові в особливий період. Ці наслідки не обов'язково пов'язані зі шкодою життю, здоров'ю чи власності, або ж їх a priori проблематично визначити в грошовому вимірі, а спроби такого визначення ведуть до порушення принципу правової визначеності з огляду на відсутність методик та критеріїв її визначення.

Вказаний недолік частково можна виправити шляхом вказівки на ті види істотної, значної та тяжкої шкоди, які самі ж розробники проєкту визначили в його статтях 2.5.3–2.5.5 для військових злочинів: шкода порядку виконання військового обов'язку (п. 19 ст. 2.5.3), шкода порядку несення військової служби (п. 22 ст. 2.5.4) і шкода порядку несення військової служби в умовах воєнного стану (п. 11 ст. 2.5.5). Варіант: вказувати лише на рід шкоди – значна, тяжка чи особливо тяжка відповідно. Прагнення мінімізувати використання оціночних понять в кримінальному праві, звісно, вітається, однак не тоді, коли це істотно послаблює правоохоронний потенціал цієї галузі.

Стаття 10.1.8. Опір командиру (начальнику)

1. Назва цієї статті значною мірою не відповідає її змісту, оскільки в статті йдеться про опір не лише командиру (начальнику), а й вартовому, патрульному чи іншій особі, яка виконує покладені на неї обов'язки щодо підтримання військового правопорядку. Тому цю назву варто уточнити, наприклад, так: «*Опір особі, яка виконує обов'язки щодо підтримання військового правопорядку*». Вказівка на таку особу здатна охопити і командира, оскільки він також виконує обов'язки щодо підтримання правопорядку. Як варіант назва статті може бути такою: «*Опір командиру (начальнику) або особі, що підтримує військовий правопорядок*».

2. Сумнівним є визнання опору, під яким традиційно розуміється лише активна протидія без застосування насильства чи погрози, злочином 3-го ступеня, тобто так само, як і застосування насильства чи висловлення погрози (статті 10.1.9, 10.1.10, 10.1.11 проєкту).

Стаття 10.1.9. Примушування командира (начальника)

Назва цієї статті так само не відповідає її змісту, бо у ній йдеться про примушування не лише командира (начальника), а й вартового, патрульного чи іншої особи, яка виконує покладені на неї обов'язки щодо підтримання

військового правопорядку. Варто розглянути можливість зміни цієї назви, наприклад, на «*Примушування особи, яка виконує обов'язки щодо підтримання військового правопорядку*» чи «*Примушування командира (начальника) або особи, що підтримує військовий правопорядок*».

Стаття 10.1.10. Насильство щодо командира (начальника)

1. Відсутність у межах одного розділу проєкту статей з повною диференціацією відповідальності залежно від ступеня тяжкості застосованого насильства виглядає як незавершена картина. При цьому стосовно різних видів невиконання наказу, яке спричиняє з необережності різні види шкоди – смерть людини, різні види шкоди здоров'ю та майнової шкоди, – розробники проєкту знайшли аргументи на користь положення про можливість (необхідність) відображення їх в різних статтях цього розділу (статті 10.1.6, 10.1.7, 10.1.15). Однак щодо різних видів застосування насильства було вирішено обрати підхід, який видається достатньо дивним. Так, учинення найменш небезпечного насильства (спричинення болю внаслідок ударів, побоїв) охоплюється спеціальною нормою, вважається «військовим кримінальним правопорушенням» і його ступінь тяжкості може бути підвищений за рахунок специфічних для цієї сфери ознак (в умовах воєнного стану, в бойовій обстановці та ін.). Спричинення ж більш серйозних наслідків (істотна, значна чи тяжка шкода здоров'ю, смерть людини) «раптом» стає «загальнокримінальним» злочином (не військовим), охоплюється загальною нормою, а на зміну його ступеня тяжкості впливають вже зовсім інші ознаки, що, як правило, не пов'язані зі специфікою військової сфери.

2. Потерпілим від насильства визнається тільки командир (начальник), хоч у складі опору та примушування (статті 10.1.8 і 10.1.9) таким справедливо визнаються також і вартові, патрульні та інші особи, які виконують покладені на них обов'язки щодо підтримання військового правопорядку. Видається, що така непослідовність не має достатніх підстав. Виходить, що опір і примушування таких осіб кваліфікуються за спеціальною нормою, а насильство щодо них, на відміну від насильства щодо командира, – вже за загальною…

3. Не виглядає бездоганною вказівка в ст. 10.1.10 на те, що вчинене насильство завдало фізичний біль, але не спричинило розлад здоров'я. Розлад здоров'я не є єдиним критерієм поділу шкоди здоров'ю на види. Такими критеріями є також втрата працездатності, непоправне спотворення обличчя

чи реальна небезпека для життя людини в момент спричинення шкоди здоров'ю і т. д. (див. ст. 1.4.3 проєкту). Не виключені випадки, коли наприклад, буде наявний один із таких критеріїв, але критерій розладу здоров'я буде відсутнім. Тому більш вдалим видається формулювання цієї негативної ознаки в такий спосіб: *«(...) що завдало фізичного болю, але не спричинило істотної, значної чи тяжкої шкоди здоров'ю, (...)*».

Стаття 10.1.11. Погроза вбивством чи спричиненням тяжкої шкоди здоров'ю командиру (начальнику)

1. Ст. 10.1.11 передбачає спеціальну норму за ознаками спеціального суб'єкта та потерпілого відносно загальної норми, передбаченої у ст. 4.3.3 проєкту «Погроза спричинити смерть чи тяжку шкоду здоров'ю». При цьому помітною є непослідовність у формулюванні ознак погрози, яка має бути виправлена, а саме: у ст. 4.3.3 вказується така її обов'язкова ознака, як сприйняття людиною (потерпілою) погрози як такої, що може бути реалізована, а в ст. 10.1.11 про це не згадується. Доцільно при викладенні ознак погрози в різних статтях Особливої частини проєкту дотримуватись однакового підходу або цю ознаку зазначити у визначенні погрози, наведеному в «глосарії» (п. 44 ч. 2 ст. 1.4.1), а в Особливій частині про неї вже не згадувати.

Див. також висновок у частині зауважень до розділу 4.3.

2. В аналізованій статті пропонується описати склад злочину, потерпілим від якого визнається тільки командир (начальник), хоч у складі опору та примушування (статті 10.1.8 і 10.1.9) потерпілими справедливо визнаються також і вартові, патрульні та інші особи, які виконують покладені на них обов'язки щодо підтримання військового правопорядку. Видається, що така непослідовність не має достатніх підстав. Виходить, що опір і примушування таких осіб кваліфікуються за спеціальною нормою, а погроза щодо них, на відміну від погрози щодо командира, – вже за загальною.

Стаття 10.1.12. Насильство за відсутності відносин підлеглості

1. Критичні судження щодо цієї статті пов'язані не стільки з її змістом, скільки з тим, що в межах розглядуваного розділу військовим злочином визнається тільки заподіяння найменшого за ступенем тяжкості насильства за відсутності відносин підлеглості; натомість більш тяжкі його форми (спричинення смерті чи істотної, значної або тяжкої шкоди здоров'ю)

вважаються «загальнокримінальними» (див. про це зауваження до ст. 10.1.10).

2. Чинний КК передбачає відповідальність за порушення статутних правил взаємовідносин між військовослужбовцями за відсутності між ними відносин підлеглості, що виявилося у вчиненні різних видів насильства (ст. 406). Як видається, фокусування уваги на порушенні статутних правил взаємовідносин має своє призначення в тому, щоб унеможливити кваліфікацію за статтею про військовий злочин випадки застосування одним військовослужбовцем до іншого насильства, обумовленого виключно особистими взаємовідносинами, які не пов'язані з військовою службою, а також яке (насильство) не супроводжувались порушенням військового порядку. Таке насильство має кваліфікуватися за відповідними статтями про кримінальні правопорушення проти людини. Такий саме підхід простежується в практиці ККС ВС: «Якщо побої або інше насильство були заподіяні одним військовослужбовцем щодо іншого виключно на ґрунті особистих неприязних або сімейних, майнових відносин, то такі дії повинні кваліфікуватися за статтями, що передбачають відповідальність за відповідні невійськові («загальнокримінальні») кримінальні правопорушення» (див.: постанови від 31.01.2019 у справі 225/2841/16-к і від 4.06.2019 у справі 229/3986/16-к). Можна припустити, що навіть за відсутності згадки про це в пропонованій статті проєкту, теорія та практика стануть на такий самий шлях розмежування, а тому дозволимо собі обмежитись лише вказівкою на те, що положення ст. 406 чинного КК у згаданому контексті є більш вдалими.

Стаття 10.1.13. Осквернення Бойового Прапору військової частини або його втрата

У цьому разі пропонується криміналізація діянь, які посягають на військову честь, адже Бойовий Прапор військової частини Збройних Сил України є символом честі, доблесті, слави і зобов'язує кожного військовослужбовця Збройних Сил України віддано служити Українському народові, мужньо, вміло і непохитно боронити Українську державу, не шкодуючи свого життя (Статут внутрішньої служби Збройних Сил України). Загалом доцільність такого кроку є очевидною, однак викликає сумнів визнання вказаних діянь злочином 3-го ступеня, зокрема зважаючи на те, що осквернення Державного Прапору України визнається злочином 1-го ступеня.

Стаття 10.1.14. Ухилення від виконання наказу

Ухилення від виконання наказу – це ніщо інше, як його умисне невиконання. Складно зрозуміти, у чому полягає доцільність використання різної термінології в межах одного розділу проєкту на позначення одних і тих понять. Тому, якщо в «*ухилення від виконання*» не закладався якийсь принципово інший зміст порівняно з «невиконанням», то використання останнього терміну буде більш послідовним.

Стаття 10.1.15. Невиконання наказу, що з необережності спричинило значну шкоду

1. З приводу цієї статті див. зауваження до ст. 10.1.6 проєкту.

2. Якщо статті 10.1.6 і 10.1.7 (невиконання наказу, що з необережності спричинило тяжку/значну шкоду) передбачають спеціальні та кваліфіковані різновиди ухилення/невиконання, передбаченого ст. 10.1.14 та караного як проступку, трансформуючи його в злочини 5-го і 3-го ступеня, відповідно, то ст. 10.1.15 передбачає спеціальний вид ухилення від виконання наказу, який, однак, не є ані кваліфікованим, ані привілейованим його видом, оскільки так само є проступком. Тому не зовсім зрозуміло, чому умисне невиконання наказу (ст. 10.1.14) саме собою карається так само, як і його умисне чи необережне невиконання, що з необережності спричиняє значну шкоду (ст. 10.1.15).

Стаття 10.1.16. Погроза командиру (начальнику)

Зауваження до цієї статті (розширення переліку потерпілих, дотримання однакового підходу при викладенні ознак погрози в різних статтях Особливої частини) аналогічні висловленим до ст. 10.1.11.

Стаття 10.1.17. Перебування у стані сп’яніння під час виконання обов’язків військової служби

1. Ст. 10.1.17 криміналізує низку діянь, за які чинним КК не передбачено відповідальності, класифікуючи їх як кримінальний проступок. Аналізована з невеликою різницею повністю відтворює зміст ч. 1 ст. 172-20 КУпАП, у якій ідеться, зокрема, про розпивання відповідних напоїв або вживання відповідних речовин і засобів на території військових частин і військових об’єктів та виконання обов’язків військової служби в стані сп’яніння. Розглядувана стаття проєкту загалом акцентує увагу на убезпеченні від виконання такого обов’язку, як керування бойовою, спеціальною та

транспортною машиною в стані сп’яніння, хоча в п. 1 мова йде і про «виконання інших обов’язків військової служби в стані сп’яніння». Як убачається, акцентоване виділення діянь, пов’язаних із керуванням, обумовлено тим, що і в ст. 7.4.11 передбачено кримінальний проступок, що полягає в керуванні транспортним засобом особою, яка перебуває в стані сп’яніння (так би мовити загальна норма).

Для того, щоб відповісти на питання, чи виправданою є така криміналізація, потрібно спиратися на відповідні кримінологічні дослідження, однак, те що такі діяння здатні створювати небезпеку заподіяння серйозної шкоди, сумнівів не викликає. Водночас запропонована редакція статті має низку недоліків.

2. Постає питання про долю тих діянь, які не будуть трансформовані з адміністративних правопорушень в кримінальні проступки, а саме: 1) розпивання алкогольних, слабоалкогольних напоїв або вживання наркотичних засобів, психотропних речовин чи їх аналогів військовослужбовцями, військовозобов’язаними та резервістами під час проходження зборів на території військових частин, військових об’єктів, та 2) поява таких осіб на території військової частини в нетверезому стані. Ці діяння, очевидно, за змістом не тотожні «виконанню обов’язків у стані сп’яніння», оскільки розпивання не обов’язково веде до того ступеня сп’яніння, який закріплений у ч. 2 ст. 2.3.6 проєкту (0,2 проміле), та і взагалі як таке воно не вимагає проведення медичних оглядів. Крім того, навряд чи перебуваючи на території військової частини, відповідні суб’єкти водночас обов’язково виконують обов’язки військової служби.

3. Неспеціалісту у військовій галузі складно оцінити використання таких термінів, як «бойова машина», «спеціальна машина» і «транспортна машина». Видається сумнівним, що ці терміни охоплюють собою і повітряні та водні судна (зокрема, літаки і кораблі військового призначення). Якщо згідно з існуючою класифікацією чи номенклатурою (яка, звісно, має мати певну нормативну основу) вказані судна охоплюються «машинами», то тоді висловлені сумніви безпідставні. Однак, якщо не охоплюються, то необґрунтовано залишаються поза увагою кримінального закону не менш (а, може, й більш) небезпечне приведення відповідним суб’єктом себе у стан сп’яніння після авіаційної події або аварії водного судна (а не лише дорожньо-транспортної події) за його участю до проведення уповноваженою особою медичного огляду з метою встановлення стану сп’яніння чи до прийняття рішення про звільнення від проведення такого огляду.

Відсутність згадування про інші (крім «наземних») види військової техніки в пунктах 1 і 2 нейтралізується широкими за змістом формулюваннями «виконував інші обов'язки військової служби» (п. 1) та «іншим засобом ведення бою» (п. 2). Однак п. 4 таких переваг не має.

4. Якщо при розробці проєкту переслідувалась мета максимального скорочення Особливої частини за рахунок перенесення всіх типових положень, які «можна винести за дужки», в Загальну частину, то чому тоді в пунктах 3 і 4 дублюються положення ч. 3 ст. 2.3.6, яка до перебування в стані сп'яніння на час вчинення кримінального правопорушення прирівнює а) відмову особи після вчинення злочину чи проступку за її участю від проходження огляду на стан сп'яніння і б) приведення себе у стан сп'яніння до проведення уповноваженою особою медичного огляду з метою встановлення стану сп'яніння чи до прийняття рішення про звільнення особи від проведення такого огляду? Як убачається, можна обійтися і без такого дублювання.

5. Викликає сумнів віднесення розглядуваного проступку до кримінальних правопорушень проти порядку підлеглості і військової честі. Убезпечення від виконання обов'язків військової служби в стані сп'яніння, вочевидь, мало б зайняти місце або в розділі 10.2. (проти порядку проходження військової служби), оскільки порядок проходження військової служби виключає перебування в стані сп'яніння під час виконання військового обов'язку, або в розділі 10.3 (проти порядку користування військовим майном та експлуатації засобів ведення бою), що було б суголосним з місцем відповідної загальної норми про керування транспортним засобом у стані сп'яніння в розділі про кримінальні правопорушення проти безпеки руху та експлуатації транспорту (ст. 7.4.11).

Стаття 10.1.18. Потурання з боку командира (начальника) приведенню підлеглим себе у стан сп'яніння

1. Ст. 10.1.18 криміналізує низку діянь, за які чинним КК не передбачено відповідальності, класифікуючи їх як кримінальний проступок. Вона значною мірою відтворює зміст ч. 2 ст. 172-20 КУпАП.

Однак якщо в п. 1 ст. 10.1.18 ідеться про приведення військовою службовою особою себе до стану сп'яніння разом зі своїми підлеглими, то в ч. 2 ст. 172-20 КУпАП передбачено відповідальність за саму участь такої особи в розпиванні з підлеглими відповідних напоїв чи у вживанні відповідних засобів та речовин. Перевагою норми чинного КУпАП порівняно

із нормою, пропонованою в проєкті, є те, що вона: 1) охоплює випадки, коли військова службова особа є присутньою при вживанні вказаних психоактивних речовин підлеглими, але сама не вживає їх, або розпиває алкогольні напої, але не доводить себе до того ступеня сп'яніння, який указаний у ст. 2.3.6 проєкту (0,2 проміле); 2) не вимагає обов'язкового медичного огляду (карається сам факт участі).

У запропонованій редакції ст. 10.1.18 п. 1, швидше за все, карає не скільки за потурання, скільки за доведення військовою службовою особою себе до стану сп'яніння в присутності підлеглих. Цей пункт сформульований так, що охоплює випадки, коли військова службова особа доводить себе до стану сп'яніння з підлеглим, який при цьому може й не вживати відповідних психоактивних речовин, а просто є присутнім. За таких обставин учинене не може називатися *потуранням*, під яким зазвичай розуміється неприпинення однією особою злочину іншої особи, за умови, що перша мала обов'язок і можливість її припинити (до речі, потурання за змістом його визначення у ст. 2.7.8 проєкту стосується злочину, а перебування у стані сп'яніння є проступком). Ба більше: в такому разі може виникнути проблема із порушенням принципу non bis in idem, адже військова службова особа підлягатиме відповідальності за сукупністю проступків: за виконання обов'язку військової служби в стані сп'яніння (п. 1 ст. 10.1.17) і за приведення себе в стан сп'яніння під час виконання обов'язків військової служби (п. 1 ст. 10.1.18).

Якщо діяння іменується як потурання з боку командира (начальника) приведенню підлеглим себе у стан сп'яніння, то можливо доречніше було б в п. 1 ст. 10.1.18 передбачити діяння військової службової особи, яка не припинила приведення підлеглими самих себе до стану сп'яніння. У такому разі й питання про подвійне ставлення в провину одного й того ж діяння не поставало б.

2. З огляду на те, що для проведення експертизи надано лише проєкт КК без взаємопов'язаних змін, які пропонуються (мають бути внесені) до інших законів, то незрозумілою є доля іншого діяння, передбаченого ч. 2 ст. 172-20 КУпАП, яке криміналізувати проєктом не пропонується, а саме: приховування випадків розпивання алкогольних, слабоалкогольних напоїв, вживання наркотичних засобів, психотропних речовин чи їх аналогів, появи на території військової частини в нетверезому стані, стані наркотичного чи іншого сп'яніння підлеглих військовослужбовців, а також військовозобов'язаних та резервістів під час проходження зборів. Якщо таке

діяння залишиться в трансформованому (новому?) КУпАП, то незрозуміло, в чому принципова його відмінність від запропонованих до криміналізації варіантів «потурання».

РОЗДІЛ 10.2.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ПОРЯДКУ ПРОХОДЖЕННЯ ВІЙСЬКОВОЇ СЛУЖБИ

Стаття 10.2.3. Самовільне залишення місця служби.
Стаття 10.2.5. Самовільне залишення місця служби тривалістю до семи діб

1. Виглядає еклектичним поєднання в статтях 10.2.3 і 10.2.5 проєкту декількох кримінальних правопорушень, передбачених статтями 407–409 чинного КК (самовільне залишення військової частини або місця служби на строк понад 3 доби, дезертирство, ухилення від військової служби шляхом самокалічення або іншим способом, відмова від несення обов'язків військової служби) і ст. 172-11 КУпАП (самовільне залишення військової частини або місця служби строком до 3 діб). Сама спроба їх уніфікованого (оптимізованого) викладення може тільки вітатися, але не тоді, коли це веде до перекручування чи втрати змісту ознак та суті окремих правопорушень.

2. Передбачення в статтях 10.2.3 і 10.2.5 таких альтернативних діянь, як самовільне залишення місця служби і (самовільне) нез'явлення вчасно без поважної причини на службу (…) від 1 доби до 7 діб та понад 7 діб, відповідно, зауважень не викликає. Чинні норми КК і КУпАП передбачають такі діяння з диференціацією відповідальності залежно від строку залишення / нез'явлення. Ці строки іманентно властиві самовільному залишенню місця служби, оскільки суб'єкт не намагається ухилитися від служби назавжди. У протилежному випадку має місце дезертирство, для якого не має значення строк ухилення. Наприклад, як тільки військовослужбовець здійснив втечу з військової частини, розраховуючи в майбутньому переховуватись за кордоном, злочин вважається закінченим – чекати одну, три, сім діб чи більше для цього не потрібно. Не буде помилковим стверджувати, що дезертирство явно більш небезпечне, ніж самовільне залишення місця служби на певний строк. Підтвердження різної природи цих злочинів можна спостерігати і в правових висновках ККС ВС (див., наприклад, постанова від 1 грудня 2022 р. у справі № 297/2178/21).

Суть дезертирства у проєкті, як видається, втрачена. Цей злочин перетворений на кваліфікований вид самовільного залишення місця служби,

а вказівка на нього міститься серед ознак, що підвищують ступінь тяжкості (пункти 4 і 5 ст. 10.2.2). Як наслідок, момент закінчення дезертирства за проєктом пов'язаний з обов'язковим спливом семи діб після залишення місця служби або відповідного нез'явлення. Якщо ж особі вдалося втекти з метою ухилення назавжди, але її було затримано в день втечі (або по спливу не більше 7 діб), то матиме місце лише замах на дезертирство.

Можливо, меншою мірою, проте це саме стосується й ухилення від виконання обов'язків військової служби шляхом самокалічення, симуляції хвороби, підроблення документів чи іншого обману (п. 3 ст. 10.2.2). Цей вид ухилення не повинен ставитися в залежність від строку ухилення. Він полягає в тому, що, застосовуючи самокалічення або інший обман, особа починає ухилятися від військової служби, і з моменту початку такого ухилення правопорушення має вважатися закінченим.

Тому вказані види ухилення (зокрема, дезертирство) слід передбачити в межах окремої статті цього розділу, можливо, з більшим ступенем тяжкості, або сформулювати диспозицію ст. 10.2.3 у такий спосіб, щоб «відв'язати» строк від такої форми діяння, як ухилення від виконання обов'язків військової служби.

3. За збереження в ст. 10.2.3 вказівки на ухилення від виконання обов'язків військової служби доцільно змінити цієї назву статті, зміст якої значно вужчий за її диспозицію, наприклад, на «*Самовільне залишення місця служби або ухилення від виконання військових обов'язків*» чи «*Ухилення від виконання військових обов'язків*». В останньому випадку ухилення охоплюватиме випадки як тимчасового ухилення (залишення місця служби, нез'явлення), так і назавжди.

Стаття 10.2.4. Залишення військового корабля, що гине

Традиційно в юридичній літературі (наприклад, С. Харитонов, 2018) цей злочин відносять до тих військових кримінальних правопорушень, що посягають на порядок виконання військового обов'язку в бою та інших особливих умовах, або згідно з класифікацією робочої групи – на порядок несення військової служби в умовах воєнного стану (розділ 1.6 проєкту).

Положення про корабельну службу у Військово-Морських Силах Збройних Сил України (наказ Міноборони від 25.11.2003 № 415) розрізняє обов'язки командира корабля у випадку загрози його загибелі в мирний час та у воєнний час. В останньому випадку з'являються специфічні обов'язки, зокрема, затопити корабель і вжити заходів щодо неможливості його

підняття й відновлення противником, знищення вахтового та навігаційного журналів, секретних документів і спеціальної апаратури у випадку загрози захоплення їх противником (п. 92 Положення). З огляду на це, імовірно передбачення такої поведінки командира корабля окремою статтею проєкту пов'язано саме з наявністю противника (ворога), бойової обстановки, особливого періоду як такого, а тому варто розглянути можливість перенесення цієї статті до розділу 10.6.

РОЗДІЛ 10.3.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ПОРЯДКУ КОРИСТУВАННЯ ВІЙСЬКОВИМ МАЙНОМ ТА ЕКСПЛУАТАЦІЇ ЗАСОБІВ ВЕДЕННЯ БОЮ

Стаття 10.3.1. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на два ступеня

Стосовно знищення чи пошкодження засобів ведення бою (ст. 10.3.4) доцільно розглянути можливість обтяження відповідальності у зв'язку з учиненням діяння загальнонебезпечним способом. За проєктом ця ознака обтяжує ступінь тяжкості на два ступеня (статті 4.1.3 і 4.2.4), однак, як видається, така стандартизація щодо диференціації не враховує специфіки соціальних цінностей, яким заподіюється шкода, та інших ознак складу. Тому не було б помилкою, якби ознака підвищувала ступінь тяжкості хоча б на один ступінь.

Стаття 10.3.4. Знищення або пошкодження засобів ведення бою

Істотна майнова шкода визнається в проєкті видом істотної шкоди (п. 2 ч. 1 ст. 2.5.3). Відповідно до ч. 4 ст. 2.5.9 умисному злочину, що спричиняє істотну шкоду, відповідає базовий 1 ступінь тяжкості. Натомість знищення або пошкодження засобів ведення бою, якщо це спричинило істотну майнову шкоду, вважається згідно зі ст. 10.3.4 злочином 3-го ступеня. Можливо, має місце технічна помилка: якщо цей злочин умисний (за відсутності вказівки на необережність це слід розуміти саме так), то його базовий ступінь мав би бути першим, а якщо ж істотна шкода спричиняється з необережності, то вчинене, виходить, взагалі не карається (заподіяння істотної шкоди з необережності взагалі не є караним за змістом частин 2 і 3 ст. 2.5.1).

Стаття 10.3.5. Втрата, знищення чи пошкодження засобів ведення бою, що з необережності спричинило тяжку майнову шкоду.

Стаття 10.3.9. Втрата, знищення чи пошкодження засобів ведення бою, що з необережності спричинило значну майнову шкоду

1. Ці статті передбачають відповідальність за втрату, знищення чи пошкодження засобів ведення бою, що з необережності спричинило тяжку (злочин 3-го ступеня) чи значну (проступок) майнову шкоду, відповідно. Вони є спробою втілити в собі зміст статей 412 і 413 КК і ст. 172-12 КУпАП. Порівняно з чинними аналогами робоча група значно звузила сферу застосування кримінального закону щодо подібних видів діянь, оскільки проєктом не охоплюється: 1) заподіяння ними істотної та неістотної майнової шкоди, шкоди здоров'ю і життю людини та нематеріальної шкоди; 2) втрата або зіпсування ввіреного майна незалежно від майнової шкоди, за що передбачено відповідальність у ст. 413 чинного КК. Варто зазначити, що за необережне знищення чи пошкодження військового майна навіть незалежно від майнової шкоди також передбачено адміністративну відповідальність (ст. 172-12 КУпАП).

2. Стосовно ж втрати ввіреного майна, то поставлення відповідальності за його вчинення в залежність від доволі високого показника майнової шкоди (значна шкода згідно з визначеною у проєкті розрахунковою одиницею «стартує» від 200 тис. грн) не враховує високий ступінь небезпечності таких дій. Втрата зброї, наприклад, може означати те, що нею можуть заволодіти інші особи, які не мають права на поводження з нею, зокрема діти, не кажучи вже про ворога. Таке істотне звуження сфери застосування потенційного кримінального закону потребує змістовного обґрунтування, а не просто посилання на те, що вказані статті не вписуються в закріплену у проєкті класифікацію видів шкоди та ступенів тяжкості. Не виключаємо, що частина з неврахованих діянь у проєкті знайде своє місце в оновленому адміністративно-деліктному законодавстві, однак про долю останнього авторам цього висновку поки що нічого невідомо.

РОЗДІЛУ 10.4.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ПОРЯДКУ НЕСЕННЯ СПЕЦІАЛЬНИХ СЛУЖБ

1. Цей розділ, на відміну від інших розділів Книги десятої, забезпечує повноцінну диференціацію відповідальності за кримінальну правопорушення проти порядку несення спеціальних служб. Загалом тут передбачено 9 статей,

що містять 3 групи кримінальних правопорушень залежно від виду порушуваних правил: порушення правил несення спеціальної (вартової, патрулювання, прикордонної, бойової) служби; порушення правил несення внутрішньої служби; порушення правил несення військової служби з охорони об'єктів чи громадського порядку. Кожна з цих груп складається із трьох видів порушення відповідних правил залежно від спричинення ними з необережності особливо тяжкої, тяжкої або значної шкоди. Статті 10.4.1 і 10.4.2 встановлюють типові кваліфікуючі ознаки, що повністю відображають такі ж ознаки, передбачені статтями 418–421 чинного КК.

Звичайно, не обійтися і без «ложки дьогтю»: через обраний підхід до встановлення в статтях Особливої частини, які передбачають конкретні види кримінальних правопорушень, тільки ознак їх основних складів, замість диференціації відповідальності залежно від тяжкості шкоди в межах однієї статті, під кожен вид шкоди створюється окрема стаття.

2. Неординарним (порівняно з іншими розділами Книги десятої та й загалом іншими розділами Особливої частини проєкту) є підхід до формулювання наслідку діяння, що спричиняється з необережності. Так, у статтях 10.4.4, 10.4.6 і 10.4.8 ідеться про «тяжку шкоду», у статтях 10.4.9–10.4.11 – про «значну шкоду» як таку, тобто без обмеження їх тільки шкодою здоров'ю або майновою шкодою. Це обумовлюватиме необхідність звернення до статей 2.5.4 і 2.5.5, які містять для потреб цих статей надто широкий перелік можливих видів шкоди. Водночас, зважаючи на унікальність таких формулювань за текстом Особливої частини проєкту, може бути так, що цей виявлений в ході експертизи позитив насправді є результатом технічної помилки, і розробники проєкту замінять широкі формулювання шкоди вужчими відповідниками (шкода здоров'ю чи майнова шкода). Так чи інакше, вважаємо за доречне звернути увагу робочої групи на виявлені «особливості».

РОЗДІЛ 10.5.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ПОРЯДКУ ЗДІЙСНЕННЯ ПОВНОВАЖЕНЬ ВІЙСЬКОВИМИ СЛУЖБОВИМИ ОСОБАМИ

Стаття 10.5.1. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на два ступеня

Ознакою, що підвищує тяжкість злочину на два ступеня, визнається вчинення умисного злочину з використанням влади, службових повноважень

чи пов’язаних з ними можливостей публічною службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище (п. 1). Визначення такої службової особи міститься в «глосарії» (п. 51 ч. 2 ст. 1.4.1), з якого випливає, що такими, які при цьому є ще й військовими службовими особами, де-факто можуть бути лише чотири особи – Президент України, Секретар Ради національної безпеки і оборони України, Головнокомандувач Збройних Сил України і Голова Служби безпеки України. Натомість аналіз законів «Про оборону України» та «Про Збройні Сили України» показує, що військове керівництво, яке за змістом повноважень варто було б називати таким, що займає особливо відповідальне становище, складається з більш широкого кола суб’єктів. Варто розглянути доцільність розширення кола осіб, яка займають особливо відповідальне становище, стосовно цього розділу Книги десятої проєкту, зокрема, за рахунок Голови Служби зовнішньої розвідки України, Командувача Національної гвардії України, Командувача Сил територіальної оборони Збройних Сил України та Командувачів видів, окремих родів військ (сил) Збройних Сил України.

Варто звернути увагу і на те, що в «глосарії» до Книги десятої в ст. 10.1.1 ідеться про «військову публічну службову особу», натомість в аналізованій статті йдеться про «публічну службову особу…» (див. про це зауваження до ст. 10.1.1).

Стаття 10.5.2. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь

П. 4 передбачає кваліфікуючу ознаку насильства щодо підлеглого – вчинення його із застосуванням зброї. З огляду на відсутність специфічного для Книги десятої визначення поняття «зброя», слід послуговуватися тим, що наведено в загальному «глосарії» (ст. 1.4.1). Останній, як вже зазначалось, розрізняє зброю і вибухові пристрої. Зважаючи на це, доцільно передбачати обтяження і за поєднання вчинення вказаного злочину із застосуванням вибухових пристроїв.

Стаття 10.5.3. Насильство щодо підлеглого

1. Ця стаття передбачає спеціальну норму, а описане в ній діяння карається як злочин 3-го ступеня. Її відповідник, що містить загальну норму – ст. 4.2.15 («Насильство, яке завдало фізичного болю»), – передбачає такі ж самі діяння, але без конкретизації суб’єкта і потерпілого, що караються як проступок. Певною мірою розглядувана статті є аналогом статей 426-1

чинного КК України і ст. 172-14 КУпАП про перевищення військовою службовою особою влади чи службових повноважень. На відміну від своїх аналогів, які фіксують чіткий зв'язок вчиненого військовою службовою особою діяння з повноваженнями, ст. 10.5.3 проєкту охоплює будь-які випадки застосування відповідного насильства командиром (начальником) до підлеглого, зокрема таке, що не обумовлено його повноваженнями (становищем). Видається, що цей зв'язок потрібно відобразити в удосконаленій редакції ст. 10.5.3.

2. Суб'єктом насильства щодо підлеглого визнається лише командир (начальник), а не військова службова особа. Останній суб'єкт, вочевидь, охоплює ширше коло осіб, зокрема враховуючи те, що в межах Книги десятої ці дві категорії суб'єктів не ототожнюються. Чи вдалим є показане звуження суб'єкта?

3. Одним із поширених випадків перевищення військовою службовою особою влади чи службових повноважень є застосування нестатутних заходів впливу щодо підлеглого або перевищення дисциплінарної влади. Ця форма перевищення передбачена ч. 2 ст. 426-1 чинного і ст. 172-14 КУпАП. Порівняння цих статей із статтями проєкту породжує сумніви щодо охоплення останніми всіх небезпечних проявів такого перевищення, особливо коли йдеться про віддання неправомірного наказу про вчинення певних принизливих чи таких, що призводять до страждання, дій підлеглим. Сумніви зумовлені тим, що передбачене в ст. 9.4.3 катування, визначене як спричинення публічною службовою особою потерпілій людині болі або страждань виключно шляхом застосування насильства або погрози, які, своєю чергою, відповідно до їх визначень у «глосарії», не передбачають віддання наказу (останній може бути безпосередньо не пов'язаний із насильствам чи погрозою). Проте навіть якщо теорія і практика підуть шляхом поширювального тлумачення цих визначень (що не гарантовано), то кваліфікація таких перевищень за статтею про катування не буде враховувати специфічних для військових кримінальних правопорушень ознак, що змінюють ступінь тяжкості вчиненого (умови воєнного стану, особливий період тощо).

4. Ст. 426-1 чинного КК України і ст. 172-14 КУпАП передбачають відповідальність за умисне вчинення військовою службово особою дій, які явно виходять за межі наданих цій особі прав чи повноважень. У них не конкретизується потерпіла особа, тобто такою може бути не лише підлеглий командира (начальника). Яким же чином за проєктом пропонується

кваліфікувати насильство військової службової особи, пов'язане зі здійсненням нею її службових повноважень, щодо непідлеглого?

Розділ 9.4 (кримінальні правопорушення проти порядку публічної служби) не містить статті з більш загальною нормою, яка б передбачала відповідальність публічної службової особи за перевищення влади чи повноважень. Це означає, що в разі застосування насильства військовою службовою особою, яка використовує при цьому свої повноваження (становище), до непідлеглої їй особи, за логікою речей, будуть застосуватися статті проєкту про правопорушення проти особи, зокрема статті 4.2.6–4.2.8 (спричинення тяжкої, значної, істотної шкоди здоров'ю). При цьому буде використовуватися ознака, що підвищує тяжкість злочину на один ступінь, – з використанням влади, службових повноважень чи професійних обов'язків або пов'язаних з ними можливостей (п. 5 ст. 4.2.5). Однак якщо військова службова особа, використовуючи свої повноваження (становище), спричинить тяжку або значну шкоду здоров'ю непідлеглому з необережності (ставлення до наслідків – необережне), підвищення ступеня тяжкості не передбачається (ст. 4.2.9), або вчинене взагалі може розцінюватися як проступок (ст. 4.2.16). І звичайно, якщо таке перевищення здійснюється в особливий період чи в умовах воєнного стану, то це так само жодним чином не вплине на ступінь тяжкості (ці обставини відсутні в статтях 4.2.4 і 4.2.5). Такий підхід оцінки оцінці насильства військових службових осіб стосовно непідлеглих в умовах воєнного стану, коли вони набувають серйозних повноважень, а їх діяльність тісно перетинається з цивільними сферами, виглядає не до кінця продуманим.

5. Не є бездоганною вказівка в ст. 10.5.3 на те, що застосоване до підлеглого насильство завдає біль, але не спричиняє розлад здоров'я. Розлад здоров'я не є єдиним критерієм поділу шкоди здоров'ю на види. Такими критеріями є також втрата працездатності, непоправне спотворення обличчя чи реальна небезпека для життя людини в момент спричинення шкоди здоров'ю тощо (ст. 1.4.3). Не виключені випадки, коли, наприклад, буде наявний один із таких критеріїв, але критерій розладу здоров'я буде відсутнім. Тому більш вдалим видається формулювання цієї негативної ознаки в такий спосіб: «(…) що завдало фізичного болю, але *не спричинило істотної, значної чи тяжкої шкоди здоров'ю*, (…)».

Ст. 10.5.4. Потурання командира (начальника) вчиненню підлеглим злочину

1. Статті 10.5.4, 10.5.7 і 10.5.8, імовірно, є спробою відобразити в проєкті ст. 426 чинного КК України і ст. 172-16 КУпАП. Передусім впадає в очі непередбачення в проєкті відповідальності за ненаправлення командиром до органу досудового розслідування повідомлення про підлеглого, який учинив кримінальне правопорушення. Натомість це діяння передбачене ст. 426 чинного КК і має належну нормативну основу. Так, відповідно до Дисциплінарного статуту Збройних Сил України: якщо під час службового розслідування буде з'ясовано, що правопорушення військовослужбовця містить ознаки кримінального правопорушення, командир військової частини письмово повідомляє про це орган досудового розслідування (ч. 4 ст. 85); командири, які у разі виявлення ознак кримінального правопорушення не повідомили про це орган досудового розслідування, несуть відповідальність згідно із законом (ч. 3 ст. 45). З погляду небезпеки заподіяння шкоди соціальним цінностям таке діяння навряд чи має менший ступінь порівняно з незатриманням підлеглого (п. 3 ст. 10.5.4).

Хоч неповідомлення про вчинене кримінальне правопорушення в проєкті не визнається видом причетності до кримінального правопорушення (ст. 2.7.8), у доктрині його традиційно розглядають саме в такому значенні. Через це доповнення ст. 10.5.4 вказівкою на ненаправлення повідомлення органу досудового розслідування обумовить необхідність зміни її назви, оскільки неповідомлення не є видом потурання (можливий такий варіант: «*Потурання командира (начальника) вчиненню підлеглим злочину чи неповідомлення про його вчинення*»).

2. Порівняно з існуючими аналогами аналізована стаття проєкту виокремлює незатримання підлеглого при вчиненні чи безпосередньо після вчинення ним злочину. Командири (начальники) справді мають такий обов'язок (див., наприклад, п. 59 Статуту внутрішньої служби Збройних Сил України). Проте чи можна незатримання вважати потуранням, особливо враховуючи його визначення у ст. 2.7.8 як неприпинення злочину? Останнє не має спільного із незатриманням, яке відбувається вже після вчинення злочину. Тому навіть якщо робоча група не передбачить у цій статті неповідомлення про вчинений злочин органам досудового розслідування, назва цієї статті і за теперішньої редакції не повною мірою відображає те, що в ній перераховано.

3. Дисциплінарний статут Збройних Сил України передбачає обов'язок командира *вжити заходів щодо затримання підлеглого* при вчиненні або здійсненні ним замаху на вчинення кримінального правопорушення чи безпосередньо після вчинення кримінального правопорушення, пов'язаного із непокорою, опором чи погрозою начальнику, застосуванням насильства, самовільним залишенням військової частини або місця служби, ухиленням від військової служби чи дезертирством (ч. 4 ст. 6 розділу І). Вжиття заходів може передбачати сукупність належних дій, спрямованих на досягнення цілі затримання, зокрема і в такий спосіб, що саме затримання здійснюють інші уповноважені особи. Натомість зі змісту п. 3 ст. 10.5.4. випливає, що командир безпосередньо сам (своїми силами) повинен здійснити таке затримання, тобто передбачається обов'язок, який не впливає з військових статутів. Формулювання «*не вжив достатніх заходів для затримання підлеглого*…» правильніше відображатиме зміст відповідного обов'язку.

Стаття 10.5.5. Службова необережність, що спричинила тяжку майнову шкоду

1. У ст. 2.4.1 проєкту його розробники зайняли принципову позицію, за якою особа підлягає кримінальній відповідальності за кримінальне правопорушення, вчинене з необережності, лише в передбачених у статті Особливої частини цього Кодексу випадках спричинення значної, тяжкої чи особливо тяжкої шкоди. Послідовно втілюючи цей підхід у статтях Особливої частини, які передбачають необережне настання наслідків (треба так розуміти – кримінальні правопорушення з матеріальним складом), спеціально зазначається про спричинення з необережності відповідних наслідків. Натомість у статтях 10.5.5 і 10.5.8 передбачено необережне вчинення діяння, а психічне ставлення до наслідків не розкривається, хоч, за логікою речей, йдеться про необережність.

Тому закономірно постає питання про кримінально-правову оцінку вчинку військової службової особи, яка умисно не виконала чи неналежно виконала свої службові повноваження, що спричинило тяжку чи значну майнову шкоду з необережності. Годі й сумніватися, що це призведе до неоднакового застосування закону та правозастосовних помилок. Можна припустити, що в основі такого рішення закладено можливість застосування статей 6.1.7 і 6.1.8 про знищення чи пошкодження чужої речі. Однак ст. 6.1.7 передбачає виключно умисне знищення чи пошкодження чужої речі, а ст. 6.1.8 сформульована так, що, по-перше, не охоплює випадки умисного

вчинення діяння, яке спричиняє майнову шкоду з необережності («*Особа, яка з необережності знищила чи пошкодила чужу річ, що спричинило тяжку майнову шкоду…*»), а, по-друге, передбачає спричинення тільки тяжкої майнової шкоди в той час, як у ст. 10.5.8 передбачено необережне спричинення значної майнової шкоди.

Також не зовсім зрозуміло, чому замість указівки на необережність в аналізованій статті йдеться про її загальновідомі та закріплені в Загальній частині проєкту види – легковажність та недбалість.

2. З огляду на те, що і потурання командира (начальника) вчиненню підлеглим злочину (ст. 10.5.4), і службова необережність, що спричинила тяжку майнову шкоду (ст. 10.5.5) караються однаково (як злочин 3го ступеня), то виникає питання про доцільність їх передбачення двома різними статтями. Їх об'єднання не тільки б дозволило оптимізувати текст проєкту, а й, що більш важливо, уникнути проблем із: 1) правильним відображенням назвою статті 10.5.4 передбачених у ній діянь, наприклад, шляхом формулювання її як «*Бездіяльність військової службової особи*», «*Невиконання чи неналежне виконання військовою службовою особою своїх обов'язків*» тощо; 2) неоднозначною кримінально-правовою оцінкою умисного невиконання чи неналежного виконання повноважень, про що йшлося вище.

3. Сприймається неоднозначно спроба звести можливі наслідки невиконання чи неналежного виконання військовою службовою особою своїх службових повноважень виключно до майнової шкоди (тяжкої – ст. 10.5.5 чи значної – ст. 10.5.8, відповідно). У чинному КК, незважаючи на зміну визначень істотної та тяжкої шкоди у примітці ст. 364, примітка ст. 425 зберігає традиційний підхід, за яким істотна шкода і тяжкі наслідки у випадках вчинення недбалого ставлення до військової служби або бездіяльності військової влади можуть полягати як у матеріальних збитках, так і в нематеріальній шкоді. Зрозуміло, що необережне заподіяння окремих видів шкоди (наприклад, необережне заподіяння смерті чи шкода здоров'ю особи) передбачені іншими статтями проєкту, а тому в разі їх необережного спричинення військовою службовою особою воно охоплюватиметься такими статтями. Цей підхід, однак, веде до неадекватного відображення картини злочинності як такої. Випадки службової необережності військових службових осіб просто розчиняться в масиві посягань на життя і здоров'я особи, і реальний стан справ у цій сфері буде складно відслідковувати.

Однак важливішим є те, що залишаться безкарними випадки, коли через невиконання чи неналежне виконання військовою службовою особою своїх службових повноважень буде заподіяна така шкода, спричинення якої з необережності саме собою не карається: полонення наших військовослужбовців ворогом, захоплення ворогом території, втрата важливих оборонних чи наступальних позицій або інше надання переваги ворогові в особливий період тощо. Не дозволяють заповнити цю прогалину і більш загальні норми про службову необережність публічної службової особи (статті 9.4.4. і 9.4.5), оскільки в них також ідеться виключно про майнову шкоду. Крім цього, потенційне застосування названих загальних норм унеможливлює належну диференціацію відповідальності за вчинене військовою службовою особою діяння, оскільки специфічні в цьому випадку ознаки, що підвищують ступінь тяжкості (вчинення в умовах воєнного стану, в особливий період, в бойовій обстановці – статті 10.5.1 і 10.5.2), не підвищують ступінь тяжкості аналогічних правопорушень, передбачених загальними нормами.

Замість концентрації уваги на тих наслідках, які напряму випливають з безпосереднього об’єкта військових кримінальних правопорушень та які відображають їх специфічність і потребу в передбаченні їх в межах окремої книги, вказана шкода ігнорується. Натомість ідеться лише про майнову шкоду, яка при цьому, зважаючи на «глосарій» (п. 63 ч. 2 ст. 1.4.1), може полягати тільки в прямих збитках. Складається враження, що робоча група переконана в можливості адекватно виміряти подібні наслідки грошима, із чим погодитись складно.

Стаття 10.5.6. Зловживання військовою службовою особою владою або службовим становищем

1. Як можна припустити, ця стаття є своєрідним аналогом ст. 172-13 КУпАП і ст. 423 КК, виключеної з чинного КК на підставі Закону від 21 лютого 2014 р. Ст. 172-13 КУпАП також іменується як зловживання військовою службовою особою владою або службовим становищем, проте передбачає відповідальність не лише за використання військовослужбовця для виконання завдань, не пов’язаних з військовою службою, а й за незаконне використання військовою службовою особою транспортних засобів, споруд чи іншого військового майна, а також за інше зловживання владою або службовим становищем, вчинене з корисливою метою чи в інших

особистих інтересах або в інтересах третіх осіб. Викладене наводить на такі міркування.

По-перше, назва ст. 10.5. набагато ширша за змістом, ніж її диспозиція. Використання терміну «зловживання» орієнтує на його «загальнокримінальне» значення, визначене або у ст. 1.4.1, або у ст. 9.5.4. Краще обмежитись, наприклад, такою назвою «*Використання військовою службовою особою військовослужбовця для виконання завдань, не пов'язаних з військовою службою*».

По-друге, зважаючи на те, що предметом експертизи, результати якої знайшли відбиття у цьому висновку, є лише текст проєкту, доля інших форм зловживання залишається невизначеною. Тому обмежитись рекомендацією звернути на них увагу і в ході подальшої роботи вирішити питання про вид відповідальності, який буде застосований за їх учинення.

2. Не буде зайвим додатково поміркувати і над можливістю передбачити в цьому розділі Книги десятої статті чи статей, які б передбачали відповідальність за зловживання військовою службовою особою, що спричиняє наслідки у вигляді щонайменше значної або тяжкої шкоди (п. 22 ч. 1 ст. 2.5.4, п. 11 ч. 1 ст. 2.5.5). Це унеможливить безкарність випадків, коли через умисне використання своїх службових повноважень у власних інтересах військовою службовою особою буде заподіяно таку шкоду, спричинення якої саме собою за проєктом не каратиметься (див. відповідні зауваження до ст. 10.5.5).

5. Потерпілим від аналізованого проступку, як можна припустити, визнається військовослужбовець. В інших статтях цього розділу проєкту термін «військовослужбовець» використовується альтернативно поряд з термінами «резервіст» та «військовозобов'язаний», розрізняє їх і «глосарій» до Книги десятої. З огляду на це, визнання потерпілим лише військовослужбовця необґрунтовано звужує застосовність ст. 10.5.6, оскільки неназвані у ній категорії суб'єктів також можуть незаконно використовуватися військовими службовими особами під час проходження ними навчальних чи спеціальних зборів.

Стаття 10.5.7. Потурання командира (начальника) вчиненню підлеглим кримінального проступку

1. Судження стосовно п. 3 цієї статті (незатримання підлеглого при вчиненні чи безпосередньо після вчинення ним кримінального проступку) та стосовно відсутності в цій статті згадування про ненаправлення командиром

до органу досудового розслідування повідомлення про підлеглого, який учинив кримінальний проступок, є тотожними за змістом із зауваженнями, висловленими щодо ст. 10.5.4.

2. Про невідповідність назви ст. 10.5.7 передбаченим у ній діянням також йшлося у зауваженнях до ст. 10.5.4. Водночас щодо ст. 10.5.7 варто звернути уваги й на те, що ч. 1 ст. 2.7.8 надає вичерпний перелік видів причетності до *злочину*, серед яких виділяється потурання *злочину*, визначене як неприпинення *злочину* особою, яка мала юридичний обов'язок та можливість припинити *злочин*. Причетність до кримінального проступку, як і потурання йому, зважаючи на цю статтю, взагалі не мають кримінально-правового значення. До того ж у ч. 2 ст. 2.7.8 зазначається, що «особа, причетна до *злочину*, підлягає кримінальній відповідальності лише у випадках, передбачених Особливою частиною цього Кодексу». За таких обставин, використання терміну «потурання» у ст. 10.5.7 породжує додаткову критику внаслідок того, що він стосується кримінального проступку, а отже, за змістом суперечить його розумінню в Загальній частині проєкту.

Стаття 10.5.8. Службова необережність, що спричинила значну майнову шкоду

1. Судження а) стосовно виникнення потенційної проблеми кримінально-правової оцінки вчинку військової службової особи, яка умисно не виконала чи неналежно виконала свої службові повноваження, що спричинило значну майнову шкоду з необережності, і б) стосовно зведення можливих наслідків невиконання чи неналежного виконання військовою службовою особою своїх службових повноважень виключно до майнової шкоди, є тотожними за змістом із зауваженнями до ст. 10.5.5.

2. Дивною виглядає різка відмінність за ступенем тяжкості службової необережності, що спричиняє тяжку (ст. 10.5.5) і значну (ст. 10.5.8) майнову шкоду. Перша визнається злочином 3-го ступеня, а в разі її вчинення, наприклад, в умовах воєнного стану вона каратиметься як злочин 5-го ступеня (а це ув'язнення на строк від 6 до 8 років згідно зі ст. 3.2.5). Натомість друга, незалежно від наявності умов воєнного стану та інших ознак, є лише проступком.

3. Чинна ст. 172-16 КУпАП передбачає відповідальність за умисне невиконання військовою службовою особою покладених на неї службових обов'язків незалежно від настання майнової шкоди (формальний склад). При

чому санкції частин 1 і 2 цієї статті співмірні з кримінальними. Проєктом передбачається необережний кримінальний проступок, обов'язковою ознакою якого є настання значної майнової шкоди, проте умисне невиконання військовою службовою особою своїх обов'язків, зокрема тоді, коли воно з необережності спричиняє істотну шкоду, не передбачено. Але натомість є відповідальність за ухилення від виконання наказу командира (начальника) – ст. 10.1.14. Зважаючи на те, що (повторимо) предметом цієї експертизи є лише текст проєкту, доля згаданого адміністративного правопорушення залишається невизначеною, тому обмежимось рекомендацією звернути увагу на нього у подальшій роботі.

РОЗДІЛУ 10.6.
КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ПОРЯДКУ НЕСЕННЯ ВІЙСЬКОВОЇ СЛУЖБИ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

Стаття 10.6.1. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на два ступеня

Стосовно вчинення передбаченого статтями 10.6.5 чи 10.6.6 злочину з використанням влади, службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей публічною службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, див. зауваження до ст. 10.5.1.

Стаття 10.6.2. Ознаки, що підвищують тяжкість злочину на один ступінь

П. 3 передбачає «кваліфікуючу» ознаку підриву волі до перемоги – вчинення його із застосуванням зброї. З огляду на відсутність специфічного для Книги десятої визначення терміну «зброя», слід послуговуватися тим, що наведено в загальному «глосарії» (ст. 1.4.1). Відтак рекомендація така сама – передбачати обтяження і за застосування вибухових пристроїв.

Стаття 10.6.3. Здача ворогові засобів ведення бою

У цьому разі варто розглянути доцільність розширення суб'єктного кола злочину за рахунок інших військовослужбовців, не командирів (начальників).

Зворотною стороною здачі засобів ведення бою є їх втрата, яка, своєю чергою, охоплюється статтями 10.3.5 і 10.3.9 проєкту, відповідальності за якими підлягають усі військовослужбовці (і навіть військовозобов'язані і резервісти), однак за двох «обмежувальних» умов: 1) втрата спричинила тяжку або хоча б значну майнову шкоду, 2) ця шкода спричинена з

необережності. Проте у випадку здачі засобів ведення бою ворогові, що, як правило, може відбутися в бойовій обстановці, чинник вартості цих засобів не є вирішальним, натомість більш важливо те, що відбувається зростання військової сили супротивника. Крім того, в разі самовільної капітуляції чи відходу з бойових позицій майно може залишатися/здаватися ворогові умисно, і так само умисним буде ставлення до заподіяної майнової шкоди (щонайменше непрямий умисел – «не бажали цього, але так вже сталося»). Тому статті про втрату засобів ведення бою, як видається, не здатні охопити здачу ворогів засобів ведення бою в таких випадках.

Стаття 10.6.5. Підрив волі до перемоги

1. Слово «схиляв» означає як успішне, так і невдале схиляння до вказаних у цій статті діянь. При цьому криміналізації чогось нового насправді не відбувається, а йдеться лише про посилення караності готування (підшукування співучасників або змову) до вчинення діянь, які самі собою є злочинами. Тобто положення цієї статті, швидше за все, переслідують лише одну ціль – унеможливити зниження ступеня тяжкості за готування до цих злочинів на три ступеня (ч. 3 ст. 2.6.2). Водночас у разі «успішного» схилення той, хто схилив, буде підлягати відповідальності (треба так розуміти) за сукупністю злочинів – за саме схилення (ст. 10.6.5) і за підбурювання до відповідного злочину. У такій «подвійній» криміналізації, однак, не вбачається необхідності.

2. Не можна погодитися з однаковою караністю здачі ворогові засобів ведення бою, здачі в полон і ведення сепаратних перемовин із самим лише схиленням до таких діянь. Ступінь їх небезпеки (шкідливості) очевидно є різним. Розробники проєкту вимушені були вдатися до такої «зрівнялівки» з огляду на те, що в основу караності (класифікації за ступенем тяжкості) де-факто поклали тільки критерій шкоди (тут – це шкода порядку несення військової служби в умовах воєнного стану) та форми вини, однак це є лише підтвердженням того, що такий обмежений набір критеріїв призводить до необхідності штучно «підганяти» тяжкість кожного конкретного правопорушення під заздалегідь задані негнучкі параметри.

3. Якщо вже передбачено відповідальність за схиляння до здачі в полон чи здачі ворогові засобів ведення бою, які охоплюються цим же розділом Книги десятої, то справедливо було б доповнити аналізовану статтю вказівкою також на схиляння до сепаратних перемовин з ворогом, розмістивши її останньою в переліку статей про злочини проти порядку

несення військової служби в умовах воєнного стану. Схиляння до сепаратних перемовин з ворогом створює не меншу основу для підриву волі до перемоги.

У зв'язку з порівнянням положень проєкту і чинного КК виникає потреба звернути увагу на ті норми останнього, які, як видається, не знайшли відображення в проєкті (або відображені неповно).

1. Щодо статей 432, 433 і 434 КК України.

У цих статтях встановлено відповідальність за вчинення військовослужбовцем: мародерства – викрадення на полі бою речей, що знаходяться при вбитих чи поранених (ст. 432); насильства, протизаконного знищення майна, а також протизаконного відібрання майна під приводом воєнної необхідності, вчинюваних щодо населення в районі воєнних дій (ст. 433); неодноразового поганого поводження з військовополоненими, поводження пов'язаного з особливою жорстокістю, або спрямованого проти хворих і поранених, недбалого виконання обов'язків щодо хворих і поранених особами, на яких покладено їх лікування і піклування про них, за відсутності ознак більш тяжкого злочину (ст. 434).

Зрозуміло, що вказані діяння переважно розглядається під кутом зору порушення Женевських конвенцій та Протоколів до них, та мають підлягати оцінці передусім за статтями про воєнні злочини (розділ 11.4 проєкту). Однак останні за змістом проєкту охоплюють лише найсерйозніші випадки, що мають місце виключно на виконання політики сторони збройного конфлікту, що передбачала широкомасштабне або системне порушення норм міжнародного гуманітарного права. У такому разі закономірно постає питання про оцінку діянь особи, яка самовільно, тобто коли така політика стороною конфлікту не здійснюється, вчиняє вказані діяння. За таких умов, швидше за все, вони не розглядаються під кутом зору порушення «женевського права» та «розчиняються» в масиві статей про кримінальні правопорушення проти особи, які, вочевидь, не відображатимуть підвищеного ступеня їх небезпеки.

Зрозуміло, що розміщення статей про ці діяння в межах Книги десятої може наштовхнути на думку, що проєкт пропонує карати за ці діяння, якщо вони здійснюються лише військовослужбовцями України. Однак навіть якщо поганому поводженню не знаходиться місце в межах злочинів проти міжнародного правопорядку (з огляду на їх масштаб та серйозність) в Книзі одинадцятій, слід розуміти, що Україна тримає курс на беззастережне дотримання положень міжнародного гуманітарного права. Будучи жертвою збройної агресії, ми як ніхто інший розуміємо необхідність слідування цим

положенням, а тому повинні дбати, зокрема про неухильне дотримання «женевського права» власними військовослужбовцями.

У будь-якому разі слід бути готовим пояснити, чому перераховані вище діяння, якщо вони вчиняються не на виконання вказаної політики сторони збройного конфлікту та/або не характеризуються ступенем серйозності, задекларованим розділом 11.4 проєкту, автоматично втрачають свій сутнісний зв'язок із порушенням міжнародного гуманітарного права військовослужбовцями (при здійсненні ними військових обов'язків) і трансформуються в «загальнокримінальні» злочини.

2. Щодо ст. 435 КК України.

Чинний КК передбачає таке військове кримінальне правопорушення, як незаконне використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала та зловживання нею (ст. 435). Криміналізація цих діянь обумовлена міжнародними зобов'язаннями України, зокрема положеннями Женевських конвенцій та Додаткових протоколів до них, які зобов'язують їх учасників вживати заходів, необхідних для запобігання неправомірному використанню відмітних емблем та їх найменувань, а також для припинення такого використання будь-коли, зокрема віроломному використанню та використанню будь-яких знаків і найменувань, які їх відтворюють, а також припинення такого використання (див., наприклад, ст. 6 Протоколу III).

Звісно, ст. 435 чинного КК далека від досконалості, про що свідчать і наукові дослідження: нею охоплюються не всі емблеми, охоронювані міжнародним гуманітарним правом; вона розміщена в розділі про військові кримінальні правопорушення, хоч вчинити ці діяння можуть не лише військовослужбовці, а й супротивник, цивільні особи та ін. (О. Поповичук, 2018). З одного боку, недоцільно встановлювати відповідальність за ці діяння в межах Книги десятої, оскільки вони можуть вчинюватися не лише відповідними спеціальними суб'єктами. З іншого боку, їх декриміналізація виглядає сумнівною, особливо зважаючи на їх конвенційну основу та агресію рф щодо України. Як убачається, вони могли б знайти місце в одному з розділів Книги одинадцятої (наприклад, у розділі 11.5, присвяченому злочинам проти миру і безпеки людства) або в іншому розділі Особливої частини проєкту. Див. також цей висновок у частині зауважень до книги 11.5.

Вказаному можна заперечити тим, що ст. 11.4.6 передбачає відповідальність за неналежне використання відмітних емблем чи розпізнавальних знаків, визначення яких наведено в п. 1 ст. 11.4.1. Однак обов'язковими умовами її застосування є: 1) поставлення при цьому в

небезпеку особу чи осіб, 2) їх суб’єктом є лише особа, яка вчинила це діяння на виконання політики сторони збройного конфлікту, що передбачала широкомасштабне або системне порушення норм міжнародного гуманітарного права. Саме тому справедливо і ступінь тяжкості такого злочину визначено як сьомий. Однак менш небезпечні діяння, зокрема за умови непоставлення в небезпеку та/або за її наявності, але вчинені іншими особами, залишаться некараними.

КНИГА ОДИНАДЦЯТА.
ЗЛОЧИНИ ПРОТИ МІЖНАРОДНОГО ПРАВОПОРЯДКУ
РОЗДІЛ 11.1.
ЗЛОЧИН ГЕНОЦИД
Стаття 11.1.1. Значення термінів, вжитих у цьому Розділі

У ст. 11.1.1 визначається зміст ознаки «тяжке насильство», що характеризує одну з форм геноциду. Ця ознака, вочевидь, покликана відобразити в українському законодавстві ознаку «заподіяння серйозних тілесних ушкоджень чи розумового розладу членам такої групи», передбачену ст. II(b) Конвенції про запобігання злочину геноциду і покарання за нього від 1948 року (далі – Конвенція від 1948 року) і ст. 6(b) Римського статуту Міжнародного кримінального суду від 1998 року (далі – РС). Якщо саме по собі використання ознаки «тяжке насильство» не викликає принципових заперечень, то її визначення виглядає невиправдано вузьким порівняно з чинним міжнародним правом. Згідно зі ст. 11.1.1 проєкту тяжке насильство має вичерпний перелік проявів, однак Елементи злочинів, схвалені Асамблеєю держав-учасниць Римського статуту Міжнародного кримінального суду у 2002 р. (далі – ЕЗ), не наводять вичерпного переліку проявів «заподіяння серйозних тілесних ушкоджень чи розумового розладу членам такої групи». Крім того, в ЕЗ називаються проявами цієї форми геноциду такі прояви поведінки, які взагалі не згадуються в ст. 11.1.1 проєкту, а саме катування та інше нелюдське чи таке, що принижує гідність, поводження.

Стаття 11.1.2. Злочин геноциду

1. У цій статті ознаки злочину геноциду й у частині так званого контекстуального елементу (мети геноциду), і в частині його окремих форм загалом розкриваються згідно з міжнародним правом. Водночас привертає увагу те, що в ст. 11.1.2 форми геноциду характеризуються у спосіб, який підкреслює, що потерпілими від кожної форми геноциду є щонайменше двоє осіб. Такий підхід не відповідає чинному міжнародному праву. Наприклад, ЕЗ послідовно підкреслюють, що кожна з форм геноциду може бути вчинена і стосовно однієї людини.

2. Згідно з чинним міжнародним правом (див. статтю III(c) Конвенції від 1948 року та ст. 25(3)(e) РС) визнається злочином пряме та публічне підбурювання до геноциду. Криміналізацію цього типу поведінку з певними застереженнями забезпечує ч. 2 ст. 442 чинного КК. Такий підхід виглядає

обґрунтованим, оскільки пряме та публічне підбурювання до геноциду різниться від кожної з п'яти форм геноциду і, крім того, не може бути охоплене чинними положеннями Загальної частини КК, зокрема положеннями про співучасть у кримінальному правопорушенні. З огляду на усталене в міжнародному праві тлумачення, пряме та публічне підбурювання до геноциду є явищем, яке в доктрині українського кримінального права називається «односторонньою» співучастю: вважається, що пряме та публічне підбурювання до геноциду наявне тоді, коли особи адресувала невизначеному колу осіб заклики до вчинення актів геноциду, і принаймні одна інша особа втілила такі заклики в життя. У таких випадках, вочевидь, не можна вести мову про «двосторонній» зв'язок між особами (змову), характерну для співучасті. На відміну від ст. 442 чинного КК, ст. 11.1.2 проєкту не передбачає криміналізації прямого та публічного підбурювання до геноциду у будь-якому вигляді. Це стосується й інших положень Особливої частини проєкту. При цьому у Загальній частині відсутні положення, які б криміналізували пряме та публічне підбурювання до кримінального правопорушення як таке. Таким чином, у цій частині проєкт не забезпечує належну реалізацію норм міжнародного права на національному рівні.

Розділ 11.2. Злочини проти людяності

Стаття 11.2.1. Роз'яснення термінів

1. У п. 2 ст. 11.2.1 винищування як форма злочинів проти людяності визначається з огляду на статтю 7(2)(b) РС, хоч згідно з ЕЗ винищування розуміється як поведінка, що реально спричинила смерть однієї чи більше осіб. Передбачену у п. 2 ст. 11.2.1 проєкту дефініцію доцільно викласти у спосіб, що відповідав би як ст. 7(2)(b) РС, так і її тлумаченню в ЕЗ.

2. У п. 5 ст. 11.2.1 наводиться визначення вкрай важливої для розуміння природи злочинів проти людяності ознаки, а саме нападу, спрямованого проти цивільного населення. У проєкті ця ознака визначається із серйозними відступами від визначення, передбаченого ст. 7(2)(a) РС:

а) у смисловій рамці ст. 7 РС напад, спрямований проти цивільного населення, розуміється як багаторазове вчинення проявів поведінки, перерахованих у ст. 7(1), у рамках проведення політики держави або організації, а ознаки широкомасштабності та систематичності є «зовнішніми» якісними характеристиками нападу. У п. 5. ст. 11.2.1 пропонується включити ознаки широкомасштабності та систематичності (мовою проєкту –

системності) безпосередньо у зміст поняття «*напад, спрямований проти цивільного населення*». Такий крок сприймається неоднозначно. З перспективи ст. 7 РС широкомасштабність та систематичність є «зовнішніми» щодо нападу ознаками, які свідчать про існування певних якісних зв'язків між його складовими. При цьому правозастосувачу не потрібно встановлювати, що політика держави чи організації від самого початку була спрямована на те, щоб між окремими діяннями мали місце «зв'язки», які в ст. 7(1) РС названі широкомасштабністю та систематичністю. Визначення поняття нападу, спрямованого проти цивільного населення, як видається, передбачає протилежний підхід: про такий напад та, відповідно, про злочини проти людяності можна вести мову лише, якщо політика держави чи організації від самого початку передбачала широкомасштабність та системність вчинення певних діянь. Таке розуміння поняття «напад, спрямований проти цивільного населення» істотно звужує коло ситуацій, які можуть бути визнані злочинами проти людяності;

б) якщо в смисловій рамці ст. 7 РС апартеїд та винищування є окремими формами злочинів проти людяності, то п. 5 ст. 11.2.1 проєкту пропонує звести їх до проявів нападу на цивільне населення, який є так званим контекстуальним елементом злочинів проти людяності. З таким підходом не можна погодитися, оскільки він потенційно веде до звуженого (порівняно з міжнародним правом) розуміння злочинів проти людяності. Наприклад, на території певної держави встановлений режим апартеїду, який полягає у системному гнобленні та домінуванні однієї расової групи над іншою расовою групою, що виражається, наприклад, у вбивствах, катуваннях, переслідуваннях членів другої расової групи. При цьому незначна частина представників першої расової групи послідовно бореться політичними методами проти такого стану речей, через що вони також зазнають з боку держави переслідувань. З перспективи ст. 7 РС і ті акти, що є проявами апартеїду, і акти переслідування борців з режимом апартеїду з-поміж представників панівної расової групи можна в цілому розглядати як єдиний напад на цивільне населення і, відповідно, всі зазначені діяння можуть вважатися злочинами проти людяності. Як видається, п. 5 ст. 11.2.1 проєкту вимагатиме іншого підходу. По-перше, прояви акту апартеїду та переслідування представників панівної расової групи навряд чи можна буде розглядати як єдиний напад, спрямований проти цивільного населення, оскільки п. 5 ст. 11.2.1 вказує на апартеїд як на спеціальний різновид такого нападу. По-друге, у випадку окремого розгляду актів апартеїду та актів

переслідування представників панівної расової групи може виявитися, що кількості других актів буде недостатньо, щоб стверджувати про їх широкомасштабність і системність. Як наслідок, це унеможливить правову кваліфікацію переслідувань представників панівної групи як злочинів проти людяності.

3. У п. 7 ст. 11.2.1 така форма злочинів проти людяності, як поневолення, визначається як здійснення щодо людини одного чи всіх прав, подібних до права власності щодо речей, зокрема під час торгівлі людьми. Це формулювання не досить точно передає розуміння цього типу поведінку за міжнародним правом. У ст. 7(2)(c) РС йдеться про те, що поневолювач здійснює щодо поневоленого «повноваження» (в тексті РС, складеному англійською мовою вжите слово «powers»). Цей термін краще підкреслює, що поневолювач владарює над поневоленим у фактичному, а не юридичному сенсі. Вказівка на те, що поневолювач здійснює щодо поневоленого «права», може вводити в оману з різних точок зору. З одного боку, це нібито не виключає, що в поневолювача можуть бути якісь «права» щодо поневоленого, хоча це не так, а, з іншого, може наштовхувати на думку, що поневолення як злочин проти людяності може мати місце лише у випадках, коли «права» поневолювача щодо поневоленого мають офіційне «визнання» з боку держави.

4. З питання кола форм злочинів проти людяності, які одержують спеціальні визначення, ст. 11.2.1 проєкту наслідує ст. 7(2) РС. Єдиним винятком з цього правила є визначення такої форми злочинів проти людяності, як насильницьке зникнення. Вона визначається у ст. 7(2)(i) РС, але не визначається у ст. 11.2.1. Мотиви рішення розробників проєкту не визначати насильницьке зникнення в ст. 11.2.1 неочевидні. Таке визначення, навпаки, виглядає принципово важливим, оскільки згідно зі ст. 11.5.4 насильницьке зникнення розглядається ще і як кримінальне правопорушення окремого виду.

Чи означає «мовчання» ст. 11.2.1 щодо насильницького зникнення те, що останнє слід розуміти в тексті ст. 11.2.2 у значенні ст. 11.5.4? Якщо так, то таке розуміння насильницького зникнення як форми злочинів проти людяності буде занадто вузьким порівняно зі ст. 7(2)(i) РС хоча б тому, що згідно з останньою насильницьке зникнення може бути вчинене представником політичної організації, яка на є державою, без згоди, підтримки чи дозволу її представників, а згідно зі статтею 11.5.4 – ні.

Стаття 11.2.2. Злочин проти людяності у формі вбивства

У статтях 11.2.2 і 11.2.3 злочини проти людяності характеризуються як вчинення особою відповідних діянь в рамках нападу, спрямованого проти цивільного населення. При цьому ні в цих статтях, ні в п. 5 ст. 11.2.1 не робиться акцент на тому, що діяння може бути визнане злочином проти людяності лише тоді, коли особа усвідомлювала, що відбувається напад, спрямований проти цивільного населення, і що вчинюване діяння є «внеском» у цей напад. Для порівняння: ст. 7(1) РС та ЕЗ послідовно наголошують на цьому аспекті ментального ставлення особи до своєї поведінки. З одного боку, «мовчання» з цього приводу статей 11.2.2 і 11.2.3 може бути «нейтралізоване» тлумаченням цих положень згідно з міжнародним правом. Проте, з іншого, воно дає привід для визнання злочинами проти людяності і випадків, коли особа, яка вчинила певне діяння, не усвідомлювала того, що воно було лише фрагментом «великої картини». Для того, щоб уникнути ймовірного невиправдано широкого прочитання статей 11.2.2 і 11.2.3, бажано доповнити їх вказівкою на усвідомлення особи того, що відповідне діяння є «частиною» нападу, спрямованого проти цивільного населення.

Стаття 11.2.3. Злочин проти людяності в інших формах

1. Згідно з п. 4 ст. 11.2.3 формою злочинів проти людності пропонується визнати ув’язнення чи інше подібне позбавлення фізичної свободи на порушення основоположних норм міжнародного права. Зі свого боку у ст. 7(1)(e) РС ця форма злочинів проти людяності характеризується дещо інакше в частині другої з альтернатив. У ст. 7(1)(e) РС йдеться про інше жорстке, а не про інше подібне позбавлення фізичної свободи на порушення основоположних норм міжнародного права. Заміну слова «жорстке» словом «подібне» у тексті має не просто термінологічний характер. Слово «жорстке» виглядає менш нейтральним і більш чітко вказує на те, що злочином проти людяності визнається не будь-яке позбавлення фізичної свободи, а лише те, яке супроводжується серйозним рівнем дискомфорту для людини. При цьому акцент на жорсткості позбавлення фізичної свободи допускає й те, що подібне поводження з людиною може не мати офіційного характеру, тобто що інше жорстке позбавлення фізичної свободи на порушення основоположних норм міжнародного права може мати місце і за відсутності рішення суду чи іншого юрисдикційного органу та за відсутності законодавчого регулювання позбавлення особи фізичної свободи. Слово

«інше», своєю чергою, потенційно дозволяє витлумачувати альтернативу ув'язненню в геть іншому напрямі. По-перше, з наголосом на тому, що будь-яке інше позбавлення фізичної свободи, як і ув'язнення, повинно мати офіційний характер. Такий підхід зумовлюватиме те, що п. 4 ст. 11.2.3 не «спрацьовуватиме» у випадках, коли особу було позбавлено фізичної свободи представниками політичної організації, яка згадується в п. 5 ст. 11.2.1. По-друге, безвідносно до того, наскільки серйозного дискомфорту зазнає позбавлена свободи особа. Як наслідок, це дозволятиме охоплювати п. 4 ст. 11.2.3, наприклад, випадки домашнього арешту. Таким чином, немає переконливих аргументів на користь того, що в п. 4 ст. 11.2.3 інше позбавлення фізичної свободи на порушення основоположних норм міжнародного права характеризується як «[інше] подібне», а не як «[інше] жорстоке».

2. П. 7 ст. 11.2.3 в основному побудований на ст. 7(1)(g) РС, проте в одному аспекті істотно різниться від нього. Перерахувавши конкретні прояви сексуального насильства, що можуть становити злочини проти людяності, ст. 7(1)(g) РС наприкінці згадує про те, що злочинами проти людяності можуть бути визнані «будь-які інші подібні за тяжкістю форми сексуального насильства». Однак п. 7 ст. 11.2.3 проєкту згадує не про «будь-які інші подібні за тяжкістю форма сексуального насильства», а про «*іншу форму сексуального насильства, що становить серйозне порушення статті 3, спільної для чотирьох Женевських конвенцій*». Причину такого відступу від тексту ст. 7(1)(g) РС складно пояснити, оскільки ст. 3, спільна для чотирьох Женевських конвенцій, має досить вузьку сферу застосування. Вона за визначенням стосується лише збройних конфліктів неміжнародного характеру в той час, як злочини проти людяності можуть бути вчинені й в контексті міжнародного збройного конфлікту, і навіть взагалі за відсутності будь-якого збройного конфлікту.

3. Ще одна принципова відмінність між ст. 11.2.3 і ст. 7(1) РС стосується того, що така форма злочинів проти людяності, як інші нелюдські діяння подібного характеру, що умисно заподіюють сильних страждань чи тяжких тілесних ушкоджень або серйозної шкоди психічному чи фізичному здоров'ю (ст. 7(1)(k) РС), представлена в п. 9 ст. 11.2.3 проєкту формулюванням «*інше нелюдське діяння, що полягає в заподіянні сильних страждань чи тяжкому насильстві*».

По-перше, привертає увагу те, що в п. 9 ст. 11.2.3 фігурує ознака «тяжке насильство», що, як зазначалося вище, визначається в статті 11.1.1. Однак

останнє положення прямо вказує на те, що наведена в ньому дефініція актуальна для цілей розділів 11.1 і 11.4, але не для цілей розділу 11.2.

Проте, навіть якби ст. 11.1.1 витлумачувала поняття тяжкого насильстві для цілей розділу 11.2, це навряд чи було б конструктивно. У ст. 11.1.1 тяжке насильство визначається як тяжка шкода здоров'ю, зґвалтування чи інша дія сексуального характеру, а два останні прояви поведінки відносяться в смисловій рамці ст. 11.2.3 до цілком окремої форми злочинів проти людяності (п. 7 ст. 11.2.3.). У підсумку виходило б, що для цілей п. 9 ст. 11.2.3 тяжке насильство мало б розумітись як синонім тяжкої шкоди здоров'ю, яка згідно з п. 3 ч. 1 ст. 1.4.3 має вичерпний перелік досить конкретних проявів. Це входило б в принципову суперечність зі змістом ст. 7(1)(k) РС, яка цілеспрямовано була викладена за допомогою низки оціночних ознак, а не вичерпного «каталогу» ознак із формалізованим змістом.

По-друге, якщо навіть поняття «тяжке насильство» в п. 9 ст. 11.2.3 слід тлумачити в інший спосіб, то весь цей пункт в цілому викладений з принциповим зміщенням акцентів порівняно зі статтею 7(1)(k) РС. Остання вказує на те, що злочинами проти людяності є не просто інші нелюдські діяння, а інші нелюдські діяння подібного характеру, тобто діяння, що за своєю природою подібні до тих, які згадуються в попередніх пунктах ст. 7(1) РС. Тим самим ст. 7(1)(k) РС виключає автоматичне визнання злочинами проти людяності діянь будь-яких посягань на людську гідність. Наприклад, тримання засуджених до позбавлення волі в неналежних умовах може становити інше нелюдське чи таке, що принижує гідність, поводження або покарання в розумінні ст. 3 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, однак систематичне вчинення таких діянь, за загальним правилом, не повинне визнаватися злочином проти людяності в сенсі ст. 7(1)(k) РС.

Оскільки п. 9 ст. 11.2.3 не містить вказівки на те, що діяння, про які в ньому ідеться, є подібними до діянь, передбачених у ст. 11.2.2 і попередніх пунктах ст. 11.2.3, потенційно він може бути поширений на значно ширше коло ситуацій, ніж те, на яке поширюється ст. 7(1)(k) РС. Це не можна оцінити позитивно, оскільки тим самим «девальвується» особливий характер міжнародно-правової заборони злочинів проти людяності.

РОЗДІЛ 11.3.
ЗЛОЧИН АГРЕСІЇ

Стаття 11.3.1. Роз'яснення термінів

1. Ст. 11.3.1 визначає акт агресії з відсиланням до резолюції 3314 (XXIX) Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй від 14 грудня 1974 р. Хоча такий прийом не викликає категоричних заперечень, при застосуванні статті 11.3.1 він може породити зайві дискусії стосовно допустимості такого відсилання з тих міркувань, що резолюції Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй, на відміну від міжнародних договорів, згоду на обов'язковість яких було надано Верховною Радою України, не визнаються частиною національного законодавства України. За можливості, було б краще безпосередньо відтворити зміст резолюції 3314 (XXIX) в тексті статті 11.3.1.

2. Ст. 11.3.1 проєкту, на відміну від статті 8bis(1) РС, не згадує про те, що злочином агресії є діяння особи, вчинену у зв'язку не з будь-яким актом агресії, а лише таким, що має явний (в українському перекладі тексту РС термін «manifest» перекладений як «грубий») характер. Незрозуміло, чи йдеться у цьому випадку про принципове рішення розробників проєкту, чи критерій явності (грубості) акту агресії все ж мається на увазі в ст. 11.3.1 імпліцитно. Якщо правильне перше припущення, то тоді в чому полягають причини ширшого підходу до розуміння злочину агресії порівняно зі ст. 8bis(1) РС? Якщо друге – то тоді для уникнення різночитань статті 11.3.1 проєкту краще вказати на критерій явності (грубості) безпосередньо в її тексті.

Стаття 11.3.2. Злочин агресії

1. Суб'єкт злочину агресії та окремі форми цього злочину охарактеризовані у цій статті проєкту подібно до ст. 8bis(1) РС, однак між положенням проєкту і положенням РС є й істотна відмінність. Ст. 11.3.2 виокремлює таку форму злочину агресії, як участь у прийнятті політичного рішення щодо акту агресії; проте доцільність її виокремлення сумнівна у світлі того, що ст. 11.3.2 має криміналізувати такі прояви поведінки, як розробка плану акту агресії та керівництво діями, спрямованими на створення умов для реалізації розробленого плану акту агресії.

2. У межах характеристики окремих форм злочину агресії, передбачених пунктами 1, 2 ст. 11.3.2, правильно підкреслюється, що відповідальність за такі прояви поведінки настає, якщо акт агресії надалі мав місце. Однак, з

іншого боку, на цій обставині не наголошують пункти 3 і 4 ст. 11.3.2. Участь у прийнятті політичного рішення щодо акту агресії та навіть віддання наказу про початок акту агресії не означають, що акт агресії вже стався, оскільки особи, чиїми руками акт агресії має бути втілений в життя, можуть відмовитися виконувати політичні рішення та наказ (наприклад, відмовитися починати вторгнення на територію іншої держави чи бомбардувати її територію).

Стаття 11.3.3. Пропаганда агресивної війни

Не можна погодитися з тим, що положення про злочин агресії та пропаганду агресивної війни розміщені в одному розділі Особливої частини проєкту. Міжнародне право підходить до цих двох типів поведінки з абсолютно різних позицій (див. цей висновок у частині зауважень до ст. 7.5.7).

РОЗДІЛ 11.4.
ВОЄННІ ЗЛОЧИНИ

1. Викликає серйозні сумніви те, що статті 11.4.2–11.4.6 втілюють найкращий спосіб систематизації («каталогізації») видів воєнних злочинів. Невиправдано великий акцент зроблено на тому, у контексті якого типу збройного конфлікту може бути вчинений воєнний злочин. Це створює враження, що специфіка воєнних злочинів головним чином пов’язана саме з типом збройного конфлікту. Однак у світлі перманентного зближення правових режимів міжнародного збройного конфлікту та збройного конфлікту неміжнародного характеру воєнні злочини, що можуть бути вчинені у зв’язку лише з одним із цих типів збройних конфліктів, є, радше, винятком, ніж загальним правилом. Тому систематизація видів воєнних злочинів за типом збройного конфлікту є надто формальним критерієм. Обраний у проєкті підхід не можна виправдати тим, що РС також систематизує види воєнних злочинів за типом збройного конфлікту, оскільки, крім цього фактору, РС бере також до уваги ще й місце (значення) норм міжнародного гуманітарного права, які порушують відповідні види воєнних злочинів. Таким чином, РС не класифікує воєнні злочини так формально, як це робить проєкт.

2. Не можна погодитися з тим, що в статтях 11.4.2–11.4.6 воєнні злочини послідовно характеризуються як «*діяння, вчинені на виконання політики сторони збройного конфлікту, що передбачала широкомасштабне або*

системне порушення норм міжнародного гуманітарного права». Видається, що ця ознака знайшла місце в положеннях проєкту через неправильне сприйняття його розробниками ст. 8(1) РС, згідно з якою Міжнародний кримінальний суд (МКС) «має юрисдикцію стосовно воєнних злочинів, зокрема у випадках, коли їх вчинено в рамках плану чи політики або в рамках широкомасштабного вчинення таких злочинів». Застереження щодо вчинення воєнних злочинів «плану чи політики або… широкомасштабного вчинення» за жодних умов не може вважатися матеріальною (сутнісною) ознакою воєнних злочинів, що з очевидністю випливає з буквального прочитання ст. 8(1) РС. Згадане застереження має суто юрисдикційну (процесуальну) природу. Причому воно навіть не обмежує юрисдикцію МКС, а лише «підказує» тому (точніше навіть Офісу Прокурора МКС), на які саме випадки вчинення воєнних злочинів йому слід звернути увагу. Таким чином, ст. 8(1) РС не виключає обов'язку держав переслідувати та карати будь-які воєнні злочини незалежно від того, чи були вони вчинені у рамках «плану чи політики» або «широкомасштабно», як і не виключає того, що МКС може переслідувати та карати воєнні злочини, що були вчинені поза рамками «плану чи політики» або не мали «широкомасштабного» характеру.

Стаття 11.4.1. Роз'яснення термінів

1. У п. 4 ст. 11.4.1 поняття віроломства визначається істотно вужче, ніж це передбачає міжнародне право. Зокрема, віроломство визначене як викликання довіри в особи, яка бере участь у бойових діях і належить до протилежної сторони конфлікту, з метою змусити її повірити, що вона має право на захист міжнародного гуманітарного права, та обманути її у цьому. При цьому згідно зі ст. 37(1) Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів, від 8 червня 1977 р. віроломство може також мати на меті змусити особу, яка бере участь у бойових діях і належить до протилежної сторони конфлікту, повірити у те, що вона зобов'язана надати захист згідно з нормами міжнародного права.

2. У п. 8 ст. 11.4.1 проєкту визначення поняття збройного конфлікту неміжнародного характеру, вочевидь, має у своїй основі визначення, запропоноване Міжнародним комітетом Червоного Хресту (МКЧХ), вироблене шляхом узагальнення дефініцій з різних актів міжнародного права. Однак ті аспекти, які визначення МКЧХ спеціально намагається розкрити дуже обережно, а тому характеризує їх вкрай обтічно

(«мінімальний рівень інтенсивності [збройних зіткнень]» та «мінімальний рівень організованості [збройної групи]»), у п. 8 ст. 11.4.1 проєкту мають значно більш категоричний вигляд («інтенсивність [збройних зіткнень]» та «організовані [збройної групи]», відповідно). Потенційно це може унеможливити застосування положень проєкту щодо воєнних злочинів, вчинених у зв'язку зі збройним конфліктом міжнародного характеру, в ситуаціях, коли з точки зору міжнародного гуманітарного права такий конфлікт буде наявним.

3. П. 10 ст. 11.4.1. визначає поняття міжнародного збройного конфлікту в доволі нетиповий для міжнародного гуманітарного права спосіб, що виражається у визнанні міжнародного збройного конфлікту наявним у випадку вторгнення організованого збройного формування (групи), іррегулярних сил чи найманців, направлених іншою державою чи від її імені або підконтрольних їй, на територію іншої держави. По-перше, складається враження, що цей фрагмент п. 10 ст. 11.4.1 написаний під впливом ст. 3(g) резолюції 3314 (XXIX) Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй від 14 грудня 1974 р., яка у схожий спосіб визначає один із проявів акту агресії. Однак саме орієнтування на згадану резолюцію, якщо воно дійсно трапилося, виглядає небездоганним, оскільки резолюція не є джерелом міжнародного гуманітарного права, а поняття акту агресії та міжнародного збройного конфлікту перебувають у різних правових площинах. По-друге, якщо навіть і намагатися виокремлювати особливий різновид міжнародного збройного конфлікту, в якому одна зі сторін бере участь через певні «проксі-сили», то в будь-якому випадку формулювання «направлені» та «підконтрольні» не повною мірою відповідають міжнародному гуманітарному праву, яке пов'язує із так званим загальним контролем, а не просто контролем однієї держави над збройними групами, що ведуть збройні зіткнення проти іншої держави, можливість визнання першої держави стороною міжнародного збройного конфлікту з іншою державою. По-третє, оскільки в останньому випадку все одно слід вести мову про збройний конфлікт між державами, реальної потреби у виокремленні підпункту в п. 10 ст. 11.4.1 немає.

4. У підпункті в) п. 13 ст. 11.4.1 з-поміж іншого йдеться про «*представників збройних сил або особи, що беруть безпосередню участь у бойових діях, які склали зброю чи з іншої причини не мають більше засобів захисту (... затримані…) і не перебувають під владою протилежної сторони конфлікту*». Вкрай неочевидно, про яких саме затриманих осіб ідеться у

цьому випадку. Та ще більш неочевидно, як узгоджується характеристика одних і тих самих осіб як затриманих і таких, що не перебувають під владою протилежної сторони конфлікту.

Стаття 11.4.2. Серйозне порушення норм міжнародного гуманітарного права у формі вбивства

Якщо ця стаття покликана охопити всі випадки воєнних злочинів, які полягають у заподіяння смерті іншій людині, то її варто доповнити вказівкою на зазначені в ст. 8(2)(b)(vii) РС випадки неналежного використання прапору парламентера, прапору чи військових знаків розрізнення та форми ворога або Організації Об'єднаних Націй, а також розпізнавальних емблем, встановлених Женевськими конвенціями, наслідком чого є смерть.

Стаття 11.4.3. Серйозне порушення норм міжнародного гуманітарного права у зв'язку з міжнародним збройним конфліктом

Ст. 8(2)(b)(vii) РС розглядає як воєнний злочин випадки неналежного використання прапору парламентера, прапору чи військових знаків розрізнення та форми ворога або Організації Об'єднаних Націй, а також розпізнавальних емблем, встановлених Женевськими конвенціями, наслідком чого є заподіяння особі серйозних ушкоджень. Така поведінка, вочевидь, мала б знайти своє місце в ст. 11.4.3 проєкту.

Стаття 11.4.5. Серйозне порушення норм міжнародного гуманітарного права у зв'язку з міжнародним збройним конфліктом або збройним конфліктом неміжнародного характеру

1. Якщо тип збройного конфлікту дійсно видається розробникам проєкту тим критерієм, за яким слід систематизувати види воєнних злочинів, то у такому разі треба було б послідовно об'єднати статті 11.4.5 і 11.4.6 в одну статтю. Якщо ж принциповим є збереження статей 11.4.5 11.4.6, то назва статті 11.4.5 потребує уточнення, оскільки не очевидно, що зумовлює її співіснування зі ст. 11.4.6. Причому назва останньої містить певну специфіку, вказуючи на «*порушення.., що полягає у застосуванні заборонених методів чи засобів ведення війни*».

2. У п. 2 ст. 11.4.5 пропонується виокремити такий вид воєнного злочину як тяжке насильство, поняття якого для цілей розділу 11.4 розкрито в ст. 11.1.1. При цьому в ст. 11.1.1 тяжке насильство характеризується як спричинення тяжкої шкоди здоров'ю, зґвалтування чи інша дія сексуального

характеру, здійснена за відсутності добровільної згоди потерпілої людини. Проте не зрозуміло, як це узгоджується з тим, що у п. 6 ст. 11.4.5 зґвалтування та інші форми сексуального насильства виокремлюються як самостійний вид воєнного злочину? Якщо ж мисленнєво виключити зі ст. 11.1.1 згадування про зґвалтування та іншу дію сексуального характеру, здійснену за відсутності добровільної згоди потерпілої людини, виявиться, що тяжке насильство в п. 2 ст. 11.4.5 зводитиметься до тяжкої шкоди здоров'ю в розумінні п. 3 ч. 2 ст. 1.4.3. При цьому, як можна зрозуміти, п. 2 ст. 11.4.5 має на меті криміналізувати на національному рівні воєнний злочин, який згідно з міжнародним правом полягає в завданні серйозних тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю. У світлі цього звернення до формалізованих критеріїв п. 3 ч. 2 ст. 1.4.3 було б виправданим, якби серйозні тілесні ушкодження чи шкода здоров'ю розумілись однаково в тому ж сенсі, що й в п. 3 ч. 2 ст. 1.4.3. Однак це, вочевидь, не так.

3. У п. 6 ст. 11.4.5, який характеризує форми сексуального насильства, що є воєнними злочинами, міститься формулювання «*інша форма сексуального насильства, що становить серйозне порушення статті 3, спільної для чотирьох Женевських конвенцій*». Як вже зазначалося, ст. 3, спільна для всіх Женевських конвенцій, стосується винятково збройних конфліктів неміжнародного характеру, а в ст. 11.4.5, як випливає з її назви, ідеться про воєнні злочини, які можуть бути вчинені й у зв'язку з міжнародним збройним конфліктом. Проблемність відсилання до ст. 3, спільної для всіх Женевських конвенцій, у п. 6 ст. 11.4.5 проєкту особливо помітна на фоні статей 8(2)(b)(xxii) і 8(2)(e)(vi) РС. До ст. 3, спільної для всіх Женевських конвенцій, відсилає лише друге із цих двох положень РС.

4. У п. 3 ст. 11.4.5, як і в статтях 11.4.2 і 11.4.3, потерпілими від воєнних злочинів називаються особи, які перебувають під захистом міжнародного гуманітарного права, однак у пунктах 1–3 ст. 11.4.5 вжиті більш загальні терміни «людина» та «особа». Чи означає це, що, на думку розробників проєкту, потерпілими від воєнних злочинів, передбачених згаданими пунктами статті 11.4.5, можуть бути не лише особи, які перебувають під захистом міжнародного гуманітарного права?

5. У статтях 7 та 8 РС послідовно розмежовуються примусова (насильницька, незаконна) депортація та переміщення осіб. Критерієм для розмежування між цими типами поведінки є місце, куди особа чи особи переміщається без її згоди. Якщо воно знаходиться за межами держави проживання особи, йдеться про депортацію, якщо поза її межами –

говориться про переміщення. У положеннях розділів 11.2 та 11.4 проєкту, навпаки, послідовно згадується лише незаконна депортація як поняття, що охоплює будь-які варіанти переміщення особи чи осіб без її волі. Якщо в контексті положень про злочини проти людяності такий підхід загалом не викликає серйозних заперечень, то в контексті воєнних злочинів його бажано уникати, оскільки з точки зору правил міжнародного гуманітарного права щодо поводження із цивільним населенням на окупованих територіях має правове значення, чи було особу або осіб переміщено в межах окупованої території чи поза її межі.

6. У п. 7 ст. 11.4.5 згадується фізичне каліцтво, спричинене людині, яка перебуває під владою протилежної сторони конфлікту. З огляду на проблемність передбаченої п. 2 ст. 11.4.5 ознаки «тяжке насильство», про що зазначалося вище, складно зробити однозначний висновок про те, як розробникам проєкту бачиться розмежування пунктів 2 і 7 ст. 11.4.5.

Стаття 11.4.6. Серйозне порушення норм міжнародного гуманітарного права у зв'язку з міжнародним збройним конфліктом або збройним конфліктом неміжнародного характеру, що полягає у застосуванні заборонених методів чи засобів ведення війни

1. Міжнародне право послідовно визнає воєнними злочинами різноманітні варіанти нападів на осіб чи об'єкти (наприклад, напад на цивільне населення чи напад на установки, що містять небезпечні сили), якщо при цьому той, хто скоїв напад, у межах умисного ставлення усвідомлював, що напад, спрямовано проти особи чи об'єкта, які перебувають під захистом міжнародного гуманітарного права. У ст. 11.4.6 проєкту напади послідовно не характеризуються як умисні. Чи означає це, що розробники проєкту допускають, що відповідальність за воєнні злочини у формі різноманітних нападів може наставати й при необережному ставленні до того, що особа чи об'єкт, проти якого було спрямовано напад, перебували під захистом міжнародного гуманітарного права? Якщо так, то що дає підстави для настільки широкого розуміння воєнних злочинів? Якщо ні, то відповідні пункти статті 11.4.6 бажано конкретизувати, щоб виключити непослідовне застосування цих положень правозастосовною практикою.

2. Згідно з п. 6 ст. 11.4.6 визнається воєнним злочином застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним гуманітарним правом. При цьому у п. 6 ст. 11.4.1 наводиться невичерпний перелік таких засобів, однак залишається відкритим питанням, що є критерієм віднесення засобів ведення

війни до числа заборонених, якщо вони прямо не згадані у п. 6 ст. 11.4.1: а) формальний критерій – заборона певних конкретних засобів ведення війни спеціальною договірною чи звичаєвою нормою міжнародного права; б) сутнісний критерій – певні якості засобів ведення війни. З точки зору чинного міжнародного гуманітарного права, вочевидь, повинно було б ітися про сутнісний критерій, яким є здатність засобів ведення війни завдавати надмірні ушкодження чи непотрібні страждання або діяти невибірково. Однак у смисловій рамці ст. 11.4.6 застосування таких засобів ведення війни саме по собі визнається окремим видом воєнного злочину. У світлі цього незакритість переліку заборонених засобів ведення війни у п. 6 ст. 11.4.1 проєкту набуває проблемного характеру.

Стаття 11.4.7. Відповідальність командира (начальника) за злочин проти міжнародного гуманітарного права

1. Зведення інституту командної відповідальності за міжнародним правом до кримінального правопорушення *sui generis* на національному рівні не видається оптимальним рішенням хоча б у світлі того, що згідно зі ст. 28 РС командна відповідальність є одним із так званих режимів відповідальності за злочин геноциду, злочини проти людяності, воєнні злочини та злочин агресії, але не ще одним видом злочину за міжнародним правом.

2. Оскільки положення ст. 11.4.7 пов’язані з положеннями розділів 11.1, 11.2., 11.3, 11.4, виглядає логічно перенести положення щодо командної відповідальності з розділу 11.4 до розділу 11.1.

РОЗДІЛ 11.5.
ЗЛОЧИНИ ПРОТИ МИРУ ТА БЕЗПЕКИ ЛЮДСТВА

Викликає сумніви коректність назви цього розділу. По-перше, формула «*злочини проти миру та безпеки людства*», хоч і міститься у назві розділу XX Особливої частини чинного КК, реально не «прижилася» в міжнародному праві і з його точки зору є «мертвим» поняттям. По-друге, цілу низку типів поведінки, які згадуються в розділі 11.5, навіть умовно складно назвати такими, що спрямовані проти миру чи проти безпеки людства (наприклад, насильницьке зникнення, піратство, невиконання санкцій або перешкоджання їх виконанню).

2. Викликає сумніви послідовність смислового «наповнення» розділу 11.5. Переважна більшість його положень присвячена типам поведінки, які

Україна має криміналізувати з огляду на зобов'язання, які породжують для неї міжнародно-правові договори. Однак при цьому значне число інших таких типів поведінки згадується у положення інших розділів проєкту (наприклад, торгівля людьми, катування, терористичні кримінальні правопорушення, кримінальні правопорушення, що полягають в активному та пасивному підкупі різних категорій осіб). З огляду на це, створюється враження про певну штучність розділу 11.5.

3. Розділ 11.5, як й інші розділи проєкту, не містить положень, аналогічних ст. 443 «Посягання на життя представника іноземної держави» і ст. 444 «Злочини проти осіб та установ, що мають міжнародний захист» чинного КК, які забезпечують виконання статей 2 Конвенції про запобігання та покарання злочинів проти осіб, які користуються міжнародним захистом, зокрема дипломатичних агентів від 1973 року (Конвенція від 1973 року). Ймовірно, розробники проєкту виходять з того, що виконання цих міжнародно-правових зобов'язань забезпечить низка положень проєкту у своїй сукупності. Наприклад, умисне вбивство особи, яка користується міжнародним захистом, у смисловій рамці проєкту може розглядатись як вбивство людини, яка займає особливо відповідальне становище, у зв'язку з виконанням нею службових повноважень в інтересах міжнародного правопорядку (п. 2 ст. 4.1.3 і ст. 4.1.5.). Однак, як видається, далеко не всі типи поведінки, які належить криміналізувати згідно з Конвенцією 1973 року, можуть бути охоплені положеннями проєкту в його аналізованій редакції. Наприклад, це стосується насильницького нападу на офіційне приміщення, житлове приміщення або транспортні засоби особи, яка користується міжнародним захистом, що може погрожувати особистості чи свободі останньої. Гіпотетично такі дії можна було б розглядати як один з проявів терористичного акту, однак у ст. 7.2.4 коло проявів терористичного акту визначене вичерпно й у ньому не знайшлося місця нападу на приміщення чи транспортний засіб. Значна частина таких нападів може бути охоплена ст. 7.2.4 за іншими ознаками, однак стосовно іншої частини такого сказати не можна (наприклад, закидування будівлі іноземного посольства камінням, цеглою тощо).

4. Розділ 11.5, як і проєкт загалом, не містить аналога ст. 445 чинного КК «Незаконне використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала». Хоч Україна не зв'язана міжнародно-правовим зобов'язанням, яке б вимагало криміналізувати будь-яке використання згаданої символіки незалежно від її наслідків та незалежно від

того, чи було воно вчинене у зв'язку зі збройним конфліктом, у випадку прийняття проєкту як закону відсутність в ньому статті, подібної до ст. 445 чинного КК, може викликати негативну реакцію з боку Міжнародного комітету Червоного Хреста та інших організацій, які опікуються гуманітарними питаннями у зв'язку зі збройним конфліктом.

Стаття 11.5.4. Насильницьке зникнення

Ця стаття розуміє насильницьке зникнення значно вужче, ніж того вимагає ст. 2 Міжнародної конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень від 2006 року (Конвенція від 2006 року):

а) ст. 11.5.4 прямо вказує на те, що насильницьке зникнення може бути вчинене лише щодо особи, яка попередньо стала потерпілою від позбавлення особистої свободи людини (ст. 4.4.5), хоч згідно зі статтею 2 Конвенції від 2006 року потерпілий від насильницького зникнення може бути затриманий та утримуватися представниками влади певної держави на законних підставах;

б) стаття 2 Конвенції від 2006 року передбачає, що суб'єктами насильницького зникнення можуть бути особи або групи осіб, які діють з дозволу, за підтримки чи за згодою держави. Однак ст. 11.5.4 з урахуванням п. 5 ст. 11.5.1 допускає, що особи чи групи осіб, які діють з дозволу, за підтримки чи за згодою іноземної держави, підлягають відповідальності за насильницьке зникнення лише у випадку, якщо ця іноземна держава є державою-окупантом.

Стаття 11.5.5. Застосування зброї масового знищення чи заборонених засобів ведення війни

1. Ця стаття передбачає криміналізацію застосування зброї масового знищення, забороненої міжнародним договором України, чи засобу ведення війни, забороненого міжнародним гуманітарним правом, крім випадків, передбачених розділами 11.2, 11.4 цього Кодексу. У такому вигляді ст. 11.5.5 містить внутрішню логічну суперечність. Міжнародне гуманітарне право визначає, які засоби не можуть застосовуватися під час збройного конфлікту. Застосування неналежних засобів ведення війни є воєнними злочинами, які в смисловій рамці проєкту мають каратися згідно зі ст. 11.4.6. Оскільки міжнародне гуманітарне право регулює лише відносини, що виникають у контексті збройного конфлікту, воно не може забороняти застосування певних засобів поза рамками збройного конфлікту (наприклад, міжнародне

гуманітарне право не може забороняти застосування отруєної зброї при вчиненні побутового вбивства). Таким чином, поза межами ст. 11.4.6 – ні в розділі 11.2, ні в розділі 11.5 проєкту – логічно не лишається місця іншим положенням, які б карали застосування засобу ведення війни, забороненого міжнародним гуманітарним правом.

2. Ст. 11.5.5 прямо забороняє віддання наказу про застосування зброї масового знищення, забороненої міжнародним договором України, чи засобу ведення війни, забороненого міжнародним гуманітарним правом, або керівництво діями щодо її (його) застосування. За відсутності спеціальних вказівок у ст. 11.5.5 така поведінка все одно розглядалася б як співучасть у застосуванні зброї масового знищення, забороненої міжнародним договором України, чи засобу ведення війни, забороненого міжнародним гуманітарним правом. Доцільність прямої криміналізації такої поведінки в положенні Особливої частини проєкту виглядає вкрай неочевидною. До того ж подібного від України не вимагає й міжнародне право.

Стаття 11.5.9. Піратство

У цій статті проєкту піратство розуміється вужче, ніж у ст. 101 Конвенції ООН з морського права від 1982 року, оскільки піратство може бути вчинено, зокрема, екіпажем чи пасажирами літального апарата проти іншого літального апарата чи проти осіб або майна, які знаходяться на їх борту.

Стаття 11.5.10. Невиконання санкцій або перешкоджання їх виконанню

Ця стаття покликана криміналізувати доволі різнорідні прояви поведінки. Окремі з них (невиконання та перешкоджання міжнародним санкціям тощо) в кінцевому підсумку спрямовані проти норми міжнародного права та акту застосування такої норми. Однак інші прояви поведінки, про які йдеться у ст. 11.5.10, спрямовані проти норми національного права України та акту її застосування. З огляду на це, навряд чи доречно криміналізувати перші та другі прояви поведінки за допомогою одного положення кримінального закону. Навпаки, логічніше зробити це за допомогою двох положень кримінального закону, одне з яких мало б міститися поза межами Книги одинадцятої проєкту.

FECI QUOD POTUI, FACIANT MELIORA POTENTES.