

e-ISSN 2310-323X

Ю Р И Д И Ч Н И Й Ж У Р Н А Л

# ПРАВО

# УКРАЇНИ

Заснований у 1922 р.

Видається щомісячно

Генеральний директор  
доктор юридичних наук, професор,  
академік НАПрН України  
ОЛЕКСАНДР СВЯТОЦЬКИЙ

Передплатний індекс 74424  
Свідоцтво про державну реєстрацію  
Серія КВ № 23026-12866ПР

Голова Редакційної ради  
доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент НАПрН України  
РУСЛАН СТЕФАНЧУК

ISSN 1026-9932  
DOI: 10.33498/Юу-2020-02

Головна редакторка  
докторка юридичних наук, професорка  
ВІКТОРІЯ РЕЗНІКОВА

Адреса редакції  
вул. Багговутівська, 17–21  
м. Київ, 04107, Україна  
тел.: +380(44) 537-51-10

Вебсайт: <http://www.pravoua.com.ua>  
Емейл: [editor.pravoua@gmail.com](mailto:editor.pravoua@gmail.com)  
Офіційна сторінка у мережі "Фейсбук":  
<https://www.facebook.com/pravoua.com.ua>

Юридичний журнал "Право України" внесено до:

*Переліку наукових фахових видань у галузі юридичних наук*  
(наказ Міністерства освіти і науки України від 28 грудня 2017 р. № 1714)

*Міжнародної наукометричної бази даних EBSCO Publishing, Inc. (США)*  
(Ліцензійні угоди від 16 травня 2013 р. та 1 травня 2015 р.)

*Міжнародної наукометричної бази даних Index Copernicus International (Польща)*  
(листопад 2014 р.)

*Міжнародної наукометричної бази даних HeinOnline (США)*  
(Ліцензійна угода від 11 січня 2016 р.)

*Бази даних періодичних видань Ulrichsweb (Ulrich's Periodicals Directory) (США)*  
(з 2002 р.)

Видавець

© Юридичне видавництво "Право України"



РАДА ПОЧЕСНИХ ЧЛЕНІВ *HONORIS CAUSA*

Співголови Ради

Василь ТАЦІЙ, д. юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; Юрій ШЕМШУЧЕНКО, д. юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; Вільям Е. БАТЛЕР (WILLIAM E. BUTLER), Doctor of Law (LL.D.), Prof., Foreign Member of NAS of Ukraine, NALS of Ukraine (USA)

Члени Ради

Юрій БИТЯК, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Вячеслав БОРИСОВ, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир ГОНЧАРЕНКО, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир ДЕНИСОВ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Микола КОЗЮБРА, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр КРУПЧАН, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олена ЛУКАШЕВА, д. юрид. наук, чл.-кор. РАН (Росія); Василь НОР, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Юрій ОБОРОТОВ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Віталій ОПРИШКО, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України; Микола ПАНОВ, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Дмитро ПРИТИКА, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Петро РАБІНОВИЧ, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Анатолій СЕЛВАНОВ, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Микола СЕЛВОН, к. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Василь СІРЕНКО, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України, акад. НАПрН України; Майдан СУЛЕЙМЕНОВ, д. юрид. наук, проф., акад. НАН Республіки Казахстан; Іван ТИМЧЕНКО, к. юрид. наук, старш. наук. співроб., акад. НАПрН України; Володимир ТИХИЙ, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир ШАПОВАЛ, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України

РЕДАКЦІЙНА РАДА

Руслан СТЕФАНЧУК (голова), д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Вікторія РЕЗНИКОВА (головна редакторка), д. юрид. наук, проф.; Ірина ВЕНЕДІКТОВА (перш. заст. голови), д. юрид. наук, проф.; Олег ПОСИКАЛЮК (перш. заст. головної редакторки), к. юрид. наук, доц.; Тетяна КОЛОМОЄЦЬ (заст. головної редакторки), д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Ольга СЕРЕДА (заст. головної редакторки), к. юрид. наук, доц.; Юрій ГАЛАЄВСЬКИЙ (заст. головної редакторки), засл. юрист України; Наталія АНТОНЮК, к. юрид. наук., доц.; Юрген БАЗЕДОВ (JÜRGEN BASEDOW), Dr. iur., Dr. iur. h.c. mult, Prof. (Germany); Віктор БАЗОВ, к. юрид. наук; Сергій БАЛАШЕНКО, д. юрид. наук, проф. (Білорусь); Крістіан фон Бар (CHRISTIAN VON BAR), Dr. Dr. h.c. mult., Prof., FBA (Germany); Юрій БАРАБАШ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Євген БАРАШ, д. юрид. наук, проф.; Олександр БАТАНОВ, д. юрид. наук, проф.;

Юрій Баулін, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Бевзенко, д. юрид. наук, проф.; Антоніна Бобкова, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ігор Бойко, д. юрид. наук, проф.; Олександр Брѳостл (OLEXANDER BRÖSTL), Dr. jur., Prof. (Slovakia); Володимир Бурдін, д. юрид. наук, проф.; Ганна Буяджи, к. юрид. наук; Валентина Васильєва, д. юрид. наук, проф.; Марсело Галуппо (MARCELO GALUPPO), Ph.D. in Law, Prof. (Brazil); Данило Гетманцев, д. юрид. наук, проф.; Анатолій Гетьман, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Сергій Головатий, д. юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України; Віктор Грищук, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Дмитро Гудима, к. юрид. наук, доц.; Борис Гулько, засл. юрист України; Наталя Гуторова, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Анатолій Довгерт, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Дроздов, к. юрид. наук, доц.; Віктор Єрмолаєв, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Журавель, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Дмитро Задихайло, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Джозеф Зігеле (JOSEF SIEGELE), Doctor of Law (Austria); Алієв Амір Ібрагім, д. юрид. наук, проф. (Азербайджан); Тетяна Кагановська, д. юрид. наук, проф.; Іван Калаур, д. юрид. наук, проф.; Оксана Капліна, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Ніна Карпачова, к. юрид. наук, доц.; Олена Кібенко, д. юрид. наук, доц.; Віктор Колісник, д. юрид. наук, проф.; Анатолій Колодій, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Вячеслав Комаров, к. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Тетяна Комарова, д. юрид. наук, доц.; Тетяна Корнякова, д. юрид. наук, проф.; Олександр Костенко, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олексій Кот, д. юрид. наук; Олена Кохановська, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Станіслав Кравченко, к. юрид. наук; Володимир Кравчук, д. юрид. наук, проф.; Олексій Кресін, д. юрид. наук, старш. наук. співроб., доц.; Наталя Кузнецова, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Павло Кулинич, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Микола Кучерявенко, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ірина Куян, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; Ярослав Лазур, д. юрид. наук, доц.; Василь Лемак, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Леонід Лобойко, д. юрид. наук, проф.; Дмитро Лук'янов, д. юрид. наук, доц., чл.-кор. НАПрН України; Дмитро Луспеник, к. юрид. наук, доц.; Богдан Львов, к. юрид. наук; Роман Майданик, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Сергій Максимов, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Андрій Мелешевич, д. філософії (Ph.D.), доц.; Олександр Мережко, д. юрид. наук, проф.; Сергій Мінченко, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; Лідія Москвич, д. юрид. наук, проф.; Анатолій Музика, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Володимир Носік, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Наталя Онщенко, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олеся Отраднава, д. юрид. наук, доц.; Наталя Пархоменко, д. юрид. наук, проф.; Петро Пацурківський, д. юрид. наук, проф.; Олександр Петришин, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Роман Петров, д. юрид. наук, проф.; Пилип Пилипенко, д. юрид. наук, проф.; Микола Погорецький, д. юрид. наук, проф.; Сергій Погрібний,

#### РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ, ПАРТНЕРИ

д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олег Подцерковний, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Юрій Притика, д. юрид. наук, проф.; Олександр Прокопенко, к. юрид. наук; Наталя Рассказова, к. юрид. наук, доц. (Росія); Михайло Савчин, д. юрид. наук, проф.; Ірина Сениота, д. юрид. наук, доц.; Світлана Сербьогіна, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Скрипнюк, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ігор Сліденко, д. юрид. наук; Ксенія Смирнова, д. юрид. наук, доц.; Михайло Смокович, д. юрид. наук; Марина Стефанчук, д. юрид. наук; Микола Стефанчук, к. юрид. наук, доц.; Семен Стеценко, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Хірохіде Такікава, (HiRONIDE TAKIKAWA), Prof. (Japan); Михайло Теплюк, д. юрид. наук; Олег Ткачук, д. юрид. наук, доц.; Вячеслав Труба, к. юрид. наук, проф.; Спиридон Флогатіс (SPYRIDON FLOGATIS), Ph.D. in Law, Prof. (Greece); Світлана Фурса, д. юрид. наук, проф.; Джабір Халілов, к. юрид. наук, доц. (Азербайджан); Євген Харитонов, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Наталя Хуторян, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Галя Чанишева, д. юрид. наук, проф.; Олександр Чирич (OLEKSANDR CIRIC), Doctor of Law, Prof. (Serbia); Станіслав Шевчук, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Валерій Шепітько, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Михайло Шумило, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; Олексій Ющик, д. юрид. наук, проф.; Ячіко Ямада (YASHIKO YAMADA) Prof. (Japan); Олександра Яновська, д. юрид. наук, проф.

#### РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ

Національна академія правових наук України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого; Дніпровський національний університет імені Олеся Гончара; Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ; Донецький національний університет імені Василя Стуса; Національна академія прокуратури України; Національний університет “Києво-Могилянська академія”; Національний університет “Острозька академія”; НТУУ “Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського”; Одеський державний університет внутрішніх справ; Одеський національний університет імені І. І. Мечникова; Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника; Ужгородський національний університет; Харківський національний університет внутрішніх справ

#### ПАРТНЕРИ

АО “Адвокатська компанія ‘Кайрос’”; ГО “Ліга професорів права”; ГО “Союз юристів України”; Юридичний портал *Ratio Decidendi*; Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України; Морська арбітражна комісія при Торгово-промисловій палаті України

## ЗМІСТ

*Актуальна тема номера:*  
“ДОКТРИНА КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ”

*Вступ до актуальної теми*

Микола ПАНОВ  
Доктрина кримінального права України:  
значення для науки і практики кримінального законотворення  
та правозастосування ..... 11

*I. Методологічні та наукознавчі проблеми  
доктрини кримінального права*

Юрій БАУЛІН, Василь ТАЦІЙ  
Завдання вітчизняної кримінально-правової науки  
в умовах реформування кримінального законодавства України ..... 17

Микола ПАНОВ  
Загальна теорія науки кримінального права:  
проблеми обґрунтування і формування ..... 31

Павло ФРІС  
Кримінально-правова ідеологія  
і кримінально-правова політика ..... 52

Зоя ЗАГИНЕЙ-ЗАБОЛОТЕНКО  
Невизначеність vs визначеність кримінального  
законодавства України ..... 67

Вячеслав НАВРОЦЬКИЙ  
Наскрізні та відособлені поняття кримінального права України ..... 81

Анатолій МУЗИКА  
Про кримінально-правові ризики: загальний огляд проблеми ..... 97

*II. Наукознавчі та юридичні аспекти доктрини  
Загальної частини кримінального права*

Микола ХАВРОНЮК  
Проступок, його сутність і порядок досудового розслідування  
та судового розгляду: новітні середньоазійські підходи,  
порівнюючи з уже відомими ..... 119

Вячеслав БОРИСОВ  
Склад злочину та місце потерпілого в його структурі ..... 138

ПРАВО УКРАЇНИ • 2020 • № 2 • 5-7

## ЗМІСТ

Євген Стрельцов, Наталя Мирошніченко  
Підстава кримінальної відповідальності потребує  
законодавчого закріплення ..... 151

Владислава Батиргарєєва, Андрій Бабенко  
Вплив установ виконання покарань і попереднього ув'язнення  
на криміногенну ситуацію в Україні ..... 164

### *III. Наукознавчі та юридичні аспекти доктрини Особливої частини кримінального права*

Олександр Дудоров, Костянтин Задоя  
Концепт “вік сексуальної згоди” за міжнародним кримінальним  
правом і кримінальним правом України ..... 184

Сергій Харитонов  
Зміцнення військового правопорядку та окремі питання  
вдосконалення кримінального законодавства України ..... 198

Висновки та рекомендації з актуальної теми ..... 210

Вибрана бібліографія з актуальної теми:  
“Доктрина кримінального права України” ..... 214

### ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Анастасія Попова  
Торгівля валютними цінностями як вид професійної  
фінансової діяльності ..... 215

### КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Наталя Антонюк  
Засоби диференціації кримінальної відповідальності. .... 228

### МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Ольга Шереметьєва  
Правовий статус та роль міжнародної фінансової організації  
як суб'єкта валютних правовідносин в глобалізаційному процесі. .... 244

Григорій Мошак  
Щодо поняття водного шляху у праві внутрішнього судноплавства  
придунайських країн ..... 260

## СЛОВО МОЛОДИМ ВЧЕНИМ

ВОЛОДИМИР ШЕВЕЛА Загрози електронної демократії у контексті збереження конституційного ладу в Україні .....	274
---	-----

КОНСТИТУЦІЙНА СПАДЩИНА ПИЛИПА ОРЛИКА  
(за матеріалами однойменного міжнародного наукового семінару,  
Крістіанстад, Швеція, 20 червня 2019 року)

BO SILVERBERN Welcoming Speech .....	289
OLEKSIY KRESIN Ukrainian-Swedish Relations and Treaties of the XVII–XVIII Centuries .....	291

## ЮРИДИЧНА ХРОНІКА

Забезпечення прав людини як концептуальна засада реформування кримінально-виконавчої системи України (за матеріалами VII міжнародної науково-практичної конференції “Актуальні проблеми захисту прав людини, яка перебуває у конфлікті з законом, крізь призму правових реформ”, Київ, 14 лютого 2020 року) .....	302
--	-----

## РЕЦЕНЗІЇ

АНДРІЙ САВЧЕНКО, РОМАН ВЕРЕША Кримінальне право на латині (рецензія на словник-довідник “Кримінальна юстиція в латинських висловах і термінах”, підготовлений Михайлом Шепітьком) .....	305
---	-----

## ПЕРСОНАЛІЇ

ВІКТОР КОНОНЕНКО Перевага м’якої сили (світлій пам’яті Віталія Федоровича Бойка) .....	308
--	-----

-----  
Актуальна тема наступного номера:  
“ДОКТРИНА МЕДИЧНОГО ПРАВА УКРАЇНИ”  
-----

## TABLE OF CONTENTS

*Central Topic of the Issue:*  
“THE DOCTRINE OF CRIMINAL LAW OF UKRAINE”

### *Introduction to the Central Topic*

MYKOLA PANOV The Doctrine of Criminal Law of Ukraine: Meaning for the Science and Practice of Criminal Law Making and Law Application .....	11
---	----

### *I. Methodological and Scientific Issues of the Doctrine of Criminal Law*

YURIY BAULIN, VASYL TATSIY Tasks of the National Criminal Law Science in the Context of Criminal Legislation Reforms in Ukraine .....	17
---	----

MYKOLA PANOV General Theory of Criminal Law Science: Substantiation and Formation Issues .....	31
--	----

PAVLO FRIS Criminal Law Ideology and Criminal Law Policy .....	52
---	----

ZOIA ZAHYNEI-ZABOLOTENKO Uncertainty vs Certainty of Criminal Legislation of Ukraine .....	67
---	----

VYACHESLAV NAVROTSKYI Cross-Cutting and Self-Standing Concepts of Criminal Law of Ukraine .....	81
--	----

ANATOLII MUZYKA On the Criminal Law Risks: An Overview of the Issue .....	97
--	----

### *II. Scientific and Legal Aspects of the Doctrine of the General Part of Criminal Law*

MYKOLA KHAVRONIUK Misdemeanor, its Essence and the Procedure of Pre-Trial Investigation and Trial: The Latest Central Asian Approaches, as Compared with the Ones Already Known .....	119
--	-----

VIACHESLAV BORYSOV Corpus Delicti and Victim's Place in its Structure .....	138
--	-----



TABLE OF CONTENTS

YEVGEN STRELTSOV, NATALIYA MIROSHNYCHENKO  
The Ground for Criminal Liability Requires  
Legislation Providing ..... 151

VLADYSLAVA BATYRGAREIEVA, ANDRII BABENKO  
The Impact of Penitentiary and Pre-Trial Detention Facilities  
on the Crime Situation in Ukraine..... 164

*III. Scientific and Legal Aspects  
of the Doctrine of the Special Part of Criminal Law*

OLEKSANDR DUDOROV, KOSTIANTYN ZADOIA  
The Concept of “Age of Sexual Consent” in International Criminal  
Law and Criminal Law of Ukraine..... 184

SERGIY KHARYTONOV  
Enhancement of Military Law and Order and Selected Issues  
Relating to Improvement of Criminal Legislation of Ukraine ..... 198

CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS ON THE CENTRAL TOPIC ..... 210

SELECTED BIBLIOGRAPHY ON THE CENTRAL TOPIC:  
“The Doctrine of Criminal Law of Ukraine” ..... 214

ECONOMIC LAW AND PROCESS

ANASTASIYA POPOVA  
Trading in Currency Values as a Type of Professional  
Financial Activity ..... 215

CRIMINAL LAW AND PROCESS

NATALIA ANTONIUK  
The Means of Criminal Liability Differentiation ..... 228

INTERNATIONAL LAW

OLGA SHEREMETIEVA  
The Legal Status and Role of an International Financial Organization  
as an Entity of Foreign Exchange Legal Relations  
in the Globalization Process ..... 244

GRYGORII MOSHAK  
On the Concept of Waterway in Inland Navigation Law  
of the Danube Countries ..... 260

ПРАВО УКРАЇНИ • 2020 • № 2 • 8-10

TABLE OF CONTENTS

SECTION FOR YOUNG SCHOLARS

VOLODYMYR SHEVELA  
Threats to E-Democracy in the Context of Preserving  
the Constitutional System in Ukraine ..... 274

THE CONSTITUTIONAL LEGACY OF PYLYP ORLYK  
(Based on the Materials of the International Scientific Seminar  
of the Same Title Held in Kristianstad, Sweden, on June 20, 2019)

BO SILVERBERN  
Welcoming Speech ..... 289

OLEKSIY KRESIN  
Ukrainian-Swedish Relations and Treaties  
of the XVII–XVIII Centuries ..... 291

LEGAL CHRONICLE

Ensuring Human Rights as a Conceptual Basis for Reforming  
the Criminal Justice System of Ukraine  
(Based on the Materials of VI International Scientific and Practical Conference  
“Topical Issues of Protecting the Rights of an Individual Who is  
in Conflict with the Law, through the Prism of Legal Reforms”,  
Kyiv, February 14, 2020) ..... 302

REVIEWS

ANDRII SAVCHENKO, POMAN VERESHA  
Criminal law in Latin  
(Review of the Reference Dictionary “Criminal Justice  
in Latin Expressions and Terms” prepared by Mykhaylo Shepitko) ..... 305

PERSONALITIES

VIKTOR KONONENKO  
Soft Power Advantage  
(Blessed Memory of Vitaliy Fedorovich Boiko) ..... 308

Актуальна тема номера:  
“ДОКТРИНА КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ”

Вступ до актуальної теми



Микола Панов

доктор юридичних наук, професор,  
академік НАПрН України,  
заслужений діяч науки і техніки України,  
завідувач кафедри кримінального права № 2  
Національного юридичного університету  
імені Ярослава Мудрого  
(Харків, Україна)  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6323-6489>  
[criminallaw2v@gmail.com](mailto:criminallaw2v@gmail.com)

УДК 343.01

ДОКТРИНА КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ:  
ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ НАУКИ І ПРАКТИКИ КРИМІНАЛЬНОГО  
ЗАКОНОТВОРЕННЯ ТА ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Термін “доктрина (від лат. *doctrina* – вчення) кримінального права” означає відповідне збірне юридичне поняття, зміст якого становить цілісна система логічно узгоджених сталих (тобто визнаних) наукових ідей, поглядів, учень щодо сутності та закономірностей функціонування і розвитку кримінального права та законодавства, кримінального правотворення, практики застосування норм кримінального законодавства та їх удосконалення, а також відносно злочинів як негативних, суспільно небезпечних явищ соціально-правової реальності та покарання за них. Суттєвою рисою доктрини кримінального права (далі – ДКП) є те, що вона слугує у ролі продукту чи певного підсумку фундаментальних і прикладних наукових досліджень, спрямованих на виявлення сутності, змісту й основних закономірностей формування, функціонування і розвитку кримінального права, а також обґрунтування і розробки оптимальних правил практики його застосування. Отримані при цьому знання доктринального характеру відображаються (легалізуються) переважно у наукових працях, судових рішеннях із застосуванням норм кримінального права, науково-практичних коментарях до кримінального законодавства і, що має особливе значення – у кримінально-правових нормах, юридичних конструкціях та інститутах чинного Кримінального кодексу України (далі – КК України), а також в актах застосування норм кримінального

© Микола Панов, 2020

права. Вказаним видам офіційного визнання (легалізації) ДКП передують достатньо широке обговорення науковою спільнотою і професійними працівниками кримінальної юстиції відповідних ідей, поглядів, учень, теорій, що містять доктринальні положення кримінального права і мають суттєве наукове та практичне значення. У разі переважного схвалення цих положень як прийнятних і з суттєвим науковим і практичним значенням, вони набувають, безумовно, сталого характеру, а тому сприймаються законодавством і судовою практикою України як доктринальні, тобто такі, що мають важливе значення, оскільки відображають сутність і закономірності кримінального права. Крім того, легалізація ДКП і відображення її положень має місце і при розробленні та закріпленні в тексті права його інститутів, норм та юридичних конструкцій, системи понять, категорій, юридичних термінів (понятійного апарату) як логіко-юридичного і лінгвістичного інструментарію, за допомогою якого доктринальні положення включаються у кримінальне законодавство та практику його застосування і доводяться таким чином до відома осіб, яким адресовані норми кримінального закону. Отже, ДКП тісно пов'язане з наукою кримінального права по суті і загалом є його результатом. Однак ці явища нетотожні, їх не можна розглядати як слова-синоніми, що інколи роблять науковці. ДКП – це специфічний нормативно-правовий феномен, що виступає у вигляді комплексного блоку знань (ідей, поглядів, учень, теорій), які оптимально поєднують у собі, по-перше, сучасні досягнення у галузі науки кримінального права, і по-друге, обґрунтований та визнаний практичний, досконалий досвід законотворчої діяльності і практики застосування норм кримінального права у їх загальному вигляді.

Процес формування ДКП є доволі складним і тривалим, базується на положеннях Конституції України, нормах і принципах міжнародного права, відправних положеннях кримінального законодавства, основних інститутах і принципах кримінального права, узагальнених матеріалах правозастосування, на сучасних досягненнях науки, зокрема й науки кримінального права, вбирає досвід, знання і погляди у сфері теорії та практики кримінального права попередніх поколінь юристів-криміналістів, відображає потреби соціально-економічного розвитку суспільства, його правосвідомість, правову культуру, національні правові традиції та досвід кримінального правотворення і правозастосування інших держав.

ДКП може розглядатися на різних рівнях, а саме: галузі права (загальна ДКП) й інституту галузі, окремого вчення або теорії (часткова ДКП). *Загальна доктрина кримінального права* має найбільш високий рівень абстрагування, висвітлює основні та суттєві властивості концептуального характеру, притаманні всім інститутам і нормам кримінального права: визначення кримінального права і законодавства, їх сутності, завдань,

функцій, структури, змісту – все це загальні правові положення концептуального характеру. Часткові ДКП відносяться до сфери інститутів, учень, ідей, теорій і мають більш обмежений, а тому більш конкретизований характер, наприклад, ДКП інституту кримінальної відповідальності, вчення про злочини, вчення про покарання, інститутів незакінченого злочину, співучасті у злочині та ін. Однак у всіх випадках доктрина та її положення виражаються у базових принципах, категоріях і відправних узагальнених правоположеннях (постулатах кримінального права), які визначають ДКП і водночас слугують як основні складові елементів її змісту. Принципи (від лат. *principium* – начало, основа) кримінального права – базові, фундаментальні ідеї та засади, які визначають сутність та зміст і побудову кримінального права, її інститутів і норм. До них належать такі принципи: верховенства права; юридичної (формальної) визначеності кримінально-правових норм; кримінальної відповідальності лише за вчинення особою суспільно небезпечного діяння, що визнане у законі як злочин; особистої і винної відповідальності; обмеження меж кримінальної відповідальності; диференціації та індивідуалізації кримінальної відповідальності і покарання та ін. Вказані принципи змістовно відображають ідеї демократизму, гуманізму, справедливості, рівності перед законом і водночас базуються на них. Вони “пронизують” усю сферу кримінального права, всі ідеї, вчення, теорії, норми й інститути кримінального права, визначають їхню сутність і зміст.

Категорії кримінального права являють собою найбільш широкі за обсягом фундаментальні поняття, які відображають і фіксують найзагальніші та найсуттєвіші ознаки явищ (фактів) реальної дійсності у сфері кримінального права. До категорій кримінального права можна віднести такі: “закон про кримінальну відповідальність”, “кримінально-правова норма”, “злочин” (поняття злочин – ст. 11 КК України), “покарання”, “кримінальна відповідальність”, “кримінально-правові відносини”, “склад злочину”, “елементи складу злочину” (“об’єкт”, “об’єктивна сторона”, “суб’єкт злочину”, “суб’єктивна сторона”), “окремі види покарань” та ін. Категорії кримінального права виконують надзвичайно важливу консолідуючу функцію. Інтегруючи знання, що фіксуються у поняттях цієї галузі, категорії узагальнюють їх за предметною і змістовною належністю, виокремлюють та акумулюють найбільш загальні й суттєві ознаки, що властиві відповідним кримінально-правовим явищам на рівні загального. Категорії кримінального права мають важливе теоретичне і практичне значення, вони упорядковують усю сукупність кримінально-правових понять і термінологію, забезпечують їх систематизацію, виконують консолідуючу функцію, надають можливість вибудови понятійних рядів кримінального права як упорядкованої логіко-юридичної системи.

*Постулати кримінального права* – це узагальнені правоположення аксіоматичного характеру, що доповнюють та конкретизують принципи і категорії кримінального права, відображають суттєві його риси і є загально визнаними. Високий рівень формалізації та узагальнення основних рис і властивостей норм кримінального права, законодавства й окремих положень практики їх застосування надає можливість розробляти і формувати узагальнення аксіоматичного характеру і високого рівня абстрагування – постулати (від лат. *postulatum* – вимога, твердження, що приймається без доведення як вихідне, незаперечна істина), що є підставою визнавати їх елементами доктрини кримінального права (доктринальними положеннями), оскільки відображають його сутність, основні риси завдання та функції. До постулатів можна віднести, наприклад: визначення в законі (ст. 1 КК України) завдань і функцій кримінального законодавства, підстави кримінальної відповідальності (ч. 1 ст. 2 КК України); визнання злочином лише вчинене особою (фізичною, осудною, що досягла віку кримінальної відповідальності) суспільно небезпечного діяння (дії чи бездіяльності) безпосередньо і вичерпно визначеного у законі про кримінальну відповідальність; заборону притягнення особи до кримінальної відповідальності за один і той самий злочин більше одного разу (ч. 3 ст. 2 КК України); заборону застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією (ч. 5 ст. 3 КК України); встановлення надзвичайно важливих і принципових положень, згідно з якими злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки КК України (ч. 3 ст. 3 КК України), а також, що особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню доти, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду – “презумпція невинуватості” (ч. 2 ст. 2 КК України), що (як антитеза – від грецьк. *antithesis* – протиставлення) становить основу принципу “винової відповідальності” як основоположного принципу кримінального права.

Розглянуті основні види (форми) доктринальних положень кримінального права доповнюються і конкретизуються значним масивом юридичних конструкцій, кримінально-правових понять і юридичної термінології як логіко-юридичних і лінгвістичних засобів визначення основних ідей, учень і теорій кримінального права, в яких відображається сутність, зміст і функції цієї галузі права та законодавства, що закріплюється переважно в нормах КК України і в своїй сукупності становлять зміст доктрини кримінального права. Вони є похідними від правових категорій, принципів кримінального права. базуються на них, а тому визнанчють із ними разом сутність і зміст доктрини кримінального права. Вони є похідними від правових категорій, принципів кримінального права, базу-

ються на них, а тому визначають із ними разом сутність і зміст доктрини кримінального права.

Роль доктрини полягає у тому, що її положення мають відправний, установчий характер, вони наповнюють зміст правових норм, юридичних конструкцій та інститутів кримінального права, визначають їх сутність і цільове призначення, а тому мають фундаментальне значення як для теорії, так і для практики кримінального права. При цьому доктринальні положення (принципи, категорії, постулати) повинні перебувати з кримінально-правовими нормами й інститутами права у відношеннях координації та логічної узгодженості. Протириччя у цих відношеннях потребує обов'язкового перегляду положень ДКП або відповідних норм чи інститутів права для їх з'ясування та оптимального розв'язання відповідними державними інституціями на законодавчому і правозастосовному рівнях. *Практичне (прагматичне) значення ДКП* полягає, перш за все, у впливі її положень на кримінальне законотворення. КК України ґрунтується, зокрема, на таких основних доктринальних положеннях кримінального права України: 1) він єдиний кодифікований, законодавчий нормативно-правовий акт, який містить усі закони України про кримінальну відповідальність; 2) кримінальна протиправність діяння, а також його караність визначаються тільки КК України; 3) закріплення основного принципу цивілізованого кримінального права – “немає злочину – немає покарання без вказівки на те в законі про кримінальну відповідальність”; 4) визнання єдиної підстави кримінальної відповідальності – наявності у вчиненому особою суспільно небезпечного діяння складу злочину, передбаченого КК України; 5) кримінальна відповідальність за вчинене суспільно небезпечне діяння визначається законом, що діяв на час вчинення цього діяння; 6) заборона застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією; 7) закріплення презумпції невинуватості та принципу особистої і винної відповідальності; 8) покарання, що застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні злочину, має на меті не тільки кару, а й виправлення засудженого, а також запобігання нових злочинів як засудженим, так і іншими особами; 9) система покарань, розміщена у КК України, від менш суворих до більш суворих, спрямована на реалізацію гуманістичного підходу у здійсненні кримінально-правової політики при призначенні покарань; 10) покарання не має на меті завдати фізичних страждань або принизити людську гідність; 11) особі, яка вчинила злочин, має бути призначене покарання необхідне та достатнє для її виправлення і попередження нових злочинів; 12) наявність низки норм, що надають можливість звільнення від кримінальної відповідальності та від покарання; 13) відмова від такого покарання, як смертна кара, і заміна її довічним позбавленням волі; 14) наявність низки заохочувальних норм, що стимулюють позитивну посткримінальну поведінку; 15) включення

у Загальну частину КК України самостійного розділу про відповідальність неповнолітніх, норми якого, з урахуванням віку винних осіб, у багатьох випадках пом'якшують відповідальність порівняно з повнолітніми злочинцями, тощо.

*Практичне значення доктринальних положень кримінального права* полягає також у тому, що всі вони орієнтують правоохоронні та судові органи на неухильне дотримання принципів верховенства права і законності у процесі застосування норм кримінального права, передусім тих, які базуються або ж відображають вказані доктринальні положення. При цьому слід мати на увазі, що положення кримінального права принципового і навіть доктринального характеру (погляди, ідеї, пропозиції та думки окремих науковців, юристів-практиків), які викладені у відповідних наукових і науково-практичних виданнях, не завжди можуть бути використані як аргументи у судових рішеннях із застосуванням норм кримінального права. Це пояснюється тим, що специфічними доктринальними положеннями кримінального права є “заборона застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією” (ч. 4 ст. 3 КК України), а також основоположний постулат кримінального права про те, що “підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого цим Кодексом” (ч. 1 ст. 2 КК України). Однак при застосуванні норм, що характеризуються високим рівнем узагальнення понять, які використовуються для визначення ознак злочину, наприклад: вбивство через необережність (ст. 120 КК України), катування (ст. 127 КК України) тощо, або ознак складу злочину, визначених із застосуванням оціночних понять (особлива жорстокість, винятковий цинізм тощо), чи у випадках, коли законодавець застосовує у законі для визначення злочину незавершені переліки ознак, доктринальне тлумачення, безумовно, може бути. При цьому слід пам'ятати загальновідомі доктринальні положення кримінального права (постулати) щодо підстави кримінальної відповідальності, а також заборони застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією.

*Теоретичне (наукове) значення доктринальних положень кримінального права* зводиться до того, що логіко-юридичні властивості вказаних положень як сталі нормативно-правові узагальнення високого рівня абстрагування відображають найбільш суттєві властивості кримінального права і його інститутів, надають цій галузі права риси визначеності, стабільності, чіткості й одночасно слугують засобами (науковим інструментарієм) подальших досліджень, з'ясування перспектив і напрямів розвитку науки кримінального права, удосконалення кримінального законодавства і практики його застосування.



## I. Методологічні та наукознавчі проблеми доктрини кримінального права

DOI: 10.33498/opus-2020-02-017



### Юрій Баулін

доктор юридичних наук, професор,  
академік НАПрН України,  
академік-секретар відділення кримінально-правових наук  
НАПрН України,  
професор кафедри кримінального права  
Національного юридичного університету  
імені Ярослава Мудрого,  
голова робочої групи з питань розвитку кримінального права  
Комісії з питань правової реформи  
(Харків, Україна)  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0725-8405>  
ccu\_baulin@ukr.net

### Василь Тацій

доктор юридичних наук, професор,  
академік НАН України, академік НАПрН України,  
Герой України, почесний президент НАПрН України,  
ректор Національного юридичного  
університету імені Ярослава Мудрого  
(Харків, Україна)  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6015-3058>  
rectorat@nula.edu.ua



УДК 343.2:001.5(477)

## ЗАВДАННЯ ВІТЧИЗНЯНОЇ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ НАУКИ В УМОВАХ РЕФОРМУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Анотація. У статті висвітлено основні завдання вітчизняної кримінально-правової науки в умовах реформування кримінального законодавства України. Відповідно до Указу Президента України “Питання Комісії з питань правової реформи” у складі цієї комісії утворена робоча група з питань розвитку кримінального права, перед якою поставлено завдання – оновити кримінальне законодавство України. Згідно з цим завданням робоча група опрацьовує три кодекси про відповідальність за публічні правопорушення, а саме: Кримінальний кодекс, Кодекс про проступки і Кодекс про адміністративні порушення. Важливою умовою виконання цього завдання є наукове забезпечення законопроектної роботи.

Метою статті є формулювання завдань вітчизняної кримінально-правової науки в забезпеченні якісної підготовки зазначених кодексів.

© Юрій Баулін, Василь Тацій, 2020

Юрій Баулін, Василь Тацій

Основні результати дослідження полягають у формулюванні та обґрунтуванні 17 напрямів наукових досліджень для якісного наукового забезпечення підготовки нових кодексів. Серед яких: забезпечення кримінологічної, соціальної та міжнародно-правової відповідності нового кримінального законодавства України сучасним викликам злочинності; дослідження проблем відповідності кримінального законодавства вимогам Конституції України; забезпечення відповідності змістовного наповнення кримінально-правових норм потребам демократичного суспільства; забезпечення науковими дослідженнями обґрунтування змін до майбутнього Кримінального кодексу України, пов'язаних із відмовою від положень, які не відповідають вимогам сучасності; створення концепції та її втілення у тексти законів щодо відповідальності за публічні правопорушення; дослідження корупційних ризиків при встановленні та застосуванні кримінального закону; дослідження захисту інтересів потерпілого від злочину; запровадження широкого застосування покарань (стягнень), не пов'язаних з ув'язненням, а саме альтернативних заходів і, перш за все, інституту пробації.

У висновку зазначається, що концентрація зусиль науковців на визначених напрямках наукових досліджень дасть змогу підготувати майбутнє законодавство про відповідальність за публічні правопорушення, яке відповідатиме викликам сучасності.

Ключові слова: реформування кримінального законодавства; кримінально-правова наука; напрями наукових досліджень; відповідність сучасним викликам.

У статті висвітлено основні завдання вітчизняної кримінально-правової науки в умовах реформування кримінального законодавства України. Відповідно до Указу Президента України “Питання Комісії з питань правової реформи” (далі – Указ)<sup>1</sup> у складі цієї комісії утворена робоча група з питань розвитку кримінального права, перед якою поставлено завдання – оновити кримінальне законодавство України. Згідно з цим завданням робоча група опрацьовує три кодекси про відповідальність за публічні правопорушення, а саме: Кримінальний кодекс, Кодекс про проступки і Кодекс про адміністративні порушення. Важливою умовою виконання цього завдання є наукове забезпечення законопроектної роботи.

Метою дослідження є формулювання завдань вітчизняної кримінально-правової науки в забезпеченні якісної підготовки зазначених кодексів.

Після набуття Україною незалежності на її теренах 10 років (1991–2001 рр.) був чинний Кримінальний кодекс України 1960 р. із змінами та доповненнями<sup>2</sup>, а з 1 вересня 2001 р. і дотепер – Кримінальний кодекс України (далі – КК України)<sup>3</sup>. Порівняно з попередніми кримінальними

<sup>1</sup> Питання Комісії з питань правової реформи: Указ Президента України від 7 серпня 2019 р. № 584/2019 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/584/2019>> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>2</sup> Кримінальний кодекс України: Закон України від 28 грудня 1960 р. № 2000-05 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2001-05>> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>3</sup> Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>> (дата звернення: 21.01.2020).

законами КК України чинний лише трохи більше ніж 18 років. Попередні кримінальні закони (1927 р. і 1960 р.) у середньому були чинними вдвоє довше за нинішній КК України і пережили періоди радикальних змін у суспільстві й державі (Жовтневий переворот, нова економічна політика, колективізація, індустріалізація, утворення Союзу Радянських Соціалістичних Республік (далі – СРСР), Конституція СРСР 1936 р., масові репресії, Голодомор 1932–1933 рр., Друга світова війна, повоєнні роки, Голокост, “холодна війна”, період застою, відлига, перебудова, демократизація країни, розпад СРСР, утворення окремих держав на теренах колишнього СРСР (Співдружності Незалежних Держав), зміна форм власності, перші ринкові перетворення, формування самостійного управлінського апарату тощо).

Чинний КК України був підготовлений робочою групою Кабінету Міністрів України на чолі з одним із авторів цієї статті В. Тацієм. Нормативно-правовий акт розробляли майже 9 років. Ця доволі тривала підготовка була обумовлена необхідністю формування нової системи права України, побудованої на принципах, проголошених у Декларації про незалежність України 1990 р., та приведення його положень у відповідність до вимог Конституції України<sup>4</sup>, проходження оцінки міжнародних експертів, врахування міжнародних зобов’язань України, лінгвістичної експертизи тощо. КК України зберіг наступність класичних інститутів кримінального права: поняття злочину як підстави кримінальної відповідальності; визнання суб’єктом злочину лише фізичної особи; збереження принципу відповідальності лише за наявності вини; розвиток інститутів незакінченого злочину і злочину, вчиненого у співучасті; розширення кола обставин, що виключають злочинність діяння; визначення дванадцятьох видів покарань і правил їх призначення, а також інститутів звільнення від кримінальної відповідальності та від покарання, судимості; поділ злочинів в Особливій частині КК України на розділи залежно від цінності об’єктів кримінально-правової охорони: злочини проти основ національної безпеки, людини, суспільства, держави та міжнародного правопорядку. У робочій групі з підготовки КК України брали участь науковці з усіх закладів вищої освіти України. Положення проекту обговорювалися на багатьох наукових заходах, він отримав високу оцінку міжнародних експертів. Однак головне полягало в тому, що в Україні як самостійній, незалежній, демократичній і правовій державі (ст. 1 Конституції України) відбувалися кардинальні зміни в економічній, політичній, правовій, культурній та інших сферах життєдіяльності

<sup>4</sup> Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>> (дата звернення: 21.01.2020).

людей. І ці зміни мали бути враховані у новому законодавстві України, зокрема й у КК України. І якщо на першому етапі чинності він все ще зберігав якість системного нормативно-правового акта, то в наступні роки у нього було внесено багато змін і доповнень. Переважно такі зміни ґрунтувалися на невиправданості ідеї про те, що посилення суворості кримінального закону має вирішальне значення для подолання негативних явищ, які з'являються у суспільстві. Так, сплеск організованої злочинності у 90-х роках минулого століття призвів до змін у положеннях КК України стосовно відповідальності за співучасть у злочинах. У перші роки цього століття постали питання визначення відповідальності за терористичні злочини. Міжнародні зобов'язання України у сфері протидії корупції також спричинили до змін у КК України. Підписання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом (далі – ЄС), Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (далі – Угода)<sup>5</sup> зобов'язало нашу державу адаптувати національне законодавство до європейського тощо. Україна є учасницею багатьох міжнародних конвенцій, які зобов'язують її ухвалити певні зміни до КК України. Криваві події на Майдані у лютому 2014 р., докорінна зміна суспільно-політичної обстановки в Україні вплинули, крім усього іншого, і на зміст КК України. Нині, коли Автономна Республіка Крим окупована Російською Федерацією і частина територій Донецької та Луганської областей контролюються терористичними формуваннями так званих Донецької Народної Республіки та Луганської Народної Республіки за підтримки тієї ж Росії постають нові завдання і в частині кримінально-правового регулювання відносин, що виникають між державою і громадянами України та іноземцями, які вчиняють злочини проти територіальної цілісності України, в зоні проведення Операції об'єднаних сил тощо.

Ці та інші чинники вплинули на те, що в КК України за період його чинності було внесено понад 1 000 змін і доповнень, крім того, готуються ще нові. Очевидно, ці зміни вносилися Верховною Радою України кількох скликань, часто без врахування закладених у КК України концептуальних положень (як кажуть, “на потребу дня”), без врахування напрацьованих вітчизняної кримінально-правової науки, за відсутності соціальної обумовленості змін, із порушенням правил криміналізації, законодавчої техніки тощо. Всі ці зміни і доповнення призвели до того, що чинний КК України перестав бути системним нормативно-правовим актом; у ньому з'явилися суперечності та неузгодженості, а також помилкові положен-

<sup>5</sup> Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27 червня 2014 р. <[https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984\\_011](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011)> (дата звернення: 21.01.2020).

ня; він занадто перевантажений спеціальними складами злочинів, що породжує непотрібну та неузгоджену конкуренцію кримінально-правових норм; не дає відповіді на багато питань, які постали перед судами при його застосуванні; цей акт не в усьому відповідає міжнародним зобов'язанням України, не враховує появу нових форм злочинності у сфері суспільних комунікацій, можливості штучного інтелекту тощо.

Курс на те, щоб побудувати в Україні розвинену європейську країну з сучасною, прозорою, добре функціонуючою демократією ставить перед державою завдання щодо подальшого розвитку правової системи України на основі конституційних принципів верховенства права, пріоритетності прав і свобод людини та громадянина з урахуванням міжнародних зобов'язань України відповідно до демократичних стандартів і найкращих світових практик, зокрема, держав – членів ЄС. Згідно з Указом була створена Комісія з питань правової реформи<sup>6</sup>, у складі якої із її членів була утворена, зокрема, робоча група з питань розвитку кримінального права. До цієї групи увійшли дев'ять науковців із провідних закладів вищої освіти України, перед якими поставлені завдання забезпечити розроблення і внесення Президентові України узгоджених пропозицій стосовно змін до законодавства про кримінальну відповідальність з урахуванням сучасних викликів та потреб демократичного суспільства.

На виконання цього державного завдання робоча група з питань розвитку кримінального права 18–19 жовтня 2019 р. у Харкові на Міжнародній науковій конференції презентувала проєкт Концепції реформування законодавства України в частині відповідальності за публічні правопорушення. Згідно з проєктом планується підготовка трьох кодексів: 1) Кримінального кодексу; 2) Кодексу про проступки; 3) Кодексу про адміністративні порушення. При цьому строки підготовки зазначених проєктів кодексів є досить стислими, а саме протягом року.

Своєчасне та якісне виконання поставлених завдань із реформування кримінального законодавства потребує мобілізації зусиль фахівців у галузі кримінального, кримінально-процесуального, кримінально-виконавчого та адміністративно-деліктного права. Такі зусилля мають бути зосереджені на вирішенні комплексу завдань із наукового забезпечення підготовки зазначених нормативно-правових актів.

Важливий напрям стосується завдань кримінально-правової науки щодо забезпечення кримінологічної, соціальної та міжнародно-правової відповідності нового кримінального законодавства України, тобто сучасним викликам злочинності. КК України повинен мати сучасні кримінально-правові засоби протидії проявам транснаціональної зло-

<sup>6</sup> Питання Комісії з питань правової реформи (н 1).

чинності, злочинам у фінансовій сфері, у сфері охорони навколишнього середовища, сучасним формам організованої злочинності, пов'язаної, зокрема, з торгівлею людьми, тероризмом, незаконним обігом наркотичних засобів, зброї, антикваріату, фальсифікованих лікарських засобів тощо.

КК України і Кримінальний процесуальний кодекс України повинні мати норми, які гарантували б ефективне міжнародне співробітництво у боротьбі зі злочинністю. У зв'язку з цим завдання кримінально-правової науки – забезпечити відповідність нового КК міжнародним зобов'язанням України. Перш за все, йдеться про імплементацію тих положень міжнародних договорів, які є обов'язковими для України, оскільки відомо, що не всі такі договори імplementовані в кримінальне законодавство України. Крім того, важливо надати наукове обґрунтування адаптації та гармонізації вітчизняного кримінального законодавства з міжнародними угодами, конвенціями, учасником яких є Україна. Так, відповідно до Угоди і, з огляду на конституційні положення, згідно з якими підтверджена незворотність європейського та євроатлантичного курсу України (Преамбула Конституції України), перед українською правовою наукою загалом і кримінально-правовою наукою зокрема стоїть завдання дослідження, обґрунтування та наукового забезпечення гармонізації кримінального законодавства України з європейським кримінальним правом, тобто забезпечення європеїзації кримінального законодавства України. Це означає необхідність докладного дослідження європейського кримінального права, яке відображається у директивах ЄС, стандартах Ради Європи в галузі матеріального кримінального права, у практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), яка є джерелом права в Україні, а також практики Європейського Суду справедливості, висновках Європейської Комісії “За демократію через право” (Венеційська комісія) у тій частині, що стосується кримінального права, експертів Ради Європи з окремих законопроектів у галузі кримінального права тощо. В європейських структурах існують різні інституції, рекомендації яких беруться за основу при виробленні рекомендацій і рішень керівних органів ЄС та Ради Європи (наприклад, Рада з пенологічної співпраці при Раді Європи). Європейські партнери підтримують в Україні різні напрями роботи, які переплітаються із проблемами кримінального права, наприклад, Центр із тюремного населення, Центр пробації, робоча група Міністерства юстиції України з розвитку кримінальних покарань і заходів, не пов'язаних з ізоляцією від суспільства, та вдосконалення практики їх застосування тощо. Напрацювання зазначених інституцій підлягають науковому обміркуванню і дослідженню з метою формуван-

ня пропозицій до майбутнього КК України. У зв'язку з цим підвищується і роль порівняльних досліджень, зокрема й у галузі кримінального права. Дослідження законодавчого досвіду європейських країн у кримінально-правовій сфері, особливо в тих країнах, де нещодавно було змінено кримінальне законодавство, може дати гарний ефект запозичення сучасних підходів до вирішення проблем, загальних для європейських країн, з урахуванням, звісно, специфіки національно-правової системи України.

Одним із важливих напрямів є дослідження проблем відповідності кримінального законодавства вимогам Конституції України, яка згідно з ч. 2 ст. 8 має найвищу юридичну силу, а закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй. Відомо, що при підготовці КК України 2001 р. текст проєкту проходив експертизу на відповідність Конституції України, але Конституція 1996 р. зазнала численних доповнень і змін, а тому знову виникають запитання про відповідність Основному Закону інституту звільнення особи від кримінальної відповідальності, положень кримінального закону щодо осіб, які засуджені до довічного позбавлення волі, але не мають права “на надію”, тощо.

Згідно з ч. 1 ст. 8 Конституції України ‘в Україні визнається і діє принцип верховенства права’<sup>7</sup>. Зміст цього принципу потребує втілення у текст проєкту нового КК України. Водночас у науці кримінального права відсутній єдиний підхід до розуміння цього принципу у кримінально-правовому вимірі. Утім, принцип верховенства права закладений не тільки в Конституцію України, а й у засновницькі документи багатьох європейських інституцій, наприклад, Ради Європи, ЄС тощо. Тому одним із важливих завдань вітчизняної кримінально-правової науки є дослідження, формулювання та втілення принципу верховенства права у приписи нового КК України, а також у практику його застосування.

Ще один напрям, який потребує концентрації зусиль науковців, – змістовне наповнення кримінально-правових норм. Ці норми повинні відповідати, перш за все, потребам демократичного суспільства. У зв'язку з цим важливе значення мають положення Указу Президента України “Про цілі сталого розвитку України на період до 2030 року” (далі – Цілі)<sup>8</sup>. У документі підтримані проголошені резолюцією Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй від 25 вересня 2015 р. № 70/1 глобальні цілі сталого розвитку до 2030 р. і результати їх адаптації з урахуванням специфіки розвитку України. В Указі визначено 17 таких цілей, зокрема, у цілі 16 зазначено:

<sup>7</sup> Конституція України (н 4).

<sup>8</sup> Про Цілі сталого розвитку України на період до 2030 року: Указ Президента України від 30 вересня 2019 р. № 722/2019 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/722/2019>> (дата звернення: 21.01.2020).

Юрій Баулін, Василь Тацій

<...> сприяння побудові миролюбного і відкритого суспільства в інтересах сталого розвитку, забезпечення доступу для правосуддя для всіх і створення ефективних, підзвітних та заснованих на широкій участі інституцій на всіх рівнях<sup>9</sup>.

Крім того, Національній академії наук України та галузевим академіям, зокрема і Національній академії правових наук України, рекомендовано враховувати Цілі під час визначення напрямів наукових досліджень. Нарешті, Цілі є орієнтирами для розроблення проєктів прогнозних і програмних документів, проєктів нормативно-правових актів з метою забезпечення збалансованого економічного, соціального та екологічного вимірів сталого розвитку України. Проєкт Стратегії сталого розвитку України до 2030 р. і Національний план дій до 2020 р.<sup>10</sup>, які підготовлені Кабінетом Міністрів України із залученням широкого кола експертів, управлінців, представників громадськості, передбачають, зокрема, такі завдання: сприяти верховенству права, забезпечувати надання всім рівного доступу до захисту їхніх прав, протидіяти корупції, зловживанню з боку посадових осіб і жорсткому та принизливому поведженню шляхом реформування системи судочинства та забезпечення правопорядку. Для досягнення оперативної цілі – сприяти мирним та інклюзивним спільнотам для сталого розвитку й забезпечити безпеку держави – поставлене завдання значно скоротити поширення усіх форм насильства та знизити показники насильницької смертності шляхом забезпечення належної охорони правопорядку з акцентом на запобігання правопорушень; забезпечити ефективну протидію торгівлі людьми; значно зменшити незаконні фінансові потоки; вести боротьбу з усіма формами організованої злочинності; радикально скоротити кількість зброї, спеціальних засобів і вибухових матеріалів, що перебувають у незаконному обігу; зміцнити систему контролю над незаконними фінансовими потоками з метою запобігання та протидії легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом, і фінансування тероризму тощо. Вочевидь поставлені цілі та визначені завдання потребують концентрації зусиль науковців у сфері наук кримінально-правового циклу з метою досягнення цілей сталого розвитку, зокрема й кримінально-правовими засобами.

Постійним є напрям наукових розвідок, що полягає у забезпеченні науковими дослідженнями обґрунтування змін до майбутнього КК України, що пов'язані з відмовою від положень, які не відповідають вимогам

www.pravola.com.ua

<sup>9</sup> Про Цілі сталого розвитку України на період до 2030 року (н 8).

<sup>10</sup> Стратегія сталого розвитку України на період до 2030 року (проєкт) та Національний план дій на 2017–2020 роки із впровадження Стратегії сталого розвитку України до 2030 року (проєкт) <[https://www.undp.org/content/dam/ukraine/docs/SDGreports/UNDP\\_Strategy\\_v06-optimized.pdf](https://www.undp.org/content/dam/ukraine/docs/SDGreports/UNDP_Strategy_v06-optimized.pdf)> (дата звернення: 21.01.2020).



сучасності. Водночас повинна бути забезпечена наступність положень чинного КК України у новому кримінальному законі. Як зазначалося, чинний КК України сприйняв багато класичних інститутів кримінального права, що пройшли випробування часом. Безперечно, у цих інститутів є майбутнє й у новому КК України з урахуванням, звичайно, сучасних викликів злочинності, досягнень наукової думки щодо розвитку таких інститутів, матеріалів багаторічної практики їх застосування. І якщо з'являються, наприклад, сумніви у збереженні в новому КК України такої ознаки злочину, як його “суспільна небезпечність”, і твердження щодо його заміни на ознаку “протиправність діяння”, то зусилля науковців потребують концентрації на аргументації такої заміни, зокрема, шляхом порівняльних досліджень, а також прогнозування її наслідків. Відмова від усталених понять, визначених у КК України, чи їх кардинальна зміна повинні бути належним чином обґрунтовані з наукової, методологічної, практичної та будь-якої іншої точки зору.

Характерною особливістю сучасних досліджень є їхній міждисциплінарний характер. Вочевидь публічні правопорушення включають у себе не тільки злочини і проступки, а й адміністративні порушення та дисциплінарні проступки в публічній сфері. Мегазавданням є створення концепції та її втілення у тексти законів щодо відповідальності за публічні правопорушення, про що вже заявили львівські науковці-криміналісти. Однак нагальними завданнями у межах підготовки проєктів КК України, Кодексу про проступки і Кодексу про адміністративні порушення є міждисциплінарні дослідження щодо розмежування злочинів і проступків, а також адміністративних порушень; побудова зазначених кодексів на єдиній методологічній основі; забезпечення вирішення матеріально-правових проблем у взаємозв'язку з вирішенням відповідних питань кримінальним процесуальним і кримінальним виконавчим правом тощо. Тільки завдяки комплексному розв'язанню проблем встановлення юридичної відповідальності за публічні правопорушення зусиллями представників наук кримінально-правового й адміністративно-деліктного циклу можна сподіватися на ефективне врегулювання відповідних відносин у сфері юридичної відповідальності за такі правопорушення.

У дослідженні проблем, пов'язаних із реформою кримінального законодавства, важливим є напрям, що стосується вивчення корупційних ризиків при встановленні та застосуванні кримінального закону. Немає потреби доводити, що боротьба з корупцією та суттєве зменшення її обсягів – це нагальна проблема для України. І в цьому сенсі корупційні ризики часто закладаються у тексти нормативно-правових актів. Завдання полягає у тому, щоб піддати антикорупційній експертизі очікуваний

текст нового КК України з урахуванням прогнозу щодо його застосування. При цьому виникає необхідність передбачити антикорупційні заходи як на стадії підготовки та ухвалення кримінального закону, так і на стадії його застосування. Ідеться про обґрунтування таких положень, які обмежили б розсуд як законодавця при встановленні підстави кримінальної відповідальності та видів і розміру такої відповідальності, так і розсуду суду при індивідуалізації кримінальної відповідальності конкретному злочинцеві за результатами розгляду певного кримінального провадження.

Заслуговує на увагу такий напрям наукових досліджень, як захист інтересів потерпілого від злочину в КК України. В останні роки активно обговорюється питання щодо віднесення потерпілого до суб'єкта матеріальних кримінально-правових відносин. На відміну від сталих уявлень, що суб'єктами таких відносин є, з одного боку, держава, а з другого – особа, яка вчинила злочин, а предметом – кримінальна відповідальність злочинця, пропонується розглядати і потерпілого від злочину (фізичну або юридичну особу) як третього суб'єкта матеріальних кримінально-правових відносин. У зв'язку з цим у КК України пропонується передбачити активну роль потерпілої особи при вирішенні питань щодо звільнення від кримінальної відповідальності, при призначенні судом покарання винній особі, при обранні їй заходів пробації, умовно-достроковому звільненні засудженої особи від відбування покарання, при достроковому знятті судимості, застосуванні помилування тощо. Певною мірою деякі із зазначених питань вже враховані в чинному КК України, а щодо більшості – їх пропонується активно впроваджувати у новий КК України. Завдання науки кримінального права полягає у чіткому визначенні та розмежуванні матеріальних, процесуальних і виконавчих аспектів кримінально-правових відносин, їх суб'єктів, прав, обов'язків і повноважень, предмета таких відносин, стадій їхньої реалізації та правових наслідків з урахуванням ролі потерпілої особи у цих відносинах.

Суттєве значення має напрям досліджень, пов'язаний з обґрунтуванням криміналізації та декриміналізації протиправних діянь. Вочевидь чинний КК України через багаточисленні зміни та доповнення став громіздким і неузгодженим актом із багатьма спеціальними нормами, розбалансованими санкціями тощо. Наукове завдання у цій царині полягає в тому, щоб обґрунтувати критерії поділу протиправних діянь на злочини, проступки та адміністративні порушення. Вирішення цього первинного завдання дасть змогу побудувати і структурувати окремі кодекси. Підготовка трьох кодексів є рішучим кроком до декриміналізації

багатьох протиправних діянь та гуманізації відповідальності за правопорушення різного ступеня тяжкості.

Наступним кроком є пеналізація визначених правопорушень. При цьому знову виникає необхідність розробки вчення про санкції, які мають бути передбачені за відповідний вид правопорушень – злочинів, проступків і адміністративних порушень, тобто завдання, яке поки що не вирішено вітчизняною правовою наукою. З цим тісно пов'язаний і такий напрям дослідження, як диференціація підстав та виду і розміру відповідальності, а також її індивідуалізація. Вочевидь всі зазначені проблеми також мають міждисциплінарний характер і їх вирішення потребує комплексних досліджень фахівців суміжних спеціальностей. Виокремлюючи КК України, важливо звернути увагу дослідників на те, що цей акт повинен містити відносно невеликий перелік злочинів (найбільш тяжких правопорушень), за які мають бути передбачені найбільш суворі види і міри покарання. З урахуванням того, що деякі з існуючих видів покарань майже не застосовуються (наприклад, виправні роботи, службові обмеження для військовослужбовців), а деякі з них доцільно віднести до заходів безпеки (наприклад, позбавлення права займати певні посади або займатися певною діяльністю), то існує важлива наукова проблема побудови системи покарань та заходів безпеки за злочини, судових стягнень – за проступки й адміністративних стягнень – за адміністративні порушення, тобто розробка міждисциплінарного вчення про систему санкцій за публічні правопорушення. Застосування суворих санкцій за вчинення злочинів (наприклад, великих штрафів та ув'язнення на певний строк і довічне ув'язнення) повинно мати на меті все ж таки забезпечення справедливості та запобігання вчиненню нових злочинів як із боку засудженого, так і з боку інших осіб (спеціальне й загальне запобігання злочинам). Так само метою судових стягнень за вчинення проступків є забезпечення справедливості та убезпечення суспільства від вчинення нових посягань на життєво важливі об'єкти правової охорони.

Вочевидь в основі підготовки трьох кодексів лежить ідея гуманізації юридичної відповідальності та її диференціації залежно від тяжкості посягання та обтяжуючих і пом'якшуючих обставин. Водночас сучасні підходи, пов'язані з поведінням держави з правопорушниками, дають підстави для широкого застосування покарань (стягнень), не пов'язаних із їх ув'язненням, а саме альтернативних заходів і, перш за все, інституту пробації. У вітчизняній науці тільки розпочинаються широкомасштабні та комплексні дослідження пробації. Утім, криміногенна ситуація в країні, а також зарубіжний досвід свідчать про високу ефективність застосування пробаційних заходів до осіб, які вчинили ненасильницькі

злочини, злочини невеликої і середньої тяжкості. Заслужують на увагу пропозиції, які потребують відповідного наукового обґрунтування щодо застосування пробації до осіб, які умовно-достроково звільнені від подальшого позбавлення волі (зокрема, від довічного позбавлення волі), при звільненні осіб від відбування покарання після закінчення строку відбування, коли особи мають великий ризик вчинення нових злочинів тощо. Предметом наукових досліджень має стати визначення юридичної природи пробаційних заходів: чи є вони окремим видом покарання, наприклад, пробаційний нагляд, чи це сукупність наглядових, контрольних і допоміжних заходів, які застосовуються до осіб, звільнених від покарання, з метою інтеграції їх у суспільство. Вочевидь у подальшому потребує наукового моніторингу ефективність таких заходів, розширення їхнього переліку тощо. Важливо сфокусувати увагу на заходах, які заохочують осіб, що вчинили злочини, до законослухняної поведінки, стимулюють їх ресоціалізацію та інтеграцію у суспільство.

Підготовка нових кодексів повинна ґрунтуватися на аналізі статистичних даних щодо застосування чинного КК України. Потребують дослідження, зокрема, проблеми ефективності застосування тих чи інших покарань, передбачених КК України. Важливим є узагальнення практики Верховного Суду у кримінальних справах. Це стосується як проблем кримінально-правової кваліфікації окремих видів злочинів та обставин, що виключають злочинність діяння, так і призначення покарання та інших кримінально-правових засобів. Завдання полягає у тому, щоб вирішити у майбутньому КК України проблеми, які зараз існують у практиці застосування чинного КК України, а це потребує наукового осмислення існуючих проблем та обґрунтування пропозицій із їх вирішення у проєкті КК України.

Широкий пласт наукових проблем лежить у площині діджиталізації правової системи в Україні. Вочевидь діджиталізація трьох кодексів про відповідальність за публічні правопорушення є лише частиною загальнодержавної програми діджиталізації всієї правової системи. Водночас метою діджиталізації кодексів є допомога, перш за все, правозастосувачам (детективу, слідчому, прокуророві, судді, захиснику, офіцеру пробації, співробітнику колонії та виконавчої служби тощо) ухвалювати рішення при вирішенні тієї чи іншої проблеми за допомогою штучного інтелекту. Передумовою цього є побудова кодексів на єдиній методологічній основі, що включає в себе: єдину структуру (наприклад, книги, розділи, підрозділи, статті, пункти, підпункти), термінологію, типізацію (класифікацію) правопорушень та їх правових наслідків, уніфікацію різних реєстрів та інших матеріалів у всіх випадках, де це можливо, тощо.

За допомогою діджиталізації досягається систематизація всієї необхідної інформації (законів, міжнародних та європейських актів, національної та іноземної практика, наукових досягнень, стану правопорядку тощо), її обробка та аналіз для вирішення поставленої проблеми, рекомендації щодо можливих рішень із прогнозом тих наслідків, які тягне за собою кожне запропоноване рішення, моніторинг виконання ухваленого рішення та його корегування з урахуванням наслідків його виконання тощо.

Діджиталізація відкриває широкі можливості для створення автоматизованих робочих місць для слідчих, прокурорів, адвокатів, суддів, інших зацікавлених осіб та державних діячів, для розгортання відповідних наукових досліджень на новій інформаційній базі, ухвалення політичних рішень тощо.

Вочевидь реформа кримінального законодавства потребує наукового осмислення освітньої підготовки майбутнього покоління юристів. Окрім перегляду освітніх та інших програм, існує необхідність обговорення питання щодо викладання на магістерських програмах питань міжнародного кримінального права, як це робиться у багатьох європейських університетах. Крім того, підготовка, обговорення та ухвалення у майбутньому кодексі про відповідальність за публічні правопорушення потребує зміни системи підвищення кваліфікації працівників правоохоронної системи.

Очевидно, що докорінна зміна правового регулювання у сфері відповідальності за публічні правопорушення потребує зважених і продуманих кроків держави. Згідно з Указом підготовлені проєкти нормативно-правових актів підлягають широкому обговоренню у професійному середовищі, громадськістю та всіма зацікавленими особами. Для цього повинна бути створена відповідна платформа на базі сучасних засобів комунікації. На ній кожен, кого цікавлять питання відповідальності за публічні правопорушення, може висловити свою думку, стати ніби співавтором великої роботи з підготовки нового законодавства. У цій дискусії вагомий внесок повинні зробити фахівці-науковці. І лише після цього відповідні проєкти у пакеті можуть бути подані Президенту України для внесення на розгляд Верховної Ради України.

Висновки. На всіх зазначених вище напрямках наукових досліджень в умовах реформування кримінального законодавства доцільно концентрувати зусилля науковців, аби майбутнє законодавство про відповідальність за публічні правопорушення і практика його застосування відповідали викликам сьогодення.

Yuriy Baulin  
Vasyl Tatsiy

TASKS OF THE NATIONAL CRIMINAL LAW SCIENCE  
IN THE CONTEXT OF CRIMINAL LEGISLATION REFORMS  
IN UKRAINE

**ABSTRACT.** The article highlights major tasks of the national criminal law science in the context of current reforms of Ukrainian criminal legislation. According to the Decree of the President of Ukraine “Issues of the Legal Reform Commission”, a working group for criminal law development has been formed as part of the said Commission; this group is assigned the task of updating criminal legislation of Ukraine. In connection with this task, the group is working on three codes which concern liability for public offenses, namely: the Criminal Code of Ukraine, the Code of Misdemeanors and the Code of Ukraine on Administrative Offenses. Scientific support of legislative work is essential to ensure the implementation of this task.

This article aims at formulating the tasks of the national criminal law science with a view to ensuring that these Codes are prepared with high quality.

The main results of the study are the formulation and justification of 17 areas of scientific research intended to provide high-quality scientific support for drafting of the new Codes. They include: ensuring of criminological, social and international legal compliance of the new criminal legislation of Ukraine, i.e., compliance with current crime challenges; research into the issues of criminal legislation compliance with requirements of the Constitution of Ukraine; ensuring that the content of criminal law provisions complies with the needs of a democratic society; via scientific research, justification of changes to the future Criminal Code of Ukraine with a view to abandoning the provisions which no longer meet today’s requirements; creating the concept of liability for public offenses and its implementation in the texts of laws; research of corruption risks arising when criminal law is established and applied; research on the protection of interests of a crime victim; introduction of wide application of punishments (penalties) which do not involve imprisonment, namely, alternative measures and, above all, the institute of probation.

The author concludes that focusing the scholars’ efforts on the said areas of scientific research will allow preparing the future legislation on liability for public offenses in the manner meeting the challenges of modern times.

**KEYWORDS:** criminal law reform; criminal law science; areas of scientific research; compliance with modern challenges.



## Микола Панов

доктор юридичних наук, професор,  
академік НАПрН України,  
заслужений діяч науки і техніки України,  
завідувач кафедри кримінального права № 2  
Національного юридичного університету  
імені Ярослава Мудрого  
(Харків, Україна)  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6323-6489>  
[criminallaw2v@gmail.com](mailto:criminallaw2v@gmail.com)

DOI: 10.33498/opus-2020-02-031

УДК 343.01

### ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ НАУКИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА: ПРОБЛЕМИ ОБҐРУНТУВАННЯ І ФОРМУВАННЯ

**АНОТАЦІЯ.** Стаття присвячена розробленню недослідженої досі проблеми загальної теорії науки кримінального права, під якою пропонується розуміти теорію кримінальної відповідальності. Розглядаються емпіричні і теоретичні основи обґрунтування цієї теорії, які одночасно слугують складовими формування її змісту. Акцентується увага на важливому методологічному значенні теорії кримінальної відповідальності як загальної теорії, для окремих (спеціальних або приватних) теорій кримінального права, для науки кримінального права загалом і, таким чином, визначається її потенційний вплив на практику кримінального права – кримінальне правотворення і правозастосування.

Метою статті є обґрунтування і формування загальної теорії науки кримінального права (якою визнається теорія кримінальної відповідальності) як методологічної основи окремих (спеціальних чи приватних) теорій науки кримінального права загалом, з'ясування її впливу на кримінальне законотворення і на практику застосування чинного кримінального законодавства.

Наука кримінального права являє собою доволі складну, але водночас упорядковану систему знань у сфері кримінально-правового регулювання. Центральним елементом цих знань є наукові теорії як найбільш розвинені і досконалі форми їх організації, оскільки включають до свого змісту такі, обумовлені предметом науки, важливі й необхідні елементи пізнання, як ідеї, гіпотези, концепції, методологію, понятійний апарат тощо, інтегрують їх і забезпечують отримання цілісного уявлення про суттєві зв'язки та закономірності системного й цілісного об'єкта пізнання. У науці кримінального права розроблено низку окремих теорій відносно різних актуальних проблем: підстави кримінальної відповідальності, поняття злочину, складу злочину і його елементів, покарання, незакінченого злочину, співучасті у злочині, окремих інститутів Особливої частини кримінального права тощо. Ці теорії присвячені вирішенню, безумовно, важливих, але все ж окремих проблем, а тому мають спеціальний (відокремлений або приватний) характер. Причому вони не спиралися на загальну теорію науки кримінального права, яка ще не була і не є нині предметом дослідження. Вказана методологічна обмеженість цих приватних теорій, безперечно, негативно вплинула на їхню повноту, обґрунтованість та отримані результати.

© Микола Панов, 2020

Під загальною теорією науки кримінального права пропонується розуміти теорію кримінальної відповідальності, яка органічно пов'язана майже з усіма інститутами і категоріями кримінального права, понятійним апаратом науки загалом. Розроблення цієї теорії здійснюється шляхом аналізу емпіричних (системи кримінально-правових норм, що становлять зміст інституту кримінальної відповідальності) і теоретичних (категорії “кримінальна відповідальність” та підпорядкованих їй системи понять і юридичної термінології) підстав як необхідних передумов її формування. Причому ці підстави розглядаються як необхідні складові змісту теорії, що перебувають у діалектичній єдності.

На підставі дослідження визначаються основні риси теорії кримінальної відповідальності, що становлять її зміст як загальної теорії науки кримінального права, підкреслюється її методологічне значення для окремих (спеціальних або приватних) теорій науки, з'ясовується її вплив на науку та практику кримінального права – кримінальне правотворення і правозастосування

Ключові слова: наука кримінального права; загальна теорія науки кримінального права; окремі (спеціальні або приватні) теорії; обґрунтування; формування загальної теорії кримінального права; методологічне значення теорії “кримінальна відповідальність” як загальної теорії науки кримінального права.

I. Наука кримінального права являє собою доволі складну, але упорядковану систему знань у вигляді теорій, ідей, поглядів, концепцій, методології, понятійного апарату, вчень про злочин і покарання, кримінальний закон і кримінальну відповідальність, кримінально-правові норми (як первинні й основоположні елементи галузі права), інститути і юридичні конструкції, їх соціальну обумовленість та ефективність: принципи, закономірності і тенденції розвитку кримінального права та законодавства, а також теоретичне осмислення практики законотворчої і правозастосовної діяльності у сфері кримінально-правового регулювання<sup>1</sup>. У системі засобів і форм наукового пізнання у кримінально-правових дослідженнях, як і в кожній науці, відправне і визначальне значення мають *наукові теорії як найбільш розвинені та досконалі форми організації наукових знань галузі науки*, оскільки включають до свого змісту такі важливі й необхідні елементи пізнання, як наукові гіпотези, концепції, методологію, проблеми, категорії, поняття, юридичну термінологію тощо, інтегрують їх у повному змісті і таким чином забезпечують отримання цілісного уявлення (знання) про стабільні відношення, суттєві зв'язки і закономірності у відповідній сфері соціально-правової реальності як системного об'єкта (предмета) наукового пізнання<sup>2</sup>. Отже, теорія являє собою надзвичайно важливий елемент науки кримінально-

<sup>1</sup> Велика українська юридична енциклопедія, т 17: Кримінальне право (Тацій В голова редкол, Борисов В заст голови, Право 2016) 539–43; *Философский энциклопедический словарь* (Ильичев Л ред, Сов енциклопедія 1983) 403–6.

<sup>2</sup> *Философский энциклопедический словарь* (н 1) 676–80.



го права, завжди формується і складається відносно певної й актуальної проблеми (блоку проблем) як об'єкта пізнання, охоплює як теоретичні, так і емпіричні аспекти відповідної сфери науки й має завданням виконувати *пояснювальну, описову та евристичну* функції<sup>3</sup>. При цьому зміст і сутність теорії визначається, головним чином, предметом науки, а також методологією дослідження, концептуальними засадами, тобто основоположними ідеями, що становлять структурно-організаційне наукове підґрунтя цієї теорії. У зв'язку з цим навряд чи можна ототожнювати терміни “теорія” і “наука кримінального права”, що інколи відбувається у науковій літературі<sup>4</sup>, хоча б тільки на тій підставі, що у межах однієї і тієї самої науки можуть існувати кілька теорій<sup>5</sup>.

Метою дослідження є обґрунтування і формування загальної теорії науки кримінального права (якою визнається теорія кримінальної відповідальності) як методологічної основи окремих (спеціальних чи приватних) теорій науки кримінального права загалом, з'ясування її впливу на кримінальне законотворення і на практику застосування чинного кримінального законодавства.

Досліджуючи ті чи інші проблеми науки та практики кримінального права, вчені-криміналісти розробили і сформували низку теорій, у яких знайшли відображення фундаментальні описові й евристичні підходи вирішення проблем науки і практики кримінального права, що становлять її зміст як системи знань. До них можна віднести, наприклад: *теорії підстав кримінальної відповідальності* (‘ступінь суспільної небезпечності та антисоціальності правопорушника’<sup>6</sup>, ‘склад злочину як єдина підстава кримінальної відповідальності’<sup>7</sup>, ‘вчинення особою суспільно небезпечного діяння, що містить склад злочину, передбаченого Кримінальним кодексом’<sup>8</sup>); *теорії причинного зв'язку в кримінальному праві* (“теорія адекватної причинності”<sup>9</sup> [*Conditio sine qua non* – “Необхідна умова, без якої не може бути”<sup>10</sup>], “теорія необхідного спричинення”<sup>11</sup>); теорії вини

<sup>3</sup> *Словарь философских терминов* (Кузнецов В науч ред, ИНФРА – М 2005) 583–4.

<sup>4</sup> *Курс советского уголовного права, т 1: Часть Общая* (Беляев Н и Шаргородский М отв ред, Издательство Ленинградского ун-та 1970) 7–30, 31–48.

<sup>5</sup> В Солдатов, *Методология научного познания* (Политиздат Украины 1975).

<sup>6</sup> М Чельцев-Бebutov, *Преступление и наказание в истории и современном праве* (1925) 83–6; Н Крыленко, ‘Проект Уголовного кодекса СССР’ (1935) 1–2 Советское государство и право 96.

<sup>7</sup> А Трайнин, *Учение о составе преступления* (1946); А Трайнин, *Состав преступления по советскому уголовному праву* (1961).

<sup>8</sup> А Пионтковский, *Учение о преступлении по советскому уголовному праву* (1961); Я Брайнин, ‘Основание уголовной ответственности и важнейшие вопросы учения о составе преступления в советском уголовном праве’ (автореф дис д-ра юрид наук, 1963).

<sup>9</sup> С Познышев, *Основные начала науки уголовного права. Общая часть уголовного права* (Изд-е А А Карцева 1912) 324–35.

<sup>10</sup> Н Сергеевский, *О значении причинной связи в уголовном праве* (Ярославль 1880); Т Церетели, *Причинная связь в уголовном праве* (1963).

<sup>11</sup> *Курс советского уголовного права, т II: Часть общая. Преступление* (Беляев Н и Шаргородский М отв ред, Издательство Ленинградского ун-та 1970) 155–204.

(‘вина (виновність) як загальна підстава кримінальної відповідальності’<sup>12</sup>; “психологічна теорія вини”, “соціально-психологічна теорія вини”<sup>13</sup>) та ін. При дослідженні проблем “стадії вчинення злочину”, “співучасть у злочині”, “вчення про покарання”, “звільнення від кримінальної відповідальності і покарання”, а також основних інститутів Особливої частини кримінального права були обґрунтовані й сформовані окремі наукові теорії, які мали призначення не тільки вирішити належні наукові проблеми й обґрунтувати кримінальне законодавство та практику його застосування, що формувалися у відповідних умовах соціального буття, а й містили досить важливі пропозиції щодо їх удосконалення і напрямів розвитку.

Означені наукові теорії мають обґрунтування, що відповідають рівню розвитку науки на відповідний час, містять положення, які заслуговують бути використаними для подальших досліджень у сфері науки і практики кримінального права. Водночас ці теорії мають відокремлений і лише спеціальний (приватний) характер, причому (і це головне) *не спираються на узагальнені теоретичні положення, які оптимально й адекватно відображали б предмет (об’єкт) та основні закономірності науки кримінального права як цілісного явища*. Унаслідок відзначеної методологічної обмеженості окремі з цих теорій виявилися неспроможними дати відповідь на низку вкрай актуальних та важливих наукових проблем і деякі з них зупинилися на рішеннях, які не мають необхідного і достатньо повного теоретичного та емпіричного обґрунтування, у зв’язку з чим не отримали необхідного розвитку у подальших наукових дослідженнях. Так, не була сприйнята теорія ступеню суспільної небезпечності та антисоціальності правопорушника як підстава кримінальної відповідальності. Вузол протиріч і досі становлять теорії причинного зв’язку, особливо при дослідженні злочинної бездіяльності, що й нині не мають реальних перспектив їхнього вирішення. Непереконливими видаються і трактування змісту вини (що базується лише на “психологічній теорії”) при злочинній недбалості тощо. Наведені та інші недоліки цих наукових теорій кримінального права обумовлені, на нашу думку, передусім тим, що вони не спиралися, зокрема, на *загальну теорію науки кримінального права*, яка ще не була предметом розробки науковців-криміналістів і такою залишається й дотепер.

Відомо, що наука як така завжди розвивається у двох діалектично-взаємопов’язаних і взаємодоповнюючих один одного напрямках, які базуються на методах диференціації та інтеграції наукових досліджень. Дифе-

<sup>12</sup> В Утевский, *Вина в советском уголовном праве* (1950).

<sup>13</sup> Р Вереща, *Поняття вини як елемент змісту кримінального права України* (2005).

*ренціяція* (від лат. *differentia* – поділ, розчленування цілого на якісно відмінні частини) науки кримінального права забезпечує її дисциплінарну організацію, логічну структурованість і формально-логічну визначеність як упорядковану систему знань. *Інтеграція* (від лат. *integration* – об'єднання окремих частин у єдине ціле) лежить в основі синтезу (об'єднання та узагальнення) отриманих знань і становить наукове підґрунтя формування наукових понять, категорій і, в кінцевому підсумку, теорії науки<sup>14</sup>. Саме метод дослідження інтеграційних зв'язків окремих елементів науки кримінального права дає підстави зробити *висновок про можливість і доцільність визначення та формування загальної теорії галузі цієї науки*, на якій мають базуватися окремі або спеціальні (приватні) теорії<sup>15</sup>. Цей висновок повною мірою відповідає загальновідомому і загальновизнаному філософському постулату, згідно з яким той, хто береться за вирішення конкретних питань без попереднього вирішення загальних, постійно “натикатиметься” на ці невирішені загальні питання.

У філософії, наукознавстві розроблені основні положення теорії науки, які мають важливе значення і для науки кримінального права<sup>16</sup>. На цій підставі в окремих юридичних науках вже визначені основні та принципові положення загальних теорій цих наук. Заслужують на увагу передусім фундаментальні дослідження В. Зеленецького на рівні докторської дисертації, присвячені розробленню загальної теорії боротьби зі злочинністю, що має важливе методологічне значення для всіх наук кримінального циклу<sup>17</sup>. Важливими є праці, зокрема, Р. Белкіна<sup>18</sup>, А. Екзархопуло<sup>19</sup>, В. Журавля<sup>20</sup>, у яких обґрунтовується загальна теорія криміналістики, А. Вінберга<sup>21</sup>, який виокремив та обґрунтував загальну теорію судової експертизи (експертологію) відносно спеціальних теорій експертизи. Отже, можна стверджувати про можливість, доцільність та навіть необхідність розроблення загальної теорії науки кримінального права як методологічного підґрунтя, на якому мають базуватися окремі чи спеціальні (приватні) теорії цієї науки.

<sup>14</sup> *Философский энциклопедический словарь* (н 1) 170–1, 210.

<sup>15</sup> Г Рузавин, *Методология научного познания: учебное пособие для студентов и аспирантов высших учебных заведений* (2005) 81–107; М Чешиков, *Интеграция науки: философский очерк* (Мысль 1981) 235–74.

<sup>16</sup> Г Рузавин, *Философия науки: учебное пособие для студентов вузов* (ЮНИТИ-ДАНА 2005) 335–62; Б Грязнов и Б Дынин и Е Никитин, *Теория и ее объект* (Наука 1973) 6–134; *Философский энциклопедический словарь* (н 1) 676–8.

<sup>17</sup> В Зеленецкий, ‘Концептуальные основы общей теории борьбы с преступностью’ (автореф дис д-ра юрид наук, 1989) 44; В Зеленецкий, *Общая теория борьбы с преступностью, т 1: Концептуальные основы* (Основа 1994) 311.

<sup>18</sup> Р Белкин, *Курс криминалистики, т 1: Общая теория криминалистики* (Юрист 1997) 9–72.

<sup>19</sup> А Екзархопуло, ‘Криминалистическая теория: сущность, структура, компонентный состав’ (2015) 11 *Криминалист* первопечатный 10–29.

<sup>20</sup> В Журавель, ‘Загальна теорія криміналістики: деякі проблеми формування’ (2015) 11 *Криминалист* первопечатный 30–44.

<sup>21</sup> А Винберг и Н Малаховская, *Судебная экспертология (общетеоретические и методологические проблемы судебных экспертиз)* (1979).

Загальна теорія науки кримінального права, як і кожної науки, має бути показником ступеня її розвитку, досконалості та організаційної єдності знань у сфері проблем науки і практики, а також передбачати наявність високого рівня абстрагування цих знань. Останні мають ґрунтуватися на серйозних методологічних засадах, бути достатньо формалізованими, строго систематизованими, логічно узгодженими, відповідати змісту і суті історично сформованого предмета науки, у кінцевому підсумку, базуватися на ньому. За своїм обсягом загальна теорія має бути гранично широкою й охоплювати всі основні структурні елементи знань, що відносяться до сфери основних проблем цієї науки, бути основою всіх спеціальних (приватних) теорій та наукових концепцій і конструкцій. *Аргіогі стверджуємо, що функції загальної теорії науки кримінального права може виконувати теорія кримінальної відповідальності.*

II. Розробка кримінальної відповідальності як загальної теорії науки кримінального права має здійснюватися за опрацьованою філософією і наукознавством методикою, згідно з якою обґрунтування і формування теорії слід проводити шляхом дослідження обов'язкових підстав (передумов), що виступають у ролі важливих детермінант цієї теорії і значною мірою визначають її сутність і зміст. До них відносять як *емпіричні*, так і *теоретичні підстави*, що перебувають в органічній єдності і в такому разі утворюють *синтетичну процедуру обґрунтування*. Причому процедура обґрунтування теорії є й важливим етапом формування цієї теорії<sup>22</sup>. У правознавстві до емпіричних підстав можна віднести систему знань щодо правових норм і практики їх застосування, у яких одночасно відображаються і реалізуються ті чи інші положення певної теорії, а до теоретичних – наукові погляди і концепції трактувань ідеалізованого об'єкта певної науки<sup>23</sup>. Відповідно до цього *емпіричними підставами обґрунтування і формування загальної теорії науки кримінального права ми пропонуємо визнавати систему кримінально-правових норм і практику їх застосування, що в єдності визначають кримінальну відповідальність як інститут галузі права, а теоретичними підставами – теоретичні підходи щодо трактування кримінальної відповідальності, зокрема й як наукової правової категорії та системи понять і юридичної термінології – елементів понятійного апарата науки кримінального права (теоретичних знань)*. Розглянемо кожну з них окремо.

III. *Емпіричні підстави обґрунтування і формування кримінальної відповідальності як загальної теорії кримінального права – це система кримінально-правових норм, що у сукупності являють собою інсти-*

<sup>22</sup> Е Никитин, *Природа обоснования: субстратный анализ* (1981) 27–30; Грязнов и Дынин и Никитин (н 16) 78–88.

<sup>23</sup> Зеленецький, 1994 (н 17) 30–50.

тут галузі права, який регламентує кримінальну відповідальність та практику їх застосування. Кримінальна відповідальність (далі – КВ) як інститут галузі права являє собою сукупність тісно пов'язаних між собою кримінально-правових норм, обумовлених предметом і методом кримінально-правового регулювання певної публічної галузі права. Ці норми імперативно регулюють сферу однорідних суспільних відносин, які виникають й існують у зв'язку із вчиненням суспільно небезпечних діянь, визнаних законом як злочини і застосуванням за ці діяння до винних осіб покарання та інших примусових заходів кримінально-правового характеру. Особливістю цього інституту є те, що він як реально існуючий комплексний нормативно-правовий елемент (феномен) у структурі механізму кримінально-правового регулювання не має офіційного формально-нормативного визначення і чіткого закріплення в тій чи іншій одній (обособленій) структурній одиниці (у розділі, підрозділі чи статті) Кримінального кодексу України (далі – КК України)<sup>24</sup>. Виняток становить лише ст. 2 КК України, у якій визначено підставу кримінальної відповідальності. Тому нормативні приписи цього інституту містяться у різних (і багатьох) елементах структури КК України – в окремих його розділах (інститутах) та їх нормах. Утім, вони загалом є *однорідними*, оскільки спрямовані на врегулювання однієї і тієї самої спорідненої сфери суспільних відносин – елемента предмета цієї галузі права – суспільних відносин, що виникають і функціонують у зв'язку із вчиненням особою (фізичною, осудною, що досягла віку кримінальної відповідальності) злочину і застосуванням до неї покарання. Наявність цієї основоположної та об'єднуючої підстави дає змогу зробити висновок, що між КВ й окремими інститутами кримінального права та нормами, що входять до їхнього змісту, існують не тільки відношення координації, а й *відношення взаємодії*. Цей вираз полягає у тому, що КВ як широкий за обсягом інститут кримінального права вбирає у себе найбільш суттєві і загальні риси (властивості) суміжних інститутів, акумулює їх і підпорядковує собі, включає тим чи іншим чином їх елементи до свого змісту, що збагачує його і надає рис універсальності. До них відносяться, зокрема, такі інститути, як: “кримінальний закон”, “кримінально-правова норма”, “злочин”, “склад злочину”, “покарання”, “інші заходи кримінально-правового характеру”, “призначення покарання”, “звільнення від покарання та його відбування”, “судимість” тощо. У такий спосіб КВ, маючи свій власний зміст, наповнюється окремими положеннями, що притаманні іншим суміжним інститутам кримінального права на рівні загального та

<sup>24</sup> Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>> (дата звернення: 21.01.2020).

сутнісного характеру і стосуються загальних питань КВ. Такий *комплексний підхід* до розуміння КВ надає можливість більш глибоко з'ясувати сутність цього інституту і його роль у забезпеченні здійснення основних функцій кримінального права: охоронної, регулятивної, превентивної, виховної та ін.<sup>25</sup>

На підставі аналізу змісту й узагальнення усіх нормативно-правових приписів кримінального законодавства, що тією чи іншою мірою регламентують КВ, є підстави зробити висновок, що основними і найбільш суттєвими рисами, які властиві цьому інституту і відрізняють його від інших правових інститутів, є такі. *По-перше*, КВ встановлюється виключно законом України (п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України<sup>26</sup>) у КК України (ч. 3 ст. 3) з метою правового забезпечення охорони суспільних відносин, що існують і функціонують в Україні від кримінально-протиправних посягань (ч. 1 ст. 1). Для досягнення цієї мети держава встановлює у КК України кримінально-правові норми, у змісті заборон і приписів яких визначаються об'єктивні та суб'єктивні ознаки суспільно небезпечних діянь, що визнаються злочинами, та передбачають покарання й інші примусові заходи кримінально-правового характеру, які підлягають застосуванню до осіб, визнаних вироком суду винними у їх вчиненні (ч. 2 ст. 1; частини 2, 3 ст. 3, статті 50–64, 92–961 КК України). У такий спосіб КВ виконує основну й надзвичайно важливу охоронну і регулятивну функції – правових відносин між державою та особою, що вчинила злочин. *По-друге*, встановлена і проголошена в законі КВ (з моменту набрання законом чинності) здійснює суттєвий позитивний вплив на всю систему суспільних відносин, оскільки виконує при цьому виховну, ціннісно-орієнтаційну, превентивну та інші соціально-корисні функції. Фактично КВ слугує при цьому соціально-правовим орієнтиром обрання громадянами правомірної (а не суспільно небезпечної, кримінально-каранної, а тому забороненої законом) поведінки. Таким чином КВ не тільки забезпечує запобігання злочинів (ч. 2 ст. 1 КК України), а й досить ефективно впливає на функціонування і розвиток позитивних суспільних відносин, що регулюються іншими (регуляторними) галузями права: цивільним, господарським, екологічним, фінансовим тощо, оскільки забезпечує їхній захист і непорушність від суспільно небезпечних посягань. Заборони і приписи, що становлять зміст норм закону про кримінальну відповідальність, адресовані невизначеному колу осіб і діють у часі й просторі, з моменту набрання законом чинності. *По-третє*, КВ фі-

<sup>25</sup> В Филимонов и О Филимонов, *Институт права. Институт уголовного права. Институт уголовно-исполнительного права* (Юриспруденция 2014) 144–55.

<sup>26</sup> Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>> (дата звернення: 21.01.2020).

зичної, осудної особи, що досягла віку кримінальної відповідальності може наставати лише за наявності підстави кримінальної відповідальності – вчинення нею суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого КК України (ч. 1 ст. 2). Відсутність обов’язкових умов такої підстави: фактичної (суспільно небезпечного діяння – дії або бездіяльності) або юридичної (відсутність у вчиненому суспільно небезпечному діянні складу злочину, передбаченого КК України) виключає кримінальну відповідальність. *По-четверте*, сутність КВ (як і кожного виду юридичної відповідальності – адміністративної, дисциплінарної тощо) становить *юридичний обов’язок особи* (фізичної, осудної, що досягла віку кримінальної відповідальності) *відповіdatи перед державою за вчинений нею злочин*, і підлягати дії кримінального закону у вигляді негативної соціально-правової оцінки (державної докори) та у застосуванні до неї державного примусу – покарання чи інших заходів кримінально-правового характеру, які за своєю суттю полягають у вимушеному перетерплюванні винною особою обмежень особистого, майнового або іншого характеру (ч. 2 ст. 1, ч. 3 ст. 3, статті 50–64, 92–961 КК України). *По-п’яте*, КВ реалізується у кримінально-правових відносинах, що виникають фактично з моменту вчинення злочину й існують між особою, яка його вчинила, і державою (уповноваженими органами та їх посадовими особами) і завершуються погашенням або зняттям судимості (чи на більш ранній стадії – з моменту звільнення особи від кримінальної відповідальності або від покарання – статті 44–49, ч. 4 ст. 74, статті 88–91 КК України). *По-шосте*, як інститут кримінального права, КВ лежить в основі встановлення кримінальної відповідальності за окремі (конкретні) види злочинів, визначення змісту норм Особливої частини КК України, їх структурою (диспозиції і санкції, що мають перебувати в органічній єдності згідно з принципом “пропорційності”) та системою цих норм, у кінцевому підсумку, становить основу всіх інститутів Особливої частини кримінального права. Зі свого боку реалізація КВ забезпечується шляхом застосування як кримінального, так і кримінального процесуального та кримінального виконавчого законодавства, норми й інститути яких базуються на нормах і інститутах кримінального права, і не можуть із ними перебувати у відносинах колізії. *По-сьоме*, реалізація КВ у формі застосування покарання або інших заходів кримінально-правового характеру, а також звільнення від кримінальної відповідальності й від покарання та його відбування здійснюється тільки на підставі рішень суду строго відповідно до кримінального, кримінального процесуального та кримінального виконавчого законодавства України.

Виокремлені в узагальненому вигляді основні риси КВ у сукупності становлять нормативно-правову основу цього інституту Загальної частини кримінального права, відображають найбільш суттєві, притаманні йому властивості, якими він відрізняється від інших інститутів кримінального права. Тому вважаємо за можливе визнати їх як концептуальні (від лат. *conceptios* – думка, поняття) засади, тобто фундаментальні відправні правові положення, які суттєво впливають на визначення змісту кримінальної відповідальності як загальної теорії науки кримінального права.

Кримінально-правовий інститут КВ, як і кожний правовий інститут, базується на певних *принципах* (від лат. *principium* – початок, основа), які впливають на його сутність і зміст та свідчать про його місце і роль (функції) у системі інших інститутів кримінального права. До них відносяться такі принципи: а) відповідальність лише за вчинене особою суспільно небезпечне діяння (дію чи бездіяльність), яке містить склад злочину, передбачений КК України; б) особиста та винна відповідальність; в) диференціація та індивідуалізація відповідальності і покарання; г) юридична (формально-логічна) визначеність у законі суспільно небезпечного діяння, що визнається злочином, і покарання, що підлягає застосуванню за його вчинення; г) оптимальна співрозмірність (пропорційність) суворості покарання (його виду і міри) тяжкості злочину та небезпечності особи, що його вчинила; д) обмеження меж та обсягу кримінальної відповідальності. Зі свого боку ці принципи КВ ґрунтуються на загально-правових принципах, які вбирають у себе загальнолюдські цінності та ідеали, що відображаються у принципах гуманізму, справедливості, рівності перед законом, верховенства права, законності. Принципи КВ, акумулюючи вказані загальноправові принципи, значною мірою впливають на сутність, зміст і якісні властивості розглянутих фундаментальних правоположень (концептуальних засад) КВ, об'єднують їх у єдине специфічне ціле, стійке та відносно самостійне нормативно-правове утворення (явище), що становить зміст інституту “кримінальної відповідальності”. У такому розумінні концептуальні положення КВ мають слугувати як підґрунтя законотворчої діяльності – при вирішенні питань щодо криміналізації (декриміналізації) відповідних суспільно небезпечних діянь і їх пеналізації (депеналізації), а також правозастосування. Механізм дії цих положень КВ полягає у тому, що кримінально-правові норми (їх заборони і приписи) та відповідні інститути, до змісту яких ці норми відносяться, як і практика їх застосування, мають відповідати концептуальним узагальненим положенням інституту кримінальної відповідальності, що базується на сучасних кримінально-правових принципах демократичної та гуманістичної спрямованості, і не можуть вступати у колізії.



Інститут КВ тісно пов'язаний з іншими, суміжними інститутами Загальної частини кримінального права, зокрема, з такими як “кримінальний закон”, “злочин”, “склад злочину”, “елементи складу злочину”, “покарання”, “інші заходи кримінально-правового характеру”, “призначення покарання”, “звільнення від покарання та його відбування”, “судимість” та ін. Причому КВ тісно пов'язаний із цими та іншими інститутами кримінального права, більшість із яких частково збігаються із КВ за обсягом і перебувають у відношеннях понять перетинання (перетину).

Відзначимо також, що зберігаючи свій особливий зміст і сутність на рівні загального, КВ як інститут Загальної частини кримінального права значною мірою впливає (за принципом зворотного зв'язку) на сутність, зміст і обсяг інших інститутів як Загальної, так і Особливої частин кримінального права, багато в чому визначає найбільш суттєві риси останніх. Так, КВ багато в чому впливає на зміст та обсяг таких інститутів, як склад злочину та його елементів, незакінчений злочин, співучасть у злочині, покарання, інші заходи кримінально-правового характеру. Особливо важливе значення має КВ для аналізу та формування інститутів і норм Особливої частини кримінального права, тут КВ є стрижнем, на якому базуються норми цих інститутів, визначає їх систему. У цьому сенсі КВ як інститут Загальної частини кримінального права виконує функції об'єднуючого “ланцюжка” між нормами Загальної й Особливої частин, визначає певним чином зміст і структуру останніх, обмежує і конкретизує сферу та обсяг їхньої дії на підставі принципів, властивих КВ.

Викладене свідчить, що інститут КВ, як і кожний правовий інститут, має певний обсяг суспільних відносин, на які він розповсюджує регулятивний вплив норм, що входять до його змісту. Однак, якщо переважна більшість інститутів кримінального права розповсюджують юридичну силу їх норм на відносно обмежену й оптимально визначену сферу суспільних відносин, які становлять обсяг їх кримінально-правового регулювання (наприклад, інститути “склад злочину”, “незакінченого кримінального правопорушення”, “співучасть у злочині”, “покарання” то), то інститут КВ розповсюджує регулятивний вплив на всю сферу суспільних відносин, пов'язаних із злочином і покаранням – від встановлення норм кримінального права в законі до реалізації КВ у кримінально-правових відносинах, які завершуються погашенням чи зняттям судимості. Причому інститут КВ здійснює регулятивний вплив також і на ту сферу кримінально-правових відносин, що регламентуються нормами інших інститутів кримінального права: “складу злочину”, “незакінченого злочина”, “співучасті у злочині”, “покарання”, “інші заходи кримінально-

правового характеру”, “призначення покарання” та ін. Все викладене дає підстави зробити висновок, що *інститут кримінальної відповідальності з точки зору його обсягу і регулятивного впливу на суспільні відносини має генералізований характер, у зв'язку з чим його можна визнати “мегаінститутом” (від грецьк. *mehas* – великий, грандіозний, велетенський), який має визначальну роль у системі інститутів кримінального права.*

IV. *Теоретичні підстави обґрунтування і формування кримінальної відповідальності як загальної теорії кримінального права.* Кримінальна відповідальність являє собою доволі складне та багатогранне соціально-правове явище, органічно притаманне (як атрибут) кримінальному праву і законодавству. Вона значної мірою впливає на їх сутність, зміст, форму, структуру, функції і водночас проявляється у них. Як категорія кримінального права кримінальна відповідальність є універсальною, оскільки має наскрізний характер – вона “пронизує” майже всі інститути і норми як Загальної, так і Особливої частин кримінального права. Невипадково розділ II Загальної частини КК України, що має установче значення для кримінального законодавства України, називається “Закон про кримінальну відповідальність”, а у розділі IX містяться норми, що регулюють питання звільнення від кримінальної відповідальності. У розділах “Покарання та його види” (X), “Призначення покарання” (XI), “Звільнення від покарання та його відбуття” (XII), “Судимість” (XIII) та інших містяться норми, що фактично передбачають різні форми, види та етапи *реалізації кримінальної відповідальності*. Нарешті, норми Особливої частини КК України, закріплені у відповідних її статтях, встановлюють кримінальну відповідальність за конкретні види злочинів. Отже, ця категорія, безперечно, має фундаментальне значення, а тому посідає особливе місце у понятійному ряду категорій кримінального права: “кримінальний закон” (“закон про кримінальну відповідальність”), “кримінально-правова норма”, “злочин”, “кримінально-правові правовідносини”, “склад злочину”, “функції кримінального права”, “кваліфікація злочинів”, “звільнення від кримінальної відповідальності”, “покарання”, “призначення покарання” “звільнення від покарання та його відбування”, “кримінальна відповідальність за конкретні види злочинів” та ін. Підпорядкованими категоріями цього ряду й тісно пов'язаними з ними слід визнати також і такі категорії (поняття) кримінального права, як “криміналізація” і “пеналізація” суспільно небезпечних діянь, “законодавча техніка кримінального права” та ін. Причому всі вказані категорії і поняття органічно пов'язані між собою (що зумовлено, в кінцевому підсумку, предметом регулювання кримінального права), істотно впливають одне на одне, перебувають у співвідношенні як ко-

ординації, так і субординації, а тому являють собою логічно узгоджену систему. Отже, при встановленні обсягу і змісту кожної з цих категорій, зокрема кримінальної відповідальності, вони повинні аналізуватися з точки зору системного підходу і не можуть розглядатися відокремлено, оскільки такий аналіз завжди буде недостатньо повним (однобічним).

Чинне кримінальне законодавство визначення категорії “кримінальна відповідальність” не містить. Доктринальні ж визначення цієї категорії суттєво різняться. Одні науковці трактують кримінальну відповідальність як реалізацію санкції кримінально-правової норми<sup>27</sup>, і таким чином фактично ототожнюють її з покаранням. Деякі з них розглядають її як певний обов’язок винної особи підлягати дії кримінального закону та як осуд такої особи вироком суду за вчинений злочин із призначенням покарання чи без нього<sup>28</sup>. Досить часто стверджують, що кримінальна відповідальність – це вимушене зазнавання особою, яка вчинила злочин, державного осуду, а також передбачених КК України обмежень особистого, майнового або іншого характеру, що визначаються вироком суду і покладаються на винного спеціальними органами держави<sup>29</sup>. Значні розбіжності є й у визначенні моменту виникнення кримінальної відповідальності. Багато хто з авторів вважають, що кримінальна відповідальність виникає з моменту вчинення злочину<sup>30</sup>, інші – з моменту порушення кримінальної справи чи пред’явлення особі обвинувачення<sup>31</sup>. Поширеною є точка зору (яка знайшла відображення у рішенні Конституційного Суду України від 27 жовтня 1999 р.<sup>32</sup>), згідно з якою кримінальна відповідальність виникає з моменту набрання обвинувальним вироком суду законної сили. Уявляється, що вказані спірні й невирішені підходи трактування кримінальної відповідальності слід розв’язувати шляхом використання та аналізу, перш за все, категорії “кримінально-правові правовідносини” як базової категорії кримінального права. У цьому сенсі заслуговує на підтримку твердження А. Піонтковського та інших науковців, що з’ясувати проблему кримінальної відповідальності в її пра-

<sup>27</sup> О Лейст, *Санкции в советском праве* (1962) 85–9; Н Загородников, ‘О пределах уголовной ответственности’ (1967) 7 Советское государство и право 39–40.

<sup>28</sup> А Пионтковский, ‘О понятии уголовной ответственности’ (1967) 12 Советское государство и право 40; М Карпушин и В Курляндский, *Уголовная ответственность и состав преступления* (1974) 21; П Матишевський, *Кримінальне право України. Загальна частина: підручник для студентів юридичних спеціальностей* (2000) 57–8; А Пинаев, *Курс лекций по Общей части Уголовного права Украины* (2002) 59.

<sup>29</sup> *Курс российского уголовного права: Общая часть* (Кудрявцев В и Наумов А ред, 2001) 479; Ю Баулін, *Звільнення від кримінальної відповідальності* (Атіка 2004) 30; *Курс уголовного права, т 1: Учение о преступлении* (Кузнецова Н и Тяжкова И ред, 2002) 190–3.

<sup>30</sup> Пионтковский (н 8) 89.

<sup>31</sup> Карпушин и Курляндский (н 28) 29–32.

<sup>32</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положень частини третьої статті 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканність) від 27 жовтня 1999 р. № 9-рп/99 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-99>> (дата звернення: 21.01.2020).

вовому аспекті можливо лише в межах аналізу кримінально-правових відносин.

*Кримінально-правові правовідносини є різновидом правових відносин і загалом повинні відповідати і формі, і змісту останніх. У кримінально-правових відносинах виявляються найбільш суттєві риси КВ та функцій кримінального права – охоронної, регулятивної, превентивної, виховної тощо, що тісно пов'язані між собою, переплітаються, а тому перебувають у єдності та взаємодії. Саме в цих правовідносинах виявляються сутність і зміст кримінального права та його інститутів, зокрема й кримінальної відповідальності. Зі свого боку зміст кримінально-правових відносин, їх структурні елементи суттєво впливають на визначення сутності та змісту кримінальної відповідальності. Обов'язковою умовою виникнення та існування кримінально-правових відносин є наявність кримінально-правової норми, яка становить зміст закону про кримінальну відповідальність, що набув чинності, діє у часі і просторі та встановлює під загрозою застосування покарання заборони вчинення суспільно небезпечних діянь (дій або бездіяльності), що визначаються злочинами, і який діє у часі й просторі. Юридичним фактом виникнення кримінальних правовідносин є факт вчинення суб'єктом суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбачений КК України (підстава кримінальної відповідальності – ч. 1 ст. 2). Суб'єктами цих правових відносин, з одного боку, є особа (особи), яка (які) вчинила (вчинили) злочин, а з другого – держава в особі уповноважених на те її органів: органів дізнання, досудового слідства, прокуратури, суду, органів виконання покарання. Юридичний зміст аналізованих правових відносин становлять взаємні права та обов'язки вказаних суб'єктів, які виникають із моменту вчинення злочину. Суб'єкт злочину зобов'язаний отримати з боку держави осуд за вчинений ним злочин в обвинувальному вирокі, а також зазнати заходів державного примусу, що виражаються в обмеженнях особистого (наприклад, позбавлення волі), майнового (штраф, конфіскація майна) або іншого характеру (позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю тощо), передбачених кримінальним законом. Одночасно він має право, щоб до нього були застосовані лише ті засоби державного примусу, які передбачаються чинним кримінальним законодавством на підставі гуманних принципів, – справедливості, гуманізму, рівності перед законом – на яких ґрунтується це законодавство. Зі свого боку держава в особі уповноважених на те її органів (і відповідних їх службових осіб) зобов'язана правильно застосувати закон про кримінальну відповідальність: перш за все, вирішити питання про притягнення особи до кримінальної відповідальності (чи*

звільнити від неї), правильно кваліфікувати вчинене суб'єктом злочину суспільно небезпечне діяння, призначити покарання (чи звільнити від нього) з урахуванням тяжкості вчиненого злочину, особи винного, а також обставин, що пом'якшують чи обтяжують покарання тощо. Водночас держава має право надати негативну оцінку (державний осуд) злочину й особі, що його вчинила, а також застосувати до злочинця відповідні засоби державного примусу, що містять обмеження особистого чи майнового характеру. *Об'єктом* кримінально-правових відносин є особисті права і свободи особи (блага), обмеження яких передбачається у санкції статті Особливої частини КК України, за якої винна особа притягується до кримінальної відповідальності.

До теоретичних підстав кримінальної відповідальності як загальної теорії кримінального права вважаємо за необхідне віднести також систему понять і відповідних їм юридичних термінів, особливості яких обумовлені сутністю і змістом категорії “кримінальна відповідальність”, таких, зокрема, як: “підстава кримінальної відповідальності”, “ступінь кримінальної відповідальності”, “межі кримінальної відповідальності”, “форми кримінальної відповідальності” та ін. Вони, безумовно, наповнюють зміст категорії “кримінальна відповідальність”, конкретизують і деталізують її, надають їй предметний логіко-юридичний характер і водночас визначаються цією категорією.

V. Розглянуті емпіричні й теоретичні підстави обґрунтування і формування кримінальної відповідальності як загальної теорії науки кримінального права містять значний масив (систему) знань, які відображають сутність та основні риси кримінальної відповідальності як явища соціально-правової реальності – основоположного елемента науки кримінального права. Однак для формування КВ на рівні загальної теорії науки як ідеалізованого об'єкта необхідно виокремити основні та найбільш суттєві з них в їх узагальненому вигляді і на підставі інтеграційного підходу визначити основні риси (властивості) цього об'єкта. Причому тут мають враховуватись як теоретичні, так і емпіричні знання в їх діалектичній єдності. Лише в такому випадку теорія, що розробляється, може бути визнана сформованою з необхідною повнотою. Зазначимо, що за наявності значної кількості наукових праць, присвячених КВ, подібний методологічний підхід майже не застосовувався. Навіть у фундаментальній праці П. Сердюка “Теорія кримінальної відповідальності в сучасному кримінальному праві: порівняльно-правове дослідження”<sup>33</sup> цей підхід не отримав належної уваги.

<sup>33</sup> П. Сердюк, “Теорія кримінальної відповідальності в сучасному кримінальному праві: порівняльно-правове дослідження” (автореф дис д-ра юрид наук, 2013); П. Сердюк, *Теоретичні і методологічні проблеми сучасного кримінального права* (Акцент Ін Вест-трейд 2012).

Виокремлені та розглянуті найбільш важливі властивості і риси КВ, що становлять емпіричні й теоретичні основи обґрунтування і формування загальної теорії, та екстраполюючи їх на зміст цієї теорії, вважаємо за можливе віднести до неї (у тезисній формі) такі положення:

1. Теорія КВ – це система узагальнених знань у сфері науки кримінального права стосовно кримінальної відповідальності як соціально-правового явища реальної дійсності.

2. КВ встановлюється тільки законом про кримінальну відповідальність: у диспозиціях норм КК України вичерпно визначаються суспільно небезпечні діяння (у формі дії або бездіяльності) як злочини, а в санкціях передбачаються покарання та інші примусові заходи кримінально-правового характеру, що підлягають застосуванню до осіб, визнаних винними вироком суду у вчиненні злочину.

3. Сутність КВ полягає у юридичному (основаному на законі) обов'язку особи, що визнана винною у вчиненні злочину, відповідати перед державою за вчинене нею діяння і підлягати дії кримінального закону у вигляді: а) негативної соціально-правової оцінки (державної докори) вчиненого діяння і самого діяча та б) у застосуванні до нього державного примусу – покарання та (або) інших примусових заходів кримінально-правового характеру, які за своїм змістом завжди пов'язані з вимушеним перетерпюванням обмежень особистого, майнового або іншого характеру.

4. Підставою КВ є вчинення особою (фізичною, осудною, що досягла віку кримінальної відповідальності) суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбачений КК України.

5. КВ забезпечує виконання кримінальним законом захисної, превентивної та виховної функцій з моменту набрання кримінальним законом чинності. Реалізація КВ здійснюється у кримінально-правових відносинах, які виникають з моменту вчинення суспільно небезпечного діяння, що визнане злочином, і завершується погашенням або зняттям судимості, або на більш ранній стадії – у випадках звільнення від кримінальної відповідальності чи від покарання. У цьому сенсі є підстави виокремлювати *ультраактивні (перспективні) і негативні (ретроактивні) аспекти КВ* як специфічні й різні форми її впливу на суспільне життя, що має суттєве значення для з'ясування питань щодо функцій кримінального законодавства.

6. Реалізація КВ здійснюється шляхом застосування кримінального, кримінального процесуального, кримінального виконавчого законодавств лише судом та уповноваженими на те державними органами.

VI. Представлені основні узагальнені положення теорії кримінальної відповідальності є підстави розглядати як суттєві елементи змісту

загальної теорії науки кримінального права, що обумовлено, по-перше, роллю інституту “кримінальної відповідальності” в системі засобів кримінально-правового регулювання (як мегаінституту) і його впливом на інші інститути кримінального права; по-друге, місцем та визначальною роллю категорії “кримінальна відповідальність” у понятійному ряду категорій і понять науки кримінального права, її визначальним впливом на понятійний апарат кримінального права загалом. У зв’язку з визначенням змісту КВ як загальної теорії науки кримінального права надзвичайно важливо з’ясувати її функції, тобто значення для науки і практики кримінального права.

Висновки. Як і в кожній науці, загальна теорія науки кримінального права, безумовно, має багатогранне значення. Але воно завжди, і передусім, проявляється у методологічному впливі на кримінальне право: на вирішення її теоретико-наукових і праксеологічних проблем. Тому в цій статті вважаємо за можливе обмежити обсяг дослідження і зосередити увагу, перш за все, на *методологічному значенні КВ як загальної теорії* для вирішення проблем науки кримінального права. Воно зводиться переважно до такого:

По-перше, розробка окремих (приватних) чи спеціальних теорій кримінального права має здійснюватися з урахуванням загальних положень КВ як загальної теорії науки кримінального права. Останні, тією чи іншою мірою, мають виступати як *базисні і відправні до змісту й основних положень цих приватних теорій* і визначати їх сутність та зміст. Такий підхід має забезпечити єдине організаційно і логічно-узгоджене “методологічне поле” науки як необхідного чинника ефективності наукових досліджень у сфері кримінального права.

По-друге, КВ як загальна теорія становить основи *диференційного підходу* в процедурі криміналізації суспільно небезпечних діянь і їх пеналізації, що виражається у конструюванні кримінально-правових норм, сформульованих у статтях КК України і визначених у них складах злочинів (зокрема і з кваліфікуючими чи особливо кваліфікуючими ознаками), при виокремленні й формуванні норм та інститутів Особливої частини кримінального права.

По-третє, теорія КВ забезпечує водночас реалізацію *інтеграційних процесів*, оскільки об’єднує такі основоположні структурні елементи кримінального права, як *злочин і покарання*, що виступають взаємозалежними явищами, об’єднує норми Загальної й Особливої частин кримінального права, визначає їх як єдине ціле, зокрема, єдність елементів і ознак складу злочину, що надзвичайно важливо для кваліфікації злочинів, виступає основою формування і визна-

чення в законі простих і кваліфікованих, а також складених злочинів і складів злочинів.

По-четверте, теорія КВ надає можливість визначати у змісті норм КК України злочини і покарання за них, з огляду на аксіологічний підхід, який забезпечує реалізацію принципу пропорційності, тобто відповідності (адекватності) ступеня суспільної небезпечності злочинних діянь, визначених у диспозиціях кримінально-правових норм, і суворості покарання, встановленого в санкціях відповідних статей КК України.

По-п'яте, як наскрізний інститут і базова категорія КВ суттєво впливає на зміст і сутність понятійного апарата кримінального права, структуру і зміст кримінально-правових норм та юридичних конструкцій – основоположних одиниць структури кримінального права і законодавства.

По-шосте, вказані та інші види (форми) впливу КВ як загальної теорії науки кримінального права методологічного характеру мають суттєве значення для вирішення проблем науки і практики кримінального права, у кінцевому підсумку, на кримінальне законотворення і розробку проблем удосконалення практики застосування чинного кримінального законодавства України.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored books*

1. Baulin Yu, *Zvinnennia vid kryminalnoi vidpovidalnosti [Exemption from Criminal Liability]* (Atika 2004) (in Ukrainian).
2. Belkin R, *Kurs kriminalistiki [Course of Criminalistics], t 1: Obshhaja teorija kriminalistiki [General Theory of Criminalistics]* (Jurist 1997) (in Russian).
3. Cereteli T, *Prichinnaja svjaz' v ugovnom prave [Causation in Criminal Law]* (1963) (in Russian).
4. Chel'cev-Bebutov M, *Prestuplenie i nakazanie v istorii i sovremennom prave [Crime and Punishment in History and in Modern Law]* (1925) (in Russian).
5. Chepikov M, *Integracija nauki: filosofskij ocherk [Integration of Science: Philosophical Essay]* (Mysl' 1981) (in Russian).
6. Filimonov V i Filimonov O, *Institut prava. Institut ugovnogo prava. Institut ugovno-ispolnitel'nogo prava [Institution of Law. Institution of Criminal Law. Institution of Correctional Law]* (Jurisprudencija 2014) (in Russian).
7. Grjaznov B i Dynin B i Nikitin E, *Teorija i ee ob'ekt [Theory and Its Object]* (Nauka 1973) (in Russian).
8. Karpushin M i Kurljandskij V, *Ugovnaja otvetstvenost' i sostav prestuplenija [Criminal Liability and Corpus Delicti]* (1974) (in Russian).
9. Lejst O, *Sankcii v sovetskom prave [Sanctions in Soviet Law]* (1962) (in Russian).
10. Matyshevskij P, *Kryminalne pravo Ukrainy. Zahalna chastyna: pidruchnyk dlja studentiv yurydychnykh spetsialnostei [Criminal Law of Ukraine. General Part: Study Guide for Law Students]* (2000) (in Ukrainian).



11. Nikitin E, *Priroda obosnovanija: substratnyj analiz [Nature of Substantiation: Substrate Analysis]* (1981) (in Russian).
12. Pinaev A, *Kurs lekcij po Obshhej chasti Ugolovnogogo prava Ukrainy [Course of Lectures on the General Part of Criminal Law of Ukraine]* (2002) (in Russian).
13. Piontkovskij A, *Uchenie o prestuplenii po sovetському ugovnomu pravu [Doctrine of Crime According to Soviet Criminal Law]* (1961) (in Russian).
14. Poznyshhev S, *Osnovnye nachala nauki ugovnogo prava. Obshhaja chast' ugovnogo prava [Fundamental Principles of Criminal Law Science. General Part of Criminal Law]* (Izd-e A A Karceva 1912) (in Russian).
15. Ruzavin G, *Filosofija nauki: uchebnoe posobie dlja studentov vuzov [Philosophy of Science: Study Guide for Students of Higher Educational Institutions]* (JuNITI-DANA 2005) (in Russian).
16. Ruzavin G, *Metodologija nauchnogo poznanija: uchebnoe posobie dlja studentov i aspirantov vysshih uchebnyh zavedenij [Methodology of Scientific Cognition: Study Guide for Students and Postgraduates of Higher Educational Institutions]* (2005) (in Russian).
17. Serdiuk P, *Teoretychni i metodolohichni problemy suchasnoho kryminalnoho prava [Theoretical and Methodological Issues of Modern Criminal Law]* (Aktsept In Vest-treid 2012) (in Ukrainian).
18. Sergeevskij N, *O znachenii prichinnoj svjazi v ugovnom pravie [On the Meaning of Causation in Criminal Law]* (Jaroslavl' 1880) (in Russian).
19. Soldatov V, *Metodologija nauchnogo poznanija [Methodology of Scientific Cognition]* (Politizdat Ukrainy 1975) (in Russian).
20. Trajnin A, *Sostav prestuplenija po sovetському ugovnomu pravu [Corpus Delicti According to Soviet Criminal Law]* (1961) (in Russian).
21. Trajnin A, *Uchenie o sostave prestuplenija [Doctrine of Corpus Delicti]* (1946) (in Russian).
22. Utevsckij V, *Vina v sovetском ugovnom pravie [Guilt in Soviet Criminal Law]* (1950) (in Russian).
23. Veresha R, *Poniattia vyny yak element zmistu kryminalnoho prava Ukrainy [The Concept of Guilt as the Content Element of Ukrainian Criminal Law]* (2005) (in Ukrainian).
24. Vinberg A i Malahovskaja N, *Sudebnaja jekspertologija (obshheteoreticheskie i metodologicheskie problemy sudebnyh jekspertiz) [Forensic Expert Science (General Theoretical and Methodological Issues of Forensic Examinations)]* (1979) (in Russian).
25. Zelenec'kij V, *Obshhaja teorija bor'by s prestupnost'ju [General Crime Combating Theory], t 1: Konceptual'nye osnovy [Conceptual Foundations]* (Osнова 1994) (in Russian).

*Edited books*

26. *Kurs rossijskogo ugovnogo prava: Obshhaja chast' [Course of Russian Criminal Law: General Part]* (Kudrjavcev V i Naumov A red, 2001) (in Russian).
27. *Kurs sovetского ugovnogo prava [Course of Soviet Criminal Law], t 1: Chast' Obshhaja [General Part]* (Beljaev N i Shargorodskij M otv red, Izdatel'stvo Leningradskogo un-ta 1970)) (in Russian).
28. *Kurs sovetского ugovnogo prava [Course of Soviet Criminal Law], t 1: Chast' Obshhaja [General Part. Crime]* (Beljaev N i Shargorodskij M otv red, Izdatel'stvo Leningradskogo un-ta 1970)) (in Russian).
29. *Kurs ugovnogo prava [Course of Criminal Law], t 1: Uchenie o prestuplenii [Doctrine of Crime]* (Kuznecova N i Tjazhkova I red, 2002) (in Russian).

*Encyclopaedias and dictionaries*

30. *Velyka ukraïnska jurydyčna entsyklopediia [Great Ukrainian Encyclopedia of Law], t 17: Kryminalne pravo [Criminal Law]* (Tatsii V holova redkol, Borysov V zast holovy, Pravo 2016) (in Ukrainian).

Микола Панов

31. *Slovar' filosofskih terminov [Dictionary of Philosophical Terms]* (Kuznecov V nauch red, INFRA – M 2005) (in Russian).
32. *Filosofskij jenciklopedicheskij slovar' [Philosophical Encyclopedic Dictionary]* (Il'ichev L red, Sov enciklopedija 1983) (in Russian).

*Journal articles*

33. Ekzarhopulo A, 'Kriminalisticheskaja teorija: sushhnost', struktura, komponentnyj sostav' ['Criminalistic Theory: Essence, Structure, Components'] (2015) 11 *Kriminalist pervopechatnyj* 10–29 (in Russian).
34. Krylenko N, 'Proekt Ugolovnogo kodeksa SSSR' ['Draft Criminal Code of the USSR'] (1935) 1–2 *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* 96 (in Russian).
35. Piontkovskij A, 'O ponjatii ugolovnoj otvetstvennosti' ['On the Concept of Criminal Liability'] (1967) 12 *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* 40 (in Russian).
36. Zagorodnikov N, 'O predelah ugolovnoj otvetstvennosti' ['On the Limits of Criminal Liability'] (1967) 7 *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* 39–40 (in Russian).
37. Zhuravel V, 'Zahalna teoriia kryminalistyky: deiaki problemy formuvannia' ['General Theory of Criminalistics: Some Issues of Formation'] (2015) 11 *Kriminalist» pervopechatnyj* 30–44 (in Ukrainian).

*Theses*

38. Brajnin Ja, 'Osnovanie ugolovnoj otvetstvennosti i vazhnejšie voprosy uchenija o sostave prestuplenija v sovetskom ugolovnom prave' ['Cause of Criminal Liability and Topical Issues of the Corpus Delicti Doctrine in Soviet Criminal Law'] (avtoref dis dok jurid nauk, 1963) (in Russian).
39. Serdjuk P, 'Teoriia kriminal'noi vidpovidal'nosti v suchasnomu kriminal'nomu pravi: porivnial'no-pravove doslidzhennia' ['Theory of Criminal Liability in Modern Criminal Law: Comparative Law Study'] (avtoref dis d-ra jurid nauk, 2013) (in Ukrainian).
40. Zelenc'kij V, 'Konceptual'nye osnovy obshhej teorii bor'by s prestupnost'ju' ['Conceptual Foundations of the General Crime Combating Theory'] (avtoref dis d-ra jurid nauk, 1989) (in Russian).

Mykola Panov

GENERAL THEORY OF CRIMINAL LAW SCIENCE:  
SUBSTANTIATION AND FORMATION ISSUES

ABSTRACT. The article focuses on the elaboration of the general theory of criminal law science which, in the author's opinion, should be understood as the theory of criminal liability and which still remains an unexplored issue. The article examines the empirical and theoretical foundations underlying this theory, which at the same time are the constituents forming its content. The author emphasizes the important methodological meaning of criminal liability theory as general theory, for individual (special or private) theories of criminal law and for the science of criminal law generally, and thus determines its potential impact on the criminal law practice – criminal lawmaking and law application.

The purpose of the article is to substantiate and form the general theory of criminal law science (which is seen as the theory of criminal liability) as the methodological basis of

individual (special or private) theories of criminal law science in general, and to clarify its impact on criminal lawmaking and the application practice of current criminal legislation.

The science of criminal law is a rather complex but at the same time an orderly system of knowledge in the area of criminal law regulation. The centrepiece of this knowledge is scientific theories as the most developed and perfect forms of its organization, since they within their content comprise such essential and necessary elements of cognition attributable to the subject matter of the science as ideas, hypotheses, concepts, methodology, the set of concepts, etc., integrate them and provide for the whole picture of the essential connections and regularities of the systemic and coherent object of knowledge. The science of criminal law has developed a number of specific theories concerning various topical issues: causes for criminal liability, concept of crime, corpus delicti and its elements, punishment, inchoate crime, complicity in crime, specific institutions provided for by the Special Part of criminal law etc. These theories aim at resolving the issues which are undoubtedly important but, nevertheless, individual, and therefore have a special (isolated or private) nature. Moreover, they did not rest upon the general theory of criminal law science which has not and still is not in the focus of research. The mentioned methodological limitation of these private theories undoubtedly had a negative impact on their completeness, substantiation and the results obtained.

The author suggests that the general theory of criminal law science be understood as the theory of criminal liability which is organically linked to almost all institutions and categories of criminal law and the set of concepts of the science on the whole. This theory is developed by the analysis of empirical (the system of criminal law provisions making up the content of the institute of criminal liability) and theoretical (the category of “criminal liability” and the system of concepts and legal terminology subordinated to it) grounds as the prerequisites necessary for forming it. In this context, these grounds are regarded as essential components of the theory’s content which are in dialectical unity.

Based on the study, the author determines the main features of the criminal liability theory which represent its content as the general theory of criminal law science, highlights its methodological meaning for individual (special or private) theories of the science, and explores its impact on the science and practice of criminal law – criminal lawmaking and law application.

KEYWORDS: criminal law science; general theory of criminal law science; individual (special or private) theories; substantiation; forming of the general theory of criminal law; methodological meaning of the “criminal liability” theory as the general theory of criminal law science.



## Павло Фріс

доктор юридичних наук, професор,  
заслужений діяч науки і техніки України,  
завідувач кафедри кримінального права  
Навчально-наукового юридичного інституту  
Прикарпатського національного університету  
імені Василя Стефаника  
(Івано-Франківськ, Україна)  
plfries1949@gmail.com

УДК 323:343.01

## КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ІДЕОЛОГІЯ І КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ПОЛІТИКА

**Анотація.** Ситуація, що склалася із чинним кримінальним законодавством України, повинна бути визначена не інакше, як кризова. Кількість змін та доповнень до чинного Кримінального кодексу України за 18 років сягнула критичної межі. Водночас слід визнати, що дуже часто ці зміни та доповнення обумовлені вузько-клановими, політичними, кон'юнктурними інтересами, часто є непродуманими, такими, що не тільки не сприяють вирішенню питань боротьби із посяганнями на найважливіші суспільні відносини, блага та інтереси, а й, навпаки, завдають шкоду цій діяльності.

На жаль, за роки існування незалежної Української держави не була створена національна ідея загалом, не сформована національна ідеологія, незважаючи на те, що у 1991 р. відбулася зміна суспільно-економічної формації, яка обумовлювала таку необхідність. Як наслідок, не була сформована національна правова ідеологія і така її складова, як кримінально-правова ідеологія. Тому чинне кримінальне законодавство України зберігає ідеологічні нашарування, які були притаманні кримінальному праву Української Радянської Соціалістичної Республіки, воно залишається великою мірою побудованим на кримінально-правовій ідеології часів існування Радянського Союзу.

Усе це спричинено тим, що в основі сучасної національної кримінально-правової політики немає національної кримінально-правової ідеології та кримінально-правової доктрини і концепції.

Кримінально-правова ідеологія, яка являє собою складову (елемент) правової ідеології загалом, зі свого боку, є елементом кримінально-правової правосвідомості. Вона – комплекс систематизованих, скоординованих кримінально-правових ідей, теорій, концепцій, положень та принципів, що перебувають між собою у відповідному підпорядкуванні і мають на меті формування бажаного для суспільства (окремої соціальної групи) кримінального законодавства, практики його застосування, формування у кримінально-правовій правосвідомості позитивної оцінки кримінально-правової боротьби зі злочинністю, обґрунтованих вимог до її вдосконалення.

Кримінально-правова ідеологія – це самостійний політико-правовий феномен, який виконує функцію визначення ролі та меж поширення кримінального права в питанні унормування поведінки членів суспільства в їх підпорядкуванні найважливішим загально визнаним правилам поведінки, цінностям та інтересам.

Метою статті є розроблення підходів до розуміння кримінально-правової ідеології, її місця в системі правової політики, поняття і місця кримінально-правової доктрини в структурі кримінально-правової ідеології, поняття ідеології кримінально-правової політики та засад формування концепції кримінального законодавства України.

Ключові слова: кримінально-правова правосвідомість; кримінально-правова ідеологія; кримінально-правова доктрина; ідеологія кримінально-правової політики; кримінально-правова політика; кримінально-правовий ідеал.

Аналіз стану сучасного кримінального законодавства України призводить до сумного висновку про його достатньо глибоку кризу. Лише той факт, що за 18 років існування чинного Кримінального кодексу України (далі – КК України)<sup>1</sup> до нього було внесено понад 1 000 змін і доповнень, є наочним свідченням цього. Водночас звертає на себе увагу відсутність їх наукової обґрунтованості, високий ступінь колізійності, низький рівень із позицій юридичної техніки, непослідовність тощо. Це призводить до того, що не тільки пересічні громадяни не можуть зорієнтуватися у питаннях кримінально-правової охорони, при тому, що передусім саме їм адресований кримінальний закон, а й навіть у професійних правників це час від часу викликає проблеми. На це звертають увагу практично всі науковці, які досліджують питання кримінально-правової охорони. І тому абсолютно очікуваним було створення Президентом України В. Зеленським робочої групи з реформування кримінального законодавства України<sup>2</sup>.

Вітаючи це рішення і початок роботи саме з аналізу концептуальних підходів, доцільно зауважити, що ця діяльність повинна передусім розпочатися з визначення фундаменту, на якому розроблятиметься сама концепція і, у подальшому, будуватиметься нове кримінальне законодавство України. В основі цього фундаменту повинна лежати кримінально-правова ідеологія як складова кримінально-правової правосвідомості. Саме ґрунтуючись на ній має розроблятися кримінально-правова доктрина, прийматися концепція кримінально-правової політики і здійснюватися законотворча діяльність.

<sup>1</sup> Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>> (дата звернення: 13.01.2020).

<sup>2</sup> Питання Комісії з питань правової реформи: Указ Президента України від 7 серпня 2019 р. № 584/2019 <<https://www.president.gov.ua/documents/5842019-28949>> (дата звернення: 13.01.2020).

Павло Фріс

На жаль, за роки існування незалежної Української держави не була створена національна ідея загалом, не розроблена правова ідеологія країни та кримінально-правова ідеологія як її складова. Цьому певною мірою завадило закріплення у ст. 15 Конституції України положення про те, що суспільне життя в Україні ґрунтується на засадах політичної, економічної та ідеологічної багатоманітності та відмови від можливості визнання будь-якої ідеології як обов'язкової і єдино правильної<sup>3</sup>. Абсолютно зрозуміло, що це положення було закріплено у зв'язку із бажанням будь-яким чином уникнути повторення нашої гіркої історії, коли в країні офіційно існувала лише одна марксистсько-ленінська ідеологія і будь-які спроби щось протиставити їй визнавалися антидержавними і, найчастіше, злочинними. Здавалось, такий підхід законодавця України слід вітати. З одного боку, так. Однак, із другого боку, була фактично закріплена на вищому правовому рівні відмова від розробки національної ідеології (і правової зокрема) як такої, забуваючи про те, що жодна країна у світі не може існувати без власної ідеології. Не можна розбудовувати національну країну, не розробивши спочатку її ідеологію, не визначивши, тим самим, цілі будівництва, шляхи розвитку. Спроби 'запозичення концепції демократизації життя суспільства, ідеалізації форм її прояву в зарубіжних державах і непродумане їх запозичення, копіювання без врахування українських ментальних реалій' часто не тільки не призводять до бажаних позитивних наслідків, а й, навпаки, погіршують суспільно-політичну ситуацію, зокрема слугують каталізатором негативних анти-суспільних проявів<sup>4</sup>.

Невизначеність правової ідеології не може не позначатись негативним чином на функціонування суспільства, його окремих сфер, передусім, правової, життєдіяльності громадян, призводить до правопорушень, спроб ігнорування права тощо<sup>5</sup>.

Відсутність загальнодержавної ідеології та її підтримки більшістю населення країни стали однією з причин сепаратистських рухів на сході України. Водночас слід розуміти, що ні держава, ні її правова система не можуть ефективно функціонувати поза відповідною ідеологією. Що стосується правової системи, то слід чітко визначити, що її розбудова без попередньої розробки правової ідеології практично неможлива. На жаль, проблемам правової ідеології у вітчизняній правовій науці не приділяло-

www.pravoua.com.ua

<sup>3</sup> Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>> (дата звернення: 13.01.2020).

<sup>4</sup> В Грищук, *Філософсько-правове розуміння відповідальності людини* (2-ге вид, Хмельницький ун-т управління та права 2013) 6.

<sup>5</sup> М Недюха, *Правова ідеологія українського суспільства* (МП Леся 2012) 6.

ся достатньої уваги. Тим паче це стосується питань аналізу та розробки проблем кримінально-правової ідеології. До аналізу питань впливу правової ідеології на доктрину права, законотворчість і правозастосування у тих або інших аспектах зверталися М. Панов, М. Недюха, А. Луцький, М. Хаустова, С. Савченко, В. Калітинський та низка інших вітчизняних науковців. Проте ці праці присвячені аналізу проблем правової ідеології загалом, без конкретизації під кутом зору кримінально-правової ідеології<sup>6</sup>. Ця прогалина фактично залишає кримінально-правову доктрину на фундаменті теоретичних розробок, побудованих на ідеологічній платформі марксизму-ленінізму. Звичайно, це жодним чином не означає необхідність перекреслення усіх досягнень кримінально-правової думки попередніх часів. Однак не слід забувати, що розвиток і становлення правової доктрини здійснюється на базі економіки та ідеології пануючого в суспільстві класу, соціальної групи тощо. Якщо доктрина залишається незмінною, якщо вона практично повністю зберігає характеристики доктрини попередньої формації, то чи маємо ми право стверджувати, що вона є новою, відповідає ідеології сучасного суспільства. В Україні у 1991 р. відбулася зміна суспільно-економічної формації, що викликало *необхідність розробки національної правової ідеології, яка не була здійснена*. Якщо звернутися до історії, то слід віддати належне (як по-блюзнірськи це б не звучало), більшовикам, які після захоплення влади відразу відмовилися від правової ідеології своїх попередників і почали державно-правову розбудову на базі власної ідеології. Це великою мірою визначило всю багаторічну історію Радянського Союзу, взагалі можливість його існування упродовж десятиріч. Не буде відкриттям той факт, що право завжди було потужним інструментом у руках правлячої еліти, за допомогою якого вона захищала власні інтереси. Водночас важливу роль відіграло теоретичне обґрунтування місця і ролі права у житті суспільства. Саме тому, зі зміною суспільно-економічної формації, відбувається зміна розуміння окремих інститутів кримінального права, що несе відповідне ідеологічне навантаження. Прикладів цього в історії кримінального законодавства Радянського Союзу більш ніж достатньо.

Після зміни суспільно-економічної формації в Україні теж відбулися відповідні зміни в розумінні та в законодавчому закріпленні окремих інститутів кримінального права, але якщо бути абсолютно відвертими, вони були достатньо обмеженими і стосувалися переважно інститутів Особливої частини КК України. Теоретичні підходи фактично залишилися незмінними, а ті, що змінилися, часто не витримують жодної

<sup>6</sup> Вже після того, як ця стаття була передана до редакції, вийшла друком монографія: Ю Коломієць, *Кримінально-правова ідеологія: філософсько-правове дослідження* (ФОП Петров О С 2019) 467.

Павло Фріс

критики<sup>7</sup>. Звичайно, повторимося, ми не закликаємо відкинути весь накопичений сторіччями багаж теоретичних досягнень вітчизняної кримінально-правової доктрини, адже вони вбирають у себе все прогресивне, що було акумульовано за попередні історичні епохи. Однак, вибудовуючи вітчизняне кримінальне законодавство, розвиваючи національну кримінально-правову доктрину, слід відійти від ідеологічного підґрунтя радянської доби. Уся історія радянської влади була історією класової боротьби спочатку групи заколотників, що незаконним шляхом захопила владу в країні, а потім класу номенклатури, вигодуваного цією групою, із власним народом за допомогою кримінального права. Усе радянське кримінальне право було побудоване на ідеологічній платформі марксизму-ленінізму, починаючи від поняття злочину і закінчуючи санкціями норм Особливої частини КК України.

Говорячи про правову ідеологію як фундамент правової доктрини і правової політики, необхідно, перш за все, визначитися із самим поняттям “ідеологія” (від грец. *ιδεολογία* від *ιδέα* “прообраз, ідея” + *λογος* “слово, розум, вчення”). Як відомо, цей термін був використаний у науці французьким філософом та економістом А. Л. К. Дестютом де Трасі у 1796 р. для аналізу відчуттів та ідей. Як зазначає М. Панов, правова ідеологія – це

найважливіша складова частина (елемент) правосвідомості, становить собою сукупність ідей, теорій, правових концепцій і фундаментальних принципів, які в узагальненій формі відображають філософське осмислення й оцінку правової реальності<sup>8</sup>.

Правова система будь-якої держави завжди є надзвичайно чутливою до пануючих у суспільстві ідеологічних доктрин, сприймає їх як “керівництво до дії”. Зі зміною умов суспільного життя змінюються ідеї і почуття людей, зокрема й правові погляди. У класовому суспільстві правова ідеологія завжди є класовою ідеологією, відбиваючи (фіксуючи у нормах права) суспільно-економічне становище пануючого класу (соціальної групи), їх соціальні інтереси, механізми захисту, стосунки з іншими класами та соціальними групами. Для тоталітарних країн притаманний монізм ідеології. Це яскраво проявлялося у Радянській Україні, де у ст. 6 Конституції 1978 р. було закріплено положення, згідно з яким:

www.pravoua.com.ua

<sup>7</sup> Прикладом цього можуть бути відомі зміни до законодавства, що запровадили інститут кримінального проступку.

<sup>8</sup> М. Панов, ‘Правова ідеологія і реформи в Україні’ *Юридичний вісник України* (Київ, 26 вересень – 2 жовтень 2015) 13.



Озброєна марксистсько-ленінським ученням Комуністична партія визначає генеральну перспективу розвитку суспільства, лінію внутрішньої і зовнішньої політики СРСР, керує великою творчою діяльністю радянського народу, надає планомірного, науково обґрунтованого характеру його боротьбі за перемогу комунізму<sup>9</sup>.

Тоталітарна правова ідеологія фактично обґрунтовує нормативне закріплення терору щодо власного народу.

У демократичних державах існує ідеологічний плюралізм, який забезпечує демократичність державного режиму. Водночас на рівні держави повинна бути обрана (без будь-якого нормативного закріплення) одна правова ідеологія, яка визначатиме напрям розвитку держави та її правової системи.

Правова ідеологія, будучи складовою правосвідомості, фактично визначає правову політику держави, оскільки формулює ту мету, яка може бути досягнута шляхом прийняття правових приписів. Вона слугує теоретичною базою державної правової політики.

Кримінально-правова ідеологія, яка являє собою складову (елемент) правової ідеології загалом, зі свого боку, є елементом кримінально-правової правосвідомості. Вона є комплексом систематизованих, скоординованих кримінально-правових ідей, теорій, концепцій, положень і принципів, що перебувають між собою у відповідному підпорядкуванні та мають на меті формування бажаного для суспільства (окремої соціальної групи) кримінального законодавства, практики його застосування, формування у кримінально-правовій правосвідомості позитивної оцінки кримінально-правової боротьби зі злочинністю, обґрунтованих вимог до її вдосконалення.

Кримінально-правова ідеологія являє собою самостійний політико-правовий феномен, який виконує функцію визначення ролі та меж поширення кримінального права в питанні унормування поведінки членів суспільства в їх підпорядкуванні найважливішим загальновизнаним правилам поведінки, цінностям та інтересам.

Метою дослідження є розроблення підходів до розуміння кримінально-правової ідеології, її місця в системі правової політики, поняття і місця кримінально-правової доктрини в структурі кримінально-правової ідеології, поняття ідеології кримінально-правової політики та засад формування концепції кримінального законодавства України.

<sup>9</sup> Конституція (Основний закон) Української Радянської Соціалістичної Республіки. Прийнята на позачерговій сьомій сесії Верховної Ради Української РСР дев'ятого скликання 20 квітня 1978 р. <<http://gska2.rada.gov.ua/site/const/istoriya/1978.html>> (дата звернення: 13.01.2020).

Павло Фріс

Як зазначає М. Недюха: ‘Згідно з таким визначенням, правова ідеологія набуває моністичного характеру, оскільки її сутність обумовлюється нормою права на відміну, скажімо, від політичної ідеології, яка завжди є плюралістичною <...>’<sup>10</sup>. Несформованість кримінально-правової ідеології як такої викликає у кінцевому підсумку анархію законодавчих пропозицій у сфері кримінально-правової охорони і нестабільність законодавства. Саме це ми спостерігаємо сьогодні. Обсяги законодавчих пропозицій від суб’єктів законодавчої ініціативи перевищують усі розумні межі. Водночас юридична безграмотність авторів великої кількості законопроектів часто призводить до практично анекдотичних випадків, коли пропонується встановити, наприклад, кримінальну відповідальність за порушення законодавства про бджільництво чи за неналежне виконання обов’язків рятувальниками на воді.

Кримінально-правова ідеологія починається із формування та розроблення відповідних ідей, що є первинним етапом будь-якої людської діяльності. Саме ідея визначає кінцеву мету діяльності. Як зазначав Р. Ленінг, ‘мета є творцем всього права, і немає правової норми, яка не була б зобов’язана своїм походженням якійсь меті’<sup>11</sup>.

Однак мета, як правило, для діяльності не існує як одиничне поняття. Як одиниця вона входить у сукупність з іншими цілями, що утворюють генеральну мету, яка і являє собою кримінально-правову ідеологію. ‘Саме в ідеології формується система цінностей, яка потім лягає в основу правової поведінки. Тому ідеологія виступає передумовою і умовою виникнення і дії правових норм’<sup>12</sup>.

Формування кримінально-правової ідеології визначається завданням утвердження України як правової соціально орієнтованої, суверенної, демократичної країни, що закріплено у ст. 1 Конституції України<sup>13</sup>.

Її призначення полягає у виконанні в суспільстві функції узгодження поведінки індивідів і суспільства загалом. Це ‘узгодження’ здійснюється шляхом формування доктрини та концепції кримінально-правової політики та її реалізації у конкретних правових нормах.

Кримінально-правова ідеологія визначає кримінально-правову політику. Однак не тільки вона. Джерелами кримінально-правової політики також є кримінально-правова доктрина, чинне законодавство, рішення Конституційного Суду України, чинні міжнародні договори, згоду на обов’язковість яких надано Верховною Радою України.

<sup>10</sup> Недюха (н 5) 41.

<sup>11</sup> Рихард Ленінг, *Об основе и природе права* (Типография А И Мамонтова 1909) 7.

<sup>12</sup> А Васильев (ред), *Государственная идеология* (Юрлитинформ 2019) 51.

<sup>13</sup> Конституція України (н 3).

Кримінально-правова ідеологія несе в собі подвійне навантаження, виступаючи, з одного боку, як збалансована система ідейно обґрунтованих заборон щодо вчинення конкретних дій, які визнаються суспільно шкідливими, а з другого – як сукупність ‘концептуально обґрунтованих ідей, принципів і положень, стимулів і мотивів, що сприяють зміцненню і утвердженню правомірних засад функціонування держави і суспільства’<sup>14</sup>. Водночас слід підкреслити, що кримінально-правова ідеологія не може бути загальнообов’язковою, не може визнаватися на нормативному рівні пріоритетною. Вона повинна бути завжди відкритою для критики, дискусійною, динамічною.

Кримінально-правова ідеологія:

- являє собою базу для вироблення кримінально-правової доктрини, розробки концепції кримінально-правової політики, її стратегії і тактики, здійснення нормативно-правового регулювання;
- є основою формування цілісного, стабільного, структурно-функціонального правового поля галузі кримінального права;
- покликана бути дієвим механізмом захисту найбільш важливих суспільних відносин, благ та інтересів;
- покликана забезпечувати баланс охорони між нормами кримінального закону та нормами інших галузей права;
- покликана враховувати національний кримінально-правовий менталітет;
- покликана забезпечувати демократичний характер кримінально-правової політики;
- покликана визначати баланс між системою покарання та іншими заходами кримінально-правового впливу;
- покликана бути основою для законодавчого формування відповідей на новітні небезпеки.

Складовими кримінально-правової ідеології є кримінально-правовий ідеал, кримінально-правова доктрина та принципи кримінального права.

Що являє собою кримінально-правовий ідеал? У кожного на це, найімовірніше, буде своя відповідь. Одні розумітимуть під ним створення такого закону про кримінальну відповідальність, який буде спроможний швидко реагувати *на всі* посягання на суспільні відносини, блага та інтереси. Другі – що це має бути закон, який встановлюватиме жорсткі види покарання до осіб, які його порушують. Треті – як невеликий за обсягом, але достатньо жорсткий за змістом, нормативний акт, що визначає відповідальність лише за найбільш небезпечні посягання тощо. Четверті хотіли б бачити такий кримінальний закон, який був би здатний ліквіду-

<sup>14</sup> Недюха (н 5) 54.

Павло Фріс

вати злочинність взагалі як явище. П'яті, шості... Звичайно, правовий ідеал не повинен бути ані абстрактним, ані утопічним за своїм змістом. Він має бути науково обґрунтований, відповідати етапу суспільно-історичного розвитку, суспільно-економічній формації. Слід зазначити, що кримінально-правовий ідеал суспільства, окремих соціальних груп не завжди може бути прогресивним. Так, наприклад, не всі, розуміючи низький рівень профілактичного потенціалу покарання, продовжують вірити у те, що його жорстокість здатна запобігати вчиненню злочинів, і виступають за відновлення у КК України смертної кари.

В основі кримінально-правового ідеалу перебувають відповідні кримінально-правові інтереси. Саме на їх базі формується відповідна ідеологія, яка через розробку відповідної доктрини в кінцевому підсумку оформляється у вигляді відповідного нормативного акта. Визначальними для системи загалом залишаються інтереси, які формують кримінально-правову політику. Система цих інтересів є достатньо складною і багатоплановою. Однак і сам інтерес не є первинним. В основі його перебуває потреба. Зміна потреб призводить до зміни відповідних соціальних інтересів, які (в ідеальному варіанті) знаходять своє обґрунтування у правовій доктрині і, як наслідок, викликають зміну у кримінальному законодавстві. Водночас слід підкреслити, що зміни у кримінальному законодавстві повинні відбуватися *виключно* за глобальної зміни потреб та інтересів, що виникли на їх підставі. На жаль, часто в основі змін до КК України лежать не глобальні соціальні інтереси, а вузькокланові, навіть індивідуальні.

У контексті питання, що аналізується, потрібною є необхідність зменшення показників злочинності, досягнення суспільної безпеки, боротьба з найбільш небезпечними видами антисуспільної поведінки. Нормативна основа, в якій закріплений глобальний інтерес у цьому питанні, зафіксована у ст. 1 КК України, яка формулює основні завдання кодексу.

Вбачається, що найважливішим у цьому контексті є інтерес досягнення раціонального балансу між дозволеним і забороненим (*глобальний інтерес*). Повертаючись до історії, легко згадати часи невинного розширення кримінальної репресії, які визначалися інтересами тоталітарної держави і не відповідали об'єктивним інтересам суспільного розвитку, загальнолюдським інтересам. Це фактично зумовлювало політику кримінально-правового терору, адже всі репресії фактично були відповідним чином "оформлені" як кримінально-правові заборони. Динамічність соціальних процесів потребує постійного аналізу меж кримінально-правової охорони вирішення питань криміналізації та декриміналізації. Водночас існує небезпека неста-

більшості законодавства навіть у разі збереження єдності підходів до кримінально-правової політики. Ситуація зі змінами чинного КК України, про що зазначалося вище, не дає можливості говорити про стабільність законодавства і свідчить про наявність проблеми з реалізацією кримінально-правової політики в частині забезпечення глобального інтересу.

Поруч із глобальним, у кримінально-правовій політиці існує система спеціальних (приватних) інтересів, які визначають основні напрями подальшого розвитку кримінального законодавства. Ця група інтересів може бути диференційована на дві підгрупи: *дефінітивні інтереси* – пов'язані з нормативною фіксацією інститутів, термінів та понять, які визначають загальні підходи, межі кримінально-правової політики, та *особливі інтереси* – пов'язані з визначенням підстав, меж кримінальної відповідальності за посягання на конкретні об'єкти.

Кримінально-правова доктрина – як складова кримінально-правової ідеології являє собою другий елемент кримінально-правової ідеології.

“Доктрина” (лат. *doctrina*) – вчення, наукова або філософська теорія, політична система, керівний теоретичний чи політичний принцип<sup>15</sup>.

Кримінально-правова доктрина – достатньо складне явище. Вона являє собою сформульовані відповідними школами погляди, концепції, виклад тих чи інших підходів щодо проблем розуміння кримінальної відповідальності, її меж та підстав, принципів як загалом, так і стосовно окремих видів поведінки. Якщо говорити більш спрощено, то кримінально-правова доктрина – це сформульована кримінально-правовою наукою система поглядів на проблеми кримінально-правового регулювання та охорони. Вона фактично є відповідною моделлю позитивного кримінального права, сукупністю ідей про кримінальне право, яка створена на базі відповідних суспільних інтересів.

Слід підкреслити, що кримінально-правова доктрина є результатом наукової діяльності провідних вітчизняних учених – фахівців у галузі кримінального права. ‘За своїм генезисом правова доктрина являє собою панівний <...> тип юридичного мислення і праворозуміння, що відображає правові погляди провідних правознавців’<sup>16</sup>. Доктрина містить у собі концептуальні положення, які сформульовані внаслідок проведення відповідних досліджень, що можуть претендувати ‘на статус юридичних аксіом, догм, принципів і презумпцій’<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> ‘Доктрина’ (Вікіпедія) <<https://uk.wikipedia.org/wiki/Доктрина>> (дата звернення: 13.01.2020).

<sup>16</sup> В Сорокин, ‘Судебная практика как источник права. За и против’ (Юридическая Россия, 01.01.2008) <<http://www.law.edu.ru/article/article.asp?articleID=1115025>> (дата звернення: 13.01.2020).

<sup>17</sup> Васильев (н 12).

Павло Фріс

Водночас не можна не погодитися з точкою зору А. Наумова, який вважає:

Наукові ж доктрини можуть виходити за межі кримінально-правової політики, які не вписуються в неї, адже вони ширші й більші за обсягом, оскільки пов'язані з вивченням не тільки приватних процесів, а й загальних закономірностей. Тому наукові ідеї розвиваються іноді всупереч існуючій лінії кримінально-правової політики<sup>18</sup>.

Доктрина завжди прогресивніша, ніж законодавство, оскільки є продуктом наукового осмислення соціальних та правових процесів і явищ. Законодавство завжди консервативніше, а тому часто розвивається всупереч кримінально-правовій доктрині. Доктрина – динамічніша. Законодавство – більш статичне. Не можна оцінити це однозначно як позитивне чи негативне. З одного боку, законодавство має бути стабільним, а з другого – повинно відповідати системі існуючих потреб та інтересів, які, особливо в період глобальних соціальних змін, що характеризують сучасну історичну епоху в Україні, достатньо динамічні, і які фіксуються доктриною швидше, ніж змінюється кримінальне законодавство. Слід досягнути балансу між цими достатньо суперечливими питаннями. Виходом із цієї ситуації може стати пропозиція, яку внесли учасники Львівського форуму кримінальної юстиції в запропонованій ними Концепції реформування законодавства про публічні правопорушення<sup>19</sup>. Вони вважають за доцільне закріпити на законодавчому рівні можливість внесення змін до КК України не частіше одного разу на рік. Це дасть можливість, з одного боку, напрацювати доктринальне обґрунтування необхідності тих чи інших змін і досягти розуміння цього на рівні законодавців, а з другого – сприятиме стабільності законодавства та недопущенню “анархічності” у цій діяльності.

Принципи кримінального права як ще один елемент кримінально-правової ідеології являють собою ‘найбільш визначні, головні положення (засади) кримінального законодавства, які встановлені законом чи безпосередньо з нього випливають, і які мають пряму дію, пряму регулятивну функцію’<sup>20</sup>. Принципи кримінального права відбивають кримінально-правову ідеологію, базуються на ній. Принципи кримінального права надзвичайно чутливі та мінливі залежно від змін у кримінально-правовій ідеології.

<sup>18</sup> А Наумов, *Преступление и наказание в истории России*, т 2 (Юрлитинформ 2014) 47.

<sup>19</sup> ‘Концепція реформування законодавства про публічні правопорушення’ (Львівський форум кримінальної юстиції) <<http://www.lfcj.com.ua/ua/концепція-форуму>> (дата звернення: 13.01.2020).

<sup>20</sup> В Кузнецов та А Савченко, *Кримінальне право України: питання та задачі для підготовки до вступних, семестрових та державних екзаменів: навчальний посібник* (Центр учбової літератури 2011).

Кримінально-правова ідеологія, аналізуючи кримінально-правову дійсність через чинне кримінальне законодавство та практику його застосування, є критерієм для формування як тактичної (прийняття поточних законів), так і стратегічної (розробка та прийняття концепції на відповідну перспективу) кримінально-правової політики.

Необхідність ідеологічного забезпечення кримінально-правової діяльності стає особливо актуальною у період глобальних змін у суспільно-політичному житті суспільства, коли відбувається зміна праворозуміння, правових цінностей, правових вимог. Яскравим прикладом цього може бути зміна підходів до оцінки значущості охоронюваних КК України найважливіших суспільних відносин, благ та інтересів, що знайшло відображення у системі Особливої частини КК України.

Однак слід зазначити, що ідеологія сучасного кримінального права України неповністю зреклася ідеологічних підходів, на яких будувалося радянське кримінальне право. Водночас не слід забувати, що радянське кримінальне право, яке з початку свого формування мало яскраво виражений класовий характер, оскільки базувалося на ідеологічній доктрині марксизму-ленінізму, зрештою перетворилося у захисника сформованого в Радянському Союзі класу номенклатури і стало його активним захисником<sup>21</sup>. Це передусім відбилося на розумінні ознак злочину, а конкретніше, на визначенні його матеріальної ознаки – суспільної небезпечності.

Ця ознака злочину була сформульована на початку розробки радянської кримінально-правової теорії її апологетами (А. Піонтковським) і повністю відповідала ідеологічним засадам марксистсько-ленінської теорії. Сформульована у такому вигляді матеріальна ознака злочину, будучи перенесеною з ідеологічних постулатів марксизму-ленінізму-сталінізму, давала можливість до найширшого тлумачення. Більшовики абсолютно відкрито стверджували, що кримінальне право захищає виключно їхні інтереси, брехливо додаючи, що вони збігаються з інтересами народу.

Водночас вона (особливо до 1953 р.) давала можливість розв'язання широкого терору проти власного народу. Достатньо згадати таке кримінально-правове поняття, як “член родини зрадника батьківщини” (ст. 541 у КК України 1928 р.) та інші, яке дало змогу застосовувати кримінально-правову репресію до осіб, діяння яких не могли бути характеризовані з точки зору суб'єктивної сторони як вчинені винно (з точки зору цивілізованого розуміння поняття “вина” у кримінальному праві).

<sup>21</sup> Н. Восленский, *Номенклатура* (Советская Россия 1991); В. Чалидзе, *Уголовная Россия* (“ТЕРРА” – “TERRA” 1990).

Суспільна небезпека являє собою суто ідеологічну (а не ідеолого-правову) конструкцію і не може використовуватись як матеріальна ознака злочину. Та й сам законодавець фактично як матеріальну ознаку злочину використовує характеристику шкоди, яка спричинена відповідним діянням. Про це свідчить аналіз абсолютної більшості норм Особливої частини КК України.

Слід підкреслити, що практично всі країни колишнього соцтабору, створюючи сучасне кримінальне законодавство, відмовилися від “суспільної небезпеки” як ознаки злочину. Водночас окремі країни взагалі відмовилися від формулювання матеріальної ознаки злочину, визначаючи його виключно з формальних позицій як діяння, що заборонене кримінальним законом на час його вчинення (ст. 1 КК Республіки Польща 1997 р.; ст. 1 КК Республіки Чехія 2009 р.; ст. 2 КК Румунії 2004 р. та ін.). Це, зі свого боку, стосується країн, що увійшли до Європейського Союзу і змінили, відповідно до угоди про вступ, національне законодавство.

Аналіз ознак злочину, які використовуються у країнах континентального права, свідчить, що практично ніхто з них не використовує суспільну небезпечність як його ознаку, а визначає злочин на підставі формальної ознаки. Кримінальне законодавство англо-американської правової сім’ї взагалі не закріплює поняття злочину та його ознак. Це здійснюється у доктрині, яка характеризує його з точки зору діяння (лат. *actus reus*) (і являє собою матеріальну ознаку) та суб’єктивної сторони (лат. *mens rea*).

Це вкотре підкреслює, що розуміння злочину на підставі його характеристики як суспільно небезпечного діяння було застосовано радянською кримінально-правовою теорією виключно в інтересах охорони пануючого в країні суспільно-політичного ладу.

Ідеологія кримінально-правової політики повинна досліджуватися у парадигмальному вимірі:

- як система кримінально-правових ідей, поглядів, теорій, концепцій, які відбивають ідеологію окремих соціальних груп;
- як єдина структура, що покликана забезпечувати існування та розвиток громадянського суспільства в Україні;
- як елемент культури суспільства (соціокультурний аспект).

Ідеологія кримінально-правової політики фактично визначає (встановлює) межі дії кримінального закону, напрями криміналізації та декриміналізації.

На ідеологію кримінально-правової політики суттєвий вплив чинять процеси глобалізації, обраний Україною шлях на входження у європейське співтовариство. Це суттєво впливає на уніфікацію підходів до розуміння принципів кримінального права, злочинного і незлочинного,



кари та її меж тощо. З посиленням інтеграційних процесів цей вплив посилюватиметься, що знайде своє відображення і в ідеології кримінального права, і в кримінально-правовій політиці, і в чинному законодавстві.

Висновки. Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що розробка доктрини та концепції кримінально-правової політики України повинна відбуватися на основі розробленої та підтриманої більшістю населення країни кримінально-правової ідеології, яка відповідатиме етапу соціально-економічного розвитку суспільства та враховуватиме менталітет народу України.

## REFERENCES

### Bibliography

#### Authored books

1. Chalidze V, *Ugolovnaya Rossiya [Criminal Russia]* ("TERRA"–"TERRA" 1990) (in Russian).
2. Hryshchuk V, *Filosofsko-pravove rozuminnia vidpovidalnosti liudyny [Philosophical and Legal Understanding of Human Responsibility]* (2-he vyd, Khmelnytskyi un-t upravlinnia ta prava 2013) (in Ukrainian).
3. Kolomiets Yu, *Kryminalno-pravova ideolohiia: filosofsko-pravove doslidzhennia [Criminal Law Ideology: Philosophical and Legal Study]* (FOP Petrov O S 2019) (in Ukrainian).
4. Kuznetsov V ta Savchenko A, *Kryminalne pravo Ukrainy: pytannia ta zadachi dlia pidhotovky do vstupnykh, semestrovnykh ta derzhavnykh ekzameniv: navchalnyi posibnyk [Criminal Law of Ukraine: Questions and Tasks Preparing for Entrance, Semester and State Examinations: Study Guide]* (Tsentri uchbovoi literatury 2011) (in Ukrainian).
5. Lening Rihard, *Ob osnove i prirode prava [On the Basis and Nature of Law]* (Tipografiya A I Mamontova 1909) (in Russian).
6. Naumov A, *Prestuplenie i nakazanie v istorii Rossii [Crime and Punishment in the History of Russia]* (Yurlitinform 2014) t 2 (in Russian).
7. Nediukha M, *Pravova ideolohiia ukrainskoho suspilstva [Legal Ideology of Ukrainian Society]* (MP Lesia 2012) (in Ukrainian).
8. Voslenskiy N, *Nomenklatura [Nomenclature]* (Sovetskaya Rossiya 1991) (in Russian).

#### Edited books

9. Vasilev A (red), *Gosudarstvennaya ideologiya [State Ideology]* (Yurlitinform 2019) (in Russian).

#### Newspaper articles

10. Panov M, 'Pravova ideolohiia i reformy v Ukraini' ['Legal Ideology and Reforms in Ukraine'] *Yurydychnyi visnyk Ukrainy* (Kyiv, 26 Veresen – 2 Zhovten 2015) (in Ukrainian).
11. Sorokin V, 'Sudebnaya praktika kak istochnik prava. Za i protiv' ['Judicial Practice as a Source of Law. Pros and Cons'] (*Yuridicheskaya Rossiya*, 1 Yanvar 2008) <<http://www.law.edu.ru/article/article.asp?articleID=1115025>> (accessed: 13.01.2020) (in Russian).

Павло Фріс

*Websites*

12. 'Doktryna' ['Doctrine'] (*Wikipedia*) <<https://uk.wikipedia.org/wiki/Доктрина>> (accessed: 13.01.2020) (in Ukrainian).
13. 'Kontseptsiiia reformuvannia zakonodavstva pro publichni pravoporushennia' ['Concept of Reforming the Law on Public Offenses'] (*Lvivskyi forum kryminalnoi yustytzii*) <<http://www.lfcj.com.ua/ua/концепція-форуму/>> (accessed: 13.01.2020) (in Ukrainian).

Pavlo Fris

### CRIMINAL LAW IDEOLOGY AND CRIMINAL LAW POLICY

**ABSTRACT.** The situation with current criminal legislation of Ukraine which we are facing today could not be described otherwise than the crisis. Over 18 years, the number of changes and additions to the current Criminal Code of Ukraine has reached a critical mass. At the same time, it should be acknowledged that very often these changes and additions stem from the specific clan, political, and opportunistic interests, and are often ill-conceived; furthermore, along with being non-contributory to addressing the issues related to combating encroachments on the most essential public relations, goods and interests, on the contrary, they have a negative impact on this activity.

Unfortunately, over the years of existence of the independent Ukrainian State, no national idea has been created, generally, and no national ideology formed, despite the fact that in 1991 there was a change of the socio-economic formation which gave rise to this need. As a consequence, no national legal ideology, with criminal law ideology as its component, has been formed. For this reason, current criminal legislation of Ukraine retains the ideological buildups which were intrinsic to criminal law of the Ukrainian Soviet Socialist Republic and still largely rests upon the criminal law ideology dating back to the Soviet Union times.

All this is due to the fact that the modern national criminal law policy does not have as its basis the national criminal law ideology and the criminal law doctrine and concept.

The criminal law ideology, which is a component (element) of legal ideology in general, for its part, is an element of criminal law consciousness. It is a set of systematized and coordinated criminal law ideas, theories, concepts, provisions and principles which are characterized by mutual interrelated subordination and aim at forming a criminal legislation and its application practice which would be desirable for society (a separate social group), and at forming, within criminal law consciousness, of a positive assessment of the efforts taken by virtue of criminal-law to combat crime, as well as at formulating well-reasoned requirements for its improvement.

Criminal law ideology is a self-standing political and legal phenomenon which performs the function of setting the role and the boundaries of criminal law extension from the perspective of regulation of conduct of society members and their submission to the most essential and generally accepted rules of conduct, values, and interests.

The purpose of this article is to develop the approaches allowing to understand criminal law ideology, its place in the system of legal policy, as well as the concept and place of the criminal law doctrine in the structure of criminal law ideology, the concept of ideology of criminal law policy and the fundamental principles upon which the concept of criminal legislation of Ukraine is based.

**KEYWORDS:** criminal law consciousness; criminal law ideology; criminal law doctrine; ideology of criminal law policy; criminal law policy; criminal law ideal.



## Зоя Загиней-Заболотенко

докторка юридичних наук, доцентка,  
начальниця відділу підвищення кваліфікації прокурорів  
з питань запобігання корупції  
Інституту підвищення кваліфікації прокурорів  
Національної академії прокуратури України  
(Київ, Україна)  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8679-124X>  
trostuk@ukr.net

DOI: 10.33498/opus-2020-02-067

УДК 343.214

### НЕВИЗНАЧЕНІСТЬ VS ВИЗНАЧЕНІСТЬ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

**АНОТАЦІЯ.** Визначеність vs невизначеність кримінального закону України є важливою проблемою сьогодення. Одним із завдань оновлення кримінального законодавства України є з'ясування оптимального рівня визначеного та невизначеного контенту у тексті Кримінального кодексу України (КК України).

Метою статті є встановлення співвідношення невизначених і визначених формулювань у тексті КК України та обґрунтування того, які з них доцільно використовувати у ньому. Для досягнення цієї мети поставлено такі завдання: 1) охарактеризувати основні проблеми встановлення співвідношення між визначеним і невизначеним у тексті нормативно-правових актів у наукових підходах, зокрема й зарубіжної правової доктрини, а також у практиці Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ); 2) виокремити об'єктивні та суб'єктивні причини існування невизначених формулювань у тексті КК України, навести конкретні приклади невизначеного контенту у чинному КК України; 3) дослідити можливість існування невизначеного контенту у тексті КК України.

Основні наукові результати полягають у такому: погляди у зарубіжній правовій доктрині відносно співвідношення визначеного та невизначеного у законодавстві здебільшого полягають у розумному балансі між вказаним вище контентом; в окремих рішеннях ЄСПЛ міститься вказівка на пропорційність визначеного та невизначеного у будь-якому законі; встановлюючи співвідношення невизначеного та визначеного у тексті КК України, доцільно вести мову не про усунення, а про оптимізацію невизначеності; правова невизначеність кримінально-правових норм обумовлюється як об'єктивними, так і суб'єктивними причинами; виокремлено таку якісну характеристику кримінально-правових норм, як ступінь їхньої визначеності; до невизначеного контенту віднесено оцінні поняття, відкриті переліки, дискреційні повноваження органів держави у кримінально-правових відносинах, латентність тексту КК України, юридичні фікції, юридичні презумпції; досліджено, що невизначеність можуть породжувати й формалізовані положення КК України, наприклад, казуїстичні переліки.

**Ключові слова:** невизначеність; невизначений контент; визначеність; Кримінальний кодекс України; тлумачення; реалізація правових норм.

© Зоя Загиней-Заболотенко, 2020

Визначеність vs невизначеність кримінального закону України є важливою проблемою сьогодення. Відомий компаративіст Р. Давид акцентував увагу на тому, що рівновага між застосуванням норми у конкретному випадку та загальними принципами права 'необов'язково повинна бути однаковою в усіх галузях права: більша конкретизація бажана у такій галузі, як кримінальне право, де потрібно зменшити свавілля адміністрації'<sup>1</sup>. Такий підхід є цілком обґрунтованим, оскільки застосування кримінально-правових норм істотно обмежує права і свободи людей, породжує для них вкрай негативні наслідки.

У сучасний період оновлення кримінального законодавства України важливим вектором є встановлення оптимального рівня визначеного та невизначеного контенту у тексті Кримінального кодексу України (далі – КК України)<sup>2</sup>. Аналіз змін цього нормативно-правового акта дає змогу зробити попередній висновок, що прагнення законодавця вдосконалити його текст зумовлює не лише інфляцію кримінального законодавства України, а й хронічну невизначеність. Намагання знизити невизначеність КК України шляхом постійної його новелізації не досягає своєї мети, оскільки здебільшого характеризується хаотичністю та базується на хибній методологічній основі. Зважаючи на це, у процесі нормотворчості у галузі кримінального права України потрібно використовувати парадигмально нові підходи, які стосуються, зокрема, вирішення питання про цінність невизначеного контенту для кримінально-правового регулювання порядку суспільних відносин.

Метою дослідження є встановлення співвідношення невизначених і визначених формулювань у тексті КК України та обґрунтування того, які з них доцільно використовувати у ньому. Для досягнення окресленої мети було поставлено такі завдання: 1) охарактеризувати основні проблеми встановлення співвідношення між визначеним і невизначеним у тексті нормативно-правових актів у наукових підходах, зокрема й у зарубіжній правовій доктрині, а також у практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ); 2) виокремити об'єктивні та суб'єктивні причини існування невизначених формулювань у тексті КК України, навести конкретні приклади невизначеного контенту у документі; 3) дослідити можливість існування невизначеного контенту у тексті КК України.

Проблема невизначеності у КК України не була предметом самостійного наукового дослідження як у вітчизняних працях із теорії права, так і у кримінально-правовій доктрині. Відповідні питання розглядають-

<sup>1</sup> Р. Давид, К. Жоффре-Спинози, *Основные правовые системы современности* (Международные отношения 2009) 99.

<sup>2</sup> Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2341-14>> (дата звернення: 30.01.2020).

ся вченими-криміналістами здебільшого спорадично та субсидіарно: у контексті висвітлення різноманітних питань кримінально-правового спрямування. Серед дослідників, які висвітлювали проблему визначеного/невизначеного у тексті КК України, відзначимо науковий доробок П. Андрушка, Ю. Бауліна, П. Берзіна, О. Бойка, В. Борисова, Л. Брич, Н. Гуторової, О. Дудорова, А. Іванчина, О. Кваші, О. Книженко, М. Коржанського, С. Лихової, А. Музики, В. Навроцького, М. Панова, Ю. Пономаренка, В. Тація, П. Фріса, М. Хавронюка, С. Шапченка, М. Шаргородського, Н. Ярмиш та ін. У працях цих та інших учених невизначеність розглядається здебільшого як недолік тексту КК України. Однак вважаємо за доцільне переглянути відповідний науковий концепт і скоригувати негативне ставлення до невизначеного контенту у тексті КК України.

У межах нашої статті будемо використовувати такі поняття, як “невизначений контент” і “визначений контент” тексту КК України, які пропонуємо до вживання у поняттєвому апараті кримінально-правової науки. Слово “контент” означає ‘зміст будь-якого видання, телепередачі і т. ін.’<sup>3</sup>. Таким чином, визначений контент – це зміст кримінально-правових норм, що виражений у тексті КК України за допомогою точних та однозначних формулювань, а невизначений – за допомогою тих, що потребують додаткової конкретизації у процесі застосування.

Характеризуючи проблему визначеності/невизначеності у нормативно-правових актах, відзначимо, що європейська традиція нормотворення бере свій початок із того, що текст закону загалом повинен бути визначеним. Для цього правники виробили доктрину “нікчемності внаслідок невизначеності” (*void for vagueness*).

<...> Згідно з цією доктриною невизначеність нормативного акта, коли він викладений нечіткою, недостатньо зрозумілою мовою, зумовлює його нікчемність, що порушує вимоги про “належну правову процедуру” (*due process clause*). У зв’язку з відсутністю у законі зрозумілих та однозначно сформульованих вимог, зрозумілих кожному громадянину, на підставі яких можна було б передбачити наслідки вчинення або невчинення дій, вказана вище доктрина констатує неналежну правову процедуру<sup>4</sup>.

Водночас у зарубіжній правовій літературі превалювання визначеного контенту у нормативно-правових актах не є аксіоматичним. Здавна наукова полеміка була сконцентрована навколо доцільності використання для врегулювання порядку суспільних відносин таких юридич-

<sup>3</sup> ‘Контент’ (Словник української мови online) <<http://services.ulif.org.ua/expl/Entry/index?wordid=193469&page=1381>> (дата звернення: 03.02.2020).

<sup>4</sup> А Султанов, ‘Правовая определенность – часть должной правовой процедуры или как в закон об экстремизме правовую определенность вводили’ (2015) 1 Адвокат 6.

них форм, як норм-приписів, які точно визначають правила поведінки суб'єктів (“*bright line rule*”) та загальних стандартів, що потребують додаткової конкретизації у процесі правозастосування (“*flexible standard*”)<sup>5</sup>. Відповідні юридичні форми умовно можна зіставити з визначеним і невизначеним контентом у кримінально-правовому регулюванні. Прихильники кожної із цих юридичних форм наводять аргументи на користь доцільності використання у нормативних текстах однієї з них. Так, позитивними властивостями норм-приписів зарубіжні правознавці називають, зокрема, ‘передбачуваність правових результатів, прогнозованість результатів оцінки у межах норм права, зниження рівня судових помилок, попередження адміністративного свавілля’<sup>6</sup>. Окрім того, як вказують правознавці, ‘під час правозастосування норми-приписи потребують менше зусиль на інтерпретацію та юридичне консультування порівняно зі стандартами’<sup>7</sup>. Науковці, на думку яких мають превалювати, власне, стандарти, а не норми-приписи, відзначають, що ‘відкрита структура стандартів дає змогу швидко модифікувати їхній нормативний зміст, формально не змінюючи текстуальну “оболонку” стандарту’<sup>8</sup>. Водночас, як зазначають зарубіжні науковці, жодна з цих юридичних форм не має однозначної переваги порівняно з іншою.

Доктрина “нікчемності внаслідок невизначеності” схожа до розуміння правової визначеності закону у правових позиціях ЄСПЛ, яка є складовою принципу верховенства права. У цих рішеннях правова визначеність здебільшого розуміється як стабільність судових рішень, які набрали законної сили (*res judicata*) (наприклад, рішення у справах “Пономарьов проти України”<sup>9</sup>, “Рябих проти Росії”<sup>10</sup>). Однак у практиці ЄСПЛ правова визначеність розуміється і як: ‘включення у поняття “передбачено законом” не лише писаного права (норми писаних законів), а й неписаного права (прийнятих у суспільстві моральних правил та засад)’<sup>11</sup>; ‘чіткість писаного та неписаного права, що б дало змогу громадянину, якщо виникне потреба, передбачати повною мірою наслідки, що може спричинити певна дія (правило чіткості та передбачуваності закону)’<sup>12</sup>; ‘забо-

<sup>5</sup> P Schlag, ‘Rules and Standards’ [1985] 33(2) *Ucla Law Review* 379–430.

<sup>6</sup> R Cass Sunstein, ‘Problems with Rules’ (1995) 83 *California Law Review* 953, 974–5.

<sup>7</sup> L Kaplow, ‘Rules Versus Standards’ (1992) 42 *An Economic Analysis, Duke Law Journal* 569.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> Пономарьов проти України: рішення Європейського суду з прав людини від 3 квітня 2008 р. <[http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974\\_434](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_434)> (дата звернення: 30.01.2020).

<sup>10</sup> Рябих проти Росії: рішення Європейського суду з прав людини від 21 лютого 2002 р. <[http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980\\_172](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_172)> (дата звернення: 30.01.2020).

<sup>11</sup> “Санді Таймс” проти Об’єднаного Королівства: рішення Європейського суду з прав людини від 6 листопада 1980 р. <[http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980\\_164](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_164)> (дата звернення: 30.01.2020).

<sup>12</sup> Стіл та інші проти Сполученого Королівства: рішення Європейського суду з прав людини від 23 вересня 1998 р. <[http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980\\_106](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_106)> (дата звернення: 03.01.2020); Круслен проти Франції: рішення Європейського суду з прав людини від 24 квітня 1998 р. <<http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=432>> (дата звернення: 30.01.2020).

рона ретроспективного застосування кримінального законодавства на шкоду обвинуваченому<sup>13</sup>. В останньому випадку втілюється принцип *nullum crime nulla poena sine lege*, відповідно до якого злочинність і караність діяння повинні визначатися лише законом, а кримінальне право не повинно надмірно тлумачитися на шкоду обвинуваченому. Водночас ЄСПЛ вказує, що хоча визначеність у законі надзвичайно бажана, забезпечення її може призвести до надмірної ригідності, тоді як закон не повинен відставати від обставин, що змінюються<sup>14</sup>. Таким чином, у рішеннях ЄСПЛ фактично містяться вказівки на пропорційності визначеного та невизначеного контенту у будь-якому законі, зокрема й у КК України.

Тож як у зарубіжній правовій доктрині, так і в практиці ЄСПЛ не надається перевага жодній із юридичних форм, визначеному чи невизначеному контенту. Вирішення питання про конкретну форму законодавчого конструювання залежить насамперед від особливостей конкретної галузі права, у межах якої воно здійснюється. У тих галузях права, що мають публічно-імперативний характер, до яких належить і кримінальне право України, конкретизація правових приписів, а отже, визначеність відповідних нормативних положень, повинна дотримуватися більшою мірою, аніж у приватно-диспозитивних галузях права. Так, в учасників кримінально-правових відносин зазвичай має місце своєрідна напружена конфліктність, що обумовлена, зокрема, їхніми різними інтересами. Такі діаметрально протилежні інтереси учасників правовідносин зумовлюють різний результат тлумачення кримінально-правових норм. Однією з причин відповідного стану є наявність у тексті КК України “зон невизначеності”, які будуть використовуватися відповідним учасником кримінально-правових відносин для отримання того результату тлумачення, який буде збігатися з його інтересом у вирішенні цих відносин.

Насамперед відзначимо, що визначеність кримінально-правових норм, на нашу думку, є основою їх адекватного тлумачення та реалізації. Подолання надмірної невизначеності та суперечливості кримінального законодавства України є тією проблемою, на подолання якої мають бути спрямовані зусилля науковців, законодавця і практиків. Досягнення абсолютної визначеності тексту КК України є ідеалом, до якого слід прагнути, однак цей ідеал є недосяжним. Вважаємо, що у цьому контексті доцільно вести мову не про усунення невизначеності з тексту цього Кодексу, а про його оптимізацію. Як вдало відзначає Г.-Л. А. Харт, ‘якими б не були норми, у конкретних ситуаціях вони будуть мати відкриту текстуру (*open*

<sup>13</sup> Пухк проти Естонії: рішення Європейського суду з прав людини від 10 лютого 2004 р. <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61628>> (дата звернення: 30.01.2020).

<sup>14</sup> Гешмен і Герруп проти Сполученого Королівства: рішення Європейського суду з прав людини від 10 лютого 2004 р. <[http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/SO0564.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO0564.html)> (дата звернення: 30.01.2020).

*texture of law*)<sup>15</sup>. Німецький теоретик права Р. Алексі виокремлює “зони невизначеності” позитивного права, які тією чи іншою мірою існують у кожній правовій системі<sup>16</sup>. Створити ідеальний закон, який був би визначеним і бездоганим – це певним чином утопічна мета, а намагання створити саме такий КК України приречені на невдачу. Американський правник Дж. Крісті вважає:

<...> мовна невизначеність дозволяє праву виконувати свою соціальну функцію. Використання у праві загальних понять із відкритою змістовною текстурою (*general terms with an open textured meaning*) імовірніше за все є необхідністю. При цьому невизначеність є незамінним інструментом для досягнення зрозумілості та точності в юридичній мові. Невизначеність юридичної мови наділяє всі нормативні методи соціального контролю гнучкістю, без якої людині доведеться робити вибір між повною відсутністю правового регулювання та неможливістю виконати завдання ретельної деталізації того, що може бути, а що не допускається<sup>17</sup>.

Правова невизначеність кримінально-правових норм обумовлюється як об’єктивними, так і суб’єктивними причинами. Об’єктивні причини детерміновані формою побудови норм права у романо-германській правовій системі, до якої належить і правова система України. Адже норми права у цій системі мають загальний характер, є моделлю поведінки людини, яка заборонена під загрозою кримінального покарання або застосування інших заходів кримінально-правового характеру. Норма права завжди розрахована на невизначене коло випадків та суб’єктів (*non possunt omnes articuli singillatim aut legibus comprehendendi* – не можна охопити законами всі часткові випадки). Саме така абстрактність правових норм, як відзначається у теорії права, є надбанням сучасного нормотворення. Тому й дихотомія конкретного та абстрактного, своєрідна невизначеність іманентно закладена у самій правовій природі кримінально-правових норм. Порівнюючи ті чи інші норми на предмет невизначеності, не можна, на нашу думку, використовувати абсолютні характеристики (визначений/невизначений). Доцільно виокремлювати ступінь визначеності та характеризувати ступінь визначеності тієї чи іншої кримінально-правової норми (наприклад, низький, середній і високий).

<sup>15</sup> H L A Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press 1997) 128.

<sup>16</sup> Р. Алексі, *Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму)* (Инфотропик Медиа 2011) 87.

<sup>17</sup> G Christie, ‘Vagueness and Legal Language’ (1964) 48 *Minnesota Law Review* 885, 890, 911.



Текст КК України є своєрідним ‘знаковим виразом правових смислів’<sup>18</sup>, ‘знаковим феноменом’<sup>19</sup>, символічною системою, яка підлягає розкодуванню, з’ясуванню нормативного змісту кримінально-правових приписів. Знакова природа тексту КК України породжує необхідність здійснення зворотного перекладу, розшифрування тексту КК України. Для цього ‘потрібно знати шифр або код, яким у цьому разі є законодавчо-технічний інструментарій’<sup>20</sup>. Сам процес розкодування інформації відбувається крізь суб’єктивне сприйняття адресата законодавчої інформації, що призводить до виникнення різних результатів тлумачення кримінально-правових норм. Окрім того, на момент норми відповідні проблеми можуть лише прогнозуватися (у найкращому випадку). Та життя завжди багатше від типової законодавчої моделі, а тому навіть визначені формулювання можуть зумовлювати неоднозначні підходи у судовій практиці та різні результати тлумачення учасниками кримінально-правових відносин, про що йшлося вище. Наприклад, ідеться про те, кого слід розуміти під поняттям “потерпілий”, яке вживається у ст. 46 КК України: безпосередню жертву злочинного посягання або учасника кримінального провадження, зокрема й близьких родичів особи, яка загинула внаслідок злочину. Вирішення відповідних питань було здійснено у правовому висновку Великої Палати Верховного Суду у справі від 16 січня 2019 р. № 439/397/17, відповідно до якого, зокрема,

У випадку заподіяння кримінальним правопорушенням шкоди у вигляді смерті потерпілого звільнення від кримінальної відповідальності у зв’язку з примиренням винного з потерпілим (ст. 46 КК України) неможливе<sup>21</sup>.

Невизначеність, як не дивно, може бути наслідком використання законодавцем не лише понять із відкритим змістом, а й казуїстичних переліків як у самому тексті КК України, так і у тих нормативно-правових актах, до яких відсилають бланкетні диспозиції статей Особливої частини КК України. Ризик невизначеності у разі використання казуїстичних переліків обумовлений тим, що законодавець на етапі створення правової норми не може охопити все коло предметів, що включаються у зміст відповідного поняття. За вдалим висловом американського правника Ф. Шауера, ‘найбільш точні правила завжди потенційно неточні, що обу-

<sup>18</sup> И Грязин, *Текст права (Опыт методологического анализа конкурирующих теорий)* (Ээсти раамат 1983) 19.

<sup>19</sup> Т Губаева, *Словесность в юриспруденции* (Казанский государственный университет 1995) 78.

<sup>20</sup> А Иванчин, *Законодательная техника и ее роль в российском уголовном правотворчестве* (Юрлитинформ 2011) 65.

<sup>21</sup> Постанова Великої палати Верховного суду від 16 січня 2019 р. у справі № 439/397/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79298600>> (дата звернення: 30.01.2020).

мовлено нашим недосконалим знанням про світ та нашими обмеженими здібностями передбачати майбутнє<sup>22</sup>. Один із таких випадків невизначеності був описаний нами спільно з О. Квашею у науковій публікації<sup>23</sup> та стосувався казуїстичного переліку осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, передбачених у ст. 3 Закону України “Про запобігання корупції”, які виступають суб’єктами декларування недостовірної інформації (ст. 366<sup>1</sup> КК України) та незаконного збагачення (ст. 368<sup>2</sup> КК України)<sup>24</sup>.

Ще одним прикладом невизначеності у тексті КК України є казуїстичний перелік корупційних злочинів (примітка ст. 45). Окремі з них не відповідають дефініції поняття “корупція”, що закріплене у ст. 1 Закону України “Про запобігання корупції”<sup>25</sup>. Ідеться, зокрема, про склад злочину, передбачений у ст. 366<sup>1</sup> “Декларування недостовірної інформації” КК України. Він став корупційним у процесі поточної нормотворчості<sup>26</sup>. Згідно з Законом України “Про запобігання корупції” будь-які порушення вимог фінансового контролю (зокрема й ті, що досягають “порогу” кримінальної відповідальності) ідентифіковані законодавцем як правопорушення, пов’язані з корупцією, які, як відомо, не містять ознак корупції, тоді як корупційні правопорушення повинні відповідати базовому поняттю “корупція”, що закріплене у цьому Законі<sup>27</sup>. На практиці це може зумовити питання про можливість звільнення особи від кримінальної відповідальності (наприклад, у зв’язку з дійовим каяттям) у разі вчинення нею злочину, передбаченого у ст. 366<sup>1</sup> КК України. Враховуючи імперативне віднесення цього злочину до корупційних, таке звільнення від кримінальної відповідальності неможливе. Однак через хибне включення до переліку корупційних злочинів декларування недостовірної інформації (ст. 366<sup>1</sup> КК України) крізь призму принципів кримінального права України, практику ЄСПЛ відповідне питання має бути вирішено позитивно. І саме другий шлях у відповідній ситуації, на наше переконання, є найбільш прийнятним.

<sup>22</sup> F Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* (Oxford 1993) 36.

<sup>23</sup> З Загиней та О Кваша, ‘Щодо імунітету від кримінального переслідування за незаконне збагачення окремих високопосадовців’ (2018) 11 Бюлетень Міністерства юстиції України 34–40.

<sup>24</sup> На момент написання цієї статті ст. 368<sup>2</sup> КК України визнана Конституційним Судом неконституційною (Див.: Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України у справі № 1-135/2018(5846/17) від 29 лютого 2019 р. <<http://www.ccu.gov.ua/docs/2627>> (дата звернення: 30.01.2020).

<sup>25</sup> Про запобігання корупції: Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18>> (дата звернення: 30.01.2020).

<sup>26</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення ефективності інституційного механізму запобігання корупції: Закон України від 2 жовтня 2019 р. № 140-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/140-20#n23>> (дата звернення 30.01.2020).

<sup>27</sup> Про запобігання корупції: Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18>> (дата звернення: 30.01.2020).

Правова невизначеність КК України може бути обумовлена й неможливістю охопити нормою всі аспекти кримінально-правових відносин, оскільки “на старті” неможливо вирахувати, яким чином ці відносини будуть розвиватися. Лише з плином часу проблемні місця правової норми стають надбанням науковців і практиків. Водночас оперативно відреагувати та внести потрібні зміни у КК України з тих чи інших причин буває досить складно. Прикладом невдалої заміни невизначеного контенту на визначений є зміна підходів у КК України відносно тлумачення понять “істотна шкода” та “тяжкі наслідки” у складах злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов’язаної з наданням публічних послуг (примітка ст. 364 КК України). Здавалося б, визначеність відповідних понять має сприяти належному кримінально-правовому реагуванню на факти вчинення тих злочинів, яких відповідні дефініції стосуються. Водночас, як убачається з ситуації, що склалася сьогодні, визначеність у цьому випадку стоїть на заваді адекватному застосуванню кримінального закону України. виправити цю ситуацію щодо окремих складів злочинів намагався Верховний Суд у межах повноважень, визначених Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК України)<sup>28</sup>. Зокрема, йдеться про можливість передачі кримінального провадження на розгляд Великої Палати Верховного Суду, якщо ‘справа містить виключну правову проблему і така передача необхідна для забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовної практики’ (ч. 5 ст. 434<sup>1</sup> КПК України)<sup>29</sup>. Як це не дивно звучить, визначений контент у вказаному вище випадку був відкоригований у правовій позиції Великої Палати Верховного Суду у справі від 5 грудня 2018 р. № 301/2178/13-к<sup>30</sup>.

Правова невизначеність кримінально-правових норм, що зумовлена об’єктивними причинами, може бути викликана й прогалинами у сфері правового регулювання у випадку бланкетного способу конструювання диспозицій статей Особливої частини КК України. Регулювання відповідного порядку суспільних відносин нормами інших галузей права може бути неповним, що зумовлює фактичну невизначеність кримінально-правових норм. Наприклад, за порушення вимог фінансового контролю, як зазначалося вище, передбачена й кримінальна відповідальність (ст. 366<sup>1</sup> КК України). Водночас у Законі України “Про запобігання корупції” не встановлені альтернативні способи подачі декларації особи,

<sup>28</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI <<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>> (дата звернення: 03.01.2020).

<sup>29</sup> Там само.

<sup>30</sup> Постанова Великої палати Верховного суду від 5 грудня 2018 р. у справі № 301/2178/13-к <[http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78426368?fbclid=IwAR04\\_tmy\\_GUqBeFliPxLhV1vMIMoocY-Gbzm-7s2zorMSrO4pgPZQxqR7YY](http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78426368?fbclid=IwAR04_tmy_GUqBeFliPxLhV1vMIMoocY-Gbzm-7s2zorMSrO4pgPZQxqR7YY)> (дата звернення: 03.01.2020).

уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, окрім як в електронному вигляді на офіційному вебсайті Національного агентства з питань запобігання корупції (далі – НАЗК). Як відомо, інформація, що вказується у такій декларації, містить низку ідентифікаторів, від яких особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, можуть відмовлятися з тих чи інших міркувань, зокрема, з релігійних. Сьогодні в Україні існує два діаметрально протилежних рішення об'єктивно подібних ситуацій, коли особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, не подає електронну декларацію НАЗК, як це нині передбачено в Законі України “Про запобігання корупції”, а надсилає цьому агентству відповідну декларацію у паперовому вигляді. Версія кваліфікації у цьому випадку стосується того, чи містить діяння функціонера умисне неподання електронної декларації (ст. 366<sup>1</sup> КК України). Вищий антикорупційний суд визнав винуватою у вчиненні злочину, передбаченого у ст. 366<sup>1</sup> КК України, екссуддю Апеляційного суду Дніпропетровської області, яка відмовилася подавати електронну декларацію, однак надіслала її у паперовому вигляді до НАЗК, мотивуючи це тим, що законодавство України у сфері персональних даних надає можливість вилучати, знеособлювати, використовувати третім особам персональні дані людини<sup>31</sup>. Тоді як згідно з постановою Верховного Суду у складі Другої судової палати Касаційного кримінального суду від 28 січня 2020 р. схожа ситуація, за якої особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, подала декларацію у паперовому, а не в електронному вигляді, але з релігійних міркувань, була оцінена як така, що не містить складу злочину, передбаченого у ст. 366<sup>1</sup> КК України<sup>32</sup>. Останнє рішення сьогодні викликає невдоволення у громадськості<sup>33</sup>, хоча, на нашу думку, саме воно є таким, що відповідає букві та духу закону. Наведемо на підтримку цього рішення два основні аргументи. По-перше, у ст. 366<sup>1</sup> КК України встановлена відповідальність за умисне неподання електронної декларації, тоді як і в першому, і в другому випадку, що наводилися вище, функціонерки порушили порядок її подання (подали декларацію не в електронному, а в паперовому вигляді). Така поведінка, на нашу думку, може оцінюватись як дисциплінарний проступок, однак у жодному разі не як злочин. По-друге, у діяннях осіб, уповноважених

<sup>31</sup> Вирок Вищого антикорупційного суду України від 30 жовтня 2019 р. у справі № 760/4297/18 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/86528248>> (дата звернення: 30.01.2020).

<sup>32</sup> Постанова Верховного Суду у складі Другої судової палати Касаційного кримінального суду від 28 січня 2020 р. у справі № 705/2583/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/87365886>> (дата звернення: 30.01.2020).

<sup>33</sup> ‘Верховний Суд поставив під загрозу декларування’ (Центр протидії корупції – сторінка у facebook) <<https://www.facebook.com/antac.ua/photos/a.218043741627757/2656898681075572/?type=3&theater>> (дата звернення: 10.02.2020).

на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, відсутня суб'єктивна сторона складу злочину. Адже для цього складу злочину є обов'язковим встановлення прямого умислу особи. Однак у ситуаціях, що розглядаються, функціонерки не бажали не подавати декларацію, однак зробили це у спосіб, не передбачений антикорупційним законодавством України. Аргументацію останнього підходу можна розширити.

Невизначений контент може з'являтися у тексті КК України з урахуванням і суб'єктивних причин. Відповідні причини обумовлені тим, що *errare humanum est* – людині властиво помилятися. Як вбачається, законодавчі помилки у тексті КК України – поширене явище, яке зумовлене насамперед фактичною відсутністю в Україні концепції кримінально-правової боротьби зі злочинністю, нехтуванням законодавцем загальноновизнаними правилами нормотворчої техніки, невдалим використанням її засобів і прийомів. Не слід забувати й про те, що причиною невизначеності у КК України є не лише законодавчі помилки, а й умисне лобювання таких норм, які вже на етапі прийняття приречені на фіаско. Наприклад, вже кілька років в Україні обговорюється проблема кримінальної відповідальності “зłodіїв у законі”. Останній законопроект (реєстраційний № 2513), яким пропонується змінити як чинні статті КК України (зокрема, ст. 255), так і передбачити відповідальність за нові склади злочинів (встановлення, посилення та поширення у суспільстві злочинного впливу – ст. 255<sup>1</sup>, організація, сприяння у проведенні або участь у злочинному зібранні (сходці) – ст. 255<sup>2</sup>, звернення до особи, яка здійснює злочинний вплив, – ст. 255<sup>3</sup>) вочевидь стосується спорадичних випадків і містить низку істотних недоліків. Окремі з них зумовлені невизначеністю контенту, який пропонується до включення у КК України. Наприклад, поняття “злочинний вплив” та “особа, яка перебуває у статусі суб'єкта підвищеного злочинного впливу”, що є ключовими для цього законопроекту, сформульовані з використанням оцінної лексики. Наприклад, відповідні поняття визначаються через такі поняття, як “авторитет”, “інші особисті якості чи можливості”<sup>34</sup>, що не сприятиме у майбутньому належному застосуванню відповідних норм на практиці.

До невизначеного контенту у КК України можна відносити оцінні поняття, відкриті переліки, дискреційні повноваження органів держави у кримінально-правових відносинах, латентність тексту КК України, юридичні фікції, юридичні презумпції. Ці елементи невизначеності до-

<sup>34</sup> Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за злочини, вчинені злочинною спільнотою: проект Закону України від 2 грудня 2019 р. (реєстраційний № 2513) до другого читання <[http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=67506](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67506)> (дата звернення: 30.01.2020).

сліджувалися у наших попередніх працях<sup>35</sup>, тому їм увага у цій статті не приділятиметься.

Висновки. Таким чином, невизначеність у тексті КК України може проявлятися двоюко. По-перше, йдеться про своєрідний дефект правового регулювання, який підлягає усуненню. По-друге, 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. Основне завдання – це відшукати оптимальний баланс між формалізацією КК України, що забезпечує його стабільність, і гнучкістю кримінально-правового припису, що зумовлює динамічний розвиток цього Кодексу.

На нашу думку, невизначений контент потребує “реабілітації”. У випадку вмілого використання невизначених формулювань може бути подоланий зайвий формалізм і консервативність кримінального закону України, враховуючи індивідуальні особливості кримінального провадження. Наявність невизначеного контенту дає змогу забезпечити, з одного боку, стислість, компактність тексту КК України, а з другого – повноту регламентації кримінально-правових відносин. Тому й стратегічним напрямом у сучасних умовах є не вилучення невизначеного із тексту КК України, а відшукування шляхів оптимального співвідношення формалізованого та оцінного у ньому.

## REFERENCES

### Bibliography

#### Authored books

1. Hart, H. L. A. *The Concept of Law* (Oxford University Press 1997) (in English).
2. Schauer F, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning* (Harvard University Press 2009) (in English).
3. Aleksey R, *Poniatye y deistvytelnost prava (otvet yurydycheskomu pozytyvyzmu) [The Concept and Validity of Law (A Response to Legal Positivism)]* (Ynfotropyk Medya 2011) (in Russian).
4. Hriazyn Y, *Tekst prava (Opyt metodolohycheskoho analiza konkuryruuiushchykh teoryi) [Law Text (An Experience of Methodological Analysis of Competing Theories)]* (Eesty raamat 1983) (in Russian).
5. Hubaeva T, *Slovesnost v yurysprudentsyy [Words in Jurisprudence]* (Kazanskyi hosudarstvennyi unyversytet 1995) (in Russian).

<sup>35</sup> З Загинеї, *Кримінально-правова герменевтика* (АртЕк 2015) 380; З Загинеї, ‘Герменевтика кримінального закону України’ (дис д-ра юрид наук, 2016) 636.

6. Yvanchyn A, *Zakonodatelnaia tekhnika y ee rol v rossiiskom uholovnom pravotvorchestve [Legislative Technique and Its Role in Russian Criminal Law-Making]* (Yurlytynform 2011) (in Russian).
7. Zahynei Z, *Kryminalno-pravova hermenevtyka [Criminal Law Hermeneutics]* (ArtEk 2015) (in Ukrainian).

*Translated books*

8. David R i Zhoffre-Spinozi K, *Osnovnye pravovye sistemy sovremennosti [Main Legal Systems of Our Time]* (Tumanov V per s fr, Mezhdunarodnye otnoshenija 2009) (in Russian).

*Journal articles*

9. Cass R. Sunstein, 'Problems with Rules' (1995) 83 California Law Review 1026 (in English).
10. Christie G, 'Vagueness and Legal Language' (1964) 48 Minnesota Law Review 885–911 (in English).
11. Kaplow L, 'Rules Versus Standards' (1992) 42 An Economic Analysis, Duke Law Journal 557–629 (in English).
12. Schlag P, 'Rules and Standards' [1985] 33(2) Ucla Law Review 379–430 (in English).
13. Sultanov A, 'Pravovaia opredelennost – chast dolzhnoi pravovoi protsedury yly kak v zakon ob ekstremizme pravovuiu opredelennost vvodyly' ['Legal Certainty – Part of Due Process or How Legal Certainty Was Introduced Into the Law on Extremism'] (2015) 1 Advokat 5–17 (in Russian).
14. Zahynei Z ta Kvasha O, 'Shchodo imunitetu vid kryminalnogo peresliduvannia za nezakonne zbahachennia okremykh vysokoposadovtsiv' ['Regarding Immunity from Criminal Prosecution for Illegal Enrichment of Certain Top Officials'] (2018) 11 Biuletyn Ministerstva yustytzii Ukrainy 34–40 (in Ukrainian).

*Dissertations*

15. Zahynei Z, 'Hermenevtyka kryminalnogo zakonu Ukrainy' ['Hermeneutics of Criminal Law of Ukraine'] (dys d-ra yuryd nauk, 2016) (in Ukrainian).

*Websites*

16. 'Verkhovnyi Sud postavyy pid zahrozu deklaruvannia' ['Supreme Court Jeopardizes Declaration'] (*Tsentr protydiv koruptsii – storinka u facebook*) <<https://www.facebook.com/antac.ua/photos/a.218043741627757/2656898681075572/?type=3&theater>> (accessed: 10.02.2020) (in Ukrainian).
17. 'Kontent' ['Content'] (*Slovyk ukrainskoi movy online*) <<http://services.ulif.org.ua/expl/Entry/index?wordid=193469&page=1381>> (accessed: 03.02.2020) (in Ukrainian).

Zoia Zahynei-Zabolotenko

UNCERTAINTY VS CERTAINTY OF CRIMINAL LEGISLATION  
OF UKRAINE

ABSTRACT. Certainty vs uncertainty of criminal law is a topical issue of our time. One of the tasks targeted at updating criminal legislation of Ukraine is to ascertain the optimal level of certain and uncertain content in the text of the Criminal Code of Ukraine (CC of Ukraine).

Зоя Загінєй-Заболотєнко

This article aims at establishing the correlation of uncertain and certain formulations in the text of CC of Ukraine and at justifying which of them should be used in it. To achieve this goal, the following tasks are set: 1) to describe major difficulties of defining the correlation between the certain and the uncertain in the text of statutory acts in scientific approaches, including foreign legal doctrine, as well as in the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR); 2) to single out objective and subjective reasons leading to uncertain wording which is present in the text of CC of Ukraine, and to give specific examples of uncertain content in the current CC of Ukraine; 3) to investigate possible presence of uncertain content in the text of CC of Ukraine.

The basic scientific results are as follows: current viewpoints in the foreign legal doctrine about the correlation of the certain and the uncertain in legislation are mostly focused on a reasonable balance between the above content; some ECtHR judgments contain a reference to the proportionality of the certain and the uncertain in any law; when defining the correlation of the uncertain and the certain in the text of CC of Ukraine, it would be advisable to concentrate on optimization of uncertainty rather than on eliminating it; legal uncertainty of criminal law provisions is underlain by objective as well as subjective reasons; the author has singled out the degree of certainty as a qualitative characteristic of criminal law provisions; evaluative concepts, open lists, discretionary powers of public authorities in criminal law relations, latency of the text of CC of Ukraine, legal fictions, and legal presumptions are regarded as uncertain content; the author also shows that even formalized provisions of CC of Ukraine may generate uncertainty, for example, casuistic lists.

KEYWORDS: uncertainty; uncertain content; certainty; the Criminal Code of Ukraine; interpretation; application of legal provisions.





## Вячеслав Навроцький

доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент НАПрН України,  
професор кафедри кримінального права та кримінології  
Львівського державного університету внутрішніх справ,  
професор кафедри теорії права та прав людини  
Українського католицького університету  
(Львів, Україна)  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4276-037X>  
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/D-6589-2019-navrotskiy.vo.@gmail.com>

DOI: 10.33498/opus-2020-02-081

УДК 343.2:343.3

### НАСКРІЗНІ ТА ВІДОСОБЛЕНІ ПОНЯТТЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

АНОТАЦІЯ. Єдність термінології є одним із вагомих критеріїв якості закону, запорукою правильної правозастосовної практики, передумовою забезпечення верховенства права та панування законності. У цьому аспекті в чинному Кримінальному кодексі України, з одного боку, є багато вдалих рішень, коли дотримуються правила, згідно з яким одним терміном позначаються однакові поняття (і такі поняття та терміни пропонуються називати наскрізними), а з другого – численні недолугості, коли цього правила не дотримуються й однаковими термінами позначають різні за змістом та обсягом поняття (які пропонуються називати відособленими).

Метою статті є аналіз того, чому в українському кримінальному праві виникає ситуація, за якої порушується вимога однакості термінології, що є причиною такого явища та показ на реальних прикладах того, як до його існування прикладається законодавство, правозастосовна практика та теорія кримінального права України. Вивчення проблеми має призвести до формулювання конкретних пропозицій щодо забезпечення термінологічної єдності у кримінальному праві.

Відзначається позитивна роль наскрізних кримінально-правових понять і вказується на їхні функції у кримінальному праві. Такі поняття, зокрема, підтверджують тяглість (наступність, послідовність, неперервність) законодавства, правозастосовної практики, теорії кримінального права; свідчать про стабільність правової системи; є показником якості законодавства; демонструють системність кримінального законодавства, є передумовою систематичного тлумачення кримінального закону; забезпечують правову визначеність у правозастосуванні; спрощують вивчення кримінального права.

Констатується недолугість ситуації, коли правила, відповідно до яких однакові поняття позначають однаковими термінами, не дотримуються та виникають відособлені кримінально-правові поняття. Вказується на її відмінність від тієї, яка виникає при формуванні так званих автономних понять у практиці Європейського суду з прав людини. Звертається увага на те, що про існування відособлених понять можна говорити лише в контексті їхнього порівняння з наскрізними.

Зроблено висновок, що відособленими поняття можуть стати принаймні з трьох підстав: 1) унаслідок дій законодавця; 2) через позицію практики; 3) як результат

© Вячеслав Навроцький, 2020

Вячеслав Навроцький

теоретичних досліджень. Так чи інакше – це наслідок волюнтаризму та неналежного врахування значення відповідних наскрізних понять, що підтверджується аналізом конкретних прикладів.

Сформульовані пропозиції, спрямовані на недопущення появи відособлених понять у кримінальному праві України, зокрема, шляхом створення словника, лише з використанням якого мають формуватися статті кримінального закону.

Ключові слова: кримінальне право; термінологія; понятійний апарат; наскрізний; відособлений.

Аксіоматичним є визнання того, що єдність термінології – один із вагомих критеріїв якості закону, запорука правильної правозастосовної практики і загалом передумова забезпечення верховенства права та панування законності. Не викликає сумніву особливе значення забезпечення єдності термінології у кримінально-правовій сфері. Водночас доводиться констатувати, що у цьому аспекті в чинному Кримінальному кодексі України (далі – КК України)<sup>1</sup>, з одного боку, є багато вдалих рішень, а з другого – численні недолугості. У міру внесення змін і доповнень до КК України кількість порушень “термінологічної дисципліни” все збільшується і збільшується, законодавчі новели все частіше є виявами термінологічного хаосу. У такий спосіб породжуються не лише теоретичні дискусії, а й численні правозастосовні помилки, кримінальне право стає малозрозумілим як для пересічних громадян, так і для тих, хто його аналізує на професійному рівні.

Невипадково питання термінології неодноразово ставали предметом уваги в публікаціях українських учених. Різні аспекти цієї проблеми висвітлювали П. Андрушко, Ю. Баулін, В. Борисов, Л. Брич, С. Денисов, О. Дудоров, О. Костенко, А. Музика, Ю. Пономаренко, В. Тацій, М. Хавронюк, П. Фріс та ін. Чи не найбільших здобутків у цьому напрямі досягли М. Панов<sup>2</sup> та З. Загинеї (Тростюк)<sup>3</sup>, публікації яких стали помітним явищем у дослідженні термінологічних і понятійних проблем українського кримінального права.

<sup>1</sup> Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2341-14>> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>2</sup> Цьому авторові належать численні публікації різних років із вказаної проблеми. Зараз вони зосереджені у виданні: М. Панов, *Проблеми методології науки кримінального права: вибрані наукові праці* (Анісімов Г та Гальцова В уклад, Право 2018). Зокрема: ‘Проблеми формування методології понятійного апарата юридической науки’ (с. 16–39); ‘О соотношении взаимосвязи понятийных аппаратов юридических наук’ (с. 40–44); ‘Понятийный аппарат кримінального права’ (с. 162–167); ‘Понятийные аппараты наук кримінального цикла: соотношение и взаимосвязь’ (с. 168–177); ‘О точности норм уголовного права и совершенствовании законодательной техники’ (с. 216–223). Див. також: М. Панов, *Понятийный аппарат кримінального права та його наукове і практичне значення* (Національний юридичний університет імені Я. Мудрого 2018).

<sup>3</sup> З. Тростюк, *Понятийный аппарат Особливой частины Кримінального кодексу України* (Атіка 2003); З. Загинеї, *Кримінально-правова герменевтика* (АртЕк 2015).

Зусиллями вітчизняних дослідників досягнуто значних успіхів у теоретичному розробленні термінологічних проблем. Зокрема, сформульовані вимоги до понятійного апарату кримінального закону, обґрунтовано значення матеріалів правозастосовної практики для встановлення змісту окремих понять, визначена роль законодавчих дефініцій для забезпечення з'ясування змісту кримінально-правових термінів, витлумачений зміст більшості понять кримінального права України (видані відповідні словники, тлумаченню кримінально-правових термінів присвячено один із томів видання “Велика українська юридична енциклопедія”<sup>4</sup>), вказано на термінологічні неточності й невідповідності чинного КК України та сформульовані пропозиції щодо їх усунення. Загально-визнано, що однозначність, чіткість і стабільність термінології є запорукою єдності правозастосовної практики. По-суті одностайною є думка щодо необхідності введення до КК України “термінологічного” розділу, є істотні напрацювання щодо його змісту.

Водночас законодавець стоїть осторонь вирішення термінологічних проблем. Чинний КК України, на відміну від більшості інших кодексів, не виділяє в окремий розділ статті, які містили б визначення понять, що неодноразово повторюються у диспозиціях статей про відповідальність за ті чи інші злочини. Існуючі дефінітивні норми (переважно вони розміщені у примітках до статей Особливої частини КК України) мають локальний характер – стосуються лише певних статей КК України, до того ж інколи такі визначення заховані у “нетрях” цього Кодексу, оскільки розміщені у розділах, які регламентують відповідальність за інші групи злочинів (наприклад, примітки до ст. 354 КК України переважно стосуються статей розділу XVII Особливої частини Кодексу). У багатьох випадках для з'ясування змісту ключових кримінально-правових понять потрібно звертатися до інших нормативно-правих актів. Особливо термінологічна плутанина простежується у законодавчих новелах – складається враження, що законодавець не вважає за потрібне дотримуватися тих граматичних конструкцій, які використовувалися для позначення відповідних понять досі.

Чи варто окремо доводити, як все це впливає на стабільність і єдність практики, на досягнення принципу правової визначеності у сфері кримінального права? Водночас саме на аспекти, пов'язані зі співвідношенням позначених однаковими термінами понять сталих, які мають однаковий зміст щодо багатьох складів злочинів, та девіантних, зміст яких відрізняється та які поширюються лише на окремі пося-

<sup>4</sup> Велика українська юридична енциклопедія, т 17: Кримінальне право (Тацій В голов редкол, Право 2017).

Вячеслав Навроцький

гання, у літературі досі належна увага не зверталася. Саме це й обумовлює вибір теми цієї публікації.

Метою дослідження є аналіз того, чому в українському кримінальному праві виникає ситуація, за якої порушується вимога одностайності термінології, що є причиною такого явища та показ на реальних прикладах того, як до його існування прикладається законодавство, правозастосовна практика і теорія кримінального права України. Передбачається звернути увагу на негативні наслідки запровадження у кримінальне право окремих понять, зміст яких відрізняється від усталених, на що, на жаль, досі не зверталася належної уваги. Вивчення проблеми має призвести до формулювання конкретних пропозицій щодо забезпечення термінологічної єдності у кримінальному праві.

Перед початком аналізу поставленої проблеми слід наголосити на тісному взаємозв'язку та необхідності розрізнення таких феноменів, як “понятійний апарат” і “термінологічний апарат” кримінального права, його поняття і терміни. Їх співвідношення визначається тим, що вони відображають дві сторони одного й того самого явища, яке, як відзначав М. Панов, полягає у відображенні й фіксації відповідних об'єктів (явищ) реальної дійсності, які підлягають кримінально-правовому регулюванню<sup>5</sup>. При цьому поняття (та їх система – понятійний апарат) характеризують зміст відповідних кримінально-правових явищ, а терміни являють собою мовні одиниці, за допомогою яких у тексті закону описуються (позначаються, фіксуються) ті чи інші поняття<sup>6</sup>.

Отже, поняття і терміни, за допомогою яких утворюються кримінально-правові норми та структурні одиниці кримінального закону, перебувають у співвідношенні, яке в філософії визнається співвідношенням категорій змісту та форми, а за Г. Гегелем, зміст оформлений, а форма – змістовна. З цього випливає, що поняття кримінального права не може існувати, не будучи позначеним адекватним йому терміном, а будь-який кримінально-правовий термін неодмінно має відобразити відповідне поняття.

Відомо, що зміст і форма, будучи пов'язаними між собою, водночас відносно самостійні. Один і той самий зміст може мати різну форму. Тобто одне й те саме поняття може бути позначене різними термінами. Проте й однакова форма може бути наповнена різним змістом, коли однаковий термін використовується для вказівки на кілька різних понять. Співвідношення змісту та форми, поняття і терміна кон-

www.pravolia.com.ua

<sup>5</sup> М. Панов, *Понятійний апарат кримінального права та його наукове і практичне значення* (Національний юридичний університет імені Я. Мудрого 2018) 7.

<sup>6</sup> Там само 17–8.

кретизується у ще одній парі філософських категорій – сутності та явища. При цьому у змісті (понятті) має виділятися головне, сутнісне, а багатозначність форми (терміна) – обмежуватися. Саме ця ситуація, яка характеризує складність і багатогранність співвідношення термінів і понять, а також різноманітність кримінально-правових норм і багатство української мови (помножені на недостатню увагу до понятійних і термінологічних аспектів з боку як законодавця, так і науковців) й породжує проблему існування відособлених кримінально-правових понять.

*Вихідною тезою для розв’язання окресленої проблеми є загальнобизнане положення, згідно з яким необхідно, щоб однакові терміни позначали однакові поняття.* Інакше кажучи, якщо у різних статтях КК України трапляється один термін, то це означає, що в цих статтях містяться поняття, однакові за змістом. У більшості випадків це дійсно так. Аналіз чинного КК України показує, що в ньому є чимало понять, які неодноразово повторюються у різних статтях, характеризують ознаки різних інститутів загальної частини кримінального законодавства та багатьох складів злочинів. Позначені однаковими термінами, вони мають й однаковий зміст. Прикладами таких понять є “неповнолітній”, “близькі родичі”, “зброя”, “напад” “систематичність” “користь” (“корисливі мотиви”) та десятки інших.

Такі поняття *пропонується називати наскрізними кримінально-правовими поняттями.* Під словом “наскрізний” зазвичай розуміють такий, що повністю охоплює якийсь предмет, явище, який зберігається протягом чого-небудь від початку до кінця, значення якого не змінюється упродовж усього тексту. Тому наскрізними поняттями слід вважати такі, які використовуються неодноразово і мають одне й те саме значення, зберігають його незалежно від того, щодо якого інституту чи норми кримінального права вони використовуються, ознаки якого складу злочину позначають.

Наскрізні кримінально-правові поняття виконують *різноманітні функції у кримінальному праві*, зокрема:

- підтверджують тяглість (наступність, послідовність, неперервність) законодавства, правозастосовної практики, теорії кримінального права;
- свідчать про стабільність правової системи;
- є показником якості законодавства;
- демонструють системність кримінального законодавства, є передумовою систематичного тлумачення кримінального закону;
- забезпечують правову визначеність у правозастосуванні;
- спрощують вивчення кримінального права.

Важливість і багатогранність наскрізних кримінально-правових понять та характеристику їх значення можна продовжувати й урізноманітнювати<sup>7</sup>.

Як неодноразово констатувалося у літературі та відзначалося вище, український законодавець, а відповідно й правозастосовна практика та теорія кримінального права, далеко не завжди дотримуються правила, згідно з яким однакові поняття позначають однаковими термінами. Насамперед виникає запитання: як окреслити таку ситуацію, як назвати поняття, значення яких відрізняються від значень інших понять, позначених тотожними термінами?

На перший погляд такі поняття могли би бути названі “автономними”, тобто такими, зміст яких встановлюється окремо й незалежно від змісту інших понять. Щось подібне можемо бачити у практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), який виробив концепцію автономних понять права. Однак більш ретельний аналіз показує неприйнятність і шкідливість такого підходу.

Адже ЄСПЛ вкладає в автономні поняття специфічний зміст і надає їм своєрідного значення. Концепція автономних понять – інструмент, який використовує ЄСПЛ для того, щоб забезпечити, з одного боку, реальний захист прав і свобод людини безвідносно до того, який зміст вкладає у них держава-відповідач, та дає змогу відійти від формального розуміння певного терміна з позицій законодавства та правозастосовної практики окремої держави, а з другого – зберегти положення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція)<sup>8</sup> від можливої неоднозначної інтерпретації її термінів або принципів у внутрішньому праві окремих держав – членів Ради Європи, не дозволити окремим державам давати такі тлумачення, які відповідають виключно інтересам держави й порушують цілі та завдання Конвенції<sup>9</sup>. У літературі відзначається, що ЄСПЛ для того й запровадив автономну концепцію покарання, щоб формальні моменти не стали вирішальними, і щоб була можливість у кожній конкретній справі оцінити основну мету застосування певного заходу та характер впливу на особу, які можуть

<sup>7</sup> Детальніше див.: В Навроцький, ‘Наскрізні кримінально-правові поняття’ в *10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції* (м. Харків, 13–14 жовтня 2011 р.) (Право 2011) 73–7.

<sup>8</sup> Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. <<https://zakon.rada.gov.ua/Laws/show/995-004>> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>9</sup> І Кретова, ‘Концепція автономного тлумачення у практиці Європейського суду з прав людини’ [2015] 4(3) *Право і суспільство* 26; Г Христова, ‘Проблеми взаємодії доктрини позитивних зобов’язань держави з іншими концепціями, виробленими ЄСПЛ, та її застосування на національному рівні’ в *Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини: Матеріали 3-ї Міжнародної науково-практичної конференції* (м. Одеса, 19–20 вересня 2014 р.) (Фенікс 2014) 1.

істотно відрізнятися навіть за зовнішньої подібності відповідних примусових заходів. Такий підхід є закономірним для практики ЄСПЛ, який намагається втілювати у своїх рішеннях принцип верховенства права, адже на сучасному етапі розвитку загальновідомим є факт, що верховенство права не зводиться до формальної законності<sup>10</sup>.

Тобто автономні поняття створюються практикою ЄСПЛ свідомо, вони відіграють позитивне значення, служать утвердженню верховенства права, не суперечать засадам правової визначеності. Водночас багатозначність (полісемія) термінів в українському кримінальному праві не відіграє жодної конструктивної ролі. Вона відображає недбалість законодавця, його невміння використовувати багатство словникового запасу української мови, врешті-решт, свідчить про низьку кваліфікацію тих, кому волею долі довелося творити закони та небажання дослухатися до слухних порад.

Зважаючи на сказане, пропонуємо називати *такі поняття відособленими*, тобто такими, які виділяються своїм змістом від інших понять, позначених таким самим терміном, та мають специфічне значення. Про існування відособлених понять можна говорити лише в контексті їх порівняння з наскрізними. Адже відособитися можна від чогось загального, того, що має більше поширення. Отже, для того, щоб з'явилося відособлене поняття, спершу повинно існувати поняття наскрізне.

Відособленими поняття можуть стати принаймні з трьох підстав: 1) унаслідок дій законодавця; 2) через позицію практики; 3) як результат теоретичних досліджень. Так чи інакше – це наслідок волюнтаризму та неналежного врахування значення відповідних наскрізних понять, що підтверджується аналізом конкретних прикладів далі.

Доволі очевидно, що найбільше прикладається до конструювання відособлених кримінально-правових понять законодавець, а вже вслід за ним такі поняття запроваджуються у науковий обіг, вживаються на практиці. Хоча це не виключає і того, що відособлені поняття, не будучи відображеними в КК України, зароджуються у наукових публікаціях, поширюються у правозастосовних документах.

Прикладів маніпулювання змістом термінів і понять більш ніж досить. Згадаймо найбільш поширену ситуацію, яка стосується поняття неоподаткованого мінімуму доходів громадян. Відповідний термін згадується у статтях КК України понад 300 разів, при цьому вживається у різних значеннях щодо диспозицій статей Особливої частини та щодо санкцій і станом на 2019 р. кратний, відповідно, 960,5 та 17 грн.

<sup>10</sup> С Хилук, “‘Злочин і кара’ у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод” [2015] 4(29) Часопис Академії адвокатури України 114–5.

Однак найбільш одіозним є маніпулювання із термінами, які використовуються у статтях, що регламентують відповідальність за злочини у сфері службової діяльності. Це, перш за все, стосується поняття службової особи. Відмовившись від концепції так званого унітарного поняття службової особи (коли такою визнавалися особи, які виконували відповідні функції на будь-яких підприємствах, установах чи організаціях), та, перейшовши до реалізації ідеї диференціації кримінальної відповідальності так званих “публічних службових осіб” і “приватних службових осіб”, законодавець не втілює свої задуми у відповідну термінологію. Через те у чинному КК України є поняття службової особи: а) загальне, яке охоплює службових осіб як “публічних”, так і “приватних”; б) “публічної”; в) службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми. Ці поняття доповнюються ще такими, як особа, яка надає публічні послуги (та ще й далеко нетотожного змісту статей 365<sup>2</sup> і 368<sup>4</sup>); особа, уповноважена на виконання функцій: в одному випадку – держави або місцевого самоврядування (ст. 368<sup>2</sup>), а в другому – лише держави (ст. 369<sup>2</sup>), службова особа, яка є працівником правоохоронного органу (ст. 365). Видається, що таке термінологічне й понятійне різноманіття хоча й не є вирішальною причиною фактичного безсилля держави у протидії корупції, службовим зловживанням, розкраданням, але робить свій внесок у невирішення відповідних проблем.

Крім того, ігнорування *термінологічних і понятійних проблем часто призводить до результатів, протилежних тим, які ставилися за мету при змінах законодавства*. Ілюстрацією є ситуація зі спробою скасувати кримінальну відповідальність за перевищення влади або службових повноважень, залишивши її лише для працівників правоохоронних органів. Це було здійснено Законом України “Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції” (далі – Закон № 746-VII)<sup>11</sup>, яким була викладена в новій редакції ст. 365 КК України. Однак законодавець при цьому проігнорував той факт, що зміни в диспозиції статті Особливої частини КК України, які означали створення відособленого поняття перевищення влади або службових повноважень завдяки новому описанню суб’єкта злочину, ще не означає декриміналізації діянь інших видів суб’єктів. Адже перевищення влади або службових повноважень, вчинене службо-

<sup>11</sup> Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції: Закон України від 21 лютого 2014 р. № 746-VII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/746-18>> (дата звернення: 21.01.2020).



вими особами, які не відносяться до працівників правоохоронних органів, не перестало бути злочином. Наслідком вказаних змін у КК України стало те, що відповідні дії службових осіб, які полягають у виході за межі наданих повноважень (вчинення дій поза компетенцією), стали охоплюватися ст. 364 КК України, оскільки:

– у загальновизнаному розумінні поняття “зловживання” охоплює собою будь-яку шкідливу, заборонену поведінку, яка полягає як у діях, що загалом дозволені (їх можна вчиняти, вони перебувають у межах повноважень), але стають зловживанням з урахуванням цілей такої поведінки, так і в діях, що виходять за межі компетенції;

– у попередній редакції, яка діяла до набрання чинності Законом № 746-VII, ст. 364 КК України передбачала загальну норму, а ст. 365 – спеціальну. Тому зміни у спеціальній нормі – виключення з неї посягань, які полягали у перевищенні влади непередставниками влади, означає, що вказані діяння стали охоплюватися загальною нормою, передбаченою ст. 364 КК України;

– позиція, згідно з якою зміни у ст. 365 КК України означали декриміналізацію перевищення влади всіма представниками влади та публічними службовими особами (крім працівників правоохоронних органів), є абсурдною. Адже перевищення влади чи службових повноважень є набагато тяжчим посяганням, ніж зловживання ними (про що свідчить зіставлення санкцій ст. 364 та ст. 365 КК України і в попередній, і в чинній редакціях). Немає жодних аргументів на користь того, що відповідальність за менш тяжке посягання збережена, а за більш тяжке – виключена;

– всі інші статті КК України, які передбачають відповідальність за посягання, що вчиняються особами, які наділені спеціальними повноваженнями, охоплюють як дії в межах компетенції (на вчинення яких особа загалом уповноважена), так і з виходом за межі повноважень – які становлять їх перевищення (наприклад, ч. 3 ст. 206, статті 210, 211, 219, 232<sup>2</sup>, 371–375 КК України). Не викликає сумніву й те, що норма, передбачена ст. 364 КК України, повинна тлумачитися на тих самих засадах.

Не зайве сказати, що позиція, згідно з якою зловживання владою або службовим становищем, допущене службовою особою, яка не є працівником правоохоронного органу, охоплює і дії, які полягають у виході за межі власної компетенції та являють собою перевищення службових повноважень, охоплюється ст. 364 КК України, визнається правозастосовною практикою. Так, далеко непоодинокими є випадки засудження за ст. 364 КК України сільських голів, які одноособово приймають рішен-

ня про виділення земельних ділянок, що є прерогативою колегіального органу – місцевої ради<sup>12</sup>.

Наведений приклад показує, що конструювання законодавцем відособлених понять може означати й набуття нового змісту наскрізним поняттям, хоча б це і не входило в цілі зміни закону, навіть суперечило їм.

*Непоодинокими є ситуації, коли відособлені поняття формуються зусиллями правозастосовної практики. Переважно це відбувається тоді, коли практика намагається виправити недоліки чинного КК України.* Серед численних прикладів зупинимося на ситуації, обумовленій новим змістом, який було внесено у поняття “те саме діяння”, “дії, передбачені частиною першою цієї статті”, яке використовується у частинах другій (рідше – третій і наступних) статей Особливої частини КК України для вказівки на ознаки складу злочину. Традиційно вважалося, що у частині другій статті Особливої частини КК України встановлена відповідальність за кваліфікований склад злочину, який включає в себе всі ознаки простого складу цього ж злочину. Тому термін “дія” (“діяння”) у цьому контексті вважався таким, який вказував не лише на акт поведінки (“тілорух”), що ним виконувалася об’єктивна сторона злочину, а й термін, що позначає посягання загалом. Відповідно, склад злочину, диспозиція частини статті, про який містила вказівку на “те саме діяння”, включав як обов’язкові всі ознаки, названі у диспозиції попередньої частини – як, власне, дію або бездіяльність, так і спосіб, наслідки, спеціального суб’єкта тощо.

Таке розуміння поняття “те саме діяння”, “дії, передбачені частиною першою цієї статті” щодо складу злочину, передбаченого частиною другою (чи наступною) статті Особливої частини КК України обмежувало застосування норми про відповідний склад злочину, спонукало розуміти його як кваліфікований склад, який включає всі ознаки основного складу злочину.

Однак у конкретних ситуаціях чи щодо певних статей КК України виникає намагання не тлумачити вказане поняття як таке, що позначає лише акт поведінки, а до ознак складу злочину, передбаченого частиною другою, не відносити всі ознаки, вказані у частині першій статті КК України. Не втримався від цієї спокуси і Верховний Суд, створивши відособлене поняття “дії...” щодо ст. 365 КК України. Велика палата цього Суду сформулювала правову позицію, згідно з якою ознакою складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 365 КК України, не є завдання істотної шкоди відповідним правам та інтересам, бо нібито при конструюванні

<sup>12</sup> Наприклад: Вирок Білоцерківського міськрайонного суду Київської області від 3 жовтня 2017 р. у справі № 357/5232/17.

складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 365 КК України, наслідки, на які вказано в ч. 1 цієї статті, заміщуються іншою ознакою. Таку ознаку злочину становить спосіб перевищення влади чи службових повноважень – застосування насильства, погроза його застосування, застосування зброї чи спеціальних засобів, болісні і такі, що ображають особисту гідність потерпілого, дії (п. 18)<sup>13</sup>. В основі наведеної правової позиції лежить відзначена у цій постанові підвищена суспільна небезпека перевищення влади чи службових повноважень.

Однак наведені аргументи, на наше переконання, не є переконливими. Видається, що Верховний Суд пішов неодноразово критикованим шляхом не тлумачення закону, а створення нової правової норми, тобто перебрав на себе невластиві йому законотворчі функції. Своєю правовою позицією Верховний Суд по-суті оголосив, що ст. 365 КК України нібито містить два простих склади злочинів – у ч. 1 передбачає наявність наслідків у виді істотної шкоди, а у ч. 2 – достатньо лише вказаних у ній ознак.

Визнаючи існування істотних проблем із застосуванням ч. 2 ст. 365 КК України, не можна ігнорувати того, що вона має бути вирішена шляхом зміни законодавства, а не довільного створення відособленого поняття. Урешті-решт, Верховному Суду як паліатив пропонувалося інше рішення – визнати, що перевищення влади або службових повноважень, вчинене за ознак, вказаних у ч. 2 ст. 365 КК України, завжди пов'язане з заподіянням моральної шкоди потерпілому, причому істотної та такої, що піддається грошовій оцінці. Також пропонувалося, щоб Верховний Суд орієнтувався на те, що розмір такої шкоди перевищує 100 неоподаткованих мінімумів доходів громадян, тобто вона має визнаватися істотною. Тож буде підстава констатувати наявність суспільно небезпечних наслідків як обов'язкової ознаки складу аналізованого злочину та застосовувати ч. 2 ст. 365 КК України. Проте Верховний Суд до цієї пропозиції не дослухався і, як видається, потрапив у пастку. Адже, щоб бути послідовним, він повинен дотримуватися аналогічного тлумачення поняття “дії, передбачені частиною першою”, “ті самі дії” і щодо інших статей Особливої частини КК України, де використовуються вказані конструкції (що, нерідко, прямо абсурдно), або ж відмовитися від тлумачення, висунутого щодо ч. 2 ст. 365 КК України.

*Нарешті, свій внесок в утворення наскрізних понять робить і кримінально-правова теорія. Зазвичай це є наслідком некритичного сприйняття зарубіжного досвіду, неадекватного перекладу термінів, які використовуються в інших мовах, привнесення у кримінальне право тер-*

<sup>13</sup> Постанова Великої палати Верховного Суду від 5 грудня 2018 р. у справі № 301/2178/13-к.

мінології з інших галузей знань, а то й просто намагання бути оригінальними, коли за наукову новизну видають нові назви давно відомих речей. Проте чи не в усіх випадках це є наслідком ігнорування того термінологічного апарату, який вже сформувався, та системних зв'язків, які існують у кримінальному праві. Чи не найяскравіший приклад – спотворення значення класичного кримінально-правового поняття “насильство”. Споконвіку відповідний термін позначав фізичний вплив на організм іншої людини. Недаремно ще в Стародавньому Римі говорили, що злочин – це те, що вчиняється шляхом або насильства, або погрози, або обману. При цьому насильство ставилося на перше місце та відокремлювалося (навіть протиставлялося) іншим способам вчинення злочинів.

Вказівка на насильство у КК України здійснюється різноманітно. Переважно про вид насильства не вказується, в одному випадку (ст. 180 КК України) йдеться про “психічне” насильство, у назві ст. 126<sup>1</sup> – про “домашнє” насильство, у диспозиції ч. 1 цієї ж статті – про “фізичне, психологічне або економічне насильство”, у п. 10 ст. 115 та ст. 153 – “сексуальне” насильство. Таким чином, поряд із наскрізним поняттям насильства використовуються і його відособлені види. Особливо гостро стоїть питання про прийнятність поділу поняття насильства на фізичне та психічне.

Під останнім зазвичай розуміють погрозу як вплив на психіку особи. Відповідно, коментуючи окремі статті Особливої частини КК України, де передбачено застосування насильства, автори відзначають, що під ним слід розуміти як фізичний, так і психічний протиправний вплив на іншу особу. Вказаний підхід відображений і в деяких постановках Верховного Суду.

Однак більш вагомими видаються аргументи на користь позиції, згідно з якою до насильства слід відносити лише фізичний вплив на організм іншої особи. Психічний же вплив потрібно вважати ознакою складу злочину лише тоді, коли у диспозиції відповідної статті є пряма на це вказівка. Про правильність саме цієї точки зору свідчать такі аргументи:

– відповідно до семантичного значення слова “насильство” – це: 1) застосування фізичної сили до кого-небудь; 2) застосування сили для досягнення чого-небудь; примусовий вплив на когось, щось<sup>14</sup>. Отже, граматичний аналіз не дає жодних підстав ототожнювати насильство як застосування сили, фізичний вплив щодо іншої особи і вплив на її психіку;

– фізичний і психічний примус у кримінальному праві підлягає суворому розмежуванню, його застосування призводить до різних правових

<sup>14</sup> Великий тлумачний словник української мови (Бусел В уклад і голов ред, Перун 2004) 579.

наслідків. Це підтверджують положення, закріплені у ст. 40 КК України, повною мірою це стосується й Особливої частини КК України;

– у тих випадках, коли законодавець вважає за потрібне криміналізувати психічний вплив, він прямо вказує на це у диспозиціях статей Особливої частини КК України, використовуючи термін “погроза”;

– у КК України поняття насильства і погрози не лише не ототожнюються, а й, навпаки, протиставляються. У диспозиціях десятків статей Особливої частини погроза як ознака складу злочину вказується альтернативно до насильства;

– у тих випадках, коли законодавець не вважає за потрібне встановлювати чи посилювати відповідальність за погрозу, він не використовує відповідного терміна у статтях КК України (наприклад, ч. 1 ст. 300, ст. 340). Тому тлумачення, відповідно до якого поняття насильства розширюється і в нього включається і погроза, є нічим іншим, як поширювальним – недопустимим у кримінальному праві, оскільки його застосування суперечить приписам ч. 3 ст. 3 КК України, є передумовою до забороненої при застосуванні кримінального закону аналогії;

– використання у КК України термінів “фізичне насильство”, “психічне насильство” та інші нові види насильства є нетиповим і ніяк не підтверджує думку про те, що поняття насильства (без його конкретизації) охоплює і фізичний вплив та погрозу. По-перше, такі терміни застосовуються вкрай рідко, по-друге, їхнє використання не відображає жодної закономірності і не піддається раціональному поясненню, по-третє, те, що в деяких випадках законодавець без жодної на те потреби пробує конкретизувати вид насильства, свідчить лише про недосконалість чинного КК України у цій частині. Недоліки ж закону, його окремі нетипові формулювання не можуть служити аргументом на користь тієї чи іншої позиції, тим паче, коли є достатньо протилежних аргументів.

Якщо ж дійсно потрібно запровадити нові поняття, то потрібно для їх позначення використовувати нові терміни, а не намагатися надавати іншого значення давно відомим та усталеним. Очевидно у відповідних випадках слід вести мову не про насильство, а про погрозу чи вплив, примус чи інші дії майнового, сексуального чи подібного характеру.

Загалом можна констатувати, що існування відособлених кримінально-правових понять є лихом для кримінального права. Воно спотворює зміст кримінально-правових приписів, призводить переважно до фактичної криміналізації в обхід букви закону чи його дійсного змісту. Тому потрібно шукати способи та прийоми, як уникнути появи відособлених кримінально-правових понять і водночас забезпечити гегемонію наскрізних.

Висновки. Окреслене значення наскрізних кримінально-правових понять, недостатня увага до їхньої законодавчої регламентації та тлумачення, необхідність рішучого й послідовного витіснення відособлених понять із тексту кримінального закону, правозастосовної практики, теорії кримінального права та навчального процесу потребує низки нових підходів як у правотворчості, так і правозастосуванні, у теоретичному дослідженні кримінально-правових проблем. Без їхнього використання розвиток кримінального законодавства буде й надалі рухатися екстенсивним шляхом, його суперечності збільшуватимуться, тому пропонуємо:

– з'ясувати, з яких слів нині складається текст чинного КК України (включаючи як терміни, так і “службові” слова) та скласти їх вичерпний перелік. Очевидно це можна зробити шляхом використання відповідної комп'ютерної програми;

– уніфікувати словник, максимально обмеживши кількість слів і зворотів, використаних у КК України. Ця робота може бути предметом дисертаційних досліджень не лише для юристів, а й філологів;

– домогтися того, щоб у процесі поточної правотворчості законодавець обмежувався рекомендованим словником. Те саме рекомендувати робити авторам законопроектів. Вихід за межі словника – доповнення його новими словами, зворотами – вважати можливим за умови детального обґрунтування такої потреби. Навряд чи можливе прийняття відповідного нормативного акта, але рекомендації професійної спільноти у державі, яка прагне стати правовою, могли б відіграти належну роль;

– урешті-решт, подолати стереотипи, які перешкоджають створенню “термінологічного” розділу КК України та доповнити ним чинний закон;

– змінити підходи до викладання кримінального права, яке досі побудоване на коментуванні закону та акцентувати увагу на наскрізних поняттях;

– теоретичне дослідження наскрізних понять вважати перспективними напрямками наукових розробок у сфері кримінального права.

Видається, що запропоновані заходи сприятимуть усуненню розбіжностей між понятійним апаратом кримінального права України та його термінологією, досягненню того, що правило “одному поняттю відповідає один термін” буде не лише задеклароване, а й реалізоване. Важливо також пам'ятати, що вимога єдності термінології повинна реалізовуватися у межах усєї системи українського права та не може обмежуватися лише однією його галуззю.

## REFERENCES

## Bibliography

*Authored books*

1. Panov M, *Poniatiiyni aparat kryminalnoho prava ta yoho naukove i praktychne znachennia* [Array of Criminal Law Concepts and Its Scientific and Practical Significance] (Natsionalnyi yurydychnyi universytet imeni Ya Mudroho 2018) (in Ukrainian).
2. Trostiuk Z, *Poniatiiyni aparat Osoblyvoi chastyny Kryminalnoho kodeksu Ukrainy* [Array of Concepts of the Criminal Code of Ukraine, Special Part] (Atika 2003) (in Ukrainian).
3. Zahynei Z, *Kryminalno-pravova hermenevtyka* [Criminal Law Hermeneutics] (ArtEk 2015) (in Ukrainian).

*Edited books*

4. Panov M, *Problemy metodolohii nauky kryminalnoho prava: vybrani naukovi pratsi* [Methodology Issues of Criminal Law Science: Selected Scientific Papers] (Anisimov H ta Haltsova V ukladachi, Pravo 2018) (in Ukrainian).
5. *Velyka ukrainska yurydychna entsyklopediia* [Great Ukrainian Encyclopedia of Law], t 17: *Kryminalne pravo* [Criminal Law] (Tatsii V hol redkol, Pravo 2017) (in Ukrainian).
6. *Velykyi tlumachnyi slovnyk ukrainskoi movy* [Great Explanatory Dictionary of the Ukrainian Language] (Busel V uklad i holov red, Perun 2004) (in Ukrainian).

*Journal articles*

7. Kretova I, 'Kontsepsiia avtonomnoho tlumachennia u praktytsi Yevropeiskoho sudu z prav liudyny' ['The Concept of Autonomous Interpretation in the Case Law of the European Court of Human Rights'] [2015] 4(3) Pravo i suspilstvo 26 (in Ukrainian).
8. Khyliuk S, "Zlochyn i kara" u Konventsii pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod' ['Crime and Punishment' in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms'] [2015] 4(29) Chasopys Akademii advokatury Ukrainy 114–5 (in Ukrainian).

*Conference paper*

9. Navrotskyi V, 'Naskrizni kryminalno-pravovi poniattia' ['Cross-Cutting Criminal Law Concepts'] v *10 rokiv chynnosti Kryminalnoho kodeksu Ukrainy: Problemy zastosuvannia, udoskonalennia ta podalshoi harmonizatsii iz zakonodavstvom yevropeiskyykh krain. Materialy mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferentsii (m. Kharkiv, 13–14 zhovtnia 2011 r.)* [10-Year Currency of the Criminal Code of Ukraine: Issues of Application, Improvement and Further Harmonization with Legislation of European Countries. Materials of International Scientific and Practical Conference (Kharkiv, October 13–14, 2011)] (Pravo 2011) 73–7 (in Ukrainian).
10. Khrystova H, 'Problemy vzaiemodii doktryny pozytyvnykh zobov'iazan derzhavy z inshymy kontsepsiiami, vyroblenyymi YeSPL, ta yii zastosuvannia na natsionalnomu rivni' ['Issues Relating to Interaction of the Doctrine of the State's Positive Obligations with Other Concepts Developed by the ECHR, and Its Application at the National Level'] v *Pravove zabezpechennia efektyvnoho vykonannia rishen i zastosuvannia praktyky Yevropeiskoho sudu z prav liudyny: Materialy 3-i Mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferentsii (m. Odesa, 19–20 veresnia 2014)* [Legal Framework for Efficient Implementation of Judgments and Application of the Case Law of the European Court of Human Rights: Materials of the 3rd International Scientific and Practical Conference (Odessa, September 19–20, 2014)] (Feniks 2014) 1 (in Ukrainian).

CROSS-CUTTING AND SELF-STANDING CONCEPTS  
OF CRIMINAL LAW OF UKRAINE

ABSTRACT. Consistency of terms is one of the essential quality criteria of law and the pillar of appropriate law application practice, a prerequisite for the rule of law and the supremacy of legal order. From this perspective, the current Criminal Code of Ukraine, on the one part, has many efficient solutions ensuring observance of the rule according to which one term denotes the same concepts (and it is proposed to refer to such concepts and terms as cross-cutting), and on the other part, it contains numerous inconsistencies when this rule is disregarded and the same terms denote the concepts of different meaning and scope (it is proposed to refer to them as self-standing).

The purpose of the article is to analyze why Ukrainian criminal law has encountered the situation when the requirement for consistency of terminology is not complied with, and to find out what its reason is, and also to show real examples of how legislation, law application practice and criminal law theory of Ukraine are related to the existence thereof. The study of this problem should encourage specific proposals for ensuring terminological consistency in criminal law.

The author notes the positive role of cross-cutting criminal law concepts and mentions their functions in criminal law. Such concepts, in particular, confirm the continuity (succession, consistency, coherence) of legislation, law application practice, and the theory of criminal law; furthermore, they are indicative of the stability of a legal system; they are an indicator of the quality of legislation; demonstrate the systematicity of criminal law, are a prerequisite for systematic interpretation of criminal law; ensure legal certainty in law application; and besides, they simplify the study of criminal law.

The author highlights the inappropriateness of the situation when the rule under which the same concepts are designated by the same terms is disregarded and this gives rise to self-standing criminal law concepts. The author notes that this situation differs from the one emerging when the so-called autonomous concepts are formed in the case law of the European Court of Human Rights. The author emphasizes that it is possible to speak about existence of self-standing concepts only in the context of their comparison with the cross-cutting ones.

The author concludes that concepts can become self-standing at least for the following three reasons: 1) due to actions of the legislator; 2) due to the position of practice; 3) as a result of theoretical research. Anyway, this is the consequence of voluntarism and improper attention to the meaning of relevant cross-cutting concepts and this is confirmed by the analysis of specific examples.

The article formulates proposals intended to prevent the emergence of self-standing concepts in criminal law of Ukraine, in particular, by creating a glossary which should be exclusively used to form articles of criminal law.

KEYWORDS: criminal law; terminology; array of concepts; cross-cutting; self-standing.





## Анатолій Музика

доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент НАПрН України,  
заслужений діяч науки і техніки України,  
провідний науковий співробітник Науково-дослідної  
лабораторії кримінологічних досліджень  
та проблем запобігання злочинності  
Державного науково-дослідного інституту  
Міністерства внутрішніх справ України  
(Київ, Україна)  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7822-5889>  
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/E-1499-2019>  
[muzyka.kyiv.ua@gmail.com](mailto:muzyka.kyiv.ua@gmail.com)

DOI: 10.33498/opus-2020-02-097

УДК 343.21

### ПРО КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ РИЗИКИ: ЗАГАЛЬНИЙ ОГЛЯД ПРОБЛЕМИ

АНОТАЦІЯ. Проблема ризиків як соціального феномена не є новою для будь-якої держави, суспільства, науки чи сфери практичної діяльності. Утім, у вітчизняному правознавстві ця проблема дотепер залишається малодослідженою, а в кримінально-правовій доктрині – ще чекає на своїх розробників. При цьому не беруться до уваги праці, присвячені дослідженню відомої обставини, що виключає злочинність діяння (ст. 42 Кримінального кодексу України). Кримінально-правові ризики як предмет ініційованого дослідження – багатовекторний і має інший масштаб, що зумовлює відмінний зміст і рівень пізнання ризиків як системного явища у кримінальному праві (законодавстві й доктрині), слідчій та судовій практиці.

Мета статті – сформулювати загальне уявлення про кримінально-правові ризики. Обґрунтовано концепт про те, що будь-які кримінально-правові ризики можуть існувати лише на рівні законодавства і правозастосування.

Доцільно виділяти кримінально-правові ризики в широкому та вузькому значенні. У широкому – це ризики: 1) як ті, що породжені кримінальним законом, так і ті, що виникають через правове регулювання (або його відсутність), зокрема у кримінально-процесуальних, кримінально-виконавчих та оперативно-розшукових відносинах (чи навпаки – породжуються ухваленням/скасуванням, наприклад, кримінального процесуального або кримінально-виконавчого закону); йдеться, окрім того, про правове регулювання, що здійснюється не обов'язково законами, а й іншими нормативно-правовими актами, інколи – несвоєчасне ухвалення, або ж відсутність уваги чи неналежне реагування суб'єкта нормотворення, у разі явної необхідності регулювання певних суспільних відносин; 2) ризики, що виникають у сфері юридичної практики – застосування/незастосування норм, зокрема кримінального права і кримінального процесу, кримінально-виконавчого права, адміністративного права і процесу, митного права, а також у сфері оперативно-розшукової діяльності.

Ризики у вузькому значенні – ті, що породжені винятково кримінальним законом (пов'язані з його ухваленням, скасуванням, зміною, доповненням) та (або) його застосуванням/незастосуванням на практиці. Змістом таких ризиків не охоплюють-

© Анатолій Музика, 2020

Анатолій Музика

ся аналіз та врахування впливу як фактору ризиків відповідного кримінального закону на правові відносини, що зазначені вище.

Кримінально-правові ризики в широкому розумінні (якщо вони хоча б якось стосуються кримінальних правовідносин), до певної міри охоплюють інші види ризиків; їх розмаїття відображає, конкретизує специфіку вияву кримінально-правових ризиків. Це стосується, наприклад, інтерпретаційних ризиків (легальних, судових, доктринальних), корупційних, кримінально-процесуальних, криміналістичних і кримінально-виконавчих ризиків, ризиків в оперативно-розшуковій діяльності та митній сфері, політичних ризиків. Проте слід мати на увазі, що всі види ризиків (це стосується і кримінально-правових) не існують у чистому вигляді. Їхня самостійність є відносною.

Очевидно, особливим видом ризиків у кримінальному праві є підстави визнавати глобальні кримінально-правові ризики (поряд із ними допустимо виокремлювати міжнародні кримінально-правові ризики).

На думку автора, кримінально-правові ризики – це усвідомлена особою, за умов невизначеності, ймовірність небезпеки (настання небажаних, зокрема суспільно небезпечних наслідків у сфері кримінальних правовідносин) у разі ухвалення чи відмови від ухвалення нею відповідного рішення для досягнення суспільно корисного результату.

Проілюстровано конкретний вияв кримінально-правових ризиків на законодавчому рівні. Окреслено перспективний розвиток пізнання проблеми кримінально-правових ризиків.

Ключові слова: ризики; суспільство правових ризиків; правові ризики; кримінально-правові ризики; кримінально-процесуальні ризики; кримінально-виконавчі ризики; глобальні кримінально-правові ризики.

Проблема ризиків існує із давніх-давен – від моменту появи людини на Землі і залишатиметься, допоки існуватиме людське життя. Радянський учений В. Ойгензихт наголошував:

Невизначеність – ризик – вибір. Це ланцюг, який нерідко виникає під час ухвалення рішення. У сучасному житті вибір доводиться робити і в ситуації, що містить небезпеку для багатьох людей. Вибирають лікарі, інженери, агрономи, господарники. <...> Для того аби досягти результату, потрібно вибирати, потрібно ризикувати. Вибір альтернативи може спричинити невідповідні наслідки, ймовірність яких не виключається. У цьому полягає ризик. І чим більше невизначеність, тим він є більшим. Саме тоді, коли людина стала приймати усвідомлені рішення, вона зіткнулася з невизначеністю<sup>1</sup>.

Таким чином, люди завжди відчували невпевненість щодо майбутнього і завжди ризикували. Відмова від ризику, особливо в сучасних умовах, означала б відмову від раціональності. Водночас невідомо, звідки взяло-

www.pravoia.com.ua

<sup>1</sup> В Ойгензихт, *Воля и волеизъявление (Очерки теории, философии и психологии права)* (Дониш 1983) 133.

ся слово “ризик”. Дехто припускає його арабське походження. В Європі воно з’являється вже в середньовічних джерелах, але поширюється лише з початком книгодрукування, мабуть, передусім в Італії та Іспанії<sup>2</sup>.

Спеціалісти наголошують, що існує безліч визначень поняття ризику. Пояснюється це, зокрема, тим, що феномен ризику притаманний усім сферам нашого життя. Складність цього явища Н. Луман<sup>3</sup> охарактеризував у такий образний спосіб: ‘Якщо намагаєшся визначити поняття ризику, то враження таке, ніби заїхав у густий туман, де видимість не далі бампера машини. Навіть в основоположних працях проблема ніколи не осягається належним чином’<sup>4</sup>.

Фундатор концепції “суспільство ризику” У. Бек<sup>5</sup> писав: ‘Центр усвідомлення ризику лежить не в сьогоднішні, а в майбутньому’<sup>6</sup>.

Проблемі ризику присвячена значна кількість наукових праць у галузі економіки, психології, соціології, правознавства. Однак відповідні вчення у кожній галузі науки розвиваються автономно. Зазначене дає підстави визнати продуктивним системний аналіз міжгалузевого феномена ризику, який досліджено з позицій права, економіки та психології, з метою формулювання загального визначення поняття ризику, що задовольняло б вимоги різних галузей знання<sup>7</sup>. Водночас необхідно пам’ятати, що в окремих галузях права та сферах суспільно-економічної діяльності ризику вирізняються особливостями змісту і своїми межами. Це легко помітити, якщо торкнутися, наприклад, цивільного чи банківського права, страхової справи, державної служби або ж митної справи<sup>8</sup>.

На нашу думку, у межах концепції суспільства ризику є всі підстави виокремити *суспільство правового* (зокрема – *кримінально-правового*) *ризик* і досліджувати його відповідні проблеми. Тому цілком доречно окремі положення зазначених та інших праць Н. Лумана й У. Бека екстраполювати на проблематику кримінально-правових ризиків.

<sup>2</sup> Н Луман, ‘Понятие риска’ (1994) 5 THESIS 139–140, 144, 155.

<sup>3</sup> Л. Ніклас (8 грудня 1927 р. – 6 листопада 1998 р.) – знаний німецький соціолог, зокрема спеціаліст у галузі соціології права. Представник системної теорії суспільства. Один із найвпливовіших соціологів Німеччини та Європи, класик соціології ХХ ст.

<sup>4</sup> Луман (н 2) 139.

<sup>5</sup> У Бек (15 травня 1944 р. – 1 січня 2015 р.) – знаний німецький соціолог і політичний філософ, який займався дослідженнями у сфері глобалізації і теорії глобального суспільства; ввів у соціологічний науковий обіг нове поняття – “суспільство ризику” (термін запроваджено у 1986 р. після Чорнобильської катастрофи) і розробив відповідну концепція. Суспільство ризику, на думку вченого, – ‘це суспільство науки, комунікативних та інформаційних засобів. У ньому виявляються нові протиріччя між тими, хто продукує ризики, і тими, хто їх споживає’.

<sup>6</sup> У Бек, *Общество риска. На пути к другому модерну* (Седельник В и Федорова Н пер с нем; посл Филиппов А, Прогресс-Традиция 2000) 22.

<sup>7</sup> Див.: А Арямов, *Общая теория риска (юридический, экономический и психологический анализ): монография* (Российская академия правосудия 2009).

<sup>8</sup> Див., зокрема: І Бережнюк (заг ред), *Управління ризиками в митній справі: зарубіжний досвід та вітчизняна практика* (ПП Мельник А А 2014).

З темою ризиків тісно пов'язані такі поняття, як безпека, небезпека, загроза, погроза. Безпека є станом захищеності життєво важливих інтересів особистості, суспільства й держави, а також довкілля у різних сферах життєдіяльності від внутрішніх і зовнішніх загроз<sup>9</sup>. За 11-томним словником української мови безпека – це стан, коли кому, чому-небудь ніщо не загрожує. Відповідно, небезпека – це вочевидь “зворотний бік медалі”, тобто поняття небезпеки означає стан, коли кому-, чому-небудь щось загрожує. Отже, близьким (можливо, в окремих випадках – тотожним) за змістом до поняття небезпеки є поняття “загроза”, що визначається як ‘можливість або неминучість виникнення чогось небезпечного, прикрого, тяжкого для кого-, чого-небудь’<sup>10</sup>. Бути під загрозою означає бути у небезпеці. Водночас “погроза” (як діяння однієї людини, що спрямоване на адресу іншої) визначається передусім як ‘обіцянка заподіяти яке-небудь зло, неприємність; залякування’<sup>11</sup>. Ризик – це усвідомлена можливість небезпеки; сміливий, ініціативний вчинок, дія із сподіванням щастя, успіху, бажаного результату. Іти на ризик означає ризикувати, наражаючись на можливу небезпеку і сподіваючись успіху<sup>12</sup>. Як стверджував У. Бек: ‘Ризики раніше чи пізніше приносять із собою загрози, які ставлять під сумнів колишні переваги, а коли небезпека пронизує все різноманіття інтересів, стає реальністю і загальністю ризику’<sup>13</sup>.

За відсутності небезпеки чи загрози (коли людина почуває себе у безпеці), не виникає проблеми ризику. Тобто ризик виникає тоді, коли з'являється певна небезпека чи загроза. І навпаки – вчинення певного діяння в умовах ризику може створити загрозу настання суспільно небезпечних наслідків або ж викликати їх реальне настання. У цьому аспекті не втрачають актуальності такі, зокрема, думки У. Бека: ризики з'являються завдяки знанню і тому можуть бути зменшені, перебільшені або просто витіснені з поверхні свідомості; треба шукати головні джерела боротьби за те, як визначити масштаб, ступінь і невідкладність ризику<sup>14</sup>.

З проблемою ризиків також пов'язані інші явища – кримінально-правова помилка, вина, казус, причинний зв'язок, презумпція невинуватості. Нині вони залишаються поза межами предмета нашого дослідження.

Проблему ризиків у правознавстві досліджували, зокрема: радянські вчені – М. Грінберг<sup>15</sup>, В. Ойгензіхт<sup>16</sup>; українські юристи – М. Фролов<sup>17</sup>,

www.pravoua.com.ua

<sup>9</sup> А Качинський, *Безпека, загрози і ризик: наукові концепції та математичні методи* (2003) 14.  
<sup>10</sup> *Словник української мови, т 3* (Білодід І ред, Наукова думка 1972) 95.  
<sup>11</sup> *Словник української мови, т 6* (Білодід І ред, Наукова думка 1975) 724.  
<sup>12</sup> *Словник української мови, т 8* (Білодід І ред, Наукова думка 1977) 539.  
<sup>13</sup> Бек (н 6) 33, 56.  
<sup>14</sup> Там само, 33, 56.  
<sup>15</sup> М Грінберг, *Проблема производственного риска в уголовном праве* (Госюриздат 1963).  
<sup>16</sup> В Ойгензіхт, *Проблема риска в гражданском праве. Часть Общая* (1972).  
<sup>17</sup> М Фролов, ‘Правові аспекти екологічного ризику’ (автореф дис канд юрид наук, 2001).

Д. Беззубов<sup>18</sup>, М. Коренева<sup>19</sup>; зарубіжні спеціалісти – Г.-Й. Альбрехт<sup>20</sup>, Б. Гаррет<sup>21</sup>, В. Мамчун<sup>22</sup>, І. Озеров<sup>23</sup>, Ю. Дятлов<sup>24</sup>, Д. Александров<sup>25</sup>, І. Малышева<sup>26</sup>, А. Жалінський<sup>27</sup>, А. Арямов<sup>28</sup>, Р. Крючков<sup>29</sup>, Д. Тюляков<sup>30</sup>.

Необхідно звернути увагу й на колективні вітчизняні праці, присвячені аналізованій проблемі<sup>31</sup>.

Для позначення різних видів ризику спеціалісти використовують відповідну термінологію. За певними критеріями поділу це можуть бути, наприклад: інтерпретаційні ризики (легальні, судові, доктринальні), корупційні ризики, кримінально-процесуальні, криміналістичні та кримінально-виконавчі ризики, ризики в оперативно-розшуковій діяльності та митній сфері, політичні ризики. Проте слід мати на увазі, що всі види ризиків (це стосується і кримінально-правових ризиків) не існують у чистому вигляді. Їх самостійність є відносною. Як справедливо підкреслюють спеціалісти, всі ризики переплітаються і пронизують один одного, є взаємозалежними, тобто мають комплексний характер. Водночас традиційно визначаються найбільш суттєві ознаки, за якими вони належать до тієї чи іншої групи ризиків<sup>32</sup>.

<sup>18</sup> Д. Беззубов, 'Юридичний ризик при застосуванні примусу в службово-бойовій діяльності органів внутрішніх справ України' (автореф дис канд юрид наук, 2010).

<sup>19</sup> М. Коренева, 'Адміністративно-правовий механізм зниження юридичних ризиків в заходах примусу органів виконавчої влади України' (автореф дис канд юрид наук, 2017).

<sup>20</sup> Hans-Jörg Albrecht, *Criminal preventive risk assessment in the law-making procedure* (Freiburg i. Br.: ed Iuscrim 2002).

<sup>21</sup> Garrett L Brandon, 'Federal Criminal Risk Assessment' <<http://cardozolawreview.com/federal-criminal-risk-assessment/>> (accessed: 13.02.2020).

<sup>22</sup> В. Мамчун, 'Правоприменительный риск' (автореф дис канд юрид наук, 1999).

<sup>23</sup> І. Озеров, 'Категория риска в оперативно-розыскной деятельности' (автореф дис канд юрид наук, 2001).

<sup>24</sup> Ю. Дятлов, 'Правореализующий риск (проблемы теории и практики)' (автореф дис канд юрид наук, 2006).

<sup>25</sup> Д. Александров, 'Интерпретационный риск в юридической деятельности и правореализующей практике' (автореф дис канд юрид наук, 2007).

<sup>26</sup> І. Малышева, 'Законотворческий риск: понятие, виды, детерминация' (автореф дис канд юрид наук, 2007).

<sup>27</sup> А. Жалінський, *Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ* (2009) 242–9.

<sup>28</sup> Арямов (н 7).

<sup>29</sup> Р. Крючков, 'Риск в праве: генезис, понятие и управление' (автореф дис канд юрид наук, 2011).

<sup>30</sup> Д. Тюляков, 'Риски и меры защиты в механизме правового регулирования: общетеоретический аспект' (автореф дис канд юрид наук, 2018).

<sup>31</sup> Див., зокрема: *Аномалії в цивільному праві України: навчально-практичний посібник* (Майданик Р відп ред, Юстиніан 2007); М. Буроменський та інші, *Корупційні ризики в кримінальному процесі та судовій системі* (2009); В. Лисенко та інші, *Визначення корупційних ризиків та запобігання їм у діяльності органів ДПС України: проблеми теорії та практики* (Алерта 2010); І. Гриненко та інші, *Методологія оцінювання ризиків та загроз організованої злочинності в Україні* (Атіка 2012); І. Гриненко, *Управління ризиками організованої злочинності в Україні* (2013); І. Гриненко та інші, *Ризики та загрози організованої злочинності в Україні: стан та перспективи* (ВАІТЕ 2014); І. Гриненко та Д. Прокоф'єва-Янчиленко та Б. Сокрут, *Оцінка загрози організованої злочинності в Україні за 2015 рік* (СОСТА/Україна–2015) (ВАІТЕ 2015); І. Гриненко та Д. Прокоф'єва-Янчиленко та Б. Сокрут, *Права людини та управління ризиками організованої злочинності* (ВАІТЕ 2016).

<sup>32</sup> Див., наприклад: О. Иванов, 'Глобальные риски и тенденции современного мира' <<https://cyberleninka.ru/article/n/globalnye-riski-i-tendentsii-sovremennogo-mira>> (дата звернення: 27.04.2019).

У юридичній літературі є різні думки щодо сфери застосування поняття “ризик” у праві. Умовно все різноманіття думок зводять до трьох підходів: вузького, широкого й універсального. Відповідно до вузького підходу ризик розглядається виключно у зв'язку з юридичною відповідальністю. У межах широкого підходу ризик – це поняття, що застосовується у різних галузях права і не лише з приводу юридичної відповідальності. Представники універсального підходу визначають саме право через поняття ризику<sup>33</sup>.

Мета дослідження – сформулювати загальне уявлення про кримінально-правові ризики, що пов'язані з кримінальною відповідальністю. Отже, відповідне пізнання ми реалізуємо у межах так званого вузького підходу.

Необхідно зазначити, що проблема, власне, кримінально-правових ризиків (не йдеться про обставину, що виключає злочинність діяння) в юридичній науці радянського і пострадянського періоду фактично не розроблялася. Винятком можна вважати хіба що оригінальний фрагмент монографії А. Жалінського, присвячений концептуальному розумінню зазначеного соціального феномена<sup>34</sup>. Нами свого часу також актуалізовані певні аспекти цього перспективного наукового напрямку<sup>35</sup>. Водночас у дотичному варіанті тема кримінально-правових ризиків може виявлятися у багатьох працях юристів<sup>36</sup>. Однак загалом слід визнати, що відсутність безпосередньої і належної уваги наукової спільноти до аналізованої проблеми додатково і відчутно ускладнює її дослідження.

Кримінальний кодекс України (далі – КК України) має своїм завданням правове забезпечення охорони прав і свобод людини та громадя-

<sup>33</sup> Крючков (н 29) 15.

<sup>34</sup> Жалинский (н 27) 242–9.

<sup>35</sup> Див.: ‘Кримінально-правові ризики: постановка наукової проблеми’ в *10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 13–14 жовтня 2011 р.* (Тачій В голов ред, Борисов В заст голов ред, Право 2011) 98–103.

<sup>36</sup> Наприклад, аналізуючи питання про розмежування видів юридичної відповідальності, Д. Азаров на концептуальному рівні спростовує усталений у радянському і вітчизняному правознавстві підхід до класифікації юридичної відповідальності за критерієм галузевої належності. Слід погодитися з його застереженням, що зазначений критерій може виявитись безпорадним у процесі законотворення та породжувати певні загрози для прав і свобод людини. На його думку, “галузева” класифікація юридичної відповідальності може бути неефективною під час застосування чинного законодавства та конституційного принципу заборони двічі притягувати особу до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення. У кінцевому підсумку, Д. Азаров висунув наукову гіпотезу про доцільність переосмислення панівного підходу до поділу юридичної відповідальності на види “за галузевою ознакою” та переорієнтації на класифікацію залежно від характеру обмежень, що становлять сутність такої відповідальності; за характером впливу наслідків, обмежень на правопорушника він пропонує здійснювати поділ відповідальності на два види: відновлювальну (компенсаційну) і каральну (штрафну). Актуалізована проблема довгий час залишалася “приспаною”, вона заслуговує стати предметом наукового дискурсу і подальшого дослідження. Див.: Д Азаров, ‘Кримінальна та адміністративно-деліктна відповідальність’ (2018) 2 Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки 99–109.

нина та інших соціальних цінностей (ч. 1 ст. 1)<sup>37</sup>. Водночас ухвалення кримінальних законів (часто й інших нормативно-правових актів) та їх застосування, а також, за певних обставин, і відсутність відповідного правового регулювання, несе в собі ймовірність настання певних негативних наслідків, а нерідко – обумовлює реальне їх настання. Це, по суті, і є кримінально-правовими ризиками. За своїм призначенням КК України спрямований на запобігання кримінально-правовим ризикам та усунення тих суспільно небезпечних наслідків, що настали. У цьому полягає певна парадоксальність кримінально-правової охорони суспільних відносин.

Поняттям “кримінально-правові ризики” вітчизняне кримінальне законодавство не послуговується, та й саме слово “ризик” використовується лише у ст. 42 (діяння, пов’язане з ризиком) КК України. Натомість проблема кримінально-правових ризиків чітко відображена у Законі України “Про пробачення”. Так, досудова доповідь про обвинуваченого повинна містити, зокрема, ‘оцінку ризиків вчинення повторного кримінального правопорушення’ (ч. 3 ст. 9); у досудовій доповіді про обвинуваченого неповнолітнього додатково викладають ‘інформацію про вплив криміногенних факторів на поведінку особи; рекомендації щодо заходів, спрямованих на мінімізацію ризику повторного вчинення неповнолітнім кримінальних правопорушень’ (ч. 3 ст. 12); соціально-виховна робота персоналу органу пробачення для досягнення мети виправлення засуджених ‘проводиться за індивідуальним планом роботи із засудженим з урахуванням оцінки ризиків повторного вчинення кримінальних правопорушень <...>’ (ч. 2 ст. 13)<sup>38</sup>.

Оцінка ризиків вчинення повторного злочину – важливий інструмент пробачення. З метою вирішення практичних аспектів застосування цього правового інституту розроблені відповідні настанови: Методичні рекомендації оцінки ризиків вчинення повторного кримінального правопорушення повнолітніми особами, які вчинили кримінальні правопорушення (обвинувачуються у вчиненні кримінальних правопорушень)<sup>39</sup>; Методичні рекомендації оцінки ризиків вчинення повторного кримінального правопорушення особами, які вчинили кримінальні пра-

<sup>37</sup> Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>38</sup> У цьому аспекті науковий і практичний інтерес становить дослідження американських спеціалістів “Оцінка ризику під час призначення покарання”: John Monahan and Jennifer L. Skeem, ‘Risk Assessment in Criminal Sentencing’ (2016) 12 Annual Review of Clinical Psychology 489–513.

<sup>39</sup> Про затвердження Методичних рекомендацій оцінки ризиків вчинення повторного кримінального правопорушення повнолітніми особами, які вчинили кримінальні правопорушення (обвинувачуються у вчиненні кримінальних правопорушень): наказ Міністерства юстиції України від 26 червня 2018 р. № 2020/5 <[https://drive.google.com/file/d/15UntfM155aclZ\\_nI0jWq6VyHSktN8FMI/view](https://drive.google.com/file/d/15UntfM155aclZ_nI0jWq6VyHSktN8FMI/view)> (дата звернення: 21.01.2020).

вопорушення (обвинувачуються у вчиненні кримінальних правопорушень) у віці 14–18 років<sup>40</sup>.

Проблемі ризиків присвячена глава 52 “Система управління ризиками” Митного кодексу України. Зокрема, у ч. 1 ст. 361 наголошується: ‘Під ризиком розуміється ймовірність недотримання вимог законодавства України з питань державної митної справи’<sup>41</sup>. Ясна річ, що недотримання вимог митного законодавства може містити ознаки кримінально-правових ризиків.

Для практичних потреб у сфері протидії кримінально-правовим ризикам розроблені, зокрема: Критерії ризику легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансування тероризму та фінансування розповсюдження зброї масового знищення<sup>42</sup>; Методологія оцінювання корупційних ризиків у діяльності органів влади<sup>43</sup>. Останнім часом в Україні поступово впроваджується комплаєнс – система контролю та управління ризиками, що виникають зокрема через недотримання законодавства<sup>44</sup>. В аспекті предмета нашого дослідження допустимо виділяти, зокрема, юридичний, а в його межах – кримінально-правовий комплаєнс.

Отже, у пізнавальному процесі соціального феномена “кримінально-правові ризики” останні, повторимо, не слід ототожнювати винятково з обставиною, що виключає злочинність діяння. Предметом регулювання кримінального права охоплюється (чи тісно пов’язане з таким предметом) доволі широке коло проблем, які продукують чи здатні продукувати зазначені ризики. А. Жалінський цілком обґрунтовано вважав, що на громадському рівні проблематика кримінально-правових ризиків сполучається з проблематикою значно ширшою (за його термінологією, це рівні кримінального правотворення і правовиконання) – із принципом законності, і зокрема початком визначеності кримінального закону,

<sup>40</sup> Затверджено Методичні рекомендації оцінки ризиків вчинення повторного кримінального правопорушення неповнолітніми правопорушниками’ (*Пробація України*, 20.12.2018) <<http://www.probat.gov.ua/?p=2308>> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>41</sup> Митний кодекс України: Закон України від 13 березня 2012 р. № 4495-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4495-17>> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>42</sup> Критерії ризику легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансування тероризму та фінансування розповсюдження зброї масового знищення, затверджені наказом Міністерства фінансів України від 8 липня 2016 р. № 584 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1047-16>> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>43</sup> Методологія оцінювання корупційних ризиків у діяльності органів влади, затверджена рішенням Національного агентства з питань запобігання корупції 2 грудня 2016 р. № 126 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1718-16>> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>44</sup> Термін “комплаєнс” походить від англійського дієслова “*to comply*”, у перекладі означає “дотримуватися”. За Оксфордським словником англійської мови комплаєнс – це ‘дія або факт відповідності до бажання чи команди’. Кембриджський словник англійської мови це поняття визначає як ‘дію відповідно до запиту, правила чи вказівки’. Див., зокрема: ‘Compliance. English Oxford Dictionaries Online’ <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/compliance>> (accessed: 08.03.2020); ‘Compliance. Cambridge Dictionary Online’ <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/compliance>> (accessed: 08.03.2020); Дарина Сидоренко, ‘Комплаєнс: why do we need it?’ <<https://yur-gazeta.com/publications/practice/insh/komplaens-why-do-we-need-it.html>> (дата звернення: 07.03.2020).



межами розсуду осіб, що його застосовують, співвідношенням казуїстичних і загальних диспозицій, бланкетністю, оціночними ознаками і станом інших кримінально-правових інститутів, засобів, конструкцій, що забезпечують реалізацію цілей кримінального закону<sup>45</sup>.

Зазначений перелік не є вичерпним. Наприклад, кримінально-правові ризики виникають у разі неузгодженості між чинними нормативно-правовими актами, що зумовлено, зокрема, проблемою ієрархії останніх (про це йтиметься далі). І за будь-яких обставин такі ризики завжди стають реальною проблемою не лише як наслідок порушення принципу законності, а й через нехтування верховенством права загалом.

Важливо також наголосити, що своєрідні ризики породжуються будь-яким злочином і видами злочинності, зокрема організованої злочинності. Такі ризики далеко не завжди є кримінально-правовими, оскільки діяння правопорушників зазвичай не спрямовані на досягнення суспільно корисного результату.

Тут необхідно ще раз підкреслити, що кримінально-правові ризики можуть виникати і через проблеми у кримінально-процесуальному чи кримінально-виконавчому законодавстві, або у процесі реалізації оперативно-розшукових заходів. Наприклад, О. Дудоров слушно зазначає, що положення про примирення, передбачені КК і Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК України)<sup>46</sup>, не узгоджені між собою: це різні способи врегулювання кримінально-правових конфліктів<sup>47</sup>. Подібна ситуація свідчить на користь ухвалення спеціального закону про медіацію, в якому були б прописані відповідні концептуальні положення правової політики нашої держави.

Аналогічні колізії існують між нормами кримінального та кримінально-виконавчого законодавства, що ускладнюють юридичну практику<sup>48</sup>. Із цього приводу риторичним визнаємо запитання О. Гороха, що актуалізовано у раніше опублікованій ним статті з назвою “Чи є законним звільнення від покарання з підстав, не передбачених Кримінальним кодексом України?”<sup>49</sup>.

Зі свого боку кримінально-процесуальні ризики породжуються кримінальним законом, але реалізуються шляхом ухвалення кримінально-

<sup>45</sup> Жалинский (н 27) 242.

<sup>46</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>47</sup> О Дудоров, ‘Проблеми звільнення від кримінальної відповідальності у зв’язку з примиренням винного з потерпілим у контексті КПК України 2012 р.’ в Дудоров О, *Кримінальне право: теорія і практика (вибрані праці)* (Ваіте 2017) 138–9.

<sup>48</sup> Див., наприклад: О Горох, *Сучасні кримінально-правові проблеми звільнення від покарання та його відбування* (Дакор 2019) 105–14.

<sup>49</sup> Див.: О Горох, ‘Чи є законним звільнення від покарання з підстав, не передбачених Кримінальним кодексом України?’ (2016) 4 Наука і правоохорона 163–8.

процесуальних рішень і посилюються ними. Своєрідну детермінацію можна спостерігати і під час утворення кримінально-виконавчих ризиків з “вини” кримінального закону.

Класифікувати кримінально-правові ризики – справа доволі складна. На нашу думку, будь-які кримінально-правові ризики можуть існувати лише на рівні законодавства і застосування.

Доцільно виділяти кримінально-правові ризики в широкому і вузькому значенні. У широкому – це ризики:

1) як ті, що породжені кримінальним законом, так і ті, що виникають через правове регулювання (або його відсутність), зокрема у кримінально-процесуальних, кримінально-виконавчих, оперативно-розшукових або цивільно-правових відносинах (чи навпаки – породжуються, зокрема, ухваленням/скасуванням, наприклад, кримінального процесуального або кримінально-виконавчого закону); йдеться, окрім того, про правове регулювання, що здійснюється не обов’язково законами, а й іншими нормативно-правовими актами різної галузевої належності, інколи – не своєчасне ухвалення, або ж відсутність уваги чи неналежне реагування суб’єкта нормотворення, у разі явної необхідності регулювання певних суспільних відносин;

2) ризики, що виникають у сфері юридичної практики – застосування/незастосування норм, зокрема кримінального права і кримінального процесу, кримінально-виконавчого права, адміністративного права й процесу, митного права, а також у сфері оперативно-розшукової діяльності.

Ризики у вузькому значенні – ті, що породжені винятково кримінальним законом (пов’язані з його ухваленням, скасуванням, зміною, доповненням) та (або) його застосуванням (незастосуванням) на практиці. Змістом таких ризиків не охоплюється аналіз і врахування впливу як фактору ризиків відповідного кримінального закону на правові відносини, що зазначені вище.

Кримінально-правові ризики в широкому розумінні (якщо вони хоча б якось стосуються кримінальних правовідносин), до певної міри охоплюють інші види ризиків; їх розмаїття відображає, конкретизує специфіку вияву кримінально-правових ризиків.

Очевидно, особливим видом ризиків у кримінальному праві є підстави визнавати *глобальні кримінально-правові ризики* (поряд із ними допустимо виокремлювати *міжнародні кримінально-правові ризики*). Цей висновок ґрунтується, зокрема, на матеріалах Глобального звіту про ризики 2017 р.<sup>50</sup>.

<sup>50</sup> Див.: The Global Risks Report 2017, 12th Edition (World Economic Forum) <[http://www3.weforum.org/docs/GRR17\\_Report\\_web.pdf](http://www3.weforum.org/docs/GRR17_Report_web.pdf)> (accessed: 21.01.2020).

Див. також: У Зибер, ‘Границы уголовного права. Основные положения и призывы новой

Під кримінально-правовими ризиками (або необґрунтовано завищеними кримінально-правовими ризиками<sup>51</sup>) А. Жалінський пропонує розуміти небезпеку бути підданим кримінальному переслідуванню без законних матеріально-правових підстав для цього або зазнати різного роду обмеження, які пов'язані з попередньою або остаточною (що набрала чинності чи скасована) оцінкою діяння як злочину<sup>52</sup>.

Аналізоване визначення містить важливі складники, але не видається бездоганним. Передусім не вбачається підстав для ототожнення понять “ризик” і “небезпека” (про це йшлося вище), а тому визначати одне через інше є некоректним. Ризик – це поєднання об'єктивного і суб'єктивного у поведінці людини. Очевидно, більш точним, повторимо, буде сприйняття ризику як “усвідомлена можливість небезпеки”. Н. Луман розрізняв поняття “ризик” і “небезпека” у такий спосіб:

Розрізнення передбачає <...>, що існує невпевненість [*Unsicherheit*] щодо майбутньої шкоди. Тут є дві можливості. Або очікувана шкода розглядається як наслідок рішення, тобто ставиться в вину рішенню. Тоді ми говоримо про ризик, саме про ризик рішення. Або ж вважається, що причини такої шкоди знаходяться зовні, тобто ставляться в вину зовнішньому світу. Тоді ми говоримо про небезпеку<sup>53</sup>.

Привертає також увагу домінуючий акцент на процесуальному елементі у визначенні А. Жалінського. Хоча, з одного боку, матеріально-правові підстави, на яких цілком справедливо наголошує автор, і процесуальна діяльність слідчого, прокурора та судді – з другого боку, тісно взаємопов'язані, зміст кримінально-правових ризиків має значно ширше наповнення. Звідси й визначення поняття, що розглядаємо, видається усіченим.

Відповідно до Кримінально-процесуального кодексу Російської Федерації ‘кримінальне переслідування – процесуальна діяльність, здійснювана стороною обвинувачення з метою викриття підозрюваного, обвинуваченого у вчиненні злочину’ (п. 55 ч. 1 ст. 5)<sup>54</sup>. Це приклад того, як на законодавчому рівні ухвалюються рішення, що продукують кримінально-

исследовательской уголовно-правовой программы Института зарубежного и международного права им. Макса Планка' [2009] 1(16) Криминология: вчера, сегодня, завтра 15–78.

<sup>51</sup> Оскільки А. Жалінський наділяв кримінально-правові ризики такою їх ознакою, як “необґрунтовано завищені”, можна припустити, що, на думку вченого, навіть без такого їх ступеня якості, ризики притаманні завжди будь-яким кримінальним правовідносинам. Якщо ми правильно зрозуміли застереження автора, то воно додатково свідчить на користь визнання перспективним напрямом дослідження питання щодо класифікації кримінально-правових ризиків.

<sup>52</sup> Жалинский (н 27).

<sup>53</sup> Луман (н 2) 150.

<sup>54</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ <[http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_34481](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_34481)> (дата звернення: 21.01.2020).

правові ризики притягнення до кримінальної відповідальності невинуватого: процесуальна діяльність сторони обвинувачення має бути спрямована і на спростування підстав підозрювати особу, яка непричетна до вчинення злочину.

Розглядаючи поняття кримінального переслідування (на ґрунті українського законодавства), слід зазначити таке. За тлумачними словниками поняття “переслідування” може вживатися у багатьох значеннях. Саме такий підхід спостерігається у відповідних нормах КК України і КПК України. А сполука слів “кримінальне переслідування” вживається лише у ч. 1 ст. 542 КПК України: ‘<...> перейняття кримінального переслідування <...>’. При цьому визначення аналізованого поняття відсутнє. По суті, йдеться про ‘кримінальне провадження – досудове розслідування і судове провадження, процесуальні дії у зв’язку із вчиненням діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність’ (п. 10 ч. 1 ст. 3 КПК України<sup>55</sup>).

Якщо кримінальне провадження – це сфера кримінального процесу, то кримінальна відповідальність, покарання та інші заходи кримінально-правового характеру є феноменами передусім кримінального права. Саме на них має ґрунтуватися розуміння кримінально-правових ризиків. Також слід пам’ятати, що ризик – це усвідомлений вибір варіанта поведінки, пов’язаний із якимось рішенням. Причому відмова від певного рішення також є рішенням<sup>56</sup>. І, звісно, ризик з’являється лише там, де існує невизначеність – зокрема юридична чи професійна.

Отже, на нашу думку (не претендуючи на довершеність дефініції), у законодавчому і правозастосовному аспекті кримінально-правові ризики – це усвідомлена особою, за умов невизначеності, ймовірність небезпеки (настання небажаних, зокрема суспільно небезпечних наслідків у сфері кримінальних правовідносин) у разі ухвалення чи відмови від ухвалення нею відповідного рішення для досягнення суспільно корисного результату.

Ще раз наголошуємо: за своєю природою ризик є універсальним феноменом. І тому запропоноване визначення загалом може поширюватися на будь-яку галузь права. Відмінність ризиків полягає у сфері їх виникнення – відповідних суспільних відносинах. У нашому випадку ризики стосуються кримінальних правовідносин.

Зазначена у визначенні можливість настання суспільно небезпечних наслідків виникає, наприклад, унаслідок: ухвалення кримінального закону, що суперечить Конституції України або чинним міжнародним до-

<sup>55</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України (н 46).

<sup>56</sup> Луман (н 2) 155.

говорам, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України; безпідставного притягнення або непритягнення до кримінальної відповідальності чи незаконного звільнення від такої відповідальності; призначення несправедливого покарання; незаконного застосування (незастосування) примусових заходів медичного характеру чи інших заходів кримінально-правового характеру; віктимної поведінки потерпілого від злочину. Те саме стосується й незаконного застосування (незастосування) інституту звільнення від покарання та його відбування, інститутів амністії та помилування. При цьому необхідно пам'ятати застереження У. Бека: 'Головне слово для вираження невігластва щодо розуміння ризиків – "допустима межа"'<sup>57</sup>.

У дослідженні проблеми кримінально-правових ризиків видається продуктивним акцентувати на двох взаємопов'язаних аспектах. Умовно йдеться про:

1) стадію формування ризиків (*статичний етап*) – певний стан (небезпеки) людини, в якому вона перебуває через юридичну невизначеність (у момент її усвідомлення, відчуття), що загрожує настанням небажаних наслідків;

2) стадію вияву ризиків (*динамічний етап*) – коли в умовах зазначеного стану, через ухвалення чи відмову від ухвалення відповідного рішення, людина намагається у певний спосіб досягти бажаного результату (зокрема, запобігти настанню очікуваних небажаних наслідків або мінімізувати їх).

Проілюструємо конкретний вияв аналізованої проблеми. Вітчизняному законодавцю нерідко бракує зусиль для забезпечення загального принципу юридичної визначеності у процесі кримінально-правового регулювання. Своєрідним прикладом породження кримінально-правових ризиків є законодавча історія, яка вже ніби стерлася з пам'яті. Йдеться про Закон України "Про запобіжне затримання особи". Відповідно до ст. 2 цього акта начальник органу внутрішніх справ або органу служби безпеки вправі був затримати особу терміном до 30 діб 'за наявності достатніх даних, отриманих відповідно до законів України, які дають підстави підозрювати особу у готуванні або вчиненні тяжких злочинів у складі організованої групи'<sup>58</sup>. Під час такого позбавлення волі проводилися оперативно-розшукові та слідчі дії (вилучалися документи та матеріали, проводилися ревізії, експертизи, огляд приміщень, споруд, транспортних засобів, техніки, що були у розпорядженні затриманого, виконувалися інші процесуальні дії). І все це робилося за межами

<sup>57</sup> Бек (н 6).

<sup>58</sup> Про запобіжне затримання особи: Закон України від 29 липня 1994 р. № 150/94-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/150/94-%D0%B2%D1%80/print>> (дата звернення: 21.01.2020).

кримінального законодавства і процесу. Кримінальна справа щодо затриманого порушувалася лише у разі, якщо протягом строку запобіжного затримання у діях особи були встановлені ознаки злочину (ст. 5). Якщо ж виникали невідповідності між нормами аналізованого Закону та нормами Кримінально-процесуального кодексу України, то до порушення кримінальної справи застосовувалися норми цього Закону (ст. 11).

Показовим є також те, що дію цього Закону було продовжено до 1 липня 1995 р. (і відповідно – припинено від моменту зазначеного терміну) постановою<sup>59</sup> (!) Верховної Ради України “Про продовження дії Закону України ‘Про запобіжне затримання особи’”<sup>60</sup> Тобто громадяни потерпали від сваволі держави на підставі неправового закону, що був носієм (джерелом) кримінально-правових і кримінально-процесуальних ризиків. Водночас, власне, ухвалення аналізованого Закону слід визнавати такими ризиками. Зазначені ризики нерідко перетворювалися у реальні правові (та іншого характеру) суспільно небезпечні наслідки – незаконне притягнення до кримінальної відповідальності невинуватих або ж непритягнення до такої відповідальності справжніх (латентних) злочинців. На всі 100 % мав рацію У. Бек: ‘Ризики можна узаконювати у такий спосіб, що їх *небажане* виробництво будуть *не помічати*’<sup>61</sup>. Отже, якщо юридична невизначеність породжена законодавством, вона априорі ускладнює ризикову ситуацію і вибір правильного рішення стає більш проблематичним, а то й неможливим.

Європейський суд з прав людини у рішенні у справі “Солдатенко проти України” (*Soldatenko v. Ukraine*) від 23 жовтня 2008 р. зазначив, зокрема, таке: у випадку, коли національний закон передбачає можливість позбавлення свободи, такий закон має бути достатньо доступним, чітко сформульованим і передбачуваним у своєму застосуванні – для того, щоб виключити будь-який ризик свавілля (п. 111). З-поміж інших аргументів, це положення використано Конституційним Судом України 29 лютого 2019 р., під час ухвалення ним рішення у справі щодо відповідності Конституції України (конституційності) ст. 368<sup>2</sup> КК Украї-

<sup>59</sup> Сьогодні на загальнотеоретичному рівні не вбачаються відмінності між кодексом та іншими законами (в аспекті їх юридичної сили). Існують також інші суперечливі моменти – наприклад, пов’язані з розумінням багаторівневої вертикалі системи джерел права, або ж у разі “зіткнення” норм актів різних галузей законодавства, а також проблеми співвідношення загальних і спеціальних законів. Маємо переконання у тому, що вже давно необхідно розробити й ухвалити закон про ієрархію нормативно-правових актів. У зв’язку з цим заслуговує на увагу праця: А Петров и В Шафиров, *Предметная иерархия нормативных правовых актов* (Перспект 2014).

<sup>60</sup> Про продовження дії Закону України “Про запобіжне затримання особи”: Закон України від 22 грудня 1994 р. № 319/94-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/319/94-%D0%B2%D1%80>> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>61</sup> Бек (н 6) 23.

ни<sup>62</sup>; Суд визнав такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною), ст. 368<sup>2</sup> цього Кодексу<sup>63</sup>.

У рішенні, зокрема, зазначено, що законодавче визначення ознак такого злочину, як незаконне збагачення, у ст. 368<sup>2</sup> КК України не відповідає принципу *юридичної визначеності*. До речі, за інформацією Н. Холодницького, за весь період роботи Спеціальної корупційної прокуратури та Національного антикорупційного бюро України було розпочато розслідування у 106 кримінальних провадженнях і не ухвалено жодного вироку. Однак чи може це означати, що кримінально-правові ризики були породжені ухваленням саме такого законодавчого рішення? Можливо, немічна чинність відповідних норм обумовлена хибним праворозумінням практиків?

Розмірковуючи над ситуацією, що розглядається, пропонуємо для обговорення назрілу новацію. На нашу думку, доцільним було б на стадії досудового провадження (а також у суді першої та апеляційної інстанцій) установити можливість участі спеціаліста з *питань права* – на кшталт інституту *amicus curiae*. Чому в касаційній інстанції функціонує Науково-консультативна рада при Верховному Суді (йдеться про можливість надання, власне, наукових висновків з питань права, а не про інституцію як таку, що може формувати правові позиції), а на інших стадіях процесу подібна практика ігнорується? Таке запровадження, з дотриманням вимог щодо нерозголошення таємниці досудового розслідування, слугувало б усуненню багатьох кримінально-правових ризиків ще на стадії досудового розслідування.

Послідовність наших міркувань обумовлює критичне ставлення до запровадження у законодавстві “індивідуальної амністії”. Стверджує-

<sup>62</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України від 26 лютого 2019 р. № 1-п/2019 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19>> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>63</sup> Можна припустити, що це рішення належить до контрверсійних. Невипадково четверо суддів із вісімнадцяти голосували проти такого рішення. Цілком зрозуміло, що воно матиме негативні наслідки – окрім політичних і репутаційних ризиків для держави, детермінує руйнацію важливої складової нормативної системи протидії корупції. З приводу цього Рішення див., зокрема: “розбіжну думку” судді С. Головатого, окремі думки суддів В. Колісника, В. Лемака, І. Сліденка; ґрунтовний Висновок *AMICUS CURIAE* “Про конституційний Суд України” щодо відповідності Конституції України статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України, який підготовлений у межах програми Європейського Союзу “Антикорупційна ініціатива ЄС в Україні” (*EUACI*) та оприлюднений ще у червні 2018 р. У Висновку “друга суду” на підставі аналізу міжнародних стандартів у сфері протидії незаконному збагаченню, зарубіжної судової практики та українського законодавства авторитетні спеціалісти переконливо стверджують про відповідність Конституції України ст. 368<sup>2</sup> КК України: Висновок *amicus curiae*, підготовлений Інґрідою Данселене, Дмитром Котляром, Клеменсом Мюллером, а також Дейніосом Жалімасом та Ноною Цоцорія та наданий згідно з частиною 3 статті 69 Закону України “Про Конституційний Суд України” про конституційне подання (№ 1/12-2017 від 12 грудня 2017 р.) щодо відповідності Конституції України статті 368<sup>2</sup> Кримінального кодексу України <[https://euaci.eu/assets/userfiles/resources/AMICUS%20CURIAE%20BRIEF\\_very%20final%20Ukr.pdf](https://euaci.eu/assets/userfiles/resources/AMICUS%20CURIAE%20BRIEF_very%20final%20Ukr.pdf)> (дата звернення: 21.01.2020).

мо, що внаслідок такої ініціативи поняття амністії втрачає юридичну визначеність: це ніби “амністія”, що начебто схожа на “помилування”, а насправді це не амністія і не помилування. За умови визнання того факту, що амністія і помилування – самостійні правові інститути (ґрунтуємо своє бачення передусім на положеннях Конституції України), такого виду звільнення винуватої особи не повинно бути в природі.

Шляхом ухвалення окремого закону Верховна Рада України як законодавчий орган не може вирішувати долю конкретної людини, це не її функція. А саме так і сталося, коли 27 лютого 2014 р. ухвалили Закон України “Про внесення змін до Закону України ‘Про застосування амністії в Україні’ щодо повної реабілітації політичних в’язнів”. У його Прикінцевих положеннях передбачено: ‘Застосувати повну індивідуальну амністію’, і далі – перелік конкретно визначених осіб: прізвища, імена та по батькові 42-х людей<sup>64</sup>. Тим самим цей акт був позбавлений нормативного характеру, тобто не є законом. Зазначене рішення Верховної Ради України належить до правозастосовних актів, причому є таким, що не ґрунтується на законодавстві. Новела про так звану індивідуальну амністію стирає розмежувальну ознаку між інститутами амністії та помилування. Зрештою, парламент перебрав на себе функції суду. І все це відбулося у супереч нормам КК України.

Аналізована ситуація знову повертає нас до проблеми ієрархії нормативно-правових актів. Відповідно до ч. 1 ст. 86 КК України ‘амністія оголошується законом України стосовно певної категорії осіб’<sup>65</sup> (виділено нами – А. М.). Тобто нині КК України не передбачає індивідуальної амністії. І це є нормальним з огляду на правову природу амністії. У подібній ситуації взагалі варто було б брати до уваги статус такого неординарного, системного закону, яким є кодифікований акт – КК України. Однак теорія, а за нею і юридична практика цього “не сповідує”. У подальшому створена колізія норм породжуватиме кримінально-правові ризики “амністування” осіб, які можуть бути конкретно поіменовані у відповідному законі України, з усіма суспільно небезпечними наслідками від такого прощення.

Відомі обставини, за яких ухвалювався аналізований акт від 27 лютого 2014 р., сьогодні відсутні, тому у законодавця є всі підстави скасувати положення про індивідуальну амністію.

У межах статті неможливо всебічно розглянути задекларовану проблему, для цього існують інші ресурси, а тут важливо окреслити подальший

<sup>64</sup> Про внесення змін до Закону України “Про застосування амністії в Україні” щодо повної реабілітації політичних в’язнів: Закон України від 27 лютого 2014 р. № 792-VII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/792-18>> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>65</sup> Кримінальний кодекс України (н 37).



розвиток її пізнання. На нашу думку, перспективні дослідження проблеми кримінально-правових ризиків мають охоплювати, зокрема, такі питання: поняття кримінально-правових ризиків (з висвітленням суміжних понять – безпека, небезпека, загроза, погроза, кримінально-правова помилка, вина, казус, причинний зв'язок, презумпція невинуватості); класифікація кримінально-правових ризиків; глобальні кримінально-правові ризики; причини кримінально-правових ризиків (ким і чим вони породжуються); соціальна та кримінологічна обумовленість кримінально-правових ризиків; межі кримінально-правового впливу у сфері регулювання суспільних відносин; вплив кримінально-правових ризиків на дієвість кримінально-правової політики; кримінально-правові ризики, пов'язані з російською агресією проти України; кримінально-правові ризики на шляху євроінтеграційних процесів; напрями подолання ризиків у кримінально-правовій політиці (зокрема: прогнозування кримінально-правових ризиків; удосконалення кримінально-правових рішень на законодавчому рівні; запобігання кримінально-правовим ризикам у правозастосуванні); відповідальність за кримінально-правові ризики.

На завершення доречно актуалізувати важливу кримінологічну проблему, пов'язану з феноменом ризику-страху.

У. Бек привернув увагу до такого. Русійну силу класового суспільства можна висловити однією фразою: “Я хочу їсти!”. Русійна сила суспільства ризику виражається фразою: “Я боюся!”. Місце *спільності* нужди займає *спільність страху*. Тип суспільства ризику маркує в цьому сенсі епоху, в якій виникає і стає політичною силою *спільність страху*. Але поки що зовсім незрозуміло, як діє сила, що згуртовує в страху. Наскільки міцні суспільства страху? Які мотивації, яку енергію дії вони вивільнюють? Як поводитиме себе ця нова солідарна спільність, охоплена страхом? Чи здатна соціальна сила страху підірвати індивідуальне ощадливе прагнення до вигоди? Якою мірою спільності, що породжують страх, здатні до компромісів? У які форми вони об'єднуються для дії? Чи спонукає страх до ірраціоналізму, екстремізму, фанатизму? Досі страх не був основою раціональної дії. Чи залишається правильною ця гіпотеза? Можливо, страх, на відміну від матеріальної нужди, є доволі хиткою підставою для політичних рухів? Чи не може спільність страху розпастися від легкого протягу контрпропаганди?

Кого хвилюють зазначені питання, той повинен цікавитися – разом із технічними, хімічними, біологічними, медичними ноу-хау – *соціальним і політичним потенціалом суспільства ризику*<sup>66</sup>.

<sup>66</sup> Бек (н 6) 36, 37.

У цьому аспекті цікавими є (не лише для науковців, а й для української влади, політиків) результати оригінального соціологічного дослідження (експерименту), проведеного упродовж 14-ти місяців у межах знаменитої програми “Свобода слова”, під час якого діагностувалася тріада емоцій – страх, приниження і надія<sup>67</sup>.

Феномен ризику-страху обмежує свободу наукового мислення. Здебільшого він визначав (і в наш час має таку властивість) відповідне ставлення науковців до пізнання багатьох питань. Зокрема, у період крайньої наукової обережності, пов’язаної зі страхом і соціальним оптимізмом, проблема необґрунтованих кримінально-правових ризиків не виокремлювалася як самостійна і злободенна<sup>68</sup>. Чи стане хтось заперечувати цю істину, пригадуючи принаймні епоху “соціалістичної законності”?

Висновки. Таким чином, у суспільстві правових ризиків останні притаманні будь-якій галузі законодавства. Можна і необхідно вести мову, зокрема, про кримінально-правові, кримінально-процесуальні, кримінально-виконавчі ризики. Причому вони перебувають у тісному взаємозв’язку, нерідко одні з них – детермінують інші. У цьому перебігу подій всілякі ризики супроводжують також діяльність відповідних органів, установ, поведінку фізичних осіб, тобто юридичну практику. Актуалізована проблема заслуговує бути предметом дослідження на рівні докторських дисертацій.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored books*

1. Albrecht H-Jo, *Criminal preventive risk assessment in the law-making procedure* (Freiburg i. Br.: ed Iuscrim 2002) (in English).
2. Arjamov A, *Obshhaja teorija riska (juridicheskij, jekonomicheskij i psihologicheskij analiz) [General Risk Theory (Legal, Economic, and Psychological Analysis)]* (Rossijskaja akademija pravosudija 2009) (in Russian).
3. Buromens'kij M ta inshi, *Korupcijni riziki v kriminal'nomu procesi ta sudovij sistemi [Corruption Risks in Criminal Process and in the Court System]* (2009) (in Ukrainian).
4. Grinberg M, *Problema proizvodstvennogo riska v ugovnom prave [The Issue of Occupational Risk in Criminal Law]* (Gosjurizdat 1963) (in Russian).
5. Horokh O, *Suchasni kryminalno-pravovi problemy zvilnennia vid pokarannia ta yoho vidbuvannia [Modern Criminal Law Issues Relating to Release from Punishment and Its Serving]* (Dakor 2019) (in Ukrainian).

<sup>67</sup> Савик Шустер, *Свобода слова против страха и унижения. Социальный эксперимент в прямом эфире и первая карта эмоций Украины* (Брайт Стар Паблицинг 2018) 304.

<sup>68</sup> Жалинский (н 27) 243.

6. Hrynenko I ta D Prokof'ieva-Ianchylenko ta B Sokrut, *Otsinka zahrozy orhanizovanoi zlochynnosti v Ukraini za 2015 rik (SOCTA/Ukraine-2015) [Assessment of Organized Crime Threat in Ukraine for 2015 (SOCTA/Ukraine-2015)]* (VAITE 2015) (in Ukrainian).
7. Hrynenko I ta inshi, *Metodolohiia otsiniuvannia ryzykiv ta zahroz orhanizovanoi zlochynnosti v Ukraini [Methodology for Assessing Risks and Threats of Organized Crime in Ukraine]* (Atika 2012) (in Ukrainian).
8. Hrynenko I ta inshi, *Ryzyky ta zahrozy orhanizovanoi zlochynnosti v Ukraini: stan ta perspektyvy [Risks and Threats of Organized Crime in Ukraine: Current Situation and Prospects]* (VAITE 2014) (in Ukrainian).
9. Hrynenko I ta Prokof'ieva-Ianchylenko D ta Sokrut B, *Prava liudyny ta upravlinnia ryzykamy orhanizovanoi zlochynnosti [Human Rights and Management of Organized Crime Risks]* (VAITE 2016) (in Ukrainian).
10. Hrynenko I, *Upravlinnia ryzykamy orhanizovanoi zlochynnosti v Ukraini [Management of Organized Crime Risks in Ukraine]* (2013) (in Ukrainian).
11. Kachynskiy A, *Bezpeka, zahrozy i ryzyk: naukovi kontseptsii ta matematychni metody [Security, Threats and Risk: Scientific Concepts and Mathematical Methods]* (2003) (in Ukrainian).
12. Lysenko V ta inshi, *Vyznachennia koruptsiinykh ryzykiv ta zapobihannia yim u diialnosti orhaniv DPS Ukrainy: problemy teorii ta praktyky [Corruption Risks Identification and Prevention in the Activities of the State Tax Service Bodies of Ukraine: Issues of Theory and Practice]* (Alerta 2010) (in Ukrainian).
13. Ojgenziht V, *Problema riska v grazhdanskom prave. Chast' Obshhaja [The Issue of Risk in Civil Law. General Part]* (1972) (in Russian).
14. Ojgenziht V, *Volja i voleiz'javlenie (Ocherki teorii, filosofii i psihologii prava) [Will and Expression of Will (Essays on the Theory, Philosophy, and Psychology of Law)]* (Donish 1983) (in Russian).
15. Petrov A i Shafirov V, *Predmetnaja ierarhija normativnykh pravovykh aktov [Subject Hierarchy of Regulatory Legal Acts]* (Prospekt 2014) (in Russian).
16. Shuster S, *Svoboda slova protiv straha i unizhenija. Social'nyj jeksperiment v prjamom jefire i pervaja karta jemocij Ukrainy [Freedom of Speech Against Fear and Humiliation. Social Experiment Live and the First Emotions Map of Ukraine]* (Brajt Star Publishing 2018) (in Russian).
17. Zhalinskij A, *Ugolovnoe pravo v ozhidanii peremen: teoretiko-instrumental'nyj analiz [Criminal Law in Anticipation of Changes: Theoretical and Instrumental Analysis]* (2009) (in Russian).

*Edited and translated books*

18. *Anomalii v tsyvilnomu pravi Ukrainy: navchalno-praktychnui posibnyk [Anomalies in Civil Law of Ukraine: Study and Training Guide]* (Maidanyk R vidp. red., Yustinian 2007) (in Ukrainian).
19. Bek U, *Obshhestvo riska. Na puti k drugomu modernu [Risk Society. On the Way to Another Modern]* (Sedel'nik V i Fedorova N per s nem, Progress-Tradicija 2000) (in Russian).
20. Berezhniuk I (zah red), *Upravlinnia ryzykamy v mytnii spravi: zarubizhnyi dosvid ta vitchyzniana praktyka [Management of Customs Risks: Foreign Experience and National Practice]* (PP Melnyk A A 2014) (in Ukrainian).
21. Dudorov O, 'Problemy zvilnennia vid kryminalnoi vidpovidalnosti u z'v'язku z prymyrenniam vynnogo z poterpilym u konteksti KPK Ukrainy 2012 r.' ['Issues of Release from Criminal Liability in Connection with Perpetrator and Victim Reconciliation in the Context of the Criminal Procedure Code of Ukraine of 2012'] v

Dudorov O, *Kryminalne pravo: teoriia i praktyka (vybrani pratsi) [Criminal Law: Theory and Practice (Selected Works)]* (Vaite 2017) (in Ukrainian).

22. Muzyka A, 'Kryminalno-pravovi ryzyky: postanovka naukovoï problemy' ['Criminal Law Risks: Research Issue Statement'] v *10 rokiv chynnosti Kryminalnoho kodeksu Ukrainy: problemy zastosuvannia, udoskonalennia ta podalshoi harmonizatsii iz zakonodavstvom yevropeïskykh krain: materialy mizhnar. nauk.-prakt. konf., 13–14 zhovtnia 2011 r. [Criminal Code of Ukraine in Force for 10 Years: Issues of Application, Improvement and Further Harmonization with Legislation of European Countries: Materials of International Scientific and Practical Conference, October 13–14, 2011']* (Tatsii V holov red, Borysov V zast holov red, Pravo 2011) (in Ukrainian).

#### Dictionaries

23. *Slovník ukraïnskoï movy [Dictionary of the Ukrainian Language]*, t 3 (Bilodid I red, Naukova dumka 1972) (in Ukrainian).  
24. *Slovník ukraïnskoï movy [Dictionary of the Ukrainian Language]*, t 8 (Bilodid I red, Naukova dumka 1977) (in Ukrainian).  
25. *Slovník ukraïnskoï movy [Dictionary of the Ukrainian Language]*, t 6 (Bilodid I red, Naukova dumka 1975) (in Ukrainian).

#### Journal articles

26. Azarov D, 'Kryminalna ta administratyvno-deliktna vidpovidalnist' ['Criminal and Administrative Delict Liability'] (2018) 2 *Naukovi zapysky NaUKMA. Yurydychni nauky* 99–109 (in Ukrainian).  
27. Horokh O, 'Chy ye zakonnym zvilnennia vid pokarannia z pidstav, ne peredbachenykh Kryminalnym kodeksom Ukrainy?' [Is it Legal to Exempt from Punishment for Reasons not Provided for in the Criminal Code of Ukraine? ' ] (2016) 4 *Nauka i pravookhorona* 163–8.  
28. Ivanov O, 'Global'nye riski i tendencii sovremennogo mira' ['Global Risks and Trends in the Modern World'] (2017) 1 *JeTAP: jekonomicheskaja teorija, analiz, praktika* 7–20 (in Russian).  
29. Luman N, 'Ponjatie riska' ['The Concept of Risk'] (1994) 5 *THESIS* 139–155 (in Russian).  
30. Ziber Ul'rih, 'Granicy ugolovnoho prava. Osnovnye položenija i pryzvyvy novoj issledovatel'skoj ugolovno-pravovoj programmy Instituta zarubežnogo i mezhdunarodnogo prava im. Maksa Plank' ['Boundaries of Criminal Law. Main Provisions and Appeals of the New Research Criminal Law Program of the Max Planck Institute for Foreign and International Law'] [2009] 1(16) *Kriminologija: vchera, segodnja, zavtra* 15–78 (in Russian).

#### Theses

31. Aleksandrov D, 'Interpretacionnyj risk v juridicheskoi dejatel'nosti i pravorealizujushhej praktike' ['Interpretative Risk in Legal Activity and Law Implementation Practice'] (avtoref dis kand jurid nauk, 2007) (in Russian).  
32. Bezzubov D, 'Iurydychnyj ryzyk pry zastosuvanni prymusu v sluzhbovo-boioivii diialnosti orhaniv vnutrishnikh sprav Ukrainy' ['Legal Risk in Case of Using Coercion in the Service and Combat Activities of the Internal Affairs Bodies of Ukraine'] (avtoref dys kand yuryd nauk, 2010) (in Ukrainian).  
33. Djatlov Ju, 'Pravorealizujushhij risk (problemy teorii i praktiki)' ['Law Implementation Risk (Issues of Theory and Practice)'] (avtoref dis kand jurid nauk, 2006) (in Russian).  
34. Frolov M, 'Pravovi aspekty ekolohichnoho ryzyku' ['Legal Aspects of Environmental Risk'] (avtoref dys kand yuryd nauk, 2001) (in Ukrainian).

35. Koreneva M, 'Administrativno-pravovyi mekhanizm znyzhennia yurydychnykh ryzykiv v zakhodakh prymusu orhaniv vykonavchoi vlady Ukrainy' ['Administrative Law Mechanism for Mitigating Legal Risks in Coercion Measures of the Executive Authorities of Ukraine'] (avtoref dys kand yuryd nauk, 2017) (in Ukrainian).
36. Krjuchkov R, 'Risk v prave: genezis, ponjatie i upravlenie' ['Risk in Law: Genesis, Concept and Management'] (avtofef dis kand jurid nauk, 2011) (in Russian).
37. Malysheva I, 'Zakonotvorcheskij risk: ponjatie, vidy, determinacija' ['Law-Making Risk: Concept, Types, and Determination'] (avtoref dis kand jurid nauk, 2007) (in Russian).
38. Mamchun V, 'Pravoprimeritel'nyj risk' ['Law Application Risk'] (avtoref dis kand jurid nauk, 1999) (in Russian).
39. Ozerov I, 'Kategorija riska v operativno-rozysknoj dejatel'nosti' [Risk Category in Operational Search Activities] (avtoref dis kand jurid nauk, 2001) (in Russian).
40. Tjuljakov D, 'Riski i mery zashhity v mehanizme pravovogo regulirovanija: obshheteoreticheskij aspekt' ['Risks and Protection Measures in the Mechanism of Legal Regulation: General Theoretical Aspect'] (avtoref dis kand jurid nauk, 2018) (in Russian).

#### Websites

41. Brandon Garrett L, 'Federal Criminal Risk Assessment' <<http://cardozolawreview.com/federal-criminal-risk-assessment/>> (accessed: 13.02.2020) (in English).
42. 'Compliance. English Oxford Dictionaries Online' <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/compliance>> (accessed: 08.03.2020) (in English).
43. 'Compliance. Cambridge Dictionary Online' <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/compliance>> (accessed:08.03.2020) (in English).
44. 'Vysnovok amicus curiae, pidhotovlenyi Inhridoiu Danielienie, Dmytrom Kotliarom, Klemensom Miullerom, a takozh Deiniusom Zhalimasom ta Nonoiu Tsotsoriia ta nadanyi zghidno z chastynoiu 3 statti 69 Zakonu Ukrainy "Pro Konstytutsiinyi Sud Ukrainy" pro konstytutsiine podannia (№ 1/12-2017 vid 12 hrudnia 2017 r.) shchodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy statti 368-2 Kryminalnoho kodeksu Ukrainy [Opinion of amicus curiae, prepared by Ingrid Danelene, Dmitry Kotlyar, Klemens Müller, as well as Deinus Zhalimas and Nona Tsotsoria and submitted in accordance with Article 69, paragraph 3 of the Law of Ukraine "On the Constitutional Court of Ukraine" on constitutional submission (No. 1/12-2017 2017) on the conformity of the Constitution of Ukraine with Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine]' <[https://euaci.eu/assets/userfiles/resources/AMICUS%20CURIAE%20BRIEF\\_very%20final%20Ukr.pdf](https://euaci.eu/assets/userfiles/resources/AMICUS%20CURIAE%20BRIEF_very%20final%20Ukr.pdf)> (accessed: 21.01.2020) (in Ukrainian).
45. 'Zatverdzheno Metodychni rekomendatsii otsinky ryzykiv vchynennia povtornoho kryminalnoho pravoporushennia nepovnolitnymi pravoporushnykamy' ['Approved Methodological Recommendations for Assessing the Risk of Re-Offending by Minor Offenders'] (*Probatsiia Ukrainy*, 20.12.2018) <<http://www.probat.gov.ua/?p=2308>> (accessed: 21.01.2020) (in Ukrainian).
46. Ivanov O, 'Globalnye riski i tendentsii sovremennogo mira' ['Global Risks and Trends of the Modern World'] <<https://cyberleninka.ru/article/n/globalnye-riski-i-tendentsii-sovremennogo-mira>> (accessed: 27.04.2019) (in Russian).
47. Sydorenko D, 'Komplaiens: why do we need it?' <<https://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/komplaiens-why-do-we-need-it.html>> (accessed: 07.03.2020) (in Ukrainian).

### ON THE CRIMINAL LAW RISKS: AN OVERVIEW OF THE ISSUE

**ABSTRACT.** The issue of risks as a social phenomenon is nothing new for any State, society, science or area of practical activity. However, this issue has not received sufficient attention in national legal science, and in the context of criminal law doctrine it is still waiting for its researchers. Here, we do not take into account the works focused on a known circumstance which excludes the criminal nature of an act (article 42 of the Criminal Code of Ukraine). Criminal law risks as the subject matter of the initiated research have multiple vectors and a different scale which necessitates a different content and level of cognition of risks as a systemic phenomenon in criminal law (legislation and doctrine), investigative and court practice.

This article aims at forming a general idea of criminal law risks. The concept that any criminal law norm can exist at the level of legislation and law application is substantiated.

It is expedient to single out criminal law risks in a broad and narrow sense. In a broad sense, there are risks: 1) both those generated by criminal law and those arising through legal regulation (or lack thereof), in particular, within criminal procedure, criminal executive and operative-investigative relationships (or vice versa – generated in particular by the adoption / repeal of, for example, criminal procedural or criminal executive law); it is also a matter of legal regulation, not necessarily by law, but also by other normative legal acts, sometimes – untimely adoption, or lack of attention or improper reaction of the subject of the rulemaking, in case of an obvious need to regulate certain social relationships; 2) risks arising in the field of legal practice – the application (or non-application) of rules, in particular, criminal law and criminal process, criminal executive law, administrative law and process, tax law, as well as in the field of operative-investigative activities.

Risks in the narrow sense are those created solely by criminal law (related to its adoption, repeal, amendment), or (and) its application (non-application) in practice. The content of such risks does not cover the analysis and consideration of the impact, as a risk factor, of the relevant criminal law on the legal relationships mentioned above.

Criminal law risks in a broad sense (if they, at least to some extent, are associated with relations under criminal law) are covered by other type of risks to a certain degree; their diversity reflects and elaborates the specifics with which criminal law risks are manifested. This refers, for example, to interpretative risks (legal, judicial, doctrinal), corruption risks, criminal procedure, criminalistic and correctional risks, as well as risks present in operational search and customs activities, and political risks. However, it should be borne in mind that all types of risks (including criminal law risks) do not exist in their pure form. Their independence is relative.

Obviously, there are reasons to recognize global criminal law risks as a special type of risks in criminal law (and international criminal law risks may be distinguished next to them).

According to the author, criminal law risks are a person's perceived, in the face of uncertainty, the probability of danger (the occurrence of undesirable, in particular, socially dangerous consequences in the sphere of criminal relationships) in the case of making or refusal to make the appropriate decision to achieve a socially beneficial outcome.

The article provides an illustration of a specific manifestation of criminal law risks at the legislative level, and outlines the perspective development of cognition of the issue of criminal law risks.

**KEYWORDS:** risks; society of legal risks; legal risks; criminal law risks; criminal procedure risks; correctional risks; global criminal law risks.

## II. Наукознавчі та юридичні аспекти доктрини Загальної частини кримінального права

DOI: 10.33498/opus-2020-02-119



Микола Хавронюк

доктор юридичних наук, професор,  
заслужений юрист України,  
професор кафедри кримінального  
та кримінального процесуального права  
Національного університету  
“Києво-Могилянська академія”  
(Київ, Україна)  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1304-9298>  
kunorvahk@gmail.com

УДК 343.2

### ПРОСТУПОК, ЙОГО СУТНІСТЬ І ПОРЯДОК ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ТА СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ: НОВІТНІ СЕРЕДНЬОАЗІЙСЬКІ ПІДХОДИ, ПОРІВНЮЮЧИ З УЖЕ ВІДОМИМИ

**АНОТАЦІЯ.** Досліджується проблема визначення поняття проступку як виду правопорушення, відмінного від злочину, та адміністративного правопорушення у контексті Закону України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень”.

Мета статті – з урахуванням досвіду держав, які йдуть паралельними шляхами, знайти оптимальні моделі проступку, правових наслідків його вчинення, пов’язано з цим порядку його досудового розслідування і судового розгляду.

У статті здійснюється порівняльний аналіз підходів до визначення проступку, які були застосовані на зламі ХХ ст. у пострадянських державах Балтії, пізніше – в окремих пострадянських середньоазійських державах, а також тих, що були застосовані як у чинному кримінальному процесуальному законодавстві України, так і в проектах законів щодо його зміни. Визначено, що підставою для виділення проступків як окремого виду правопорушення є тільки його відмінна від злочину й адміністративного правопорушення правова природа: це діяння, яке, з одного боку, не спричинює значної чи тяжкої шкоди в розумінні Кримінального кодексу України і не створює загрози спричинення тяжкої шкоди, а з другого – не є управлінським за своєю суттю.

Оскільки проступки є окремим видом правопорушення, то відповідальність за них має бути передбачена окремим законом. Можливість спрощення відповідної процедури залежить від певних факторів, зокрема: вчинення діяння в умовах очевидності, коли факт вчинення діяння та особа, яка його вчинила, є явними; за вчинення діяння призначається судове стягнення (покарання), яке особа може відбутися без розірвання соціальних зв’язків і без надзвичайних обтяжень для неї; заперечення особою очевидності правопорушення і відмова від виконання стягнення (пока-

© Микола Хавронюк, 2020

Микола Хавронюк

рання) створює для неї серйозний ризик бути засудженою у загальному порядку до більш серйозного стягнення (покарання); потерпілий готовий до примирення, адже завдана йому майнова і моральна шкода відшкодована повністю чи частково, – вони схиляють особу до визнання вини, незаперечення доказів, відшкодування шкоди потерпілому і примирення з ним. У законодавстві України може бути передбачено принаймні три окремих порядки розслідування і судового розгляду проступків.

Ключові слова: проступок; кримінальне правопорушення; злочин; порядок досудового розслідування проступків; порядок судового розгляду проступків.

22 листопада 2018 р. Верховна Рада України прийняла Закон України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень”, який має набрати чинності 1 липня 2020 р. (далі – Закон № 2617-VIII)<sup>1</sup>.

Відповідно до нових редакцій статей 11 і 12 Кримінального кодексу України (далі – КК України)<sup>2</sup> вводиться поняття “кримінальне правопорушення”, кримінальні правопорушення поділяються на кримінальні проступки (далі – проступок) і злочини, проступок відрізняється від злочину лише формально – покаранням: воно не може передбачати позбавлення волі, а штраф за проступок не може перевищувати 3 000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Врешті ж проступок і злочин майже нічим не відрізняються: як і злочин, проступок є суспільно небезпечним винним діянням; як і злочин, проступок тягне за собою судимість; вина як у злочині, так і в проступку має бути встановлена обвинувальним вироком суду. Незважаючи на це, порядок досудового розслідування і судового розгляду проступків, згідно з Законом № 2617-VIII, значно відрізняється від аналогічного порядку щодо злочинів. Відповідно до положень статей 38, 40<sup>1</sup>, 71, 214, 219, 298<sup>3</sup>, 298<sup>4</sup>, 300 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України)<sup>3</sup> така форма досудового розслідування, як дізнання, набуває нового змісту – для досудового розслідування проступків:

– у Національній поліції та інших органах правопорядку створюються спеціальні органи дізнання і вводиться посада дізнавача, який проводить дізнання і складає повідомлення про підозру у вчиненні проступку за погодженням із прокурором;

www.pravoua.com.ua

<sup>1</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень: Закон України від 22 листопада 2018 р. № 2617-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2617-19>> (дата звернення: 17.01.2020).

<sup>2</sup> Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/page>> (дата звернення: 17.01.2020).

<sup>3</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>> (дата звернення: 17.01.2020).



– дізнавачу дозволяється ще до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань: відбирати пояснення; проводити медичне освідчення; отримувати висновок спеціаліста і знімати показання певних технічних приладів і технічних засобів; вилучати знаряддя і засоби вчинення проступку, речі та документи, що є безпосереднім предметом проступку або виявлені під час затримання особи, особистого огляду чи огляду речей;

– відповідно, зазначені пояснення осіб, результати медичного освідчення, висновок спеціаліста, показання технічних приладів і технічних засобів визнаються процесуальними джерелами доказів;

– замість тимчасового доступу до речей і документів на підставі ухвали слідчого судді, суду запроваджується можливість вилучення уповноваженою особою речей і документів, що є знаряддям та (або) засобом вчинення проступку чи безпосереднім предметом посягання, виявлених під час затримання, особистого обшуку затриманої особи або огляду речей, – і вони так само є процесуальними джерелами доказів;

– спеціаліст наділяється повноваженнями експерта і може надавати висновки;

– дозволяються і негласні слідчі (розшукові) дії: без дозволу суду – зняття відомостей з електронних інформаційних систем або її частини, доступ до яких не обмежується її власником, володільцем чи утримувачем або не пов'язаний із подоланням системи логічного захисту; з дозволу суду – установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу;

– встановлюються екстракороткі строки розслідування (за загальним правилом – до 72 год із дня повідомлення особі про підозру).

Що ж до судового розгляду, то відповідно до ст. 381 КПК України суд:

– призначає судовий розгляд у п'ятиденний строк після отримання обвинувального акта, а у разі затримання особи – невідкладно;

– розглядає обвинувальний акт без проведення судового розгляду в судовому засіданні за відсутності учасників судового провадження, якщо обвинувачений не оспорує встановлені під час дізнання обставини і згоден із розглядом обвинувального акта.

Частина положень Закону № 2617-VIII ґрунтується на Концепції реформування кримінальної юстиції України (далі – Концепція)<sup>4</sup>. Ідеться про розслідування у формі дізнання у справах про проступки і можливість судді ухвалювати рішення про покарання особи за проступок без проведення судового засідання, якщо вина особи доведена матеріалами розслідування і така особа визнає свою вину та не заперечує про-

<sup>4</sup> Концепція реформування кримінальної юстиції України, затверджена Указом Президента України від 8 квітня 2008 р. № 311/2008 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/311/2008>> (дата звернення: 17.01.2020).

ти покарання, яке може призначити суддя. Закон № 2617-VIII у супереччю з положенням Концепції: не визначив правову природу проступку, зовсім не зачепив діянь, передбачених Кодексом України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП)<sup>5</sup>, не передбачив складання Кодексу (Закону) про кримінальні проступки, але передбачив наявність судимості за проступки.

Отже, залишаються все ще відкритими питання про правову природу проступку, його відмінність від злочину, з одного боку, та адміністративного правопорушення – з другого, а також, у їхньому взаємозв'язку, про правові наслідки проступків та найбільш прийнятний порядок їх досудового розслідування і судового розгляду.

Зазначені питання у різний період стали предметом розгляду П. Андрушка, О. Банчука, В. Борисова, Д. Балобанової, Н. Березовської, І. Голосніченка, М. Дмитрука, К. Задої, О. Кашкарова, Ю. Коломієць, В. Куца, В. Навроцького, О. Острогляда, В. Тулякова, П. Фріса та ін.

Результати наших власних досліджень із цих же питань були апробовані у формі трьох внесених на розгляд Верховної Ради України проєктів законів:

– “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реалізації положень Кримінального процесуального кодексу України”<sup>6</sup>. Він визначає поняття проступку як діяння, передбаченого Книгою 2 Особливої частини КК України “Проступки” та пропонує таку Книгу 2, до якої переносилося близько 100 статей з Особливої частини КУпАП і ще стільки ж – з чинної Особливої частини КК України;

– “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження кримінальних проступків”<sup>7</sup>, аналогічний до попереднього;

– “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень” (далі – законопроект № 7279-1)<sup>8</sup>.

Законопроект № 7279-1, як і попередні законопроекти, також передбачав трансформацію багатьох адміністративних правопорушень, передбачених КУпАП, у кримінальні проступки, але автори відмовилися від ідеї щодо створення Книги 2 КК України і визначили проступок як перед-

<sup>5</sup> Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України від 7 грудня 1984 р. № 8073-X <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>> (дата звернення: 17.01.2020).

<sup>6</sup> Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реалізації положень Кримінального процесуального кодексу України від 16 квітня 2014 р. № 4712 <[http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=50664](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50664)> (дата звернення: 17.01.2020).

<sup>7</sup> Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження кримінальних проступків від 19 травня 2015 р. № 2897 <[http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=55214](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=55214)> (дата звернення: 17.01.2020).

<sup>8</sup> Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень від 20 квітня 2018 р. № 7279-д <[http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=63928](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63928)> (дата звернення: 17.01.2020).

бачене КК України кримінальне правопорушення, що являє собою умисне чи необережне діяння, яке заподіює істотну шкоду, яка не є значною чи тяжкою шкодою або умисне діяння, яке створює загрозу заподіяння значної шкоди (а злочин, відповідно, – як умисне чи необережне діяння, яке заподіює значну чи тяжку шкоду або умисне діяння, яке створює загрозу заподіяння тяжкої шкоди); основними покараннями за проступки передбачалося визначити штраф, громадські роботи, виправні роботи, службові обмеження і короткостроковий арешт; визначалося, що набрання законної сили обвинувальним вироком щодо проступку не тягне за собою визнання засудженої особи такою, що має судимість. В усіх трьох законопроектах не передбачалося змінювати порядок досудового розслідування і судового розгляду проступків, передбачений чинним КПК України (статті 298–302, 381–382).

Розробників критикували за те, що ‘проект Закону України № 4712, який було розроблено під “впливом” ідей М. І. Хавронюка’, є ‘надмірно “проєвропейським”, оскільки ним пропонується віднести низку адміністративних правопорушень до кримінальних діянь’<sup>9</sup>. Тому, на наше переконання, необхідно поділитися досвідом не лише європейських держав, а й азійських, зокрема Казахстану, Киргизії та Узбекистану.

Різні вчені по-різному бачать сутність проступку, його відмінність від злочину і правові наслідки, порядок розслідування та судового розгляду; по-різному ці питання вирішуються і в законах різних держав.

Тому важливо відшукати обґрунтовані відповіді на запитання: чим проступок за своєю суттю відрізняється від злочину? як ця відмінність впливає на правові наслідки проступку та порядок його розслідування і судового розгляду?

Мета дослідження – з урахуванням досвіду держав, які йдуть паралельними шляхами, знайти оптимальні моделі проступку, правових наслідків його вчинення, пов’язаного з цим порядком його досудового розслідування і судового розгляду.

Зі збільшенням обсягу суспільних відносин, яке має місце останніми десятиліттями майже в геометричній прогресії, у законодавця все частіше з’являється спокуса врегулювати багато з цих відносин радикально – шляхом заборони певної поведінки під загрозою кримінального покарання. Проте критичне збільшення обсягу КК України вказує на безвихідність такого шляху, оскільки кодекс перестає відповідати розумінню *ultima ratio* або перетворюється на збірник казуальних норм, або дублює закони про інші види юридичної відповідальності. Водночас все

<sup>9</sup> М Дмитрук, ‘Кримінальний проступок: аналіз деяких законодавчих ініціатив’ [2015] 2(5) Вісник Асоціації кримінального права України 89–96.

критичніше не вистачає ресурсів для забезпечення розслідування і судового розгляду всіх вчинених кримінально караних діянь, із забезпеченням, звісно, належних процесуальних гарантій і дотриманням розумних строків, як цього вимагають конституції та міжнародні договори щодо прав людини. Система кримінальної юстиції гальмує і вимагає більш простих процедур.

Першою “ластівкою” останніх стало прийняття ще у 80-х роках ХХ ст. у радянських республіках кодексів про адміністративні правопорушення як актив адміністративно-кримінального законодавства. Вони запровадили найпростішу адміністративну процедуру розслідування та розгляду деяких кримінальних за своєю природою правопорушень без надання майже будь-яких можливостей для захисту особи, щодо якої ці розслідування і розгляд здійснювалися.

У наш час на пострадянському просторі, під впливом насамперед Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція)<sup>10</sup> та рішень Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), з’явилося розуміння неправильності змішування кримінальних й адміністративних правопорушень і відповідальності за них. Під впливом “тесту Енгеля” 1976 р. (ЄСПЛ застосовує три критерія, які виключають віднесення правопорушення до адміністративних. Два з них визначальні: критерій кола адресатів – якщо норма поширюється на невизначене коло осіб, то правопорушення підлягає кваліфікації як кримінальне; критерій правових наслідків для адресата – санкція містить каральний елемент)<sup>11</sup> розпочався процес перегляду відповідного законодавства, а також введення до кримінального законодавства поняття проступку.

Першими це зробили Латвія, Литва та Естонія, які ввели це поняття до своїх нових (відповідно, 1998, 2000 і 2001 рр.) кримінальних кодексів. Законодавці цих трьох країн застосували однакове родове поняття “злочинне діяння” (в Естонії – “винне діяння”) для понять “злочин” і “проступок” і дали формальне визначення проступку – як злочинного діяння, за вчинення якого КК (у Пенітенціарному кодексі (далі – ПК) Естонії – “або іншим законом”) передбачене певне покарання: нетривале позбавлення волі (від 15 до 90 днів) або більш м’який вид покарання (ст. 7 КК Латвії)<sup>12</sup>; арешт чи покарання, не пов’язане з позбавленням волі (ст. 12 КК Литви)<sup>13</sup>; штраф, арешт чи позбавлення права керування

<sup>10</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопад 1950 р. <[https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004)> (дата звернення: 08.12.2019).

<sup>11</sup> Engel and others v. the Netherlands: Court Judgment. 08.06.1976. App. No(s). 5100/71... <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57479>> (accessed: 08.12.2019).

<sup>12</sup> Krimināllikums: Latvijas Republikas Tiesību Akti. 17.06.1998 <<https://likumi.lv/doc.php?id=88966>> (accessed: 08.12.2019).

<sup>13</sup> Republic of Lithuania Criminal Code: Law No VIII-1968 of 26 September 2000 <[https://www.legislationline.org/download/action/download/id/8272/file/Lithuania\\_CC\\_2000\\_am2017\\_en.pdf](https://www.legislationline.org/download/action/download/id/8272/file/Lithuania_CC_2000_am2017_en.pdf)> (accessed: 08.12.2019).

транспортним засобом (ст. 3 ПК Естонії)<sup>14</sup>. При цьому межі покарання за злочин і проступок можуть перетинатися, наприклад: штраф за проступок від 3 до 100, а за злочин – від 5 до 1 000 розмірів мінімальних заробітних плат (ст. 41 КК Латвії); арешт за проступок від 10 до 45, а за злочин – від 15 до 90 днів (статті 47 і 49 КК Литви); штраф за проступок – від 12 до 1 200 євро, а грошове стягнення за злочин – від 300 до 5 000 євро (статті 44 і 47 ПК Естонії). За цих умов відмінності між злочином і проступком майже немає, що теоретично впливає і на процесуальний порядок їх розслідування та судового розгляду.

Отже, *перший підхід* до співвідношення злочину і проступку полягає у тому, що вони є різновидами злочинних діянь, передбачених КК, і відмінність між ними є вельми умовною.

Утім, навіть це не завадило законодавцям цих трьох держав визначити надто спрощені порядки досудового розслідування проступків, які взагалі можуть не передбачати судового розгляду. Йдеться про:

– *судове розпорядження* – у *Литві*: прокурор звертається до суду з пропозицією щодо міри покарання за проступок чи злочин; якщо обвинувачений не заперечує і ним відшкодована шкода або висловлено намір зробити це, суд може видати таке розпорядження (статті 418–425 КПК Литви)<sup>15</sup>;

– *припис про покарання* – у *Латвії*: у разі вчинення проступку (або менш тяжкого злочину), коли обвинувачений визнав вину, відшкодував завдану шкоду і не заперечує проти припинення провадження на підставі припису прокурора, а прокурор не вбачає за необхідне застосовувати до обвинуваченого позбавлення волі, він виносить припис, у якому визначає міру покарання – штраф або примусові роботи в розмірі не більшому, ніж половина максимального розміру цих видів покарання, передбачена в санкції відповідної статті (статті 420–423 КПК Латвії). КПК Латвії відомі також невідкладний порядок (статті 424–427) і скорочений порядок розслідування проступків і злочинів (статті 428–432)<sup>16</sup>.

Законодавець *Естонії* перевершив усіх, прийнявши в 2002 р. Деліктно-процесуальний кодекс (далі – Кодекс)<sup>17</sup>, яким визначив особливий по-

<sup>14</sup> Пенитенциарный кодекс. 06.06.2001. RT I 2001, 61, 364 <<https://v1.juristaitab.ee/sites/www.juristaitab.ee/files/elfinder/ru-seadused/ПЕНИТЕНЦИАРНЫЙ%20КОДЕКС%2015.03.2019.pdf>> (дата звернення: 08.12.2019).

<sup>15</sup> Кримінально-процесуальний кодекс Литовської Республіки. Nr. IX-785. 14 березня 2002 р. <[http://pravo.org.ua/files/\\_\(2\).pdf](http://pravo.org.ua/files/_(2).pdf)> (дата звернення: 08.12.2019).

<sup>16</sup> Уголовный процессуальный закон Латвии. 21 апреля 2005 г. <[http://www.pravo.lv/likumi/29\\_upz.html](http://www.pravo.lv/likumi/29_upz.html)> (дата звернення: 08.12.2019).

<sup>17</sup> Деліктно-процесуальний кодекс. 22.05.2002 г. RT I 2002, 50, 313 <<https://v1.juristaitab.ee/sites/www.juristaitab.ee/files/elfinder/ru-seadused/ДЕЛИКТНО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ%20КОДЕКС%2015.03.2019.pdf>> (дата звернення: 08.12.2019).

рядок провадження у справах про проступки і звернення до виконання покарань за них.

Кодекс (ст. 52), зважаючи на принцип спеціалізації, покладає обов'язок розгляду проступків у позасудовому порядку на численні види установ – залежно від характеру проступку: Департамент поліції і прикордонної охорони, Інспекцію захисту даних, Департамент технічного нагляду, Департамент водного транспорту, Департамент поліції безпеки, Податково-митний департамент, Інспекцію довкілля та інші; волосну та міську управи; правоохоронні органи. Повітові суди розглядають тільки одну категорію проступків – щодо розпалювання ворожнечі.

Загальна процедура розслідування і розгляду проступків є протокольною та переважно позасудовою (крім випадків вчинення проступків неповнолітніми, а також коли покаранням може бути арешт, конфіскація та заборона на утримання тварини); вона завершується накладенням на порушника штрафу та (або) позбавленням його певних прав (статті 58–135).

Кодекс передбачає також декілька спрощених процедур:

1) закриття провадження з міркувань доцільності – якщо особа добровільно відшкодувала шкоду або добросовісно бере участь у соціальній програмі, або коли її вина є незначною, а для провадження відсутній публічний інтерес (ст. 30);

2) письмове попереджувальне провадження – у справах про незаконне використання позначень, призначених для оперативних транспортних засобів, на власника механічного транспортного засобу накладається попереджувальний штраф, який не є покаранням; якщо власник згоден зі штрафом, він оплачує його, якщо оскаржує штраф, то розслідування йде далі в пришвидшеному або загальному порядках (статті 54<sup>1</sup>–54<sup>6</sup>);

3) скорочене провадження – особі признається “штраф з метою впливу” (максимальна ставка 80 євро). Він не є покаранням, не заноситься у реєстр покарань і не створює підстав для визнання повторності (статті 54<sup>7</sup>–54<sup>12</sup>);

4) пришвидшене провадження – якщо обставини проступку є ясними і не вимагається вирішувати питання про конфіскацію, арешт чи позбавлення права керування транспортним засобом або про додаткове покарання, то особі признається штраф до 200 штрафних одиниць (статті 55–57).

Минуло з десяток років і необхідність проведення подібних реформ відчували в протилежній від Балтики частині колишнього Радянського Союзу – середньоазійській.

Вже у 2014 р. поняття “проступок” увів у кримінальне законодавство *Казахстан*. Згідно зі ст. 10 КК Казахстану<sup>18</sup> злочин і проступок є двома видами кримінального правопорушення; *злочином* визнається винне діяння, яке є суспільно небезпечним і заборонене цим Кодексом під загрозою покарання у вигляді штрафу, виправних робіт, громадських робіт, обмеження волі, позбавлення волі чи смертної кари, а *проступком* – винне діяння, що не являє собою великої суспільної небезпеки, яке заподіяло незначну шкоду або створило загрозу її заподіяння і за вчинення якого передбачено покарання у вигляді штрафу, виправних робіт, громадських робіт, арешту, видворення за межі країни іноземця або особи без громадянства. Отже, ці визначення є формально-матеріальними.

При цьому, хоча і злочин, і покарання можуть каратися однаковими видами покарань, їхні розміри не збігаються: штраф за проступки – від 20 до 200, за злочини – від 200 до 10 тис. місячних розрахункових показників або в кратному розмірі; виправні роботи за проступки – від 20 до 200, за злочини – від 200 до 10 тис. місячних розрахункових показників; громадські роботи за проступки – від 20 до 200, за злочини – від 200 до 1 000 год (статті 41, 42, 43 КК Казахстану). Особа, засуджена за проступок, визнається такою, що не має судимості (ст. 79 КК Казахстану).

Отже, *другий підхід* до співвідношення злочину і проступку полягає у тому, що вони – різновиди кримінальних правопорушень, передбачених КК Казахстану, а відрізняються як за матеріальною, при цьому доволі абстрактною (злочин – суспільно небезпечне діяння, проступок – діяння, що не становить великої суспільної небезпеки), так і за формальною (видом та (або) розміром покарання) ознаками.

Відповідно, порядок досудового розслідування і судового розгляду справ про проступки та злочини значно відрізняється.

Загалом для КПК Казахстану<sup>19</sup> (статті 189, 190, 526, 629<sup>1</sup> та ін.), як і для Естонії, характерною є різноманітність форм досудового розслідування, серед яких: 1) звичайне дізнання – щодо окремих видів злочинів, а в деяких випадках (зокрема у разі неможливості завершити розслідування у протокольній формі у встановлені законом строки) – проступків; 2) звичайне попереднє слідство; 3) прискорене досудове розслідування (протягом 15 днів) – щодо злочинів невеликої і середньої тяжкості; 4) протокольна форма – щодо проступків; 5) наказне провадження – щодо проступків і злочинів невеликої тяжкості.

<sup>18</sup> Уголовный кодекс Республики Казахстан от 3 июля 2014 г. № 226-V <[https://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=31575252#pos=5922;-49](https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575252#pos=5922;-49)> (дата звернення: 08.12.2019).

<sup>19</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 4 июля 2014 г. № 231-V <[https://online.zakon.kz/document/?doc\\_id=31575852#pos=882;-45](https://online.zakon.kz/document/?doc_id=31575852#pos=882;-45)> (дата звернення: 08.12.2019).

Протокольну форму розслідування ведуть органи дізнання: органи внутрішніх справ, Служба економічних розслідувань, органи Комітету національної безпеки, антикорупційна служба, органи військової поліції, Служба державної охорони. Вичерпний перелік проступків, за якими воно здійснюється – їх близько 130, міститься у ст. 191 КПК Казахстану.

Протокол про проступок складається невідкладно після встановлення особи підозрюваного, при необхідності встановлення обставин проступку і даних про особу – протягом трьох діб, а в разі необхідності проведення експертизи чи отримання висновку спеціаліста – протягом доби з моменту отримання відповідного висновку; перелік слідчих та інших процесуальних дій може бути мінімально необхідним, якщо встановлені обставини не оспорюють підозрюваний і його захисник та потерпілий; негласні слідчі і розшукові дії не дозволяються; підозрюваного можна затримати до 72 год, якщо є підстави вважати, що він сковається чи вчинить злочин, не має постійного місця проживання або не встановлено його особу. Справа розглядається, за загальним правилом, протягом 15 діб із дня надходження її до суду (водночас у день надходження до суду підлягають розгляду справи про проступки, коли підозрюваний затриманий або коли як покарання за проступок передбачене видворення за межі країни); вина особи встановлюється обвинувальним вирокком суду (статті 128, 526, 527, 529 КПК Казахстану).

Ще більш простим є наказове провадження, у якому проступки розглядаються за таких умов: а) зібраними доказами встановлені факт проступку й особа, яка його вчинила; б) підозрюваний не заперечує доказів своєї вини, згоден із кваліфікацією діяння і розміром заподіяної шкоди; в) основне покарання передбачає штраф; г) підозрюваний заявив клопотання, а потерпілий погодився із розглядом справи в порядку наказового провадження – без дослідження доказів, їх виклику та участі в судовому розгляді. У цих випадках провадження завершується протягом 5 діб із моменту встановлення сукупності названих обставин, а протягом 3 діб із моменту отримання справи без проведення судового засідання суддя може засудити особу виключно до штрафу. Засуджений має право оскаржити вирок тільки у разі незгоди з розміром штрафу (статті 629<sup>1</sup>–629<sup>8</sup> КПК Казахстану).

У 2015 р. почалася реформа кримінального законодавства *Киргизії*, і з 1 січня 2019 р. набрали чинності нові КК і КПК, Кодекс про проступки (далі – КпП Киргизії)<sup>20</sup> і Кодекс про порушення<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Кодекс Киргизской Республики о проступках от 1 февраля 2017 г. № 18 <<http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111529?cl=ru-ru>> (дата звернення: 08.12.2019).

<sup>21</sup> Кодекс Киргизской Республики о нарушениях от 13 апреля 2017 г. № 58 <<http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111565>> (дата звернення: 08.12.2019).

Згідно із Кодексом Киргизії про порушення (ст. 14) порушенням визнається вчинене фізичною чи юридичною особою протиправне, винне діяння проти порядку публічного управління, за яке цим



Згідно зі ст. 18 КК Киргизії<sup>22</sup> злочином є передбачене КК Киргизії суспільно небезпечне, винне і каране діяння. У КпП Киргизії законодавець визначив проступок як винне, протиправне діяння, що заподіює шкоду чи створює загрозу заподіяння шкоди особі, суспільству чи державі і покарання за яке передбачене цим Кодексом (ст. 15), тобто його матеріальною ознакою є шкідливість<sup>23</sup>.

Важливо, що в ч. 2 ст. 15 КпП Киргизії міститься визначення протиправних діянь – ними є умисні чи необережні діяння, що заподіюють шкоду, яка не є тяжкою або значною в розумінні КК Киргизії, а також умисні діяння, які створюють загрозу заподіяння значної шкоди (згадаймо законопроект № 7279-1: ці два запропонованих нами визначення проступку повністю збігаються). Це визначення слід тлумачити в системному зв'язку із визначеннями значної, тяжкої та особливо тяжкої шкоди, що містяться у пунктах 1–3 Додатку 1 до КК Киргизії “Значення термінів, що вживаються у цьому Кодексі”. Тобто критеріями, за якими відрізняються проступки і злочини, згідно з КК Киргизії і КпП Киргизії, є конкретні види фізичної, майнової та іншої шкоди, яка ними заподіюється.

Отже, *третьій підхід* до співвідношення злочину і проступку полягає у тому, що вони є різновидами правопорушень, передбачених *різними законами*, і відрізняються як за конкретною матеріальною (див. *табл. 1*), так і за формальною ознаками.

За проступки згідно з КпП Киргизії застосовуються деякі спеціальні види покарань, як-от обмеження волі (аналог домашнього арешту) й арешт щодо військовослужбовців (ст. 43 КпП Киргизії); якщо застосовуються однакові види покарань, то їх розміри за проступок і злочин є різними: штраф – від 200 до 600 розрахункових показників – за проступки і від 600 до 3 000 – за злочини; позбавлення права обіймати певні посади – від 6 місяців до 2 років – за проступки і від 1 до 5 років – за злочини; громадські роботи – від 30 до 60 годин – за проступки і від 60 до 360 – за злочини; виправні роботи – від 2 до 6 місяців – за проступки і від 1 року до 3 років – за злочини (статті 45–49 КпП Киргизії, статті 65–68 КК Киргизії).

Кодексом передбачена відповідальність (така відповідальність настає у виді стягнень – попередження або штрафу, а також додаткових правових наслідків, якими є: пеня за несвоєчасну сплату штрафу; вилучення майна; примусова евакуація транспортного засобу; усунення від керування транспортним засобом). В Особливій частині цього Кодексу визначено 30 сфер, у яких можуть відбуватися порушення порядку управління.

<sup>22</sup> Уголовный кодекс Киргизской Республики от 2 февраля 2017 г. № 19 <<http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111527>> (дата звернення: 08.12.2019).

<sup>23</sup> На початковому етапі реформи киргизький законодавець не застосовував поняття “суспільна небезпечність” стосовно як проступків, так і злочинів. Навіть зараз, у чинному КК Киргизії передбачено, наприклад, що “підставою кримінальної відповідальності за злочин є вчинення *протиправного* діяння, яке містить всі ознаки складу злочину, передбаченого цим Кодексом” (ст. 21), що “виною є психічне ставлення особи до вчинюваного нею діяння і його *протиправним* наслідкам” (ст. 31), і визначені “обставини, що виключають кримінальну *протиправність* діяння” (глава 8).

Відмінність злочину і проступку згідно з  
КК Киргизії і КпП Киргизії

	Форма вини	Вид шкоди
Злочин	умисел	тяжка
	необережність	
	умисел	значна
	необережність	
	умисел	
	необережність	
Проступок	умисел	загроза заподіяння тяжкої шкоди (злочин з формальним складом)
	умисел	шкода, яка згідно з КК не є тяжкою чи значною
	необережність	

Кожен із видів покарань у КпП Киргизії та КК Киргизії має типові розміри (по дві категорії покарань за проступки, по 6 категорій штрафу і позбавлення волі, по 4 категорії інших покарань – за злочини). Найпоширеніше покарання за проступки – штраф. Готування до проступку і замах на проступок, а також пособництво у вчиненні проступку не тягнуть за собою відповідальності за КпП Киргизії. Вчинення проступку не створює судимість.

В Особливій частині КпП Киргизії виділено чотири розділи (20 глав) про такі види проступків: 1) проти особи; 2) проти власності і порядку здійснення економічної діяльності; 3) проти громадської безпеки, громадського порядку, здоров'я населення і моральності; 4) проти військової служби.

Розслідування і судовий розгляд проступків, відповідно до статей 5, 148 та інших КПК Киргизії<sup>24</sup>, провадяться у таких формах:

1) досудове провадження у справах про проступки. Його за підвідомчістю здійснюють органи дізнання, якими є: органи внутрішніх справ; служба з контролю наркотиків; митні органи; органи з боротьби з економічними злочинами; начальники виправних установ і слідчих ізоляторів; військова прокуратура (ст. 503 КПК Киргизії). Строк розслідування – до 20 днів із дня повідомлення особи про підозру; строк розгляду справи судом – до 15 днів із дня початку розгляду (статті 274 і 504 КПК Киргизії).

<sup>24</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Киргизской Республики от 2 февраля 2017 г. № 20 <<http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111530>> (дата звернення: 08.12.2019).

Оскільки більшість проступків – приватно-публічного обвинувачення, то провадження у них може початися лише за заявою потерпілого чи його законного представника, яка подається до органу дізнання, але може бути закрито у зв'язку з примиренням сторін, якщо особа, яка вчинила проступок, відшкодувала спричинену шкоду. Орган дізнання може залучити медіатора (ч. 2 ст. 39 КПК Киргизії).

Під час розслідування проступків не допускається проведення негласних слідчих дій, але як виняток допускається затримання і застосування запобіжних заходів, крім взяття під варту і домашнього арешту (статті 106, 504 КПК Киргизії);

2) спрощене судове провадження передбачає ухвалення вироку без проведення судового розгляду, якщо: факт проступку є очевидним, а особа, яка його вчинила, визнає свою вину та не оспорує докази, характер і розмір шкоди, що підтверджується її заявою, складеною в присутності захисника, і згодою на ухвалення вироку без проведення судового розгляду; але судове засідання проводиться за участю обвинуваченого та його захисника і суддя може призначити покарання, яке не повинно перевищувати двох третин максимального строку чи розміру штрафу, передбаченого за вчинення проступку. Строк розгляду справи – до 5 днів із дня надходження справи до суду (статті 509, 511 КПК Киргизії);

3) судове провадження про проступки у справах приватного обвинувачення (ідеться про побої, легку і завдану через необережність менш тяжку шкоду здоров'ю, зараження венеричною хворобою, перешкоджання здійсненню свободи совісті). Таке провадження може початися лише за заявою потерпілого чи його законного представника, яка подається безпосередньо до суду, і підлягає закриттю у зв'язку з примиренням сторін, яке має відбутися до видалення суду в нарадчу кімнату для ухвалення вироку (статті 23, 353 КПК Киргизії).

Схожим шляхом у 2018–2019 рр. пішли фахівці *Узбекистану*, які розпочали реформу кримінальної юстиції на основі відповідної Концепції<sup>25</sup>. Станом на вересень 2019 р. робочі групи підготували проекти нових КК, КПК і Кодексу про проступки. Попередньо планується із чинних КК і Кодексу про адміністративну відповідальність *Узбекистану* перенести до КпП по кілька десятків складів злочинів і складів адміністративних правопорушень, а у КК *Узбекистану* визначити, що: кримінальні правопорушення поділяються на злочини і проступки залежно від завданої шкоди і караності; проступком визнається винне діяння, яке спричинило істотну шкоду або створило загрозу спричинення значної шкоди,

<sup>25</sup> Концепция усовершенствования уголовного и уголовно-процессуального законодательства Республики Узбекистан. Постановление Президента Республики Узбекистан от 14 мая 2018 г. № ПП-3723 <<http://lex.uz/docs/3734183>> (дата звернення: 08.12.2019).

а злочином – винне діяння, яке спричинило значну чи тяжку шкоду або створило загрозу спричинення тяжкої шкоди. Конкретні визначення різних видів істотної, значної і тяжкої шкоди – фізичної, майнової тощо мають розкриватися у КК Узбекистану; готування до проступку і замах на проступок не тягнуть відповідальність; засудження особи за проступок не створює судимість; за проступок застосовуються лише такі види покарання, як штраф та арешт на строк від 3 до 30 діб.

У новому КПК Узбекистану планується передбачити відповідні спрощені процедури досудового розслідування і судового розгляду.

Таким чином, у Казахстані, Киргизії та Узбекистані з'явилася однакова тенденція до виділення проступку як окремого виду кримінального правопорушення зі спрощеним порядком його розслідування і судового розгляду. У законодавстві двох перших із цих держав вже передбачені такі процедури: у Казахстані – досудове розслідування у протокольній формі та наказне провадження, а в Киргизії – скорочене розслідування і спрощене судове провадження. При цьому наказне провадження у Казахстані і спрощене судове провадження у Киргизстані характеризуються *схожими ознаками*: а) встановлено факт проступку й особу, яка його вчинила; б) ця особа не заперечує ні своєї вини, ні доказів, ні розміру заподіяної шкоди; в) строки провадження є надзвичайно стислими; г) вирок ухвалюється без дослідження доказів; г) покарання є визначеним і відносно м'яким, щоби підсудному легше було з ним змиритися.

Такий підхід вельми нагадує спрощену процедуру, що застосовується відповідно до КПК Франції (статті 495–495<sup>6</sup>, 524–528<sup>2</sup>)<sup>26</sup>, до якої прокурор може вдатися, якщо з результатів розслідування судової поліції випливає, що: а) правопорушення відноситься до одного з проступків, перелічених у ст. 398<sup>1</sup> цього Кодексу. Йдеться про понад 90 видів проступків, серед яких передбачені як КК Франції (зловмисні дзвінки, шумові атаки, жорстокі дії з тваринами, вторгнення у навчальний заклад тощо), так і Кодексом автомобільних доріг, Кодексом внутрішньої безпеки, Кодексом охорони деревини та лісів, Кодексом будівництва та житла, Монетарно-фінансовим, Транспортним, Екологічним, Лісовим кодексами тощо); б) факт правопорушення є явним; в) інформація, що стосується особи й обвинувачення, є достатньою для ухвалення вироку; г) обвинувачення не є настільки серйозним, щоб не можна було засудити особу до помірною штрафу, поєднаного з іншим м'яким покаранням, але без позбавлення волі; г) ця процедура не може зашкодити правам жертви.

<sup>26</sup> Code de procédure pénale. Version consolidée au 1 septembre 2019 <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?dateTexte=20190906&cidTexte=LEGITEXT000006071154&fastReqId=1327685747&fastPos=1&oldAction=rechCodeArticle>> (accessed: 08.12.2019).

За сукупності таких обставин судовий розгляд не проводиться і суд, на підставі переданого прокурором *файлу обвинувачення*, постановляє наказ про покарання. Його він постфактум доводить до відома засудженого і прокурора, яким надається можливість оскарження.

Франція надає не єдиний приклад подібних спрощених процедур. Європейським державам відомі й інші приклади. Вважаємо, що слід виділити три таких *умовних моделі*:

1) протокольний порядок. Згідно з КПК *Іспанії* у разі надходження заяви про явне вчинення проступку, коли особа правопорушника є відомою, поліція складає протокол і невідкладно направляє його до “чергового” суду, який, за загальним правилом, у цей же день проводить судові засідання з викликом усіх осіб, вказаних у протоколі, та ухвалює вирок<sup>27</sup>. Протокольний порядок, як згадано вище, відомий також Естонії і Казахстану;

2) інші спрощені процедури, які передбачають судовий розгляд. Зокрема, йдеться про сумарне провадження у *Німеччині*: прокурор, без погодження з потерпілим, просить суд застосувати до обвинуваченого штраф чи позбавити його керувати транспортним засобом, або, якщо обвинувачений має адвоката, позбавити його волі на строк до року умовно; суд може погодитися з цим клопотанням прокурора (§ 407–413 КПК Німеччини)<sup>28</sup>;

3) спрощені процедури, які можуть не передбачати судового розгляду. Це:

– згадані судові розпорядження у *Литві* і припис про покарання у *Латвії*;

– штраф за угодою – у *Франції*: умовне призупинення кримінального провадження судом за пропозицією прокурора з покладенням на обвинуваченого певних обов’язків (сплатити штраф, відвідати певні курси тощо)<sup>29</sup>;

– наказ про покарання – у *Швейцарії*: якщо особа визнає себе винною або є достатні підстави вважати її винною і цій особі за вчинене може бути призначене покарання не суворіше за позбавлення волі на строк до 6 місяців та штраф, публічний обвинувач на підставі рапорту поліції складає наказ про покарання, який містить кваліфікацію діяння і міру покарання для особи; досудове розслідування у такому випадку навіть не розпочинається<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> К. Задоя, ‘Спрощене провадження щодо кримінальних проступків за Кримінальним процесуальним кодексом України 2012 року та законодавством європейських держав’ (2015) 1 Вісник кримінального судочинства 31–2.

<sup>28</sup> Engel and others v. the Netherlands (n 11).

<sup>29</sup> Задоя (n 27) 33–4.

<sup>30</sup> Там само 34.

У разі, якщо обвинувачений не згоден із покаранням, призначеним йому в позасудовому порядку або судом, законодавство вказаних держав передбачає відповідні можливості для оскарження припису, наказу, розпорядження тощо – тоді процедури дещо ускладнюються.

Законодавці багатьох держав дозволяють спрощені процедури досудового розслідування і судового розгляду не лише проступків, а й менш тяжких злочинів. Це свідчить про відсутність прямого зв'язку між тяжкістю діяння та порядком його розслідування і судового розгляду.

Висновки. Підставою для виділення проступків як окремого виду правопорушення є тільки його інакша, відмінна від злочину й адміністративного правопорушення, правова природа: це діяння, яке, з одного боку, не спричинює значної чи тяжкої шкоди в розумінні КК і не створює загрози спричинення тяжкої шкоди – і цим відрізняється від злочину, а з другого – не є управлінським за своєю суттю – і цим відрізняється від адміністративного правопорушення. Утім, останнє не означає, що не може бути проступків (як і злочинів), які посягають на порядок управління. Можуть. Наприклад, опір представнику влади, використання завідомо підробленого документа або самовільне присвоєння звання службової особи цілком відповідають тесту Енгеля, але це виняток, а не правило. Відповідно:

– види стягнень за проступки повинні бути інакшими, м'якшими ніж покарання за злочини і суворішими ніж стягнення за адміністративні правопорушення;

– стягнення за проступки, на відміну від адміністративних правопорушень, зважаючи на характер проступку і стягнення за нього, завжди має накладати суд – тому їх слід іменувати судовими стягненнями. Утім, вина особи у вчиненні проступку може встановлюватися не вироком, а іншим актом суду;

– накладення стягнення за проступок не повинно мати своїм наслідком судимість; однак це не заперечує необхідність врахування їх при вирішенні питання про звільнення з роботи через втрату довіри, аморальність проступку тощо, як це передбачено Кодексом законів про працю України, або питання про можливість займати певні посади, бути присяжним тощо;

– держава не повинна витратити ресурси для розслідування таких малозначних форм діянь, як готування до проступку, замах на проступок, пособництво в проступку.

Оскільки проступки є окремим видом правопорушення, відповідальність за них має бути передбачена окремим законом, який може мати суттєві відмінності від КК (медіаційні процедури, особливі форми реагу-

вання на проступки неповнолітніх, стимули до добровільного виконання стягнень і регламентація заміни стягнень у разі їх невиконання тощо). Цей же закон може мати процесуальну і виконавчу частини (за зразком чинного КУпАП і Деліктно-процесуального кодексу Естонії).

Правові наслідки вчинення особою проступку (зокрема, судові стягнення) мають бути пропорційними і не повинні передбачати розірвання засудженим звичних соціальних зв'язків (щоб не ускладнювати ресоціалізацію особи), водночас повинні досягати мети спеціальної та загальної превенції, а також відновлення попереднього становища, яке існувало до вчинення проступку.

Власне, мета виокремлення проступку – це гуманізація, посилення приватних засад (диспозитивності) юридичної відповідальності і забезпечення її невідворотності.

Спрощення порядку розслідування і судового розгляду залежить насамперед від ступеня тяжкості правопорушення, а також від його характеру. Так, може бути простіше (і це повинно знайти відображення в законі) розслідувати нетяжкий злочин – хуліганство, вчинений в умовах очевидності, ніж проступок використання завідомо підробленого документа, зважаючи на необхідність проведення у другому випадку експертизи. З огляду на це слід звернути увагу на ч. 3 ст. 526 КПК Казахстану, згідно з якою протокол про вчинення проступку складається після отримання висновку експертизи – протягом доби.

Можливість спрощення відповідної процедури залежить від таких основних факторів:

а) діяння, вчинене особою в умовах очевидності, коли факт вчинення діяння та особа, яка його вчинила, є явними. Вчинення діяння в умовах неочевидності не виключає можливість визнання його проступком, за наявності для цього підстав, але це треба робити з більшою обережністю;

б) за вчинене діяння призначається таке судове стягнення (покарання), яке особа може відбутися без втрати роботи, перерви у навчанні чи без розірвання інших соціальних зв'язків і надзвичайних обтяжень для неї (як-от необхідність покласти на себе великий фінансовий тягар перед іншими особами, залишити сім'ю без звичних засобів існування тощо);

в) заперечення особою очевидності правопорушення і відмова від виконання стягнення (покарання) створює для неї серйозний ризик бути засудженою у загальному порядку до більш серйозного стягнення (покарання);

г) потерпілий готовий до примирення, зокрема тому, що завдана йому майнова та моральна шкода відшкодована повністю чи частково;

Микола Хавронюк

г) попередні фактори схиляють особу до визнання вини, незаперечення доказів, повного відшкодування шкоди потерпілому і примирення з ним;

д) закон передбачає надійні гарантії того, що особа не візьме на себе вину за діяння, якого вона не вчиняла.

У законодавстві України може бути передбачено принаймні три окремих процедури щодо проступків:

1) загальна – подібна до визначеної чинним КПК України (статті 298–301);

2) спрощена, без проведення судового розгляду, – подібна до визначеної чинним КПК України (статті 302, 381–382), але в якій зменшено межі можливого стягнення, порівняно з тими, які застосовуються у загальному порядку;

3) провадження у справах про проступки приватного обвинувачення, без проведення досудового розслідування – за заявою потерпілого чи його законного представника безпосередньо до суду.

Питання про запровадження пришвидшеного порядку досудового розслідування проступків, за зразком швейцарського чи казахського наказного провадження, латвійського припису про покарання, естонського пришвидшеного провадження тощо потребує додаткового вивчення. Такий порядок може бути застосовано лише у справах про чітко окреслене законом коло проступків і має передбачати необхідні запобіжники від зловживань.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Journal articles*

1. Dmytruk M, 'Kryminalnyi prostupok: analiz deiakykh zakonodavchykh initsiatyv' ['Criminal Misdemeanor: Analysis of Some Legislative Initiatives'] [2015] 2(5) Visnyk Asotsiatsii kryminalnoho prava Ukrainy 89–96 (in Ukrainian).
2. Zadoia K, 'Sproshchene provadzhenia shchodo kryminalnykh prostupkiv za Kryminalnym protsesualnym kodeksom Ukrainy 2012 roku ta zakonodavstvom yevropeiskykh derzhav' ['Simplified Proceedings for Criminal Misdemeanors under the Criminal Procedure Code of Ukraine of 2012 and under Legislation of European States'] (2015) 1 Visnyk kryminalnoho sudochynstva 31–2 (in Ukrainian).



Mykola Khavroniuk

MISDEMEANOR, ITS ESSENCE AND THE PROCEDURE  
OF PRE-TRIAL INVESTIGATION AND TRIAL:  
THE LATEST CENTRAL ASIAN APPROACHES, AS COMPARED  
WITH THE ONES ALREADY KNOWN

**ABSTRACT.** The author investigates into the issue of defining the concept of misdemeanor as a type of offense, other than a crime and an administrative offense, in the context of the Law of Ukraine “On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on Simplifying Pre-trial Investigation of Certain Categories of Criminal Offenses”.

The article aims – with due regard for the experience of countries which run a parallel course – at finding out optimal models of misdemeanor, legal consequences arising after it is committed, and the associated procedure of its pre-trial investigation and trial.

The article provides a comparative analysis of approaches to the definition of misdemeanor which were applied at the turn of the twentieth century in the post-Soviet Baltic States, and later - in some post-Soviet Central Asian States, as well as those which were applied in the current criminal procedural legislation of Ukraine and in draft laws intended to amend it. It is determined that only the legal nature of misdemeanor different from a crime and an administrative offense is the basis for regarding misdemeanors as a separate type of offense: this is an act which, on the one part, does not cause significant or serious harm in the sense of the Criminal Code of Ukraine and does not pose a threat of causing such serious harm, and on the other part – its nature is not administrative.

Since misdemeanors are regarded as a separate type of offense, liability for them should be provided for by a separate law. The possibility of simplifying the relevant procedure depends on certain factors, in particular: the act is committed in the obvious conditions, i.e. when the fact that the act is committed and the person who committed it are obvious; judicial penalty (punishment) is imposed for the act which the person who committed it can serve without breaking his/her social ties and without creating excessive burdens for him/her; if the person denies the obvious fact of the offense committed by him/her and refuses to comply with the penalty (punishment), a serious risk arises for him/her of being convicted according to the general procedure and to be sentenced to a more severe penalty (punishment); the victim is ready to reconcile because the material and moral damages inflicted are compensated fully or partially – they incline the person towards pleading guilty, acknowledging the evidence, indemnifying the harm caused to the victim and reconciling with the latter. Ukrainian legislation may provide for at least three separate procedures of investigation and adjudication of misdemeanors.

**KEYWORDS:** misdemeanor; criminal offense; crime; procedure for pre-trial investigation of misdemeanors; procedure for trial of misdemeanors.



## Вячеслав Борисов

доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України,  
заслужений юрист України,  
радник при дирекції Науково-дослідного інституту  
вивчення проблем злочинності  
імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України  
(Харків, Україна)  
borisov\_v.i@ukr.net

УДК 343.2

### СКЛАД ЗЛОЧИНУ ТА МІСЦЕ ПОТЕРПІЛОГО В ЙОГО СТРУКТУРІ

АНОТАЦІЯ. Вчення про склад злочину займає провідне місце в системі знань про злочин, утворення і застосування норм Кримінального кодексу України (КК України), кримінальну відповідальність та її підставу тощо. Серед проблем, пов'язаних із дослідженням складу злочину, методологічно важливими є питання щодо утворення понять, пов'язаних зі складом злочину та його структурою. У межах останнього питання особлива роль відводиться потерпілому від злочину, поняття якого є міждисциплінарним та закріплене у Кримінальному процесуальному кодексі України (КПК України) терміном “потерпілий” (ст. 55 КПК України та ін.).

Мета статті полягає у характеристиці поняття “склад злочину” як правового явища – продукту розумової діяльності суб'єкта пізнання, що має вихідним матеріалом реально існуючу систему ознак, яка пізнається і використовується у практичній діяльності. Зазначається, що склад злочину являє собою логіко-правову модель, яка складається із укрупнених чотирьох елементів: об'єкта, об'єктивної сторони, суб'єктивної сторони і суб'єкта злочину. Зі свого боку кожен із цих елементів має свою специфічну структуру, критерієм формування якої, як і всього складу злочину, є “ознака злочину”.

Відповідно до логічної характеристики класу предметів зроблено поділ складів злочину на загальну модель складу злочину (родове поняття) та видові моделі (видова модель складу злочину умисного вбивства, умисного тяжкого тілесного ушкодження, захоплення заручників тощо). Зазначено, що при вчиненні злочину юридичне значення має саме фактичний склад злочину – сукупність об'єктивних і суб'єктивних, а також необхідних і достатніх ознак, які встановлюються згідно з конкретним учиненим суспільно небезпечним діянням.

У теорії кримінального права ознаку потерпілого від злочину відносять до факультативних ознак загальної моделі складу злочину, незважаючи на те, що потерпілий від злочину є в усіх випадках вчинення суспільно небезпечного діяння. Законодавець, формулюючи норму Особливої частини КК України, далеко не завжди робить вказівку на потерпілого або має його на увазі як ознаку злочину. Як обов'язкова ознака потерпілий від злочину притаманний лише окремим видам злочинів.

Звернуто увагу на те, що в КК України відсутнє визначення потерпілого від злочину. Таке визначення легально закріплено у ч. 1 ст. 55 КПК України, яке, на думку автора, за правовою природою належить до класу матеріально-правових понять, а тому його треба використовувати при застосуванні норм як кримінального процесуального законодавства, так і законодавства про кримінальну відповідальність. Зазначено, що поняття “потерпілий від злочину”, наведене законодавцем у певних нормах КК України, не може виходити за легальні межі, а тому це можуть бути лише фізичні або юридичні особи. Зроблено висновок, що інші різновиди потерпілих (етнічні або соціальні групи, держава тощо), які виділяє теорія кримінального права, можуть бути предметом прикладного застосування закону про кримінальну відповідальність лише на рівні кримінально-правової характеристики, тобто коли у зв'язку із вчиненням злочину виникають питання комплексної оцінки ступеня тяжкості вчиненого.

За термінологією, що була введена 13 квітня 2012 р. із прийняттям нового КПК України, поняття “склад злочину” змінено на “склад кримінального правопорушення”, яке поступово стало використовуватися у сучасній науковій літературі з кримінального права. 22 листопада 2018 р. поняття “склад кримінального правопорушення” було уведено Законом України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень” у КК України. Однак на час підготовки статті новели цього Закону ще не набули чинності. Відповідно до ст. 12 КК України в редакції Закону цим поняттям будуть охоплюватися два різновиди кримінальних правопорушень – кримінальні проступки і злочини. Водночас, враховуючи багатомісячну історію становлення у науковому просторі поняття “склад злочину”, у статті воно використовується як ключове при висвітленні поглядів науковців на становлення і розвиток його змісту та місце в структурі потерпілого від злочину.

Ключові слова: склад злочину; загальна модель складу злочину; видова модель складу злочину; фактичний склад злочину; потерпілий від злочину.

Фахівці з кримінального права, як і суміжних галузей кримінально-правового спрямування (теоретики і практики), широко використовують поняття складу злочину<sup>1</sup>, що посідає одне з провідних місць у понятійному апараті вітчизняної доктрини кримінального права. Незважаючи на давню історію введення цього поняття у сферу знань правознавців і його практичного застосування, надбанням кримінального права склад злочину стає лише наприкінці XVIII ст. завдяки науковим дослідженням німецьких юристів, які, однак, при визначенні змісту цього поняття тривалий період перебували під впливом його процесуального походження, а тому до вчення про склад злочину зазвичай не вводилися положення про суб'єктивні умови винуватості<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Поняття “склад злочину” походить від латинського терміна *corpus delicti*. Італійський юрист Фарінаціус (*Farinacius*) у 1581 р. на підставі терміна *constare de delicto* ввів в обіг термін *corpus delicti* із тим, щоб більш точно підкреслити сукупність доказаних фактів вчинення злочину.

<sup>2</sup> Н Таганцев, *Русское уголовное право. Лекции. Часть общая, т 1* (1994) 141.

Мета дослідження полягає у характеристиці поняття “склад злочину” як правового явища – продукту розумової діяльності суб’єкта пізнання, що має вихідним матеріалом реально існуючу систему ознак, яка пізнається і використовується у практичній діяльності.

Починаючи з другої половини XIX ст., вітчизняні науковці стали розвивати погляд на злочин не тільки як на матеріальне явище дійсності, різновиди якого (вбивство, крадіжка, шахрайство тощо) відображені у нормах законодавства про кримінальну відповідальність, а й як системно-структурне утворення, якому притаманні як зовнішня сторона, так і внутрішня, кожна з яких має свої елементи та відповідні ознаки, які між собою органічно пов’язані. Такий підхід дав змогу розглядати злочин як об’єктивно-суб’єктивну категорію. Щодо злочину, що як явище дійсності існує незалежно від суб’єкта пізнання, склад злочину є утворенням вторинним, похідним, продуктом розумової діяльності суб’єкта пізнання. Водночас склад злочину – це також реально існуюча система ознак, яка пізнається і використовується у практичній діяльності<sup>3</sup>. Нині склад злочину в системі основних доктринальних визначень, сформованих кримінальним правом, являє собою узагальнену логіко-правову модель вищого рівня (загальна модель складу злочину), яка складається із укрупнених чотирьох елементів: об’єкта, об’єктивної сторони, суб’єктивної сторони і суб’єкта злочину<sup>4</sup>. Кожен з елементів такої моделі має свою специфічну структуру, критерієм формування якої, як і всього складу злочину, є “ознака злочину”. Найбільш необхідні для правозастосування ознаки цієї моделі та такі, що однозначно (буквально за своїм змістом) можуть бути сприйняті правозастосувачем, закріплені законодавцем у нормах Загальної частини Кримінального кодексу України (далі – КК України)<sup>5</sup>. Так, у статтях 18, 19, 22 КК України викладені вимоги, що ставляться до загального суб’єкта злочину (фізична осудна особа, яка досягла визначеного в законі віку)<sup>6</sup>.

Необхідно зазначити, що КК України визначення складу злочину на узагальненому рівні не містить, хоча у текстах окремих норм використовує таке поняття на рівні законодавчого терміна (ч. 1 ст. 2, ч. 1 ст. 13, ч. 2 ст. 17). Не містить визначення складу злочину й Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України)<sup>7</sup>; за термінологією цього нормативно-правового акта, як вже було зазначено, – “склад

<sup>3</sup> Кримінальне право України: Загальна частина: підручник (Тацій В та Борисов В та Тютюгін В ред, 5-те вид, переробл і допов, Право 2015) 101.

<sup>4</sup> В Борисов, ‘Склад злочину як правова модель’ [2009] 1(14) Вісник академії адвокатури України 254–6.

<sup>5</sup> Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/page>> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>6</sup> Кримінальне право України: Загальна частина (н 3) 101.

<sup>7</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>> (дата звернення: 21.01.2020).

кримінального правопорушення”, хоча також його використовує у своїх нормах (статті 129, 284, 368, 373). Важливу роль відводить поняттю “склад злочину” вітчизняна доктрина кримінального права, вважаючи його одним із основоположних і ключових понять, що виконує за своєю суттю функції наукової категорії<sup>8</sup>, яка має особливе (фундаментальне) значення для законотворення, правозастосування і теорії кримінального права. Склад злочину у працях науковців визначається переважно як сукупність об’єктивних і суб’єктивних ознак (об’єднаних в елементи), які згідно із законом про кримінальну відповідальність визначають вчинене суспільно небезпечне діяння як злочинне<sup>9</sup>. Однак склад злочину – це не тільки сукупність ознак, а й, як слушно зауважував В. Кудрявцев, суворі їх система. Склад відображає характерні для злочину внутрішні зв’язки елементів, що його утворюють. Тому, підкреслював науковець, склад злочину являє собою систему таких ознак, які необхідні й достатні для визнання того, що особа вчинила відповідний злочин<sup>10</sup>.

На підставі моделі вищого рівня формуються за принципом подібності логіко-правові моделі окремих видів злочинів (видова модель складу злочину умисного вбивства, умисного тяжкого тілесного ушкодження, захоплення заручників, крадіжки, розбою тощо). Загальна та видові моделі складу злочину належать до класу сумісних понять, що перебувають між собою у відношенні підпорядкування<sup>11</sup>. При цьому видова модель є підпорядкованим поняттям стосовно загальної моделі складу злочину, яка у цьому відношенні є родовим, підпорядковуючим поняттям<sup>12</sup>. Як перша, так і друга моделі є правовими, необхідними для застосування норм законодавства про кримінальну відповідальність. У видову модель вводяться ознаки як ті, що відбивають специфіку виду, із них, передусім, що безпосередньо закріплені у диспозиції норми відповідної статті Особливої частини КК України, і фактично у своїй сукупності виступають нормативною основою (фундаментом) побудови моделі (наприклад, для видової моделі складу крадіжки – “чуже майно”, “викрадення”, “таємне”), так і ознаки, притаманні всім злочинам, що входять до загальної моделі складу злочину та закріплені в Загальній частині КК України (наприклад, “вина”, а точніше, певна її форма (або вид), що визначені у статтях 23–25 КК України). Однак для побудови видової

<sup>8</sup> М Панов, ‘Проблеми складу злочину та його функції у доктрині кримінального права’ (2013) 1 Вісник асоціації кримінального права України 103–25.

<sup>9</sup> А Трайнин, *Общее учение о составе преступления* (Госюриздат 1957) 17; *Велика українська юридична енциклопедія, т 17: Кримінальне право* (Тацій В голова редкол, Борисов В заст голови, Право 2016) 876 (автор терміна – В. Тацій) та ін.

<sup>10</sup> *Энциклопедия уголовного права, т 4: Состав преступления* (издание профессора Малинина 2005) 8 (автор визначення – В. Кудрявцев).

<sup>11</sup> Н Кондаков, *Логический словарь-справочник* (Наука 1975) 246, 556.

<sup>12</sup> В Жеребкин, *Логический анализ понятий права* (Вища школа 1976) 55–6.

моделі складу злочину недостатньо одних нормативних положень, безпосередньо зазначених у КК України. Грунтуючись на описі діяння, наведеному законодавцем у диспозиції відповідної норми Особливої частини КК України, теорія права, враховуючи досвід практичного застосування такої або подібних норм, та аналізуючи саме явище як об'єкт реальної дійсності, добудовує видову модель до рівня необхідності й достатності. Тому, наприклад, до ознак складу злочину “крадіжка”, що наведені у КК України, додаються “наслідок” і “причинний зв'язок” як необхідні ознаки її об'єктивної сторони, “мотив” і “мета” – суб'єктивної сторони. Ці ознаки як необхідні складові злочину законодавець мав на увазі, будуючи текст диспозиції, але для такого твердження нормативного тексту явно замало (недостатньо), а тому остаточний висновок щодо їхньої обов'язковості надає теорія кримінального права. Склад злочину, як зазначав В. Жеребкін, – це специфічний юридичний термін, введений наукою кримінального права для позначення логічного змісту видових понять, що входять в обсяг поняття “злочин”<sup>13</sup>.

У завершеному вигляді видова модель складу злочину стає необхідним інструментом у системі правових засобів, за допомогою яких здійснюється боротьба зі злочинністю.

Як загальна, так і видова моделі складів злочинів являють (мають являти) собою сутнісну складову знань юристів, які професійно займаються питаннями боротьби зі злочинністю; це також навчальна інформація про склади злочинів, яку викладають науково-педагогічні працівники у підручниках, посібниках, на лекціях, при проведенні практичних занять тощо – таким чином формуються знання студентів, аспірантів, слухачів курсів підвищення кваліфікації з цього питання; науковці закладів вищої освіти та наукових установ при проведенні фундаментальних і прикладних досліджень поглиблюють знання як про загальну модель складу злочину, так і щодо видових – на підставі досліджень у галузі кримінального права фахівці надають рекомендації суб'єктам законодавчих ініціатив щодо удосконалення текстів законів про кримінальну відповідальність з метою більш чіткого і зрозумілого відображення у них обов'язкових ознак складів злочинів, як загальних, так і криміноутворюючих щодо конкретного виду. Важливе місце у формуванні правових моделей складів злочинів, особливо щодо змісту їхніх окремих ознак, мають рішення Конституційного Суду України при встановленні відповідності норм законодавства України про кримінальну відповідальність Конституції України; також не менш важливу роль відіграють по-

станови Верховного Суду з приводу неоднакового застосування норм права у подібних правовідносинах.

Окрім обов'язкових ознак, закладених у загальну модель складу злочину, в теорії кримінального права виділяють і такі, що не є обов'язковими для всіх злочинів, однак рівень їхньої типовості та узагальненості також є доволі високим, а тому науковці розглядають їх поруч із обов'язковими ознаками злочину та вводять до загальної моделі складу злочину як факультативні. Однак, якщо такі ознаки вводяться законодавцем до норм Особливої частини КК України, то в системі ознак видової моделі складу злочину, передбаченого відповідною нормою КК України, вони набувають значення обов'язкових (на видовому рівні). До них відносять, зокрема: час, місце, обстановку, спосіб вчинення злочину, мотив і мету, ознаки спеціального суб'єкта злочину та ін.

Юридичне значення має фактичний склад злочину<sup>14</sup>, тобто та сукупність об'єктивних і суб'єктивних та водночас необхідних і достатніх ознак, що встановлюються відповідно до конкретного вчиненого діяння та є обумовлюючою обставиною виникнення кримінально-правового відношення, де юридичним фактом, із якого починається кримінально-правове регулювання, є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, а необхідними умовами для визнання такого діяння підставою для кримінальної відповідальності є передбачуваність його КК України та наявність у ньому складу злочину (ч. 1 ст. 3). Фактичний склад злочину повинен співвідноситися безпосередньо із видовою моделлю складу злочину. Однак, на відміну від видової моделі, яка є повною та органічно цілісною логіко-правовою системою відповідно до виду (типу) злочину (крадіжка, грабїж, зґвалтування, вбивство тощо), описаного у законі<sup>15</sup>, фактичний склад злочину або у повному обсязі відповідає видовій моделі, або, що відбувається значно частіше, лише частково, однак за умови наявності відбиття у ньому всіх чотирьох елементів складу видової моделі. Так, якщо видова модель складу злочину з об'єктивної сторони передбачає декілька суспільно небезпечних діянь, то відповідно до конкретно вчиненого діяння фактичний склад може мати лише одне, наприклад, вчинення вибуху при диверсії (ст. 113 КК України). Те саме можна сказати стосовно суб'єктивної сторони катування (ст. 127 КК України), видова модель якого передбачає, відповідно до законодавчого опису, чотири мети, однак у дійсності особа, що вчинила катування, мала лише одну, наприклад, покарати потерпілого за дії, скоєні ним. Таке

<sup>14</sup> Я Браїнин, *Уголовная ответственность и ее основание в советском уголовном праве* (1963) 116–28, Термін “фактичний склад злочину” використовував у своїх працях С. Будзинський. Див.: Будзинский С, *Начала уголовного права* (Варшава 1870) 68.

<sup>15</sup> М Панов, *Проблеми методології науки кримінального права* (Право 2018) 379.

співвідношення фактичного складу злочину з правовими моделями (загальною та видовою) цілком обґрунтоване, оскільки останні являють собою логіко-правові абстракції родового рівня (для загальної моделі) та видового (для злочину, зазначеного в нормі Особливої частини КК України), елементами яких є об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єктивна сторона і суб'єкт злочину. Найвність цих чотирьох елементів обов'язково повинна бути відображена у фактичному складі злочину. Що стосується ознак, які входять до зазначених елементів, то для фактичного складу злочину достатньо констатації лише тих із них, що були при вчиненні конкретного суспільно небезпечного діяння, передбаченого КК України.

Що стосується потерпілого, то в теорії кримінального права цю ознаку відносять до факультативних<sup>16</sup>. Однак, уявляється, що статус (положення) цієї ознаки відрізняється від інших факультативних ознак загальної моделі складу злочину (наприклад, мети вчинення злочину). По-перше, потерпілий від злочину, як і суспільно небезпечні наслідки, є в усіх випадках вчинення суспільно небезпечного діяння, передбаченого КК України. Інші факультативні ознаки не мають такої універсальної якості, у будь-якому разі в аспекті їхнього впливу на ступінь тяжкості вчиненого. Так, і час, і місце завжди притаманні людській поведінці, але у багатьох випадках вони не мають криміноутворюючих властивостей. Потерпілий і злочин – співвідносні поняття у кримінальному праві. Якщо немає злочину, то немає і потерпілого у кримінально-правовому розумінні цього слова<sup>17</sup>. Такий зв'язок між потерпілим і злочиним автоматично не перетворює потерпілого в обов'язкову ознаку його складу, як на рівні загальної, так і видової моделі. Законодавець, формулюючи злочин, далеко не завжди вводить вказівку на потерпілого або має його на увазі як ознаку злочину, а тому ця ознака не може бути у таких випадках введена до моделі складу відповідного виду злочину і таким чином впливати на встановлення підстави кримінальної відповідальності конкретно вчиненого діяння. По-друге, на відміну від обов'язкових ознак (всеузагальнюючих і відносно самостійних), що входять до загальної моделі складу злочину та відповідно до ознак видової моделі, ознака “потерпілий від злочину” не має таких властивостей, оскільки є виведеною (похідною) від інших ознак<sup>18</sup>. Точне уявлення про потерпілого можна отримати лише на підставі аналізу суб'єктної складової суспільного відношення (його учасників – суб'єктів відносин), що охороняється законодавством про кримінальну відповідальність. Тому не випадково

<sup>16</sup> Потерпілий від злочину (міждисциплінарне правове дослідження) (Баулін Ю та Борисов В заг ред, Кроссрууд 2008) 77.

<sup>17</sup> М Сенаторов, Потерпілий від злочину у кримінальному праві (Право 2006) 208.

<sup>18</sup> В Кудрявцев, Общая теория квалификации преступлений (Юрид лит 1972) 111–5.



більшість науковців відносять потерпілого від злочину до ознак об'єкта злочину<sup>19</sup>. По-третє, потерпілий від злочину є своєрідним містком, що об'єднує суспільно небезпечний наслідок (наслідки) як результат учиненого суспільно небезпечного діяння і ту шкоду, що спричиняється об'єкту кримінально-правової охорони. Можливо, з цих міркувань окремі науковці вважають потерпілого ознакою об'єктивної сторони злочину<sup>20</sup>. Однак аналіз механізму заподіяння шкоди об'єкту злочину<sup>21</sup> дає підстави для висновку, що в системі соціальних елементів об'єкта завжди є соціальний суб'єкт (учасник суспільних відносин), який піддається негативному впливу різного ступеня інтенсивності – фізичному або інформаційному, що й робить його потерпілим від злочину. Такий вплив може здійснюватися відразу, вже на початку розвитку механізму заподіяння шкоди, коли безпосередньо від суспільно небезпечного діяння потерпає соціальний суб'єкт відносин (як правило, фізична особа), або коли соціальний суб'єкт потерпає внаслідок руйнації (деформації) інших складових відносин, якими забезпечуються його соціальні інтереси (опосередкований вплив на суб'єкта).

У науці кримінального права (фундаментальна у системі наук кримінально-правового циклу)<sup>22</sup> не розроблене достатньо узгоджене визначення поняття “потерпілий від злочину”. Навпаки, науковці демонструють значні розбіжності щодо змісту цього поняття. Так, мають місце твердження, що лише фізична особа може визнаватися потерпілим від злочину<sup>23</sup>, інші ж до кола потерпілих відносять також суспільство<sup>24</sup>, а то й людство загалом<sup>25</sup>. Такі розбіжності у визначенні цього поняття обумовлені передусім відсутністю у КК України відповідної законодавчої дефініції.

На відміну від законодавства про кримінальну відповідальність, поняття “потерпілий” легально закріплено у КПК України. У частині 1 ст. 55 цього нормативно-правового акта зазначено:

Потерпілим у кримінальному провадженні може бути фізична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано моральної, фізичної або

<sup>19</sup> Сенаторов (н 17) 110–1.

<sup>20</sup> О Радутний, ‘Кримінальна відповідальність за незаконне збирання, використання та розголошення відомостей, що становлять комерційну таємницю (аналіз складів злочинів)’ (дис канд юрид наук, 2002) 164.

<sup>21</sup> Велика українська юридична енциклопедія, т 17: Кримінальне право (н 9) 511–4 (автори терміна – В. Тацій та Н. Гурова).

<sup>22</sup> Панов (н 15) 34.

<sup>23</sup> Б Сидоров, ‘Поведение потерпевших от преступления и уголовная ответственность’ (автореф дис-ра юрид наук, 1999) 10–1.

<sup>24</sup> Сенаторов (н 17) 84–5.

<sup>25</sup> И Фаргиев, *Уголовно-правовые и криминологические основы учения о потерпевшем* (Юрид центр Пресс 2009) 88.

Вячеслав Борисов

майнової шкоди, а також юридична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано майнової шкоди<sup>26</sup>.

Необхідно вказати, що наведене визначення за своєю правовою природою належить до класу матеріальних кримінально-правових понять. Взагалі подібні законодавчі трансформації (перенесення) трапляються у міжгалузевому правовому обігу, коли поняття однієї галузі права закріплюється у законодавстві іншої галузі відповідно до вирішення завдань останньої (так, у ст. 39 КК України наведено визначення крайньої необхідності та умови, за яких вона визнається обставиною, що виключає злочинність діяння. Як відомо, крайня необхідність є поняттям цивільного права). За такого вирішення правової колізії щодо потерпілого слід визнати: легальне поняття, що закріплене у кримінальному процесуальному законодавстві, є визначальним, на нього треба орієнтуватися при застосуванні норм як кримінального процесуального законодавства, так і законодавства про кримінальну відповідальність. І кримінальне право, й інші суміжні з ним галузі юридичних знань (криміналістика, кримінологія) мають насамперед оперувати саме цим поняттям, а отже, при розкритті того чи іншого припису, яким вказано у КК України на потерпілого, зміст його має відповідати змісту визначення, наведеного у ч. 1 ст. 55 КПК України. Цей висновок є важливим для формування змісту ознаки “потерпілий від злочину” в системі елементів та ознак складу злочину. Вочевидь за змістом поняття “потерпілий від злочину”, наведене законодавцем у нормах статті КК України і на підставі чого уведено до видової моделі складу злочину, не може виходити за легальні межі. Водночас кримінальне процесуальне законодавство не обмежується визначенням “потерпілий”, наведеним у ч. 1 ст. 55 КПК України. Відповідно до завдань цієї галузі права законодавець уточнює момент появи потерпілого у кримінальному провадженні у ч. 2 ст. 55 КПК України, за якою ним є подання заяви про вчинення щодо особи кримінального правопорушення або заяви про залучення її до провадження як потерпілого. За доктриною кримінального права потерпілий як фігурант кримінально-правових відносин з’являється одночасно з учиненням суспільно небезпечного діяння, передбаченого КК України.

Відповідно до ч. 6 ст. 55 КПК України, якщо внаслідок кримінального правопорушення настала смерть особи або особа перебуває у стані, який унеможлиблює подання нею відповідної заяви, потерпілим визнається особа з числа близьких родичів чи членів сім’ї, яка подала заяву про залучення її до провадження як потерпілого. У кримінальному праві

www.pravoua.com.ua

<sup>26</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>> (дата звернення: 21.01.2020).

стосовно потерпілого як ознаки складу злочину така трансформація неможлива. Первинним для його появи є об'єктивно існуюче соціальне явище – об'єкт кримінально-правової охорони, структурним елементом якого є учасники суспільних відносин (його суб'єкти), взаємодія і взаємозв'язок між якими забезпечує функціонування такого об'єкта. У межах такого явища внаслідок вчинення злочину відбуваються сутнісні негативні зміни, зокрема шкода, що спричиняється одному або кільком суб'єктам суспільних відносин. Вочевидь особи, зазначені у ч. 6 ст. 55 КПК України, не входять до кола учасників суспільних відносин, що були об'єктом кримінально-правової охорони, а тому вони не можуть входити до ознак складу злочину. Такі особи визнаються ч. 6 ст. 55 КПК України потерпілими внаслідок регуляторної взаємодії кримінально-правових і кримінальних процесуальних відносин, що є необхідним для вирішення широкого кола завдань кримінального провадження. Без потерпілого в кримінально-правовому розумінні не може з'явитися потерпілий як учасник кримінального провадження. Однак за межами встановлення ознак складу злочину, наприклад, при вирішенні питань щодо можливості звільнення особи від кримінальної відповідальності (ст. 46 КК України), такі поняття унаслідок трансформації їхнього змісту у зв'язку зі здійсненням кримінального провадження можуть збігатися.

Що стосується таких різновидів потерпілих від злочину (наприклад, окремі етнічні групи, держава тощо), які виділяє теорія кримінального права, то вони можуть бути предметом прикладного застосування закону про кримінальну відповідальність лише на рівні кримінально-правової характеристики, тобто коли у зв'язку з учиненням злочину виникають питання комплексної оцінки ступеня тяжкості вчиненого, що, наприклад, має важливе значення для призначення покарання за злочин або застосування до особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, інших кримінально-правових заходів впливу, передбачених КК України.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored books*

1. Brajnin Ja, *Ugolovnaja otvetstvennost' i ee osnovanie v sovetskom ugolovnom prave* [Criminal Liability and its Ground in Soviet Criminal Law] (1963) (in Russian).
2. Budzinskij S, *Nachala ugolovnogo prava* [Fundamentals of Criminal Law] (Varshava 1870) (in Russian).
3. Fargiev I, *Ugolovno-pravovye i kriminologicheskie osnovy uchenija o poterpevshem* [Criminal-Law and Criminological Foundations of the Victim Doctrine] (Jurid centr Press 2009) (in Russian).

Вячеслав Борисов

4. Kondakov N, *Logicheskij slovar'-spravochnik [Logical Dictionary-Reference Book]* (Nauka 1975) (in Russian).
5. Kudrjavcev V, *Obshhaja teorija kvalifikacii prestuplenij [General Theory of Crime Qualification]* (Jurid lit 1972) (in Russian).
6. Panov M, *Problemy metodologii nauky kryminalnogo prava [Methodology Issues of Criminal Law Science]* (Pravo 2018) (in Ukrainian).
7. Senatorov M, *Poterpilyi vid zlochnu u kryminalnomu pravi [Victim of Crime in Criminal Law]* (Pravo 2006) (in Ukrainian).
8. Tagancev N, *Russkoe ugovnoe pravo. Lekcii. Chast' obshhaja [Russian Criminal Law. Lectures. General Part], t 1* (1994) (in Russian).
9. Trajnin A, *Obshhee uchenie o sostave prestuplenija [General Doctrine of Corpus Delicti]* (Gosjurizdat 1957) (in Russian).
10. Zhrebkin V, *Logicheskij analiz ponjatij prava [Logical Analysis of the Concepts of Law]* (Vishha shkola 1976) (in Russian).

#### *Edited books*

11. *Kryminalne pravo Ukrainy: Zahalna chastyna: pidruchnyk [Criminal Law of Ukraine: General Part: Textbook]* (Tatsii V ta Borysov V ta Tiutiuhin V red, 5-te vyd, pererobl i dopov, Pravo 2015) (in Ukrainian).
12. *Poterpilyi vid zlochnu (mizhdystyplinarne pravove doslidzhennia) [Victim of Crime (Interdisciplinary Legal Research)]* (Baulin Yu ta Borysov V zah red, Krossroud 2008) (in Ukrainian).

#### *Encyclopaedias*

13. *Jenciklopedija ugovnogo prava [Encyclopedia of Criminal Law], t 4: Sostav prestuplenija [Corpus Delicti of Crime]* (Izdanie professora Malinina 2005) (in Russian).
14. *Velyka ukraïnska yurydychna entsyklopediia [Great Ukrainian Encyclopedia of Law], t 17: Kryminalne pravo [Criminal Law]* (Tatsii V holova redkol, Borysov V zast holovy, Pravo 2016) (in Ukrainian).

#### *Journal articles*

15. Borysov V, 'Skład zlochnu yak pravova model' ['Corpus Delicti as a Legal Model'] [2009] 1(14) *Visnyk akademii advokatury Ukrainy* 254–6 (in Ukrainian).
16. Panov M, 'Problemy skladu zlochnu ta yoho funktsii u doktryni kryminalnogo prava' ['Issues Intrinsic to Corpus Delicti and Its Functions in the Criminal Law Doctrine'] (2013) 1 *Visnyk asotsiatsii kryminalnogo prava Ukrainy* 103–25 (in Ukrainian).

#### *Theses*

17. Radutnyi O, 'Kryminalna vidpovidalnist za nezakonne zbyrannia, vykorystannia ta rozgholoshennia vidomosti, shcho stanovliat komertsiiu taiemnytsiu (analiz skladiv zlochniv)' ['Criminal Liability for Illegal Collection, Use and Disclosure of Information Regarded as Trade Secret (Analysis of Various Corpus Delicti)'] (dys kand yuryd nauk, 2002) (in Ukrainian).
18. Sidorov B, 'Povedenie poterpevshih ot prestuplenija i ugovnaja otvetstvennost' ['Behavior of Crime Victims and Criminal Liability'] (avto-ref dis dokt jurid nauk, 1999) (in Russian).

Viacheslav Borysov

CORPUS DELICTI AND VICTIM'S PLACE  
IN ITS STRUCTURE

**ABSTRACT.** The corpus delicti doctrine is a cornerstone of the system of knowledge about crime, about forming and application of provisions of the Criminal Code of Ukraine (CC of Ukraine), criminal liability and its grounds, etc. Amidst the issues relating to investigation of corpus delicti, the forming of concepts having reference to corpus delicti and its structure is methodologically important. From the perspective of the latter issue, a special role is played by victim of crime – this concept is interdisciplinary and enshrined in the Criminal Procedure Code of Ukraine (CPC of Ukraine) by the term “victim” (art. 55 of CPC of Ukraine, etc.).

The purpose of the article is to characterize the concept of “corpus delicti” as a legal phenomenon – a product which results from cognitive activity of the subject of knowledge and which uses, as its source material, a really existing system of indicia cognized and used in practical activities. It is noted that corpus delicti is a logical and legal model consisting of four scaled-up elements: the object, the objective side, the subjective side and the subject of crime. Each of these elements, for its part, has its own specific structure, with indicium of crime being a criterion of set-up of such a structure, as well as corpus delicti on the whole.

Based on the logical characteristics of the class of items, the author divides all corpus delicti into general corpus delicti (generic concept) and specific one (specific corpus delicti of intentional homicide, intentional severe bodily harm, hostage-taking, etc.). It is indicated that when a crime is committed, the actual corpus delicti of the crime is of legal significance – a set of objective and subjective, as well as necessary and sufficient indicia to be established in accordance with the specific socially dangerous act committed.

In the theory of criminal law, the indicium of a crime victim is regarded as optional indicia of the general corpus delicti, despite the fact that in all cases when a socially dangerous act is committed there will always be a crime victim. Formulating the provision of the Special Part of CC of Ukraine, the legislator does not always make reference to or implies a victim as an indicium of a crime. A victim as a mandatory indicium is prescribed only for certain types of crimes.

The author emphasizes that CC of Ukraine does not give a definition of the victim of a crime. This definition is legally enshrined in part 1, Article 55 of CPC of Ukraine, and the author believes that by its legal nature it may be reckoned in the class of substantive law concepts, and therefore it should be used when applying the provisions of criminal procedural legislation as well as legislation on criminal liability. It is noted that the concept of “victim of crime” given by the legislator in certain provisions of CC of Ukraine may not go beyond the legal framework, and thus it can only be individuals or legal entities. The author concludes that other types of victims (ethnic or social groups, the State, etc.) which are distinguished by the criminal law theory may be the subject in the event when criminal liability law applies only at the level of a criminal law characteristic, i.e., when in connection with a committed crime there arise the issues of comprehensive assessment of the severity with which it is committed.

According to the terminology introduced on April 13, 2012 with the adoption of the new CPC of Ukraine, the concept of “corpus delicti of a crime” is changed for “corpus

Вячеслав Борисов

delicti of a criminal offense”; gradually this term came to be used in modern scientific literature on criminal law. On November 22, 2018 the concept of “corpus delicti of a criminal offence” has been introduced by the Law of Ukraine “On Amendments to Some Legislative Acts of Ukraine Regarding Simplification of Pre-Trial Investigation of Certain Categories of Criminal Offenses” into CC of Ukraine. However, at the time when the author was writing this article, the innovations of this Law have not yet entered into force. According to Art. 12 of CC of Ukraine as amended by the Law, this concept will embrace two types of criminal offenses – misdemeanors and crimes. At the same time, given the centuries-old history of how the concept of “corpus delicti of a crime” was set in the scientific domain, in this article it is used as the key one in the context of highlighting the views of scholars on the forming and development of its content and place in the structure of victim of crime.

KEYWORDS: corpus delicti of crime; general corpus delicti of crime; specific corpus delicti of crime; actual corpus delicti of crime; victim of crime.



### Євген Стрельцов

доктор юридичних наук, доктор теології, професор,  
член-кореспондент НАПрН України,  
заслужений діяч науки і техніки України,  
завідувач кафедри кримінального права  
Національного університету “Одеська юридична академія”  
(Одеса, Україна)  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4418-1275>  
streltsov@onua.edu.ua

### Наталія Мирошніченко

кандидатка юридичних наук, доцентка,  
заслужена юристка України,  
професорка кафедри кримінального права  
Національного університету “Одеська юридична академія”  
(Одеса, Україна)  
crimlaw@onua.edu.ua



УДК 343.232

## ПІДСТАВА КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ПОТРЕБУЄ ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАКРІПЛЕННЯ

Анотація. Завдання Кримінального кодексу України (КК України) – правове забезпечення охорони прав і свобод людини та громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від злочинних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання злочинам (ч. 1 ст. 1). Для здійснення цього завдання КК України визначає, які суспільно небезпечні діяння є злочинами та які покарання застосовуються до осіб, що їх вчинили (ч. 2 ст. 1). Відбувається це завдяки притягненню такої особи до кримінальної відповідальності. Підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого КК України (ч. 1 ст. 2). Таким чином, склад злочину (з 1 липня 2020 р. – склад кримінального правопорушення) є одним з основних, якщо не основним інститутом кримінального законодавства, який “запускає” весь механізм реалізації кримінальної відповідальності та втілює виконання завдань кримінального законодавства. Склад злочину, як відомо, включає в себе чотири елементи: об’єкт, об’єктивну сторону, суб’єкт і суб’єктивну сторону, наявність яких потрібно обов’язково встановити у діяннях конкретної особи, щоб визнати їх злочинними. Відсутність хоча б одного з цих елементів у діяннях конкретної особи (у формальному або якісному вигляді) не дає змоги вважати, що в діяннях особи присутній склад злочину, і тим самим неможливо ставити питання про притягнення її до кримінальної відповідальності.

Таке принципове значення складу злочину, його визначення, застосування, складнощі, які при цьому виникають, постійно роблять наукові дослідження інституту не тільки актуальними, а й необхідними, що відображається у багатьох дослідженнях українських науковців. Тобто в доктринальному значенні поняття складу злочину, його елементів, ознак тощо мають необхідні наукові напрацювання. Водночас визначення складу злочину та його елементів не мають необхідного рівня законодавчого закріплення. Так, у чинному КК України мають законодавче визначення тільки декілька елементів складу злочину, а загального визначення поняття складу злочину та всіх його елементів немає. У зв'язку з цим у статті досліджується зазначена проблема й обґрунтовуються положення щодо закріплення у КК України складу злочину (з 1 липня 2020 р. – кримінального правопорушення) та його елементів.

Ключові слова: підстава кримінальної відповідальності; поняття та елементи складу злочину (кримінального правопорушення); види умислу; поняття подвійної вини; поняття казусу; поняття юридичної та фактичної помилки; правова доктрина.

Політичні, економічні, соціальні та інші зміни, які відбуваються сьогодні в Україні, поруч із досягненням позитивних результатів, в окремих випадках мають і негативні аспекти, зокрема й у вигляді суспільно небезпечних проявів та вчинків, що, зі свого боку, обумовлює невідповідність певних кримінально-правових норм, які повинні забезпечувати охорону таких процесів, змісту реформ, що здійснюються. У зв'язку з цим удосконалення положень законодавства про кримінальну відповідальність стає об'єктивною необхідністю, але таке реформування повинно мати продуманий, послідовний характер<sup>1</sup>. Починати його слід із обговорення та прийняття рішення стосовно положень, які вважаються кримінально-правовими догмами. В основі цього повинні обов'язково бути сучасні надбання вітчизняної правової доктрини.

Такими потрібно вважати положення, які регламентують кримінальну відповідальність, яка, на думку М. Панова, є універсальною категорією, оскільки “пронизує” практично всі інститути Загальної та Особливої частин<sup>2</sup>.

Проблема поняття, змісту, обґрунтування кримінальної відповідальності постійно досліджується у правовій науці, і з цього приводу існує багато думок. У найзагальнішому розумінні кримінальна відповідальність – це реакція держави на вчинене особою кримінальне правопорушення. Подібна реакція, яка здійснюється у легітимних формах, викликана насамперед публічними інтересами підтримки та зміцнення

<sup>1</sup> Є Стрельцов, ‘Деякі роздуми про правову сутність та соціальні завдання кримінального права’ (2010) 9 Право України 102-9; Є Стрельцов, ‘Положення кримінального законодавства: положення, які потрібно враховувати’ в *Кримінальне правопорушення: національний та зарубіжний виміри матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 24 травня 2019 р.)* (Стрельцов Є та інші ред кол, Юридична література 2019) 58-65.

<sup>2</sup> Н Панов, ‘Уголовная ответственность: понятие, принципы, основание’ (2013) 5 Ежегодник уголовного права 543–56.



правопорядку, встановленого в суспільстві для забезпечення соціальної безпеки в усіх її видах і проявах. Кримінальна відповідальність, її застосування обумовлені низкою умов і передумов. Але конкретна фактична умова її появи – це підстава кримінальної відповідальності. При цьому потрібно враховувати, що такі підстави мають не тільки морально-юридичне, а й, на думку В. Кудрявцева, політичне значення<sup>3</sup>.

У чинному Кримінальному кодексі України (далі – КК України)<sup>4</sup> закріплено, що підставою застосування кримінальної відповідальності є вчинене особою суспільно небезпечне діяння, яке містить склад злочину (з 1 липня 2020 р. – склад кримінального правопорушення<sup>5</sup>), передбаченого КК України (ч. 1 ст. 2). Потрібно підкреслити, що зміст цього поняття у законі не визначений.

Метою дослідження є формулювання на основі існуючої правової доктрини пропозицій щодо необхідності законодавчого закріплення поняття складу злочину (кримінального правопорушення) та його елементів у ч. 2 ст. 2 наступного КК України. Ці новели постійно обґрунтовуються авторами статті вже декілька років<sup>6</sup>.

Склад злочину (кримінального правопорушення) – це сукупність об'єктивних і суб'єктивних ознак, встановлених кримінальним законом, що характеризують суспільно небезпечне діяння як злочин (кримінальне правопорушення). До складу злочину (кримінального правопорушення) традиційно відносять чотири елементи: об'єкт, об'єктивну сторону, суб'єкт і суб'єктивну сторону. Водночас офіційного закріплення складу злочину (кримінального правопорушення) немає, що, на нашу думку, необхідно обов'язково зробити. Далі, на такому ж рівні, потрібно визначити кожний з елементів і перелічити його ознаки. Необхідно це зробити з низки суттєвих причин, зокрема, це дасть змогу зняти перманентні дискусії з цього приводу та надати змогу для більш спрямованого їх обговорення. На нашу думку, можна запропонувати такі визначення. Об'єкт – це суспільні відносини, що перебувають під охороною кримінального закону та на які здійснюється суспільно небезпечне посягання. Об'єктивна сторона складу злочину (кримінального правопорушення) – це зовнішня сторона, що характеризується суспільно

<sup>3</sup> 'Основание уголовной ответственности' (Zachnik.com) <<https://zachnik.com/spravochnik/pravo/ugolovnoe-pravo/osnovanie-ugolovnoj-otvetstvennosti>> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>4</sup> Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>5</sup> Див.: Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень: Закон України від 22 листопада 2018 р. № 2617-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2617-19>> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>6</sup> Н Мирошниченко, 'Пропозиції щодо вдосконалення Кримінального кодексу України' (2015) 5 Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України 176–82; Є Стрельцов, 'Складні процеси реформування кримінального права України' (2018) 5 Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України 82–91.

небезпечним діянням (дією або бездіяльністю), суспільно небезпечними наслідками, причинним зв'язком між ними, а також місцем, часом, способом, обстановкою, засобами та знаряддями вчинення правопорушення. Суб'єкт – це фізична особа, яка під час вчинення злочину (кримінального правопорушення) була осудною або обмежено осудною та досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність. Суб'єктивна сторона – це внутрішня сторона складу злочину (кримінального правопорушення), яка характеризує психічну діяльність особи, що відображає ставлення її свідомості та волі до вчиненого нею суспільно небезпечного діяння і його наслідків<sup>7</sup>.

Кожен із вказаних елементів складу злочину (кримінального правопорушення) виконує своє соціально-правове “завдання” при встановленні підстав кримінальної відповідальності в діях фізичної особи. Особливо, на нашу думку, потрібно виділити такий елемент складу кримінального правопорушення, як суб'єктивна сторона. Саме суб'єктивна сторона, з урахуванням положень статей 2, 23, 24, 25, 19, 20, 21 і навіть із огляду на розуміння окремих положень ст. 22 КК України, дає змогу вважати, що саме цей елемент багато в чому забезпечує застосування принципу суб'єктивного ставлення в законодавстві, його наявності у правовій доктрині та практиці. Потрібно звернути увагу на те, що важливість саме “суб'єктивного ставлення” закріплена не тільки у галузевому законодавстві. Так, у ст. 62 Конституції України прямо вказується, що “особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду”<sup>8</sup>. Чітке законодавче закріплення цього положення є також важливою гарантією дотримання законності.

Зміст суб'єктивної сторони складу злочину (кримінального правопорушення) характеризують, як відомо, такі юридичні ознаки: вина, мотив, емоції та мета вчинення злочину (кримінального правопорушення). Встановлення усіх ознак суб'єктивної сторони – це немовби початковий і завершальний етап у визначенні наявності складу злочину (кримінального правопорушення) як єдиної підстави кримінальної відповідальності. Тому з'ясування суб'єктивної сторони складу злочину (кримінального правопорушення) має принципове юридичне значення, а важливість правильного встановлення змісту та ознак суб'єктивної

<sup>7</sup> Н Мирошніченко, ‘Деякі проблеми Загальної частини кримінального права України’ в Козаченко О та Стрельцов Є (ред), *Правовий вплив на неправомірну поведінку: актуальні грані* (Ліон 2016) 667–8.

<sup>8</sup> Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996 р. № 30. Ст. 141.

сторони злочину (кримінального правопорушення) дає змогу дослідити цей елемент на більш загальному рівні.

Вина особи є основною, обов'язковою ознакою будь-якого складу злочину (кримінального правопорушення), тому що саме вона значною мірою визначає його зміст. Вина, як закріплено у ст. 23 КК України, – це психічне ставлення особи до вчиненого нею суспільно небезпечного діяння та його наслідків у формі умислу або необережності. Важливе значення при цьому має соціальна сутність вини, що проявляється у негативному або зневажливому ставленні особи, яка вчиняє кримінальне протиправне діяння, відносно тих інтересів, соціальних благ, цінностей (суспільних відносин), які охороняються кримінальним законом. Вина особи – також важлива соціальна категорія, зміст якої визначає як саму його наявність як такого, так і характер і тяжкість відповідного кримінально протиправного діяння.

На відміну від вини, емоції, мотив і мета – це, кажучи з позицій Загальної частини КК України, факультативні ознаки суб'єктивної сторони складу злочину (кримінального правопорушення). Вони мають правове значення необхідних ознак лише у випадках, коли названі в диспозиції статті КК України як обов'язкові ознаки конкретного складу злочину (кримінального правопорушення).

Аналізуючи більш детально емоції як ознаку суб'єктивної сторони, відзначимо, що особливості деяких складів злочинів (кримінальних правопорушень) визначають необхідність з'ясування відповідних (тих або інших) емоцій, яких зазнавала (може зазнавати) людина при вчиненні суспільно небезпечного діяння. Так, існує безліч емоцій, які різняться за своїм характером, змістом, часом виникнення та іншими характеристиками. Частіше вони перебувають за межами суб'єктивної сторони складу злочину (кримінального правопорушення), тому не впливають на формування її ознак, а отже, на кваліфікацію відповідних діянь. Однак у тих випадках, коли відповідні емоції, наприклад, стан сильного душевного хвилювання, відіграють істотну роль у формуванні мотиву вчинення деяких видів злочинів (кримінальних правопорушень), вони включаються у зміст суб'єктивної сторони складу правопорушення, тобто вказуються у диспозиції статті Особливої частини КК України як обов'язкові ознаки.

Визначаючи склад злочину (кримінального правопорушення), відзначимо, що він відсутній при невинному заподіянні навіть тяжких наслідків, якщо немає вини. Відсутність мотиву або мети, при наявності їх обов'язковості у складі конкретного правопорушення, також виключає конкретний склад злочину (кримінального правопорушення) та кримінальну відповідальність. Загалом суб'єктивна сторона, крім вка-

заних вище характеристик, суттєво впливає на кваліфікацію злочинів (кримінальних правопорушень), а також дає змогу відмежувати подібні за об'єктивними ознаками правопорушення, як це відбувається, наприклад, у випадках вчинення вбивства умисно або через необережність, або пошкодження майна умисно або через необережність<sup>9</sup>.

Важливе значення у понятті вини мають і такі її складові, як форми та ступінь вини. Форми вини – це окреслена в кримінальному законі сукупність певних ознак свідомості та волі особи, яка вчиняє суспільно небезпечне діяння. У співвідношенні таких ознак і виражається психічне ставлення особи до діяння і його наслідків. Чинне законодавство виділяє дві форми вини – умисел і необережність. Це узагальнені законодавцем поняття, які лише загалом характеризують ставлення особи до вчиненого нею діяння і його наслідків. Умисел і необережність мають свої види. Умисел може бути прямим і непрямим, а необережність проявляється у кримінально протиправній самовпевненості або кримінально протиправній недбалості. Ступінь вини є оціночною, кількісною категорією, такою, що визначає тяжкість вчиненого діяння та безпеку особи винного. Тому ступінь вини немовби конкретизує поняття вини. Вина має також важливе практичне значення, оскільки реалізація кримінальної відповідальності та призначення конкретного покарання залежать від того, із прямим або непрямим умислом вчинене правопорушення, мав місце умисел заздалегідь обміркований або раптово виниклий, який вид необережності допустила особа та у чому вона виявилася.

Зміст вини – це сукупність свідомості (інтелектуальний момент) і волі (вольовий момент), а також їх співвідношення. При вчиненні злочину (кримінального правопорушення) свідомістю особи охоплюються фактичні обставини, одні з яких усвідомлюються в повному обсязі, другі – лише приблизно, а треті – помилково<sup>10</sup>. Загалом правильне з'ясування вказаного змісту вини, її форм і видів – необхідна умова правильної кваліфікації кримінальних правопорушень.

Водночас крім розглянутих видів умислу в теорії та судовій практиці прийнято виділяти інші види умислу, які мають значення для юридичної оцінки і кваліфікації деяких злочинів (кримінальних правопорушень). Для них характерні додаткові відмінні ознаки, такі як час виникнення, спрямованість умислу, конкретизація бажаного наслідку тощо. Ці види умислу також не закріплені в чинному КК України, але потребують, на нашу думку, свого визначення у новому КК України.

<sup>9</sup> Віктор Сухонос та Володимир Сухонос, *Склад злочину: закон, теорія та практика* (Університетська крига 2018) 72–100.

<sup>10</sup> Р. Вереща, *Поняття вини як елемент змісту кримінального права України* (Атіка 2005) 224.

За часом виникнення та формування розрізняють умисел заздалегідь обдуманий і раптово виниклий. Раптовий умисел виникає та реалізується саме тоді, коли він виник. Заздалегідь обдуманий умисел після виникнення реалізується через певний час, тобто особа готується до вчинення конкретного злочину (кримінального правопорушення). Афектований умисел є різновидом раптово виниклого умислу, він супроводжується особливим емоційним станом особи, який виникає, наприклад, унаслідок протизаконного насильства, систематичного знущання або тяжкої образи з боку потерпілого, доприкладу, вбивства, вчиненого в стані сильного душевного хвилювання (ст. 116 КК України).

Залежно від спрямованості діяння та ступеня конкретизації винним передбачених наслідків умисел прийнято поділяти на визначений (конкретизований) і невизначений (неконкретизований). Визначений умисел характеризується чіткою конкретизацією наслідків діяння у передбаченні винного. Тут суб'єкт передбачає індивідуально визначені наслідки і бажає їхнього настання або свідомо їх допускає. Визначений умисел може бути простим, коли винний передбачає і бажає настання одного конкретного наслідку, досягнення певної мети, або альтернативним, коли особа передбачає й однаково бажає або свідомо допускає настання одного з двох або більше індивідуально визначених наслідків.

Невизначений умисел характеризується тим, що при передбаченні можливості настання суспільно небезпечних наслідків відсутня їхня індивідуальна конкретизація. Особа бажає або свідомо допускає нанесення шкоди тим або іншим інтересам, але про те, якою фактично буде шкода, не має чіткого уявлення. Відповідальність і кваліфікація у подібних випадках настають за фактично заподіяними наслідками.

Розглянуті види умислу впливають на кваліфікацію вчиненого злочину (кримінального правопорушення), на ступінь суспільної небезпеки вчиненого, тому, на нашу думку, мають бути визначені в ст. 24 КК України поряд із прямим та непрямим умислом, а саме в самостійних частинах цієї статті.

Відповідно до ст. 25 КК України злочин (кримінальне правопорушення) визнається вчиненим через необережність, якщо особа, яка його вчинила, передбачала можливість настання суспільно небезпечних наслідків своєї дії або бездіяльності, але легковажно розраховувала на їх відвернення, або не передбачала можливості настання таких наслідків, хоча повинна була й могла їх передбачити. Це визначення охоплює два види необережності: кримінально протиправну самовпевненість і кримінально протиправну недбалість.

Необхідно зазначити, що у правозастосовній практиці особливі складнощі викликає відмежування кримінально протиправної самовпевненості від непрямого умислу. Це обумовлене тим, що за інтелектуальними ознаками ці види вини мають подібність. Так, при самовпевненості, як і при непрямому умислі, особа передбачає можливість настання суспільно небезпечних наслідків. Водночас, якщо при самовпевненості особа передбачає абстрактну можливість настання наслідків, то при непрямому умислі – реальну можливість їх настання. За волювою ознакою відмінність самовпевненості від непрямого умислу така: при самовпевненості воля особи спрямована на запобігання можливості настання суспільно небезпечних наслідків. Розрахунки особи – конкретні, спираються на обставину або групу обставин, які здатні запобігти настанню наслідків.

“Випадок” розглядається як самостійний вид психічного ставлення до суспільно небезпечних наслідків, що настали. Він можливий тоді, коли наслідки, що настали, перебувають у причинному зв’язку з дією (або бездіяльністю) особи, яка не тільки не передбачала можливості їх настання, а й не могла їх передбачити. “Випадок” – це невинне спричинення шкоди, що теж, на нашу думку, слід визначити в ч. 4 ст. 25 КК України. Зі свого боку це дасть можливість не тільки більш точно встановлювати “випадок”, а й розмежовувати зі злочинною недбалістю.

“Випадок” виключає вину в поведінці особи. Поняттям “випадок” охоплюються ситуації, коли, незважаючи на наявність в особі обов’язку передбачити суспільно небезпечні наслідки (об’єктивного критерію), вона внаслідок конкретних обставин не має реальної можливості їх передбачити (відсутній суб’єктивний критерій), або відсутні обидва критерії.

Наука кримінального права з урахуванням особливостей деяких статей Особливої частини КК України розробила поняття подвійної вини (іноді її називають складною, або змішаною виною). Подвійна вина – це неоднакове психічне ставлення особи у формі умислу й необережності до різних об’єктивних ознак того самого суспільно небезпечного діяння та його наслідків. При подвійній вині щодо одних ознак складу злочину (кримінального правопорушення) має місце умисел (прямий або непрямий), а щодо інших – необережність (самовпевненість або недбалість). Питання про подвійну вину виникає в тих складах злочинів (кримінальних правопорушень), у яких об’єктивна сторона за своїм характером є складною (наприклад, ч. 2 ст. 121 КК України). Потрібно підкреслити, що при наявності подвійної вини виникають певні складнощі з визначенням того, яким загалом є злочин (кримінальне правопорушення),

вчинений особою: умисним або необережним. Це має важливе значення із багатьох причин. Вирішення цього питання залежить від того, які об'єктивні ознаки конкретного складу правопорушення є найважливішими для визнання діяння та оцінки характеру і ступеня його суспільної небезпеки. Вважаємо за необхідне доповнити КК України ст. 25<sup>11</sup>, де надати визначення подвійної (складної) вини<sup>11</sup>.

Кожний вид поведінки людини в суспільстві обумовлений якимись спонукальними мотивами й метою (цілями). Мотив – це внутрішнє спонукання, рушійна сила вчинку людини, яка визначає його зміст і допомагає глибше розкрити психічне ставлення особи до вчиненого. Мета – це уявлення про бажаний результат, до якого прагне особа, що визначає спрямованість діяння. Мотив і мета як психічні ознаки характерні для будь-якої свідомої вольової поведінки людини. В їхній основі лежать потреби, інтереси людини. Однак, коли йдеться про мотив і мету правопорушення, їхній зміст багато в чому визначається антисоціальною спрямованістю поведінки особи. При цьому мотив і мета, будучи самостійними психологічними ознаками суб'єктивної сторони, взаємозалежні між собою й лише в сукупності можуть надати повне уявлення про спрямованість поведінки, наприклад, корисливий мотив і ціль незаконного збагачення у таких правопорушеннях, як крадіжка, грабіж, шахрайство<sup>12</sup>. При цьому мотив і мету законодавець використовує при конструюванні законодавчої моделі не всіх злочинів (кримінальних правопорушень). У зв'язку з цими обставинами мотив і мета у теорії кримінального права віднесені до групи факультативних ознак складу злочинів (кримінальних правопорушень).

Водночас залежно від законодавчого опису суб'єктивної сторони мотив і мета можуть виконувати роль обов'язкових ознак, кваліфікуючих ознак або ознак, що пом'якшують або обтяжують покарання. У деяких складах злочинів (кримінальних правопорушень) має значення емоційний стан особи при вчиненні суспільно небезпечного діяння. Наприклад, стан сильного душевного хвилювання входить до змісту суб'єктивної сторони кримінальних правопорушень, передбачених у статтях 116 і 123 КК України. Якщо законодавець передбачає конкретний мотив або мету як обов'язкову ознаку складу правопорушення, то відсутність їх у конкретному випадку виключає цей склад кримінального правопорушення<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Н Мирошніченко, 'Проблеми вини в кримінальному праві та законодавстві України' в Мирошніченко Н та Стрельцов Є (ред), *Сучасне кримінальне право України: наукові нариси* (Юридична література 2017) 55–7.

<sup>12</sup> Є Стрельцов, 'Кримінально-правова охорона власності' (2011) 5 *Право України* 87–95.

<sup>13</sup> А Савченко, *Мотив і мотивація злочину* (Атіка 2002) 144.

Оскільки певні мотиви і мета впливають на ступінь суспільної небезпеки злочину (кримінального правопорушення), то законодавець може передбачати їх як кваліфікуючі ознаки, що підвищують суспільну небезпеку конкретних складів злочинів (кримінальних правопорушень) і роблять ці склади кваліфікованими, тобто більш небезпечними порівняно з простими складами. У цих випадках мотив і мета впливають на кваліфікацію вчиненого діяння. Так, простий склад умисного вбивства являє собою незаконне умисне позбавлення життя іншої людини незалежно від мотивів і мети. Однак, якщо це вбивство відбувається із корисливих або з хуліганських спонукань, то воно стає більш небезпечним, і законодавець визнає його вже не “простим”, а кваліфікованим складом, що вимагає кваліфікації за ч. 2 ст. 115 КК України. Враховуючи важливість цих ознак, вважаємо за необхідне спеціально закріпити поняття мотиву та мети в самостійній статті КК України, а саме ст. 25<sup>2</sup>.

Отже, суб’єктивна сторона складу злочину (кримінального правопорушення) – це психічне ставлення особи до вчиненого нею злочину (кримінальному правопорушенню), яке характеризується конкретною формою вини, емоціями, мотивом і метою.

Із суб’єктивною стороною пов’язане таке поняття, як помилка, якої може припускатися особа, що вчиняє суспільно небезпечне діяння. Помилка в кримінальному праві – це неправильне уявлення особи про юридичне значення чи фактичний зміст свого діяння, його наслідки й обставини, які передбачаються як обов’язкові ознаки в конкретному складі злочину (кримінальному правопорушенню). У теорії кримінального права виділяють юридичні та фактичні помилки<sup>14</sup>.

Юридична помилка – це неправильне уявлення особи щодо юридичної характеристики (оцінки) вчиненого діяння. Така помилка можлива відносно кримінальної протиправності або непротиправності вчиненого діяння, щодо кваліфікації вчиненого або щодо покарання за вчинений злочин (кримінальне правопорушення). Помилка особи в юридичних ознаках загалом відображає незнання особою змісту кримінального закону, а тому, за загальним правилом, не виключає кримінальної відповідальності.

Водночас фактична помилка – це неправильне уявлення особи про характер і фактичні наслідки своєї діяльності. Вона буває декількох видів: в об’єкті або предметі злочину (кримінального правопорушення); в особі потерпілого; в об’єктивній стороні (помилка в розвитку причинного зв’язку, у характері діяння, у виді наслідків); у кваліфікуючих обста-

<sup>14</sup> Р. Вереша, ‘Помилка в кримінальному праві: поняття та основні види’ (2005) 5 Підприємництво, господарство, право 35–42.



винах злочину (кримінального правопорушення). Фактична помилка впливає на кваліфікацію злочину (кримінального правопорушення), змінює суб'єктивне уявлення про правопорушення того чи іншого виду. Наприклад, якщо особа помиляється відносно об'єкта або предмета, то її дії слід кваліфікувати як замах на той злочин (кримінальне правопорушення), який вона хотіла вчинити. Помилка у розвитку причинного зв'язку може впливати на форму вини. Тобто помилка може мати вплив на суб'єктивну сторону злочину (кримінального правопорушення) та кримінальну відповідальність. Тому вважаємо за необхідне закріпити в КК України поняття “помилка” та її види (юридична та фактична помилка) у ст. 25<sup>3</sup> розділу 5 Загальної частини КК України.

Підсумовуючи, з урахуванням пропозицій та з огляду на важливість цього елементу складу злочину кримінального правопорушення і його ознак, вважаємо за доцільне розділ 5 Загальної частини КК України перейменувати у “Суб'єктивну сторону складу злочину (кримінального правопорушення)”, до якого увійдуть запропоновані нами законодавчі новели, що загалом сприятиме подальшому удосконаленню кримінального законодавства України.

Висновки. Враховуючи викладене, пропонуємо закріпити у ч. 2 ст. 2 КК України поняття складу злочину (кримінального правопорушення), яке викласти у такій редакції: “Склад кримінального правопорушення – це сукупність (система) встановлених у кримінальному законі юридичних ознак (об'єктивних і суб'єктивних), що визначають вчинене суспільне небезпечне діяння як злочин (кримінальне правопорушення)”. Також вважаємо за необхідне надати законодавче визначення усіх елементів складу злочину (кримінального правопорушення), з урахуванням тих аргументів, які ми виклали у цій публікації.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored books*

1. Savchenko A, *Motyv i motyvatsiia zlochynu [Motive and Motivation of a Crime]* (Atika 2002) (in Ukrainian).
2. Sukhonos Viktor ta Sukhonos Volodymyr, *Sklad zlochynu: zakon, teoriia ta praktyka [Corpus Delicti of Crime: Law, Theory and Practice]* (Universytetska kryha 2018) (in Ukrainian).
3. Veresha R, *Poniattia vyny yak element zmistu kryminalnoho prava Ukrainy [The Concept of Guilt as an Element of the Content of Ukrainian Criminal Law]* (Atika 2005) (in Ukrainian).

*Edited books*

4. Myroshnychenko N, 'Deiaki problemy Zahalnoi chastyny kryminalnogo prava Ukrainy' ['Some Challenging Issues of the General Part of Criminal Law of Ukraine'] v Kozachenko O ta Streltsov Ye (red), *Pravovyi vplyv na nepravomirnu povedinku: aktualni hrani [Legal Impact on Illegal Conduct: Current Dimensions]* (Ilion 2016) (in Ukrainian).
5. Myroshnychenko N, 'Problemy vyny v kryminalnomu pravi ta zakonodavstvi Ukrainy' ['Issues of Guilt in Criminal Law and Legislation of Ukraine'] v Myroshnychenko N ta Streltsov Ye (red), *Suchasne kryminalne pravo Ukrainy: naukovi narysy [Modern Criminal Law of Ukraine: Scientific Essays]* (Iurydychna literatura 2017) (in Ukrainian).

*Journal articles*

6. Myroshnychenko N, 'Propozytsii shchodo vdoskonalennia Kryminalnogo kodeksu Ukrainy' ['Proposals to Improve the Criminal Code of Ukraine'] (2015) 5 *Visnyk Pivdennoho rehionalnogo tsentru Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy* 176–82 (in Ukrainian).
7. Panov N, 'Ugolovna otvetstvennost': ponjatie, principy, osnovanie' ['Criminal Liability: Concept, Principles, and Ground'] (2013) 5 *Ezhegodnik ugolovnoho prava* 543–56 (in Russian).
8. Streltsov Ye, 'Deiaki rozдумы pro pravovu sutnist ta sotsialni zavdannia kryminalnogo prava' ['Some Reflections on the Legal Nature and Social Objectives of Criminal Law'] (2010) 9 *Pravo Ukrainy* 102–9 (in Ukrainian).
9. Streltsov Ye, 'Kryminalno-pravova okhорona vlasnosti' ['Property Protection under Criminal Law'] (2011) 5 *Pravo Ukrainy* 87–95 (in Ukrainian).
10. Streltsov Ye, 'Skladni protsesy reformuvannia kryminalnogo prava Ukrainy' ['Complex Processes of Criminal Law Reform in Ukraine'] (2018) 5 *Visnyk Pivdennoho rehionalnogo tsentru Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy* 82–91 (in Ukrainian).
11. Veresha R, 'Pomylka v kryminalnomu pravi: poniattia ta osnovni vydy' ['Error in Criminal Law: Concept and Main Types'] (2005) 5 *Pidpriemnytstvo, hospodarstvo, pravo* 35–42 (in Ukrainian).

*Conference paper*

12. Streltsov Ye, 'Polozhennia kryminalnogo zakonodavstva: polozhennia, yaki potribno vrakhovuvaty' ['Provisions of Criminal Legislation: Provisions to Be Taken Into Account'] v *Kryminalne pravoporushennia: natsionalnyi ta zarubizhnyi vymiry: materialy Mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferentsii (m. Odesa, 24 travnia 2019 r.) [Criminal Offense: National and Foreign Dimensions Materials of the International Scientific and Practical Conference (May 24, 2019, Odessa)]* (Ie Streltsov ta in red kol, Yurydychna literatura 2019) (in Ukrainian).

*Websites*

13. 'Osnovanie ugolovnoj otvetstvennosti' ['The Ground for Criminal Liability'] (*Zaochnik.com*) <<https://zaochnik.com/spravochnik/pravo/ugolovnoe-pravo/osnovanie-ugolovnoj-otvetstvennosti>> (accessed: 21.01.2020) (in Russian).

Yevgen Streltsov  
Nataliya Miroshnychenko

THE GROUND FOR CRIMINAL LIABILITY REQUIRES  
LEGISLATION PROVIDING

**ABSTRACT.** The objective of the Criminal Code of Ukraine (CC of Ukraine) is to provide legal protection of the rights and freedoms of the human being and citizen, property, public order and public security, the environment and the constitutional order of Ukraine against criminal encroachments and, also, to secure peace and safety of mankind and prevent crime (part 1 of Article 1). To this aim, the Criminal Code defines which socially dangerous acts or omissions count as offenses, and which punishments are to be imposed upon persons who commit them (part 2 of Article 1). This is implemented by holding such a person liable under criminal law. Commission by a person of a socially dangerous act that has the elements of crime defined by CC of Ukraine gives grounds for criminal liability (part 1 of Article 2). Thus, elements of crime (from July 1, 2020 – elements of criminal offense) is one of the main, if not the primary institution of criminal law which “launches” the entire mechanism of implementation of criminal liability and incarnates the fulfilled objectives of criminal law. As it is known, there are four component elements of crime: object, objective side, subject and subjective side, and the presence thereof in the acts of a specific person should always be established to recognize such acts as criminal. If at least one of these elements is absent in the acts of a specific person (in a formal or qualitative form), there is no ground to assert that there is an element of crime in the acts of this person, and thus it is impossible to consider the possibility of holding this person criminally liable. Given this fundamental importance of elements of crime – corpus delicti, its definition, application, and the difficulties arising in this connection, scientific research of this institution always remains not only relevant, but also necessary, as can be seen in many studies by Ukrainian scholars. That is, in the doctrinal sense, the concept of corpus delicti of crime, its elements, features, etc. have the necessary scientific developments. At the same time, there is no legislative providing of the definition of corpus delicti of crime and its elements at the appropriate level. Thus, in the current Criminal Code of Ukraine, there is a legislative definition only for a few elements of crime, and the general definition of the concept of corpus delicti and all of its elements is lacking. In this regard, the article examines this problem and justifies the provisions regarding providing of corpus delicti of crime (from July 1, 2020 – criminal offense) and its elements in CC of Ukraine.

**KEYWORDS:** ground for criminal liability; concept and elements of corpus delicti of crime (criminal offense); types of intent; concept of double guilt; concept of casus; concept of legal and factual error; legal doctrine.



### Владислава Батиргареева

докторка юридичних наук, старша наукова співробітниця,  
директорка Науково-дослідного інституту  
вивчення проблем злочинності  
імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України  
(Харків, Україна)  
ivpz@aprnua.rol.net.ua

### Андрій Бабенко

доктор юридичних наук, доцент,  
декан факультету підготовки фахівців  
для органів досудового розслідування  
Одеського державного університету внутрішніх справ  
(Одеса, Україна)  
frfpsoduv@ukr.net



УДК 343.974

## ВПЛИВ УСТАНОВ ВИКОНАННЯ ПОКАРАНЬ І ПОПЕРЕДНЬОГО УВ'ЯЗНЕННЯ НА КРИМІНОГЕННУ СИТУАЦІЮ В УКРАЇНІ

Анотація. Вже давно відзначено, що установи кримінально-виконавчої системи та попереднього ув'язнення здійснюють неабиякий вплив на стан злочинності, зокрема й рецидивної, у тих регіонах, де вони розташовані. Проте і досі той факт, що зазначені установи сприяють створенню специфічного криміногенного фону, який негативно позначається на криміногенній обстановці в тих чи інших адміністративно-територіальних одиницях, не підтверджується математичними розрахунками і методом картографування.

Метою статті є доведення шляхом математичного аналізу із відображенням на відповідних картах залежності таких параметрів, як установи виконання покарань і попереднього ув'язнення, зокрема, їх кількість, з одного боку, та інтенсивність злочинності загалом окремих її видів – з другого боку, у розрізі конкретних адміністративно-територіальних одиниць.

З'ясовано, що між кількістю установ виконання покарань в області і загальною кількістю вчинених злочинів коефіцієнт кореляції становить 0,98, а коефіцієнт кореляції із рецидивними злочинами – 0,99. Тобто цей показник наближається до одиниці, що свідчить про стійкий зв'язок, а також про наявність сильної кореляційної залежності між наведеними показниками. При цьому робиться висновок, що най-

вища інтенсивність загальної та рецидивної злочинності спостерігається у східних, південних і центральних регіонах України, що корелює з розміщенням значної кількості місць несвободи саме у цих місцевостях. Наголошується, що виявлена залежність стає особливо помітною у розрізі міст та районів окремих областей.

Особливу увагу у статті приділено основним передавальним ланкам кримінального зараження певних регіонів. До таких, зокрема, належать: концентрація кримінальних елементів у районах розміщення установ виконання покарань, що звільнилися з місць позбавлення або обмеження волі; кримінальна субкультура як матеріальний і духовний субстрат злочинної ідеології; установлення протиправних, “виробничих” зв'язків місцевого населення з установами виконання покарань. Крім того, наводяться деякі аргументи щодо повернення до Кримінального кодексу України поняття особливо небезпечного рецидивіста, адже лише невідворотність покарання та тривала ізоляція подібних осіб може захистити суспільство від нової і нової кримінальної загрози з їхнього боку та обмежити вплив, який вони чинять на нестійких членів суспільства у разі свого перебування на свободі.

Ключові слова: місця несвободи; інтенсивність злочинності; коефіцієнт кореляції Пірсона; кримінальна субкультура; особливо небезпечний рецидивіст.

Сучасне суспільство немислиме без так званих місць несвободи. Серед них неабияке значення належить установам виконання покарань (виправним і виховним колоніям, виправним центрам, дисциплінарному батальйону тощо), а також установам попереднього ув'язнення (слідчим ізоляторам та ізоляторам тимчасового тримання). У спеціальній літературі навіть висловлено думку, що виправні установи – це спрощена модель суспільства<sup>1</sup>, нехай і спотворена, але така, що нагадує оригінал, у якій ув'язнені намагаються вижити<sup>2</sup>. Це, з одного боку. З другого боку, ‘тюремна індустрія, став одним з оплотів держави, перетворилася на самодостатню, самовідтворювану та саморегулюючу систему’<sup>3</sup>. Ці твердження, без сумніву, змушують науковців вкотре звернути увагу на можливий вплив установ кримінально-виконавчої системи та місць попереднього ув'язнення на стан соціального організму, аби оцінити силу цього впливу в аспекті, по-перше, формування так званого кримінального образу того чи іншого регіону країни або держави загалом, по-друге, визначення рівня та структури злочинності, включаючи й рівень рецидивізму, у певній адміністративно-територіальній одиниці з урахуванням фактора “насиченості” тих чи інших територій (місцевостей) об'єктами, які розглядаються.

Із цього приводу у науковій літературі неодноразово зверталася увага на наявність зв'язку між дислокацією виправних установ та установ

<sup>1</sup> Р Джансараева, ‘Характеристика преступлений, совершаемых в исправительных учреждениях Республики Казахстан’ (2005) 4 Уголовное право 90.

<sup>2</sup> Г Хохряков, *Парадоксы тюрьмы* (Юрид лит 1991) 129.

<sup>3</sup> Е Тонков, *История одной тюрьмы* (Лема 2006) 18.

попереднього ув'язнення і станом злочинності, зокрема й рецидивної, на тій чи іншій території. Цьому питанню приділили увагу, зокрема, автори цієї публікації А. Бабенко<sup>4</sup> і В. Батиргареева<sup>5</sup>, а також Б. Головкін<sup>6</sup>, І. Копотун<sup>7</sup>, В. Філонов, Д. Федоренко<sup>8</sup>, А. Чеботарьов, П. Пономарьов, В. Пахомов<sup>9</sup>, В. Шакун<sup>10</sup> та ін. Так, В. Шакун, аналізуючи регіональну специфіку злочинності в Україні, пояснив високий рівень злочинності в окремих областях сходу нашої країни, поряд з іншими чинниками, надмірною насиченістю цих областей виправно-трудовими закладами<sup>11</sup>.

У зарубіжній літературі вивчалися питання впливу тюрем на економічний та соціальний розвиток громад і впливу кількості так званого тюремного населення на злочинність усередині цих установ<sup>12</sup>. Однак математичним шляхом раніше не демонструвалася залежність між дислокацією подібних установ, зокрема, їхньою кількістю, та показниками, якими характеризуються стан злочинних проявів у тій чи іншій адміністративно-територіальній одиниці.

Метою дослідження є доведення впливу наявності установ виконання покарань і попереднього ув'язнення на криміногенну ситуацію в Україні загалом та в окремих її регіонах зокрема шляхом установлення залежності цих параметрів за допомогою методів математичного аналізу та картографування. Для цього під час дослідження ставилося кілька завдань тактичного плану, як-от: установлення та вивчення тери-

<sup>4</sup> А Бабенко, 'Профілактичні можливості традицій та звичаїв у регіональній системі запобігання злочинності' [2013] 4(55) Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності 71; А Бабенко, *Запобігання злочинності в регіонах України: концептуально-методологічний та праксеологічний вимір: монографія* (ОДУВС 2014) 377–80; А Бабенко, 'Територіально-просторовий аналіз злочинності у населених пунктах Одеської області' [2017] 2(9) Вісник Асоціації кримінального права України 169–89.

<sup>5</sup> В Батиргареева, *Рецидивна злочинність в Україні: соціально-правові та кримінологічні проблеми* (Право 2009) 180–1.

<sup>6</sup> Б Головкін, *Корислива насильницька злочинність в Україні: феномен, детермінація, запобігання* (Право 2011) 65.

<sup>7</sup> І Копотун, 'Поняття та зміст оперативної обстановки у виправних колоніях' [2015] 1(75) Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ 385–94.

<sup>8</sup> В Філонов і Д Федоренко, *Преступність в особі крупном промисленном городе: состояние, причины и меры по ее предупреждению* (ДИВД МВД Украины, 2002) 18–21.

<sup>9</sup> А Долгова (общ ред), *Криминология: учебник* (ИНФРА-М-НОРМА 1997) 784.

<sup>10</sup> В Шакун, *Урбанізація і злочинність* (Вид Укр акад внутр справ 1996) 256.

<sup>11</sup> Там само 90.

Тут ми зберігаємо термінологію у визначенні установ виконання покарань, що вживалася на час підготовки В. Шакуном публікації, про яку йдеться.

<sup>12</sup> Ashleigh T Rasheed, 'Impacts of Prisons in Rural Communities: Economic and Social Factors' (2016) 168 University Honors Program Theses 1–64; Susan Blankenship and Ernest Yanarella, 'Prison Recruitment as a Policy Tool of Local Economic Development: a Critical Evaluation' [2004] 7(2) Contemporary Justice Review 183–98; G Hooks and J Mosher, 'Revisiting the Impact of Prison Building on Job Growth: Education, Incarceration and County-Level Employment, 1976–2004' [2010] 91(1) Social Science Quarterly 228–44; Steven Levitt, 'The Effect of Prison Population Size on Crime Rates: Evidence from Prison Overcrowding Litigation' (1996) 111 Quarterly Journal of Economics 319–52; Thomas B Marvell & Carlisle E Moody, 'Prison Population Growth and Crime Reduction' [1994] 10(2) Journal of Quantitative Criminology 109–140; Nathan Shekita, 'The Effect of Prison Populations on Crime Rates (Revisiting Steven Levitt's Conclusions)' (*Department of Economics Pomona College*, 2015) <<http://economics-files.pomona.edu/GarySmith/Econ190/Econ190%202015/Nathan%20Shekita.pdf>> (accessed: 21.01.2020).

торіальних відмінностей злочинності, зокрема, рецидивної, аби здійснити кримінологічну класифікацію тих чи інших регіонів України; з'ясування тісноти зв'язку між локацією кримінально-виконавчих установ і кількісно-якісними параметрами злочинних проявів не лише у певних регіонах, а й у розрізі міст та районів окремих областей; доведення користі вживання методу кримінологічної картографії (картографування) для інформаційно-аналітичного забезпечення роботи правоохоронних органів у запобіганні злочинності, включаючи й рецидивну, за допомогою якого вдається створювати карти кримінальної ураженості різних регіонів та всієї України певними видами злочинних проявів і злочинністю загалом; визначення ролі кримінальної субкультури як потужного інструменту зараження кримінальною ідеологією населення й поза межами кримінально-виконавчих установ; наведення деяких аргументів на користь повернення до закону про кримінальну відповідальність поняття особливо небезпечного рецидивіста тощо.

Насамперед відзначимо, що сьогодні регіональне вивчення злочинності є найбільш пріоритетним напрямом сучасної кримінології, кримінологічних досліджень, науково-практичних розробок<sup>13</sup>. Тому становлення і подальший розвиток регіональної кримінології як цілком самостійного напрямку кримінологічної науки не викликає жодних сумнівів. Як справедливо підкреслюється у спеціальній літературі, це зумовлено перенесенням центру ваги вирішення проблем, пов'язаних зі злочинністю, на регіональний рівень та урахуванням специфічних криміногенних факторів, що визначають регіональну злочинність<sup>14</sup>. Отже, вивчення регіональних особливостей злочинних проявів є необхідним для отримання нових кримінологічних знань про територіальну специфіку злочинності у межах конкретних адміністративно-територіальних систем, її закономірності, регіональні подібності та відмінності, особливості детермінації тощо<sup>15</sup>.

За результатами проведеного дослідження за допомогою використання зазначеного вище інструментарію (математичні розрахунки та картографування) підтверджена гіпотеза про те, що велика кількість осіб, які звільнені з місць несвободи, сприяє створенню специфічного криміногенного фону, що негативним чином впливає на криміногенну обстановку в регіонах. Виявити та пояснити (навіть із математичної точки зору) силу впливу установ виконання покарань і попереднього ув'язнення на криміногенну ситуацію в Україні якраз й у змозі науковий по-

<sup>13</sup> М Сутурин, 'Регіональное изучение преступности (теоретические аспекты)' (2008) 5 Вестник Томского государственного университета 115.

<sup>14</sup> В Шульга, 'Основные тенденции преступности и ее предупреждение в Дальневосточном регионе' (автореф дис канд юрид наук, 1994) 16.

<sup>15</sup> Ю Нікітін та С Денисов та Є Стрельцов (заг ред), *Кримінологія: підручник* (Право 2018) 276.

Владислава Батиргарєєва, Андрій Бабенко

тенціал регіональної кримінології. Однак на початку дослідження було б логічно зазначити про те, що подібні заклади споконвічно визначають характеристику регіону. Причому відбувається взаємовплив соціуму як такого на обстановку у відповідній установі, і навпаки. Так, І. Копотун, розглядаючи питання впливу місця дислокації колонії (тобто адміністративно-територіальної одиниці) на оперативну обстановку у середині закладу, прямо зазначив, що місце дислокації виправної колонії – один із чинників, що впливають на стан оперативної обстановки, адже найбільше піддаються криміногенному впливові ззовні ті виправні колонії, що розташовані у великих містах, індустріальних регіонах, оскільки зовнішнє середовище здійснює більш активну протидію проваджуваному в цих установах процесу виконання покарання, аніж в установах, що дислокуються у віддалених районах<sup>16</sup>. Про яскраві приклади порушення вимог закону у місцях позбавлення волі за участю тих, хто не відбуває покарання, і зайнятий обслуговуванням функціонування цих об'єктів, свідчать і самі рецидивісти:

Якщо є потреба, у зоні можна купити навіть гашиш. Це ще з радянських часів пішло, коли зовнішню охорону набирали з узбеків. Неподалеку від зони вони сіяли гарну східну коноплю. Після розвалу Радянського Союзу наші охоронці не стали порушувати бізнес <...>. Ось і договорюємося: вони нам гашиш, ми їм гроші. І такого ще не було, щоб хтось обманув. На “чорній” зоні ми адміністрацію втягуємо, щоб вона нам служила<sup>17</sup>.

Завдання нашого дослідження, повторимося, – з'ясувати зворотний від наведеного вище І. Копотуном вплив, тобто за вектором дії “місце несвободи – регіон”.

Від початку 2000-х років в Україні кількість засуджених, що перебувають у місцях обмеження або позбавлення волі, знизилася у чотири рази (222,3 тис. осіб у 2000 р. проти 55 тис. осіб у 2018 р.). Станом на 1 січня 2019 р. у сфері управління Державної кримінально-виконавчої служби України перебуває 148 установ, які виконують покарання у виді арешту, обмеження волі, позбавлення волі на певний строк та довічного позбавлення волі. Крім того, 29 установ розміщені на території Автономної Республіки Крим, Донецької та Луганської областей, що тимчасово не контролюються українською владою. При цьому у 12 діючих слідчих ізоляторах та 17 установах виконання покарань із функцією слідчого ізолятора (далі – СІЗО) трималося понад 18 тис. осіб (17,6 тис. осіб – у 2017 р.), зокрема понад 1 тис. жінок (близько 960 жінок у 2017 р.)

www.pravola.com.ua

<sup>16</sup> Копотун (н 7) 387.

<sup>17</sup> Л. Хазан, ‘Погибли юность и талант в твоих стенах...’ [2006] 34(70) Бульвар Гордона 10.



та понад 130 неповнолітніх<sup>18</sup>. Територіальний їх розподіл за регіонами є доволі нерівномірним. Із даних, представлених на *карті 1*, видно, що найвища концентрація зазначених кримінально-виконавчих установ спостерігається у Донецькій (20), Дніпропетровській (15), Луганській (16), Харківській (13) та Запорізькій (11) областях. Територія Західної України характеризується меншою насиченістю цими установами. Наприклад, у Закарпатській області їх налічується 1, у Чернівецькій – 2, в Івано-Франківській, Тернопільській та Волинській – по 4, і найбільша кількість цих установ серед західних регіонів нашої країни зафіксована у Львівській області – 8.

Показник кількості в'язнів для України скоротився із 338 на 100 тис. населення у 2011 р. до 133 у 2018 р. Але навіть такі показники істотно перевищують аналогічні дані у країнах Західної Європи (наприклад, Ісландія (47), Словенія (64), Данія (74), Швейцарія (76), Німеччина (83), Нідерланди (87), Ірландія (95), Італія (109), Франція (115))<sup>19</sup>. Водночас різке скорочення чисельності осіб, які перебувають у місцях позбавлення волі в Україні, є наслідком не покращення криміногенної обстановки у країні, а результатом, по-перше, часто непродуманої кримінально-правової політики гуманізації; по-друге, системного порушення принципів невідворотності та співрозмірності покарання ступеню тяжкості вчиненого злочину. Водночас дослідження, що проводилися, зокрема, у Фінляндії ще у другій половині минулого століття, показали, що зменшення кількості осіб, які перебувають у місцях ув'язнення у розрахунку на 100 тис. населення, може призводити до збільшення кількості вчинюваних злочинів<sup>20</sup>.

Якщо розташування установ попереднього ув'язнення на території України є достатньо рівномірним (як правило, одна крупна установа на область), то дислокація виправних установ у різних областях нашої країни відзначається нерівномірністю, що й позначається на кримінальній ураженості регіонів. При цьому їх локаціями охоплені як обласні та районні центри, так і сільська місцевість. До речі, що стосується тюрем, то їх в Україні до 2004 р. існувало всього дві. Вони, на відміну від виправних колоній, були розмішені у великих обласних центрах (нині – Житомирська та Вінницька установи виконання покарань). Це не випадково, адже утримання подібних установ потребувало особливих умов охорони, постачання, у разі необхідності – своєчасного втручання оператив-

<sup>18</sup> Кримінально-виконавча система України в 2018 році. Статистичний огляд (доповнений) (фрагмент доповіді “Дотримання прав ув'язнених в Україні в 2018 році”) <<http://ukrprison.org.ua/articles/1551280200>> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>19</sup> И Ясавеев (сост), *От “страны тюрем” к обществу с ограниченным причинением боли: финский опыт сокращения числа заключенных* (Нац исслед Ин-т прав политики 2012) 15.

<sup>20</sup> Там само 34, 153.

них груп швидкого реагування тощо. Отже, останні місця несвободи “тяжіли” до щільно заселених територій.

Із багатьох ракурсів прояву феномена несвободи особливий кримінологічний інтерес являє собою, мабуть, такий його ракурс: місця позбавлення волі (у широкому сенсі слова) у контексті розкриття механізму насиченості тих чи інших територій злочинністю як такою та відтворення рецидивної злочинності. Розкриваючи зміст і визначаючи силу впливу цього явища, слід мати на увазі, що законотворчі громадяни та злочинці по-різному ставляться до місця і ролі місць несвободи у бутті кожного з представників цих полярно протилежних категорій людей. Адже, здається, що народна мудрість “Міцна тюрма, але ж чорт їй радий” відображає настрої законотворчої частини суспільства, а прислів'я “Від торби та тюрми не зарікайся” є “девізом” тих, хто зіштовхнувся із законом<sup>21</sup>.

Розглянемо й проаналізуємо конкретно результати встановлення співвідношення між аналізованими місцями несвободи та процесами відтворення злочинності. Із цього питання, ще раз підкреслимо, у кримінологічних публікаціях містяться лише епізодичні відомості (як правило, у контексті встановлення кореляційних зв'язків між іншими явищами). Так, наприклад, фінський кримінолог Т. Лаппі-Сепалла, досліджуючи проблему кореляційної залежності інтенсивності злочинності від коливань індексу рівня життя, на прикладі 18 країн колишнього соціалістичного табору Східної Європи та пострадянського простору попутно виявив сильну позитивну кореляцію (0,664) між рівнем убивств і питомою вагою тюремного населення, серед якого, звісно, чималою є кількість рецидивістів<sup>22</sup>. При цьому вплив кількості установ несвободи на стан криміногенної обстановки залишився поза увагою фінського вченого.

З метою перевірки гіпотези про вплив установ виконання покарань і попереднього ув'язнення (їх кількості) на стан криміногенної обстановки та виявлення ступеню стійкості і тісноти зв'язку між зазначеними установами й окремими видами злочинів, включаючи насамперед рецидивні, ми розрахували відповідні коефіцієнти кореляції Пірсона ( $r$ ) за такою формулою:

$$r = \frac{\sum(x - \bar{x})(y - \bar{y})}{\sqrt{\sum(x - \bar{x})^2 \sum(y - \bar{y})^2}}, \text{ де:}$$

“ $x$ ” – кількість установ виконання покарань та попереднього ув'язнення (місць несвободи) у регіонах України;

“ $y$ ” – перемінні, що відбивають кількість окремих видів злочинів у відповідних областях.

<sup>21</sup> Батиргарєєва (н 5) 357.

<sup>22</sup> Ясавєєв (н 19) 151.

За результатами розрахунків відібраних показників станом на 1 січня 2019 р. встановлено, що між кількістю установ виконання покарань в області і загальною кількістю вчинених злочинів коефіцієнт кореляції становить 0,98; коефіцієнт кореляції із рецидивними злочинами – 0,99; зі злочинами проти власності – 0,96; зі злочинами проти життя та здоров'я особи – 0,95; зі злочинами у сфері незаконного обігу наркотиків – 0,98. Окрім цього, також розраховано залежність між кількістю кримінально-виконавчих установ і чисельністю самогубств в областях, яка дорівнює 0,98. Тобто коефіцієнт кореляції Пірсона між досліджуваними явищами наближується до одиниці, що свідчить про стійку тісноту зв'язку і наявність сильної прямої кореляційної залежності між указаними показниками.

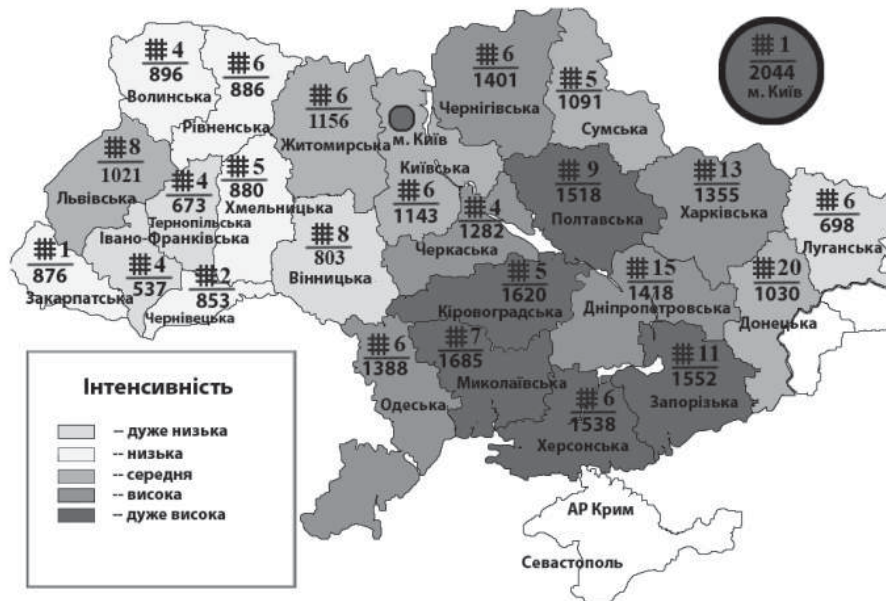
Результати ступеня кореляції кількості кримінально-виконавчих установ зі злочинністю, зокрема рецидивною, наводяться у *картах 1 і 2*.

Як бачимо, найвища інтенсивність злочинності загалом та рецидивної зокрема спостерігається у східних, південних і центральних регіонах України. Саме ці території характеризуються більш високою кількістю місць несвободи.

Окремо слід навести й розрахунки залежностей між інтенсивністю рецидивної та інших видів злочинів на 100 тис. осіб. Річ у тому, що “лави” тюремного населення якраз і формуються із рецидивних злочинців. Тому, говорячи про вплив установ виконання покарання на кримінальний “портрет” регіону, на увазі мають насамперед злочинців-рецидивістів, негативна дія яких на нестійких членів суспільства всім добре відома. Отже, коефіцієнт кореляції Пірсона між інтенсивністю рецидивної та загальної злочинності в областях України дорівнює 0,65; злочинів проти власності – 0,69; злочинів проти життя та здоров'я особи – 0,70; самогубств – 0,62. Із наведеного можна зробити висновок про те, що ступінь впливу інтенсивності рецидивної злочинності на інтенсивність злочинності загальної та інших видів злочинів є також дуже високим.

Під час перевірки гіпотези щодо зв'язку між наявністю аналізованих місць несвободи та рівнем кримінальної ураженості тієї або іншої території у розрізі міст і районів окремих областей так само зафіксовано тісний зв'язок.

*Інтенсивність злочинності та розподіл установ виконання покарань у виді арешту, позбавлення або обмеження волі, слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України (станом на 1 січня 2019 р.)<sup>23</sup>*



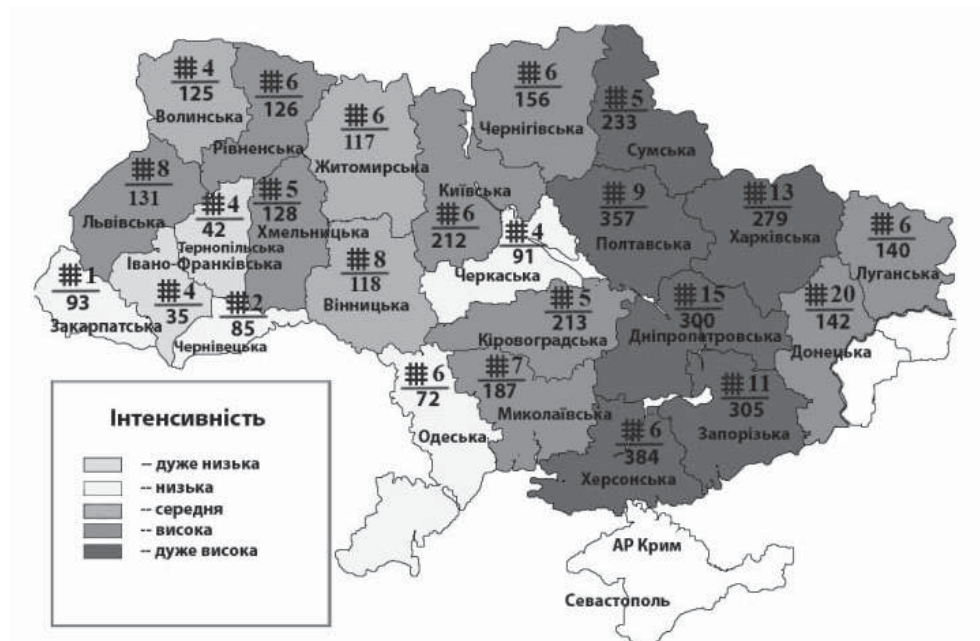
Вплив кількості установ виконання покарань на рівень концентрації злочинності у регіоні на прикладі окремих областей простежується ще більш яскраво. Так, наприклад, Київська область (включаючи й Київ) традиційно належить до регіону з високою кримінальною ураженістю та великою насиченістю установами виконання покарань. На території області та Києва розташовано 7 місць несвободи, серед яких: один СІЗО (Київ); три виправні колонії середнього рівня безпеки для чоловіків, які раніше відбували покарання у виді позбавлення волі (Білоцерківська виправна колонія № 35, Бучанська виправна колонія № 85 та Березанська виправна колонія № 95); одна виправна колонія мінімального рівня безпеки з полегшеними умовами тримання для чоловіків, засуджених за злочини, вчинені з необережності (Кагарлицька виправна колонія № 115); одна виправна колонія середнього рівня безпеки для чоловіків, уперше засуджених до позбавлення волі (Бориспільська виправна ко-

<sup>23</sup> Кількість установ із виконання кримінальних покарань у Донецькій та Луганській областях вказана з урахуванням тих, які розміщені і на тимчасово неконтрольованих територіях.

лонія № 119) та один виправний центр (Ірпінський виправний центр № 132). Аналіз географії розташування вказаних місць несвободи свідчить про високу інтенсивність злочинності не лише у містах і районах їх розміщення, а й у наближених до них територіях і, навпаки, території, “вільні” від таких установ, характеризуються меншими проблемами зі злочинністю (карта 3).

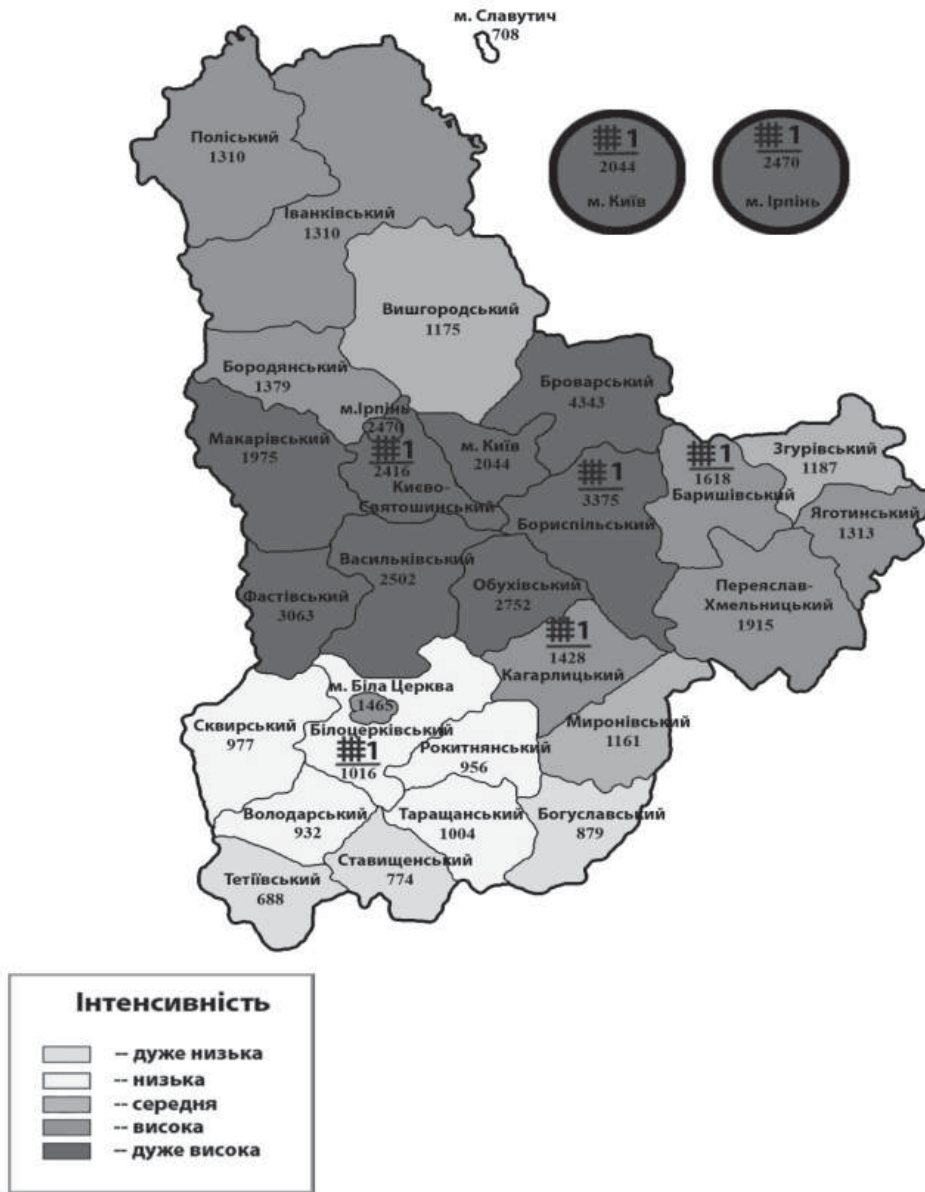
Карта 2

*Інтенсивність рецидивної злочинності та розподіл установ виконання покарань у виді арешту, позбавлення або обмеження волі, слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України у регіонах України (станом на 1 січня 2019 р.)*



Представлена карта демонструє, що на півдні Київської області відсутні будь-які місця несвободи. П'ять південних районів характеризуються низькою або помірною кримінальною ураженістю. Наприклад, відстань від Тетіївського (688 злочини на 100 тис. населення), Ставищенського (774) або Богуславського (879) районів до найближчої Білоцерківської виправної колонії № 35 є доволі значною і становить близько 175 км. Так само від сусідніх із ними районів – Володарського (932) та Таращанського (1 004), розташованих від них трохи на північ, відстань до найближчої

Інтенсивність злочинності та розподіл установ виконання покарань у виді арешту, позбавлення або обмеження волі, слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України у Київській області (станом на 1 січня 2019 р.)



колонії становить близько 136 км. Водночас у центрі, на заході та сході Київської області сконцентрована найбільша кількість установ виконання покарань. Як наслідок, указані території характеризуються помітно вищою інтенсивністю злочинності. Так, за нашими спостереженнями, місце розташування Бучанської виправної колонії № 85 та Ірпінського виправного центру № 132 корелюють із дуже високою інтенсивністю злочинності у самому місті Ірпінь (2 470 злочини на 100 тис. населення) та з високою інтенсивністю у трьох сусідніх – Києво-Святошинському (2 416), Макарівському (1 975) та Бородянському (1 379) районах, розташованих на заході Київської області. Схожа ситуація простежується у центрі та на сході області, де розташована Бориспільська виправна колонія № 119. Інтенсивність злочинності у Бориспільському (3 375) та сусідніх із ним Києві (2 408) і Броварському (4 343) районах позначається як дуже висока. Зі свого боку Кагарлицька виправна колонія № 115 корелює із дуже високою інтенсивністю злочинності у самому Кагарлицькому (1 428) та Обухівському (2 752) районах області. До речі, складна криміногенна обстановка в Обухівському районі значною мірою може формуватися, зокрема, і у зв'язку з його наближенням до Бориспільської виправної колонії № 119 на півночі і Кагарлицької виправної колонії № 115 на півдні району. Продовжуючи аналіз, відзначимо, що розташування Березанської виправної колонії № 95 корелює із високою інтенсивністю злочинності у сусідніх – Переяслав-Хмельницькому (1 915), Баришівському (1 618) та Яготинському (1 313) районах Київської області. Що стосується Києва із дуже високою інтенсивністю злочинності (2 044), то він практично з усіх сторін оточений установами виконання покарань різного рівня безпеки. Наведена кореляція є не випадковою, адже вона чітко простежується й у розрізі інших областей (наприклад, Полтавської, Харківської, Дніпропетровської, Запорізької, Львівської, Вінницької, Рівненської та ін.).

Як відомо, вітчизняна кримінально-виконавча система десятиліттями сповідувала жорсткі форми під час невинуватого обмеження свободи засуджених, формувала специфічне злочинне середовище, що протиставляється владі, законам і культурі законослухняного суспільства. Як наслідок, в окремих регіонах країни сформувалася ціла система неправових взаємозв'язків і відносин, що здатні конкурувати з легальними інституціями соціуму. Характерними особливостями сучасного кримінального світу є те, що він має власну економіку, ідеологію, неписані, але беззаперечно виконувані, жорстокі й невідворотні “законок кримінального світу”, свою охоронну систему й навіть механізми “соціального захисту” від будь-якого втручання ззовні. Суспільна

небезпечність цього феномена підвищується у зв'язку із прагненням кримінального світу нав'язати свої закони та принципи, адже у соціумі наполегливо культивується особливий тип успішної людини, яка пройшла через в'язниці, веде антисупільний, але заможний спосіб життя, сповідує принципи "кримінальної справедливості" та вседозволеності. Багато в чому така субкультура як сукупність специфічної ідеології та матеріальних цінностей кримінального світу, що отримала назву кримінальної, або тюремної (блатної), зародилася у надрах установ виконання кримінальних покарань у виді позбавлення волі. Значна кількість таких установ та їх нерівномірний розподіл по країні створює сприятливе тло для криміналізації суспільства. Окрім того, жителі довколишніх районів так чи інакше втягнуті у "стосунки" із "зонами" (працюють у місцях несвободи або на підприємствах, що забезпечують, так би мовити, життєдіяльність цих місць, надають житло родичам засуджених та іншим особам, що очікують на побачення з тими, хто відбуває покарання, інколи займаються протиправним комунікуванням із особами, що відбувають покарання, тощо), у місцях високої концентрації місць несвободи підвищується частка носіїв кримінальної субкультури, а отже, автоматично збільшується імовірність ураження кримінальною субкультурою значної кількості осіб, потенційно вразливих до дії цієї субкультури. Отже, остання має здатність достатньо стрімко поширюватися в інформаційному просторі законослухняного суспільства завдяки широкій соціальній базі носіїв, прихильників і послідовників цієї субкультури. Це, зі свого боку, підвищує ризик учинення ще більшої кількості злочинів. Крім того, на тлі погіршення демографічних показників і відсутності чіткої ідеологічної політики в країні існує ризик витіснення суспільно корисних традицій та звичаїв злочинними ідеями, що за своєю сутністю є соціально шкідливим явищем для законослухняного суспільства. Як наслідок, така ситуація є сприятливою обставиною для нескінченного продукування злочинності. У цьому, на нашу думку, закладається реальна загроза тотальної криміналізації суспільства і поза межами установ виконання покарань, що завжди відбиватиметься на кримінальній обстановці у тих чи інших регіонах.

З огляду на потужний вплив тюремного населення на законослухняне суспільство загалом та на окремі території зокрема не можна не згадати про ідею повернення до матерії закону про кримінальну відповідальність інституту особливо небезпечного рецидивіста, тим паче, що нині у Верховній Раді України на розгляді перебуває проєкт Закону про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за



злочини, вчинені злочинною спільнотою<sup>24</sup>, яким передбачається доповнити КК України новими статтями, зокрема: ст. 255<sup>1</sup> “Створення злочинної спільноти і перебування особи в статусі ‘зłodий у законі’”, ст. 255<sup>2</sup> “Звернення до ‘зłodий у законі’ чи іншого учасника злочинної спільноти” та ст. 255<sup>3</sup> “Організація проведення зустрічі (сходки) представників злочинних організацій чи злочинних спільнот, сприяння в її проведенні або керівництво нею”.

Чимало років тому ми писали, що відмова від поняття особливо небезпечного рецидивіста – це акт гуманізації суспільної думки та одночасно перерозподілу суспільних сил із метою акцентувати увагу саме на вирішенні завдань реінтеграції цих осіб у суспільство<sup>25</sup>; не можна механічно пов'язувати більшу суворість покарання з одним лише фактом визнання раніше особи особливо небезпечним рецидивістом без урахування передусім тяжкості нового злочину<sup>26</sup>. Однак згодом прийшло розуміння, що ідею про повернення до минулого досвіду (звісно ж, створивши при цьому відповідні правові підстави) не слід беззаперечно відкидати як таку, що свого часу нібито дискредитувала цілі призначення покарань та, власне, поставила під сумнів можливість їх досягнення. Річ у тому, що свідчити про правильність взятого курсу кримінально-правової політики на гуманізацію практики призначення покарань та взагалі ставлення до осіб, що постійно повертаються до вчинення злочинів (зокрема, відмова від поняття особливо небезпечного рецидивіста), могло лише єдине: покращення кількісно-якісної характеристики злочинності. Проте відома гуманізація, як показав час, не виправдала себе: якщо кількісні показники ще можуть ставати “предметом” свідомого маніпулювання у бік нібито покращення стану злочинності у країні, то про ніяку позитивну зміну характеру злочинності, в якій домінують тяжкі й особливо тяжкі злочини проти життя та здоров'я особи, випереджаючи навіть злочини у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, йтися не може. Крім того, треба відверто сказати, що такі положення закону про кримінальну відповідальність, як “особа, яка раніше вчинила (певний) злочин”, “вчинення злочину повторно”, “особою, яка раніше судима за вчинення (певного) злочину”, “особа, яка раніше відбувала покарання у виді позбавлення волі”, “особа, яка раніше звільнялася умовно-достроково” є нічим іншим, як завуальованим визнанням цим законом особливого правового статусу особи, що принаймні не вперше повертається до вчинення злочину.

<sup>24</sup> Проект Закону про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за злочини, вчинені злочинною спільнотою від 2 грудня 2019 р. № 2513 <[http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=67506](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67506)> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>25</sup> В Батиргарєєва, ‘Щодо підстав формування нового поняття рецидиву злочинів’ [2003] 4(35) Вісник Академії правових наук України 195.

<sup>26</sup> Батиргарєєва (н 5) 86.

І, нарешті, треба знову повернутися до міжнародного досвіду. Щоб уникнути звинувачення у сповідуванні положень теорії небезпечного стану, звернімося до практики деяких демократичних країн, а саме Швейцарії, Німеччини та Сполучених Штатів Америки. Так, за кримінальним законодавством Швейцарії звичні злочинці, до яких належать особи, що умисно вчинили багаторазові злочинні діяння, за які до вчинення нового (теж умисного) діяння до них застосовувалося позбавлення волі щонайменше вже двічі, піддаються спочатку так званим заходам безпеки у виді інтернування (поміщення злочинця до спеціальної установи), а потім вже покаранню<sup>27</sup>. Такий підхід, на думку швейцарських правознавців, є єдиним способом захистити суспільство від несприйнятливих до покарання правопорушників<sup>28</sup>.

Ще у 1933 р. у Німеччині був прийнятий “Закон проти небезпечних рецидивістів та про заходи кримінально-правового характеру” (*Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung*). Цим Законом до Кримінального кодексу вводився новий § 20 А, згідно з яким особа, яка неодноразово затримувалася у зв’язку з повторним вчиненням злочину, вважалася *небезпечним рецидивістом*<sup>29</sup>. Щодо таких осіб передбачалося посилення кримінального покарання і призначення додаткових примусових заходів кримінально-правового характеру у виді попереджувального обмеження волі, що мало місце вже після відбування основного покарання у місцях позбавлення волі. Що цікаво, система цих примусових заходів щодо рецидивістів продовжує діяти у Німеччині й дотепер. Так, у положеннях глави 6 “Заходи виправлення та безпеки” КК Німеччини у редакції 1998 р. передбачено стосовно рецидивістів такий захід, як превентивне ув’язнення<sup>30</sup>.

Про посилення покарання аж до довічного ув’язнення за вчинення злочину не вперше (повторні та багаторазові фелонії) йдеться й у КК штату Нью-Йорк. Відповідно до кримінального закону за вчинення насильницької фелонії вдруге (зрозуміло, після предикатного засудження теж за насильницьку фелонію) відбувається не лише призначення більш суворого покарання у виді тюремного ув’язнення шляхом підвищення його нижньої межі, а й змінюється і вид вироку – з невизначеного на визначений. Річ у тому, що невизначений вирок, у якому суд установ-

www.pravoua.com.ua <sup>27</sup> Н Кузнецова, *Уголовный кодекс Швейцарии* (пер с нем, Зерцало 2000) 138.

<sup>28</sup> А Малиновский, *Сравнительное правоведение в сфере уголовного права* (Международ отношения 2002) 286.

<sup>29</sup> Hans-Joachim Mengel *Strafrechtliche Verfolgung homosexueller Handlungen in Deutschland nach 1945: Zur Rehabilitation und Entschädigung der nach § 175 und 175a StGB wegen homosexueller Handlungen in der BRD und der DDR Verurteilten* (Senatsverwaltung für Arbeit, Integration und Frauen 2012) 23.

<sup>30</sup> Уголовный кодекс Федеративной Республики Германии в редакции от 13 ноября 1998 г. <<http://okpravo.ru/zarubezhnoe-pravo/ugolovnoe-pravo-zarubezhnyh-stran/уголовный-кодекс-фрг.html>> (дата звернення: 21.01.2020).

лює лише максимальний і мінімальний строки покарання, вважається більш м'яким порівняно з визначеним вироком, оскільки конкретна його тривалість залежить від поведінки засудженого під час відбування покарання. Вчинення ж насильницької фелонії багаторазово, тобто хоча б у третій раз, знову тягне призначення винному невизначеного вироку, максимальний строк якого – довічне ув'язнення. Одночасно з цим відбувається й підвищення мінімального строку тюремного ув'язнення – від 12 до 25 років проти 6–12,5 років за повторну фелонію. Як бачимо, статус рецидивіста з певною кількістю засуджень автоматично підвищує міру покарання, хоча, звісно ж, в американському кримінальному праві не вживається поняття особливо небезпечного рецидивіста.

Розглядаючи *pro et contra* можливості повернення до поняття особливо небезпечного рецидивіста у національній площині, візьмемо досвід однієї із країн пострадянського простору. Так, за КК Російської Федерації рецидив злочинів поділяється на простий, небезпечний та особливо небезпечний. Незважаючи на те, що у Кодексі цієї країни не закріплюється поняття особливо небезпечного рецидивіста, проте той факт, що злочин не діяння, вчинене особою невперше, тягне за собою підвищення строку та розміру кримінального покарання, говорить про серйозне ставлення до співвідношення тяжкості рецидиву, зумовленого, зокрема, попередньою поведінкою особи, та покарання, що призначається. Відзначимо, що у проєкті Концепції розвитку кримінально-виконавчої системи в Російській Федерації до 2020 р. навіть вказувалося про доцільність відновлення статусу небезпечного та особливо небезпечного рецидивіста стосовно тих осіб, які невперше вчиняють тяжкі та особливо тяжкі злочини, міцно засвоїли та поширюють кримінальну культуру<sup>31</sup>.

Отже, практика країн, достатньо різних за ступенем соціально-економічного розвитку та забезпечення засад демократії, свідчить про необхідність урахування минулого кримінального досвіду особи під час призначення покарання за вчинення нового умисного злочину. Саме у такий спосіб, вважаємо, якомога надійніше забезпечується захист суспільства від надзвичайно суспільно небезпечних осіб шляхом їх тривалої ізоляції, а отже, обмежується й вплив, що вони чинять на нестійких членів суспільства, перебуваючи на свободі.

Висновки. За допомогою використання математичних розрахунків і методу картографування підтверджена гіпотеза про те, що розміщення у тих чи інших адміністративно-територіальних одиницях країни виправних установ та установ попереднього ув'язнення сприяє створенню

<sup>31</sup> Проєкт Концепции развития уголовно-исполнительной системы в Российской Федерации до 2020 года (*UKRPRISON.ORG.UA*) <<http://ukrprison.org.ua/articles/1264936781>> (дата звернення: 21.01.2020).

специфічного криміногенного фону, що негативно впливає на криміногенну обстановку в регіонах. Особливо це стає помітним у розрізі міст та районів окремих областей. Індикатором цього впливу є насамперед показники інтенсивності загальної та рецидивної злочинності. З'ясовано, що між кількістю установ виконання покарань в області і загальною кількістю учинених злочинів коефіцієнт кореляції становить 0,98, а коефіцієнт кореляції із рецидивними злочинами – 0,99. Таким чином, коефіцієнт кореляції Пірсона між досліджуваними явищами наближується до одиниці, що свідчить про стійкий зв'язок, а також про наявність сильної прямої кореляційної залежності між наведеними показниками. При цьому найвища інтенсивність загальної та рецидивної злочинності спостерігається у східних, південних і центральних регіонах України: саме ці регіони країни характеризуються значною кількістю місць несвободи.

Основними ланками “кримінального зараження” певних регіонів є: по-перше, концентрація кримінальних елементів у районах розміщення аналізованих установ після їх звільнення з місць позбавлення або обмеження волі (часто це зумовлюється тим, що особи відбувають покарання, як правило, на території тих областей, мешканцями яких вони є); по-друге, кримінальна субкультура як матеріальний і духовний субстрат злочинної ідеології, що пронизує сучасне суспільства; по-третє, установлення своєрідних, часом протиправних, “виробничих” зв'язків місцевого населення з установами виконання покарань (особливо у невеликих населених пунктах).

Повернення до КК України поняття особливо небезпечного рецидивіста є серйозним кроком на шляху до забезпечення надійного захисту правослужняного суспільства від суспільно небезпечних осіб. Лише невідворотність покарання і тривала ізоляція здатні убезпечити суспільство від нової кримінальної загрози з їх боку та обмежити вплив, який вони чинять на нестійких членів суспільства у разі перебування на свободі.

## REFERENCES

### Bibliography

#### Authored books

1. Mengel Hans-Joachim, *Strafrechtliche Verfolgung homosexueller Handlungen in Deutschland nach 1945: Zur Rehabilitierung und Entschädigung der nach § 175 und 175a StGB wegen homosexueller Handlungen in der BRD und der DDR Verurteilten* (Senatsverwaltung für Arbeit, Integration und Frauen 2012) (in German).
2. Babenko A, *Zapobihannia zlochynnosti v rehionakh Ukrainy: kontseptualno-metodolohichniy ta prakseolohichniy vymir: monohrafiia* [Crime Prevention in the Regions

- of Ukraine: Conceptual, Methodological and Praxeological Dimension: Monograph* (ODUVS 2014) (in Ukrainian).
3. Batoryhareieva V, *Retsydyvna zlochynnist v Ukraini: sotsialno-pravovi ta kryminolohichni problemy* [Recidivism in Ukraine: Socio-Legal and Criminological Problems] (Pravo 2009) (in Ukrainian).
  4. Filonov V i Fedorenko D, *Prestupnost' v osobo krupnom promyshlennom gorode: sostojanie, prichiny i mery po ee preduprezhdeniju* [Crime in a Particularly Large Industrial City: the State, Causes and Measures to Prevent It] (DIVD MVD Ukrainy 2002) (in Russian).
  5. Hohrjakov G, *Paradoxy tjur'my* [Paradoxes of Prison] (Jurid lit 1991) (in Russian).
  6. Holovkin B, *Koryslyva nasylnytska zlochynnist v Ukraini: fenomen, determinatsiia, zapobihannia* [Lucrative Violent Crime in Ukraine: Phenomenon, Determination, Prevention] (Pravo 2011) (in Ukrainian).
  7. Malinovskij A, *Sravnitel'noe pravovedenie v sfere ugovnogo prava* [Comparative Jurisprudence in the Field of Criminal Law] (Mezhdunar otnoshenija 2002) (in Russian).
  8. Shakun V, *Urbanizatsiia i zlochynnist* [Urbanization and Crime] (Vyd Ukr akad vnutr sprav 1996) (in Ukrainian).
  9. Tonkov E, *Istorija odnoj tjur'my* [History of One Prison] (Lema 2006) (in Russian).

*Edited and translated books*

10. Dolgova A (obshh red), *Kriminologija: uchebnik* [Criminology: Textbook] (INFRA-M-NORMA 1997) (in Russian).
11. Jasaveev I (sost), *Ot "strany tjurem" k obshhestvu s ogranichennym prichineniem boli: finskij opyt sokrashhenija chisla zakljuchennyh* [From "the Country of Prisons" to a Society with Limited Pain: Finnish Experience of Decreasing the Number of Prisoners] (Nac issled In-t prav politiki 2012) (in Russian).
12. Kuznecova N, *Ugolovnyj kodeks Shvejtsarii* [The Criminal Code of Switzerland] (per s nem, Zercalo 2000) (in Russian).
13. Nikitin Yu ta Denysov S ta Streltsov Ye (zah red), *Kryminolohiia: pidruchnyk* [Criminology: Textbook] (Pravo 2018) (in Ukrainian).

*Journal articles*

14. Blankenship Susan and Yanarella Ernest, 'Prison Recruitment as a Policy Tool of Local Economic Development: A Critical Evaluation' [2004] 7(2) Contemporary Justice Review 183–98 (in English).
15. Hooks G, Mosher C, 'Revisiting the Impact of Prison Building on Job Growth: Education, Incarceration and County-Level Employment, 1976–2004' [2010] 91(1) Social Science Quarterly 228–44 (in English).
16. Levitt S, 'The Effect of Prison Population Size on Crime Rates: Evidence from Prison Overcrowding Litigation' (1996) 111 Quarterly Journal of Economics 319–52 (in English).
17. Marvell T & Moody C, 'Prison Population Growth and Crime Reduction' [1994] 10(2) Journal of Quantitative Criminology 109–40 (in English).
18. Rasheed A, 'Impacts of Prisons in Rural Communities: Economic and Social Factors' (2016) 168 University Honors Program Theses 1–64 (in English).
19. Babenko A, 'Profilaktychni mozhlyvosti tradytsii ta zvychaiv u rehionalnii systemi zapobihannia zlochynnosti' ['Preventive Potential of Traditions and Customs in the Regional Crime Prevention System'] [2013] 4(55) Problemy pravoznavstva ta pravookhoronnoi diialnosti 71 (in Ukrainian).
20. Babenko A, 'Terytorialno-prostorovi analiz zlochynnosti u naselenykh punktakh Odeskoi oblasti' ['Territorial and Spatial Analysis of Crime in Localities of Odessa

Владислава Батиргарєєва, Андрій Бабенко

- Oblast’] [2017] 2(9) Visnyk Asotsiatsii kryminalnoho prava Ukrainy 169-189 (in Ukrainian).
21. Batyrhareieva V, ‘Shchodo pidstav formuvannia novoho poniattia retsydyvu zlochyniv’ [‘About the Grounds for Forming a New Concept of Recidivism’] [2003] 4(35) Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy 195 (in Ukrainian).
  22. Dzhansaraeva R, ‘Harakteristika prestuplenij, sovershaemyh v ispravitel’nyh uchrezhdenijah Respubliki Kazahstan’ [‘Characteristics of Crimes Committed in Penitentiary Facilities of the Republic of Kazakhstan’] (2005) 4 Ugolovnoe pravo 90 (in Russian).
  23. Kopotun I, ‘Poniattia ta zmist operatyvnoi obstanovky u vypravnykh koloniiakh’ [‘The Concept and Content of the Operational Situation in Correctional Colonies’] [2015] 1(75) Naukovyi visnyk Dnipropetrovskoho derzhavnogo universytetu vnutrishnikh sprav 385–94 (in Ukrainian).
  24. Suturin M, ‘Regional’noe izuchenie prestupnosti (teoreticheskie aspekty)’ [‘Regional Crime Research (Theoretical Aspects)’] (2008) 5 Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta 115 (in Russian).

*Thesis*

25. Shul’ga V, ‘Osnovnye tendencii prestupnosti i ee preduprezhdenie v Dal’nevostochnom regione’ [‘Main Trends in Crime and Its Prevention in the Far East Region’] (avtoref dys kand yurid nauk, 1994) (in Russian).

*Newspaper article*

26. Hazan L, ‘Pogibli yunost’ i talant v tvoih stenah...’ [‘Youth and Talent Perished Within Your Walls...’] [2006] 34(70) Bul’var Gordona 10, 11 (in Russian).

*Websites*

27. Shekita Nathan, ‘The Effect of Prison Populations on Crime Rates (Revisiting Steven Levitt’s Conclusions)’ (*Department of Economics Pomona College, 2015*) <<http://economics-files.pomona.edu/GarySmith/Econ190/Econ190%202015/Nathan%20Shekita.pdf>> (accessed: 21.01.2020) (in English).
28. Kryminalno-vykonavcha systema Ukrainy v 2018 rotsi. Statystychnyi ohliad (dopovnenyi) (frahment dopovidi “Dotrymannia prav uv’iaznynykh v Ukraini v 2018 rotsi”) [The Penal Correction System of Ukraine in 2018. Statistical Review (Updated) (A Fragment of the Report “Observance of Prisoners’ Rights in Ukraine in 2018”)] <<http://ukrprison.org.ua/articles/1551280200>> (accessed: 21.01.2020) (in Ukrainian).

Vladyslava Batyrgareieva  
Andrii Babenko

THE IMPACT OF PENITENTIARY AND PRE-TRIAL DETENTION  
FACILITIES ON THE CRIME SITUATION IN UKRAINE

ABSTRACT. It has long been noted that facilities of the penal correction system and pre-trial detention facilities have a considerable impact on the crime situation, including recidivism, in the regions where they are located. However, even to this day, the fact that these facilities are contributive to the emergence of a specific criminal background

negatively affecting the crime situation in certain administrative territorial areas, is not confirmed by mathematical calculations and mapping methods.

The purpose of the article is to prove, by mathematical analysis with respective mapping, the interdependence of such parameters as penitentiary and pre-trial detention facilities, in particular, their number, on the one part, and the intensity of crime in general and its specific types in particular, on the other part, in the context of specific administrative territorial areas.

It is established that the correlation coefficient between the number of penitentiary facilities in a region and the total number of crimes committed is 0.98, and the correlation coefficient for recidivism crimes is 0.99. In other words, this indicator is approaching one, and this indicates stable relationship, as well as the presence of strong correlation dependence between these indicators. At the same time, the author concludes that the highest intensity of general crime and recidivism is recorded in the eastern, southern and central regions of Ukraine, and this correlates with a significant number of imprisonment facilities located particularly in these areas. It is emphasized that the revealed dependence becomes especially noticeable in the context of towns and districts of particular oblasts.

The article gives special consideration to the main links transmitting criminal infection in certain regions. These include, in particular, concentration of persons with criminal record who were released from facilities of imprisonment or restraint in areas where penitentiary facilities are located; criminal subculture as a material and spiritual substrate of criminal ideology; and establishment of illegal, “entrepreneurial” links between local population and penitentiary facilities. Furthermore, the author gives some arguments in favor of bringing back of the concept of a particularly dangerous recidivist to the Criminal Code of Ukraine, because only the inevitability of punishment and prolonged isolation of such persons can protect society from an ever-new criminal threat on their part and limit the influence they have on unstable members of society in the event when they are out of prison.

**KEYWORDS:** imprisonment facilities; intensity of crime; Pearson correlation coefficient; criminal subculture; particularly dangerous recidivist.

### III. Наукознавчі та юридичні аспекти доктрини Особливої частини кримінального права



#### Олександр Дудоров

доктор юридичних наук, професор,  
заслужений діяч науки і техніки України,  
завідувач науково-дослідної лабораторії з проблем  
попередження, припинення та розслідування злочинів  
територіальними органами Національної поліції України  
Луганського державного університету  
внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка  
(Северодонецьк, Україна)  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-4860-0681>  
o.o.dudorov@gmail.com

#### Костянтин Задоя

кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри кримінального права та криминології  
Київського національного університету  
імені Тараса Шевченка  
(Київ, Україна)  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2362-7116>  
kostyantyn.zadoya@gmail.com



УДК 343.541

### КОНЦЕПТ “ВІК СЕКСУАЛЬНОЇ ЗГОДИ” ЗА МІЖНАРОДНИМ КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ І КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ

АНОТАЦІЯ. На криміналізацію діянь у сексуальній сфері впливає чимало факторів, серед яких – необхідність виконання державою взятих на себе міжнародно-правових зобов’язань. Останніми роками в європейському правовому просторі простежується тенденція до уніфікації законодавства в частині визначення підстав кримінальної відповідальності за правопорушення у вказаній сфері. Серйозне оновлення протягом 2017–2018 рр. розділу IV Особливої частини Кримінального кодексу України (КК України) стало результатом сприйняття вітчизняним законодавцем підходів, вироблених Радою Європи у межах Стамбульської та Лансаротської конвенцій.

Метою статті є критичне осмислення нинішнього стану реалізації в Україні конвенційного концепту “вік сексуальної згоди” та з’ясування перспектив цього критерію визначення меж злочинної поведінки у сексуальній сфері, зокрема, в контексті співвідношення положень зазначених конвенцій.



Доведено, що притаманний чинному КК України спосіб запровадження концепту “вік сексуальної згоди” характеризується низкою вад, серед них: 1) встановлена градація віку потерпілого хоч і дає змогу диференціювати кримінальну відповідальність за вчинення дій сексуального характеру щодо дітей, але зі ст. 18 Лансаротської конвенції не впливає; 2) оптимальність закріплення 14-річного віку у ч. 4 ст. 152 і ч. 4 ст. 153 КК України не виглядає безспірною. Відсутність належного обґрунтування притаманна і 16-річному віковому критерію, який фігурує у ч. 1 ст. 155 КК України; 3) використання у ч. 1 ст. 155 КК України звороту “природні або неприродні статеві зносини” не лише порушує правило єдності законодавчої термінології в межах розділу IV Особливої частини КК України, а й не відповідає наскрізному конвенційному поняттю “діяльність сексуального характеру з дитиною”; 4) оновлену ст. 155 КК України всупереч думці розробників відповідного законопроекту немає підстав визнавати виконанням ст. 18 Лансаротської конвенції щодо встановлення “віку сексуальної згоди”. Оскільки попередня редакція ч. 1 ст. 155 КК України і чинна редакція цієї кримінально-правової норми описують різні типи поведінки, між ними відсутня правова наступність; 5) оновлені відповідно до Стамбульської конвенції статті 152 і 153 КК України, хоч і втілюють аналізований концепт, не беруть до уваги вимогу ч. 3 ст. 18 Лансаротської конвенції щодо впливу на кримінальну відповідальність за сексуальну діяльність різниці у віці учасників такої діяльності.

Встановлено, що основна тенденція у досліджуваній сфері, яка знайшла відображення у Стамбульській конвенції як більш сучасному порівняно з Лансаротською конвенцією документі, полягає в запровадженні кримінальної відповідальності за будь-яку сексуальну поведінку, здійснювану за відсутності добровільної згоди потерпілої особи. Це уможливорює висунення для фахового обговорення доктринального підходу, який полягає у відмові від прямого (текстуального) відображення у КК України концепту “вік сексуальної згоди”. Йдеться про те, що роль криміноутворювальної ознаки і в цьому разі відіграло не досягнення потерпілою особою певного віку, визначеного у законодавчому порядку, а відсутність добровільної згоди потерпілої особи, як це і притаманно сексуальному насильству у сенсі Стамбульської конвенції. Показано, що це дало б змогу, крім іншого, врахувати традиційну для вітчизняної судової практики і засновану на використанні поняття психічної безпорадності юридичну оцінку статевого акту з малолітньою особою та іншого сексуального проникнення в тіло такого потерпілого.

Ключові слова: Стамбульська конвенція; Лансаротська конвенція; вік; добровільна згода; сексуальне насильство; безпорадний стан; малолітня особа; дитина.

Закріплена у кримінальному законодавстві тієї чи іншої країни система норм про відповідальність за вчинення злочинів у сексуальній сфері, маючи історично мінливий характер, визначається багатьма факторами, зокрема: усталеним у конкретному суспільстві укладом статевих відносин, динамікою і поширеністю певних актів поведінки, громадською думкою, існуючими традиціями і проголошеними пріоритетами правової охорони, зумовленими цивілізаційними і релігійними чинниками. На криміналізацію таких діянь впливає, серед іншого, необхідність

виконання державою взятих на себе міжнародно-правових зобов'язань. Так, серйозне оновлення протягом 2017–2018 рр. розділу IV Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК України)<sup>1</sup> “Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи” та, як наслідок, істотна зміна меж злочинної поведінки стали результатом сприйняття вітчизняним законодавцем підходів, вироблених Радою Європи. Як зазначають Ю. Баулін і Л. Дорош, інтеграція України в європейський простір можлива лише за умови плідної співпраці з Радою Європи у сфері реформування законодавства, зокрема й кримінального, у повній відповідності до європейських стандартів, що актуалізує розроблення механізму гармонізації національного та європейського права у сфері боротьби зі злочинністю<sup>2</sup>.

З урахуванням притаманних сучасному суспільству глобалізаційних та інтеграційних тенденцій розвитку, Україна не може не зважати на ту обставину, що останніми роками в європейському правовому просторі простежується тенденція до уніфікації законодавства в частині визначення підстав кримінальної відповідальності за правопорушення у сексуальній сфері. З цією метою ухвалено декілька міжнародно-правових актів, покликаних виробити мінімальні стандарти захисту особи від посягань у вказаній сфері. Передусім ідеться про Конвенцію Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами 2011 р. (далі – Стамбульська конвенція)<sup>3</sup> і Конвенцію Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства 2007 р. (далі – Лансаротська конвенція)<sup>4</sup>. Щоправда, не всі країни поспішають запроваджувати відповідні стандарти в національне законодавство, а інші роблять це в неоднаковий спосіб: хтось запозичує (майже дослівно) конвенційні формулювання; законодавці ж інших країн, ставлячись до оптимізації кола і змісту кримінально-правових заборон щодо секс-деліктів відповідальніше та беручи до уваги особливості національних правових систем, підходять до сприйняття загальноєвропейських підходів більш виважено і творчо.

Захист дітей як найбільш вразливих членів суспільства від сексуальних зловживань (експлуатації, насильства, розбещень тощо) є одним із пріоритетних завдань Української держави. Всебічне забезпечення

www.pravoua.com.ua

<sup>1</sup> Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>> (дата звернення: 31.01.2019).

<sup>2</sup> В Борисов та В Зеленецький (ред), *Теоретичні основи забезпечення якості кримінального законодавства та правозастосовної діяльності у сфері боротьби зі злочинністю в Україні: монографія* (Право 2011) 65–7.

<sup>3</sup> Про ратифікацію Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами: проект Закону України від 14 листопада 2016 р. № 0119 <[http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=60492](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=60492)> (дата звернення: 31.01.2019).

<sup>4</sup> Конвенція Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства від 25 жовтня 2007 р. <[https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_927](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_927)> (дата звернення: 31.01.2019).

(зокрема й кримінально-правовими засобами) статевої недоторканності особи справедливо вважається виміром цивілізаційної зрілості суспільства, його здатності створити умови для гармонійного розвитку підростаючого покоління. Злочини проти статевої недоторканності дітей не лише завдають шкоди їх належному фізичному, психічному і моральному розвитку, а й руйнують сімейні цінності та основоположні засади життєдіяльності суспільства, погіршують стан репродуктивного здоров'я нації тощо.

Частини четверті статей 152 і 153 КК України, викладених у редакції Закону України “Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами” (далі – Закон № 2227-VIII)<sup>5</sup>, передбачаючи відповідальність за вчинення дій сексуального характеру щодо особи, яка не досягла 14 років, незалежно від її добровільної згоди, означають втілення у правову систему України європейського концепту “вік сексуальної згоди”, у межах якого виключається виправдовування винуватим своїх дій із посиланням на згоду потерпілої особи, яка не досягла певного віку. Щоправда, те саме можна сказати про викладену в редакції Закону України “Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо захисту дітей від сексуальних зловживань та сексуальної експлуатації” (далі – Закон № 2334-VIII)<sup>6</sup> ст. 155 КК України, в якій своєрідним критерієм (показником) статевої недоторканності особи визначений вже не 14-річний, а 16-річний вік. При цьому, якщо Закон № 2227-VIII був прийнятий із метою імплементації Стамбульської конвенції, в якій проблема “віку сексуальної згоди” прямого (текстуального) відображення не знайшла, то ухвалення Закону № 2334-VIII видавалося за виконання Лансаротської конвенції, п. а) ч. 1 ст. 18 якої зобов'язує країни-учасниці визначити вік, до досягнення якого забороняється займатися діяльністю сексуального характеру з дитиною.

Метою дослідження є як критичне осмислення сьогоденного стану реалізації в Україні конвенційного концепту “вік сексуальної згоди”, так і з'ясування перспектив цього критерію визначення меж злочинної поведінки у сексуальній сфері, зокрема, в контексті співвідношення положень Лансаротської і Стамбульської конвенцій.

<sup>5</sup> Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами: Закон України від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII. *Голос України*. 2018. № 6. С. 3.

<sup>6</sup> Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо захисту дітей від сексуальних зловживань та сексуальної експлуатації: Закон України від 14 березня 2018 р. № 2334-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 17. Ст. 150.

Розпочати наше дослідження вважаємо за доцільне зі стислого висвітлення міжнародно-правового аспекту проблеми, яка розглядається.

Нині “вік сексуальної згоди” прямо згадується не лише в Лансаротській конвенції, а й у Директиві Європейського Парламенту і Ради 2011/93/ЄС від 13 грудня 2011 р. про боротьбу з сексуальним насильством та сексуальною експлуатацією дітей і дитячою порнографією та про заміну Рамкового рішення Ради 2004/68/ЮВС<sup>7</sup>. Причому, якщо термінологія Директиви не залишає місця для сумнівів, бо в ній вживається зворот “*age of sexual consent*”, то ст. 18 Лансаротської конвенції створює умови для різночитань, адже використане у ній формулювання “*age below which it is prohibited to engage in sexual activities with a child*”, в якому превалює нормативний чинник, не пояснює причину, через яку забороняється зайняття діяльністю сексуального характеру з дитиною, котра не досягла певного віку.

Утім, низка офіційних документів недвозначно засвідчує, що такою причиною є нездатність дитини висловити згоду стосовно вчинюваних щодо неї дій. Так, у 1-му Імплементативному звіті Комітету держав – учасниць Лансаротської конвенції “Захист дітей від сексуальних зловживань у колі довіри: загальні рамки”<sup>8</sup> поняття “вік сексуальної згоди” використовується у такому контексті, який не залишає сумнівів стосовно того, що і це поняття, і вжите в п. а) ч. 1 ст. 18 Лансаротської конвенції поняття “вік, до досягнення якого забороняється займатися діяльністю сексуального характеру з дитиною” мають тотожний зміст. Такий саме висновок впливає й із Термінологічних орієнтирів для захисту дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства (так званих Люксембурзьких орієнтирів), укладених 28 січня 2016 р. Міжвідомчою робочою групою з питань сексуальної експлуатації дітей (група складалася із представників понад 15 міжнародних організацій та агенцій, включаючи органи та установи Організації Об’єднаних Націй (далі – ООН), Ради Європи, Інтерпол). Узагальнений правовий зміст аналізованого поняття добре передають саме “Люксембурзькі орієнтири”, де зазначено:

Для того щоб уникнути непорозумінь та сірих зон у праві, усім повинно бути зрозуміло, що передбачений законом “вік сексуальної згоди” означає те, що залучення дитини, яка не досягла цього віку, до діяльності

<sup>7</sup> Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography, and replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32011L0093&from=EN>> (accessed: 31.01.2019).

<sup>8</sup> 1st implementation report. Protection of children against sexual abuse in the circle of trust: The framework. Adopted by the Lanzarote Committee on 4 December 2015 <<https://rm.coe.int/1st-implementation-report-protection-of-children-against-sexual-abuse-/16808ae53f>> (accessed: 31.01.2019).

сексуального характеру заборонене за будь-яких умов, і що згода такої дитини є юридично нікчемною<sup>9</sup>.

Ідеться, таким чином, про вік, починаючи з якого людина вважається здатною дати усвідомлену згоду на сексуальне спілкування з іншою особою.

Ще один важливий для правильного розуміння феномена “вік сексуальної згоди” аспект полягає у тому, що він втрачає своє правове значення у випадках, коли йдеться не просто про вчинення щодо дитини дій сексуального характеру, а про її сексуальну експлуатацію. На особливу увагу у зв’язку з цим заслуговує одне з рішень Європейського комітету з соціальних прав, в якому зазначається, що зі ст. 7(10) Європейської соціальної хартії 1996 р. (остання вимагає забезпечити особливий захист дітей та підлітків від фізичних і моральних ризиків, на які вони наражаються, і, зокрема, від тих ризиків, що безпосередньо або опосередковано пов’язані з виконуваною ними роботою) впливає позитивно зобов’язання держав – учасниць Хартії криміналізувати сексуальну експлуатацію дітей. Причому криміналізації підлягає будь-яка сексуальна експлуатація дітей віком до 18 років незалежно від встановлення у національному законодавстві більш низького “віку сексуальної згоди”<sup>10</sup>.

Отже, законодавчу оптимізацію “віку сексуальної згоди” за будь-якого варіанта розв’язання цієї проблеми не слід пов’язувати з тематикою сексуальної експлуатації дітей.

Частина 2 ст. 18 Лансаротської конвенції залишає на розсуд держав-учасниць питання, до якого віку забороняється залучення дитини до діяльності сексуального характеру. Обґрунтування цього рішення слід шукати в плюралізмі культурних традицій і моральних орієнтирів, притаманних різним суспільствам. Водночас зрозуміло, що передбачена КК України градація віку потерпілого, хоч і дає змогу диференціювати кримінальну відповідальність за вчинення дій сексуального характеру щодо дітей, зі ст. 18 Лансаротської конвенції не впливає.

Навіть якщо зважати на те, що впровадження у нашу правову систему концепту “вік сексуальної згоди” мало відбутися (передусім чи тільки) за допомогою внесення змін до статей 152, 153 КК України, що й було зроблено на підставі Закону № 2227-VIII, а не до ст. 155 КК України, уточненої Законом № 2334-VIII, оптимальність закріплення у цьому разі 14-річного

<sup>9</sup> Terminology Guidelines for the Protection of Children from Sexual Exploitation and Sexual Abuse Adopted by the Interagency Working Group in Luxembourg, 28 January 2016 <<http://luxembourgguidelines.org/english-version>> (accessed: 31.01.2019).

<sup>10</sup> European Committee of Social Rights. Decision on the merits: Federation of Catholic Family Associations in Europe (FAFCE) v. Ireland, complaint No. 89/2013, 12 September 2014 <<http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=cc-89-2013-dmerits-en>> (accessed: 31.01.2019).

віку не виглядає безспірною. Маємо на увазі, зокрема, такі обставини, як інформаційний бум, лібералізація статевої моралі, акселерація, передчасний психосексуальний розвиток сьгоднішніх підлітків, різке падіння вікових меж початку сексуального життя. При цьому у пояснювальній записці до законопроекту, згодом ухваленого як Закон № 2227-VIII, відсутнє належне (та й будь-яке) обґрунтування доречності встановленого 14-річного вікового критерію. Не буде зайвим нагадати, що стосовно попередніх редакцій відповідних кримінально-правових заборон фахівці відзначали, що вік, із досягненням якого особа починає розуміти справжнє значення вчинюваних із нею дій сексуального характеру, – вельми індивідуальна матерія; при цьому віком, недосягнення якого дозволяло констатувати безпорадний стан малолітньої особи, тривалий час називався 10-, 11- або 12-річний вік<sup>11</sup>. Розвиваючи думку про сумнівність (або принаймні неоптимальність) законодавчого рішення закріпити “вік сексуальної згоди” на рівні 14 років, нагадаємо, що у вітчизняній доктрині свого часу пропонувалося включити до ст. 155 КК України норму, згідно з якою не може вважатися добровільним статевий акт у природній або неприродній формі з особою, яка не досягла 11-річного віку. Ця пропозиція переконливо аргументувалася, зокрема, за допомогою здобутків новітніх досліджень дитячої психології та ранньої сексопатології<sup>12</sup>.

Сьогодні ми не готові назвати конкретний “вік сексуальної згоди”, який вважаємо таким, що потребує закріплення у вдосконаленому КК України, однак безспірним для нас є те, що для уникнення довільності при встановленні (точніше заміні) цього критерію визначення меж злочинної поведінки у сексуальній сфері не обійтися без проведення серйозних міждисциплінарних досліджень за участю, зокрема, кримінологів, соціологів, судових медиків, дитячих психологів і сексологів. Інший шлях розв’язання цієї чутливої і багатоаспектної проблеми вважаємо категорично неприйнятним.

Відзначимо, що конвенційний концепт “вік сексуальної згоди” не може вважатися принципово новим явищем для українського кримінального права. Видається, що не буде помилкою проведення аналогії між таким концептом і багаторічними уявленнями судової практики про те, що малолітній вік потерпілої особи, через який вона не усвідомлює змісту вчинюваної щодо неї сексуальної діяльності, може бути показником безпорадного стану; це давало змогу визнавати дії сексуального характеру щодо такої дитини зґвалтуванням або насильницьким задоволенням

<sup>11</sup> О Дудоров, *Кримінально-правова характеристика злочинів проти статевої свободи та недоторканості особи: науково-практичний посібник* (РВВ ЛДУВС ім Е О Дідоренка 2011) 113–7.

<sup>12</sup> С Чмут, *Кримінальна відповідальність за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості* (дис канд юрид наук, 2010) 59–60, 89–90, 106–8, 188.

статевої пристрасті неприродним способом. Питання про перебування у безпорадному стані осіб віком від 11 (12) до 14 років розв’язувалося на практиці з урахуванням висновку судової експертизи. Наявність безпорадного стану у неповнолітніх потерпілих від зґвалтування пов’язувалася фахівцями з недостатністю знань, досвіду, незрілістю особистості, індивідуально-психологічними особливостями (невисокий інтелект, емоційна нестійкість, ригідність психічних процесів), виникненням особливих емоційних станів (афект, стрес тощо)<sup>13</sup>, тобто фактично з тими чинниками, з якими Лансаротська конвенція та “обслуговуючі” її документи пов’язують встановлення “віку сексуальної згоди”.

Зайвим підтвердженням недостатньої професійності вітчизняних парламентарів при розв’язанні складних кримінально-правових проблем стало прийняття Закону № 2334-VIII, а точніше відсутність навіть спроби узгодити його зміст із положеннями Закону № 2227-VIII. У пояснювальній записці до законопроекту, згодом ухваленого як Закон № 2334-VIII, заміна статево незрілого стану на віковий критерій у ст. 155 КК України подавалася, серед іншого, як виконання Україною ст. 18 Лансаротської конвенції, а також рекомендацій Комітету ООН з прав дитини щодо встановлення “чіткого мінімального віку статевого повноліття”. При цьому у вказаному супровідному документі не містилося: а) згадування про те, що проблему запровадження “віку сексуальної згоди” розв’язано (принаймні частково) шляхом включення у статті 152, 153 КК України, оновлені на підставі Закону № 2227-VIII, частин четвертих, присвячених, відповідно, зґвалтуванню і сексуальному насильству щодо малолітньої особи; б) обґрунтування того, чому “мінімальний вік статевого повноліття” повинен становити саме 16 років.

Використання у чинній редакції ч. 1 ст. 155 КК України звороту “природні або неприродні статеві зносини” не лише порушує правило єдності законодавчої термінології у межах розділу IV Особливої частини КК України, а й не відповідає наскрізному поняттю “діяльність сексуального характеру з дитиною”, яким оперує Лансаротська конвенція.

Зазначимо, що викладення ст. 155 КК України у редакції Закону № 2334-VIII, на нашу думку, немає достатніх підстав визнавати виконанням ст. 18 Лансаротської конвенції, хоч саме на цьому наголошували автори відповідного законопроекту. Річ у тім, що конвенційне поняття “вік сексуальної згоди” принципово відрізняється від поняття “статева зрілість”, яким оперувала попередня редакція ст. 155 КК України. Аспекти, які враховувалися при вирішенні питання, чи досягла особа статевої

<sup>13</sup> О Ситковская, Уголовный кодекс Российской Федерации: психологический комментарий (Волтерс Клувер 2009) 153.

Олександр Дудоров, Костянтин Задоя

зрілості, мають суто фізіологічний характер та не пов'язані із психічною спроможністю неповнолітньої особи давати згоду на участь у діяльності сексуального характеру. Тобто поняття статевої зрілості пов'язується з особливостями фізіологічного розвитку людини, а не з особливостями її психічного розвитку, що має на увазі поняття “вік сексуальної згоди”. При цьому ст. 18 Лансаротської конвенції вимагає криміналізувати зайняття діяльністю сексуального характеру з дитиною, яка не досягла передбаченого законодавством віку, оскільки (нами це встановлено вище) подібна діяльність вважається (презюмується) такою, що здійснюється без згоди дитини через її вік, а не з міркувань турботи про фізіологічний аспект статевого здоров'я неповнолітнього, з чого виходила попередня редакція ст. 155 КК України.

З'ясована відмінність, на жаль, не була врахована при прийнятті Закону № 2334-VIII. Тому й не дивно, що здійснена на його підставі зміна описання потерпілого від злочину, передбаченого ст. 155 КК України, не дістала одностайної підтримки фахівців. Зокрема, працівники Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України, виступаючи проти відмови від статево незрілого стану і зміни пріоритетів кримінально-правової охорони, у висновку на відповідний законопроект зазначили:

Основне призначення ст. 155 КК України вбачається у запобіганні шкоди для здоров'я неповнолітнього, яка може настати внаслідок початку статевих зносин до досягнення статевої зрілості. Недоцільним визнавалось встановлення кримінальної відповідальності за добровільні статеві зносини у тих випадках, коли загроза настання такої шкоди відсутня. Тому парламентські експерти висловили свою незгоду з тим, що злочинним визнаватиметься, наприклад, добровільний статевий акт з особою жіночої статі, якій не виповнилось 16 років, але яка досягла статевої зрілості, тоді як аналогічні дії щодо 16-річної дівчини, яка за своїми фізіологічними ознаками такої зрілості ще не досягла, не міститимуть ознак складу злочину, передбаченого ст. 155 КК України. Ознакою складу цього злочину повинен і надалі виступати біологічний стан (статева зрілість), а не певний вік потерпілої особи<sup>14</sup>.

Доцільність декриміналізації статевих зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості, заперечувалась, як бачимо, вельми переконливо. Статеві зносини зі статево зрілою особою (навіть тією, якій ще не виповнилось 16 років), не завдають шкоди формуванню здорової повно-

www.pravola.com.ua

<sup>14</sup> Висновок на проект Закону України “Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо захисту дітей від сексуальних зловживань та сексуальної експлуатації” (реєстр. № 2016 від 3.03.2015 р.) <[http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=53813](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53813)> (дата звернення: 31.01.2019).



цінної людини, а отже, навряд чи є суспільно небезпечними, що оновлена ст. 155 КК України не бере до уваги.

Якщо суб'єктами законодавчої ініціативи встановлення заборони вступати в статеві зносини з неповнолітніми до 16-річного віку мислилось як конкретизація заборони вступати в статеві зносини з особами, які через свій вік не є статевозрілими, то з набранням чинності Законом № 2334-VIII відбулася насправді не конкретизація наявної кримінально-правової заборони, а заміна останньої новою заборonoю з інакшою сферою дії. Оскільки попередня редакція ч. 1 ст. 155 КК України і чинна редакція цієї кримінально-правової норми *de facto* описують різні типи поведінки, між ними відсутня правова наступність.

*De lege ferenda* кримінально-правова заборона вчинення дій сексуального характеру за участю особи, яка не досягла “віку сексуальної згоди”, могла б співіснувати з кримінально-правовою заборonoю вчинення дій сексуального характеру зі статево незрілою особою, адже це забезпечувало б кращу (більш повну, комплексну) охорону статевої недоторканності дітей. На нашу думку, ідея повернення в КК України поняття статево незрілого стану потребує фахового обговорення.

Застосовуючи ст. 155 чинного КК України, слід враховувати, що вона перебуває у колізії з ч. 4 ст. 152 і ч. 4 ст. 153 КК України (у частині поєднаних із добровільною згодою дій сексуального характеру, вчинених повнолітньою особою). Системне тлумачення положень КК України, який фактично закріплює два “віки сексуальної згоди”, врахування різниці в шкоді, заподіюваній малолітнім та особам, яким не виповнилося 16 років, унаслідок передчасного сексуального спілкування, дає змогу зробити висновок про те, що вчинення відповідних дій стосовно малолітньої потерпілої особи потребує кваліфікації за ч. 4 ст. 152 або ч. 4 ст. 153 КК України. Отже, потерпілим від злочину, передбаченого ст. 155 КК України, є лише та особа, якій вже виповнилося 14 років, але яка ще не досягла 16-річного віку. При цьому караність злочинів, передбачених, з одного боку, у ч. 4 ст. 152 та ч. 4 ст. 153 КК України, а з другого – у ст. 155 КК України, істотно різниться.

Вітчизняні прибічники аналізованого концепту наголошують на тому, що законодавче запровадження “віку сексуальної згоди” покликане допомогти дітям відчутти себе у безпеці, діяти у власній зоні комфорту, спонукати дорослих утримуватися від сексуальних контактів із дітьми. Зазначається, зокрема:

Законодавство про “вік сексуальної згоди” не позбавляє молодь права отримувати сексуальний досвід, а обмежує право дорослих посягати на сексуальну недоторканність дітей. Покарання передбачено не для дити-

ни, а для дорослого, тобто закон захищає дітей від зловживань з боку дорослих<sup>15</sup>.

Але ж за вчинення зґвалтування і сексуального насильства, зокрема й у випадках, коли потерпілими від цих злочинів стають малолітні, кримінальну відповідальність наразі можуть нести особи, яким виповнилося 14 років (ч. 2 ст. 22 КК України), тобто явно і не дорослі суб'єкти. Причому, якщо при викладенні ч. 1 ст. 155 КК України у редакції Закону № 2334-VIII вимога ч. 3 ст. 18 Лансаротської конвенції (дія положень пп. “а” п. 1 цієї статті не поширюється на врегулювання статевих стосунків між неповнолітніми, що здійснюються за взаємною згодою) була взята до уваги, то при ухваленні Закону № 2227-VIII цей важливий нюанс (тобто вплив на кримінальну відповідальність за сексуальну діяльність різниці у віці учасників такої діяльності) був проігнорований. Це й не дивно, бо розроблення і прийняття вказаного Закону підпорядковувалося Стамбульській конвенції як інструменту протидії сексуальному насильству, а не Лансаротській конвенції з її місією захисту дітей від сексуальних зловживань.

Якщо керуватися тезою про автономність (альтернативність) ознак “недосягнення віку сексуальної згоди” та “відсутність добровільної згоди” як криміноутворювальних (а така теза впливає, серед іншого, з розрізнення підходів, відображених у Лансаротській і Стамбульській конвенціях), то треба визначитися, де саме та яким чином має фіксуватися “вік сексуальної згоди”. Як варіант розділ IV Особливої частини КК України міг би бути доповнений окремою відповідною статтею. Причому така самостійна кримінально-правова заборона, присвячена вчиненню дій сексуального характеру за участю осіб, які не досягли “віку сексуальної згоди”, мала б охоплювати не лише дії винуватого (тобто його активну поведінку щодо потерпілого), а й надання винуватим згоди потерпілій дитині вчиняти щодо себе дії сексуального характеру, примушування дитини до вчинення дій сексуального характеру з третьою особою. Зазначена заборона фіксувала б і конкретний “вік сексуальної згоди”, визначений за результатами міждисциплінарних досліджень.

Вада цього варіанта, незважаючи на його узгодженість із традиціями національного кримінального законодавства, вбачається у тому, що він іде врозріз з ідеєю Стамбульської конвенції про універсальну роль в унормуванні меж кримінально караної поведінки у сексуальній сфері такого чинника, як відсутність добровільної згоди на вчинення дій сексу-

<sup>15</sup> О Зайцева, ‘Вік сексуальної згоди: кого і від чого захищаємо’ (Гендер в деталях, 21.02.2018) <<https://genderindetail.org.ua/season-topic/seksualnist/vik-sexualnoi-zgodi-kogo-i-vid-chogo-zahischaemo-134383.html>> (дата звернення: 31.01.2019).

ального характеру. При цьому аналіз Стамбульської конвенції свідчить про намагання європейського співтовариства виробити і втілити в життя уніфіковані стандарти, за якими має визначатися злочинність поведінки у досліджуваній сфері.

За таких обставин питання про кримінальну відповідальність за вчинення дій сексуального характеру за участю дітей пропонується вирішувати через призму універсального конвенційного поняття добровільної згоди шляхом оцінки фактичних обставин у конкретному кримінальному провадженні, тобто у межах уточнених статей 152, 153 КК України, присвячених сексуальному насильству. Йдеться, таким чином, про те, що малолітній вік особи як показник її психічної безпорадності виступатиме одним із чинників, що виключає вільне волевиявлення особи на вчинення дій сексуального характеру, а отже, добровільність згоди.

Висновки. Передбачений Законом № 2227-VIII і Законом № 2334-VIII спосіб запровадження у КК України конвенційного концепту “вік сексуальної згоди” характеризується низкою вад, здебільшого висвітлених вище.

Основна тенденція у досліджуваній сфері, яка знайшла відображення у Стамбульській конвенції та до якої долучаються все більше європейських країн, полягає в запровадженні кримінальної відповідальності за будь-яку сексуальну поведінку, здійснювану за відсутності добровільної згоди потерпілої особи. Це схиляє до думки про перспективність доктринального підходу, який, ґрунтуючись на пріоритеті Стамбульської конвенції як більш сучасного порівняно з Лансаротською конвенцією документа і на традиційній для вітчизняної судової практики позиції, полягає у відмові від прямого (текстуального) відображення у КК України концепту “вік сексуальної згоди”. Ідеться, таким чином, про те, що роль криміноутворювальної ознаки і в цьому разі відіграватиме не досягнення потерпілою особою певного віку, визначеного у законодавчому порядку, а відсутність добровільної згоди потерпілої особи, як це і притаманно сексуальному насильству у сенсі Стамбульської конвенції.

Зрозуміло й те, що для усунення вад, притаманних чинному КК України у частині відповідальності за статеві злочини (а це неможливо зробити якісно без створення доктринальної моделі системи кримінально-правових заборон, присвячених злочинам у сфері сексуальних відносин), доцільно сформувати робочу групу із залученням представників суддівського корпусу, правоохоронних органів і фахівців у сфері кримінального права з числа наукових і науково-педагогічних співробітників.

## REFERENCES

### Bibliography

#### Authored books

1. Dudorov O, *Kryminalno-pravova kharakterystyka zlochniv proty statevoi svobody ta nedotorkanosti osoby: naukovo-praktychnyi posibnyk [Criminal-Law Characterization of Crimes Against Sexual Freedom and Inviolability of a Person: Scientific and Practical Guide]* (RVV LDUVS im E O Didorenka 2011) (in Ukrainian).
2. Sitkovskaja O, *Ugolovnyj kodeks Rossijskoj Federacii: psihologicheskij kommentarij [Criminal Code of the Russian Federation: Psychological Commentary]* (Volters Kluver 2009) (in Russian).

#### Edited books

3. Borysov V ta Zelenetskyi V (red), *Teoretychni osnovy zabezpechennia yakosti kryminalnoho zakonodavstva ta pravozastosovnoi diialnosti u sferi borotby zi zlochynnistiu v Ukraini: monohrafiia [Theoretical Fundamentals for Ensuring the Quality of Criminal Legislation and Law Application Activity in the Area of Combating Crime in Ukraine: Monograph]* (Pravo 2011) (in Ukrainian).

#### Dissertations

4. Chmut S, 'Kryminalna vidpovidalnist za statevi znosyny z osoboju, yaka ne dosiahla statevoi zrilosti' ['Criminal Liability for Sexual Intercourse with a Person Who Has Not Reached Puberty'] (dys kand yuryd nauk, 2010) (in Ukrainian).

#### Websites

5. Zaitseva O, 'Vik seksualnoi zghody: koho i vid choho zakhyshchajemo' ['Age of Sexual Consent: Who and Against What We Protect'] (*Hender v detaliakh*, 21.02.2018) <<https://genderindetail.org.ua/season-topic/seksualnist/vik-seksualnoi-zgodi-kogo-i-vid-chogo-zahischaemo-134383.html>> (accessed: 31.01.2019) (in Ukrainian).

Oleksandr Dudorov  
Kostiantyn Zadoia

### THE CONCEPT OF "AGE OF SEXUAL CONSENT" IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND CRIMINAL LAW OF UKRAINE

ABSTRACT. Criminalization of acts related to human sexual activity is influenced by many factors including those which require that the State comply with the international legal obligations assumed. In recent years, there has been a trend in the European legal space towards unification of legislation with regard to determining the causes for criminal liability for crimes in this area. The approaches developed by the Council of Europe within the Istanbul and Lanzarote conventions have been perceived by the national legislator, and this resulted in a major update of Section IV in the Special Part of the Criminal Code of Ukraine (Ukraine's CC) in 2017–2018.

The article is focused on critical reflections on how the Convention's concept of "age of sexual consent" is implemented in Ukraine today, and aims at clarifying the prospects

of this criterion for determining the boundaries of criminal behavior in the area of sexual activity, particularly, in the context of how the provisions of the mentioned conventions correlate.

It is proven that the method introducing the “age of sexual consent” concept which is inherent in the current Ukraine’s CC is characterized by a number of drawbacks, among them: 1) although the established gradation of victim’s age allows differentiating criminal liability for acts of sexual nature committed with regard to children, it does not stem from article 18 of the Lanzarote Convention; 2) the age of 14 prescribed by part 4, article 152 and part 4, article 153 of Ukraine’s CC does not look indisputably optimal. The 16-year-old age criterion, which appears in part 1, article 155 of Ukraine’s CC, also lacks proper substantiation; 3) the use of the term “natural or unnatural sexual intercourse” in part 1, article 155 of Ukraine’s CC not only breaches the rule of unity of legal terminology within section IV of the Special Part of Ukraine’s CC, but is also inconsistent with the Convention’s cross-cutting concept “sexual activities with a child”; 4) contrary to the opinion of developers of the respective bill, there is no reason to believe that the updated article 155 of Ukraine’s CC ensures implementation of article 18 of the Lanzarote Convention on the establishment of “the age of sexual consent”. Since the previous version of part 1, article 155 of Ukraine’s CC and the current version of this criminal law provision describe different types of behavior, there is no legal continuity between them; 5) although articles 152 and 153 of Ukraine’s CC, which have been updated according to the Istanbul Convention, embody the analyzed concept, they take no account of the requirement of part 3, article 18 of the Lanzarote Convention regarding the impact on criminal liability for sexual activity of the difference in age of participants in such activities.

It is established that according to the main trend observed in the area under study, which has been reflected in the Istanbul Convention as a more modern document as compared with the Lanzarote Convention, criminal liability is imposed for any sexual behavior in the absence of the victim’s voluntary consent. This makes it possible to put forward a doctrinal approach for professional discussion – the approach which consists in abandoning a direct (textual) reflection of the “age of sexual consent” concept in Ukraine’s CC. The point is that in this case the sense of the criminality-forming indicium is not that the victim is under a certain age determined by law, but that the victim’s voluntary consent is lacking, as is typical of sexual abuse in the meaning of the Istanbul Convention. The author shows that this would allow, inter alia, taking into account the legal assessment of sexual intercourse with a minor and other sexual penetration into the body of such a victim, which is traditional for the national judicial practice and is based on the use of the concept of mental helplessness.

KEYWORDS: Istanbul Convention; Lanzarote Convention; age; voluntary consent; sexual abuse; helpless state; minor person; child.



## Сергій Харитонов

доктор юридичних наук, доцент,  
професор кафедри кримінального права № 2  
Національного юридичного університету  
імені Ярослава Мудрого  
(Харків, Україна)  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8947-8734>  
kharitonovs@ukr.net

УДК 344.13

### ЗМІЦНЕННЯ ВІЙСЬКОВОГО ПРАВОПОРЯДКУ ТА ОКРЕМІ ПИТАННЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Анотація. Оборона України, захист її суверенітету, недоторканності та територіальної цілісності від агресивних посягань, забезпечення державної безпеки є справою держави, суспільства та всього народу України, що знайшло чітке закріплення у статтях 17, 65 Конституції України. Ця діяльність держави та суспільства загалом є правом усіх суб'єктів суспільного буття і кожного з них окремо, якому одночасно відповідає їх конституційний обов'язок. Цей обов'язок доцільно поділити на загальний – держави, суспільства і кожного громадянина України та спеціальний, який притаманний окремим суб'єктам, а саме: Збройним Силам України (ЗСУ), Службі безпеки України, Державній прикордонній службі України, Національній гвардії України, Державній спеціальній службі транспорту, Державній службі спеціального зв'язку та захисту інформації України та іншим військовим формуванням, утвореним відповідно до законів України. У сутності й взаємодії ці суб'єкти становлять воєнну організацію України.

Для забезпечення належного функціонування воєнної організації та виконання завдань, які ставляться перед нею, держава створює фундаментальну нормативно-правову базу, що визначає спеціальний правовий режим, щодо прав та обов'язків структурних одиниць цієї організації. Основою правового режиму є військова дисципліна та військовий правопорядок.

Цей правовий режим реалізується через систему відповідних засобів: організаційних, економічних, правових. Серед останніх засоби кримінально-правового регулювання суспільних відносин у сфері кримінальної відповідальності за військові злочини, що мають загальнопревентивний (спеціальнопревентивний), виховний та каральний характер, відіграють суттєве значення. Саме кримінально-правова охорона суспільних відносин у сфері несення військової служби сприяє існуванню належної військової дисципліни та правопорядку у військових підрозділах, що слугує необхідним підґрунтям для забезпечення боєздатності цих підрозділів і загалом утворюють стан обороноздатності та захищеності держави. У сучасних умовах, коли Україна перебуває, по суті, у стані збройного конфлікту, це значною

мірою впливає на стан злочинності в різноманітних сферах життєдіяльності держави, зокрема й у ЗСУ та інших військових формуваннях, створених відповідно до законодавства. Статистичні дані Генеральної прокуратури України свідчать, що останнім часом, починаючи з 2014 р., спостерігаються тенденції зростання кількості злочинів проти встановленого порядку несення військової служби (військових злочинів), що, безперечно, негативно впливає на забезпечення обороноздатності та національної безпеки України, здатності воєнної організації України адекватно реагувати на будь-які акти ворожих дій із боку інших держав. Злочини проти порядку несення військової служби мають питому вагу в масиві всієї злочинності в Україні. Зрозуміло: якщо не вживати заходів, здатних суттєво вплинути на військову злочинність для стабілізації ситуації у сфері військового правопорядку та військової дисципліни, це створить серйозну загрозу для національної безпеки України.

Мета статті – запропонувати внесення належних змін до змісту деяких статей чинного Кримінального кодексу України, які встановлюють кримінальну відповідальність за вчинення військових злочинів.

Ключові слова: воєнна організація; воєнна безпека; військовий злочин; непокора; істотна шкода; тяжкі наслідки.

Суспільну небезпечність військових злочинів слід визначати із застосуванням категорії більш високого рівня узагальнення, зокрема, таких як воєнна безпека держави, що складається з: а) стану боєздатності Збройних Сил України (далі – ЗСУ) та інших військових формувань, створених відповідно до закону; б) здатності підрозділів воєнної організації України своєчасно виконувати завдання, які поставлені перед ними державою; в) стану захищеності держави від можливої воєнної агресії<sup>1</sup>. Будь-який із військових злочинів завжди посягає на специфічний різновид військового правопорядку в воєнній організації держави (порядок підлеглості та військової честі, порядок перебування на військовій службі, порядок здійснення своїх повноважень військовими службовими особами тощо), підриває боєздатність військових підрозділів, завдає їм істотної шкоди і, в кінцевому підсумку, негативним чином впливає на воєнну безпеку держави.

Відомо, що армія завжди є найважливішою організацією кожної держави, оскільки лише вона здатна уможливити існування всіх цивільних інститутів<sup>2</sup>. Підтримання на належному рівні воєнної безпеки держави є обов'язковою умовою існування самої держави, громадського суспільства та всіх його інститутів. В умовах перебування держави в стані воєнного конфлікту діяльність усіх її інститутів повинна бути спрямована на швидше та професійне вирішення проблем безпеки держави.

<sup>1</sup> С Харитонов, 'Суспільна небезпечність як ознака військових злочинів' (2016) 3 Вісник Вищої кваліфікаційної комісії суддів України 37–41.

<sup>2</sup> А Кудашкин, *Военная служба в Российской Федерации: теория и практика правового регулирования* (Юрид центр Пресс 2003) 127.

Сергій Харитонов

Останні дослідження проблем кримінальної відповідальності за злочини проти порядку несення військової служби (військові злочини)<sup>3</sup>, аналіз судової практики дає підстави стверджувати про певну недосконалість окремих положень чинного законодавства, що суттєво впливає на забезпечення належної військової дисципліни та правопорядку в підрозділах воєнної організації України, і ці недоліки повинні бути усунуті в новій редакції Кримінального кодексу України (далі – КК України), яка зараз розробляється.

Технічна недосконалість права, як застерігав відомий німецький правознавець XIX ст. Р. фон Єринг, не є лише частковою її недосконалістю, не виступає зневагою лише окремої сторони права. Технічна недосконалість закону є недосконалістю всього права, є тим недоліком, що гальмує право й заважає йому здійснювати всі його цілі та завдання<sup>4</sup>. Законодавець повинен прагнути до найбільшої гармонізації правових норм взагалі та кримінально-правових зокрема, це сприяє однаковому тлумаченню і правозастосуванню.

Незважаючи на те, що кримінально-правові норми, що вміщені у розділі XIX Особливої частини КК України, здебільшого викладені точно, повно та доступно для розуміння, що має важливе значення для правильної кваліфікації злочинів, визначення характеру і ступеню їх суспільної небезпечності, призначення пропорційного покарання, поряд із цим деякі з них потребують окремих уточнень. Загальновідомо, що диспозиції статей військових злочинів є бланкетними (відсилають до Військових Статутів та інших нормативно-правових актів, що регулюють порядок несення спеціальних видів військової служби), тому зазначені норми повинні перебувати у стані кореляції та логічної узгодженості. При цьому правоохоронні органи та суд, притягуючи військовослужбовця до кримінальної відповідальності за той чи інший військовий злочин, повинні ретельно дослідити не лише всі елементи складу цього злочину, а й довести порушення норм військового законодавства, приділяючи особливу увагу суб'єктивному ставленню військовослужбовця до його порушення (обізнаність у приписах Військових Статутів та інших нормативно-правових актів, усвідомленість порушення цих приписів тощо).

Додержання військової дисципліни та правопорядку – обов'язок усіх суб'єктів воєнної організації України, як підлеглих, так і начальників. Слід звернути особливу увагу на положення Статуту внутрішньої служ-

www.pravoua.com.ua

<sup>3</sup> С Харитонов, *Кримінальна відповідальність за військові злочини за кримінальним правом України* (Право 2018); С Харитонов, 'Військові злочини: поняття, система та проблеми кваліфікації' (автореф дис д-ра юрид наук, 2019).

<sup>4</sup> Р Иеринг, *Избранные труды*, т 2 (Юрид центр Пресс 2006) 332.



би ЗСУ<sup>5</sup>, які зобов'язують беззастережно виконувати накази командирів (начальників).

Ця норма екстраполюється на ст. 402 КК України<sup>6</sup>, об'єктивна стороною якої передбачає дві протиправні альтернативні дії: відкрита відмова виконати наказ начальника; інше умисне невиконання наказу. З огляду на положення Конституції України та ст. 41 КК України – не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка відмовилася виконувати явно злочинний наказ або розпорядження. Стаття 402 КК України не містить підстав, згідно з якими має право відмовитися від виконання наказу командира (начальника), хоча в ст. 41 обставиною, що виключає злочинність діяння, є виконання законного наказу, тобто такого, який відданий відповідною особою у належному порядку та в межах її повноважень і за змістом не суперечать чинному законодавству та не пов'язані з порушенням конституційних прав та свобод людини і громадянина. З огляду на це наказ вважається законним, коли він відповідає трьом ознакам: 1) відданий особою в межах її повноважень; 2) відданий у належному порядку; 3) не суперечить чинному законодавству та не пов'язаний із порушенням конституційних прав та свобод людини й громадянина. Вбачається, що в диспозиції ст. 402 КК України необхідне уточнення щодо законності наказу.

Законодавцю слід удосконалити редакцію ч. 1 ст. 402: “Непогора, тобто відкрита відмова виконати *законний* наказ начальника, а також інше умисне невиконання *законного* наказу”.

Така побудова норми кримінального закону обмежує його застосування у випадках, коли підлеглий на законних підставах відмовляється виконувати наказ начальника, навіть у тих випадках, коли цей наказ не містить ознаки “явно (вочевидь для всіх) злочинного”. Крім цього, положення зазначеної вище статті повинні містити заохочувальну норму.

З огляду на викладене вище, на нашу думку, у ролі *delega ferende* слід запропонувати зміни в ст. 402 КК України шляхом додавання ч. 5 і викласти її в такій редакції:

*“5. Не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка відмовилася виконувати злочинний наказ або розпорядження.”*

А також доповнити примітку до ст. 402 таким чином: “Наказ начальника є законним, якщо він відданий відповідною особою в межах своєї компетенції та у належному порядку, відповідає чинному законодавству

<sup>5</sup> Статут внутрішньої служби Збройних Сил України, затверджений Законом України від 24 березня 1999 р. № 548-XIV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/548-14>> (дата звернення: 20.01.2020).

<sup>6</sup> Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>> (дата звернення: 20.01.2020).

та не пов'язаний із порушенням конституційних прав та свобод людини і громадянина”.

Піддавши аналізу законодавче визначення суспільно небезпечних наслідків у статтях Особливої частини КК України, які виступають конститутивними або кваліфікуючими ознаками військових злочинів, можна зробити висновок, що їхня основна маса сконструйована з використанням оціночної лексики (наприклад, *істотна шкода* – чотири склади злочинів, *тяжкі наслідки* – 16 складів злочинів), зміст яких уточнюється і конкретизується слідчим, прокурором, судом з урахуванням (і на підставі) конкретних обставин вчиненого. В ідеалі ж наслідки, звісно, повинні бути наскрізним поняттям у КК України, інакше кажучи, таким, що використовується неодноразово й має одне й те саме значення. Однакові за своїм змістом наслідки потрібно тлумачити однаковим чином (в однаковий спосіб) для будь-якого складу злочину. Оперування нормою, що містить у собі оціночні поняття, взагалі викликає на практиці неабиякі складнощі, тому що зміст і обсяг указаних понять унаслідок оціночно-пізнавальної діяльності суб'єкта, який застосовує норму права, розкриваються тільки стосовно конкретного випадку<sup>7</sup>. Наявність зазначених понять у кримінальному праві, а також їх логіко-юридичну природу нерідко пояснюють потребою надання закону більшої повноти, динамічності та гнучкості, з тим, щоб кримінальний закон міг враховувати все різноманіття явищ у їхній динаміці та розвитку<sup>8</sup>. Як слушно зазначив М. Панов, головними обставинами, що визначають логіко-гносеологічні особливості в оціночних поняттях і їхня необхідність у кримінальному праві, є множинність, складність і невизначеність явищ (об'єктів, чинників) об'єктивного світу, які ці поняття відображають<sup>9</sup>.

Як приклад недосконалості чинного КК України проаналізуємо змістовне наповнення понять “істотна шкода” та “тяжкі наслідки” (слід згадати, що ці наслідки притаманні й іншим складам злочинів) у двох розділах Особливої частини КК України: XVII (“Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг”) та XIX (“Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини)”).

Законодавче визначення зазначених наслідків передбачено в примітках до статей 364 та 425 КК України, проте їхній зміст відрізняються як у матеріальному, так і нематеріальному вигляді.

<sup>7</sup> Я Брайнин, *Уголовный закон и его применение* (Юрид лит 1967) 63–4.

<sup>8</sup> М Ковалев, ‘Оптимальное соотношение формального и оценочного в уголовном законе’ (1973) 11 Советское государство и право 68–74; Е Фролов и В Питецкий, ‘Гарантии законности и оценочные понятия в уголовном праве’ (1979) 6 Советское государство и право 87–91.

<sup>9</sup> Н Панов, ‘Оценочные понятия и их применение в уголовном праве’ (1976) 7 Проблемы социалистической законности 99–106.

Примітка до ст. 364 (після змін, внесених у КК України Законом України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв’язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України”<sup>10</sup>): “Істотною шкодою у статтях 364, 364<sup>1</sup>, 365, 365<sup>2</sup>, 367 вважається така шкода, яка в 100 і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян; тяжкими наслідками у статтях 364–367 вважаються такі наслідки, які у 250 і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян”.

Примітка до ст. 425: “У статтях 425 та 426 цього Кодексу істотною шкодою, якщо вона полягає у заподіянні матеріальних збитків, вважається шкода, яка в 250 і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а тяжкими наслідками за тієї самої умови вважається шкода, яка у 500 і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян”.

Як бачимо, законодавець, внівши зміни у примітку до ст. 364 КК України, шляхом виключення сполучника “якщо”, загнав правоохоронні органи й суди, так би мовити, у безвихідь: адже неможливо нематеріальну шкоду визнавати ознакою істотної шкоди й тяжких наслідків у службових злочинах. Окрім того, у зв’язку з так званою “чехардою”, що виникла після виключення із КК України статей 423 та 424 (Закон України “Про внесення змін до Кримінального та Кримінально процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції”<sup>11</sup>) і з подальшою появою ст. 426<sup>1</sup> КК України<sup>12</sup>, законодавець забув внести відповідні зміни у примітку до ст. 425 КК України відносно трактування “істотної шкоди” та “тяжких наслідків” при перевищенні військовою службовою особою влади чи службових повноважень (ст. 426<sup>1</sup> КК України). Інакше кажучи, ст. 426<sup>1</sup> взагалі “випала” з примітки до ст. 425, що є неприпустимим.

Завдяки таким законодавчим “піруетам” маємо в наявності суттєвий дисбаланс у трактуванні таких оціночних понять, як “істотна шкода” і “тяжкі наслідки” у розділах XVII та XIX Особливої частини КК України. У статтях 364, 364<sup>1</sup>, 365, 365<sup>2</sup>, 367 КК України за відсутності сполучника “якщо” у пунктах 3 й 4 примітки до ст. 364 КК України буквально тлу-

<sup>10</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв’язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України: Закон України від 13 травня 2014 року № 1261-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 28. Ст. 937.

<sup>11</sup> Про внесення змін до Кримінального та Кримінально процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції: Закон України від 21 лютого 2014 р. № 746-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 12. Ст. 188.

<sup>12</sup> Про внесення зміни до Кримінального кодексу України щодо перевищення військовою службовою особою влади чи службових повноважень: Закон України від 7 квітня 2015 р. № 290-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 26. Ст. 217.

мачення закону дає змогу зробити висновок, що йдеться лише про матеріальну шкоду. Водночас у статтях 425 та 426 КК України, згідно з п. 2 примітки до ст. 425 КК України (яка містить сполучник “якщо”), “істотна шкода” та “тяжкі наслідки” не обмежуються лише матеріальною шкодою. Перевищення військовою службовою особою влади та службових повноважень (ст. 426<sup>1</sup> КК України) взагалі фактично потребує використання аналогії, хоча ч. 4 ст. 3 КК України забороняє застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією. Ця суттєва помилка законодавця потребує найшвидшого усунення.

Окрім того, слід усунути суттєві розбіжності (“привести до єдиного знаменника”) щодо кількісного показника матеріальної шкоди в так званих загальнокримінальних службових злочинах і військових службових злочинах.

Доречно згадати правову позицію суддів Верховного Суду України (далі – ВСУ), що знайшла своє відбиття у постанові судової палати у кримінальних справах ВСУ від 27 жовтня 2016 р.<sup>13</sup>, яка містить окрему думку судді з приводу зазначених вище питань. Якщо сконцентруватися на головному, підкреслимо, що ВСУ вважає, що поняття “істотна шкода” й “тяжкі наслідки” стосуються не лише матеріальної, а й нематеріальної шкоди. Проте аргументація позиції ВСУ, як вбачається, є не зовсім переконливою. Основним аргументом є те, що немайна шкода може бути врахована, коли за своїм характером вона піддається грошовій оцінці та відповідно до такої оцінки повинна досягти встановленого в примітці до ст. 364 КК України розміру. У цій окремій думці суддя ВСУ наголошує, що неможливо розглядати примітку до ст. 364 КК України у відриві від диспозиції цієї статті, яка не зазнала змін, що в остаточному підсумку призведе до безпідставної декриміналізації значної кількості діянь. Як у першому, так і в другому випадку судді ВСУ закликали до необхідності розширеного тлумачення кримінального закону, з огляду на здоровий глузд, а не з законодавчо формалізованих приписів, що порушує принципи системи кримінального права. Безперечно, здоровий глузд необхідний правозастосовним органам, проте йдеться про запозичення органами виконавчої влади законодавчих функцій.

Ще одне питання, яке потребує законодавчих доробок, пов’язане з проблемою уніфікації тотожних термінів розділу XIX КК України. При формулюванні кваліфікуючої ознаки деяких складів військових злочинів, настання суспільно небезпечних наслідків у вигляді смерті особи (осіб) законодавець використовує різні формулювання такого наслідку: смерть

<sup>13</sup> Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 27 жовтня 2016 р. № 5-99кч16 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62692636#>> (дата звернення: 20.01.2020).

потерпілого (ч. 2 ст. 414); загибель потерпілого (ч. 1 ст. 415); загибель кількох осіб (ч. 2 ст. 415); загибель людей (ч. 2 ст. 411; ч. 2 ст. 412; ст. 417).

Із семантичної точки зору термін “смерть” і “загибель” є синонімами. Український тлумачний словник наводить такі дефініції цих понять: загибель – втрата життя, смерть, як правило, передчасна, припинення існування<sup>14</sup>, смерть – припинення життєдіяльності організму та його загибель<sup>15</sup>. Поняття “кількох осіб” і “людей” також у цьому розумінні означає одні й ті самі наслідки – смерть двох чи більше осіб. Як видається, наслідки, які пов’язані зі смертю індивіда, варто викласти одноманітно: “смерть потерпілого” і “смерть кількох осіб”.

З огляду на викладене вище, автор пропонує внести такі зміни до чинного КК України:

*“Стаття 411. Умисне знищення або пошкодження військового майна*

*2. Ті самі діяння, вчинені шляхом підпалу або іншим загальнонебезпечним способом, або якщо вони спричинили смерть потерпілого чи інші тяжкі наслідки, –”*

*“Стаття 412. Необережне знищення або пошкодження військового майна*

*2. Ті самі діяння, якщо вони спричинили смерть кількох осіб чи інші тяжкі наслідки, –”*

*“Стаття 414. Порушення правил поводження зі зброєю, а також із речовинами і предметами, що становлять підвищену небезпеку для оточення*

*3. Діяння, передбачене частиною першою цієї статті, що спричинило смерть кількох осіб чи інші тяжкі наслідки, –”*

*“Стаття 415. Порушення правил водіння або експлуатації машин*

*2. Діяння, передбачене частиною першою цієї статті, що спричинило смерть кількох осіб, –”*

*“Стаття 417. Порушення правил кораблеводіння*

*Порушення правил кораблеводіння, що спричинили смерть потерпілого, загибель корабля чи інші тяжкі наслідки, –”*

Ще одне питання, яке потребує виваженого рішення, стосується суб’єктного наповнення військових підрозділів воєнної організації України під час дії особливого періоду або воєнного стану на території держави. У цей період держава повинна максимально мобілізувати всі свої ресурси для підтримання обороноздатності.

Правовою підставою введення воєнного стану в Україні є Конституція України<sup>16</sup>, Закон України “Про правовий режим воєнного стану”<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Український тлумачний словник (тезаурус): 250 000 слів (Бусел В уклад і голов ред, Перун 2016) 364.

<sup>15</sup> Там само 1351.

<sup>16</sup> Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>> (дата звернення: 20.01.2020).

<sup>17</sup> Про правовий режим воєнного стану: Закон України від 12 травня 2015 р. № 389-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19>> (дата звернення: 20.01.2020).

Сергій Харитонов

й Указ Президента України про введення воєнного стану в Україні або в окремих її місцевостях, затверджений Верховною Радою України<sup>18</sup>. Підставою оголошення особливого періоду в Україні теж є Конституція України й закони України “Про оборону України”<sup>19</sup> і “Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію”<sup>20</sup>.

Важливу роль у забезпеченні обороноздатності держави відіграє поповнення структурних підрозділів воєнної організації особами, які професійно володіють навичками застосування вогнепальної зброї.

Аналізуючи чинне законодавство України, а саме закони України “Про Національну поліцію”<sup>21</sup> та “Про Національну гвардію України”<sup>22</sup>, можна зробити висновок, що діяльність (права та обов’язки) працівників Національної поліції України й військовослужбовців Національної гвардії України багато в чому схожі. Зокрема, цим категоріям осіб закон дає право застосувати вогнепальну зброю при наявності відповідних підстав (ст. 46 Закону України “Про Національну поліцію” та ст. 18 Закону України “Про Національну гвардію України”). Як поліцейські, так і особовий склад Національної гвардії України не лише має право, а навіть зобов’язаний, виконуючи свій професійний обов’язок, застосувати вогнепальну зброю, а це презюмує наявність у цих категорій осіб відповідної професійної підготовки.

Проте, на відміну від особового складу Національної гвардії України, поліцейські не є військовослужбовцями, на них не поширюється дія військових статутів та інших нормативно-правових актів, які регулюють життєдіяльність військових підрозділів. Зрозуміло, що коли йдеться про мирний період часу, воєнна організація держави здатна виконувати завдання із підтримання обороноздатності України, інша справа – особливий період і воєнний стан.

У разі оголошення особливого періоду або введення воєнного стану існує нагальна потреба не лише суттєво обмежувати права та свободи громадян, як потребують зазначені вище нормативно-правові акти, а й залучати до оборони України якомога більше людей, здатних професійно володіти зброєю та використовувати її для відбиття збройної агресії. Ця категорія осіб повинна підпорядковуватися Верховному Головнокомандувачу ЗСУ й Голові Ради національної безпеки і оборони

www.pravoua.com.ua

<sup>18</sup> Про правовий режим воєнного стану (н 17).

<sup>19</sup> Про оборону України: в редакції Закону України від 5 жовтня 2000 р. № 2020-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2000. № 49. Ст. 420.

<sup>20</sup> Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію: в редакції Закону від 2 березня 2005 р. № 2435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 16. Ст. 255.

<sup>21</sup> Про Національну поліцію: Закон України від 2 липня 2015 р. № 580-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19>> (дата звернення: 20.01.2020).

<sup>22</sup> Про Національну гвардію України: Закон України від 13 березня 2014 р. № 876-VII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/876-18>> (дата звернення: 20.01.2020).

України – Президенту України. По-перше, це необхідно для того, щоб дії різних підрозділів, що виконують свої завдання у безпосередньому зіткненні з ворогом, були узгоджені й не призводили до зайвих жертв, по-друге, така системна підпорядкованість за вертикаллю надає можливість для більш ефективного виконання бойових завдань. Адже після набрання чинності Указом Президента України про введення воєнного стану в Україні або в окремих її місцевостях чи введення особливого періоду на території України всі громадяни, які вміють професійно поводитися зі зброєю, повинні виконувати свій конституційний обов'язок із захисту Вітчизни. Тому, вбачається, при настанні зазначених вище періодів (особливий період, воєнний час) працівники Національної поліції України повинні набувати статусу військовослужбовця зі всіма, притаманними останнім правам та обов'язкам. На цю категорію осіб слід розповсюдити дії військових статутів, а у випадку вчинення ними злочинів, що посягають на нормальну діяльність воєнної організації держави, їх суспільно небезпечна діяльність повинна кваліфікуватися за статтями розділу XIX Особливої частини КК України. Окрім цього, в складний для держави час необхідне залучення людського резерву для обслуговування потреб воєнної організації – працівників залізничного, повітряного та авіатранспорту. Вбачається, що ця категорія осіб згідно з Указом Президента України про введення воєнного стану в Україні або в окремих її місцевостях, затвердженого Верховною Радою України, також повинна набувати статусу військовослужбовця із розповсюдженням на них юридичної сили військових статутів та положень КК України.

Пропонуємо як *“de lege ferenda”* законодавцеві внести до Закону України *“Про національну поліцію”* таке положення:

*“У разі введення на території України воєнного стану або оголошення особливого періоду поліцейські набувають статусу військовослужбовців, у тому числі і з питань кримінальної відповідальності за вчинені злочини”.*

Це, зі свого боку, потребує доповнення суб'єктного складу військових злочинів, що передбачено в частинах 1 та 2 ст. 401 КК України, які необхідно викласти в такій редакції:

*“Стаття 401. Поняття військового злочину*

*1. Військовими злочинами визнаються передбачені цим розділом суспільно небезпечні діяння, що посягають на нормальну діяльність воєнної організації України, вчинені військовослужбовцями, а також військовозобов'язаними й резервістами під час проходження зборів.*

*2. За відповідними статтями цього розділу несуть відповідальність військовослужбовці Збройних Сил України, Служби безпеки України, Держав-*

Сергій Харитонов

ної прикордонної служби України, Національної гвардії України та інших військових формувань, утворених відповідно до законів України, Державної спеціальної служби транспорту, Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України й поліцейські, під час введення на території України воєнного стану або оголошення особливого періоду, а також інші особи, визначені законом.”

Вбачається, що запропоновані зміни в чинний КК України та Закон України “Про Національну поліцію” сприяють підвищенню обороноздатності нашої держави.

## REFERENCES

### Bibliography

#### Authored books

1. Brajnin Ja, *Ugolovnyj zakon i ego primenenie [Criminal Law and Its Application]* (Jurid lit 1967) (in Russian).
2. Iering R, *Izbrannye trudy [Selected Works], t 2* (Jurid centr Press 2006) (in Russian).
3. Kharytonov S, *Kryminalna vidpovidalnist za viiskovi zlochyny za kryminalnym pravom Ukrainy [Criminal Liability for Military Crimes under Criminal Law of Ukraine]* (Pravo 2018) (in Ukrainian).
4. Kudashkin A, *Voennaja sluzhba v Rossijskoj Federacii: teorija i praktika pravovogo regulirovanija [Military Service in the Russian Federation: Theory and Practice of Legal Regulation]* (Jurid centr Press 2003) (in Russian).

#### Dictionaries

5. *Ukrainskyi tlumachnyi slovnyk (tezaurus): 250 000 sliv [Ukrainian Explanatory Dictionary (Thesaurus): 250,000 Words]* (Busel V uklad i holov red, Perun 2016) (in Ukrainian).

#### Journal articles

6. Kovalev M, ‘Optimal’noe sootnoshenie formal’nogo i ocenochного v ugovnom zakone’ [‘Optimal Balance between the Formal and the Evaluative in Criminal Law’] (1973) 11 *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* 68–74 (in Russian).
7. Panov N, ‘Ocenochnye ponjatija i ih primenenie v ugovnom prave’ [‘Evaluative Concepts and Their Use in Criminal Law’] (1976) 7 *Problemy socialisticheskoi zakonnosti* 99–106 (in Russian).
8. Frolov E i Piteckij V, ‘Garantii zakonnosti i ocenochnye ponjatija v ugovnom prave’ [‘Guarantees of Legality and Evaluative Concepts in Criminal Law’] (1979) 6 *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* 87–91 (in Russian).
9. Kharytonov S, ‘Suspilna nebezpechnist yak oznaka viiskovykh zlochyniv’ [‘Public Danger as a Sign of Military Crimes’] (2016) 3 *Visnyk Vyschoi kvalifikatsiinoi komisii suddiv Ukrainy* 37–41 (in Ukrainian).

#### Thesis

10. Kharytonov S, ‘Viiskovi zlochyny: poniattia, systema ta problemy kvalifikatsii’ [‘Military Crimes: Concept, System and Qualification Issues’] (avtoref dys d-ra yuryd nauk, 2019) (in Ukrainian).



Sergiy Kharytonov

ENHANCEMENT OF MILITARY LAW AND ORDER  
AND SELECTED ISSUES RELATING TO IMPROVEMENT  
OF CRIMINAL LEGISLATION OF UKRAINE

**ABSTRACT.** Defense of Ukraine, protection of its sovereignty, inviolability and territorial integrity against aggressive encroachments, and ensuring of security of the State is the matter for the State, society and the entire people of Ukraine, as expressly enshrined in articles 17 and 65 of the Constitution of Ukraine. This activity of the State and society in general is the right of all entities existing in society and each of them individually, and at the same time it is consistent with their constitutional duty. This duty may reasonably be divided into the general one – that of the State, society and every citizen of Ukraine, and the special one, which is intrinsic to individual entities, namely: the Armed Forces of Ukraine (AFU), the Security Service of Ukraine, the State Border Guard Service of Ukraine, the National Guards of Ukraine, the State Special Transport Service, the State Service for Special Communications and Information Protection of Ukraine and other military formations created in accordance with laws of Ukraine. In their essence and interaction, these entities constitute the military organization of Ukraine.

To ensure appropriate functioning of the military organization and the fulfillment of the tasks assigned to it, the State creates a fundamental legal framework which defines a special legal regime with regard to the rights and obligations of structural units of this organization. The basis of the legal regime is military discipline and military law and order.

This legal regime is implemented through a system of appropriate means: organizational, economic, and legal ones. The latter include the means of regulation, under criminal law, of public relations in terms of criminal liability for military crimes, which are generally (specifically) preventive, educational and punitive in nature and have a significant role to play. It is criminal law protection of public relations in the area of military service that contributes to the existence of proper military discipline and law and order in military units, this being a prerequisite for combat capability of these units and also ensuring generally that the State has defense and security capability. Under modern conditions, when Ukraine is, in fact, in the midst of armed conflict, this significantly affects the situation with crime in various areas of the State's life, including in the AFU and other military formations created in accordance with legislation. The statistical data provided by the Prosecutor General's Office of Ukraine show that recently, since 2014, there has been an increase in the number of crimes against the established procedure of military service (military crimes), which undoubtedly has a negative impact on defense capability and national security of Ukraine, and the capability of Ukraine's military organization to respond adequately to any hostile acts by other States. Crimes against the military service procedure account for a significant share of the total crime rate in Ukraine. It is clear that if no measures are taken which can significantly affect military crime with a view to stabilizing the situation with military law and order and military discipline, this will create a considerable threat to national security of Ukraine.

The purpose of the article is to propose appropriate changes to the content of some articles of the current Criminal Code of Ukraine which establish criminal liability for military crimes.

**KEYWORDS:** military organization; military security; military crime; disobedience; significant harm; severe consequences.

## ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ

Доктрина кримінального права (далі – ДКП) у розумінні, викладеному у вступному слові та наукових статтях із актуальної теми цього номера, становить основу (фундаментальні підвалини) кримінального права України, надає його нормам та інститутам якісну й змістовну визначеність, що обумовлено, перш за все, предметом регулювання цієї галузі права – системою суспільних відносин, що виникають і функціонують у зв'язку з вчиненням фізичними осудними особами суспільно небезпечних діянь, визнаних державою злочинами. Тому положення ДКП значною мірою визначають особливості та сутність інститутів, норм та юридичних конструкцій кримінального законодавства України в формі Кримінального кодексу України (далі – КК України), відбиваються у їхньому змісті, становлять важливу змістовну складову практики їх застосування. Особливе та надзвичайно важливе значення набувають положення ДКП у сучасних умовах у зв'язку з проведенням на підставі Указу Президента України “Питання Комісії з питань правової реформи” законопроектних робіт стосовно змін до кримінального законодавства України, що потребує їх неодмінного науково-обґрунтованого забезпечення, зокрема і з огляду доктринальних положень кримінального права (Юрій Баулін, Василь Тацій “Завдання вітчизняної кримінально-правової науки в умовах реформування кримінального законодавства України”).

Доктрину кримінального права та її положення, об'єктивно сформовані державою і суспільством, як систему сталих і визнаних наукових ідей, поглядів і концепцій щодо сутності та закономірностей функціонування і розвитку кримінального права та законодавства, практики кримінального законотворення і правозастосування, слід розглядати одночасно і як необхідний елемент суспільної правосвідомості (особливо професійної правосвідомості юристів кримінальної юстиції), який здатний здійснювати вагомий функціональний вплив на всю сферу кримінально-правового регулювання. У цьому сенсі функції ДКП можуть бути різними, але загалом їх усіх можна поділити на такі види: інформаційна, аксіологічна, стабілізуюча, гарантійна, аргументацій та евристична. Всі вони тісно пов'язані між собою, доповнюють одна одну та у своїй сукупності відображають основні та суттєві риси кримінального права (науки і галузі права), а також свідчать про безумовно позитивний вплив ДКП на кримінальне законодавство, практику його застосування та визначення напрямів і змісту наукових досліджень із кримінального права.

Інформаційна функція ДКП полягає у тому, що її сталі та безперечно визнані положення, включені в зміст тексту закону про кримінальну відповідальність, достатньо повно й точно відбивають сутність, зміст

та особливості інститутів і норм кримінального права – публічної галузі права, визначальними та відправними інститутами якої є: закон про кримінальну відповідальність, злочин, покарання, кримінальна відповідальність тощо, що в кінцевому підсумку надає можливість відмежовувати кримінальне право і законодавство від інших галузей права. Ця функція означає також, що вказані положення ДКП та інші правові приписи надають нормам кримінального законодавства риси юридичної визначеності, чіткості й однозначності, що є необхідною умовою правильного тлумачення і застосування закону про кримінальну відповідальність (Зоя Загиней-Заболотенко “Невизначеність vs визначеність кримінального законодавства України”, Вячеслав Навроцький “Наскрізнi та відособлені поняття кримінального права України”).

Аксіологічна (від грецьк. *actos* – цінний) функція ДКП вказує, по-перше, на те, що її положення (як і всі норми й інститути права загалом) являють собою неодмінну цінність, є результатом пізнання кримінально-правових явищ, мають загальнолюдську значущість (цінність), оскільки норми й інститути кримінального права, у яких положення ДКП закріплюються і відбиваються, мають призначення правового забезпечення охорони прав і свобод людини та громадянина, цінностей суспільства від злочинних посягань. По-друге, аксіологічне значення ДКП полягає у тому, що її положення, як система сталих і загально визнаних ідей, поглядів, концепцій, слугують критерієм оцінки новел кримінального законодавства. Неприпустимо, у зв'язку з цим, внесення змін до КК України, які суперечать положенням ДКП, особливо принципам кримінального права (тим паче у випадках, коли вони мають конституційну основу). Не може визнаватися позитивною і надмірна (надлишкова, зайва) суворість покарань, які встановлюються за окремі злочини у санкціях статей КК України, а також у випадках призначення такого покарання у правозастосуванні за конкретні злочинні діяння.

*Стабілізуюча функція ДКП* виражається у тому, що її положення (принципи, категорії, понятійний апарат, постулати) визначають значною мірою базові (класичні) інститути чи субінститути кримінального права, що мають відправне та установче значення, витримали випробування часом, а також науковим аналізом і практикою правозастосування. Вони надають кримінальному законодавству властивості стабільності й предметної визначеності. Відомо, що у КК України як у нормативно-правовій системі, яка динамічно розвивається, з 2001 р. було внесено понад 1 000 змін і доповнень. Однак цей нормативно-правовий акт, що в багатьох випадках базується на положеннях ДКП, є цілісним, не втрачає свого предметного та стабільного змісту й нині.

Гарантійна функція ДКП проявляється у тому, що її положення базуються на демократичних принципах гуманізму, справедливості, рівності перед законом, верховенства права і законності, закріплюють у змісті відповідних інститутів і норм кримінального права завдання та засоби правової охорони прав і законних інтересів фізичних чи юридичних осіб, суспільства та держави від злочинних посягань, забезпечення миру й безпеки людства, а також запобігання злочинам. Ця функція унаслідок її важливості має розглядатися і як критерій можливості віднесення тих чи інших положень кримінального права (інститутів, норм) до класу доктринальних.

Аргументаційна функція ДКП полягає, по-перше, в обґрунтуванні змісту її положень, апробації їх науковими дослідженнями та відповідності потребам і вимогам правозастосовної практики. Ці положення мають бути наукоємними, відповідати рівню досягнень сучасної науки кримінального права, її принципам й одночасно задовольняти потреби (вимоги) практики законотворення і правозастосування. Це необхідно для забезпечення реалізації основних функцій кримінального законодавства: охоронної, регулятивної, превентивної, виховної. По-друге, положення ДКП можуть слугувати у ролі обставин, що становлять основу формування й обґрунтування пропозицій удосконалення чинного законодавства (*de lege ferenda*). Наприклад, наявність у КК України інституту виконання наказу або розпорядження як обставини, що виключає злочинність діяння (ст. 41), що є, безумовно, доктринальним положенням і підставою для внесення пропозицій з удосконалення ст. 403 КК України (СЕРГІЙ ХАРИТОНОВ “Зміцнення військового правопорядку та окремі питання вдосконалення кримінального законодавства України”).

По-третє, аргументаційна функція ДКП має важливе значення для правильного, на підставі закону, застосування норм закону про кримінальну відповідальність. Загальновідомі кардинальні та принципові доктринальні положення кримінального права, відповідно до яких підставою кримінальної відповідальності може бути лише вчинене особою суспільно небезпечне діяння, яке містить склад злочину, передбачений КК України (ч. 1 ст. 2), а також заборона застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією (ч. 4 ст. 3), безумовно, суттєво обмежують можливість застосування доктринальних положень при вирішенні питань щодо кваліфікації вчиненого суспільно небезпечного діяння і притягнення особи до кримінальної відповідальності. Водночас аргументаційна функція положень ДКП має суттєве значення при тлумаченні закону про кримінальну відповідальність і його застосуванні у випадках, коли його норми, викладені з надто високим рівнем

абстрагування, а також коли їхній зміст позначений із застосуванням оціночних понять. У подібних та інших схожих випадках використання доктринальних положень кримінального права, досягнень науки кримінального права є, безперечно, корисним і доцільним. Це набуло свого закріплення і в законодавстві. Зокрема, у ч. 1 ст. 36 Закону України “Про судоустрій і статус суддів” встановлено, що Верховний Суд є найвищим судом у системі судоустрою України, який забезпечує сталість та єдність судової практики у порядку та спосіб, визначений процесуальним законом. Відповідно до ч. 1 ст. 47 при Верховному Суді утворюється Науко-консультативна Рада для підготовки наукових висновків з питань діяльності Верховного Суду, що потребують наукового забезпечення. Згідно з п. 3.2 Положення про Науко-консультативну Раду при Верховному Суді до її повноважень належить підготовка наукових висновків щодо тлумачення та застосування норм права. Отже, доктринальні положення, що викладаються у змісті наукових висновків, використовуються Верховним Судом у правозастосуванні як важливий аргумент у прийнятті рішень. У зв’язку з цим, мабуть, було б доцільним використати практику роботи Науко-консультативної Ради при Верховному Суді й розповсюдити її на діяльність обласних апеляційних судів із розгляду кримінальних справ.

*Евристична* (від грецк. *heurisko* – знаходжу, відкриваю) *функція ДКП* має двояке значення. По-перше, ДКП є результатом пізнавальної діяльності, являє собою певний підсумок досліджень у сфері науки та практики кримінального права. По-друге, слугує підставою, основою, фундаментом наукових досліджень у сфері кримінального права, її положення виконують одночасно функцію інструментарію наукових досліджень та отримання нових знань у сфері кримінального права.

За редакцією  
координатора актуальної теми  
“Доктрина кримінального права України”,  
доктора юридичних наук, професора, академіка НАПрН України,  
заслуженого діяча науки і техніки України,  
завідувача кафедри кримінального права № 2  
Національного юридичного університету  
імені Ярослава Мудрого  
Миколи Панова

Вибрана бібліографія з актуальної теми  
“ДОКТРИНА КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ”

1. Бажанов М, ‘К вопросу о преимуществах в уголовном праве’ (1995) 30 Проблемы законности 114–21.
2. Варга Ч, ‘Правова доктрина: методологія та онтологія’ (2011) 8 Право України 99–108.
3. Васильев А, *Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права* (Юридическая литература 1976).
4. Гацелюк В, *Реализация принципов уголовного права Украины: проблемы и перспективы* (РІО ЛАВД 2003).
5. Келина С и Кудрявцев В, *Принципы советского уголовного права* (Наука 1988).
6. Колодій А, *Принципи права України* (Юрінком Інтер 1988).
7. Костенко О, ‘Кримінально-правова доктрина в Україні: перспективи розвитку’ (2005) 4 Часопис Київського університету права 180–3.
8. Максимов С, ‘Правова доктрина: філософсько-правовий підхід’ (2013) 9 Право України 34–54.
9. Оборотов Ю, ‘Постулати права’ в *Велика Українська юридична енциклопедія, т 2: Філософія права* (Максимов С голова редкол, Право 2017) 600–3.
10. Оборотов Ю, ‘Праворозуміння як аксіоматичне начало (постулат) права’ (2010) 4 Право України 49–55.
11. Панов М, *Вступ до навчального курсу. “Кримінальне право України”: лекція* (Ін Юре 2015).
12. Панов М, ‘Понятійний апарат кримінального права та його науково-практичне значення’ (2018) 4 Право України 205–22.
13. Погребняк С, *Основоположні принципи права (змістовна характеристика)* (Право 2008).
14. Семеніхін І, ‘Правова доктрина’ в *Велика Українська юридична енциклопедія, т 3: Загальна теорія права* (О Петришин голова редкол, Право 2017) 471–7.
15. Семеніхін І, *Правова доктрина: загальнотеоретичний аналіз* (Юрайт 2012).
16. Суходубова І, *Стабільність і динамізм законодавства: поняття, співвідношення, засоби забезпечення* (Право 2016).
17. Тацій В та Тютюгін В та Пономаренко Ю, ‘Проблеми стабільності й динамізму кримінального законодавства України на сучасному етапі’ [2015] 4(83) Вісник Національної академії правових наук України 54–66.
18. Тацій В и Борисов В и Тютюгин В, ‘Стабильность и динамизм – необходимые условия эффективности и качества законодательства Украины об уголовной ответственности’ (2014) 6 Ежегодник украинского права 510–20.
19. Уварова О, *Принципи права у правозастосуванні: загальнотеоретична характеристика* (Друкарня МАДРИД 2012).
20. Чередниченко Е, *Принципы уголовного законодательства: понятие, система, проблемы законодательной регламентации* (Волтерс Клувер 2007).



### Анастасія Попова

кандидатка юридичних наук, доцентка,  
доцентка кафедри господарського права  
Київського національного університету  
імені Тараса Шевченка  
(Київ, Україна)  
avropova@meta.ua

УДК 346.56:346.7

## ТОРГІВЛЯ ВАЛЮТНИМИ ЦІННОСТЯМИ ЯК ВИД ПРОФЕСІЙНОЇ ФІНАНСОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

**АНОТАЦІЯ.** Необхідність удосконалення правового регулювання торгівлі валютними цінностями, незначна кількість теоретичних досліджень і недостатня розробленість проблематики цієї правової категорії зумовлює актуальність зазначеної статті.

Метою статті є аналіз співвідношення торгівлі валютними цінностями і валютних операцій, категорій “торгівля” та “обмін”. На підставі виділених основних ознак запропонувати визначення торгівлі валютними цінностями. Класифікувати зазначений вид професійної фінансової діяльності за різними критеріями.

Зроблено висновок, що торгівля валютними цінностями є формою обміну валютними цінностями, яка здійснюється за допомогою укладення відповідних договорів купівлі-продажу; категорії “валютні операції” і “торгівля валютними цінностями” співвідносяться як ціле і частина, оскільки згідно з чинним законодавством торгівля валютними цінностями виділяється як складова валютних операцій. Виявлено недолік законодавчого регулювання господарських відносин на валютному ринку в частині закріплення переліку валютних цінностей, який розширюється на підзаконному рівні.

У результаті проведеного аналізу основних ознак торгівлі валютними цінностями запропоновано визначити цю правову категорію як професійну фінансову діяльність банків і небанківських установ щодо обміну валютних цінностей у готівковій та (або) безготівковій формі (для банківських металів – із або без фізичної поставки) шляхом укладення переважно договорів купівлі-продажу на валютному ринку України та на міжнародних валютних ринках.

Авторка зробила висновок, що торгівля валютними цінностями є окремим видом професійної фінансової діяльності, що характеризується наявністю притаманних їй кваліфікуючих ознак: особливий (обмежений) суб’єктний склад – банки і небанківські установи; зміст – фінансова послуга з обміну валютних цінностей;

Анастасія Попова

комерційний і ризиковий характер; поєднання приватних і публічних інтересів; здійснюється у сфері суспільного виробництва – на валютному ринку України та на міжнародних валютних ринках.

Торгівлю валютними цінностями пропонується класифікувати за такими критеріями: суб'єктивним складом; сферою здійснення; видом валютних цінностей; формою здійснення; способом здійснення.

Ключові слова: валютні операції; валютні ризики; торгівля валютними цінностями; професійна фінансова діяльність; обмін.

Активна глобалізація фінансової сфери істотно змінює умови здійснення господарської діяльності, зокрема, рух капіталів у формі позик, кредитів, торгівлі цінними паперами та валютними цінностями. У сучасній сфері господарювання торгівля валютними цінностями набуває все більшої значущості для національної економіки, оскільки є джерелом підвищення фінансової спроможності країни. Висока ризикованість її здійснення і значне зростання валютних операцій у господарській діяльності зумовлює необхідність дослідження торгівлі валютними цінностями як виду професійної фінансової діяльності, що характеризує безумовну актуальність зазначеної статті.

Поняття валютних операцій, валютних ризиків та їх видів, торгівля валютними цінностями досліджували такі вчені: з економічної точки зору – О. Береславська, Г. Галещук, Р. Костенко, О. Пруський, М. Ребрик, із правових позицій – О. Костюченко, О. Шереметьєва, з позицій державного управління – Т. Філіпенко та ін. При цьому торгівля валютними цінностями не досліджувалась як господарсько-правова категорія, зокрема як вид професійної фінансової діяльності.

Мета дослідження – з'ясувати суть категорій “торгівля” та “обмін”, проаналізувати співвідношення торгівлі валютними цінностями і валютних операцій, сформулювати визначення торгівлі валютними цінностями як виду професійної фінансової діяльності, виділити її основні ознаки та види.

На ринку фінансових послуг склалися відносини щодо здійснення господарської діяльності з обміну валют. З прийняттям Закону України “Про валюту і валютні операції” (далі – Закон про валюту) цей вид професійної фінансової діяльності отримав назву “торгівля валютними цінностями”, тобто ‘операції з купівлі, продажу або обміну валютних цінностей, що здійснюються як у готівковій формі (для банківських металів – із фізичною поставкою), так і безготівковою формі (для банківських металів – без фізичної поставки)’ (п. 11 ст. 1)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Про валюту і валютні операції: Закон України від 21 червня 2018 р. № 2473-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 30. ст. 239.



Таким чином, відповідно до чинного законодавства зміст діяльності з торгівлі валютними цінностями становлять їх купівля/продаж або обмін.

З'ясуємо сутність таких категорій, як “торгівля” та “обмін”.

З економічної точки зору торгівля переважно розглядається у двох значеннях: 1) як самостійна галузь народного господарства, яка пов'язує виробників і споживачів у процесі обміну виробленої продукції на грошові кошти з метою одержання прибутку; 2) як сукупність двосторонніх угод купівлі-продажу. Відносини купівлі-продажу не можуть існувати без торгівлі, оскільки виникають у процесі її функціонування<sup>2</sup>.

Згідно з Національним стандартом України ДСТУ 4303:2004 “Роздрібна та оптова торгівля. Терміни та визначення понять” торгівля – ‘вид економічної діяльності у сфері товарообігу і просування їх від виробника до споживача у формі купівлі-продажу та надання пов'язаних із цим послуг’ (п. 4.1.). Зі свого боку торговельна діяльність розглядається як: ‘підприємницька діяльність щодо купівлі та продажу товарів; посередницькі операції; діяльність із надання агентських, представницьких, комісійних та інших послуг у просуванні товарів від виробника до споживача’ (п. 4.2.)<sup>3</sup>.

Необхідною умовою розрахунків у сфері зовнішньої торгівлі при наданні послуг, кредитів, інвестицій тощо є обмін однієї валюти на іншу у формі купівлі чи продажу<sup>4</sup>. Коли йдеться про торгівлю валютними цінностями, то національна та іноземна валюти розглядаються як специфічний товар, який є предметом купівлі-продажу.

Таким чином, торгівля валютними цінностями є формою обміну валютними цінностями, що здійснюється за допомогою укладення відповідних договорів купівлі-продажу. У законодавчому визначенні торгівлі валютними цінностями окремо виділяються три правові категорії: купівля, продаж і обмін, але не робиться акцент на їх розмежуванні. Закон про валюту не містить положень, які б пояснювали різницю між цими категоріями. У постанові Правління Національного банку України (далі – НБУ) “Про затвердження Положення про структуру валютного ринку України, умови та порядок торгівлі іноземною валютою та банківськими металами на валютному ринку України” виділяються і визначаються: 1) купівля (продаж) іноземної валюти/банківських мета-

<sup>2</sup> І Бубенець, ‘Сучасний стан торгівлі як галузі господарської діяльності’ [2009] 1(1) Економічна стратегія і перспективи розвитку сфери торгівлі та послуг 337.

<sup>3</sup> Національний стандарт України ДСТУ 4303:2004 “Роздрібна та оптова торгівля. Терміни та визначення понять” <<http://www.dt-kt.com/natsionalniy-standart-ukrayini-dstu-4303-2004-rozdribna-ta-optova-torgivlya>> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>4</sup> В Журавель, ‘Тенденції функціонування світового фінансового ринку’ (2011) 935 Вісник Харківського національного університету ім. В. Н. Каразіна 145.

лів за гривні; 2) обмін іноземної валюти/банківського металу. Натомість обмін іноземної валюти також визначається як операції з купівлі (продажу) однієї іноземної валюти за іншу іноземну валюту<sup>5</sup>, тобто змістом цих двох господарських операцій є купівля або продаж. Єдина різниця у тому, що у першому випадку – це операції з купівлі-продажу іноземної валюти за гривні, а у другому – за іншу іноземну валюту. Положення в частині визначення поняття обміну банківського металу – “одного банківського металу в інший або в іноземну валюту” – видається неправильно сформульованим. Законодавець не визначив, яку операцію необхідно здійснити для обміну банківського металу на інший. У цьому випадку найбільш доречним видається використання терміна “конвертація”, який за буквальним тлумаченням означає переведення з одного стану в інший<sup>6</sup>. Що ж до обміну банківського металу на іноземну валюту, то він також здійснюється як операція з купівлі-продажу. Крім того, до поняття обміну іноземної валюти/банківського металу не увійшла валютна операція з обміну зливка банківського металу на зливки більшої або меншої маси, яка також здійснюється банками.

Назва послуги за Законом про валюту відповідає Директиві 2013/36/ЄС “Про доступ до діяльності кредитних організацій і пруденційний нагляд за діяльністю кредитних організацій та інвестиційних компаній”, згідно з п. 7 Додатку 1 якої виділяється така фінансова послуга, як торгівля за свій рахунок або за рахунок клієнтів: (b) іноземна валюта<sup>7</sup>.

Доцільно проаналізувати співвідношення таких категорій, як торгівля валютними цінностями і валютні операції. У науковій літературі та чинному законодавстві поняття валютних операцій визначається по-різному.

У бухгалтерському законодавстві використовується термін “операція в іноземній валюті”. Зокрема, у п. 4 наказу Міністерства фінансів України “Про затвердження Положення (стандарту) бухгалтерського обліку 21 ‘Вплив змін валютних курсів’” операція в іноземній валюті визначається як господарська операція, вартість якої визначена в іноземній валюті або яка потребує розрахунків в іноземній валюті<sup>8</sup>. Ззна-

<sup>5</sup> Про затвердження Положення про структуру валютного ринку України, умови та порядок торгівлі іноземною валютою та банківськими металами на валютному ринку України: постанова Правління Національного банку України від 2 січня 2019 р. № 1. *Офіційний вісник України*. 2019. № 13. С. 153.

<sup>6</sup> ‘Конвертація’ (СЛОВНИК.ua) <<https://www.slovnik.ua/index.php?sword=конвертація>> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>7</sup> Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC <<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2013/36/oj>> (accessed: 21.01.2020).

<sup>8</sup> Про затвердження Положення (стандарту) бухгалтерського обліку 21 “Вплив змін валютних курсів”: наказ Міністерства фінансів України від 10 серпня 2000 р. № 193. *Офіційний вісник України*. 2000. № 34. С. 212.

чене Положення було розроблене на основі Міжнародного стандарту бухгалтерського обліку 21 (МСБО 21) “Вплив змін валютних курсів”<sup>9</sup>, яке також застосовується для обліку валютних операцій суб’єктів господарювання. В економічній літературі часто ототожнюють валютні операції та операції в іноземній валюті, аргументуючи це застосуванням у міжнародній практиці терміна “*Foreign Currency Transactions*”, який об’єднує зазначені поняття<sup>10</sup>. Водночас деякі науковці відзначають негативний вплив на формування облікової інформації на підприємствах через неузгодженість і різноманітність законодавчого та доктринального тлумачень термінів “валютні операції” та “операції в іноземній валюті”. З огляду на це пропонується визначати валютні операції як операції суб’єктів валютних відносин із валютними цінностями, що реалізуються через угоди на валютному ринку, у процесі здійснення зовнішньоекономічної діяльності суб’єктами господарювання і в результаті руху цінностей на території України та за її межі (за винятком операцій у національній валюті між резидентами). Зі свого боку операції в іноземній валюті розглядаються як окремий вид валютних операцій, інструментом яких є іноземна валюта, платіжні інструменти або фондові цінності, виражені в іноземній валюті<sup>11</sup>. Деякі вчені-економісти не виділяють проблему співвідношення зазначених категорій і у своїх дослідженнях, використовуючи термін “валютні операції”, пропонують його визначати як будь-які операції торговельного, кредитного чи розрахункового характеру, пов’язаних із використанням валюти та платіжно-кредитних інструментів, виражених у валюті<sup>12</sup>.

У юридичній літературі валютні операції розглядаються як сукупність дій (правочинів) суб’єктів валютних правовідносин, зокрема: вивезення і переказ валюти, її продаж та обмін, розміщення валютних цінностей тощо<sup>13</sup>. Досліджуючи систему державного управління у сфері валютних правовідносин, Т. Філіпенко визначає валютні операції також через сукупність юридично обумовлених дій, що включають: дії, результатом яких є перехід права власності на валюту та валютні цінності, їх розміщення чи надання (отримання) послуг щодо обслуговування рахунків

<sup>9</sup> Міжнародний стандарт бухгалтерського обліку 21 (МСБО 21). Вплив змін валютних курсів, виданий Радою з Міжнародних стандартів бухгалтерського обліку зі змінами станом на 1 січня 2012 р. <[https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/929\\_022](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/929_022)> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>10</sup> І Смірнова та Н Смірнова, ‘Вплив зміни валютних курсів на фінансову звітність: аналіз закордонного та вітчизняного досвіду’ [2014] 2(1) Проблеми і перспективи розвитку підприємництва 128.

<sup>11</sup> Г Галещук, ‘Облік і аналіз операцій в іноземній валюті’ (автореф дис канд екон наук, 2015) 7.

<sup>12</sup> О Пруський, ‘Організація діяльності комерційних банків на валютному ринку України’ (автореф дис канд екон наук, 2006) 7.

<sup>13</sup> О Костюченко, ‘Поняття та класифікація валютних операцій’ (2008) 11 Вісник Академії адвокатури України 40–1.

Анастасія Попова

у валюті та валютних цінностях, а також використання останньої як засобу платежу<sup>14</sup>.

Чинне валютне законодавство не містить визначення валютних операцій. Так, згідно з п. 1 ст. 1 Закону про валюту валютною операцією є операція, що має хоча б одну з таких ознак:

- а) операція, пов'язана з переходом права власності на валютні цінності та (або) права вимоги і пов'язаних з цим зобов'язань, предметом яких є валютні цінності, між резидентами, нерезидентами, а також резидентами і нерезидентами, крім операцій, що здійснюються між резидентами, якщо такими валютними цінностями є національна валюта;
- б) торгівля валютними цінностями;
- в) транскордонний переказ валютних цінностей та транскордонне переміщення валютних цінностей<sup>15</sup>.

Якщо критично аналізувати положення зазначеної статті, то в ній перераховуються більше види, а не ознаки валютних операцій. З огляду на це торгівля валютними цінностями є не ознакою, а видом валютних операцій, про що доцільно внести відповідні зміни до Закону про валюту.

Зі свого боку Податковий кодекс України встановлює, що торгівлею валютними цінностями є

<...> операції, пов'язані з переходом права власності на національну валюту України, іноземну валюту, платіжні документи та інші цінні папери, виражені у національній валюті України, в іноземній валюті або банківських металах, банківські метали<sup>16</sup>.

Таким чином, у цьому визначенні одна ознака валютних операцій визначається через іншу (за Законом про валюту), тобто змістом торгівлі валютними цінностями (друга ознака валютних операцій) є перша ознака валютних операцій у частині переходу права власності на валютні цінності.

З економічної точки зору валютні операції також розглядаються як більш широке поняття. Так, Р. Костенко зазначає, що на валютному ринку здійснюється не тільки купівля-продаж валюти, а й операції з цінними паперами в іноземній валюті<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Т. Філіпенко, 'Механізм державного управління валютним ринком України' (автореф дис д-ра наук держ управ-ня, 2011) 18.

<sup>15</sup> Про валюту і валютні операції (н 1).

<sup>16</sup> Податковий кодекс України: Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>17</sup> Р. Костенко, 'Формування у майбутніх економістів знань про валютний ринок та біржові валютні операції у процесі професійної підготовки' (2010) 4 Економіка харчової промисловості 32.

Отже, згідно з чинним законодавством категорії “валютні операції” і “торгівля валютними цінностями” співвідносяться як ціле і частина, оскільки торгівля валютними цінностями виділяється як складова валютних операцій.

Торгівлі валютними цінностями притаманні такі ознаки професійної фінансової діяльності:

1. Для господарської діяльності з торгівлі валютними цінностями характерний особливий суб'єктний склад. Відповідно до чинного законодавства учасниками господарських відносин у сфері торгівлі валютними цінностями є: суб'єкти валютних операцій, уповноважені установи, НБУ. Суб'єктами валютних операцій визнаються резиденти та (або) нерезиденти, які здійснюють валютні операції. До групи уповноважених установ входять банки, небанківські фінансові установи та оператори поштового зв'язку (пункти 10, 14 ч. 1 ст. 1 Закону про валюту). Слушною новелою у постанові Правління НБУ “Про затвердження Положення про порядок видачі небанківським фінансовим установам, операторам поштового зв'язку ліцензій на здійснення валютних операцій”<sup>18</sup> (з січня 2019 р.) стало закріплення поняття небанківських установ, оскільки оператори поштового зв'язку також здійснюють валютні операції, але не є фінансовими установами. Зокрема, небанківська установа – це небанківська установа, яка є фінансовою установою, або оператор поштового зв'язку. Отже, господарська діяльність із торгівлі валютними цінностями здійснюється виключно зазначеними спеціальними суб'єктами господарювання (банками і небанківськими установами) на професійних засадах і на підставі ліцензії НБУ. Крім того, валютне законодавство встановлює обмеження щодо здійснення торгівлі певними валютними цінностями, зокрема, торгівля банківськими металами з фізичною поставкою може здійснюватися виключно банками<sup>19</sup>.

2. Змістом професійної фінансової діяльності з торгівлі валютними цінностями є фінансова послуга з обміну валютних цінностей. Валютними цінностями згідно з чинним законодавством є національна валюта (гривня), іноземна валюта та банківські метали. Великий енциклопедичний юридичний словник розглядає валюту (італ. *valuta*, від лат. *valeo* – коштую) у трьох значеннях: 1) грошова одиниця, яка є основою грошової системи держави; 2) грошові знаки зарубіжних країн, кредитні документи (векселі, чеки тощо), що використовуються у міжнародних

<sup>18</sup> Про затвердження Положення про порядок видачі небанківським фінансовим установам, операторам поштового зв'язку ліцензій на здійснення валютних операцій: Постанова Правління Національного банку України від 9 серпня 2002 р. № 297. *Офіційний вісник України*. 2002. № 36. С. 108.

<sup>19</sup> Про затвердження Положення про структуру валютного ринку України, умови та порядок торгівлі іноземною валютою та банківськими металами на валютному ринку України (н 5) п. 12 розділу III.

розрахунках; 3) тип грошової системи держави (валюта золота, валюта срібла, валюта паперова)<sup>20</sup>.

Так, національною валютою є: 1) грошові знаки грошової одиниці України, тобто гривні. Гривня є законним платіжним засобом на території України, яка існує у вигляді банкнот, монет, зокрема й обігових, пам'ятних та ювілейних монет і в інших формах, що перебувають в обігу. Національною валютою також є вилучені гривні або такі, що вилучаються з обігу, але підлягають обміну на грошові знаки, що перебувають в обігу; 2) кошти на рахунках у банках та інших фінансових установах, виражені у гривні; 3) електронні гроші, номіновані у гривні.

До іноземної валюти належать: 1) грошові знаки грошових одиниць іноземних держав у вигляді банкнот, казначейських білетів, монет, що перебувають в обігу та є законним платіжним засобом на території відповідної іноземної держави або групи іноземних держав, а також вилучені або такі, що вилучаються з обігу, але підлягають обміну на грошові знаки, що перебувають в обігу; 2) кошти на рахунках у банках та інших фінансових установах, виражені у грошових одиницях іноземних держав і міжнародних розрахункових (клірингових) одиницях (зокрема у спеціальних правах запозичення), що належать до виплати в іноземній валюті; 3) електронні гроші, номіновані у грошових одиницях іноземних держав та (або) банківських металах (ч. 1 ст. 1 Закону про валюту).

Банківськими металами, зокрема, є золото, срібло, платина, метали платинової групи, доведені (афіновані) до найвищих проб відповідно до світових стандартів у зливках і порошках, що мають сертифікат якості, а також монети, вироблені з дорогоцінних металів (п. 15 ст. 1)<sup>21</sup>.

Відповідно до Класифікатора іноземних валют та банківських металів в Україні виділяють три групи валют, де кожному найменуванню валюти присвоюється власний код (цифровий і літерний). До першої групи входять конвертовані валюти, які широко використовуються для здійснення платежів за міжнародними операціями, валюти країн – членів Європейського Союзу та банківські метали. Другу групу становлять конвертовані валюти, які широко не використовуються для здійснення платежів за міжнародними операціями, а третю групу – неконвертовані валюти<sup>22</sup>.

Зазначений перелік валютних цінностей розширюється на підзаконному рівні, що вважаємо недоліком законодавчого регулювання господарських відносин на валютному ринку. Так, згідно з п. 4 розділу I

<sup>20</sup> Великий енциклопедичний юридичний словник (Шемшученко Ю ред, Юридична думка 2012) 70.

<sup>21</sup> Про державне регулювання видобутку, виробництва і використання дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння та контроль за операціями з ними: Закон України від 18 листопада 1997 р. № 637/97-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 9. Ст. 34.

<sup>22</sup> Про затвердження Класифікатора іноземних валют: постанова Правління Національного банку України від 4 лютого 1998 р. № 34. *Офіційний вісник України*. 1998. № 7. С. 120.

постанови Правління НБУ “Про затвердження Інструкції з організації інкасації коштів та перевезення валютних цінностей банків в Україні” до валютних цінностей (коштів) також належать:

золото та інші дорогоцінні метали у вигляді злитків, пластин, дорогоцінне каміння, коштовності;  
платіжні документи та інші цінні папери (акції, облігації, купони до них, бони, векселі (тратти), боргові розписки, акредитиви, чеки, банківські накази, депозитні сертифікати, ощадні книжки, інші банківські та фінансові документи), які є засобами валютно-фінансових відносин, виражені у валюті України або іноземній валюті, або банківських металах<sup>23</sup>.

Пропонуємо закріпити вичерпний перелік валютних цінностей у ст. 1 Закону про валюту.

3. Торгівля валютними цінностями має комерційний характер, оскільки є видом підприємницької діяльності. Суб’єкти господарювання здійснюють професійну фінансову діяльність із торгівлі валютними цінностями систематично для задоволення майнових інтересів інших членів суспільства, з основною метою – одержання прибутку від операцій, які вони проводять.

4. Торгівля валютними цінностями як різновид господарської комерційної діяльності здійснюється спеціальними суб’єктами господарювання на власний ризик. При здійсненні будь-якого виду професійної фінансової діяльності виникають ризики. Фінансові ризики для суб’єктів торгівлі валютними цінностями проявляються у вигляді загрози банкрутства, неотримання доходу, ризиків зазнати збитків у результаті проведення будь-яких валютних операцій тощо.

У чинному законодавстві не міститься визначення фінансового ризику. Водночас законодавець регламентує різні види фінансових ризиків. Одним із видів фінансового ризику виділяється валютний ризик. Валютний ризик (*foreign exchange risk*) визначається як наявний або потенційний ризик для надходжень і капіталу, який виникає через несприятливі коливання курсів іноземних валют і цін на банківські метали. До валютних ризиків відносяться ризик трансакції, трансляційний ризик (ризик перерахунку з однієї валюти в інші), економічний валютний ризик тощо<sup>24</sup>. В економічній доктрині валютні ризики визначаються як: 1) небезпека валютних втрат у результаті зміни курсу валюти ціни (позики)

<sup>23</sup> Про затвердження Інструкції з організації інкасації коштів та перевезення валютних цінностей банків в Україні: постанова Правління Національного банку України від 31 березня 2017 р. № 29. *Офіційний вісник України*. 2017. № 36. С. 132.

<sup>24</sup> Методичні вказівки з інспектування банків “Система оцінки ризиків”, схвалені постановою Правління Національного банку України від 15 березня 2004 р. № 104 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0104500-04>> (дата звернення: 21.11.2019).

щодо валюти платежу у період між підписанням зовнішньоторговельної або кредитної угоди та здійсненням платежу за нею<sup>25</sup>. Валютні ризики ще називають ризиком зміни валютного курсу, або курсовим ризиком, і також розглядають як ризик можливих втрат за відкритої позиції в іноземній валюті<sup>26</sup>; 2) міра якісної і кількісної оцінки непередбачених змін валютного курсу<sup>27</sup>; 3) комплексна категорія, що включає джерела ризику (короткострокові та довгострокові коливання валютних курсів), валютну експозицію (характеризує ступінь схильності до втрат або отримання доходів) і наслідки (виражаються у масштабах втрат або додаткових вигод для банку)<sup>28</sup>.

У правових дослідженнях валютні ризики поділяють за рівнем їх можливого виникнення на: валютні ризики світогосподарського (міждержавного) рівня та валютні ризики національного (внутрішньодержавного) рівня<sup>29</sup>; зарубіжні дослідники пропонують поділяти валютні ризики на: валютно-курсів (бухгалтерський (трансляційний) і валютно-економічний ризики) та ризики країни (політичний ризик та ризик валютного контролю)<sup>30</sup>.

5. Для торгівлі валютними цінностями характерне поєднання приватних і публічних інтересів. Професійна фінансова діяльність із торгівлі валютними цінностями може існувати як баланс приватного інтересу суб'єктів такої діяльності щодо отримання прибутку від здійснення валютних операцій і публічних інтересів, зокрема споживачів (щодо якості, ціни та інших характеристик цього виду фінансових послуг) і держави (щодо сплати податків та дотримання інших, встановлених правил у сфері господарювання).

6. У процесі здійснення спеціальним суб'єктом господарювання торгівлі валютними цінностями відбувається формування і використання власних та (або) залучених фінансових активів у сфері суспільного виробництва, тобто на валютному ринку України та на міжнародних валютних ринках. Крім територіальної ознаки, можна виділити два основних критерія для розмежування валютного ринку України та міжнародних валютних ринків (на підставі аналізу їх законодавчих визначень) – це суб'єкти й об'єкти торгівлі на цих ринках. Так, суб'єктами валютного

<sup>25</sup> Т Демчук, 'Аналіз ризиків при здійсненні підприємствами валютних операцій' [2009] 6(24) 2 Економічні науки. Серія "Облік і фінанси" 162.

<sup>26</sup> О Береславська, *Міжнародні розрахунки та валютні операції: навчальний посібник* (Університет ДФС України 2019) 342.

<sup>27</sup> Є Бобров, 'Природа та форми прояву валютного ризику' (2009) 19 Вчені записки Університету "Крок": збірник наукових праць 73.

<sup>28</sup> М Ребрик, 'Валютний ризик в умовах глобалізації ринку банківських послуг' [2010] 1(43) Вісник Академії митної служби України. Серія "Економіка" 138.

<sup>29</sup> О Шереметьєва, 'Правові основи регулювання валютних ризиків' (автореф дис канд юрид наук, 2007) 18.

<sup>30</sup> James Jessica (ed), *Currency management: Overlay and Alpha Trading* (Risk Books 2004) 193–7.



ринку України є банки і небанківські установи, а суб'єктами міжнародних валютних ринків – банки. Відповідно, об'єктами торгівлі на валютному ринку України можуть бути будь-які валютні цінності, визначені законодавством, об'єктами міжнародних валютних ринків – іноземна валюта і банківські метали (пункти 3, 7 розділу I)<sup>31</sup>.

Торгівлю валютними цінностями можна поділити на певні види за різними критеріями.

За суб'єктивним складом: 1) торгівля валютними цінностями, що здійснюється банками; 2) торгівля валютними цінностями, що здійснюється небанківськими установами.

За сферою здійснення: 1) внутрішня торгівля – на валютному ринку України; 2) зовнішня торгівля – на міжнародних валютних ринках.

За видом валютних цінностей: 1) торгівля національної валютою; 2) торгівля іноземною валютою; 3) торгівля банківськими металами.

За формою здійснення: 1) торгівля валютними цінностями у готівковій формі (для банківських металів із фізичною поставкою); 2) торгівля валютними цінностями у безготівковій формі (для банківських металів без фізичної поставки).

За способом здійснення: 1) онлайн торгівля іноземною валютою та банківськими металами (в інформаційно-телекомунікаційних системах, включаючи систему дистанційного обслуговування); 2) оффлайн торгівля іноземною валютою та банківськими металами (безпосередньо у пункті обміну іноземної валюти).

Висновки. Отже, пропонуємо у чинному законодавстві закріпити таке визначення: *“Торгівля валютними цінностями – це професійна фінансова діяльність банків і небанківських установ щодо обміну валютних цінностей у готівковій та (або) безготівковій формі (для банківських металів – із або без фізичної поставки) шляхом укладення переважно договорів купівлі-продажу на валютному ринку України та на міжнародних валютних ринках”*. Аналіз інших видів фінансових послуг буде предметом подальших досліджень.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored books*

1. Bereslavskaya O, *Mizhnarodni rozrakhunky ta valiutni operatsii: navchalnyi posibnyk [International Payments and Foreign Currency Transactions: Study Guide]* (Universytet DFS Ukraine 2019) (in Ukrainian).

<sup>31</sup> Про затвердження Положення про структуру валютного ринку України, умови та порядок торгівлі іноземною валютою та банківськими металами на валютному ринку України (н 5).

Анастасія Попова

*Edited books*

- James J (ed), *Currency management: Overlay and Alpha Trading* (Risk Books 2004) (in English).

*Dictionaries*

- 'Konvertatsiia' ['Conversion'] (SLOVNYK.ua) <<https://www.slovnyk.ua/index.php?swrd=конвертація>> (accessed: 21.01.2020) (in Ukrainian).
- Velykyi entsyklopedychnyi yurydychnyi slovnyk [The Great Encyclopedic Dictionary of Law]* (Shemshuchenko Yu red, Yurydychna dumka 2012) (in Ukrainian).

*Journal articles*

- Bobrov Ye, 'Pryroda ta formy proiavu valiutnoho ryzyku' ['The Nature and Forms of Foreign Exchange Risk'] (2009) 19 Vcheni zapysky Universytetu "Krok": zbirnyk naukovykh prats 73 (in Ukrainian).
- Bubenets I, 'Suchasnyi stan torhivli yak haluzi hospodarskoi diialnosti' ['Current State of Trade as a Branch of Economic Activity'] [2009] 1(1) Ekonomichna stratehiia i perspektyvy rozvytku sfery torhivli ta posluh 337 (in Ukrainian).
- Demchuk T, 'Analiz ryzykiv pry zdiisnenni pidpriemstvamy valiutnykh operatsii' ['Risk Analysis for Foreign Currency Transactions Conducted by Enterprises'] [2009] 6(24). Ch. 2 Ekonomichni nauky. Seriia "Oblik i finansy" 162 (in Ukrainian).
- Kostenko R, 'Formuvannia u maibutnikh ekonomistiv znan pro valiutnyi rynok ta birzhovi valiutni operatsii u protsesi profesiinoi pidhotovky' ['Forming of Economics Students' Knowledge about the Foreign Currency Market and Exchange Currency Transactions in the Course of Professional Training'] (2010) 4 Ekonomika kharchovoi promyslovosti 32 (in Ukrainian).
- Kostiuchenko O, 'Poniattia ta klasyfikatsiia valiutnykh operatsii' ['The Concept and Classification of Foreign Currency Transactions'] (2008) 11 Visnyk Akademii advokatury Ukrainy 40–1 (in Ukrainian).
- Rebryk M, 'Valiutnyi ryzyk v umovakh hlobalizatsii rynku bankivskykh posluh' ['Exchange Risk in the Context of Globalization of the Banking Services Market'] [2010] 1(43) Visnyk Akademii mytnoi sluzhby Ukrainy. Seriia "Ekonomika" 138 (in Ukrainian).
- Smirnova I ta Smirnova N, 'Vplyv zminy valiutnykh kursiv na finansovu zvitnist: analiz zakordonnoho ta vitchyznianoho dosvidu' ['Impact of Exchange Rate Changes on Financial Statements: Analysis of Foreign and National Experience'] [2014] 2(1) Problemy i perspektyvy rozvytku pidpriemnytstva 128 (in Ukrainian).
- Zhuravel V, 'Tendentsii funktsionuvannia svitovoho finansovoho rynku' ['Trends in the Functioning of the Global Financial Market'] (2011) 935 Visnyk Kharkivskoho natsionalnoho universytetu im. V. N. Karazina 145 (in Ukrainian).

*Thesis*

- Filipenko T, 'Mekhanizm derzhavnogo upravlinnia valiutnym rynkom Ukrainy' ['The State's Mechanism for Management of Ukraine's Currency Market'] (avtoref dys d-ra nauk derzh uprav-nia, 2011) (in Ukrainian).
- Haleshchuk H, 'Oblik i analiz operatsii v inozemni valiuti' ['Accounting and Analysis of Foreign Currency Transactions'] (avtoref dys kand ekon nauk, 2015) (in Ukrainian).
- Pruskyi O, 'Orhanizatsiia diialnosti komertsii bankiv na valiutnomu rynku Ukrainy' ['Organization of Commercial Banks' Activities on the Currency Market of Ukraine'] (avtoref dys kand ekon nauk, 2006) (in Ukrainian).
- Sheremetieva O, 'Pravovi osnovy rehuliuвання valiutnykh ryzykiv' ['Legal Framework for Regulation of Foreign Exchange Risks'] (avtoref dys kand yuryd nauk, 2007) (in Ukrainian).

Anastasiya Popova

TRADING IN CURRENCY VALUES  
AS A TYPE OF PROFESSIONAL FINANCIAL ACTIVITY

**ABSTRACT.** The relevance of the issues raised in this article stems from the need to improve legal regulation of trade in currency values, and is also necessitated by an insignificant number of theoretical studies and insufficient elaboration of the issues intrinsic to this legal category.

The purpose of the article is to analyze the correlation between trading in currency values and currency transactions, between the categories “trade” and “exchange”. Furthermore, based on the identified essential features, the article aims at proposing the definition of trading in currency values and at classifying this type of professional financial activity by various criteria.

The author arrives at the conclusion that trading in currency values is a form of currency values exchange which is exercised by entering into respective sales contracts, and that the relationship between the categories “currency transactions” and “currency values” is that of part-to-whole, since current legislation regards trading in currency values as a component of foreign exchange transactions. The article highlights a drawback in legislative regulation of economic relations on the foreign exchange market with regard to the established list of currency values applied at the sub-legislative level.

Following the analysis of essential features of currency values trading, the author suggests that this legal category be defined as a professional financial activity of banks and non-banking institutions which comprises currency values exchange in cash or non-cash form (for bank metals – with or without physical delivery), mostly by entering into purchase and sale contracts on the currency market of Ukraine and international currency markets.

The author concludes that trading in currency values is a separate type of professional financial activity characterized by its intrinsic qualifying features: special (limited) parties involved – banks and non-banking institutions; its content is a financial service for exchange of currency values; it has a commercial and risky nature; it combines private and public interests; and it is carried out within the public production sector – on the currency market of Ukraine and international currency markets.

It is proposed to classify trade in currency values by the following criteria: parties involved; area where it is carried out; type of currency values; the form in which it is carried out; and the method by which it is carried out.

**KEYWORDS:** currency transactions; currency risks; trading in currency values; professional financial activity; exchange.

**Наталія Антонюк**

кандидатка юридичних наук, доцентка,  
доцентка кафедри кримінального права і кримінології  
Львівського національного університету  
імені Івана Франка,  
суддя Великої Палати Верховного Суду  
(Київ, Україна)  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7582-2071>  
antoniuk\_natalia@supreme.court.gov.ua

УДК 343.2

**ЗАСОБИ ДИФЕРЕНЦІАЦІЇ  
КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ**

АНОТАЦІЯ. Важливість проведення диференціації кримінальної відповідальності для забезпечення принципу справедливості не викликає сумнівів. Адже лише визначивши доцільність проведення такої диференціації та базуючись на її конкретних критеріях, можна забезпечити справедливий підхід до застосування норм кримінального закону. Водночас необхідно констатувати, що проведення диференціації кримінальної відповідальності забезпечується певними способами, прийомами, які є засобами диференціації кримінальної відповідальності.

Важливість правильного виділення засобів диференціації кримінальної відповідальності ґрунтується на тому, що вони визначають спрямованість впливу законодавця на кримінально-правову норму. Засоби диференціації є тими способами, прийомами, які обумовлюють інструментарій забезпечення варіативності кримінально-правового впливу на кримінальну відповідальність загалом на рівні кримінального закону.

Чітке розуміння того, якими повинні бути засоби диференціації кримінальної відповідальності, дає змогу досліджувати чинний Кримінальний кодекс України на предмет повноти і системності використання механізмів забезпечення неоднакового впливу кримінально-правовими засобами у межах принципу справедливості на осіб, які вчиняють злочини. Таким чином, можна виявляти слабкі місця кримінального закону в частині диференціації кримінальної відповідальності, а також робити пропозиції з усунення цих недоліків.

Метою статті є розроблення поняття засобів диференціації кримінальної відповідальності та виділення їхнього кола, адже лише при такому комплексному підході можна визначити сам механізм проведення диференціації та виявити переваги й недоліки його застосування у реальності.

Проаналізовано наукові підходи до розуміння засобів диференціації кримінальної відповідальності, аргументовано наведено перелік таких засобів, які виділені у доктрині кримінального права.

Сформульовано власне розуміння засобів диференціації кримінальної відповідальності та запропоновано вважати ними прийоми законодавчої техніки, за допомогою яких законодавець відображає у кримінально-правових нормах типові ознаки складів злочинів та (або) різні типові форми потенційного обмежувального впливу на особу, що відповідатимуть характеру та ступеню суспільної небезпеки вчиненого та (або) суспільній небезпеці особи, яка вчинить такий злочин.

Засобами диференціації кримінальної відповідальності є: 1) врахування кількості вчинених злочинів; 2) врахування кількості учасників злочину; 3) врахування етапу, на якому злочинний намір був завершений чи зупинений (припинений); 4) передбачення можливості звільнення від кримінальної відповідальності, покарання або його відбування; 5) встановлення декількох видів покарань, а також їхніх меж, встановлення строків зняття та погашення судимості; 6) конструювання норм, що перебувають у конкуренції, та норм, що містять суміжні склади злочинів; 7) врахування вікової ознаки особи, яка вчинила злочин.

Наголошено на необхідності розмежування засобів диференціації кримінальної відповідальності як свідомої діяльності законодавця, спрямованої на забезпечення принципу справедливості кримінального права і кримінально-правової політики із проявами диференціації кримінальної відповідальності.

Ключові слова: засіб; диференціація; кримінальна відповідальність; норма кримінального права; принцип справедливості.

Засоби диференціації є тими способами, прийомами, які обумовлюють інструментарій забезпечення варіативності кримінально-правового впливу на кримінальну відповідальність загалом на рівні кримінального закону. Чітке розуміння того, якими повинні бути засоби диференціації кримінальної відповідальності, дає змогу досліджувати чинний Кримінальний кодекс України (далі – КК України)<sup>1</sup> на предмет системності використання механізмів кримінально-правового впливу на осіб, які вчинили злочини.

Етимологічно термін “засіб” означає прийом, якусь спеціальну дію, що дає можливість здійснити що-небудь, досягти чогось, спосіб<sup>2</sup>. У юридичній літературі поняття засобу диференціації кримінальної відповідальності є недостатньо розробленим і досі залишається дискусійним.

Зазвичай науковці приділяють увагу загальним питанням, які стосуються диференціації кримінальної відповідальності. Водночас розуміння поняття та виділення конкретних засобів диференціації кримінальної відповідальності проаналізовані у працях О. Васильєвського, О. Грибова, О. Князькова, Т. Леснієвські-Костаревої, Л. Павлик, М. Ремізова, Є. Рогової, О. Чупрової.

<sup>1</sup> Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/page>> (дата звернення: 17.12.2019).

<sup>2</sup> *Словник української мови* (Наукова думка 1970) <<http://sum.in.ua/s/zasib>> (дата звернення: 17.12.2019).

Метою дослідження є аналіз доктринальних підходів і формулювання власного розуміння самого поняття засобів диференціації кримінальної відповідальності та визначення їхнього кола.

О. Васильєвський засобом диференціації кримінальної відповідальності називає всі норми й положення, у яких законодавець однозначно відобразив напрям зміни типової відповідальності, тобто відповідальності за злочини з основним складом для типового суб'єкта<sup>3</sup>.

Вважаємо, що норма не може бути засобом диференціації кримінальної відповідальності. Норма – це правило поведінки, у якому об'єктивується засіб як прийом чи спосіб досягнення результату. Норма існує для того, щоб відображати певний зміст, проте сама собою не є засобом досягнення відображення змісту. Очевидно, що засобом у цьому контексті є певні прийоми законодавчої техніки, за допомогою яких законодавець забезпечує варіативність кримінальної відповідальності.

Є. Рогова вважає, що засобом диференціації кримінальної відповідальності є певний спосіб чи інструмент, за допомогою якого здійснюється правотворча діяльність законодавця під час здійснення диференціації<sup>4</sup>.

Більш конкретно висвітлює питання змісту засобів диференціації кримінальної відповідальності Т. Леснієвські-Костарева. Вона вважає, що засіб повинен відповідати цілям диференціації кримінальної відповідальності, не повинен виходити за межі цього процесу; його предметом є кримінальна відповідальність, суб'єктом – законодавець, підставою – типовий ступінь суспільної небезпеки злочину й особи, яка його вчинила<sup>5</sup>.

На думку Л. Павлик, засобами диференціації кримінальної відповідальності потрібно визнавати обставини, які мають кримінально-правове значення та впливають на зміну ступеня суспільної небезпеки злочинного посягання. Ці обставини, як стверджує авторка, повинні відповідати двом вимогам: 1) впливати на ступінь суспільної небезпеки злочинного посягання (збільшувати або зменшувати його); 2) сила впливу цієї обставини має бути відображена у виді та розмірі кримінально-правових наслідків для суб'єкта злочину<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Л Кругликов и А Васильевский, *Дифференциация ответственности в уголовном праве* (Юридический центр Пресс 2002) 62; Е Дмитриев и О Соловьев, 'Понятие, виды и классификация средств дифференциации уголовной ответственности в Уголовном кодексе Российской Федерации' (2012) 4 *Юридическая наука* 56; А Васильевский, 'Дифференциация уголовной ответственности и наказания в Общей части уголовного права' (дис канд юрид наук, 2000) 88.

<sup>4</sup> Е Рогова, 'Учение о дифференциации уголовной ответственности' (дис д-ра юрид наук, 2014) 193.

<sup>5</sup> Т Лесниевски-Костарева, *Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика* (Норма 1998) 129.

<sup>6</sup> Л Павлик, 'Засоби диференціації кримінальної відповідальності, передбачені в Особливій частині КК України' (2012) 2 *Часопис Академії адвокатури України* 5.

Вважаємо, що засоби диференціації не можуть впливати на ступінь суспільної небезпеки, адже вони є похідними від параметрів суспільної небезпеки. Ймовірніше за все вони повинні адекватно і пропорційно відображати цю небезпеку, про що слушно вказано у другій із наведених вище ознак. Проте цього недостатньо, щоб бути дефініцією засобу диференціації кримінальної відповідальності.

О. Князьков<sup>7</sup> підтримує позицію О. Грибова<sup>8</sup> про те, що засобом диференціації відповідальності є обставина, сила впливу якої на відповідальність визначена в кримінальному законі. Вважаємо, що таке визначення також не може вказати на всі необхідні ознаки засобу диференціації кримінальної відповідальності. Окрім цього, така дефініція може бути застосована до практично будь-якого кримінально-правового інституту, оскільки так чи інакше положення кримінального закону і визначають силу впливу на відповідальність, проте не завжди такий різноманітний вплив є диференціацією кримінальної відповідальності.

На думку М. Ремізова, засоби диференціації відповідальності мають дві властивості: по-перше, вони наділені законодавчо-конкретизованою силою впливу на обсяг кримінальної відповідальності, по-друге, повинні обов'язково враховуватися правозастосувачем. На думку цього науковця, засобами є установлені в законі обставини, за наявності яких для правозастосувача відповідно до закону змінюються правила призначення заходів кримінальної відповідальності злочинцю<sup>9</sup>.

Такий підхід не позбавлений недоліків. Основним проблемним моментом є відсутність “точки відліку”, від якої у правозастосувача, як вважає М. Ремізов, ‘змінювалися б правила призначення заходів кримінальної відповідальності’<sup>10</sup>. Загалом таке тлумачення досить непогано спрацюватиме, коли йтиметься про кваліфіковані види злочинів, для яких очевидно “точкою відліку” буде простий (основний) склад злочину. Проте, якщо вести мову про звільнення від кримінальної відповідальності чи інші інститути Загальної частини КК України, вади такої дефініції стануть очевидними.

Найбільш ґрунтовно підійшла до вивчення засобів диференціації кримінальної відповідальності О. Чупрова. Вчена пропонує оцінювати їх за сімома ознаками: 1) вони повинні мати кримінологічне обґрунтування; 2) мають вплив на характер і ступінь суспільної небезпеки діяння та

<sup>7</sup> А Князьков, ‘Освобождение от уголовной ответственности по делам об экономических преступлениях (Гл. 22 УК РФ): вопросы дифференциации и законодательной техники’ (дис канд юрид наук, 2014) 63.

<sup>8</sup> А Грибов, ‘Дифференциация ответственности за экономические преступления в России, ФРГ и США (сравнительно-правовое исследование)’ (автореф дис канд юрид наук, 2011) 16.

<sup>9</sup> М Ремизов, ‘Дифференциация уголовной ответственности за преступления против интересов публичной службы (гл. 30 УК РФ)’ (дис канд юрид наук, 2004) 41.

<sup>10</sup> Там само 41.

особи, яка його вчинила; 3) такий вплив має бути значним; 4) типовість (характерність) для багатьох видів злочинів і здатність проявитися у відносно великій кількості злочинів; 5) обставина, яку описують у законі, повинна відображатися на рівні (ступені) суспільної небезпеки й на покаранні, за загальним правилом, у всіх тих випадках, коли воно має місце, незалежно від конкретних особливостей вчиненого й особи винного (властивість обов'язкового впливу); 6) диференціююча обставина повинна мати строго визначений напрям впливу. Тобто вона в усіх злочинах або тільки підвищує, або тільки знижує суспільну небезпеку, а отже, і міру відповідальності; 7) диференціюючі обставини не повинні бути похідними одна від одної, щоб уникнути подвійного обліку однієї і тієї самої обставини, інакше законодавцю необхідно обумовити правило, що усуває можливість такого подвійного обліку<sup>11</sup>.

На нашу думку, ознака кримінологічного обґрунтування повинна бути характерною для всіх кримінально-правових явищ, які тим чи іншим способом відображаються у кримінальному законі прямо (як, наприклад, поняття вини) чи опосередковано (як, власне, диференціація кримінальної відповідальності), тому така вказівка є зайвою. Сумніви також викликає ознака впливу засобу на суспільну небезпеку. Як уже згадувалося вище, засіб диференціації не визначає ознаку, яка об'єктивно існує, а навпаки, ця ознака повинна враховуватися і відображатися у тексті закону. Ми погоджуємося щодо типового характеру ознак злочинів, однак недопустимість різного впливу (на пом'якшення чи обтяження) однойменних обставин, а також взаємний непохідний характер обставин не є змістовно специфічними ознаками засобу диференціації. З погляду формальної логіки обставина, яка обтяжує відповідальність, не може пом'якшувати її в якомусь іншому випадку, оскільки це обтяження пов'язане з ознаками суспільної небезпеки скоєного чи особи винного. Ба більше, визнання протилежного суперечило б типовому характеру диференціюючих ознак, які є варіативними передусім щодо базового посягання, яке наділене ознаками основного складу злочину. Відповідно, важко уявити ситуацію, коли б одна і та сама ознака за один базовий злочин пом'якшувала, а за інший обтяжувала відповідальність.

Що ж стосується недопустимості подвійного врахування ознак як обтяжуючих чи пом'якшуючих, то, на нашу думку, це питання є доволі суперечливим. Наприклад, конструювання наслідків у виді майнової шкоди у злочинах проти власності часто передбачає багаточленну градацію. Так, шкода в особливо великому розмірі включає за абсолютною

<sup>11</sup> О Чупрова, 'Дифференциация ответственности в уголовном праве стран континентальной Европы и России: компаративистский аспект' (автореф дис канд юрид наук, 2008) 13–4.



величиною і шкоду у великому розмірі, і значну, і істотну шкоду. Фактично більш небезпечна ознака конструюється на основі менш небезпечної. Проте у вини за правилами подолання конкуренції кількох спеціальних норм ставиться лише найбільша шкода.

Вважаємо, що дефініцію засобів диференціації кримінальної відповідальності необхідно будувати з урахуванням ключових ознак саме диференціації кримінальної відповідальності, які характеризуватимуть змістовне спрямування відповідних прийомів чи способів.

Такими ознаками є врахування типових ознак складів злочинів та (або) типових форм обмежувального впливу на особу так, щоб вони відповідали характеру та ступеню суспільної небезпеки вчиненого та (або) суспільної небезпеки особи винного.

Окрім того, ознаками засобів диференціації кримінальної відповідальності є їх суб'єкт – законодавець, змістовна характеристика як прийом законодавчої техніки, а також їх подальше відображення у кримінально-правових нормах.

Таким чином, засоби диференціації кримінальної відповідальності – це прийоми законодавчої техніки, за допомогою яких законодавець відображає у кримінально-правових нормах типові ознаки складів злочинів та (або) різні типові форми потенційного обмежувального впливу на особу, що відповідають характеру та ступеню суспільної небезпеки вчиненого та (або) суспільній небезпеці особи, яка вчинить такий злочин.

Класифікація засобів диференціації кримінальної відповідальності є теж доволі дискусійним питанням. Оскільки частина науковців розглядає засоби диференціації кримінальної відповідальності окремо в Загальній й Особливій частинах, а інші виокремлюють такі засоби у кримінальному праві загалом, ми будемо досліджувати засоби диференціації кримінальної відповідальності без прив'язки до частин кримінального законодавства.

Отже, засобами диференціації кримінальної відповідальності називають:

1) множинність чи окремі її види, зокрема сукупність і рецидив (Є. Рогова<sup>12</sup>, О. Чупрова<sup>13</sup>, О. Соловійов та Є. Дмитрієв<sup>14</sup>, Л. Кругліков та О. Васильєвський<sup>15</sup>, М. Ремізов<sup>16</sup>);

2) стадії незакінченого злочину (Є. Рогова, Л. Кругліков та О. Васильєвський, М. Ремізов, Л. Павлик<sup>17</sup>);

<sup>12</sup> Рогова (н 4) 195.

<sup>13</sup> Чупрова (н 11) 18.

<sup>14</sup> Дмитриев и Соловьев (н 3) 58.

<sup>15</sup> Кругликов и Васильевский (н 3) 90.

<sup>16</sup> Ремизов (н 9) 38–40.

<sup>17</sup> Л Павлик, 'Поняття та види засобів диференціації кримінальної відповідальності' (2013) 1 Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична 322.

- 3) співучасть (Є. Рогова, О. Чупрова, О. Соловйов та Є. Дмитрієв, Л. Кругліков та О. Васильєвський);
- 4) вік або неповноліття винного (Є. Рогова, О. Чупрова, О. Соловйов та Є. Дмитрієв, Л. Кругліков та О. Васильєвський, М. Ремізов, Л. Павлик<sup>18</sup>);
- 5) пом'якшуючі чи обтяжуючі обставини (Є. Рогова, О. Чупрова, О. Соловйов та Є. Дмитрієв, Л. Кругліков та О. Васильєвський);
- 6) загальні підстави звільнення від кримінальної відповідальності (Т. Леснієвські-Костарева, Є. Рогова, О. Чупрова, О. Соловйов та Є. Дмитрієв, Л. Кругліков та О. Васильєвський, М. Ремізов);
- 7) привілеюючі та кваліфікуючі ознаки (Т. Леснієвські-Костарева, Є. Рогова, О. Чупрова, О. Соловйов та Є. Дмитрієв, Л. Кругліков та О. Васильєвський, Л. Павлик<sup>19</sup>, В. Навроцький<sup>20</sup>, П. Андрушко<sup>21</sup>, М. Каплін<sup>22</sup>, С. Хорошилов<sup>23</sup>, М. Ремізов);
- 8) санкції статей, іноді з уточненням щодо відносно-визначених, альтернативних або кумулятивних санкцій (Є. Рогова, О. Чупрова, М. Хавронюк<sup>24</sup>, Л. Кругліков та О. Васильєвський);
- 9) спеціальні підстави звільнення від кримінальної відповідальності (Т. Леснієвські-Костарева, Є. Рогова, О. Чупрова, О. Соловйов та Є. Дмитрієв, Л. Кругліков та О. Васильєвський, М. Хавронюк, С. Хорошилов);
- 10) категорії злочинів або ступінь тяжкості злочинів (О. Чупрова, В. Навроцький, Л. Кругліков та О. Васильєвський, Л. Павлик<sup>25</sup>);
- 11) форму вини (О. Соловйов та Є. Дмитрієв);
- 12) розділи КК України (О. Соловйов та Є. Дмитрієв);
- 13) загальні і спеціальні норми (О. Соловйов та Є. Дмитрієв, П. Андрушко, В. Навроцький, С. Хорошилов), конкретизуючі ознаки спеціальних норм (Л. Павлик), складені злочини (В. Навроцький, П. Андрушко);
- 14) формування окремих складів злочинів, які відрізняються за своїми ознаками (В. Навроцький, М. Каплін, С. Хорошилов), основні склади злочинів та відповідні їм санкції (М. Ремізов);

<sup>18</sup> Павлик (н 17) 322.

<sup>19</sup> Павлик (н 6) 2.

<sup>20</sup> В Навроцький, 'Диференціація кримінальної відповідальності: забаванка законодавця чи необхідність' в *Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення: Міжнародний симпозиум 11-12 вересня 2009 р.* (ЛьвДУВС 2009) 101.

<sup>21</sup> П Андрушко, 'Поняття та види диференціації кримінальної відповідальності' в *Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення: Міжнародний симпозиум 11-12 вересня 2009 року* (ЛьвДУВС 2009) 15.

<sup>22</sup> М Каплін, 'Учение о дифференциации уголовной ответственности и действующий закон' (2014) 2 Юридическая наука 112.

<sup>23</sup> С Хорошилов, 'О средствах дифференциации уголовной ответственности за налоговые преступления' (2007) 4 Юристъ-Правоведъ 103.

<sup>24</sup> М Хавронюк, 'Диференціація кримінальної відповідальності або чи не очікує Україну соціальна катастрофа?' в *Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення: Міжнародний симпозиум 11-12 вересня 2009 р.* (ЛьвДУВС 2009) 147-8.

<sup>25</sup> Павлик (н 17) 322.

- 15) зміну критеріїв, які визначають співвідношення кримінально-правових норм і норм інших галузей права (В. Навроцький);
- 16) види покарань (М. Хавронюк);
- 17) засудження без призначення покарання або зі звільненням від покарання (М. Хавронюк);
- 18) внесення змін до санкції статті Особливої частини КК України (П. Андрушко);
- 19) зміну до норм Загальної частини КК України, якими визначаються обставини (інститути), які повинні чи можуть братися до уваги судом при індивідуалізації покарання особі, визнаній винною у вчиненні злочину (П. Андрушко).

Проаналізуємо цей перелік на предмет можливості його елементів бути засобами диференціації кримінальної відповідальності відповідно до чинного КК України. Окремі з названих засобів позначають окремі кримінально-правові інститути, тоді як інші стосуються лише їхніх окремих ознак. Іноді засобами взагалі визнають структурні частини КК України. Ми не погоджуємося з цим.

Не допустимо, на нашу думку, також визнавати засобами диференціації кримінальної відповідальності ситуативні (несистемні) прояви конструювання кримінального закону, хоча б унаслідок цього і відбувалася диференціація кримінальної відповідальності.

Прикладами останнього є окремі ознаки складів злочинів, закріплені у Загальній частині КК України, наприклад, вина (форма вини). Очевидно, що з цією тезою можна сперечатися, апелюючи до суміжних складів злочинів, які можуть відрізнятися за формою вини. Проте у цьому контексті сам конструкт суміжних складів злочинів буде засобом диференціації кримінальної відповідальності незалежно від того, за якою ознакою складів злочинів вони будуть суміжними.

Найбільш очевидними прийомами законодавчої техніки із забезпечення диференціації кримінальної відповідальності є врахування кількості злочинів, учинених особою (інститут множинності), кількості учасників, які є суб'єктами злочину (інститут співучасті), етапів реалізації злочинного умислу (інститут стадій вчинення злочину). Врахування цих кримінально-правових явищ і їхній вплив на кримінальну відповідальність є безспірним і послідовно простежується у статтях Загальної частини КК України.

Суперечності викликає можливість виступати у ролі засобу диференціації кримінальної відповідальності передбачення законодавцем здатності легально уникнути кримінальної відповідальності або покарання через інститут звільнення від кримінальної відповідальності (йдеться

Наталія Антонюк

про загальні і спеціальні види звільнення) чи звільнення від покарання або його відбування.

Так, у літературі часто апелюють до неможливості диференціювати те, чого немає<sup>26</sup>. Вважаємо, що відповідь міститься у сприйнятті звільнення від кримінальної відповідальності і реалізації його на практиці. На етапі, коли суд звільнив особу від відповідальності, диференціювати вже немає чого. Однак на етапі вирішення цього питання законодавець передбачив для суду декілька варіантів, одним із яких може бути звільнення від кримінальної відповідальності. Тому в межах дискреційних видів звільнення все не так однозначно, як могло здаватися.

Проте залишається проблема з імперативними видами звільнення, коли суд зобов'язаний ухвалити відповідне рішення і не може застосувати до особи жодного із заходів реалізації кримінальної відповідальності. У цій частині принципове методологічне значення має концепція розуміння кримінальної відповідальності. На нашу думку, кримінальна відповідальність є потенційною і починається з моменту вчинення особою злочину. Тому до моменту звільнення особи від кримінальної відповідальності суд повинен кваліфікувати скоєне, роз'яснити підозрюваному/обвинуваченому суть підозри чи обвинувачення, підставу звільнення від кримінальної відповідальності і право заперечувати проти закриття кримінального провадження з цієї підстави, і лише тоді ухвалити рішення про звільнення особи від відповідальності. Недопустимо звільняти від відповідальності особу, в діях якої відсутній склад злочину, адже тоді відсутня підстава для кримінальної відповідальності. Крім того, суд повинен встановити наявність підстав та умов для звільнення від відповідальності. За їх відсутності особа не може бути звільненою і щодо неї має реалізовуватися кримінальна відповідальність. Таким чином, після вчинення злочину законодавець встановлює декілька варіантів можливих наслідків для особи залежно від кваліфікації скоєного та підстав і умов імперативного звільнення від відповідальності. Інакше кажучи, диференціація кримінальної відповідальності проявляється у цій ситуації не в градації відповідальності, а в градації потенційних наслідків для винного.

Враховання обставин, що обтяжують чи пом'якшують покарання, теж є засобом диференціації кримінальної відповідальності. М. Ремізов, посилаючись на М. Капліна, заперечує таку можливість, апелюючи до того, що диференціація є лише тоді, коли в законі вказаний не лише напрям

www.pravoua.com.ua

<sup>26</sup> Андрушко (н 21) 14; П Сердюк, 'Диференціація кримінальної відповідальності: проблема вибору концепту' (2013) 1 Філософія права 887; М Каплин, 'Сущность дифференциации уголовной ответственности' (2001) 5 Юридические записки Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова 177.

впливу, а й його сила<sup>27</sup>. Не можемо погодитися із таким твердженням. По-перше, так звана “сила впливу” простежується для пом’якшуючих і обтяжуючих обставин у контексті можливості обмеження верхньої межі покарання. Наприклад, згідно зі ст. 69<sup>1</sup> КК України:

За наявності обставин, що пом’якшують покарання, передбачених пунктами 1 та 2 частини першої статті 66 цього Кодексу, відсутності обставин, що обтяжують покарання, а також при визнанні обвинуваченим своєї вини, строк або розмір покарання не може перевищувати двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого відповідною санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини цього Кодексу<sup>28</sup>.

Також ст. 69 КК України передбачає можливість призначення покарання нижче від найнижчої межі чи призначення іншого більш м’якого покарання з урахуванням цих обставин. По-друге, сам факт додаткових критеріїв для суду, на які він може опиратися під час призначення покарання у спосіб, відмінний від ситуацій, коли такі обставини відсутні, свідчить про певне “обмеження” судового угляду.

Виділення кваліфікуючих та привілеюючих ознак складу злочину аксіоматично вважають засобом диференціації практично всі дослідники цієї проблеми. Такий підхід необхідно уточнити. Для того щоб по-різному вирішити питання кримінальної відповідальності за злочини згідно з принципом справедливості, законодавець повинен передбачити таку відповідальність у кримінально-правовій нормі. Якщо норма, якою питання відповідальності можна вирішити, вже існує, необхідно передбачити ще як мінімум одну нову норму. Таким чином з’являється підстава для різної відповідальності в межах подібних правовідносин. Фактично привілеюючі чи кваліфікуючі ознаки є характеристикою лише таких видів конкуренції, як конкуренція загальної та спеціальної норми або декількох спеціальних норм. Проте конкуренція цілого і частини, а також суміжність складів злочинів жодним чином із кваліфікуючими чи привілеюючими ознаками не пов’язані.

Необхідно також проаналізувати те, чому в один ряд поряд із нормами, що перебувають у конкуренції, ми ставимо норми, які передбачають суміжні склади злочинів. На нашу думку, подібність норм, що передбачають суміжні склади злочинів, та норм, що перебувають у конкуренції, проявляється у низці спільних ознак складів злочинів. Проте суміжні склади злочинів у своїй сукупності є відображенням своєрід-

<sup>27</sup> Ремизов (н 9) 41; Каплин (н 26) 180.

<sup>28</sup> Кримінальний кодекс України (н 1).

ної, загальної моделі злочину, тоді як норми, що перебувають у конкуренції, мають свої норми-відповідники, відрізняючись за змістом та обсягом.

Там, де законодавець може охопити всі прояви злочинної поведінки шляхом використання певної кількості норм, він формулює їх як суміжні склади злочинів, забезпечуючи диференційовану відповідальність у межах подібних правовідносин, якщо ж необхідно диференціювати відповідальність лише в певному напрямі, – законодавець використовує модель конкуренції загальної та спеціальної норми.

Ми підтримуємо позицію тих учених, які виділяють врахування віку особи як засіб диференціації. Щоправда, вікова ознака як засіб має декілька аспектів: перший – обмеження покарань, які можуть бути застосовані до неповнолітніх, як це, наприклад, передбачено у ст. 98 КК України; другий – обмеження обсягу застосування до неповнолітніх санкцій. Це, наприклад, визначення верхньої та нижньої межі арешту, недопустимість застосування позбавлення волі до неповнолітнього, який вчинив вперше злочин невеликої тяжкості, тощо; третій, який, власне, й обумовлює вказівку у засобі диференціації кримінальної відповідальності саме на вікову ознаку, а не на неповноліття винного, є обмеження кола злочинів, за вчинення яких відповідальність настає з 14 років. Особливістю цього аспекту є те, що особи, які у віці від 14 до 16 років вчиняють посягання, за які відповідальність настає лише з 16-річного віку, нестимуть відповідальність за тими нормами, які допускають настання відповідальності з 14 років. Наприклад, за участь у масових заворушеннях не можна притягнути до відповідальності особу, яка не досягла 16-річного віку, утім, якщо така участь міститиме ознаки, зокрема, хуліганства, – дії такої особи кваліфікуватимуть як хуліганство, за відповідною частиною ст. 296 КК України.

Ще одним засобом диференціації кримінальної відповідальності є межі санкцій кримінально-правових норм. Такий стан справ у літературі піддається критиці з боку Л. Павлик<sup>29</sup>. На думку вченої, по-перше, санкція статті (або її частини) є засобом вираження ступеня суспільної небезпеки злочинного посягання, оскільки саме в ній встановлюються кримінально-правові наслідки у виді покарання для суб'єкта злочину, однак сама вона не впливає на ступінь суспільної небезпеки злочинного посягання; по-друге, саме в санкції статті (або її частини) відображається результат процесу диференціації кримінальної відповідальності, а тому не може певна обставина одночасно бути і засобом здійснення процесу, і його результатом.

<sup>29</sup> Павлик (н 6) 5.

Ми не підтримуємо цей підхід. Дійсно, санкція не може впливати сама собою на суспільну небезпеку, оскільки вона, навпаки, таку небезпеку відображає. Проте санкція не є результатом процесу диференціації у розумінні наслідку цього процесу. Результатом є обмеження судової дискреції. Досягнення цього результату забезпечується, зокрема, через встановлення меж санкцій. Протилежний підхід нівелював би взагалі диференціацію кримінальної відповідальності як таку. Адже конструктивними деталями процесу диференціації є встановлення співвідношення, балансування посягань та відповідальності за їх вчинення. Відкидання ролі санкції як інструменту диференціації нівелювало б інші засоби, наприклад, виділення норм, що перебувають у конкуренції, оскільки без альтернативних, відносно визначених санкцій їх існування не потрібне.

Звісно, можна заперечити, що у контексті самого факту різниці у санкціях різних норм диференціація має місце, проте межі санкції диференціацією не будуть. На нашу думку, таке розуміння теж не позбавлене недоліків. Закладаючи верхню і нижню межі санкції норми, законодавець, по-перше, закладає межі індивідуалізації, за які суд не може вийти взагалі або вихід за які ускладнений законодавчими обмеженнями. По-друге, межі санкції визначають ступінь тяжкості злочину, що тягне за собою різну регламентацію форм реалізації кримінальної відповідальності і безпосередньо впливає на можливість особи бути звільненою від кримінальної відповідальності, покарання чи його відбування. По-третє, сам факт варіативності кримінально-правового впливу закріплений законодавцем – це одна з необхідних рис диференціації кримінальної відповідальності.

У цій частині необхідно конкретизувати, що під санкціями кримінально-правових норм як засобом диференціації ми маємо на увазі не лише санкції статей Особливої частини КК України, а й види покарань, встановлені в Загальній частині відносно-визначених санкцій. Передусім нижні межі санкцій визначаються саме в Загальній частині, навіть якщо вони не встановлені в Особливій. Окрім того, специфіка застосування окремих покарань щодо всіх однойменних злочинів теж визначається у відповідних положеннях статей Загальної частини. Зокрема, питання конфіскації майна чи позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю законодавець ставить у залежність від наявності чи відсутності тих чи інших ознак, які характеризують посягання чи особу, яка його вчинила, що урізноманітнює кримінально-правовий вплив у схожих правовідносинах.

Висновки. Проведене дослідження дає можливість сформулювати такі висновки: 1) засобами диференціації кримінальної відповідаль-

ності є прийоми законодавчої техніки, за допомогою яких законодавець відображає у кримінально-правових нормах типові ознаки складів злочинів та (або) різні типові форми потенційного обмежувального впливу на особу, що відповідатимуть характеру та ступеню суспільної небезпеки вчиненого та (або) суспільній небезпеці особи, яка вчинить такий злочин; 2) необхідно розмежовувати засоби диференціації як свідому діяльність законодавця, спрямовану на забезпечення принципу справедливості кримінального права і кримінально-правової політики та прояви диференціації кримінальної відповідальності.

Засобами диференціації кримінальної відповідальності є: 1) врахування кількості вчинених злочинів; 2) врахування кількості учасників злочину; 3) врахування етапу, на якому злочинний намір був завершений чи зупинений (припинений); 4) передбачення можливості звільнення від кримінальної відповідальності, покарання або його відбування; 5) встановлення декількох видів покарань, а також їхніх меж, встановлення строків зняття і погашення судимості; 6) конструювання норм, що перебувають у конкуренції, та норм, які містять суміжні склади злочинів; 7) врахування вікової ознаки особи, яка вчинила злочин.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored books*

1. Kruglikov L i Vasil'evskij A, *Differenciacija otvetstvennosti v ugovnom prave [Differentiation of Criminal Responsibility in Criminal Law]* (Juridicheskij centr-Press 2002) (in Russian).
2. Lesnievski-Kostareva T, *Differenciacija ugovnoj otvetstvennosti. Teorija i zakonodatel'naja praktika [Differentiation of Criminal Responsibility. Theory and Legislation Practice]* (Norma 1998) (in Russian).

#### *Journal articles*

3. Kaplyn M, 'Sushchnost dyfferentsyatsyy uholovnoj otvetstvennosti' ['Substance of Differentiation of Criminal Responsibility'] (2001) 5 Yurydycheskye zapysky Yaroslavskoho hosudarstvennoho unyversyteta ym. P. H. Demydova 172–82 (in Russian).
4. Khoroshylov S, 'O sredstvakh dyfferentsyatsyy uholovnoi otvetstvennosti za nalohovye prestupleniya' ['About the Means of Differentiation of Criminal Responsibility for Tax Crimes'] (2007) 4 Yuryst–Pravoved 103–6 (in Russian).
5. Kaplin M, 'Uchenie o differenciacii ugovnoj otvetstvennosti i dejstvujushhij zakon' ['Study of Differentiation of Criminal Responsibility and Operating Law'] (2014) 2 Juridicheskaja nauka 111–5 (in Russian).
6. Pavlyk L, 'Poniattia ta vydy zasobiv dyferentsiatsii kryminalnoi vidpovidalnosti' ['Concept and Types of Means of Differentiation of Criminal Responsibility'] (2013)



- 1 Naukovyi visnyk Lvivskoho derzhavnogo universytetu vnutrishnikh sprav. Seriia yurydychna 313–25 (in Ukrainian).
7. Pavlyk L, 'Zasoby dyferentsiatsii kryminalnoi vidpovidalnosti, peredbacheni v Osoblyvii chastyni KK Ukrainy' ['Means of Differentiation of Criminal Responsibility Provided for by a Special Part of the Criminal Code of Ukraine'] (2012) 2 Chasopys Akademii advokatury Ukrainy 1–11 (in Ukrainian).
  8. Serdiuk P, 'Dyferentsiatsiia kryminalnoi vidpovidalnosti: problema vyboru kontseptu' [Differentiation of Criminal Responsibility: the Problem of Choosing a Concept'] (2013) 1 Filosofiia prava 882–92 (in Ukrainian).
  9. Solovov O, 'Poniatye, vyd i klasyfykatsiya sredstv dyfferentsyatsyy uholovnoi otvetstvennosti v Uholovnom kodekse Rossyiskoi Federatsyy' ['The Concept, Type and Classification of Means of Differentiation of Criminal Responsibility in the Criminal Code of the Russian Federation'] (2012) 4 Yurydycheskaia nauka 56–8 (in Russian).

*Dissertations*

10. Kniazkov A, 'Osvobozhdenye ot uholovnoi otvetstvennosti po delam ob ekonomicheskikh prestupleniyakh (hl. 22 UK RF): voprosy dyfferentsyatsyy y zakonodatelnoi tekhniky' ['Release from Criminal Responsibility for Economic Crimes (Chapt. 22 CC RF): the Issue of Differentiation in Legislative Technics'] (dys kand yuryd nauk, 2000) (in Russian).
11. Remyzov M, 'Dyfferentsyatsiya uholovnoi otvetstvennosti za prestupleniya protyv ynteresov publychnoi sluzhby (hl. 30 UK RF)' ['Differentiation of Criminal Responsibility for Crimes Against the Interests of the Public Service (Chapt. 30 CC RF)'] (dys kand yuryd nauk, 2004) (in Russian).
12. Rohova E, 'Uchenye o dyfferentsyatsyy uholovnoi otvetstvennosti' ['The Doctrine of Differentiation of Criminal Responsibility'] (dys kand yuryd nauk, 2014) (in Russian).
13. Vasylevskiy A, 'Dyfferentsyatsiya uholovnoi otvetstvennosti i nakazaniya v Obshchei chasty uholovnoho prava' ['Differentiation of Criminal Responsibility and Punishment in the General Part of Criminal Law'] (dys kand yuryd nauk, 2000) (in Russian).

*Conference papers*

14. Andrushko P, 'Poniattia ta vydy dyferentsiatsii kryminalnoi vidpovidalnosti' ['The Concept and Types of Differentiation of Criminal Responsibility'] v *Kryminalnyi kodeks Ukrainy 2001 r.: problemy zastosuvannya i perspektyvy udoskonalennia Mizhnarodnyi symposium 11–12 veresnia 2009 roku* [Criminal Code of Ukraine 2001: Problems of Application and Perspectives of Improvement. International Symposium 11–12 of September 2009] 11–16 (in Ukrainian).
15. Khavroniuk M, 'Dyferentsiatsiia kryminalnoi vidpovidalnosti abo chy ne ochikuie Ukrainu sotsialna katastrofa?' ['Differentiation of Criminal Responsibility or Ukraine is Facing a Social Disaster, Isn't It?'] v *Kryminalnyi kodeks Ukrainy 2001 r.: problemy zastosuvannya i perspektyvy udoskonalennia Mizhnarodnyi symposium 11–12 veresnia 2009 roku* [Criminal Code of Ukraine 2001: Problems of Application and Perspectives of Improvement. International Symposium 11–12 of September 2009] 147–151 (in Ukrainian).
16. Navrotskyi V, 'Dyferentsiatsiia kryminalnoi vidpovidalnosti: zabahanka zakonodavtsia chy neobkhdnist' ['Differentiation of Criminal Responsibility: Legislators Wish or Necessity'] v *Kryminalnyi kodeks Ukrainy 2001 r.: problemy zastosuvannya i perspektyvy udoskonalennia Mizhnarodnyi symposium 11–12 veresnia 2009 roku* [Criminal Code of Ukraine 2001: Problems of Application and Perspectives of Improvement. International Symposium 11–12 of September 2009] 100–103 (in Ukrainian).

Наталія Антонюк

*Thesis*

17. Chuprova O, 'Differenciacija otvetstvennosti v ugovnom prave stran kontinental'noj Evropy i Rossii: Komparativistskij aspekt' ['Differentiation of Responsibility in Criminal Law of Continental Europe and Russia: Comparative Aspect'] (avtoref dis kand jurid nauk, Volgograd, 2008) (in Russian).
18. Hrybov A, 'Dyfferentsyatsiya otvetstvennosti za ekonomycheskye prestupleniya v Rossyy, FRH y SShA (sravnytelno-pravovoe yssledovanye)' ['Differentiation of Responsibility of Economic Crimes in Russia, Germany and USA (Comparative and Legal Research)'] (avtoref dis kand jurid nauk, 2011) (in Russian).

*Websites*

19. *Slovnnyk ukraïnskoi movy [Dictionary of Ukrainian]* (Naukova dumka 1970) <<http://sum.in.ua/s/zasib>> (accessed: 17.12.2019) (in Ukrainian).

Natalia Antoniuk

#### THE MEANS OF CRIMINAL LIABILITY DIFFERENTIATION

ABSTRACT. Criminal liability differentiation with a view to ensuring the principle of justice is undeniably important. Even merely by establishing the reasonableness of such differentiation and based on its specific criteria, the fair approach to the application of criminal law rules can be ensured. At the same time, it should be noted that criminal liability is differentiated via certain methods and techniques which are the means of criminal liability differentiation.

It is crucial to correctly single out the means of criminal liability differentiation given that they determine the vector of the legislator's influence on the criminal law rule. The differentiation means are those methods and techniques which determine the tools for ensuring the variability of the criminal law impact on criminal liability generally at the level of criminal law.

A clear understanding of what the means of criminal liability differentiation should be allows examining the current Criminal Code of Ukraine from the perspective of its completeness and consistency of use of the mechanisms ensuring unequal influence by criminal law means on perpetrators of crimes, within the framework of the principle of justice. Thus, weak points of criminal law may be identified in terms of criminal liability differentiation, and respective proposals may be made to address these shortcomings.

The purpose of the article is to develop the concept of the means of criminal liability differentiation and outline their range, since only such a comprehensive approach makes it possible to determine the very mechanism of differentiation and to highlight the advantages and disadvantages of its application in reality.

The article analyzes scientific approaches used to understand the means of criminal liability and gives a well-grounded list of such means which are singled out in the doctrine of criminal law.

The author formulates own understanding of the means of criminal liability differentiation and suggests that they be understood as the methods of legislative technique via which the legislator reflects in criminal law provisions the typical indicia of corpus delicti and (or) various typical forms of potential restrictive influence on a person which

would correspond to the nature and the degree of public danger of the offense and (or) public danger of its perpetrator.

The means of criminal liability differentiation are: 1) how many crimes are committed; 2) how many persons were involved in committing the crime; 3) the stage at which the criminal intent was completed or ceased (terminated); 4) the possibility of release from criminal liability, from punishment or from serving the sentence; 5) providing for several types of punishments and their boundaries, providing for the time-limits during which a conviction may be expunged and removed from criminal record; 6) construction of competing provisions and provisions containing several related *corpus delicti*; 7) taking into account the perpetrator's age.

The author emphasizes the need to distinguish the means of criminal liability differentiation as a conscious activity of the legislator aimed at ensuring the principle of justice of criminal law and the criminal law policy from manifestations of criminal liability differentiation.

KEYWORDS: means; differentiation; criminal liability; criminal law rule; principle of justice.

**Ольга Шереметьєва**

кандидатка юридичних наук, доцентка,  
доцентка кафедри міжнародного та європейського права  
Юридичного інституту Київського національного економічного  
університету імені Вадима Гетьмана  
(Київ, Україна)  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6657-7214>  
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/L-5466-2018>  
[olga.sheremeteva@list.ru](mailto:olga.sheremeteva@list.ru)

УДК 339.73:341.21]:341.2:347.73

**ПРАВОВИЙ СТАТУС ТА РОЛЬ МІЖНАРОДНОЇ ФІНАНСОВОЇ  
ОРГАНІЗАЦІЇ ЯК СУБ'ЄКТА ВАЛЮТНИХ ПРАВОВІДНОСИН  
У ГЛОБАЛІЗАЦІЙНОМУ ПРОЦЕСІ**

Анотація. Процес глобалізації відбувається в усіх сферах життєдіяльності світової спільноти загалом й у сфері валютних відносин зокрема. Проте правовий статус і роль міжнародної фінансової організації як суб'єкта валютних правовідносин, особливо в умовах глобалізації, досліджено недостатньо.

Мета статті – охарактеризувати правовий статус і роль міжнародної фінансової організації як суб'єкта валютних правовідносин, особливо враховуючи глобалізаційні процеси, з метою уникнення прогалин і непорозумінь у науці та правозастосовній практиці.

У статті досліджуються особливості правового статусу міжнародної фінансової організації як суб'єкта валютних правовідносин в умовах глобалізації. Зокрема, особливості правосуб'єктності міжнародної фінансової організації, привілеї та імунітети, якими наділені ці міжнародні фінансові інституції. Також характеризуються деякі сучасні проблемні аспекти співпраці України з Міжнародним валютним фондом.

Підсумовуючи викладений матеріал, авторка зазначає, що договірна правоздатність міжнародних фінансових організацій суттєво відрізняється від договірної правоздатності держав, оскільки міжнародні фінансові організації наділені правосуб'єктністю, що є похідною від правосуб'єктності держав, якими вони створені. Цю особливість правового статусу міжнародних фінансових організацій необхідно брати до уваги у процесі здійснення співробітництва з ними. Водночас міжнародні фінансові організації наділені привілеями та імунітетами, властивими міжнародним організаціям, із деякими особливостями. Крім цього, міжнародним фінансовим організаціям властиве певне розширення обсягу правосуб'єктності, закріпленого в установчих документах цих організацій, за відсутності заперечень із боку держав-членів. А також входження до обсягу їхньої правосуб'єктності “квазізако-

нодавчих” і “квазісудових” повноважень. Загалом можна зазначити, що міжнародні фінансові організації залежно від їхньої правосуб’єктності відіграють важливу роль у глобалізаційних процесах, які відбуваються у світі. Так, вони сприяли формуванню сучасних форм вивозу капіталу та збільшенню його обсягів, спрямуванню валютних і фінансових ресурсів у найбільш важливі для суспільного розвитку галузі, мінімізуючи ризики транскордонного руху капіталів, а також вони мають вагомe значення у процесі регулювання платіжних балансів держав тощо. І, нарешті, авторка звертає увагу, що в науці та українському законодавстві відсутня чітка, загальноприйнята і загальновизнана назва терміна “міжнародна фінансова організація”. У зв’язку з цим вона вважає, що найповніше відповідатиме меті, суті та правовому статусу цих міжнародних фінансових структур термін “міжнародна валютна організація”. Оскільки саме цей термін відображає основну “вагову” категорію, з якою ці організації мають справу, тобто виключно валюта опосередковує всі їхні фінансові операції.

Ключові слова: міжнародна фінансова організація; міжнародна валютна організація; правовий статус; валютні правовідносини; суб’єкт валютних правовідносин; глобалізаційний процес; правосуб’єктність міжнародної фінансової організації; привілеї та імунітети міжнародної фінансової організації.

Процес глобалізації відбувається в усіх сферах життєдіяльності світової спільноти й у сфері валютних відносин зокрема. Як зазначає Д. Лук’яненко, протягом останніх десятиліть глобалізація досліджувалась як ключова тенденція людського розвитку. Сучасні трансформації надають їй нової якості – із тенденції глобалізація перероджується в еволюційно поетапний всеохоплюючий структурований багаторівневий процес, який, маючи складну мотиваційну природу, позитивні та негативні властивості, виводить цивілізацію на більш високий рівень розвитку з системою інтернаціоналізацією умов та сфер людської життєдіяльності. Він включає політичні, соціальні, екологічні, науково-технічні та інші складові, але найбільш кардинальні зміни відбуваються у глобалізованому економічному середовищі<sup>1</sup>, яке охоплює і валютно-фінансову сферу. Так, на думку Я. Столярчук, фундаментальні трансформаційні зміни глобальної економічної системи все більше включають до своєї орбіти процеси концентрації капіталу та виробництва, що набувають на початку третього тисячоліття характеру глобальної монополізації<sup>2</sup>. Водночас фінансовий глобалізм, будучи ключовою складовою економічної глобалізації, має сьогодні більші масштаби та яскравіші форми прояву, ніж глобалізаційні процеси в сфері реальної економіки. Це пояснюється насамперед активізацією інвестиційно-кредитної діяльності транснаціональних корпорацій та банків, лібералізацією валютних, інвестиційних

<sup>1</sup> Д. Лук’яненко и А. Поручник и В. Колесов (ред.), *Глобальное экономическое развитие: тенденции, асимметрии, регулирование* (КНЕУ 2013) 19.

<sup>2</sup> Там само 193.

Ольга Шереметьєва

і кредитних ринків, розширенням доступу економічних суб'єктів різних країн до глобальних фінансових ресурсів та диверсифікацією механізмів концентрації інвестиційних ресурсів<sup>3</sup>, а також активною діяльністю у глобалізованому валютному й фінансовому середовищі таких суб'єктів, як міжнародні фінансові організації, які все активніше беруть участь у глобалізованих валютних відносинах.

Проблеми, пов'язані з діяльністю міжнародних фінансових організацій та її міжнародно-правовим регулюванням, досліджували вітчизняні та зарубіжні науковці: А. Альтшулер, В. фон Ебке, М. Гапонюк, І. Дахно, П. Жюяр, Д. Карро, О. Кучик, А. Максименко, В. Опришко, Г. Петрова, Н. Рязанова, Т. Циганкова, В. Шумілов та ін. Проте правовий статус і роль міжнародної фінансової організації як суб'єкта валютних правовідносин, особливо в умовах глобалізації, досліджено недостатньо.

Мета дослідження – охарактеризувати правовий статус і роль міжнародної фінансової організації як суб'єкта валютних правовідносин, особливо враховуючи глобалізаційні процеси, задля уникнення прогалин і непорозумінь у науці та правозастосовній практиці.

Зазвичай представники економічної науки під валютними відносинами розуміють економічні відносини, пов'язані з використанням національних валют у світовому господарстві при обміні результатами праці національних економік, а також використанням іноземних валют на території окремої країни<sup>4</sup>.

Науковці-правники, визначаючи поняття “валютні правовідносини”, формулюють його по-різному. Так, одні зазначають, що валютні правовідносини – це відносини у сфері обігу валюти і валютних цінностей та процесу функціонування уповноважених державою органів з приводу валютного регулювання та валютного контролю, метою яких є забезпечення прав та інтересів фізичних, юридичних осіб та (або) держави<sup>5</sup>. Другі під валютними правовідносинами розуміють суспільні майнові відносини, що мають вольовий характер, регулюються принципами і нормами національного та міжнародного валютного права, трансформованого в систему національного валютного права на підставі прийнятих компетентними державними органами нормативно-правових актів або звичаєвого права, виконання яких забезпечується примусовою силою держави та (або) міжнародних валютних організацій<sup>6</sup>.

При цьому варто відзначити, що нещодавно прийнятий Закон України “Про валюту і валютні операції” не містить серед переліку термінів,

<sup>3</sup> Лукьяненко и Поручник и Колесов (н 1) 255.

<sup>4</sup> О Дзюблюк, *Валютна політика: підручник* (Знання 2007) 22.

<sup>5</sup> Ж Завальна та М Старинський, *Валютне право України: навчальний посібник* (Університетська книга 2005) 51.

<sup>6</sup> О Шереметьєва, *Регулювання та управління валютними ризиками: правовий аспект* (КНЕУ 2017) 78.

які використовуються у ст. 1 цього Закону, таких категорій, як “валютні відносини” та (або) “валютні правовідносини”, а також “міжнародна фінансова (валютна) організація”<sup>7</sup>. Хоча в тексті національних нормативно-правових актів, як у галузі валютного регулювання, так і в інших галузях, досить часто використовують ці терміни.

Як відомо, валютні відносини можуть існувати на різних рівнях:

- міжнародному (міждержавному);
- національному (внутрішньодержавному)<sup>8</sup>.

Отже, як зазначає Є. Алісов, міжнародні валютні відносини набувають свого прояву в межах різноманітних форм співпраці країн: при здійсненні зовнішньої торгівлі, наданні економічної і технічної допомоги, спільної діяльності в галузі капіталовкладень, міжнародних перевезень та ін.<sup>9</sup>

Аналізуючи глобалізаційні процеси в економічному середовищі, стає зрозумілим, що валютні відносини опосередковують майже всі сфери зовнішньоекономічної діяльності держав, юридичних та фізичних осіб. Так, вони функціонують не тільки в галузі зовнішньої торгівлі, міжнародних транспортних перевезень, міжнародних інвестицій, а й у науково-технічній, культурній та інших галузях життя світової спільноти. Коло суб'єктів валютних відносин достатньо широке й різноманітне, а також вони суттєво різняться за своїм правовим статусом.

Відповідно, суб'єктами валютних правовідносин на міжнародному рівні можуть бути держави/угруповання держав (зокрема в особі уповноважених органів), центральні банки, міжнародні фінансові організації, юридичні та фізичні особи. До суб'єктів валютних правовідносин на національному рівні належать: уряд, центральний банк, уповноважені банки та інші уповноважені установи, дипломатичні й консульські представництва держав, фізичні та юридичні особи. Також в окремих випадках, пов'язаних із реалізацією конкретних проєктів міжнародних фінансових організацій на території держави, суб'єктами валютних правовідносин на національному рівні можуть бути і самі міжнародні фінансові організації.

Розглядаючи особливості правового статусу держави як суб'єкта валютних відносин і міжнародного валютного права, варто зазначити, що до них також слід віднести наявність таких важливих ознак держави, як суверенітет та імунітет, включаючи валютний імунітет і валютну монополію. Важливу роль в організації валютних відносин відіграють

<sup>7</sup> Про валюту і валютні операції: Закон України від 21 червня 2018 р. № 2473-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 30. Ст. 239.

<sup>8</sup> Шереметьєва (н 6) 46-89.

<sup>9</sup> Л Воронова (відп ред), *Фінансове право: підручник* (Консум 1999) 457.

центральні органи державної влади, на які покладено функції щодо регулювання та управління валютною сферою, як у середині країни, так і її міжнародними валютними відносинами. Ці органи все більше впливають на регулювання обсягів зовнішніх кредитів, рівня відсоткових ставок, організацію системи державного і недержавного страхування у валютній сфері (наприклад, експортних кредитів), проведення заходів щодо обігу національної валюти на міжнародних валютних ринках та ринках капіталу. Так, у більшості країн світу важлива роль у визначенні державної політики в галузі валютних відносин належить уряду. Він, зокрема, може приймати рішення щодо надання зовнішніх державних кредитів, отримання зовнішніх запозичень, здійснює заходи щодо девальвації та ревальвації національної валюти тощо. Регулюючий вплив на стан валютної сфери в окремих країнах та на міжнародні валютні відносини також здійснюють центральні банки держав. Проте разом із виконанням функцій щодо організації співробітництва у валютній сфері держава може бути також і суб'єктом конкретних платіжних, кредитних та інших валютних відносин.

Проте у валютних відносинах у широкому розумінні цього терміна беруть участь не тільки держави. Похідними суб'єктами міжнародного валютного права та суб'єктами валютних відносин є міжнародні фінансові організації. Зростання зовнішньої заборгованості багатьох країн світу загострило проблеми платоспроможності боржників, дефіциту платіжних балансів, валютних ризиків та ін. У зв'язку з цим посилилася координація політики міжнародних фінансових організацій та держав щодо країн-боржників і щодо нагляду за діяльністю комерційних банків. Здійсненню міждержавного співробітництва у цьому напрямі сприяє також діяльність неурядових фінансових інститутів. Крім цього, як зазначалося вище, учасниками валютних відносин можуть бути фізичні та юридичні особи (наприклад, банки, біржі, фонди, страхові компанії, зовнішньоекономічні організації тощо).

При цьому міжнародні фінансові організації відіграють важливу роль у валютних правовідносинах, які відбуваються як на міжнародному рівні, в яких вони є суб'єктом правовідносин, так і на національному рівні, опосередковано впливаючи на останні. Як зазначають Ж. Завальна та М. Старинський, вагоме значення у здійсненні регулювання обігу валюти на території України відіграють міжнародні та регіональні валютно-фінансові організації, які водночас є суб'єктами валютного права, й особливість яких виявляється у їхньому правовому статусі<sup>10</sup>. Мета цих організацій полягає у тому, щоб забезпечувати міжнародне валютно-

<sup>10</sup> Завальна та Старинський (н 5) 89.



фінансове співробітництво, сприяти розвитку міжнародної торгівлі, підтримувати рівновагу платіжних балансів країн, сприяти забезпеченню стабільності курсів національних валют, мінімізувати валютні ризики, попереджати валютно-фінансові кризи, надавати кредити в іноземних валютах та (або) міжнародних розрахункових одиницях і гарантії країнам-членам тощо.

На сучасному етапі Україна активно співпрацює з низкою міжнародних фінансових організацій, зокрема з Міжнародним валютним фондом (далі – МВФ), Міжнародним банком реконструкції та розвитку (далі – МБРР), Європейським банком реконструкції та розвитку, Європейським інвестиційним банком та ін. Але поняття “міжнародна фінансова організація/міжнародна валютна організація” нині відсутнє у національному законодавстві нашої держави, хоча законодавець досить часто оперує цим терміном. Такий стан створює суттєві проблеми в практичній діяльності, зокрема в процесі реалізації проектів міжнародних фінансових організацій в Україні.

Загальновизнано, що міжнародні фінансові організації як вид міжнародних організацій створюються первинними суб'єктами міжнародного права на основі угоди між ними, тому вони належать до вторинних (похідних) суб'єктів міжнародного права. Обсяг їхньої правосуб'єктності ґрунтується на відповідних установчих документах, а також вони наділені відповідними привілеями та імунітетами. Так, згідно з Конвенцією про привілеї та імунітети спеціалізованих установ Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) 1947 р. (далі – Конвенція) міжнародні фінансові організації мають статус юридичної особи. Вони наділені правоздатністю:

- укладати контракти;
- придбавати і мати рухоме та нерухоме майно;
- порушувати судове переслідування<sup>11</sup>.

М. Гердеген, розглядаючи міжнародну правоздатність міжнародної організації, зазначає, що зазвичай міжнародна організація постає як правоздатне формування безпосередньо з утворенням на основі засновницького договору, з якого чітко або опосередковано виявляються можливі права й обов'язки організації на міжнародно-правовій арені<sup>12</sup>. Проте водночас він стверджує, що від міжнародної правоздатності міжнародної організації слід відрізнити її право- і дієздатність у внутрішньодержавному праві держав-членів, а також у третіх державах. Від внутрішньо-

<sup>11</sup> Конвенція про привілеї та імунітети спеціалізованих установ ООН, прийнята Генеральною Асамблеєю Організації Об'єднаних Націй 21 листопада 1947 р. <[https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_170](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_170)> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>12</sup> М Гердеген, *Міжнародне право* (пер з нім, К.І.С. 2011) 119.

державної право- і дієздатності залежить, чи може міжнародна організація набувати у певній державі земельні ділянки та інше майно, укладати договори і брати участь в іншому приватноправовому обігу. Нерідко право- і дієздатність міжнародної організації щодо країн-членів чітко регулює засновницький договір<sup>13</sup>. На нашу думку, зазначений підхід може бути застосований і до міжнародної фінансової організації як виду міжнародної організації. Проте ми вважаємо, що за право- і дієздатністю міжнародної фінансової організації у внутрішньодержавному праві держав-членів і третіх держав все одно зберігається міжнародно-правовий характер правосуб'єктності цієї організації загалом.

При цьому згідно з усталеним у юридичній науці підходом до правоздатності міжнародних організацій, договірна правоздатність міжнародної фінансової організації як виду міжнародної організації та суб'єкта валютних правовідносин суттєво відрізняється від договірної правоздатності держав, оскільки міжнародні фінансові організації наділені правосуб'єктністю, що є похідною від правосуб'єктності держав, якими вони створені, у тому обсязі прав та обов'язків у галузі валютних відносин, якими їх наділили держави-члени. Міжнародні фінансові організації, на відміну від держав, можуть брати участь у досить вузькому колі договорів, можливість укладання яких:

а) передбачена їхніми статутами, у яких міжнародна організація наділяється певним обсягом міжнародної правосуб'єктності та договірної правоздатності;

б) базується на особливому повноваженні держав-членів<sup>14</sup>.

Аналізуючи привілеї та імунітети міжнародної фінансової організації, можна стверджувати, що вони ґрунтуються на тих привілеях та імунітетах, які мають міжнародні організації, зокрема спеціалізовані установи ООН<sup>15</sup>, а саме:

- міжнародні фінансові організації, їхнє майно та активи користуються імунітетом від будь-якої форми судового втручання;
- приміщення цих організацій є недоторканими;
- архіви та документи, що їм належать або зберігаються ними, є недоторканими;
- офіційна кореспонденція та інші офіційні повідомлення не підлягають цензурі;
- активи, доходи, інша власність та самі ці організації звільняються від усіх прямих податків, митних зборів, імпорتنних та експортних заборон;

<sup>13</sup> Гердеген (н 12).

<sup>14</sup> Н Рязанова та М Гапонюк та А Максименко, *Міжнародні фінансові організації: підручник* (КНЕУ 2010) 31.

<sup>15</sup> Конвенція про привілеї та імунітети спеціалізованих установ ООН (н 11).

– представники держав-членів організації та її посадові особи користуються певними привілеями та імунітетами тощо.

Дуже важливе значення для характеристики правового статусу міжнародної фінансової організації як суб'єкта валютних правовідносин мають положення р. 7 ст. III Конвенції. Зокрема, міжнародні фінансові організації не можуть бути обмежені фінансовим контролем, правилами або мораторієм. Вони можуть володіти фондами, золотом або валютою будь-якого роду та здійснювати операції в будь-якій валюті. Також ці організації можуть вільно переводити свої фонди, золото або валюту з однієї країни в іншу, або в межах будь-якої країни та конвертувати будь-яку валюту, яка є в їхньому розпорядженні, у будь-яку іншу валюту<sup>16</sup>.

Крім цього, міжнародні фінансові організації можуть вирішувати спори, які виникають у процесі їхньої діяльності, іноді і спори між країнами-учасницями, а також вони несуть міжнародно-правову відповідальність за негативні наслідки своїх дій або бездіяльності.

Також необхідно звернути увагу на те, що деякі положення Конвенції мають особливості застосування до міжнародних фінансових організацій. Так, відносно МВФ є певна специфіка застосування р. 32 ст. IX Конвенції щодо передачі Міжнародному Суду ООН усіх розбіжностей, що виникають із трактування або застосування Конвенції, лише щодо спорів, що виникають у зв'язку з трактуванням або застосуванням привілеїв та імунітетів, що надаються Фонду Конвенцією. Крім цього, положення Конвенції не змінюють і не вимагають зміни положень Статуту (Договору) МВФ, не порушують і не обмежують прав, імунітетів, привілеїв, що надаються Фонду його Статутом або за законодавством будь-якої держави-члена. Тобто де-юре закріплено пріоритет положень Статуту (Договору) МВФ над певними положеннями Конвенції<sup>17</sup>.

Аналогічна ситуація і з дією зазначених положень Конвенції щодо МБРР. Проте, крім цього зазначено, що до МБРР можуть бути пред'явлені позови лише в судах, що наділені належною юрисдикцією на території держави-члена, у якій він має контору або в якій призначив представника, уповноваженого отримувати судово-процесуальні документи, або в якій ним випущені чи гарантовані цінні папери. Водночас майно та активи МБРР не можуть бути предметом арешту, заборони або примусового виконання до ухвалення остаточного судового рішення проти нього<sup>18</sup>.

Правосуб'єктність міжнародних фінансових організацій та її обсяг базується на статутах (засновницьких договорах) цих організацій.

<sup>16</sup> Конвенція про привілеї та імунітети спеціалізованих установ ООН (н 11).

<sup>17</sup> Там само.

<sup>18</sup> Там само.

При цьому, як зазначає В. Шумілов щодо міжнародної організації<sup>19</sup>, статут міжнародної фінансової організації як виду міжнародної організації та може містити так звані “припустимі” елементи правосуб’єктності, тобто йдеться про ті повноваження організації, які не передбачені статутом, але відповідають меті, завданням і необхідні для організації та забезпечення її діяльності та виконання функцій і повноважень (за відсутності заперечень із боку держав-членів). Наприклад, коли статутом організації не передбачено її приватноправові дії, укладання договорів цивільно-правового характеру щодо придбання меблів, оргтехніки, виконання робіт та здійснення розрахунків за ними тощо. Крім цього, можливе певне розширення правосуб’єктності міжнародної фінансової організації, яке відповідає положенням статуту про її права та обов’язки, шляхом прийняття рішення її органами, за відсутності заперечень із боку держав-членів.

Також для міжнародних фінансових організацій властиве входження до обсягу їхньої правосуб’єктності “квазізаконодавчих” і “квазісудових” повноважень. Так, під “квазізаконодавчими” повноваженнями варто розуміти ті, передбачені статутом міжнародної фінансової організації, повноваження, які дають змогу їй приймати обов’язкові для виконання державами-членами рішення. “Квазісудові” повноваження – це повноваження, передбачені статутом міжнародної фінансової організації, які надають їй право тлумачити власні статутні документи та міжнародні договори й інші документи, укладені у межах цієї організації, та (або) розглядати і вирішувати спори між державами-членами у межах питань, віднесених до її компетенції. Наприклад, МВФ відповідно до своїх статутних документів може реалізовувати “квазізаконодавчі” повноваження, коли його органи приймають обов’язкові для держав-членів або окремої держави рішення, а також вищі органи Фонду наділені повноваженнями щодо розгляду суперечок із відповідних питань між державами-членами та щодо трактування своїх статутних й інших документів, отже, наділені певними “квазісудовими” повноваженнями.

Досліджуючи роль міжнародних фінансових організацій у глобалізаційному процесі, зауважимо, що вивіз капіталу як елемент глобалізації валютних відносин особливо чітко окреслився як характерна риса сучасного світового валютного і фінансового ринку у другій половині ХХ – на початку ХХІ ст. Тому на певному етапі соціально-економічного розвитку перед суспільством постала необхідність створення міждержавних фінансових організацій, які були покликані:

<sup>19</sup> В Шумілов, *Международное экономическое право*, кн 1 (Дека 2002) 178.

- формувати наднаціональну систему валютного та фінансового правопорядку;
- забезпечувати перерозподіл валютних і фінансових ресурсів між державами з метою загального соціально-економічного зростання;
- створювати додаткові механізми мінімізації ризиків для держав і міжнародних інвесторів;
- поширювати знання з валютних і фінансових питань у глобальному масштабі тощо.

Отже, міжнародні фінансові організації відіграли важливу роль у формуванні сучасних форм вивозу капіталу, сприяючи збільшенню його обсягів, спрямуванню валютних і фінансових ресурсів у найбільш важливі для суспільного розвитку галузі, мінімізуючи ризики транскордонного руху капіталів. На сучасному етапі міжнародні фінансові організації:

- перетворилися на найпотужніших учасників міжнародних ринків капіталів;
- сприяють розвитку ринкових відносин у країнах, що розвиваються, та у країнах із перехідною економікою, заохочують фінансування їхніх господарств іноземними інвесторами;
- стали єдиними у сучасному світогосподарстві організаціями, що здатні запропонувати величезні обсяги фінансування на тривалий термін і на досить привабливих умовах як для урядів держав-учасниць, так і для їх підприємств;
- можуть виступати гарантами у разі фінансування коштом третіх джерел проєктів в економіках країн, що розвиваються, та країн із перехідною економікою;
- є впливовими експертами з економічних, фінансових, валютних та інших питань, і до їхньої думки дослухаються під час розроблення фінансово-економічної політики уряди всіх країн світу<sup>20</sup>.

З метою забезпечення співпраці нашої держави з міжнародними фінансовими організаціями було укладено відповідні міжнародні договори з цими організаціями<sup>21</sup> згідно з Законом України “Про міжнародні договори України”<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Рязанова та Гапонюк та Максименко (н 14) 55.

<sup>21</sup> Рамкова угода між Україною та Європейським інвестиційним банком від 14 червня 2005 р. <[https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_585](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_585)> (дата звернення: 21.01.2020); Меморандум про взаєморозуміння між Україною як Позичальником та Європейським Союзом як Кредитором від 14 вересня 2018 р. <[https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984\\_001-18#n3](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_001-18#n3)> (дата звернення: 21.01.2020); Кредитна Угода між Україною як Позичальником, Національним банком України як Фінансовим агентом Позичальника та Європейським Союзом як Кредитором від 14 вересня 2018 р. <[https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984\\_002-18#n2](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_002-18#n2)> (дата звернення: 21.01.2020); Статті Угоди Міжнародного валютного фонду від 22 липня 1944 р. <[http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995\\_921](http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_921)> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>22</sup> Про міжнародні договори України: Закон України від 29 червня 2004 р. № 1906-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 50. Ст. 540.

Також міжнародні фінансові організації мають вагомe значення у процесі регулювання платіжних балансів держав, зокрема й України. Особливу роль у цьому контексті відіграє МВФ, який відповідно до свого Статуту (Договору) окрім питань формування механізму сучасної валютної системи зобов'язаний вирішувати питання, пов'язані з регулюванням платіжних балансів держав-членів. На цю міжнародну фінансову організацію покладені такі завдання із розвитку механізму платіжних балансів:

- удосконалення методики складання платіжних балансів;
- уніфікація платіжних балансів держав-членів;
- збір та аналіз інформації щодо платіжних балансів держав-членів;
- оприлюднення результатів аналізу платіжних балансів держав-членів;
- допомога державам-членам у регулюванні їхніх платіжних балансів<sup>23</sup>.

Так, у січні 1948 р. МВФ опублікував свій перший “Довідник балансу платежів” (*Balance of Payments Manual*), який згодом неодноразово доопрацьовувався. Класифікація статей платіжного балансу за методикою МВФ кладеться державами-членами в основу розробки національної класифікації, що сприяє уніфікації платіжних балансів держав і забезпечує зіставність їхніх показників<sup>24</sup>.

Однак нині в українському суспільстві точаться дискусії про те, чи потрібні нам кредити МВФ, чи може відмовитися від співробітництва з цією міжнародною організацією, яка відповідно до своїх статутних документів<sup>25</sup> де-юре і де-факто має певні наднаціональні повноваження. Так, ідеться, наприклад, про таку вимогу МВФ, як підвищення пенсійного віку, яке й опосередковано відбулося в Україні через підняття страхового стажу. З одного боку, на жаль, більшість урядів сприяли розповсюдженню чуток із приводу меморандумів із МВФ про економічну й фінансову політику, тримаючи їхній зміст у таємниці, а з другого – навряд чи є потреба сліпо дотримуватися усіх вимог цієї організації, яка, насамперед, дбає про повернення наданих кредитів разом із виплатою відсотків і вимагає від країн-боржників створення правових умов та фінансово-економічних гарантій для їхнього повернення. Ба більше, коли в нашій державі проблема підвищення пенсійного віку неактуальна, на відміну від Німеччини та деяких інших європейських країн. Оскільки є інші шляхи наповнення Пенсійного фонду України (далі – ПФ України), а саме через розширення кількості платників, враховуючи потенційну можливість їх збільшення у понад два рази. Тобто проблема полягає

<sup>23</sup> Статті Угоди Міжнародного валютного фонду (н 21); Рязанова та Гапонюк та Максименко (н 14) 48.

<sup>24</sup> Рязанова та Гапонюк та Максименко (н 14) 48.

<sup>25</sup> Статті Угоди Міжнародного валютного фонду (н 21).

не так у вимогах МВФ, як у шляхах їхньої реалізації з боку держави, зокрема у створенні правових засад для повного виведення економіки країни та заробітних плат із “тіні”. До того ж потрібно вирішити проблему з особами, які не сплачують (або не в повному обсязі сплачують) внески до ПФ України, а з досягненням пенсійного віку потребуватимуть відповідних пенсійних виплат (так звані “заробітчани”, а також особи, які офіційно не оформлені на місці роботи чи оформлені на неповний робочий день, або отримують заробітну плату “в конвертах” тощо). Загалом необхідно вести мову про комплексну пенсійну реформу, яка зможе вирішити існуючі проблеми без підвищення пенсійного віку (страхового чи трудового стажу) для наших громадян. Тим паче, що для такого підвищення відсутня низка соціальних показників. Зокрема, йдеться про такі показники, як високий рівень смертності серед населення, низькі показники середньої тривалості життя українців та ін.

Водночас ефективне співробітництво з цією організацією має свої переваги і є певним індикатором для інших міжнародних фінансових організацій, а також різних кредиторів та інвесторів. Тому, вирішуючи питання про потребу в отриманні кредиту, у кожному конкретному випадку необхідно брати до уваги існуючий стан і перспектив розвитку економіки, а також інтереси громадян і вести перемовини з МВФ враховуючи ці постулати.

Підбиваючи підсумки, зазначимо, що, по-перше, в законодавстві України, а саме в Законі України “Про валюту і валютні операції”, відсутнє визначення поняття “валютні відносини/валютні правовідносини”, що ускладнює правозастосовну та практичну діяльність, зокрема й щодо міжнародних фінансових організацій як суб'єктів цих відносин.

По-друге, у національному законодавстві відсутнє визначення терміна “міжнародна фінансова організація/міжнародна валютна організація”, що в умовах глобалізованого суспільного середовища ускладнює процес міжнародного співробітництва та реалізацію його результатів на внутрішньодержавному рівні.

По-третє, договірна правоздатність міжнародної фінансової організації, зокрема й як суб'єкта валютних правовідносин, суттєво відрізняється від договірної правоздатності держав, оскільки міжнародні фінансові організації наділені правосуб'єктністю, що є похідною від правосуб'єктності держав, якими вони створені, й у визначеному державами обсязі. Цю особливість правового статусу міжнародних фінансових організацій необхідно брати до уваги у процесі здійснення співробітництва з ними.

По-четверте, важливою особливістю, яка характеризує правовий статус і роль міжнародної фінансової організації як суб'єкта валютних пра-

Ольга Шереметьєва

вовідносин, є те, що ці організації наділені привілеями та імунітетами, властивими загалом міжнародним організаціям, але з певною специфікою.

По-п'яте, міжнародним фінансовим організаціям властиве певне розширення обсягу правосуб'єктності, закріпленого в установчих документах цих організацій, за відсутності заперечень із боку держав-членів, а також входження до обсягу їхньої правосуб'єктності "квазізаконодавчих" і "квазісудових" повноважень.

По-шосте, правовий статус міжнародної фінансової організації як суб'єкта валютних правовідносин ґрунтується (із деякими особливостями) на правовому статусі міжнародних організацій загалом, але у тому обсязі прав та обов'язків, якими їх наділили держави-члени, зокрема й у валютно-фінансовій сфері.

По-сьоме, міжнародні фінансові організації як суб'єкти валютних правовідносин, залежно від обсягу їхньої правосуб'єктності, відіграють важливу роль у глобалізаційних процесах, які відбуваються у світі. Так, вони приймають рішення, що істотно впливають на розвиток валютних відносин і валютних систем, здійснюють управління системою міжнародних валютних відносин, сприяють формуванню сучасних форм вивозу капіталу та збільшенню його обсягів, спрямуванню валютних і фінансових ресурсів у найбільш важливі для суспільного розвитку галузі, мінімізуючи ризики транскордонного руху капіталів. Крім того, вони мають вагомe значення у процесі регулювання платіжних балансів держав тощо.

Висновки. Наприкінці проведеного дослідження зазначимо, що ми аналізували правовий статус і роль міжнародної фінансової організації як суб'єкта валютних правовідносин на міжнародному (міждержавному) та національному (внутрішньодержавному) рівнях, у їхній взаємодії та взаємозв'язку. Отже, у статті окреслено лише загальні підходи до вивчення цього питання. Вважаємо, що аналіз правового статусу та ролі міжнародної фінансової організації як суб'єкта валютних правовідносин окремо на кожному з цих рівнів може бути предметом подальших наукових досліджень. При цьому конкретні приклади практичної реалізації прав та обов'язків деяких міжнародних фінансових організацій на національному (внутрішньодержавному) рівні та особливості співпраці з ними, зокрема щодо реалізації окремих проектів міжнародних фінансових організацій в Україні, були предметом вивчення у попередніх наших публікаціях у різних фахових виданнях.

І, нарешті, враховуючи зазначене вище, вважаємо за необхідне поставити питання перед науковою спільнотою щодо назви правової кате-



горії “міжнародна фінансова організація”. Оскільки на сучасному етапі в науці і в національному законодавстві відсутня чітка, загальноприйнята і загальновизнана назва цього терміна. Так, науковці використовують різні терміни, що позначають цю правову категорію: “міжнародна валютна організація”, “міжнародна фінансова організація”, “міжнародна валютно-фінансова організація”, “міжнародна валютно-банківська організація” тощо. На нашу думку, найповніше відповідатиме меті, суті та правовому статусу таких організацій термін “міжнародна валютна організація”, який відображатиме основну “вагову” категорію, з якою ці організації мають справу, а саме – валюта, яка опосередковує більшість відносин та всі операції цих міжнародних структур, тобто є основою, ключовою у визначенні предмета, мети, функцій, змісту прав та обов’язків зазначених організацій, відображаючи їхню сутність. Отже, беручи за основу підхід А. Альтшулера до “вагової” категорії предмета міжнародного валютного права<sup>26</sup>, зазначимо, що сутність усіх відносин та фінансових операцій, які виконують такі міжнародні інституції, полягає у використанні валюти як об’єднуючої, родової і “вагової” категорії, що виокремлює ці відносини та операції з інших, надає їм певної специфіки та особливостей. У зв’язку з цим пропонуємо проведення наукової дискусії щодо назви цієї правової категорії, враховуючи специфіку її правового статусу, з метою уникнення непорозуміннь у правозастосовній практиці.

## REFERENCES

### Bibliography

#### Authored books

1. Al'tshuler A, *Mezhdunarodnoe valjutnoe pravo [International Monetary Law]* (Mezhdunar otноsheniya 1984) (in Russian).
2. Dziubliuk O, *Valiutna polityka: pidruchnyk [Monetary Policy: Textbook]* (Znannia 2007) (in Ukrainian).
3. Riazanova N ta Haponiuk M ta Maksymenko A, *Mizhnarodni finansovi orhanizatsii: pidruchnyk [International Financial Organizations: Textbook]* (KNEU 2010) (in Ukrainian).
4. Sheremetieva O, *Rehulivannia ta upravlinnia valiutnymi ryzykamy: pravovyi aspekt [Regulation and Management of Foreign Exchange Risks: Legal Aspect]* (KNEU 2017) (in Ukrainian).
5. Shumilov V, *Mezhdunarodnoe jekonomicheskoe pravo [International Economic Law], kn 1* (Deka 2002) (in Russian).

<sup>26</sup> А Альтшулер, *Международное валютное право* (Международ отношения 1984) 254.

Ольга Шереметьєва

*Edited books*

6. Herdegen M, *Mizhnarodne pravo [International Law]* (per z nim, K.I.S. 2011) (in Ukrainian).
7. Luk'janenko D i Poruchnik A i Kolesov V (red), *Global'noe jekonomicheskoe razvitie: tendencii, asimmetrii, regulirovanie [Global Economic Development: Trends, Asymmetries, Regulation]* (KNEU 2013) (in Russian).
8. Voronova L (vidp red), *Finansove pravo: pidruchnyk [Financial Law: Textbook]* (Konsum 1999) (in Ukrainian).
9. Zavalna Zh ta Starynskyi M, *Valiutne pravo Ukrainy: navchalnyi posibnyk [Monetary Law of Ukraine: Study Guide]* (Universytetska knyha 2005) (in Ukrainian).

Olga Sheremetieva

THE LEGAL STATUS AND ROLE OF AN INTERNATIONAL  
FINANCIAL ORGANIZATION AS AN ENTITY  
OF FOREIGN EXCHANGE LEGAL RELATIONS  
IN THE GLOBALIZATION PROCESS

ABSTRACT. The globalization process is underway in all areas of life of the world community in general and in the area of foreign exchange relations in particular. However, the legal status and role of an international financial organization as an entity of foreign exchange legal relations, especially in the globalization context, has been insufficiently explored.

The purpose of the article is to characterize the legal status and role of an international financial organization as an entity of foreign exchange legal relations, especially with regard to globalization processes, with a view to avoiding gaps and misunderstandings in science and in law application practice.

The article examines peculiar features of the legal status of an international financial organization as an entity of foreign exchange legal relations in the globalization context. In particular, the peculiarities of legal personality of an international financial organization, and the privileges and immunities granted to these international financial institutions. The author also elaborates on some current problematic aspects of Ukraine's cooperation with the International Monetary Fund.

Summarizing the presented material, the author notes that the treaty-making capacity of international financial organizations differs significantly from the treaty-making capacity of States, since international financial organizations are endowed with legal personality derived from legal personality of the States which they are established by. This peculiarity of the legal status of international financial organizations should be borne in mind when cooperating with them. At the same time, international financial organizations are endowed with privileges and immunities typical for international organizations, with certain specifics. Furthermore, it is in the nature of international financial organizations to a certain extent to increase the scope of legal personality enshrined in the constituent documents of these organizations, provided that member States do not object thereto, and the scope of their legal personality may also comprise "quasi-legal" and "quasi-judicial" powers. In general, it can be noted that international financial organizations, depending on

their legal personality, play a vital role in the globalization processes currently underway in the world. Thus, they have contributed to the emergence of modern forms of capital export and facilitated the increase of its volumes; they played a part in the ushering of foreign exchange and financial resources to the sectors crucial for social development, at the same time minimizing the risks of cross-border capital movement; furthermore, they have a significant role to play in the process of regulation of payment balances of States, etc. Finally, the author emphasizes that there is no clear, generally accepted and generally recognized name for the term “international financial organization” in science and in Ukrainian legislation. In this regard, the author believes that the term “international foreign exchange organization” would be most consistent with the purpose, essence and legal status of these international financial structures, since this term reflects the main “weight class” in which these organizations function, i.e., currency is the exclusive mediator of all of their financial transactions.

KEYWORDS: international financial organization; international foreign exchange organization; legal status; foreign exchange legal relations; entity of foreign exchange legal relations; globalization process; legal personality of international financial organization; privileges and immunities of international financial organization.



## Григорій Мошак

доктор юридичних наук, професор,  
завідувач кафедри цивільного та трудового права  
Одеського національного морського університету  
(Одеса, Україна)  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4234-9943>  
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/U-7931-2018>  
g.moschak@gmail.com

УДК 341.9

### ЩОДО ПОНЯТТЯ ВОДНОГО ШЛЯХУ У ПРАВІ ВНУТРІШНЬОГО СУДНОПЛАВСТВА ПРИДУНАЙСЬКИХ КРАЇН

АНОТАЦІЯ. Розвиток внутрішнього водного транспорту до 2030 р. передбачає його побудову на ґрунтовній політичній стратегії, яка підтримується достатніми та ефективними інструментами реалізації – координацією, інвестиціями, законодавством.

Із аналізу результатів зарубіжних досліджень, зокрема права придунайських країн, впливає необхідність подальшої розробки поняття внутрішнього водного шляху та його нормативного вираження як важливої складової розвитку водного транспорту. Постановою Кабінету Міністрів України “Про затвердження переліку внутрішніх водних шляхів, що належать до категорії судноплавних” на українську частину річки Дунай (від міста Рені до міста Вилкове, а також каналу Дунай–Чорне море на баровій частині гирла Новостамбульське) поширено статус внутрішнього водного морського шляху, що увійшло у протиріччя з Європейською угодою про найважливіші внутрішні водні шляхи міжнародного значення. Зазначена невідповідність є наслідком недостатнього наукового та законодавчого визначення поняття внутрішнього водного шляху.

Термін “внутрішній водний шлях” використовувався у працях дореволюційного вченого П. Казанського, у працях сучасників, таких як А. Кулько, А. Єфіменко, Г. Самойленко, Є. Самойленко, однак без його аналізу, поза зазначеним контекстом і без порівняння із правом придунайських країн – Румунії, Молдови, Німеччини.

Метою статті є порівняльний аналіз поняття водного шляху у праві внутрішнього судноплавства за матеріалами України та окремих придунайських країн, вивчення практики його застосування та питань вдосконалення у контексті економічної ситуації. Це дасть змогу сформулювати висновки щодо поняття внутрішнього водного шляху та пропозиції для його вдосконалення.

Частка вантажів, що перевозяться внутрішніми водними шляхами, у структурі перевезень всіма видами транспорту в Україні досягає близько 1 %, тоді як у Європейському Союзі вона становить 7 %, у Німеччині – 12 %, у Румунії – 22 %.

Існування у Німеччині численних джерел – ґрунтовних законів і великих за обсягом коментарів, монографій та написаних за матеріалами судових справ наукових

статей відкриває перспективу запозичення позитивного досвіду визначення основних понять права внутрішнього судноплавства.

Порівняльний розгляд поняття “внутрішній водний шлях” виявив існування факторів, які не сприяють його науковому та законодавчому визначенню, зростання показників внутрішнього судноплавства. Вони розмивають межу між правом внутрішнього судноплавства та морським правом і реальну питому вагу перевезень, які здійснюються окремими видами транспорту. Україна, Молдова і Румунія як учасники низки багатосторонніх і двосторонніх міжнародних конвенцій, договорів, програм мають широкі можливості спільної розробки єдиного підходу і критеріїв щодо визначення поняття внутрішнього водного шляху.

Ключові слова: право внутрішнього судноплавства; внутрішній водний шлях; правовий досвід придунайських країн.

Із новітніх зарубіжних досліджень випливає, що поняття внутрішнього водного шляху є важливим компонентом розвитку водного транспорту і права внутрішнього судноплавства. Формулювання зазначеного поняття має теоретичне та практичне значення, оскільки впливає на результати законотворчої роботи, науки і практики, зокрема на віднесення перевезень до внутрішніх водних чи морських, переробки вантажів – у портах на внутрішніх водних чи на морських шляхах. Надання постановою Кабінету Міністрів України “Про затвердження переліку внутрішніх водних шляхів, що належать до категорії судноплавних” (далі – Постанова № 640)<sup>1</sup> українській частині річки Дунай (від міста Рені до міста Вилкове, а також каналу Дунай–Чорне море) статусу морського шляху пов’язано з існуванням на річці Дунай у містах Рені, Ізмаїл, Кілія, Вилково та Усть-Дунайськ не річкових, а морських портів. Морський порт у місті Херсон розташовано на річці Дніпро за 95 км від моря. Надання порту, розміщеному на внутрішньому водному шляху, статусу морського спостерігається також і в інших країнах. Зокрема, морський порт міста Гамбург розташований на річці Ельба приблизно за 100 км від Північного моря. Тлумачення поняття “внутрішній водний шлях” із відхиленням від правових і змістовних основ утворює правову теоретичну й практичну проблеми, які не досліджувалися за матеріалами України, Румунії та Німеччини, та до яких не розроблено підходів розв’язання.

Термін “внутрішній водний шлях” використовувався у працях революційного вченого П. Казанського<sup>2</sup>, у працях сучасників, таких як

<sup>1</sup> Про затвердження переліку внутрішніх водних шляхів, що належать до категорії судноплавних”: постанова Кабінету Міністрів України від 12 червня 1996 р. № 640 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/640-96-%D0%BF?> (дата звернення: 30.01.2020).

<sup>2</sup> П Казанский, *Договорные реки: Очерки истории и теории международного речного права*, т 1–2 (Тип Губ правл 1895) 872.

Григорій Мошак

А. Кулько<sup>3</sup>, А. Єфіменко<sup>4</sup>, Г. Самойленко<sup>5</sup>, Є. Самойленко<sup>6</sup>, в автора цих рядків<sup>7</sup> та інших науковців. Проте дослідження поняття внутрішнього водного шляху та його зв'язку з теорією права, законотворчою діяльністю, із правозастосуванням у сучасній вітчизняній юридичній літературі відсутні. В іноземній літературі також не публікувалися результати дослідження зазначеної проблеми як такої, зокрема, за матеріалами придунайських країн – Румунії, Молдови, Німеччини і, відповідно, не зверталася увага на зв'язок між змістом поняття і співвідношенням перевезень, які здійснюються внутрішнім водним і морським транспортом.

Метою дослідження є порівняльний аналіз поняття водного шляху у праві внутрішнього судноплавства за матеріалами України та окремих придунайських країн, який має на меті поглибити розуміння проблеми, визначити правомірність і змістовну коректність перенесення на діяльність на внутрішніх водних шляхах морської термінології, а також запропонувати підходи до розв'язання цієї проблеми.

Вивчення законодавства та практики використання поняття “внутрішній водний шлях” на тлі економічної ситуації на внутрішньому водному транспорті за маловідомими в Україні матеріалами (значна частина яких відсутня в інтернеті і вітчизняних публічних бібліотеках), аналіз яких проведено вперше в Україні, – дає змогу викласти раніше невідоме бачення правової суті цього поняття та пропозиції щодо шляхів його вдосконалення.

За існуючою в Україні практикою порт на річці отримує назву морського, якщо спроможний приймати морські судна. Наслідком є некоректне, без достатніх юридичних підстав розповсюдження морського права на транспортні операції та їх результати *на внутрішніх водних шляхах* і портах – на них. На зазначені обсяги зменшується частка переробки вантажів на внутрішніх водних шляхах і розташованих на них портах. Оскільки частка перевезень тим чи іншим видом транспорту впливає на розподіл ресурсів між ними і на величину підтримки, що надається державою, то внутрішнє судноплавство і відповідне йому право не отримують належного ім державного забезпечення. Водночас декла-

<sup>3</sup> А. Кулько, ‘Інституційні та договірні механізми регламентації міжнародного співробітництва з використання ресурсів ріки Дунай’ (автореф дис канд юрид наук, 2009) 19; А. Кулько, ‘Міжнародно-правове регулювання використання та охорони транскордонних прісних вод’ (автореф дис д-ра юрид наук, 2018).

<sup>4</sup> А. Єфіменко, ‘Міжнародно-правовий режим Дунаю: аспекти судноплавства та охорони навколишнього середовища’ (автореф дис канд юрид наук, 1998) 20.

<sup>5</sup> Г. Самойленко, ‘Договір перевезення вантажів у внутрішньому водному сполученні’ (автореф дисер канд юрид наук, 2003).

<sup>6</sup> Є. Самойленко, ‘Міжнародно-правове регулювання навігаційного використання міжнародних рік’ (автореф дис канд юрид наук, 2016) 46; Є. Самойленко, *Міжнародно-правове регулювання судноплавного використання міжнародних рік* (Ліра-К 2017).

<sup>7</sup> Г. Мошак, *Правовий контроль використання ріки Дунай* (Юридична література 2005) 48.

рація Європейської федерації внутрішніх портів щодо розвитку сектору транспорту та портів на внутрішніх водних шляхах до 2030 р. вважає законодавство важливим інструментом зеленого, розумного транспорту та логістики без перевантажень.

Розвиток окремих інститутів права внутрішнього судноплавства обумовлюється рівнем розвитку зазначеної галузі транспорту та понятійного апарату, котрі створюють основу існування права. Розробка поняття “внутрішній водний шлях” та правове регулювання використання інфраструктури належать до ключових умов існування внутрішнього водного транспорту, утворюючи середовище його функціонування.

Дослідження проблеми поняття внутрішнього водного шляху лише за матеріалами України було б неповним з огляду на те, що досвід країн, які займають лідерські позиції у перевезеннях зазначеним видом транспорту, міг би залишитися поза увагою. Спільні проблеми права дунайського судноплавства зумовлюють необхідність співробітництва України з придунайськими країнами – Румунією, Молдовою, Австрією і Німеччиною у розробленні поняття і статусу внутрішніх водних шляхів. Частка перевезень внутрішніми водними шляхами у структурі перевезень всіма видами транспорту в Україні становить близько 1 %, тоді як у Європейському Союзі (далі – ЄС) – 7 %, у Німеччині – 12 %, у Румунії – 22 %. Суттєво більші, ніж в Україні, показники придунайських країн не є межею можливого, у непридунайських Нідерландах зазначені перевезення сягнули у 2017 р. 44,7 %.

Аналіз показує, що за обсягом на ринку перевезень вантажів внутрішнім водним транспортом у 2018 р. Румунія займала 3-тє місце в ЄС (поступаючись лише Німеччині та Нідерландам). Румунська частка становить 9 % обсягу перевезень ЄС<sup>8</sup>. Одним із координаторів Дунайської стратегії ЄС для Дунайського регіону є також Румунія.

Зменшення перевезень внутрішніми водними шляхами Румунії з 8,7 млн т у 1998 р. до 2,9 млн т у 2009 р., скорочення їх в Україні, Молдові та інших придунайських країнах, починаючи з 90-х років минулого століття, у кінцевому підсумку, призвело до існування низки не розв’язаних економічних і правових проблем. На підставі розрахунків стверджується, що через погану інфраструктуру румунським інвесторам вигідніше імпортувати вантажі у місто Тімішоара через нідерландський порт Роттердам, хоча відстань до нього на 1 000 км більша, ніж до румунського порту Констанца<sup>9</sup>. Зменшення обсягу перевезень внутрішніми

<sup>8</sup> Jahresbericht 2018 Europäische Binnenschifffahrt Marktbeobachtung <[https://www.ccr-zkr.org/files/documents/om/om18\\_II\\_de.pdf](https://www.ccr-zkr.org/files/documents/om/om18_II_de.pdf)> (accessed: 21.01.2020).

<sup>9</sup> ‘Paradoxul cu care se confruntă România. Investitorii preferă să importe prin portul olandez Rotterdam’ <<https://www.digi24.ro/stiri/economie/transporturi/de-ce-investitorii-din-vestul-tarii-prefera-sa-importe-prin-portul-olandez-rotterdam-875078>> (digi24, 09.02.2018) (accessed: 21.01.2020).

Григорій Мошак

водними шляхами у Німеччині було порівняно незначним та не призвело до їх скорочення: збереглися та продовжують ефективно використовуватися 7 300 км судноплавних внутрішніх водних шляхів. Найбільше скорочення експлуатаційної довжини річкових судноплавних шляхів загального користування – з 4 910,0 км у 1980 р. до 1 569,4 км у 2016 р. – відбулося в Україні. Обсяг внутрішніх перевезень річковим транспортом в Україні з 67 млн т на рік у 1990 р. скоротився до 8 млн т<sup>10</sup>. Проте величезний потенціал внутрішніх водних шляхів України зберігається<sup>11</sup> і вимагає однозначності термінів у законодавстві та праві внутрішнього судноплавства.

Звернення до права внутрішнього судноплавства Німеччини аргументується його лідерськими позиціями. Закони зі столітньою історією та розлогими коментарями, змістовні монографії та статті, написані за результатами аналізу судових справ, відображають бурхливий розвиток німецького права внутрішнього судноплавства та чіткість його понятійного апарату. Хоч відносини внутрішнього судноплавства регулює понад десяток спеціальних законів, однак його основу становить закон “Про приватноправові відносини внутрішнього судноплавства” (*Binnenschiffahrtsgesetz*<sup>12</sup>, що функціонує понад 100 років – з 1 січня 1896 р.), і котрий аналізується у більшості вагомих німецькомовних публікаціях. В авторському перекладі цей Закон доступний в інтернеті<sup>13</sup>. В Австрії дотепер діє однойменний закон. Три коментарі: О. Фортіша та О. Шуку до “Закону про внутрішнє судноплавство і рафтинг: пояснювальний текст”, що вперше виданий у 1938 р., перевидавався у 1953 і 2016 рр.<sup>14</sup>; 4-те видання “Коментаря до права внутрішнього судноплавства” О. Вортіша й У. Бемм<sup>15</sup>, що було опубліковано у 1999 р.; 5-те видання “Коментаря до права внутрішнього судноплавства” Т. Вальдштейна і Ю. Голланда<sup>16</sup> 2007 р. – аналізують зазначений вище німецький Закон.

Порівняльний аналіз поняття “внутрішній водний шлях” у праві України, Молдови, Румунії та Німеччини показав існування відмінностей, котрі можуть негативно впливати на якість правового регулювання

<sup>10</sup> ‘Інформація про водний транспорт України’ (Міністерство інфраструктури України) <<https://mtu.gov.ua/content/informaciya-pro-vodniy-transport-ukraini.html>> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>11</sup> Україна має три судноплавні річки, дві з яких входять до п’яти найбільших річок Європи, 16 річкових портів та терміналів; 60 млн т пропускної здатності на рік. Див.: ‘Інформація про водний транспорт України’ (н 10).

<sup>12</sup> BinSchG – Binnenschiffahrtsgesetz <<http://www.gesetze-im-internet.de/binschprg>> (accessed: 21.01.2020).

<sup>13</sup> BinSchG – Gesetz betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt 20.05.1898 (Закон про приватноправові відносини внутрішнього судноплавства 20.05.1898 р.) (переклад Г. Мошака) <<http://uidree.org.ua>> (дата звернення 21.01.2020).

<sup>14</sup> Otto Vortisch und Otto Zschucke, *Binnenschiffahrts und Flößereirecht: Erläuterungswerk* (de Gruyter 2016).

<sup>15</sup> Otto Vortisch und Wilfrid Bemm, *Binnenschiffahrtsrecht: Kommentar* (de Gruyter 1991).

<sup>16</sup> Waldstein von Thor und Holland Hubert, *Binnenschiffahrtsrecht: Kommentar* (de Gruyter Recht 2007).



відносин судноплавства та його показники, опосередковано визначаючи межі правового регулювання і, як наслідок, спотворювати питому вагу перевезень, які здійснюються водними видами транспорту. Хибне визначення обсягу поняття внутрішнього водного шляху спотворює межі середовища внутрішнього судноплавства і права, що регулює відповідні відносини.

Звернення до Британської енциклопедії показує, що вона у понятті внутрішнього водного шляху на першому місці бачить канали, на другому – всі інші природні або штучні водні шляхи, які використовуються для судноплавства, зрошення сільськогосподарських культур, водопостачання або дренажу. При цьому зазначається, що в повітряному і наземному транспорті внутрішні водні шляхи, як і раніше, відіграють життєвоважливу роль і в багатьох районах мають істотно зростати<sup>17</sup>. Авторитетний німецький енциклопедичний словник Дуден (*Duden*) під поняттям внутрішнього водного шляху розуміє шлях, що належить до суші, і з усіх боків оточений нею, наприклад, річка, канал тощо. Деяко іншим є трактування терміна “внутрішній водний шлях” у німецькому Законі “Про Федеральні водні шляхи”<sup>18</sup>, де акцент робиться не на розмежуванні внутрішнього водного і морського шляхів, а на належності до федеральних чи інших водних шляхів. У статті 1 Закону дається визначення *федеральних* внутрішніх водних шляхів як таких, що призначені для загального користування, а Перелік внутрішніх водних шляхів у додатку № 1 до Закону відносить до них, наприклад, річки Ельба, Дунай. Подібним чином перераховуються внутрішні водні шляхи у § 15 Федерального закону Австрії 1997 р. (станом на 19 жовтня 2019 р.) “Про внутрішнє судноплавство”<sup>19</sup>. Внутрішніми водними шляхами названо річки Дунай (включаючи Віденський Дунайський канал), Марх, Еннс та Траун, – зі всіма їхніми притоками, бічними каналами, гаванями та розгалуженнями (за винятком частин водотоків, перелічених у Додатку 2). Всього в нормативному акті зазначено 130 водних шляхів. В Австрії вимоги до судноплавних водних шляхів (§ 2 Закону), зокрема розміри фарватеру, визначаються регламентом з урахуванням міжурядових угод.

Під поняттям внутрішнього водного шляху німецькі автори 5-го видання Коментаря права внутрішнього судноплавства Т. Вальдштейн і Х. Холланд розуміють розміщені на внутрішніх водах всі внутрішні водні шляхи, тобто природні струмки, річки, водотоки і ділянки моря,

<sup>17</sup> ‘Canals and inland waterways’ (*Encyclopaedia Britannica*) <<https://www.britannica.com/technology/canal-waterway>> (accessed: 21.01.2020).

<sup>18</sup> Bundeswasserstraßengesetz (WaStrG) <<https://www.gesetze-im-internet.de/wastrg/WaStrG.pdf>> (accessed: 21.01.2020).

<sup>19</sup> Bundesgesetz über die Binnenschifffahrt (Schifffahrtsgesetz – SchFG) <<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10012703>> (accessed: 21.01.2020).

Григорій Мошак

а також штучні водні шляхи і канали. Автори, розвиваючи думку про правову природу внутрішніх водних шляхів, слушно звертаються до норм морського права і стверджують, що у Німеччині запроваджена з 1998 р. однакова загальна відповідальність на водному транспорті. Як наслідок, як у морському праві, так і в праві внутрішнього судноплавства, важлива *відмінність*, що раніше існувала між, з одного боку, судноплавством на морі і, з другого боку, судноплавством на внутрішніх водних шляхах – *втратила своє значення*. Вирішальним фактором є те, чи призначений транспортний засіб для використання на внутрішніх водних чи на морських шляхах<sup>20</sup>. Наскільки наведене стосується української дійсності – це тема окремого дослідження. Незалежно від того, чи збігається в Україні правова відповідальність за перевезення внутрішнім водним і морським транспортом, вона буде приведена у відповідність до стандартів ЄС у процесі інтеграції держави у його правовий простір.

В електронній версії “Великої української енциклопедії” відсутні терміни “водний шлях” і “внутрішній водний шлях”. У Постанові № 640 наводиться лише перелік судноплавних *внутрішніх* водних шляхів, що поділяються на морські та річкові, без будь-якої аргументації. Відсутність вітчизняного законодавчого визначення поняття внутрішнього водного шляху стимулює його пошук у праві придунайських країн.

У Румунії, яка володіє великою мережею внутрішніх водних шляхів<sup>21</sup>, затверджено номінальний (тобто невичерпний) список внутрішніх водних шляхів<sup>22</sup>, що передбачає можливість його зміни у випадку новобудов чи інших подій. Законодавчо закріпивши зазначений список, уряд Румунії дещо звузив його порівняно з правом України, не включивши до нього всі морські внутрішні водні шляхи. Визначення поняття внутрішнього водного шляху в Румунії здійснено за допомогою понять “національні судноплавні води” та “внутрішні судноплавні води”. Внутрішні водні шляхи Румунії не розміщуються на її внутрішніх морських водах. Із опублікованого на офіційному сайті Адміністрації судноплавства Румунії ордонансу від 28 серпня 1997 р. № 42 (із наступними змінами) випливає, що національні судноплавні води в Румунії складаються із територіального моря, внутрішніх водних шляхів, каналів та акваторії портів, а також із басейнів суднобудівних верф. До *внутрішніх судноплавних вод* належать судноплавні частини річки Дунай, річок, каналів та озер, розташованих на території Румунії, та внутрішні морські води. Таким чином, із ордонансу випливає, що *внутрішніми водними шляхами*

<sup>20</sup> Thor und Hubert (n 16) 9–10.

<sup>21</sup> Rețeaua De Căi Navigabile Interioare Și Porturi. Lege 203/2003 <<https://lege5.ro/Gratuit/gq2tonjr/reteaua-de-cai-navigabile-interioare-si-porturi-lege-203-2003?dp=gi3dcojzgg2tk>> (accessed: 21.01.2020).

<sup>22</sup> Hotărâre nr. 665 din 24 iunie 2008 pentru stabilirea nominală și pe porțiuni a căilor navigabile interioare ale României <<http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/95271>> (accessed: 21.01.2020).

є судноплавні частини річки Дунай, водотоків, каналів та озер, розташованих у межах території Румунії, а також прикордонні судноплавні води від румунського берега до кордону<sup>23</sup>. Наслідком більш інтенсивного використання внутрішніх водних шляхів Румунією, ніж Україною, став більш швидкий та якісний розвиток законодавчої бази внутрішнього судноплавства, який здійснювався також під впливом її десятирічного членства в ЄС. Декілька десятиліть у Румунії діє комплексний акт, що містить не лише перелік внутрішніх водних шляхів, а й правила їх використання. Це ордонанс Уряду Румунії від 29 січня 1999 р. № 22/1999, яким регулюється управління водними шляхами, використання судноплавної публічної транспортної інфраструктури, а також здійснення судноплавної транспортної діяльності у портах та на внутрішніх водних шляхах. Ордонанс відповідно до вимог часу вдосконалено законом “Про внесення змін та доповнень до Урядового ордонансу № 22/1999”<sup>24</sup>. Вітчизняний проект закону, що міг би стати першим в історії незалежної держави законом, який регулював би відносини у сфері внутрішнього водного транспорту, на час підготовки статті все ще перебував на розгляді Верховної Ради України. Водночас у зв’язку з низкою причин досвід Румунії ближчий Україні, ніж досвід Німеччини. Україна перебуває на шляху здійснення роботи, яку Румунія лише зовсім нещодавно виконала у схожих з Україною умовах.

Відповідно до *молдавської* точки зору, внутрішнім водним шляхом є шлях сполучення, природний або штучно створений, позначений навігаційними знаками або іншим способом, що використовується у цілях судноплавства<sup>25</sup>. Зі статті 2 Закону Молдови “Про внутрішній водний транспорт” (право якої цікаве з точки зору швидкості його змін під зростаючим впливом права Румунії та ЄС) випливає, що поняття внутрішнього водного шляху утворюється шляхом перерахування його можливих видів, без використання переліку географічних найменувань. У такий спосіб поняття внутрішнього водного шляху набуло достатньо високого рівня узагальнення, стало змістовно насиченим. Однак воно недостатньо опирається на норми Конвенції Організації Об’єднаних Націй з морського права 1982 р., у якій наводиться міжнародно визнане поняття внутрішніх вод<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Ordonanță nr. 42 din 28 august 1997 privind transportul maritim și pe căile navigabile interioare <<https://portal.rna.ro/SiteAssets/Pagini/Legisla%C8%9Bie/ORDONANTA%2042.pdf>> (accessed: 21.01.2020).

<sup>24</sup> Lege nr. 235 din 29 noiembrie 2017 pentru modificarea și completarea Ordonanței Guvernului nr. 22/1999 privind administrarea porturilor și a căilor navigabile, utilizarea infrastructurilor de transport naval aparținând domeniului public, precum și desfășurarea activităților de transport naval în porturi și pe căile navigabile interioare <<http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/195515>> (accessed: 21.01.2020).

<sup>25</sup> О внутреннем водном транспорте Республики Молдова: Закон от 1 июля 2013 г. № 176 <<http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=349950&lang=2>> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>26</sup> Конвенція Організації Об’єднаних Націй з морського права від 10 грудня 1982 р. <[https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_057](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_057)> (дата звернення: 21.01.2020).

Григорій Мошак

Загальновідомо, що соціально-економічна та матеріально-технічна бази внутрішнього судноплавства і права Молдови суттєво менші, ніж в Україні. Дійсно, у 2018 р. вона володіла лише сімома діючими самохідними вантажними<sup>27</sup> і двома самохідними пасажирськими суднами<sup>28</sup>. У 2017 р. під прапором Молдови перебувало 168 морських суден загальною місткістю 703 тис. т із тимчасовою чи постійною реєстрацією в дунайському морському порту Джурджулешти. За тоннажем флот Молдови становить 10 % від російського торгового флоту<sup>29</sup>, однак тільки на папері Молдова виглядає справжньою морською державою<sup>30</sup>. Довжина її судноплавних внутрішніх водних шляхів у 2018 р. становила від 410 км<sup>31</sup> до 635 км<sup>32</sup>. У попередні роки хоч вона й була істотно більшою<sup>33</sup>, однак Молдова втратила свою частку власності у торговельному флоті Радянського Союзу загальним тоннажем у 258 тис. т<sup>34</sup>, що призвело до скорочення перевезень і занепаду права внутрішнього судноплавства.

В Україні, за нашими підрахунками, здійсненими на основі даних Єдиного державного реєстру судових рішень, кількість судових рішень у цивільних справах, де предметом розгляду було річкове судно, з 2014 р. по 2018 р. різко збільшилася – у 10,1 разів (з 52 до 528 рішень); у випадку з морським судном збільшення спостерігалось лише у 2,9 рази – з 180 рішень у 2014 р. до 826 у 2018 р. Із таблиці 1, що наводиться, вбачається випереджаюче збільшення кількості рішень у цивільних справах у сфері внутрішнього судноплавства порівняно з морським, та меншій частці вироків у кримінальних справах. Зазначена тенденція може свідчити про загострення цивільно-правової ситуації у праві внутрішнього судноплавства та вимагати посилення до неї уваги науковців для сприяння її розв'язанню цивільно-правовими інструментами.

<sup>27</sup> 'Nave fluviale in inventar, la sfirsitul anului, pe tipuri de nave, 2000-2018' (*Banca de date statistice Moldova*) [http://statbank.statistica.md/pxweb/pxweb/ro/40%20Statistica%20economica/40%20Statistica%20economica\\_\\_19%20TRA\\_\\_TRA020/TRA020400.px/table/tableViewLayout1?rxid=9a62a0d7-86c4-45da-b7e4-fecc26003802](http://statbank.statistica.md/pxweb/pxweb/ro/40%20Statistica%20economica/40%20Statistica%20economica__19%20TRA__TRA020/TRA020400.px/table/tableViewLayout1?rxid=9a62a0d7-86c4-45da-b7e4-fecc26003802) (accessed: 21.01.2020).

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> 'Правила регистрации судов в Молдове меняются' (*ПортНьюс*) <<http://portnews.ru/digest/20781>> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>30</sup> Еще один молдавский корабль попал под запреты: стала известна причина (*Блокнот Молдовы*, 21.04.2019) <[http://bloknot-moldova.md/news/eshche-odin-moldavskiy-korabl-popal-pod-zaprety-st-1092650?sphrase\\_id=955777](http://bloknot-moldova.md/news/eshche-odin-moldavskiy-korabl-popal-pod-zaprety-st-1092650?sphrase_id=955777)> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>31</sup> Ministerul Transporturilor. Raport de activitate pentru anul 2018. Iunie 2019 <<http://www.mt.gov.ro/web/14/documente/interes-public/rapoarte/Raport%20activitate%20MT%202018.pdf>> (accessed: 21.01.2020).

<sup>32</sup> Об утверждении Концепции развития водного транспорта в Республике Молдова: постановление Правительства Республики Молдова от 24 марта 2008 г. № 453 <<https://www.ulpmr.ru/ul/show/fz6UtEvBYzQ5fHN785O2sNGDXd6Trgac+Ko=>>> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>33</sup> 'Карта европейских внутренних водных путей' (*Интересное на карте*, 22.08.2017) <<http://mapinmap.ru/archives/9552>> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>34</sup> А Лабунец, 'Экономика Молдовы: проблемы водного транспорта' (*AVA.MD*, 15.07.2010) <<https://ava.md/2010/07/15/ekonomika-moldovy-problemy-vodnogo-transporta>> (дата звернення: 21.01.2020).

Таблиця 1

Кількість судових рішень та вироків за останні 5 років  
згідно з Єдиним державним реєстром судових рішень  
за контекстними словами “морське судно”, “річкове судно”

Рік	2014		2015		2016		2017		2018	
	Морське судно	Річкове судно	Морське судно	Річкове судно	Морське судно	Річкове судно	Морське судно	Річкове судно	Морське судно	Річкове судно
Цивільні справи (рішення)	180	52	178	63	293	196	292	185	826	528
Кримінальні справи (вироки)	16	6	22	4	20	10	17	7	24	7

Відсутність єдності у розумінні поняття “внутрішній водний шлях” може сприяти збільшенню кількості судових спорів із приводу використання суден, яких у 2018 р. було зареєстровано 901 сумарною валовою місткістю 503 188 реєстрових тонн<sup>35</sup>, а також 97 суден змішаного плавання (самохідних і несамохідних валовою місткістю менше 100) сумарною валовою місткістю 5 261 реєстрових тонн.

На нашу думку, надання судноплавному шляху, що проходить внутрішніми водами і межі якого визначені Конвенцією Організації Об’єднаних Націй з морського права, статусу морського внутрішнього водного шляху є правомірним та виправданим. Український урядовий перелік внутрішніх водних шляхів (включно з каналами, внутрішніми озерами) є кращим порівняно з розглянутими формулюваннями, однак він не повною мірою відповідає вимогам Європейської угоди про найважливіші внутрішні водні шляхи міжнародного значення (далі – Європейська угода)<sup>36</sup>, яка визначає узгоджену мережу внутрішніх водних шляхів міжнародного значення як *погоджений план її розвитку й розбудови*. Оскільки порти належать до складових зазначеної мережі, то назва порту має підпорядковуватися назві шляху його розміщення. Нумерація портів відповідно до Європейської угоди (у назві порту) включає європейський номер шляху, на якому він розміщений. Існування на українській частині річки Дунай морського шляху та морських портів суперечить нормам зазначеної Європейської угоди, а також правилам, що вимагають назву річки підпорядковувати її сутності. Надання порту назви морського лише на підставі того, що він має можливість прийма-

<sup>35</sup> Реєстрова книга суден <<http://shipregister.ua/pdf/reg-ships.pdf>> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>36</sup> Європейська угода про найважливіші внутрішні водні шляхи міжнародного значення від 19 січня 1996 р. <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994-342>> (дата звернення: 21.01.2020).

Григорій Мошак

ти морські судна, не є достатнім аргументом. Українські назви водного шляху на річці Дунай та назви портів на ньому мають бути приведені у відповідність до вимог Європейської угоди. Надія на виправлення не-доліку пов'язана з положеннями Угоди, які передбачають спорудження українських портів внутрішнього плавання міжнародного значення Рені, Ізмаїл, Кілія, Усть-Дунайськ.

Перспектива застосування єдиного підходу і критеріїв для розробки уніфікованого поняття внутрішнього водного шляху Україною, Молдовою та Румунією пов'язана з їхньою співпрацею у низці багатосторонніх і двосторонніх міжнародних конвенцій, договорів, програм. Ідеться про співробітництво з проблем права внутрішнього судноплавства у Дунайській комісії, у межах проєктів “ТРАСЕКА”<sup>37</sup>, єврорегіонів “Дністер” і “Нижній Дунай”, а також у реалізації стратегії ЄС для Дунайського регіону (СЕСДР)<sup>38</sup>. Програма “Східне партнерство” також надає можливості для реалізації спільних правових ініціатив у питаннях економічного співробітництва з ЄС і транспорту.

Розробка єдиного поняття внутрішнього водного шляху можлива у межах підготовки рекомендацій щодо вдосконалення роботи підприємств внутрішнього водного транспорту з питань залучення для перевезення вантажів (шляхом усунення вузьких місць у застосуванні права внутрішнього судноплавства) чи спільної підготовки кадрів у галузі права внутрішнього судноплавства, у підготовці навчально-наукових та науково-практичних розробок і рекомендацій. Одним із альтернативних орієнтирів у розробці поняття внутрішнього водного шляху і його статусу могло б бути законодавство Нідерландів. Там відносини внутрішнього судноплавства переважно врегульовані кодифікованими нормами 309 статей Цивільного кодексу Нідерландів (книга 8, статті 770–1 079). Ідеться про судно внутрішнього судноплавства та речі на його борту (статті 770–859); екіпаж судна внутрішнього судноплавства (статті 860–879); комерційні операції (статті 880–999); аварії (статті 1 000–1 059) та обмеження відповідальності власника судна внутрішнього судноплавства (статті 1 060–1 079).

Висновки. У Німеччині, Австрії, Румунії та інших країнах поняття внутрішнього морського шляху базується на нормах публічного і приватного права. Відсутність в Україні спеціального законодавства, що регулює внутрішнє судноплавство, є одним із факторів зростання напруженості.

www.pravoua.com.ua

<sup>37</sup> Логистические процессы и морские магистрали II. Проект мастер-плана “LOGMOS” – Приложение 9.1. Обзор страны. Молдова. Октябрь 2013 <[http://www.traseca-org.org/fileadmin/fm-dam/TAREP/65ta/Master\\_Plan/MPA9.1MDRU.pdf](http://www.traseca-org.org/fileadmin/fm-dam/TAREP/65ta/Master_Plan/MPA9.1MDRU.pdf)> (дата звернення: 21.01.2020).

<sup>38</sup> Стратегія Європейського Союзу для Дунайського регіону (The EU Strategy for the Danube Region (EUSDR) <<http://www.me.gov.ua/Documents/Print?lang=uk-UA&id=529fde16-08e8-45f8-ba31-6c9d36c01254>> (дата звернення: 21.01.2020).

При розробці поняття внутрішнього водного шляху необхідно враховувати, що не вид судна визначає суть і назву шляху чи порту, а навпаки. Саме поняттю внутрішнього водного шляху та його характеристикам мають підпорядковуватися параметри суден і портів.

На період до завершення вивчення досвіду доктринального і законодавчого визначення поняття внутрішнього водного шляху у праві Німеччини, Австрії, Румунії та до отримання власних законів в Україні можна було б використовувати як робочі відповідні напрацювання зазначених країн.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored books*

1. Thor Waldstein von und Hubert Holland, *Binnenschiffahrtsrecht: Kommentar* (de Gruyter Recht 2007) (in German).
2. Vortisch O und Bemm W, *Binnenschiffahrtsrecht: Kommentar* (de Gruyter 1991) (in German).
3. Vortisch O und Zschucke O, *Binnenschiffahrts und Flößereirecht: Erläuterungswerk* (de Gruyter 2016) (in German).
4. Kazanskij P, *Dogovornye reki: Ocherki istorii i teorii mezhdunarodnogo rechnogo prava [Negotiated Rivers: Essays on the History and Theory of International River Law]*, t 1-2 (Tip Gub pravl 1895) (in Russian).
5. *Rehistrova knyha suden [Ship Register Book]* <<http://shipregister.ua/pdf/reg-ships.pdf>> (accessed: 21.01.2020) (in Ukrainian).
6. Moshak G, *Pravovoj kontrol' ispol'zovaniya reki Dunaj [Legal Control of the Use of the Danube River]* (Iurydychna literatura 2005) (in Russian).
7. Samoilenko Ye, *Mizhnarodno-pravove rehuliuвання sudnoplavnoho vykorystannia mizhnarodnykh rik [International Legal Regulation of the Navigational Use of International Rivers]* (Vydavnytstvo Lira-K 2017) (in Ukrainian).

#### *Theses*

8. Kulko A, 'Instytutsiini ta dohovirni mekhanizmy rehlementatsii mizhnarodnoho spivrobotnytstva z vykorystannia resursiv riky Dunai' ['Institutional and Contractual Mechanisms Regulating International Cooperation on the Use of the Danube River Resources'] (avtoref dys kand yuryd nauk, 2009) (in Ukrainian).
9. Kulko A, 'Mizhnarodno-pravove rehuliuвання vykorystannia ta okhorony transkordonnykh prisnykh vod' ['International Legal Regulation of the Use and Protection of Transboundary Fresh Waters'] (avtoref dys d-ra yuryd nauk, 2018) (in Ukrainian).
10. Samoilenko H, 'Dohovir perevezennia vantazhiv u vnutrishnomu vodnomu spoluchenni' ['Contract for the Carriage of Goods by Inland Waterway'] (avtoref dys kand yuryd nauk, 2003) (in Ukrainian).
11. Samoilenko Ye, 'Mizhnarodno-pravove rehuliuвання navihatsiinoho vykorystannia mizhnarodnykh rik' ['International Legal Regulation of the Navigational Use of International Rivers'] (avtoref dys kand yuryd nauk, 2016) (in Ukrainian).

Григорій Мошак

12. Yefymenko A, 'Mizhnarodno-pravovyi rezhym Dunaiu: aspekty sudnoplavstva ta okhorony navkolyshnoho seredovyscha' ['International Legal Regime of the Danube: Aspects of Navigation and Environmental Protection'] (avtoref dys kand yuryd nauk, 1998) (in Ukrainian).

Websites

13. 'Paradoxul cu care se confruntă România. Investitorii preferă să importe prin portul olandez Rotterdam' <<https://www.digi24.ro/stiri/economie/transporturi/de-ce-investitorii-din-vestul-tarii-prefera-sa-importe-prin-portul-olandez-rotterdam-875078>> (*digi24*, 09.02.2018) (accessed: 21.01.2020) (in Romanian).
14. 'Canals and inland waterways' (*Encyclopaedia Britannica*) <<https://www.britannica.com/technology/canal-waterway>> (accessed: 21.01.2020) (in English).
15. 'Nave fluviale in inventar, la sfirsitul anului, pe tipuri de nave, 2000-2018' (Banca de date statistice Moldova) [http://statbank.statistica.md/pxweb/pxweb/ro/40%20Statistica%20economica/40%20Statistica%20economica\\_\\_19%20TRA\\_\\_TRA020/TRA020400.px/table/tableViewLayout1/?rxid=9a62a0d7-86c4-45da-b7e4-fecc26003802](http://statbank.statistica.md/pxweb/pxweb/ro/40%20Statistica%20economica/40%20Statistica%20economica__19%20TRA__TRA020/TRA020400.px/table/tableViewLayout1/?rxid=9a62a0d7-86c4-45da-b7e4-fecc26003802) (accessed: 21.01.2020) (in Romanian).
16. 'Karta evropejskih vnutrennih vodnyh putej' ['Map of European Inland Waterways'] <<http://mapinmap.ru/archives/9552>> (accessed: 21.01.2020) (in Russian).
17. 'BinSchG – Gesetz betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschifffahrt 20.05.1898 (Zakon pro pryvatno-pravovi vidnosyny vnutrishnoho sudnoplavstva 20.05.1898 r). (pereklad H. Moshaka)' <<http://uidree.org.u>> (accessed: 21.01.2020) (in Ukrainian).
18. 'Eshhe odin moldavskij korabl' popal pod zaprety: stala izvestna prichina' ['Another Moldovan Ship Banned: the Reason is Known'] (*Bloknot Moldovy*, 21.04.2019) <[http://bloknot-moldova.md/news/eshche-odin-moldavskiy-korabl-popal-pod-zaprety-st-1092650?sphrase\\_id=955777](http://bloknot-moldova.md/news/eshche-odin-moldavskiy-korabl-popal-pod-zaprety-st-1092650?sphrase_id=955777)> (accessed: 21.01.2020) (in Russian).
19. Informatsiia pro vodnyi transport Ukrainy' ['Information about Water Transport of Ukraine'] (*Ministerstvo infrastruktury Ukrainy*) <<https://mtu.gov.ua/content/informaciya-pro-vodniy-transport-ukraini.html>> (accessed: 21.01.2020) (in Ukrainian).
20. Labunec A, 'Jekonomika Moldovy: problemy vodnogo transporta' ['Moldova's Economy: Water Transport Problems'] (*AVA.MD*, 15.07.2010) <<https://ava.md/2010/07/15/ekonomika-moldovy-problemy-vodnogo-transporta>> (accessed: 21.01.2020) (in Russian).

Grygorii Moshak

ON THE CONCEPT OF WATERWAY IN INLAND NAVIGATION LAW  
OF THE DANUBE COUNTRIES

ABSTRACT. The development of inland water transport for the period till 2030 is contingent on a solid political strategy which it will rest upon and which is supported by sufficient and efficient implementation tools – coordination, investment, and legislation.

An analysis of research results from foreign countries, in particular, law of the Danube countries, engenders the need for a further development of the concept of inland waterway and its statutory representation as an essential component of water transport development. The Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine "On Approval of the List of Inland Waterways Categorized as Navigable" has assigned the Ukrainian part of the Danube



(from Reni to Vilkovo, and the Danube-Black Sea channel on the barrier coastline part of the Novostambulske mouth) the status of an inland sea route, but this comes into conflict with the European Agreement on Main Inland Waterways of International Importance. This discrepancy stems from inappropriate scientific and legislative definition of the concept of inland waterway.

The term “inland waterway” was used in the works by pre-revolutionary scientist P. Kazanskij, in works by contemporaries A. Kulko, A. Yefimenko, G. Samoylenko, Ye. Samoylenko, however, without its analysis, outside of the mentioned context and without comparison with law of the Danube countries of Romania, Moldova, and Germany.

The purpose of the article is to make a comparative analysis of the concept of waterway in inland navigation law based on the materials of Ukraine and certain Danube countries and drawing upon the study of its application practice and issues of improvement in the context of the economic situation. This will allow formulating conclusions about the inland waterway concept and proposals for its improvement.

In Ukraine, transportation of goods by inland waterways accounts for 1 % in the structure of transportation by all means of transport, while in the European Union this share is 7 %, in Germany – 12 %, and in Romania – 22 %.

Numerous sources available in Germany – fundamental laws and bulky comments, monographs and scientific articles written on the basis of court cases open up the opportunity for borrowing positive experience accumulated in respect of defining the main concepts of inland navigation law.

A comparative examination of the concept “inland waterway” unveiled the factors which are not contributive to its scientific and legislative definition, or to the growth of inland navigation figures. They blur the boundary between inland navigation law and maritime law and reduce the real share of transportation by particular means of transport. Ukraine, Moldova, and Romania, as parties to a number of multilateral and bilateral international conventions, treaties, and programs, have ample opportunities for joint development of a common approach to and criteria for defining the concept of inland waterway.

KEYWORDS: inland navigation law; inland waterway; legal experience of the Danube countries.

## СЛОВО МОЛОДИМ ВЧЕНИМ



Володимир Шевела

керівник юридичного відділу ТОВ “Допомога”  
(Полтава, Україна)  
shevela.vladimir99@gmail.com

УДК 342.5+342.8

### ЗАГРОЗИ ЕЛЕКТРОННОЇ ДЕМОКРАТІЇ У КОНТЕКСТІ ЗБЕРЕЖЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ЛАДУ В УКРАЇНІ

АНОТАЦІЯ. Науково-технічний прогрес проник практично в усі сфери суспільного життя і не обмежується здійсненням покупок в інтернеті або використанням хмарних сховищ. Тому і демократія як концепція під впливом інформаційних технологій постійно трансформується і набуває нових рис, форм, якостей, як то електронна (цифрова) демократія. Що ж являє собою ця концепція? Яким чином її впровадження може бути корисним для суспільства? Які небезпеки для конституційного ладу держави вона несе, і як їм запобігти?

Метою статті є дослідження суті явища електронної демократії, аналіз її переваг і недоліків, моделювання потенційних небезпечних ситуацій у разі її впровадження.

Основною дилемою, яка постає при дослідженні цього явища, є докорінна зміна існуючих традиційних демократичних інститутів – з одного боку, збереження конституційного ладу – з другого. Тож як віднайти баланс між революційними змінами та основами існування України як держави нетоталітарного типу?

В Україні нині елементи концепції електронної демократії частково втілені в житті у вигляді електронного урядування: публічні реєстри, електронні адміністративні послуги, можливість подання петицій, звернень онлайн тощо. Структурний аналіз цієї концепції показує, що процес її впровадження можливий за одночасної наявності таких передумов: 1) політична зрілість нації; 2) політична воля еліти на момент впровадження; 3) технологічна можливість. У разі відсутності однієї з цих умов виникають ризики для існуючого конституційного ладу держави.

Крім того, можемо припустити, що потенційними загрозами конституційного ладу є дисперсія відповідальності; легковажне ставлення громадян до своїх обов'язків і, таким чином, паралізація роботи державного механізму; загроза зовнішнього втручання; викривлення результатів голосування. Гіпотетично цей перелік не є ви-

черпним, через що ми спробуємо змоделювати основні можливі загрози конституційному ладу у разі запровадження концепції електронної демократії.

Концепція електронної демократії передбачає поступове, поетапне втілення в життя основних її елементів: вирішення питань місцевого значення шляхом проведення місцевих електронних референдумів, дигіталізація адміністративних послуг, моніторинг роботи органів публічної влади тощо. Шляхом інтеграції суспільства під час електронного голосування у єдину систему досягається найвищий ступінь легітимації прийнятих рішень. Водночас трансформація законодавчого процесу – найскладніший з аспектів електронної демократії, який і несе в собі левову частку ризиків та загроз конституційному ладові держави.

Ключові слова: електронна демократія; електронне урядування; конституційний лад; безпосередня демократія; політична еліта; конституційні права людини.

Одним із викликів сучасному конституціоналізму є впровадження концепції електронної демократії. З одного боку, цей процес є неминучим, адже є наслідком науково-технічного прогресу загалом та процесів сучасної демократизації суспільства зокрема. З другого боку, концепція електронної демократії – явище комплексне, й окремі його елементи можуть нести в собі потенційну небезпеку для конституційного ладу держави.

Природа людини за останні часи суттєво змінилася, і продовжує змінюватися. Те, що видавалося фантастичним 40–50 років тому, зараз є реальністю. Трансформація української держави від тоталітарного типу до демократичного не могла постати в уяві середньостатистичного громадянина Української Радянської Соціалістичної Республіки в 70-х роках ХХ ст. Проте нині для сучасного покоління демократичний лад у державі, як повітря. І, безумовно, в свідомості сучасних громадян – подальший розвиток демократичних тенденцій у функціонуванні держави зі становленням реального громадянського суспільства. Одним із каталізаторів більш досконалого функціонування держави як демократичної прийнято вважати концепцію електронної демократії<sup>1</sup>. Як відомо, навіть найкорисніші ідеї можуть використовуватися для руйнацій<sup>2</sup>. У цьому випадку важливим є недопущення використання концепції електронної демократії в інтересах узурпаційних груп для повернення до тоталітарного ладу. Саме тому постає необхідність проведення досліджень впливу цієї концепції на основу основ держави – конституційний лад.

У травні 2019 р. Україна обрала нового Президента. Ним став В. Зеленський, який у своїй передвиборчій програмі однією з цілей поставив по-

<sup>1</sup> Ehud Shapiro, 'Foundations of e-Democracy' (2018) 8 Communications of the ACM 31.

<sup>2</sup> Р Даль, *Демократия и ее критики* (Ильин М пер, РОССПЭН 2003) 516

будову в Україні цифрової економічної та політичної інфраструктури<sup>3</sup>, зокрема, для оптимізації державних видатків. У червні 2019 р. в Адміністрації Президента відбулося перше експертне обговорення концепції “Держава в смартфоні”, в якому взяли участь представники “Коаліції електронної держави” (65 організацій в галузі ІТ). На зустрічі підкреслювалося, що ‘до 2024 року 90 % всіх державних послуг необхідно перевести в режим онлайн, втричі зменшивши кількість взаємодії громадян та бізнесу із владою та досягнути нульового рівня корупції в даній галузі’<sup>4</sup>. Що це: банальні популістські заяви чи реальні плани докорінних змін – покаже час. Однак із цього факту чітко можна зрозуміти: нова політична еліта всерйоз зацікавлена у технологічному оновленні державних механізмів й усвідомлює потенціал технологій у цій сфері.

Аспекти, релевантні концепції електронної демократії, неодноразово були предметом дослідження у працях як українських, так і зарубіжних науковців (К. Саркісова<sup>5</sup>, Т. Кагановська<sup>6</sup>, І. Погребняк<sup>7</sup>, О. Баранов<sup>8</sup>, О. Левченко<sup>9</sup>, Е. Шапіро<sup>10</sup>, Д. Крейс<sup>11</sup>, Д. Шулер<sup>12</sup> та ін.). В окремих дослідженнях безпосередньо згадуються потенційні негативні впливи на суспільство за допомогою цифрових технологій<sup>13</sup>, розглядаються окремі елементи концепції електронної демократії<sup>14</sup>, наголошується на забезпеченні рівності громадян при використанні інструментів електронної демократії<sup>15</sup>.

Однак, визнаючи вагоме значення названих вище наукових праць, вважаємо за необхідне звернути увагу на брак досліджень концепції електронної демократії у площині загроз конституційному ладові України. Зважаючи на це, спроба проаналізувати концепцію електронної демо-

<sup>3</sup> ‘Передвиборча програма кандидата на пост Президента України Володимира Зеленського’ (Офіційний сайт Володимира Зеленського і команди, 2019) <<https://program.ze2019.com>> (дата звернення: 29.12.2019).

<sup>4</sup> Володимир Зеленський, ‘Я хочу швидких змін і гарантую політичну волю’ (Офіційний веб-сайт Президента України, 13.06.2019) <<https://www.president.gov.ua/news/ya-hochu-shvidkih-zmin-i-garantuyu-politichnu-volyu-preziden-55869>> (дата звернення: 29.12.2019).

<sup>5</sup> К. Саркісова, ‘Електронна демократія як форма політичної комунікації в сучасному суспільстві’ (2007) 1 Політичний менеджмент 66–74.

<sup>6</sup> Т. Кагановська, ‘Електронне урядування як форма державного управління в Україні: сучасний стан і перспективи розвитку’ (2014) 2 Форум Права 176–182.

<sup>7</sup> І. Погребняк, ‘Електронний уряд (e-government) і електронне урядування (e-governance): поняття та принципи функціонування’ [2014] 3 (7) Право та інновації 26–35.

<sup>8</sup> О. Баранов, ‘Правові проблеми “електронної демократії”’ [2017] 1 (20) Інформація і право 28–38.

<sup>9</sup> О. Левченко, ‘Прикладні аспекти реалізації політики електронної демократії в Україні: проблематика інформаційного виключення’ [2018] 1 (73) Актуальні проблеми державного управління 73–7.

<sup>10</sup> Shapiro (n 1).

<sup>11</sup> Daniel Kreiss, ‘The Problem of Citizens: E-Democracy for Actually Existing Democracy’ (2015) 2 Social Media + Society <<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2056305115616151>> (accessed: 29.12.2019).

<sup>12</sup> Douglas Schuler ‘E-Democracy Won’t Save Democracy. Democracy Will Save Democracy’ (2018) 8 Communications of the ACM 34–6.

<sup>13</sup> Саркісова (n 5).

<sup>14</sup> Кагановська (n 6).

<sup>15</sup> Левченко (n 9).

кратії у такому ракурсі, на нашу думку, може становити певний інтерес. Особливої актуальності набувають питання, безпосередньо пов'язані із концепцією електронної демократії, зважаючи на активні соціально-політичні трансформації в Україні, такі як Революція Гідності, триваючий конфлікт на сході України, серія реформ 2014–2018 рр., повне переавантаження політичної еліти у 2019 р. Нині питання захисту основ конституціоналізму стає наріжним каменем у подальшому існуванні України як держави нетоталітарного типу із функціонуючою демократичною інфраструктурою.

Метою дослідження є з'ясування суті концепції електронної демократії, аналіз її переваг і недоліків, моделювання потенційних загроз конституційному ладу України у разі її впровадження.

Аксіоматичним фактом є те, що формальне закріплення демократичних інститутів у конституціях країн із нерозвиненим громадянським суспільством веде до узурпації влади та культивування насилля для її утримання. Інструменти демократії перетворюються на засоби контролю та маніпулювання населенням. Так, у більшості латиноамериканських країн, які формально є демократіями, насильство, спрямоване у бік самої політичної нації, є механізмом підтримання державних і політичних інститутів<sup>16</sup>. І в результаті право нації на зміну політичної еліти не може бути реалізоване цивілізованим демократичним шляхом. Події у Венесуелі у 2017–2019 рр. є відповідною ілюстрацією, коли навіть силовим методом, реалізуючи своє право на повстання, політична нація не може скинути еліту, адже всі державні механізми використовуються елітою з метою захисту від своїх же громадян<sup>17</sup>. Демократичні запобіжники узурпації влади, такі як, наприклад, конституційний суд, механізм стримувань і противаг, у такій ситуації фактично паралізовані.

Сьогодні у науковому середовищі та практиці вже стало беззаперечним твердження щодо того, що прозорість владних структур, активний взаємозв'язок двох сторін (політичної нації та еліти), можливість змінити політичну еліту можуть суттєво підвищити ефективність функціонування держави та мінімізувати ризики озброєних повстань та інших дестабілізуючих явищ<sup>18</sup>. Також очевидним є той факт, що збільшенню кількості безпосередніх контактів громадян із чиновницьким апаратом прямо пропорційне збільшення корупційних ризиків<sup>19</sup>. Для збільшення

<sup>16</sup> Daniel M Goldstein, Enrique Desmond Arias, *Violent Democracies in Latin America* (Duke University Press 2010) 5–6.

<sup>17</sup> Moses Naim, Francisco Toro, 'Venezuela's Suicide: Lessons from a Failed State' (2018) 6 *Foreign Affairs* 134.

<sup>18</sup> Дарон Аджемоглу, Джеймс Робінсон, *Чому нації занепадають. Походження влади, багатства та бідності* (Дем'янчук О перекл, Наш формат 2018) 372–3.

<sup>19</sup> 'Корупційні ризики надання адміністративних послуг та контрольно-наглядової діяльності в Україні' (Центр політико-правових реформ, Фонд "Демократичні ініціативи", 2009) <<https://rm.coe.int/16806eeae4>> (дата звернення: 29.12.2019).

стійких взаємозв'язків між державою та громадянами – з одного боку, мінімізації особистих контактів – із другого, можливо використовувати інформаційні системи, які є елементами електронної демократії.

### *Генеалогія та суть явища*

Дискусія навколо концепції електронної демократії почалася у Сполучених Штатах Америки у другій половині ХХ ст. Як і на початку свого розвитку, так і сьогодні, цей термін практично не змінив свого значення. У широкому розумінні електронну демократію трактують як ‘можливість залучення громадян до активнішої участі у справах суспільства завдяки використанню комп’ютерних приладів та мереж телекомунікацій’<sup>20</sup>. У вузькому ж – конституційно гарантована можливість громадян брати участь в управлінні публічними (державними та муніципальними) справами шляхом використання цифрових технологій<sup>21</sup>. При цьому варто підкреслити, що потрібно чітко розрізняти інформаційні технології, що використовуються як один із засобів функціонування представницької демократії та безпосередньої демократії – електронної демократії. У першому значенні інформаційні технології вже широко використовуються як один із численних технічних засобів функціонування представницької демократії, наприклад, при підрахунку голосів<sup>22</sup>. При цьому суть політичного режиму не змінюється. Інформаційні технології у цьому разі не слугують засобом здійснення волевиявлення народу з приводу конкретного питання, засобом формування уряду та засобом комунікації сторін (народу й еліти). Вони використовуються лише в “технічних” цілях для більш оптимального функціонування представницької демократії. Однак, якщо вести мову про інформаційні технології у контексті існування електронної демократії, цей термін набуває абсолютно іншого значення.

Нині світова наукова спільнота не дійшла єдиного розуміння суті концепції електронної демократії. Так, існують два магістральні погляди на квінтесенцію цього явища. Електронна демократія, відповідно до першого з них, виступає однією з моделей демократії участі<sup>23</sup>, відповідно до другого – комунітарної демократії<sup>24</sup>. У світлі першого підходу елект-

<sup>20</sup> Саркісова (н 5) 68.

<sup>21</sup> Там само.

<sup>22</sup> K Webb, *US Patent No 4,774,665* (US Patent and Trademark Office 1988).

<sup>23</sup> Див.: Yoneji Masuda, *The Information Society As Post-Industrial Society* (World Future Society 1981) 178; Yoneji Masuda, *Managing In the Information Society* (Blackwell Publishers Inc 1990) 168; Benjamin R Barber, ‘Three Scenarios for the Future of Technology And Strong Democracy’ [1998] 113(4) *Political Science Quarterly* 573–89; Benjamin R Barber, ‘The Uncertainty of Digital Politics’ [2001] 23(1) *Harvard International Review* 42–7; Roslyn Fuller, *Beasts and Gods: How Democracy Changed Its Meaning and Lost Its Purpose* (Zed Books 2015) 266; J Van den Hoven, ‘E-Democracy, E-Contestation And the Monitorial Citizen’ [2005] 7(2) *Ethics And Information Technology* 51–9.

<sup>24</sup> Див.: Amitai Etzioni, ‘A Moderate Communitarian Proposal’ [1996] 24(2) *Political Theory* 155–71; Amitai Etzioni, ‘The Responsive Community: A Communitarian Perspective’ (1996) *American Sociological*

ронна демократія розглядається як явище, що дає змогу брати участь у вирішенні публічних справ абсолютно всім громадянам особисто й безпосередньо. Особливість другої полягає у тому, що вирішенням публічних питань у конкретній галузі мають займатися громадяни, які об'єднані в соціальні групи (асоціації, спілки тощо). Однак перший підхід, на нашу думку, більш точно розкриває поняття електронної демократії в контексті предмета цього дослідження.

Незважаючи на те, що система підходів розуміння поняття “електронна демократія” була розроблена все ж таки академічною спільнотою, спроби визначити його обсяг здійснювалися і владними установами. Так, у Рекомендації CM/Rec (2009) Комітету Міністрів Ради Європи від 18 лютого 2009 р. зазначено, що поняття ‘<...> “електронна демократія” включає в себе електронний парламент, електронне законодавство <...> електронні вибори, електронний референдум, електронні консультації <...>’<sup>25</sup>. Таким чином, можемо констатувати, що в Європейському Союзі (далі – ЄС) на офіційному рівні визнано, що концепція електронної демократії не обмежується виключно поданням електронних петицій, звернень, наданням електронних адміністративних послуг, функціонуванням реєстрів. Електронна демократія охоплює набагато ширший спектр відносин у сфері здійснення публічної влади і є моделлю прямої демократії.

#### *Аналіз концепції*

Конституційний Суд України (далі – КСУ) у своєму рішенні зазначає, що результати народного волевиявлення у визначених Конституцією та законами України формах безпосередньої демократії є обов’язковими<sup>26</sup>. Така ситуація видається досить цікавою: з одного боку, досягається найвищий рівень легітимзації рішень, а з другого – питання відповідальності за прийняті рішення та наслідки їх прийняття виглядає ефемерним. Якщо у представницькій демократії відповідальність за прийняті рішення лежить на правлячій еліті, то при безпосередній демократії вона лягає на всю політичну націю. Якщо рішення еліти можна скасувати цивілізо-

Review 1–11; Howard Rheingold, ‘A Slice of Life In My Virtual Community’ (1993) *Global Networks: Computers And International Communication* 57–80.

<sup>25</sup> Recommendation CM/Rec (2009) of the Committee of Ministers to Member States on Electronic Democracy (Adopted by the Committee of Ministers on 18 February 2009 at the 1049th Meeting of the Ministers’ Deputies) <[https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/Recommendation\\_CM\\_Rec2009\\_1\\_en\\_PDF.pdf](https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/Recommendation_CM_Rec2009_1_en_PDF.pdf)> (accessed: 29.12.2019).

<sup>26</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 60 народних депутатів України про офіційне тлумачення положень частини першої статті 103 Конституції України в контексті положень її статей 5, 156 та за конституційним зверненням громадян Галайчука Вадима Сергійовича, Подгорної Вікторії Валентинівни, Кислої Тетяни Володимирівни про офіційне тлумачення положень частин другої, третьої, четвертої статті 5 Конституції України (справа про здійснення влади народом) від 5 червня 2005 р. № 6-рп/2005 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-05>> (дата звернення: 29.12.2019).

ваними методами (наприклад, оскарження в адміністративно-судовій інстанції, діяльність органу конституційної юрисдикції), або шляхом реалізації народом конституційного права на повстання, то з волевиявленням народу так не вчиниш. Саму еліту можна замінити на іншу, однак народ не замінити. З огляду на це виникають побоювання: чи може народ бути джерелом свавілля?

За усталеною думкою свавілля зазвичай проявляється з боку держави, правлячої еліти<sup>27</sup>. Зрозуміло, що еліта наділена такими важелями впливу, які відсутні в інструментарії інших суспільних груп або окремих індивідів. Саме тому основним призначенням конституціоналізму як ідеї було обмеження свавільного використання елітою цих ресурсів<sup>28</sup>. Але конституція вже перестала бути обмежуючим документом виключно стосовно еліти. Стаття 23 Конституції України є обмежуючою абсолютно для всіх індивідів, що перебувають на території України – рамками вільного розвитку особистості є права і свободи інших людей<sup>29</sup>. Аналогічні положення наявні і в деяких європейських конституціях<sup>30</sup>.

Стаття 5 Конституції України містить експліцитне положення, відповідно до якого ніхто не може узурпувати державну владу<sup>31</sup>. Із чого стає зрозумілим, що навіть джерело влади – народ – не може використовувати цю владу на шкоду універсальним принципам Конституції. Гіпотетично політична нація як єдиний носій суверенітету і державної влади може помилятися. При чому фактор помилки (пропаганда, непрофесійність, хибне бачення ситуації тощо) не має суттєвого значення. Безумовно, рішення політичної нації можуть бути катастрофічними як для існування держави, так і самої нації, тому в політично інфантильних суспільствах ефективне функціонування безпосередньої демократії не є можливим. Таким чином, зрілість політичної нації, що проявляється в ініціативності, усвідомленні відповідальності за прийняті рішення, є необхідною передумовою впровадження концепції електронної демократії.

Принциповим питанням у представницькій демократії завжди є рівень підтримки політичною нацією тих чи інших дій держави. Політична еліта у будь-якій моделі представницької демократії виступає

<sup>27</sup> О Бориславська, 'До питання про сутність конституціоналізму та передумови його формування в Україні' в *Теорія і практика конституціоналізму: український та зарубіжний досвід: матеріали учасників Першої науково-практичної конференції* (Нац ун-т "Львівська політехніка" 2015).

<sup>28</sup> Станіслав Шевчук, 'Від Святого Письма до Конституційного тексту' (*Критика*, 2009) <<https://krytyka.com.ua/articles/vid-svyatoho-pysma-do-konstytutsijnogo-tekstu>> (дата звернення: 29.12.2019).

<sup>29</sup> Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>> (дата звернення: 29.12.2019).

<sup>30</sup> Див., наприклад: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 <[https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg\\_01-245122](https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01-245122)> (accessed: 29.12.2019); Constitution de la République française du 4 octobre 1958 <<http://www.assemblee-nationale.fr/connnaissance/constitution.asp>> (accessed: 29.12.2019); Конституция Республики Польша от 2 апреля 1997 г. <<http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/rosyjski/kon1.htm>> (дата звернення: 29.12.2019).

<sup>31</sup> Конституція України (н 29).



об'єктом вираження невдоволення, що має стимулювати її до коригування своєї стратегії дій відповідно до волі політичної нації. Так, у листопаді 2013 р. урядом М. Азарова було видано розпорядження щодо призупинення процесу підготовки та укладання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їх державами-членами, з іншої сторони<sup>32</sup>, яке і стало поштовхом для подальшого розвитку подій, які отримали назву Революція Гідності<sup>33</sup>. Якщо гіпотетично допустити, що таке рішення було б ухвалене не Кабінетом Міністрів України, а всією політичною нацією, то не було б реалізації права народу на повстання. Адже таким чином був би досягнутий найвищий ступінь легітимації рішення, чого не можливо досягнути при будь-якій представницькій моделі демократії. Е. Дюркгейм у 1912 р. зазначав про те, що колективна свідомість є найвищою формою психічного життя<sup>34</sup>. Таким чином, шляхом інтеграції суспільства під час електронного голосування у єдину систему досягається найвищий ступінь легітимації прийнятих рішень, адже фактично ці рішення є продуктом не обраної еліти, а самого джерела влади, за ст. 5 Конституції України – народу, а як зазначав суддя КСУ С. Шевчук, ‘народ не може помилятися’<sup>35</sup>.

#### Стан впровадження в Україні

Т. Кагановська ще у 2014 р. наголошувала на існуючій проблемі нормативно-правового регулювання одного з аспектів концепції електронної демократії – електронного урядування, підкреслюючи, що така форма державного управління регулюється лише на підзаконному рівні, що стосується виключно органів виконавчої влади<sup>36</sup>. Нині найсвіжішим нормативно-правовим актом у цій царині є Концепція розвитку електронної демократії в Україні, який має переважно декоративно-декларативний характер<sup>37</sup>. На підтвердження цього варто прочитати розділ “Мета і строки реалізації”, в якому зазначено: ‘<...> На другому етапі (2019–2020 роки)

<sup>32</sup> Питання укладення Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їх державами-членами, з іншої сторони: розпорядження Кабінету Міністрів України від 21 листопада 2013 р. № 905-р <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/905-2013-p>> (дата звернення: 29.12.2019).

<sup>33</sup> ‘Революція гідності’ (Вікіпедія, 5.12.2019) <[https://uk.wikipedia.org/wiki/Революція\\_гідності](https://uk.wikipedia.org/wiki/Революція_гідності)> (дата звернення: 29.12.2019).

<sup>34</sup> Emile Durkheim, *The Elementary Forms of the Religious Life* (Joseph Ward Swain transl, George Allen & Unwin Ltd 1915) 444.

<sup>35</sup> Станіслав Шевчук, ‘Україна реформується кров’ю: люди вийшли на Майдан, оскільки розуміли, що прийшов час повернути сутнісний зміст Конституції’ (Офіційний веб-сайт Конституційного Суду України, 25.06.2016) <<http://www.ccu.gov.ua/novyna/stanislaw-shevchuk-ukrayina-reformuyetsya-krovyulyudy-vuyshly-na-maydan-oskily-kozumily-0>> (дата звернення: 29.12.2019).

<sup>36</sup> Кагановська (н 6).

<sup>37</sup> Про схвалення Концепції розвитку електронної демократії в Україні та плану заходів щодо її реалізації: розпорядження Кабінету Міністрів України від 8 листопада 2017 р. № 797-р <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/797-2017-%D1%80/ed20171108#n40>> (дата звернення: 29.12.2019).

передбачається: <...> впровадження електронного голосування, а також електронного виборчого процесу, електронних референдумів та електронних плебісцитів <...><sup>38</sup>. У 2019 р. в Україні були проведені вибори Президента та парламенту традиційним шляхом, без застосування елементів електронної демократії. Проте було б несправедливим не зазначити, що поступово в Україні впроваджуються певні елементи концепції, які вже стали невід'ємною частиною повсякденного життя: електронні адміністративні послуги, публічні реєстри, електронне декларування доходів чиновників, можливість подання електронних звернень і петицій та ін.<sup>39</sup>. Однак всі перераховані вище прояви електронної демократії відносяться лише до одного з аспектів електронної демократії – електронного урядування і не можуть бути використані для узурпації влади.

#### *Аналіз безпосередніх загроз конституційному ладові*

У попередніх частинах цього дослідження ми спробували з'ясувати суть електронної демократії. Крім того, у межах предмета цієї розвідки необхідно змодельювати та проаналізувати деякі можливі небезпечні ситуації для конституційного ладу України у разі впровадження цієї концепції.

На нормативно-правовому рівні визначення поняття “конституційний лад” не існує. У Конституції України експліцитно цей термін згадується у трьох статтях: 5, 17, 37, які присвячені формі державного правління в Україні, захисту суверенітету, функціонуванню громадських об'єднань<sup>40</sup>. Незважаючи на подібну лаконічність конституційного тексту, сутнісний зміст поняття конституційного ладу, безумовно, імпліцитно закладений у структуру Основного Закону. На основі аналізу імпліцитних конституційних положень, зокрема щодо конституційного ладу, з'являються доктринальні визначення фундаментальних понять. На думку Ю. Тодики, конституційний лад являє собою систему

<sup>38</sup> Про схвалення Концепції розвитку електронної демократії в Україні та плану заходів щодо її реалізації (н 37).

<sup>39</sup> Див.: Про адміністративні послуги: Закон України від 6 вересня 2012 р. № 5203-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5203-17>> (дата звернення: 29.12.2019); Про затвердження Порядку інтеграції інформаційних систем державних органів та органів місцевого самоврядування до Єдиного державного порталу адміністративних послуг: наказ Міністерства економічного розвитку і торгівлі України та Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 8 вересня 2016 р. № 1501/248 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1315-16#n14>> (дата звернення: 29.12.2019); ‘Єдині та державні реєстри’ (Міністерство юстиції України) <[https://minjust.gov.ua/m/str\\_22253](https://minjust.gov.ua/m/str_22253)> (дата звернення: 29.12.2019); Про запобігання корупції: Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#n475>> (дата звернення: 29.12.2019); Про звернення громадян: Закон України від 2 жовтня 1996 р. № 393/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/393/96-%D0%B2%D1%80#n145>> (дата звернення: 29.12.2019).

<sup>40</sup> Конституція України (н 29).

суспільних відносин, що закріплює функціональну і організаційну єдність суспільства, або <...> сукупність принципів, без яких лад держави не може бути конституційним, <...> які підпорядковані безумовним моральним і конституційним вимогам<sup>41</sup>.

Ф. Веніславський формулює визначення конституційного ладу так:

<...> конституційний лад можна визначити як цілісну систему суспільних відносин, які реально існують та опосередковані демократичним правовим статусом особи, демократичними принципами формування, організації і функціонування державної влади, взаємодію різних її органів, вільною діяльністю інститутів громадянського суспільства, закріплені і гарантовані конституційно-правовими нормами<sup>42</sup>.

О. Скрипнюк вважає, що сутнісний зміст поняття конституційного ладу включає в себе такі категорії, як

гарантовані Конституцією державний і суспільний лад, конституційний статус людини і громадянина, система безпосереднього народовладдя, організація державної влади і місцевого самоврядування, територіальний устрій <...><sup>43</sup>.

Резюмуючи наведені вище визначення, можна виділити такі обов'язкові складові конституційного ладу в Україні: 1) наявність інституту прав людини; 2) демократична модель формування і функціонування органів публічної влади; 3) верховенство права. З огляду на такий порядок речей, атаку на хоча б один із цих елементів слід вважати атакою на конституційний лад. Однак варто підкреслити, що поняття конституційного ладу не вичерпується зазначеними складовими.

Як вже нами було зазначено на початку дослідження, кожне явище можна використовувати як із добрими, так і з лихими намірами. На жаль, концепція електронної демократії не є винятком із цього правила, і має слабкі місця, на які пропонуємо звернути увагу.

По-перше, дисперсія (розсіювання) відповідальності за прийняті рішення при електронній демократії може завдати шкоди й інституту прав людини, й нормальному функціонуванню органів публічної влади. КСУ зазначає, що 'тільки народ має право безпосередньо шляхом всеукраїн-

<sup>41</sup> Ю Тодька, *Основы конституционного строя Украины* (Факт 1999) 318.

<sup>42</sup> Ф Веніславський, 'Взаємовідносини державно-владних інституцій в аспекті забезпечення стабільності конституційного ладу України' (2008) 93 Проблеми законності 39.

<sup>43</sup> О Скрипнюк, 'Конституційний лад в Україні: методологічні проблеми розвитку та вдосконалення в контексті конституційної модернізації' (2012) 4 Вісник Академії правових наук України 123.

ського референдуму визначати конституційний лад в Україні<sup>44</sup>. Але, на нашу думку, розуміти це тлумачення Конституції України як таке, що дозволяє народу порушувати існуючий конституційний лад, користуючись тим, що він є абсолютно єдиним джерелом влади в Україні, є недопустимим. Рішення народу можуть мати катастрофічні наслідки як для конституційного ладу, так і для існування самого народу як політичної нації. По-друге, можлива паралізація роботи органів публічної влади через нехтування громадянами своїми обов'язками. Хочемо підкреслити, що одним із принципів конституційно-правового статусу особи є принцип єдності прав та обов'язків<sup>45</sup>, із чого випливає, що пропорційно до розширення прав громадян на пряму безпосередню участь у здійсненні публічної влади, закономірно збільшується й обсяг їхніх обов'язків. За умови, якщо суспільство проявляє політичний інфантилізм та небажання вирішувати публічно важливі справи, ефективне функціонування безпосередньої демократії неможливе. По-третє, для функціонування електронної демократії необхідно постійно підтримувати технічну інфраструктуру (сервери, програмне забезпечення тощо). Якщо імпортна складова превалюватиме в цій сфері, не виключається зовнішній вплив на внутрішні справи держави. По-четверте, існує небезпека викривлення результатів голосування. Призначенням електронної демократії є підвищення прозорості та довіри до виборів<sup>46</sup>, але у випадку неналежного адміністрування можливі інформаційні маніпуляції, що є посяганням на конституційний лад держави.

Висновки. Концепція електронної демократії зародилася у США в другій половині ХХ ст. До сьогодні не існує єдиного підходу до її розуміння, але якщо їх узагальнити, то завдяки електронній демократії громадяни можуть брати участь у вирішенні публічних справ особисто. Саме тому електронну демократію слід вважати моделлю безпосередньої демократії. Головною правомочністю, яку надає ця концепція, є особисте безпосереднє голосування громадян у законодавчій та виконавчій сферах, вирішення питань місцевого значення.

В Україні нині елементи концепції електронної демократії частково втілені в життя у вигляді електронного урядування: публічні реєстри, електронні адміністративні послуги, можливість подання петицій, звернень онлайн тощо. Структурний аналіз цієї концепції показує, що процес її впровадження можливий за одночасної наявності таких передумов: 1) політична зрілість нації; 2) політична воля еліти на момент впро-

<sup>44</sup> Рішення Конституційного Суду (н 26).

<sup>45</sup> І Полховська, 'Поняття і принципи конституційно-правового статусу особи в Україні' (2012) 4 Право і суспільство 22.

<sup>46</sup> Renming Qi and others, 'Blockchain-Powered Internet of Things, E-Governance and E-Democracy' in Vinod Kumar T (eds), *E-Democracy for Smart Cities. Advances in 21st Century Human Settlements* (Springer 2017).

вадження; 3) технологічна можливість. У разі відсутності однієї з цих умов виникають ризики для існуючого конституційного ладу держави.

Крім того, до загроз конституційного ладу слід віднести: дисперсію відповідальності; легковажне ставлення громадян до своїх обов'язків і, таким чином, паралізація роботи державного механізму; загрозу зовнішнього втручання; викривлення результатів голосування. Припускаємо, що цей перелік не є вичерпним, однак нами була здійснена спроба змодельовати основні можливі загрози конституційному ладові у разі запровадження концепції електронної демократії. Враховуючи фундаментальне значення досліджуваних вище питань для подальшого існування України як демократичної держави, вважаємо за доцільне наголосити, що здійснення подальших розвідок у цьому напрямі є необхідним і перспективним.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored books*

1. Fuller R, *Beasts and Gods: How Democracy Changed Its Meaning and Lost Its Purpose* (Zed Books 2015) (in English).
2. Goldstein D and Arias E, *Violent Democracies in Latin America* (Duke University Press 2010) (in English).
3. Masuda Y, *Managing In the Information Society* (Blackwell Publishers Inc 1990) (in English).
4. Masuda Y, *The Information Society As Post-Industrial Society* (World Future Society 1988) (in English).
5. Todyka Ju, *Osnovy konstitucionnogo stroja Ukrainy [Foundations of the Constitutional Order in Ukraine]* (Fakt 1999) (in Russian).

#### *Edited and translated books*

6. Durkheim E, *The Elementary Forms of the Religious Life* (Joseph Ward Swain transl, George Allen & Unwin Ltd 1915) (in English).
7. Renming Qi and others, 'Blockchain-Powered Internet of Things, E-Governance and E-Democracy' in Vinod Kumar T (eds), *E-Democracy for Smart Cities. Advances in 21st Century Human Settlements* (Springer 2017) (in English).
8. Adzhemoglu D ta Robinson J, *Chomu natsii zanepadaiut. Pokhodzhennia vlady, bahatstva, bidnosti [Why Nations Fail: the Origins of Power, Prosperity and Poverty]* (Demianchuka O per z anhl, Nash Format 2018) (in Ukrainian).
9. Dal R, *Demokratija i ejo kritiki [Democracy And Its Critics]* (Il'in M per s angl, ROSSPEN 2003) (in Russian).

#### *Journal articles*

10. Barber B, 'The Uncertainty of Digital Politics' [2001] 23(1) *Harvard International Review* 42–7 (in English).
11. Barber B, 'Three Scenarios for the Future of Technology and Strong Democracy' [1998] 113(4) *Political Science Quarterly* 573–89 (in English).

12. Etzioni A, 'A Moderate Communitarian Proposal' [1996] 24(2) Political Theory 155–71 (in English).
13. Etzioni A, 'The Responsive Community: A Communitarian Perspective' (1996) American Sociological Review 1–11 (in English).
14. Kreiss D, 'The Problem of Citizens: E-Democracy for Actually Existing Democracy' (2015) 2 Social Media + Society <<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2056305115616151>> (accessed: 29.12.2019) (in English).
15. Naím M and Toro F, 'Venezuela's Suicide: Lessons From a Failed State' (2018) 6 Foreign Affairs 126–38 (in English).
16. Rheingold H, 'A Slice of Life in my Virtual Community' (1993) Global Networks: Computes and International Communication 57–80 (in English).
17. Schuler D, 'E-Democracy Won't Save Democracy. Democracy Will Save Democracy' (2018) 8 Communications of the ACM 34–6.
18. Shapiro E, 'Foundations of e-Democracy' (2018) 8 Communications of the ACM 31–4 (in English).
19. Van den Hoven J, 'E-Democracy, E-Contestation and the Monitorial Citizen' [2005] 7(2) Ethics and Informational Technology 51–9 (in English).
20. Baranov O, 'Pravovi problemy "elektronnoi demokratii"' ['The Legal Problems of E-Democracy'] [2017] 1(20) Informatsiia i pravo 28–38 (in Ukrainian).
21. Kaganovska T, 'Elektronne uriaduvannia yak forma derzhavnoho upravlinnia v Ukraini: suchasnyi stan i perspektyvy rozvytku' ['The Electronic Government As a Form of Governance in Ukraine: Current State and Prospects of Development'] (2014) 2 Forum prava (in Ukrainian).
22. Levchenko O, 'Prykladni aspekty realizatsii polityky elektronnoi demokratii v Ukraini: problematyka informatsiinoho vykliuchennia' ['Applied Aspects of the Implementation of E-Democracy Policy in Ukraine: the Problem of Informational Exclusion'] [2018] 1(73) Aktualni problemy derzhavnoho upravlinnia 73–7 (in Ukrainian).
23. Pogrebnyak I, 'Elektronnyi uriad (e-government) i elektronne uriaduvannia (e-governance): poniattia ta pryntsyipy funktsionuvannia' ['E-government and E-Governance: Concept and Principles of Operation'] [2014] 3(7) Pravo ta innovatsii 26–35 (in Ukrainian).
24. Polkhovska I, 'Poniattia i pryntsyipy konstytutsiino-pravovoho statusu osoby v Ukraini' ['Concept and Principles of Person's Constitutional Status in Ukraine'] (2012) 4 Pravo i suspilstvo 19–23 (in Ukrainian).
25. Sarkisova K, 'Elektronna demokratia yak forma politychnoi komunikatsii v suchasnomu suspilstvi' ['E-Democracy As a Form of Political Communication In Modern Society'] (2007) 1 Politychnyi Menedzhment 66–74 (in Ukrainian).
26. Skrypniuk O, 'Konstytutsiinyi lad v Ukraini: metodolohichni problem rozvytku ta vdoskonalennia v konteksti konstytutsiinoi modernizatsii' ['The Constitutional Order in Ukraine: Methodological Problems of Development and Improvement in the Context of Constitutional Modernization'] (2012) 4 Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy 123–34 (in Ukrainian).
27. Venislavsky F, 'Vzaiemovidnosyny derzhavno-vladnykh instytutsiy v aspekti zabezpechennia stabilnosti konstytutsiinoho ladu v Ukraini' ['The Mutuality Between State-Government Institutions in Terms of Ensuring the Stability of the Constitutional Order in Ukraine'] (2008) 93 Problemy zakonnosti 38–44 (in Ukrainian).

*Conference papers*

28. Boryslavska O, 'Do pytannia pro sutnist konstytutsionalizmu ta peredumovy yoho formuvannia v Ukraini' ['To the Issue of the Essence of Constitutionalism and the

Prerequisites for Its Formation In Ukraine'] v *Teoriia i praktyka konstytutsionalizmu: ukrainskiy ta zarubizhnyi dosvid: materialy uchasnykiv Pershoi naukovo-praktychnoi konferentsii* [Theory and Practice on the Constitutionalism: Ukrainian and Foreign Experience: Materials of Participants of the First Scientific and Practical Conference] (Nats Un-t Lvivska Politehnika 2015) (in Ukrainian).

*Patents*

29. Webb K, *US Patents No 4,774,665* (Washington, DC: US Patent and Trademark Office 1988).

*Websites*

30. 'Koruptsiini ryzyky nadannia administratyvnykh posluh ta kontrolno-nahliadovoi diialnosti v Ukraini ['Corruption Risks of Providing Administrative Services and Supervisory Activities in Ukraine'] (*Center For Political and Legal Reforms, Democratic Initiatives Foundation*, 2018) <<https://rm.coe.int/16806eeae4>> (accessed: 29.12.2019) (in Ukrainian).
31. 'Peredyborcha prohrama kandydata na post Prezydenta Ukrainy Volodymyra Zelenskoho' ['The Election Program of the Candidate for President of Ukraine Volodymyr Zelensky'] (*Official Website of Volodymyr Zelensky and the team*) <<https://program.ze2019.com/>> (accessed: 29.12.2019) (in Ukrainian).
32. 'Revoliutsiia hidnosti' ['Revolution of Dignity'] (*Wikipedia*, 5.12.2019) <[https://uk.wikipedia.org/wiki/Революція\\_гідності](https://uk.wikipedia.org/wiki/Революція_гідності)> (accessed: 29.12.2019) (in Ukrainian).
33. 'Yedyni ta derzhavni reystry' ['Uniform and State Registers'] (*Ministry of Justice*) <[https://minjust.gov.ua/m/str\\_22253](https://minjust.gov.ua/m/str_22253)> (accessed: 29.12.2019) (in Ukrainian).
34. Shevchuk S, 'Ukraina reformuietsia krovii: liudy vyshly na Maidan, oskilly rozumily, shcho pryishov chas povernuty sutnisnyi zmist konstytutsii' ['Ukraine Is Reformed by Blood: People Came to the Maidan, Because They Realized, That It Was Time to Return the Essential Content of the Constitution'] (*Official Website of the Constitutional Court of Ukraine*, 25.06.2018) <<http://www.ccu.gov.ua/novyna/stanislav-shevchuk-ukrayina-reformuyetsya-krovyu-lyudy-vyyshly-na-maydan-oskilly-rozumily-0>> (accessed: 29.12.2019) (in Ukrainian).
35. Shevchuk S, 'Vid Sviatoho Pysma do Konstytutsiinoho tekstu' ['From the Holy Writ to the Constitutional Text'] (*Krytyka*, 2009) <<https://krytyka.com/ua/articles/vid-svyatoho-pysma-do-konstytutsiinoho-tekstu>> (accessed: 29.12.2019) (in Ukrainian).
36. Zelensky V, 'Ya khochu shvydkykh zmin i harantuii politychnu voliu' ['I Want Rapid Changes and Guarantee Political Will'] (*Official Website of the President of Ukraine*, 13.06.2019) <<https://www.president.gov.ua/news/ya-hochu-shvidkih-zmin-i-garantuyu-politichnu-volyu-preziden-55869>> (accessed: 29.12.2019) (in Ukrainian).

Volodymyr Shevela

THREATS TO E-DEMOCRACY IN THE CONTEXT OF PRESERVING  
THE CONSTITUTIONAL SYSTEM IN UKRAINE

ABSTRACT. Scientific and technological progress has penetrated practically into each area of social life not being limited to purchases on the Internet or cloud storage. Therefore, democracy as a concept is undergoing constant transformation under the influence of information technologies and acquires new features, forms, and qualities, such as

Володимир Шевела

electronic (digital) democracy. Well, what is this concept? How can society benefit from its implementation? What dangers does it pose to the State's constitutional system and how can they be prevented?

This article aims at studying the essence of e-democracy as a phenomenon, at analyzing its pros and cons, and at modeling potential dangerous situations in the case of its implementation.

The main dilemma brought into focus by the study of this phenomenon is a radical change of the existing traditional democratic institutions – on the one part, and preservation of the constitutional order – on the other part. So, how a balance can be found between revolutionary changes and the fundamentals of Ukraine's existence as a non-totalitarian State?

In today's Ukraine, elements of the e-democracy concept are partially implemented in the form of e-governance: public registers, electronic administrative services, the possibility of submitting online petitions and appeals, and etc. A structural analysis of this concept demonstrates that the process of its implementation is possible with the following prerequisites available at the same time: 1) political maturity of the nation; 2) political will of the elite at the time of implementation; 3) technological capability. Absence of one of these conditions engenders risks to the existing constitutional system of the State.

Furthermore, we can assume that the potential threats to the constitutional system are dispersion of responsibility; flippant attitude of citizens to their duties and, thus, the paralysis of operation of the State mechanism; a threat of external interference; distortion of voting results. Hypothetically, this list is not exhaustive, and so we will try to model the main possible threats to the constitutional system in the event the e-democracy concept is introduced.

The concept of e-democracy involves a gradual, step-by-step implementation of its main elements: dealing with local issues through local electronic referendums, digitalization of administrative services, monitoring of operation of public authorities etc. By integrating society during electronic voting into a single system, the highest degree of legitimation of the decisions made is achieved. At the same time, transformation of the legislative process is the most difficult aspect of e-democracy which bears the lion's share of risks and threats to the constitutional system of the State.

KEYWORDS: e-democracy; e-government; constitutional system; direct democracy; political elite; constitutional human rights.



КОНСТИТУЦІЙНА СПАДЩИНА ПИЛИПА ОРЛИКА  
(за матеріалами однойменного  
міжнародного наукового семінару,  
Крістіанстад, Швеція, 20 червня 2019 року)



Bo Silverbern

Chair of Kristianstad Municipal Council  
(Kristianstad, Sweden)

WELCOMING SPEECH

Your Excellency and dear guests, Welcome to this seminar about the constitutional legacy of hetman Filip Orlik. It is with my outmost pleasure I have the opportunity to host you in the City Hall in Kristianstad this morning. We are truly honoured to have in our midst His Excellency Mr Igor Sagach.

I would also like to take the opportunity to especially thank Mr Bertil Häggman, who some time ago approached me with the idea of organizing this seminar. Mr Häggman has been instrumental in organizing today's seminar, so thank you very much Bertil!

We are here this morning because of one very influential man – one who has interlinked Kristianstad with Ukraine – Filip Orlik. As we have some experts, here I will not be talking about him, I am looking forward to learning more about the Bender constitution and hetman Orlik later on, but instead as an introduction to today's seminar, I would like to give you a brief history of Kristianstad.

Kristianstad is a city born out of war. The city was founded as a defence fortress when this part of Sweden belonged to Denmark, and the area was plagued by regular border and civil wars. It was first until the beginning of the 18th century that the people here got to experience a real, and lingering, peace. The history of Kristianstad and Scania is a prime example that war and conflict do not have last forever – but that a war zone can transition to a peaceful place.

© Bo Silverbern, 2020

Bo silverbern

405 years ago, in 1614, the Danish king Christian 4th founded this city. The location was strategic as the city is surrounded by wetlands, making it more difficult for enemies to attack. In 1658 the peace treaty in Roskilde was signed, and Kristianstad and rest of Scania was handed over to the Swedes. With the exception of a short two years when Scania once again becoming Danish.

The remnants from Denmark is not only noticeable in our cities name Christian's town, Kristianstad, but the main architectural achievement from this time towers over the city – the most beautiful renaissance church in all of the Nordic countries – The Holy Trinity Church. When peace came in the beginning of the XVII century, Kristianstad became a city harbouring exiles, both the Polish king and his family as well as the Ukrainian government, under the protection of the king Charles (or Karl) XII stayed here for some time.

Throughout the centuries, the city has grown and developed. In the mid XVIII century, the old mounds were replaced by boulevards, and the city got its nick name Little Paris. Kristianstad became an important garrison town, but the era as a military town ended at the end of the XX century. Today we take pride in being a city hosting many different types of events and attracting tourists from all over the world to Vattenriket – the Unesco designated biosphere reserve since 2005. The wetlands – once a defence mechanism to keep people outside – are today our biggest tourist attraction, with around 150 000 people every year visiting the biosphere area.

Christian IV had big plans for this city, which he named after himself. It might not have turned out quite as he had imagined, but upon his idea, new generations have with their hopes and dreams built upon the history of this town, resulting in the ever-growing Kristianstad we have today.



## Oleksiy Kresin

Doctor of Law (Doc. Hab.),  
Corresponding Member of the International Academy  
of Comparative Law,  
Head of the Center for Comparative Jurisprudence  
at Volodymyr Koretskyi Institute of State and Law,  
National Academy of Sciences of Ukraine  
(Kyiv, Ukraine)  
okresin@gmail.com

DOI: 10.33498/ouu-2020-02-291

УДК 930.253:94(477)“16”

### UKRAINIAN-SWEDISH RELATIONS AND TREATIES OF THE XVII–XVIII CENTURIES\*

**ABSTRACT.** It can be said that Sweden’s appeal to Ukraine during the Thirty Years War (1618–1648) and the formation of an imperial state was quite understandable: Ukraine was the enemy of Sweden’s enemies. But the peculiarities of political and economic development of Sweden and its allies caused their claims to the West Ukrainian and Belarus lands. This made it impossible to conclude a full-fledged political treaty. The like situation is with Ukrainian-Swedish relations in 1708–1709, when Sweden was a guarantor of possession of West Ukrainian lands by Polish-Lithuanian state. Ukrainian-Swedish treaties of the XVII – early XVIII centuries had only a military-tactical character and a short-lived action.

Only a crisis after Swedish-Ukrainian forces defeat and prolonged living hand-by-hand in the Ottoman Empire (1709–1714) gradually brought royal Swedish protectorate as a form of military alliance to full-fledged recognition of Ukraine as the state and concluding treaty of political nature. Unfortunately, its implementation was very limited. In addition, the close encounter with foreign legal culture and other circumstances of Ukrainian-Swedish relations gave the impetus to reviewing the grounds of state and law of Ukraine and the emergence of the “Pacts and Resolutions of the Rights and Privileges of the Viysko Zaporozke”, known as the Constitution of Ukraine of 1710. We argue that this document together with confirmation and assecuration charters by Karl XII is not only a monument of Ukrainian constitutionalism, but also a treaty between Ukraine and its protector, the king of Sweden.

**KEYWORDS:** Constitution of Ukraine of 1710; Ukrainian-Swedish treaties; Ukrainian-Swedish relations.

#### *Ukrainian context*

Models of the statehood of European peoples in the Middle Ages and in the Early Modernity were formed in relations with their “own” or “foreign” monarchs. Such relations were entered by one or a group of social strata,

\* This lecture was originally given in Kristanstad, Sweden, on June 20, 2019, in commemoration of the 300-year-anniversary of Pylyp Orlyk’s residing in Kristianstad.

© Oleksiy Kresin, 2020

and the object of relations were always primarily the rights and privileges of representatives of free social strata and groups, including the system of estate-representative bodies – on the one hand, the powers of the monarch, the system of subordinated to him public authorities – on the other hand.

At the same time under the rule of most monarchs there were several regions, the estates of each region entered into relations with the sovereign separately. Each region had different social, economic and legal systems, constituting legally and in fact a separate state. Long and complex monarch titles showed that a certain king, tsar, or emperor has under his authority some states, and not one.

Therefore in many cases there was no clear distinction between constitutional and international law. The process of their delineation was long – from the Westphalia treaties of the mid – XVII century to the Vienna Treaty of the early XIX century.

The main Eastern European states of that time – Rzech Pospolita, Crimean Khanate and Russia – by their legal culture were the late medieval and relied precisely on such a system of relations. The privileged social strata of Central Ukraine entered into constitutional and international relations with their monarchs.

The Cossack state was first recognized in the middle of the XVII century through the specific rights of individual strata within the Rzech Pospolita. At the same time, in this case, full-fledged statehood and a separate monarch's agreement with the population of Ukraine were not possible because they could deny the basic elements of the legal system of the Commonwealth. Attempts to reform it in order to transform Ukraine into a subject of federation were unsuccessful despite numerous projects and lengthy military confrontation. Therefore, the Ukrainian structures of the Cossack estate self-government in this system could not legally turn into full-fledged bodies of power and existed in a state of permanent war. At the same time, Ukrainians of the XVII century recognized themselves as a free people and an autonomous state, albeit not sovereign one.

Ukrainian statehood was recognized by the Crimean Khanate as autonomous in the Rzech Pospolita, but long diplomatic attempts to implement this model were not successful. Later attempts to establish the Crimean protectorate over Ukraine also did not have a stable success.

The third model of Ukrainian statehood – in relations with the tsarist government, which was constituted in the 1654 agreement, for certain period proved to be more successful than others, and turned into a mainstream of legal development of Ukraine in the second half of the XVII century. The parties had the opportunity to build relations “from a blank sheet”,

not limited to any previous legal heritage. In spite of centralist tendencies, relations between the parties generally evolved dynamically, and the treaties with the tsar sufficiently adequately reflected the peculiarities of the political and legal evolution of Ukraine. These agreements mirrored the compromise between the main political forces in Ukraine and between Ukraine and tsarist government and became constitutional in nature and scope of legal regulation, basic documents for the development of the Ukrainian statehood at the time. They fully recognized the existence of the Ukrainian Cossack state.

In terms of violations by the tsar of norms and principles of this model after 1700 and his desire to eliminate Ukrainian state the government of Ivan Mazepa and Ukrainian political actors were forced to consider possible alternatives, but no real options existed.

#### *The first attempt*

Ukrainian-Swedish relations during this period appeared in 1631, when king Gustav Adolf, in the context of the Thirty Years War appealed to the Cossack hetman Ivan Kulaga-Petrazhytskyi with a proposal for an alliance against the Pope and the Catholic states. The Cossack republic on the border lands of the Rzech Pospolita was perceived as a state by Sweden. Although, of course, at that time this military-political creation was not a real state yet. This effort of contact provided for the betrayal of Cossacks against Rzech Pospolita and therefore was not successful, envoys were passed to government forces.

#### *Relations of the middle of the XVII century*

Active contacts were established between Ukraine and Sweden since 1651 at the time of the queen Christina and hetman Bohdan Khmelnytskyi. Since 1654, the Ukrainian party had offered to conclude a peace between Sweden and Russia, with a dual protectorate of these states in relation to Ukraine or with a guarantee of Sweden for the inviolability of Ukrainian statehood under the protectorate of the Russian tsar, and their alliance against the Rzech Pospolita. It was assumed that in the future the Ukrainian-Swedish alliance could be directed against Russia or the Ottoman Empire.

At the same time, the parties entered into a dispute over the division of the territory of the Rzech Pospolita. Hetman Khmelnytskyi sought the unification of all Ukrainian and Belarus lands in one state, and Karl X Gustav and his ally Transylvania claimed to parts of the West Ukrainian lands. The Ukrainian hetman was ready to acknowledge the Swedish protectorate with a condition for resolving the territorial question to the benefit of Ukraine, the peaceful settlement of relations with Russia and the conclusion of a tripartite alliance.

Oleksiy Kresin

Sweden at that time needed and received substantial Ukrainian military assistance, but was not ready to limit its expansionist aspirations.

But after the start of the Swedish-Russian war in 1655, Karl X was ready for the full-fledge recognition of Ukraine independence from the Rzech Pospolita and Russia and the establishment of own protectorate for her. This was also recognized in the Radnot treaty of Sweden with Transylvania in 1656. But both of these states claimed under this treaty on parts of the historical Ukrainian and Belarus lands.

In fact, Sweden offered Ukraine the same inadequate autonomy that it had within the Rzech Pospolita, and also claimed to some spread of Protestantism in Ukraine. Representatives of Ukraine declared unacceptability of such conditions, especially territorial. Finally, the new Swedish embassy has bypassed the issue of the territory, offering Ukraine to resolve it on it's own by agreement with the Rzech Pospolita, and insisted that Ukraine had to begin a war against Russia. This agreement was not concluded because of the refusal of the Ukrainian government and the death of hetman Bohdan Khmelnytskyi.

The treaty was concluded in the city of Korsun on October 6, 1657 by new hetman Ivan Vyhovskyi. Text of the treaty was approved by the General Council of Ukraine – with an explanation that it does not cancel the protectorate of the Russian tsar.

Of all the issues discussed by the parties, the contract settled only one – equal political and military defensive and offensive alliance was set against all enemies of the parties except Russia, against which Ukraine refused to fight and with which kept the contractual relationship. The diplomacy of the parties should also be agreed upon in cases where issues concern both of them.

The treaty was preliminary in nature and contained a link to further Ukrainian proposals that should be considered at negotiations with the Swedish king and enter into a final contract. In particular, was offered the protectorate of Sweden with conditions of recognition of Ukraine to be “politically subjective, free and not subordinated people” (*Subiectus pro liberta gente et nulli subiecta*), guarantee of its statehood and territorial integrity within limits extended on Western Ukrainian and Belarus lands, the consolidation of these provisions in the treaties of the parties with the Rzech Pospolita. Was conditioned also bilateral free trade, permission to hire Swedish military and civilian personnel, purchase of weapons.

The final agreement was never concluded. But the preliminary treaty was taken into account by the hetman Ivan Vyhovskyi government that demanded the conclusion of peace agreements with Sweden at the negotiations with other states, in particular with the Rzech Pospolita. Similarly, the treaty was recognized as valid and to a certain extent adhered by Karl X Gustav. At the

www.pravolia.com.ua

ІПАВО



same time, auxiliary Swedish troops were not given after the request of hetman Vyhovskyi to the king, and Sweden has entered into a truce, and subsequently a permanent peace treaty with Russia during its attack on Ukraine.

*Relations of the government of Ivan Mazepa*

In the conditions of the Northern War, Sweden and Russia were bound by treaties with the two kings of the Rzecz Pospolita. And in both cases, it was about preserving the integrity of the Rzecz Pospolita. The Ottoman Empire was also bound by the treaty on this. Regardless of the outcome of the war it overscored the desire of Ukraine to restore the unity of its eastern and western parts in one state. At the beginning of the war, Ukrainian troops were forced to fight on the part of Russia, significant were human and financial losses. But the crisis in Russian-Ukrainian relations became principal in connection with the plans of the Russian tsar Peter I to reform the social and political system of Ukraine, partly dismantling its statehood.

Negotiations between Karl XII and the Ukrainian government of Ivan Mazepa in 1708 were conducted. But rather doubtful and unlikely is information about the conclusion of a political agreement. This would contradict the alliance treaty between Sweden and the Rzecz Pospolita, could discredit the king and deprive his ally. Most likely, it was concluded an agreement about military cooperation (temporary Swedish garrisons in the fortresses, housing and supply of Swedish troops, operations management, and operations plan). But, again, the sources are too uncertain about this.

What is unconditional is the adoption by the Ukrainian government at the end of October, 1708, in one form or another of the protectorate of Karl XII, with the condition of protection against Russia. Ivan Mazepa argued that the commitments of Karl XII included also the restoration of “rights and privileges” of Ukraine and were in written form. It is not excluded, and this is indicated by the sources that Ivan Mazepa hoped that Ukraine’s withdrawal from Russian protection would be peaceful. And perhaps that it will encourage the Russian tsar to conclude an agreement with Karl XII on terms favorable for Ukraine and Sweden.

The most important and in negotiations with Karl XII for Ukraine, of course, were the preservation of its statehood and restoration of territorial integrity. Judging by the letter from Zaporozka Sich to Ivan Mazepa, the negotiations were about the double protection of Sweden and the Rzecz Pospolita. Karl XII himself soon began to proclaim that there is no word about protectorate of the Rzecz Pospolita over Ukraine. Most likely, this emphasis was not casual, it corresponded to the dominant orientation in Ukrainian society.

The conclusion of another Ukrainian-Swedish agreement took place in April 1709. This fact is quite interesting. Ukrainian state-building at that time had several centers with similar names. The main state formation can be considered Viysko Zaporozke headed by hetman. Another was the Zaporozka Sich, headed by the koshovyi otaman. Zaporozka Sich for a long time had different international legal status. It joined the Viysko Zaporozke under Russian protection in the late XVII century without its will and caused its resistance. In April 1709 Zaporozka Sich recognized its unity with the Viysko Zaporozke together with the adoption of the protectorate of Karl XII.

Both the terms of association and the terms of protectorate, however, were inaccurate, the question of the claims of the Rzecz Pospolita for these parts of the Ukrainian lands, as claimed by uncertain sources, one more time was not resolved. The terms of protectorate, as we can suppose, were an obligation to preserve the statehood of Ukraine and its liberation from Russia. In historiography, there is a well-grounded opinion practically not noticed by modern scholars regarding the great influence of this written or public oral agreement on the future formulation of the provisions of the “Pacts and Resolutions” known as the Ukrainian Constitution of 1710 – because the question was raised as to the legal consolidation of the unification of the two centers of the Ukrainian state-building.

#### *“Bender Commission”*

Another important fact of Ukrainian-Swedish cooperation, which also fundamentally influenced the development of Ukrainian constitutionalism, became the so-called “Bender Commission” – a dispute and a trial that took place in the autumn of 1709 after the death of hetman Ivan Mazepa regarding his legacy.

The sphere of financial management in Ukraine was not sufficiently ordered and state treasure was not clearly distinguished from hetman’s private costs. There was a practice of extra-legal, dependent on the circumstances solving the problem of the hetmans heritage. All this has made inevitable property dispute between the individual heir of Ivan Mazepa, his nephew Andriy Voynarovskiy, on the one hand, and the governments of the Viysko Zaporozke and Zaporozka Sich – on the other. While situated in another state and with questionable rights to execute the court functions Ukrainian officials were forced to turn to Karl XII as a mediator.

Collective appeal by governmental officials to Karl XII of October 7, 1709 – is the first document of the future litigation. This document had a much broader significance and was in fact a statement of political positions, a vision of the situation and a declaration of intentions. This monument can also be



considered as a declaration by the government to be a temporary supreme body of power in the absence of the hetman.

One of the most important topics raised in the document were Ukrainian-Swedish relations. The key point here is the assertion of the officials that they are not acknowledged with plans of the late hetman regarding the order of Ukrainian state after its future liberation with the help of Sweden, and also the request to the king to reveal the plans of the hetman and the content of the agreements between them. At the same time, it was, rather, not curiosity, but disavow of any secret agreements that were not coordinated with the government and the General Council. What is proclaimed in the document is a constant character of the Swedish protectorate, as well as the sanction of holding the hetman's election by the king, the right of the king to approve the decisions of the General Council and to be the highest judicial authority in Ukrainian affairs, his commitment to the defense of Ukraine and the preservation of the rights and privileges of the population.

Simultaneously document presenting the vision of the key elements of the treaty which the newly elected hetman had to conclude with Swedish king:

1. Swedish obligation to held the war with Russia to the full release of Ukraine (in the previously recognized borders).
2. Swedish guaranty of the fixation of the Ukrainian state and its territory in future international treaties.
3. Swedish guarantee of Ukrainian statehood and territorial integrity.

In addition, the officials insisted on the need for Sweden to conclude an alliance treaty with the Ottoman Empire and guarantee the Ukrainian state interests in it. These provisions reveal the content of Swedish protectorate over Ukraine. The authors of the document considered future treaty as a traditional, renovation of Bohdan Khmelnytskyi and Karl X alliance.

The question of the hetman's property inheritance, which authors of the document requested to solve the king of Sweden, in particular circumstances was of exceptional value. It determined the possibilities of material survival of Ukrainian Government, its diplomatic activities and military actions. This problem became the cause of the emergence of at least three more statements of the parties between October 22 and November 9, 1709. They are fully focused on the issue of inheritance and became the primary material for the trial that took place November 28–30, 1709 near city of Bender and was conducted by the commission specially appointed by Karl XII from Swedish officers. It is known that besides the statements of the parties, the commission also heard the testimony of witnesses.

The essence of the dispute and the course of events have shown a significant difference in the legal culture and state-building of Sweden and Ukraine.

It was clear to Karl XII that the individual heir of Ivan Mazepa should inherit both the power and the treasury (he immediately transferred all the property of the deceased to Andriy Voynarovskiy). On the other hand, representatives of the Ukrainian state could rely only to ambiguous legal custom. The need for disclosure of the specific content of this custom, as well as the additional argument, led to a much wider range of political and legal issues, the most important of which were, of course, the problems of character, sources and correlation of the power institutions of the Viysko Zaporozke, as well as the status of the Zaporozka Sich.

When determining the essential features of the Ukrainian political system, the officials clearly emphasized the traditional democracy, expressly condemning the authoritarian tendencies during the hetmanship of Ivan Mazepa, as well as tyranny in Russia. Undoubtedly, hetman's authority was exaggerated, and it is primarily not about the display of realities of Ukraine, but about the political and legal ideals of Ukrainian ruling elite of that time.

Thus, the hetman according to the document is a elected official. At the time of hetman's absence, the government takes over the hetman's powers and organizes elections. Hetman's power is substantially limited by the General Council. In particular, under the supervision of the General Council are public costs spending of the treasure (separated her from hetman's private funds). Hetman appoints members of the government, but may use them only for public, not his private affairs. All other officials are elected by the General Council, and approved by hetman.

One more topic of the discussion was the status of the Zaporozka Sich. The reason for the appearance of this element was the dispute about whether the Zaporozka Sich is legitimate, in the person of its leader (koshovyi otaman), to be a party to the process of hetman's property. The uncertainty of the legal status of Zaporozka Sich in relation to the Viysko Zaporozke authorities allowed Andriy Voynarovskiy to define it as a completely separate political organism that was not subject to the hetman's power. The answer of the officials for this was not legal: Zaporozka Sich is the historical beginning of the Cossacks.

The court commission prepared for Karl XII the report, on the basis of which he recognized the right to inherit Ivan Mazepa for his nephew Andriy Voynarovskiy. It is believed that the decision of the king was due to the need to borrow money that was supposedly easier to do from an individual than from the Ukrainian state treasure. But, in our opinion, the main cause of this court decision was the misunderstanding by the Swedish legal culture carriers of the categories and content of Ukrainian statehood not sufficiently legally regulated.

The “Bender commission” has become an important stage in the development of Ukrainian political and legal thought. For the first time conditions appeared for reviewing the legal grounds of the state and law of Ukraine. The discussion, for the first time after a long period, was conducted in public, rather than in a narrow circle of conspirators, put forward legal ideas, not authoritarian or violent decisions.

Important for the ideological development of emigration were strong condemnation of authoritarian methods of government, the appeal in search for a fair model of the organization of power to interpretation of historical experience. But the slogan of returning to tradition meant actually developing new state-building principles.

There is reason to assert that the need realized by the officials during the “Bender Commission” of powers correlation legal consolidation become one of the main preconditions for the emergence of the Constitution of 1710.

*Relations of the government of Pylyp Orlyk*

“Pacts and Resolutions of the Rights and Privileges of the Viysko Zaporozke”, known as the Constitution of Ukraine of 1710, are not only a monument of Ukrainian constitutionalism, but also a draft treaty between Ukraine and its protector, the king of Sweden, and this is our personal thesis, which we argue.

The Preamble to the Constitution and to the oath on its compliance by hetman Pylyp Orlyk indicates that Ukrainian-Swedish alliance is traditional and in times of hetman Bohdan Khmelnytskyi it helped Ukraine to free itself from the yoke of the Rzecz Pospolita. It is noted that the election of a new hetman was sanctioned by Karl XII.

The word “protectorate” is used ten times in the Constitution. Different contexts of its use give the grounds to define it as the supreme power of the monarch towards the voluntarily attached state that provides his no interference in internal affairs of the state and is about the foreign policy and military issues. In fact, it refers to the state, though not sovereign, in relation to which the protector acts as the guarantor of preserving statehood and territorial integrity, preserving the rights and privileges of the population. Protectorate implies certain subordination only to the monarch, and not to other states subject to him. The protectorate is defined as mutually binding and conditional. The state (free people) can refuse it if the protector violates the conditions and thus reveals his tyranny.

Constitution of 1710 records the presence of protectorate and also offers a program of further development of relations with king: guaranteeing borders of Viysko Zaporozke according to previously internationally recognized borders (Art. 2), the non-interference of other states in the affairs of Ukraine

Oleksiy Kresin

(Art. 2), the conclusion of the treaty on the constant hereditary protectorate (Art. 2), the liberation of the territory of the Zaporozka Sich and its accession to the Viysko Zaporozke (Art. 4), the release of Ukrainian prisoners of war in Sweden (Art. 2), the inclusion in the Swedish-Russian treaty of the provisions on release of Ukrainian prisoners and compensation for damage inflicted by Russia (Art. 2).

Evidence of the implementation of the protectorate of Karl XII in relation to Ukraine and the fact that the Constitution of 1710 was also a Ukrainian-Swedish treaty is also confirmation charter of the king of May 10, 1710 (Confirmatio Horum Pactorum a Rege Sueciae). The document not only approves the Constitution, but also proclaims the constant character of the protectorate over Ukrainian people and the king's commitment to guarantee the provisions of the Constitution – respectively, also on the statehood and territorial integrity of Ukraine. The form of the Constitution of 1710 and its confirmation essentially corresponds to the traditional practice of approval by the monarch of a social contract – as was the case, for example, in the Rzech Pospolita from 1572.

It is no coincidence that on the same day another charter of Karl XII was introduced (Diploma Assecurarium pro Duce et Exercito Zaporoviensi), where certain provisions of the Constitution of 1710 were implemented and the king took the commitment to enter into a peace treaty with Russia only on condition that Viysko Zaporozke and the entire Ukrainian people will be liberated from the tsarist authorities, ensuring the territorial integrity of Ukraine, its freedom from external interference.

Thus, the Constitution of 1710 and the related charters of Karl XII is not only constitutional, but a set of bilateral treaties. Such way of perception of these acts is evidenced by further diplomatic documents of hetman Pylyp Orlyk's government. At the same time, a later letter from hetman Pylyp Orlyk to Karl XII introduces a certain clarification to this understanding: it is a protectorate for the time of war, which, after liberation, must be approved by a large council of privileged strata by its essence and concrete provisions of treaty.

Under various conditions and in various circumstances, the government of Pylyp Orlyk continued to adhere to this treaty of 1710. That is why we can see sharp disappointment in his correspondence with the members of the government in 1721, since the issue of Ukrainian statehood in the Swedish-Russian Nishtadt Treaty was ignored.

CONCLUSION. It can be said that Sweden's appeal to Ukraine during the Thirty Years War and the formation of an imperial state was quite understandable: Ukraine was the enemy of Sweden's enemies. But the peculiarities of political and economic development of Sweden and its allies caused their claims to

the West Ukrainian and Belarus lands. This made it impossible to conclude a full-fledged political treaty. Ukrainian-Swedish treaties of the XVII – early XVIII centuries had a military-tactical character and a short-lived action.

Only a crisis after Swedish-Ukrainian forces defeat and prolonged living hand-by-hand in the Ottoman Empire gradually brought royal Swedish protectorate as a form of military alliance to full-fledged recognition of Ukraine as the state and concluding treaty of political nature. Unfortunately, its implementation was very limited. In addition, the close encounter with foreign legal culture and other circumstances of Ukrainian-Swedish relations gave the impetus to reviewing the grounds of state and law of Ukraine and the emergence of the Constitution of 1710.

Олексій Кресін

### УКРАЇНСЬКО-ШВЕДСЬКІ ВІДНОСИНИ ТА ДОГОВОРИ XVII–XVIII СТОЛІТЬ\*

АНОТАЦІЯ. Звернення Швеції до України під час Тридцятирічної війни (1618–1648 рр.) й утворення імперської держави можна вважати цілком зрозумілим: Україна була ворогом ворогів Швеції. Однак особливості політичного та економічного розвитку Швеції та її союзників призвели до виникнення їхніх претензій на західноукраїнські та білоруські землі. Це унеможливило укладення повноцінного політичного договору. Аналогічна ситуація склалася в українсько-шведських відносинах у 1708–1709 рр., коли Швеція була гарантом володіння західноукраїнськими землями польсько-литовською державою. Українсько-шведські договори XVII – початку XVIII ст. мали лише військово-тактичний характер і короточасну дію.

Лише під впливом кризи після розгрому шведсько-українських військ і тривалого проживання пліч-о-пліч в Османській імперії (1709–1714 рр.), королівський шведський протекторат як форма військового союзу поступово прийшов до повноцінного визнання України державою й укладення договору політичного характеру. На жаль, його реалізація мала досить обмежений характер. Крім того, тісне знайомство із зарубіжною правовою культурою та інші обставини українсько-шведських відносин дали поштовх до перегляду основ державно-правового устрою України та призвели до появи “Пактів і Конституцій прав і вольностей Війська Запорозького”, відомих як Конституція України 1710 р. Ми стверджуємо, що цей документ, разом із підтверджувальними грамотами Карла XII, є не лише пам’яткою українського конституціоналізму, а й договором між Україною та її покровителем – королем Швеції.

Ключові слова: Конституція України 1710 р.; українсько-шведські договори; українсько-шведські відносини.

\* Ця лекція була спершу прочитана в Крістанстаді, Швеція, 20 червня 2019 р., до 300-річчя проживання П. Орлика в Крістанстаді.

## ЮРИДИЧНА ХРОНІКА

### ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ ЯК КОНЦЕПТУАЛЬНА ЗАСАДА РЕФОРМУВАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ

(за матеріалами VII міжнародної науково-практичної конференції  
“Актуальні проблеми захисту прав людини,  
яка перебуває у конфлікті з законом,  
крізь призму правових реформ”, Київ, 14 лютого 2020 року)

14 лютого 2020 р. за участю українських та іноземних науковців, представників органів державної влади, науково-педагогічних працівників провідних вищих навчальних закладів, практичних працівників Державної кримінально-виконавчої служби України і пробації, представників громадських та правозахисних організацій відбулася VII міжнародна науково-практична конференція на тему “Актуальні проблеми захисту прав людини, яка перебуває у конфлікті зі законом, крізь призму правових реформ”.

Співorganizатори конференції – Київський регіональний центр Національної академії правових наук України (далі – НАПрН України), Центр дослідження проблем кримінальної юстиції НАПрН України, Національна академія внутрішніх справ України, Державна установа “Центр пробації” та громадська організація “Всеукраїнська пенітенціарна асоціація України”.

У роботі конференції взяли участь близько 100 учасників, із яких: 7 академіків, 42 докторів наук, понад 20 кандидатів наук у галузі права, психології, педагогіки, державного управління та практики.

Науковий захід відкрив доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України Євген БАРАШ. Від імені Міністерства юстиції України учасників конференції привітав заступник Міністра юстиції України Віталій ВАСИЛИК. З вітальними словами та актуальними науково-практичними доповідями виступили доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, заслужений діяч науки і техніки України, професор кафедри кримінального права Національної академії внутрішніх справ Василь ШАКУН; співзасновниця та програмна директорка Українського інституту з прав людини Валерія ЛУТКОВСЬКА; доктор філософії в галузі “Право”, голова Громадської спілки “Центр запобігання та протидії корупції”, голова громадської ради при Міністерстві внутрішніх справ України Володимир МАРТИНЕНКО; проректор Національної академії внутрішніх справ, доктор юридичних наук, професор СЕРГІЙ ЧЕРНЯВСЬКИЙ.



Учасники VII міжнародної науково-практичної конференції  
“Актуальні проблеми захисту прав людини, яка перебуває у конфлікті з законом,  
крізь призму правових реформ”,  
Київ, 14 лютого 2020 року

У конференції взяли участь представники іноземних держав: голова Ради директорів “SADACCA” РОБЕРТ КОТТОРЕЛЛ; кандидат юридичних наук, доцент, директор Центру правового навчання і реалізації реабілітаційних програм АШОТ АЙРАПЕТЯН. Їх доповіді та презентації дали можливість ознайомитися із зарубіжним досвідом і викликали жваве обговорення щодо можливості та доцільності його запровадження з урахуванням вітчизняних особливостей.

З вітальними словами та науковими виступами до учасників конференції звернулися академіки НАПрН України ВІКТОР СИНЬОВ, ОЛЕКСАНДР ЯРМИШ, ВАЛЕНТИН КОВАЛЕНКО, АНАТОЛІЙ МУЗИКА.

У панельній дискусії з науковими доповідями, повідомленнями та виступами в обговоренні взяли участь Владислава БАТИРГАРЕЄВА, АНАТОЛІЙ СТЕПАНЮК, ОЛЕКСІЙ ГОРОХ, ОЛЕКСАНДР КОЛЬ, ПЕТРО ВОРОБЕЙ, НАТАЛІЯ МАКСИМОВА, ОЛЕГ ЯНЧУК, ІВАН БОГАТИРЬОВ.

У межах конференції обговорювалися такі актуальні питання: забезпечення прав людини в діяльності правоохоронних органів, теоретичні проблеми кримінально-виконавчої політики як складової правової політики у сфері протидії злочинності, психологічні та педагогічні проб-

леми виконання та інтеграції різних систем покарання, проблеми запровадження і розвитку пробації та капеланства, концептуальні засади реформування кримінально-виконавчої системи України, міжнародний досвід і перспективи впровадження у кримінально-виконавчу систему України.

Після панельної дискусії між Науково-дослідним інститутом вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України в особі директора В. Батиргарєєвої та Пенітенціарною асоціацією України в особі Є. Бараша підписано Меморандум про співробітництво з метою об'єднання зусиль у проведенні наукових досліджень та інших наукових заходів, впровадження одержаних результатів у практичну діяльність, освітній процес і просвітницьку діяльність.

Всі учасники отримали нові знання та приємні враження.

За підсумками роботи конференції планується видання спеціального тематичного випуску наукового журналу "Вісник Пенітенціарної асоціації України", до якого увійдуть наукові статті учасників конференції з окресленої проблематики.



## РЕЦЕНЗІЇ

DOI: 10.33498/Юсп-2020-02-305

### Андрій Савченко

доктор юридичних наук, професор,  
професор кафедри кримінального права  
Національної академії внутрішніх справ  
(Київ, Україна)  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2101-296X>  
savchenkoav@ukr.net

### Роман Вереша

доктор юридичних наук, професор,  
заслужений юрист України,  
професор кафедри кримінального та адміністративного права  
Академії адвокатури України  
(Київ, Україна)  
savchenkoav@ukr.net

### КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО НА ЛАТИНІ

(рецензія на словник-довідник

“Кримінальна юстиція в латинських висловах і термінах”,  
підготовлений Михайлом Шепітьком)

Видання словника-довідника “Кримінальна юстиція в латинських висловах і термінах” доктором юридичних наук, доцентом М. Шепітьком стало особливою подією для фахівців у кримінальному праві, процесі та криміналістиці. Праця являє собою збірник висловлювань і термінів на латині, які протягом щонайменше двох тисячоліть вважаються термінологічною основою, принципами та постулатами для наук кримінально-правового циклу. Ідеї, висловлювання та визначення видатних римських ораторів-юристів Овідія, Горація, Плавта, Публілія Сіра, Цицерона та інших, що зібрані у словнику-довіднику та пропонуються читачеві, історично розвивалися завдяки їхньому використанню у судових процесах і формального закріплення у нормативно-правових актах кримінально-правового спрямування (таблицях, статутах, уложеннях, кодексах тощо) різних країн світу.

Цінність словника-довідника полягає у тому, що автор зібрав в одному виданні вислови та терміни, які стосуються кримінальної юстиції й надав зручні “ключі” в алфавітно-предметному покажчику для швидкого пошуку необхідного матеріалу. Самі висловлювання та терміни

© Андрій Савченко, Роман Вереша, 2020

мають особливе значення для кримінального права й становлять більшість у цьому словнику-довіднику. Окремі висловлювання стали принципами кримінального права, які пронизують його загальну та особливу частини й відносяться до його основоположної теорії.

Традиційно принципами кримінального права визнано “*Lex loci delicti commissi*” (закон місця, де було вчинене правопорушення), “*Lex prospicit non respicit*” (закон дивиться вперед, а не назад), “*Nulla poena sine lege*” (немає покарання без закону), “*Nullum crimen, nullum poena*” (немає злочину, немає покарання), “*Non bis in idem*” (не двічі за одне й те саме) та ін. Окремі з цих висловлювань отримали аксіоматичне значення, стали визнаними постулатами кримінального права. Важливими для статичного та водночас динамічного розвитку кримінального права в різних системах права є терміни на латині: “*corpus delicti*” (склад злочину), “*culpa*” (вина), “*delictum putativum*” (уявний злочин), “*dolus*” (умисел), “*errata*” (помилка), “*lex scripta*” (писаний закон), “*lex talionis*” (закон відплати, таліону) та багато інших, що використовуються у кримінально-правових джерелах фахівцями, котрі часто навіть не здогадуються про їх давню історію та необхідну спадковість від покоління до покоління юристів. Використання таких термінів демонструє, що тисячоліттями фахівці, передусім у кримінальному праві, зіштовхувалися з одними й тими самими проблемами, шукали підстави їх вирішення. Часом певні міркування призводили до складання формул у вигляді юридичних термінів і висловлювань, які демонстрували певну проблему та водночас надавали їй “аксіоматичне”, тобто єдине правильне вирішення, утворюючи, таким чином, основу доктрини кримінального права. Отже, повернення до історичних витоків через дослідження кримінально-правових висловів і термінів на латині дає змогу не тільки повернутися до минулого, а й спрогнозувати розвиток кримінального права в майбутньому. Тож логічно метою видання її автор-укладач М. Шепітько визнав відновлення історичного зв'язку між минулим і сьогоденням, що, можливо, дасть можливість переглянути окремі положення чинного законодавства та виявити наявні прогалини у правозастосуванні й наукових пошуках.

М. Панов у вступній статті до словника-довідника зазначив, що ‘формування майбутнього науковця або практикуючого юриста з фундаментальною підготовкою з права є неможливим без опанування правової термінології та класичних висловів на латині’<sup>1</sup>. Тому дидактичне та просвітницьке спрямування цього видання потрібно визнати амбітною

<sup>1</sup> М Панов, ‘Кримінальна юстиція у висловах і термінах на латині: реальний зв'язок між минулим і сьогоденням юриспруденції’ в Шепітько М (уклад), *Кримінальна юстиція в латинських висловах і термінах* (Право 2020) 6.

(РЕЦЕНЗІЯ НА СЛОВНИК-ДОВІДНИК “КРИМІНАЛЬНА ЮСТИЦІЯ В ЛАТИНСЬКИХ ВИСЛОВАХ І ТЕРМІНАХ” ...

метою не тільки автора-укладача, а й загалом наряду з актуалізації латинських висловів і термінів при підготовці кваліфікованих і сучасних правників.

Загалом підходи, обрані М. Шепітьком у словнику-довіднику, характеризуються цікавими та неординарними рішеннями щодо формату та можливостей зручного і швидкого використання текстового матеріалу. Видання є скрупульозним дослідженням і специфічним напрямом у кримінальному праві, а отже, абсолютно справедливо заслуговує на повагу та увагу. При цьому важливо продовжувати подібні дослідження, поглиблювати їх, таким чином справляючи позитивний вплив на підготовку майбутніх правників-практиків і висококваліфікованих науковців-криміналістів.

Шепітько М. В. Кримінальна юстиція в латинських висловах і термінах : слов.-довід. / М. В. Шепітько. – Харків : Право, 2020. – 180 с.

Словник-довідник містить 1 000 латинських висловів і термінів кримінально-правового, процесуального та криміналістичного спрямування з перекладом на українську мову. Читачу запропоновано зручний алфавітно-предметний покажчик, який дозволяє швидко знайти необхідний термін або висловлювання.

Для наукових співробітників, викладачів, студентів закладів вищої освіти, а також представників органів кримінальної юстиції.



ПРАВО УКРАЇНИ • 2020 • № 2 • 305-307

## ПЕРСОНАЛІЇ

Віктор Кононенко

суддя Верховного суду СРСР  
та Верховного Суду України у відставціПЕРЕВАГА М'ЯКОЇ СИЛИ  
(світлій пам'яті Віталія Федоровича Бойка)

На панахиді по Віталію Федоровичу Бойку, який пішов засвіт 30 січня 2020 р., дещо сказав, але не все, що хотів. Загалом душу розпирає від спогадів про цю прекрасну людину, сказати про неї є що на три книжки, однак хочеться виокремити лише один штрих до портрета. Але він, вважаю, був стрижневим для мого однокурсника і друга.

Можна людину знати й пів століття, як це сталося у нас із Віталієм Федоровичем, але, даруйте за ненавмисний каламбур, не знати про неї нічого. Про Бойка мені довелося дізнатися багато не лише щодо його яскравої і загалом великої кар'єри, а й переживань, потаємних думок, певних сумнівів. І вся розгадка такої щирості неглибоко: ми ще студентами мешкали в одній квартирі, спільно розвантажували вагони та рубали дрова, аби матеріально підтримати велику духовну жагу вивчитися на юриста і, головне, стати юристом. А хіба бувають більш щирі та відверті розмови, ніж на відпочинку після вивантаження з вагона сотень мерзлих туш? Хіба не поділишся сокровеним із тим, хто – хоч метром міряй – такий самий, як ти? У тому сенсі, що також із села, теж із бідної родини, а ще студент після такої ж служби в армії.

Тож я помічав, а потім роками утверджувався в одній характерній рисі Віталія Бойка, а саме його природному дару м'яко, через легку і приємну усмішку переконувати в таких речах і таких “володарів суджень”, що

залишалося тільки диву дивуватися. Знаю його рідного брата, Миколу Федоровича. Той свою правоту доводить випинанням грудей, стисканням кулаків, металом у голосі. А Віталій Федорович... Ось не гарячкуйте, шановний... Ні, ви подивіться, будь ласка, з другого боку... Але давайте, добродію, закон відкриємо... Та ви ж самі подивіться на це ясними очима... Таких зовні толерантних словесних конструкцій, що тверділи до стану стріл у колчані логіки, у нього було безліч.

Ми сліdkували за службовим просуванням один одного. Конкуренції між нами не було жодної, бо повело нас у різні боки. Мене доля шттовхала чітко й однозначно по суддівській лінії, а Віталія спрямувала на не менш важку стежу адміністратора, чиновника, так би мовити, формального й безпосереднього державного службовця. І скажу відверто: кожен із нас перед тим, як зробити новий крок, радився з іншим.

Коли йому пропонували стати головою одного, другого, а потім третього – уже найвищого – судів, він запитував: а чи правильно дію? Може, повернутися до статусу суто судді, адже все виходило і подобалося? Мені залишалося відказати таке: тобі довіряють управління людьми, ти стаєш на чолі процесу правосуддя, у тебе виходить. Хто, як не ти – знаєш таке правило?

А все оте його вміння м'яко переконувати і цією душевністю, повагою до гідності іншого вести за собою дуже багато людей. Віталій Федорович, скажу прямо, був ідеальним чиновником, таких сьогодні днем із вогнем, як кажуть. І насамперед, вважаю, тому, що добре знався на предметі. Пройшов щаблі безпосередньої суддівської практики, а тоді вже став головою Верховного Суду України. Набув великого досвіду в сфері правосуддя, а вже потім обійняв посаду міністра юстиції. Попрактикувався у царині державотворення, а тоді погодився послужити послом.

Тобто в суперечках із президентом країни чи парламентарями, коли брала гору його “м'яка сила”, Віталій Бойко знав, що сказати, а чим крити. І його привітна, хоч і трохи скептична (звісно, від природної мудрості) усмішка передувала такій витонченій логічній конструкції, проти якої не спрацьовувало ніщо: ні високі посади, ні авторитети у вузькому колі обмежених людей, ні мішки з великими грошима. Не втримаюся від вигуку: от би нам критичну масу таких чиновників!

Однак із гiркотою мушу констатувати, що він зі своїм чітким баченням державних і ніяких більше інтересів виглядав на тлі наростаючої корупції, боротьби за сфери впливу... Та що там слова підшукувати, коли виглядав білою вороною. Показував приклади, на які ніхто особливо з вищого ешелону не хотів рівнятися. Сильні поважають сильних,

Віктор Кононенко

а продажні – продажних. Зрештою, продажність захлеснула силу й відповідальність.

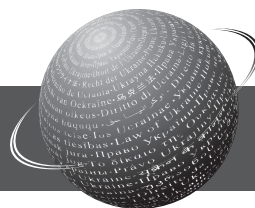
Однак Віталій Федорович Бойко зробив для становлення та зміцнення незалежності України дуже і дуже багато. І гірко зізнаватися, що побіля його труни – скільки не вдивлявся – не побачив перших осіб держави. Звісно, у них великі турботи, он імідж із рейтингом критично падають, однак усьому слід віддати своє. Скласти шану одному з перших будівничих незалежної України треба було б, а тоді сісти за вивчення його методів і принципів управління. Корисна ж наука!

Віталій Федорович у заповіті виявив бажання бути похованим у рідному селі, а це Кропивне Ніжинського району на Чернігівщині. І це дуже правильне рішення, адже хто-хто, а земляки пошанують його по-справжньому, бо для людей Бойко зробив стільки, що й тридцятьоро не впоруються.

Тому все гаразд, дорогий мій друже. Спочивай.

Ю Р И Д И Ч Н И Й   Ж У Р Н А Л

# ПРАВО УКРАЇНИ



[www.pravoua.com.ua](http://www.pravoua.com.ua)

e-mail: [editor.pravoua@gmail.com](mailto:editor.pravoua@gmail.com)

ІНФОРМАЦІЯ  
ДЛЯ ПЕРЕДПЛАТНИКІВ, АВТОРІВ І ЧИТАЧІВ  
ЮРИДИЧНОГО ЖУРНАЛУ “ПРАВО УКРАЇНИ”

*Передплата*  
юридичного журналу “Право України” здійснюється  
*у поштових відділеннях ПАТ “Укрпошта”*  
(ПЕРЕДПЛАТНИЙ ІНДЕКС – 74424),  
*у редакції журналу*  
за адресою: вул. Багговутівська, 17–21,  
м. Київ, 04107, Україна  
тел./факс: +380(44) 537–51–11  
*на веб-сайті видання:*  
<http://www.pravoua.com.ua>

*Відомості про передплату*  
юридичного журналу “Право України”  
вміщено у Каталозі видань України на I півріччя 2020 р. (с. 176)

*Електронні версії номерів журналу*  
можна замовити на веб-сайті видання:  
<http://www.pravoua.com.ua>

ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ

“ПРАВО УКРАЇНИ”

2  
2020

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації  
Серія КВ № 23026–12866ПР від 28.12.2017 р.

Редагування *О. Красенко*  
Комп’ютерна верстка *О. Карташової*  
Художнє оформлення *С. Мягкова*

Підп. до друку 28.02.2020. Формат 70x100/16.  
Папір офсетний. Офсетний друк.  
Ум. друк. арк. 25,35. Обл.-вид. арк. 20,27.