

Науково-
практичний
журнал

СУДОВА АПЕЛЯЦІЯ

Журнал виходить 1 раз на квартал

№ 2 (51), 2018

Засновники:

Апеляційний суд м. Києва

03680, м. Київ,
вул. Солом'янська, 2а,
тел. 038-044-284-15-61

Інститут держави і права

ім. В. М. Корецького

НАН України

01601, м. Київ,
вул. Трьохсвятительська, 4,
тел. 038-044-278-51-55

Свідectво про державну
реєстрацію друкованого засобу
масової інформації
Серія КВ № 9693
від 23 березня 2005 року

Видавець:

*ТОВ «Видавництво
“Юридична думка”»*

01103, м. Київ,
вул. Кіквідзе, 18-а,
тел. 038-044-278-75-33

ISSN 2413-1342

**Передплатний індекс
91888**

Теорія та історія
апеляційного судочинства

Судова система в Україні

Адміністративна юстиція
в Україні

Проблеми розвитку
кримінального права
і процесу

Цивільне судочинство

Господарське право
та процес

Порівняльне правознавство

Практика міжнародних
судів і трибуналів

Судова практика

Наукова хроніка

Наукова рада журналу

- ШЕМШУЧЕНКО Ю. С.** — директор Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, академік НАН України
(голова наукової ради)
- КУЛИНИЧ П. Ф.** доктор юридичних наук, професор
- ОНИЩУК М. В.** — ректор Національної школи суддів України, доктор юридичних наук
- ПАРХОМЕНКО Н. М.** — вчений секретар Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, доктор юридичних наук, професор
- ПРИТИКА Д. М.** — доктор юридичних наук, академік НАПрН України
- СЕЛІВАНОВ А. О.** — доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- СІРЕНКО В. Ф.** — доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАН України
- ТИХИЙ В. П.** — доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- ФУРСА С. Я.** — доктор юридичних наук, професор
- ШЕВЧУК С. В.** — доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, Голова Конституційного Суду України

*Рекомендовано до друку
Вченою радою Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України
(протокол № 3 від 27 березня 2018 р.)*

*Журнал «Судова апеляція»
включено до Переліку фахових видань у галузі юридичних наук,
в яких можуть публікуватися результати дисертаційних досліджень
(постанова Президії ВАК України № 2-05/7 від 04.07.2006 р.) //
Бюлетень ВАК України. – 2006. – № 8.*

Редакційна колегія

ГОЛОВАЧОВ Я. В.	— Голова Апеляційного суду м. Києва (головний редактор)
КРЕСІНА І. О.	— доктор політичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (заступник головного редактора)
ТИМЧЕНКО Г. П.	— доктор юридичних наук (відповідальний секретар)
АБУШЕНКО Д. Б.	— доктор юридичних наук (Уральський державний юридичний університет)
АЛЄНІН Ю. П.	— доктор юридичних наук, професор
ВЛАСОВ Ю. Л.	— суддя Господарського суду м. Києва, кандидат юридичних наук
КОРОЛЕНКО М. П.	— кандидат юридичних наук
КОСТЕНКО О. М.	— доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
КРИЖАНІВСЬКА Г. В.	— заступник Голови Апеляційного суду м. Києва, кандидат юридичних наук
КУЗНЄЦОВА Н. С.	— доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
ЛАПЧЕВСЬКА О. Ф.	— суддя Апеляційного суду м. Києва, кандидат юридичних наук
ЛЕВЕНЕЦЬ Б. Б.	— суддя Апеляційного суду м. Києва
ЛУЦЬ В. В.	— доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
МАЛИШЕВА Н. Р.	— доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
НАГРЕБЕЛЬНИЙ В. П.	— заступник директора Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, кандидат юридичних наук, член-кореспондент НАПрН України
ПРИЛУЦЬКИЙ С. В.	— доктор юридичних наук
СІРИЙ М. І.	— кандидат юридичних наук
УСЕНКО І. Б.	— кандидат юридичних наук, професор
ХУТОРЯН Н. М.	— доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
ШУМІЛО М. М.	— доктор юридичних наук

Зміст

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Корнієнко П. С.

Основні етапи генезису конституційної правозахисної діяльності
в Україні 6

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО

Багіров С. Р.

Вїзд транспортного засобу за межі проїзної частини
із заподіянням шкоди пішоходам унаслідок порушення правил
дорожнього руху кількома водіями
(аналіз каузальної структури пригоди) 15

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Кваша О. О., Криворучко І. О.

Терористична організація як форма співучасті 25

Загиней З. А.

Загальновизнане уявлення про гостинність
як індикатор корупційності у тексті Закону України
«Про запобігання корупції» 36

Ландіна А. В.

Проблеми законодавчого визначення поняття
спеціального суб'єкта злочину 47

Горох О. П.

Чи є законним звільнення від відбування покарання
з випробуванням при засудженні за корупційний злочин? 55

Кубальський В. Н.

Проблеми кримінальної відповідальності за публічні заклики
до вчинення злочинів проти державного суверенітету 67

Соломатін Є. В.

Підслідність злочинів у військовій сфері. 79

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ТА ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Короєд С. О.

Проблема неналежного відповідача у цивільному судочинстві
як перешкода ефективному судовому захисту прав позивача. 91

СУДОВА ПРАКТИКА

Головачов Я. В., Левенець Б. Б.

Узагальнення судової практики розгляду справ про виключення майна
з-під арешту 101

До уваги авторів

УДК 342.7

Основні етапи генезису конституційної правозахисної діяльності в Україні

П. С. Корнієнко,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри соціально–гуманітарних дисциплін
Національної академії статистики, обліку та аудиту

Розкриваються етапи генезису конституційної правозахисної діяльності в Україні. Зазначається, що права і свободи стають «базисом управління», ідеалом державності взагалі. Показано, що основним фактором стає не тільки наявність конституційно оформленої державності, а й конституційне закріплення основних прав людини і громадянина. Стверджується, що питання прав і свобод людини і громадянина, їх утвердження та захисту діставали відображення у розвитку політико-правової думки.

Ключові слова: правозахисна діяльність, права і свободи, людина, громадянин, об'єкт правового регулювання.

Корниенко П. С. Основные этапы генезису конституционной правозащитной деятельности в Украине

Раскрываются этапы генезиса конституционной правозащитной деятельности в Украине. Отмечается, что права и свободы становятся «базисом управления», идеалом государственности вообще. Показано, что основным фактором становится не только наличие конституционно оформленной государственности, но и конституционное закрепление основных прав человека и гражданина. Утверждается, что вопросы прав и свобод человека и гражданина, их утверждения и защиты находили свое проявление в развитии политико-правовой мысли.

© Корнієнко Петро Сергійович — кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри соціально-гуманітарних дисциплін Національної академії статистики, обліку та аудиту

Ключевые слова: правозащитная деятельность, права и свободы, человек, гражданин, объект правового регулирования.

Korniyenko Petro. The main stages of the genesis of constitutional human rights activism in Ukraine

The stages of the genesis of constitutional human rights activity in Ukraine are revealed. It is noted that the rights and freedoms of law become the «basis of governance» and thus the ideal of statehood in general. Thus, the main factor is not only the existence of a constitutionally executed statehood, but also the constitutional consolidation of basic human rights and citizen. It is alleged that the issue of human and civil rights and freedoms, as well as their affirmation and protection, was manifested in the political and legal opinion of each era of the existence of the Ukrainian people.

Keywords: human rights activity, rights and freedoms, person, citizen, object of legal regulation.

Тривалий час у державно-правовій науці центральне місце посідало вчення про мету держави, зокрема в першій половині ХІХ ст., коли була поширена думка, що дослідження функціонування держави залежить від правильного розуміння її цілей.

У наш час правники мають у своєму розпорядженні значно більше фактичного матеріалу для порівнянь і узагальнень. Це насамперед конституційні акти різних держав, декларації незалежності та інші основоположні правові акти, наукові доктрини і концепції.

Крім конституційних актів, цілі й завдання тих чи інших держав досить детально визначаються в державницьких наукових доктринах і концепціях.

Як ніколи раніше, в сучасний період глибинний сенс мають слова Т. Гоббса: незважаючи на те, що форми державного устрою різноманітні (аристократія, монархія і демократія), фактично різниця між монархією, аристократією, демократією полягає не у відмінності влади, а в розходженні придатності, або здатності кожного з них до здійснення тієї мети, для якої вони існують¹.

Однак проголошення цілей держави саме по собі ще не дає відповіді на питання про спосіб їх реалізації. Саме тому сучасна світова правова культура заснована на переконанні, що влада держави має межі й за цими межами панує приватна ініціатива та громадянське суспільство.

Як відомо, перший крок до нормативного закріплення меж діяльності держави і, як наслідок, до визнання прав, інтересів і гідності особистості, був зроблений в американській Декларації незалежності від 4 липня 1776 р. Юридична формула Декларації була покладена в основу

¹ Гоббс Т. Левиафан. Москва: Мысль, 2001. С. 130.

Білля про права Вірджинії: «Ми вважаємо такі істини самі по собі зрозумілими: всі люди створені рівними, вони наділені Творцем певними невід'ємними правами; до цих прав належать життя, свобода і прагнення до щастя; для забезпечення цих прав створюються уряд, причому його влада походить від згоди йому підопічних; якщо уряд починає руйнувати ці цілі, народ має право змінити або усунути його і поставити новий уряд, однак він має бути створений на таких принципах, а організація мати таку форму, щоб вони найточніше відповідали забезпеченню безпеки і щастя підданих».

Якщо Декларація незалежності говорила просто про права або невід'ємні (природні), то французька Декларація прав людини і громадянина вже формулювала окремо права людини і права громадянина.

Проект імперської Конституції Німеччини 1849 р. вказував на основні права (розд. 6), тоді як більш ранні південнонімецькі конституції вживали поняття «державно-громадянські права», «політичні права» і «загальні права».

Австрійський Основний державний закон від 21 грудня 1867 р. фіксував загальні права громадян держави.

Одночасно із середини XIX ст. у спеціальній літературі визначаються конституційні права, які надаються кожному громадянину як основні права.

Стара конституційна ідея, що ґрунтувалася цілком на владі держави (організації), трансформувалася в сучасну саме завдяки імплементації концепції основних прав громадян. Такий синтез — характерна риса сучасної конституційної держави. Організаційний порядок і система основних прав об'єднуються в якості рівнозначних частин у «конституційну хартію», причому таке об'єднання відбувається свідомо і продумано. З цього моменту правомірно говорити про «Позитивну конституційну хартію». В ній вказується, на яких позитивних засадах, цінностях і цілях здійснює свою діяльність держава і в якому напрямку вона має розвиватися.

Основні права стали частиною фундаментального порядку держави; державна влада в процесі своєї реалізації обмежує себе основними правами людини. Одночасно основні права стають «базисом управління» й ідеалом державності взагалі. Таким чином, основним фактором стає не тільки наявність конституційно оформленої державності, а й конституційне закріплення основних прав людини і громадянина. Тобто конституція і основні права є тепер ознакою правової держави. Конституційна держава стає ідеалом держави, в якій реалізація прав і свобод людини і громадянина є постійним завданням. Нині ми спостерігаємо, як основні права дедалі більше стають великою загальноєвропейською ідеєю, яка здатна стати фундаментом єдиної Європи.

Конституції переважної більшості країн світу проголошують права і свободи як вищу цінність.

Теорія і практика інституту прав людини мають тривалу і повчальну історію. Сучасні питання про права людини при всій своїй новизні й особливостях, зумовлених досягнутими на сьогоднішній день рівнем і характером розвитку цивілізації, спираються на багатий попередній досвід людства, насамперед у сфері правових форм організації суспільного і державного життя людей, правового способу регулювання соціальних відносин.

Захист прав людини — це необхідний і невід’ємний компонент права, людиноцентристський аспект вираження сутності права як особливого типу і характерної форми упорядкування суспільних відносин. Отже, сучасна система захисту прав людини є результатом тривалого історичного розвитку.

Вважається, що концепція захисту прав і свобод людини має коріння в багатьох, якщо не у всіх, культурах і цивілізаціях, а система захисту прав і свобод людини і громадянина будь-якої країни залежить від історичного розвитку її державності, характеру суспільного устрою і політичного режиму, зокрема від культурних, національних, релігійних, правових традицій, а також від рівня інтегрованості країни у світове співтовариство.

Досліджуючи розвиток прав і свобод людини і громадянина в Україні, обсяг законодавчого закріплення, рівень захищеності й забезпеченості з боку держави, варто осягнути генезу розвитку забезпечення прав і свобод людини і громадянина. Однак навіть поверховий огляд підтверджує тезу про те, що українці здатні побудувати демократичну державу із необхідним набором соціальних та правових цінностей. Такі цінності відповідають тим, які сьогодні прийнято вважати європейськими. Певно, найпершим аргументом, який варто згадати, є те, що Київська Русь не знала рабовласницького ладу. Побудовані на основі особливого правового феномена — правових звичаїв, суспільство та держава керувалися «Законом руським», який створював у певному розумінні гарантії прав у тогочасному суспільстві.

Протягом тривалого історичного періоду українська нація боролася за самовизначення, створення незалежної, соборної, демократичної держави. Варто врахувати, що з XIV ст. українські землі були розділені між могутніми сусідами. Зокрема, частина земель перебувала у складі Великого князівства Литовського, інша — у складі Польської держави. Однак, і це підтверджує більшість історичних досліджень, саме руське право слугувало важливим джерелом основних законів Литовської держави і розглядалось як власне «старє право». Це правове джерело містило застереження щодо необхідності утвердження та захисту прав певних соціальних груп.

Відсутність власної держави значною мірою позначилася на розвитку вітчизняного права. Однак це в подальшому не завадило появі ще одного правового феномена української політико-правової думки: у козацько-гетьманський період вершиною правового регулювання, розвитку демократичного устрою та правового розуміння держави й необхідності захисту прав і свобод стала Конституція Пилипа Орлика 1710 р.

Після входження України до складу Російської імперії до політико-правових ідей зверталися багато українських мислителів, наприклад М. Драгоманов з його конституційним проектом «Вільна спілка» та М. Грушевський.

За роки радянської влади в Україні було прийнято декілька основних законів (конституцій) — у 1919, 1929, 1937, 1978 рр. Вони закріплювали досить суперечливий правовий статус людини, обсяг її прав та свобод. Очевидно, що в цей період питання захисту прав і свобод людини не було пріоритетом державної політики, що дістало відображення у законодавстві усіх радянських республік.

Таким чином, можна стверджувати, що питання прав і свобод людини і громадянина, а також їх утвердження та захист знаходили відображення в українській політико-правовій думці. І хоча такі питання турбували людей здавна, однак саме як окрема юридична категорія загальної теорії права та конституційного права проблема правового захисту особи не була предметом дослідження. Слід визнати, що в радянській державі реальне дослідження питання забезпечення дотримання прав і свобод людини і громадянина розцінювалося неоднозначно або навіть як спроби ворогів соціалізму викривити характер взаємовідносин соціалістичної держави і її громадян, невірного розуміння ідеалів соціалістичної революції. У цей період було неможливим використання надбань зарубіжної правознавчої науки та практики, оскільки дії держав з метою захисту прав людини радянською владою оголошувалися лицемірними.

Саме поняття «правознавча діяльність» у радянській юридичній літературі вживалося вкрай рідко та в дуже широкому значенні — як будь-яка діяльність, спрямована на забезпечення прав особи. Про правовий захист вперше на доктринальному рівні заговорили після XIX Всесоюзної конференції КПРС (1988 р.), яка затвердила резолюцію «Про правову реформу». Одне з положень резолюції проголошувало: «Першорядну увагу приділити правовому захисту особистості, встановити гарантії здійснення політичних, економічних, соціальних прав і свобод радянських людей»².

² Гулиев В. Е., Рудинский Ф. М. Социалистическая демократия и личные права. Москва: Юрид. лит., 1984. С. 105.

До радянського законодавства термін «правовий захист» увійшов ще у 1977 р., після внесення його до ст. 35 Конституції СРСР, яка проголосила рівні права жінки і чоловіка, правовий захист материнства й дитинства. Проте широкого застосування в законотворчості цей термін не дістав.

У цьому контексті видається логічною думка про те, що проблеми розуміння прав і свобод людини крізь призму як природної концепції прав і свобод людини, так і позитивістської концепції, пов'язані з конкретними історико-правовими та політичними особливостями розвитку відповідної держави. Варто врахувати й особливості форми організації державної влади та соціально-економічний лад, рівень розвитку громадянського суспільства, реальне бажання політичних еліт забезпечити не тільки основоположні права і свободи людини і громадянина, а й реально покращувати можливості їх захисту, запобігати їх можливому порушенню.

Проголошення 24 серпня 1991 року державної незалежності України дало змогу закріпити нові принципи діяльності держави, права і свободи людини і громадянина як пріоритетний напрям існування держави. Це відкрило можливості розширити права і свободи громадян, зміцнити механізми їх забезпечення та захисту. Відтоді права і свободи людини та громадянина є першочерговою метою розвитку конституційної держави та громадянського суспільства, де панують ідеї верховенства права. Ці ідеї беруть свій початок від класичного положення Декларації прав людини і громадянина 1789 року про те, що суспільство, в якому не забезпечено гарантії прав людини і не здійснено поділ влади, не має конституції. Дане положення розширює розуміння конституції, привносячи у нього не тільки формальні ознаки, а надаючи рис гнучкості, відповідності динамічним відносинам суспільства. Це певною мірою стосується національної конституції, яка виступає не тільки Основним Законом нашої держави, а й виявом установчої влади Українського народу, актом його волевиявлення. Так, у преамбулі вказується, що Конституція України приймається Верховною Радою України від імені Українського народу — громадян України всіх національностей. Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави (ст. 3).

Відтак вперше за тривалий період розвитку української політико-правової думки найважливіші положення права була зафіксовані в акті установчої влади народу. Ці положення разом з іншими нормами Конституції України визначають особливе місце людини, її прав і свобод у системі конституційних відносин, утверджують захист її прав в якості необхідного та першорядного принципу, який визнається і має діяти у

суспільстві й державі беззастережно. Особливо це стосується держави, яка чітко визначила європейську інтеграцію як єдиний вектор державного розвитку.

Отже, найважливішою складовою конституційно-правового статусу особи є інститут прав і свобод людини і громадянина. Оскільки саме вони в усій сукупності відповідно до Основного Закону становлять найвищу соціальну цінність, то є фундаментальним об'єктом конституційно-правового регулювання. Але загальновідомо, що саме по собі проголошення прав і свобод людини є недостатнім і потребує відповідного механізму їх реального забезпечення. Це зумовлює необхідність зробити дієвою ще одну аксіому кожної правової держави: правозахисна функція є найголовнішою для держави, її органів та установ.

У Зверненні Верховної Ради України «До парламентів і народів світу» 5 грудня 1991 р., а також у Декларації про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. було зроблено акцент на тому, що нова, демократична, правова держава ставить за мету реально забезпечити права і свободи людини й громадянина³. Зокрема, у Зверненні Верховної Ради України вказується, що Україна буде демократичну, соціальну, правову державу, першочерговою метою якої є забезпечення прав і свобод людини. З цієї метою Україна буде неухильно дотримувати норм міжнародного права, керуючись Загальною декларацією прав людини, міжнародними пактами про права людини, які Україна ратифікувала, та іншими відповідними міжнародними документами. Україна готова приєднатися до європейських інституцій з прав людини, в тому числі Європейської конвенції про права людини.

Прагнучи утвердження в Українській демократичній державі високих принципів свободи, демократії, гуманізму, соціальної справедливості, рівноправності всіх національностей, що становлять народ України, Верховна Рада схвалила 1 листопада 1991 року Декларацію прав національностей України, згідно з якою Українська держава гарантує всім народам, національним групам, громадянам, що проживають на її території, рівні політичні, громадянські, економічні, соціальні та культурні права, свободу релігійних переконань.

А Верховна Рада, саме виходячи з потреб всебічного забезпечення прав і свобод людини, проголосила державний суверенітет України як верховенство, самостійність, повноту і неподільність влади Республіки в межах її території та незалежність і рівноправність у зовнішніх зносинах, як про це вказано у Декларації про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р.

³ Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 1990р. // Відомості Верховної Ради УРСР. 1990. № 31. Ст. 429.

В подальшому Верховна Рада України формує нове законодавче поле, яке вже побудоване на проголошених нових принципах. Серед визначних актів, що докорінно змінили відносини у суспільстві та державі, варто вказати закони України «Про власність», «Про свободу совісті та релігійних організацій», «Про місцеві Ради народних депутатів та місцеве й регіональне самоврядування», «Про підприємництво», «Про громадянство України» та інші. Нові закони були спрямовані на формування нормативних засад діяльності Української держави саме у сфері забезпечення, гарантування та захисту прав та свобод людини і громадянина. Це вимагало нагального формування ефективних механізмів реального виконання поставлених завдань щодо правового захисту населення.

Не в останню чергу стимулом для перетворень державних механізмів та підкорення їх правозахисній меті було прийняття України до Ради Європи 9 листопада 1995 р. Вказана подія була стимулом для нарощування зусиль з метою підготовки й прийняття центрального акту Українського народу — нової демократичної Конституції у 1996 р., яка розумілася саме як «гуманітарна революція»⁴.

Конституція України у розділі II «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина» встановлює систему прав і свобод людини, а також загальні принципи та положення, які мають за мету визначити зміст гарантій і механізмів реалізації цих прав і свобод. Водночас окремі з них, особливо у соціально-економічній сфері (право на житло (ст. 47), право на доступне медичне обслуговування (ст. 49), залишаються переважно декларативними. Це сприяє поширенню певних сумнівів громадян у спроможності держави забезпечити їх конституційні права.

На основі Конституції була розроблена й основна частина законодавства. Одночасно в ньому закріплюється термін «правовий захист», що є невід'ємним компонентом юридичної дійсності, реальним відображенням державно-правового життя суспільства⁵.

Натомість правовий захист як юридична категорія, необхідність його закріплення в законодавстві й законотворчій діяльності нашої держави та юридичній науці ще не набув належного відображення. Значна частина вітчизняного законодавства щодо формування механізму правового захисту та засад його ефективного втілення в життя стосується вузького кола суб'єктів. Відсутні фундаментальні акти, які б розглядали людину, її права та свободи, гарантії їх захисту та охорони як пріоритетний об'єкт

⁴ Карпачова Н. І. Стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні // Перша щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. Харків: КОНСУМ, 2000. С.17.

⁵ Рабінович П., Панкевич І. Межі прав людини і Конституція України // Право України. 1997. № 5. С. 20.

правового регулювання. Тобто нормотворець, незважаючи на складну історію сучасної Української держави та трансформації, що відбулись в українському суспільстві, ще не зміг відійти від позитивістської радянської концепції, тобто нелюдиноцентристського орієнтування при здійсненні нормотворчості.

Саме тому позиція наукової спільноти має відображати прагнення суспільства та бути активною у формуванні ефективних засад правозахисної діяльності держави, а також розвивати положення вітчизняної доктрини щодо пріоритетності прав і свобод людини і громадянина, гарантій їх забезпечення та захисту в діяльності органів публічної влади.

Korniyenko Petro. The main stages of the genesis of constitutional human rights activism in Ukraine

Fundamental rights have become part of the fundamental state order; state power in the process of its implementation restricts itself to the basic rights of the individual. At the same time, fundamental rights become the «basis of governance» and thus the ideal of statehood in general. Thus, the main factor is not only the existence of a constitutionally executed statehood, but also the constitutional consolidation of basic human rights and citizen. In other words, the constitution and fundamental rights are now a sign of the rule of law. A constitutional state becomes an ideal of a state in which the realization of human and civil rights and freedoms is a permanent task. Currently, we are seeing how fundamental rights increasingly become a major pan-European idea that can become the foundation of a united Europe.

The Constitution of the overwhelming majority of countries of the world proclaims rights and freedoms as the highest value.

The theory and practice of the Institute of Human Rights have a long and instructive history. Modern issues of human rights, with all its novelty and peculiarities, determined by the level and character of the world civilization achieved to date, are based on the rich prior experience of mankind, first of all, in the field of legal forms of organization of public and public life of people, a legal way of regulating social relations .

Human rights protection is a necessary, inalienable and inevitable component of every right, a man-centrist aspect of expressing the essence of law as a special type and a characteristic form of streamlining social relations. Consequently, the existing system of human rights protection is the result of long-term phased historical development.

Keywords: human rights activity, rights and freedoms, person, citizen, object of legal regulation.

УДК 343.222.7

**Виїзд транспортного засобу
за межі проїзної частини
із заподіянням шкоди пішоходам унаслідок
порушення правил дорожнього руху
кількома водіями
(аналіз каузальної структури пригоди)**

С. Р. Багіров,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального та
кримінального процесуального права
Національного університету
«Києво-Могилянська академія»

Підтверджено, що теоретичний підхід, відповідно до якого у ДТП з кількома учасниками у причинному зв'язку з наслідком може перебувати лише порушення правил з боку когось одного з винуватців, поки що є вразливим для критики. Він штучно відсікає юридично значущу поведінку одного учасника необережного злочину, щоб повністю покласти відповідальність на іншого. Водночас ігнорується явище, яке має назву «необережне співзаподіяння» і однією з ознак якого визнають перебування злочинного наслідку в причинному зв'язку з порушенням правил безпеки, допущеним кожним учасником. Здійснений у статті аналіз каузальної структури ДТП, пов'язаних із зіткненням і подальшим виїздом транспортного засобу за межі проїзної частини з травмуванням пішоходів, дозволяє дійти висновку про каузальну нерівноцінність порушень правил безпеки дорожнього руху з боку водія-агента і водія-реципієнта.

© Багіров Сергій Рамізович — кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального та кримінального процесуального права Національного університету «Києво-Могилянська академія»

Ключові слова: дорожньо-транспортна пригода, порушення правил безпеки, злочинний наслідок, причинний зв'язок, каузальний фактор, каузальна структура.

Багиров С. Р. Выезд транспортного средства за пределы проезжей части с причинением вреда пешеходам вследствие нарушения правил дорожного движения несколькими водителями (анализ каузальной структуры происшествия)

Подтверждено, что теоретический подход, в соответствии с которым в ДТП с несколькими участниками в причинной связи с последствием может находиться нарушение лишь одного из виновных, является уязвимым для критики. Он искусственно отсекает юридически значимое поведение одного участника неосторожного преступления, чтобы полностью возложить ответственность на другого. В то же время игнорируется явление, имеющее название «неосторожное сопричинение», одним из признаков которого считают пребывание преступного последствия в причинной связи с нарушениями правил безопасности, допущенными каждым участником. Осуществленный в статье анализ каузальной структуры ДТП, связанных со столкновением и дальнейшим выездом транспортного средства за пределы проезжей части с причинением травм пешеходам, позволяет сделать вывод о каузальной неравноценности нарушений правил безопасности дорожного движения со стороны водителя-агента и водителя-реципиента.

Ключевые слова: дорожно-транспортное происшествие, нарушение правил безопасности, преступное последствие, причинная связь, каузальный фактор, каузальная структура.

Bahirov Sergii. Departure of a transport vehicle outside the carriageway with a harm-doing to the pedestrians in consequence of the traffic infraction by the several drivers (the analysis of a causal structure of the traffic accident)

In the research paper is ascertained that the theoretical approach, according to which a road accident with several participants in a causal connection may only be a violation of the rules by some of the perpetrators, is still vulnerable to criticism. He artificially cuts off legally meaningful behavior of one participant in a careless crime, in order to completely assume responsibility for another. At the same time, a phenomenon called «careless co-causality» is ignored and one of its features recognizes the presence of a criminal act in a causal connection with violations of the rules of safety allowed by each participant. The analysis of the causal structure of the road accident related to the collision and the subsequent departure of the vehicle outside the passage of the pedestrian trauma allows us to conclude that there is a causal inequality of violations of the rules of road safety by the driver-agent and the driver-recipient.

Keywords: road accident, violation of the rules of safety, criminal outcome, causal connection, causal factor, causal structure.

Вивчення правозастосовної практики дає підстави визнати, що останнім часом дедалі частіше трапляються справи, пов'язані із заподіянням смерті або тяжких тілесних ушкоджень унаслідок типових дорожньо-транспортних пригод (далі — ДТП). Зазначена типовість (якщо не сказа-

ти тотожність) цих пригод полягає у тому, що у певному місці, передусім на перехресті, відбувається зіткнення двох (або більше) транспортних засобів, унаслідок чого один із них опиняється за межами проїзної частини і смертельно травмує на узбіччі, або тротуарі, або зупинці громадського транспорту, кількох пішоходів. Такі справи часто набувають розголосу, широкого висвітлення засобами масової інформації і відповідного резонансу як серед пересічних громадян, так і у фаховому середовищі. Зрозуміло, що однією з перших згадується справа З. і Д.¹, події якої сталися 18 жовтня 2017 р. у м. Харкові. На момент подання до друку цієї публікації зазначена справа ще слухається у Київському районному суді м. Харкова. Крім цього, 20 березня 2013 р. у м. Дніпропетровську сталася майже тотожна за об'єктивним механізмом розвитку ДТП за участю водіїв М. та В., пов'язана із зіткненням транспортних засобів та подальшим виїздом одного з них на зупинку громадського транспорту. Обох водіїв визнано винними у недотриманні правил безпеки дорожнього руху, внаслідок чого п'ять потерпілих загинуло, одна особа зазнала тяжких тілесних ушкоджень і ще одна отримала середньої тяжкості тілесні ушкодження. Суд кваліфікував дії кожного з обвинувачених за ч. 3 ст. 286 КК України як порушення правил безпеки руху особами, які керують транспортними засобами, що спричинило загибель кількох осіб².

У більшості подібних випадків обидва водія притягаються до кримінальної відповідальності, за умови, що в діянні кожного з них було встановлено порушення певних правил безпеки дорожнього руху і ці порушення перебувають у причинному зв'язку з наслідками, що настали. Проте залишаються кілька важливих питань, відповіді на які потрібні для належного обґрунтування вироку. Цілком усвідомлюю дискусійний характер цих питань, але ігнорувати їх не можна.

1. Під час усного спілкування деякі судді висловлюють теоретичну позицію, що в подібних ДТП у причинному зв'язку може перебувати лише порушення правил з боку когось одного з винуватців. Питання: чи обґрунтований такий підхід?

2. У тих випадках, коли судді визнають наявність причинного зв'язку між порушенням правил безпеки руху з боку кожного водія і спільним

¹ Тут і в подальшому: хоча прізвища учасників наведених справ містяться у джерелах з відкритим доступом, автор вважає за необхідне подавати інформацію про фігурантів справ у традиційний для теорії кримінального права спосіб, тим більше, що обвинувальний вирок у справі З. і Д. ще не постановлено.

² Вирок Жовтневого районного суду м. Дніпропетровська від 14 травня 2014 р. у справі № 201/13309/13-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/38660514> (дата звернення: 17.06.2018); Вирок Апеляційного суду Дніпропетровської області від 14 вересня 2015 р. у справі № 201/13309/13-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/50297585> (дата звернення: 17.06.2018).

для них злочинним результатом, виникає питання: чи відповідає такий підхід теорії причинного зв'язку в кримінальному праві?

3. Якщо відповідь на друге питання є ствердною, виникає третє, найскладніше з поставлених: за допомогою яких критеріїв можна виміряти ступінь участі фігурантів ДТП, який вплине на звуження або розширення меж відповідальності кожного з учасників? Спростивши, можна сформулювати це питання так, як його ставлять необізнані в юриспруденції люди: хто більшою мірою є винуватим у настанні злочинного наслідку?

Автору поки що не траплялися наукові праці, в яких би здійснювався аналіз каузальної структури таких ДТП. Водночас ті чи інші аспекти питань, поставлених вище, піддавалися розгляду у працях таких авторів, як В. М. Білоконев, В. І. Борисов, М. С. Грінберг, П. С. Дагель, В. І. Касинюк, О. М. Костенко, В. Б. Малінін, В. А. Мисливий, А. А. Музика, М. С. Романов, З. Б. Соктоєв, А. А. Тер-Акопов, О. Л. Тимчук, Н. М. Ярмиш та деяких інших.

Відповіді на перші два питання можна об'єднати через їх взаємопов'язаний характер. Науковий підхід, згідно з яким у причинному зв'язку з результатом може перебувати лише порушення правил безпеки руху одного водія, був висловлений на початку 80-х років ХХ ст.³ Уже тоді він зазнав істотної критики⁴. Опоненти цього підходу, зокрема П. С. Дагель і М. С. Романов, навели низку прикладів, з яких стає зрозумілим, що між діями (порушеннями правил безпеки дорожнього руху) кожного з водіїв і злочинним наслідком може існувати причинний зв'язок. Зокрема, П. С. Дагель підкреслив, що у такому разі ігнорується існування реального явища — співзаподіяння злочинного результату необережними діями кількох осіб⁵.

Крім цього, якщо вважати, що причинний зв'язок може перебувати лише між діями одного з водіїв та злочинним наслідком, який настав, то це може містити у собі широкі можливості для зловживань. Річ у тім, що чітких і загально визнаних параметрів наявності (відсутності) причинного зв'язку наука досі не запропонувала, на підставі чого кримінальній відповідальності міг цілком свавільно підлягати лише один з учасників ДТП, тоді як другий унікав би такої відповідальності.

Важливо підкреслити, що в сучасній науці кримінального права висловлено думку, яку слід визнати теоретичним підґрунтям позиції, згідно з якою злочинний результат може перебувати у причинному

³ Горбуза А., Сухарев Е. О квалификации дорожно-транспортных преступлений // Советская юстиция. 1980. № 8. С. 26-28.

⁴ Дагель П. О причинной связи в дорожно-транспортных преступлениях // Советская юстиция. 1981. № 8. С. 51-53; Романов Н. О причинной связи в дорожно-транспортных преступлениях // Советская юстиция. 1981. № 8. С. 53-54.

⁵ Дагель П. Цит. праця. С. 52.

зв'язку з діями кількох учасників пригоди. Йдеться про науковий підхід професора Н. М. Ярмиш стосовно співвідношення необхідності й випадковості у причинно-наслідкових відносинах. На думку вченої, характер зв'язку між причиною і наслідком завжди є необхідним. Як тільки причина сформована, вона з необхідністю тягне наслідок. Водночас випадкове існує не у сфері зв'язків причин і наслідків, а у сфері поєднання компонентів причини⁶. Це означає, що порушення правил безпеки дорожнього руху з боку кожного учасника пригоди якраз і утворюють ті компоненти, поєднання яких формує єдину інтегративну причину, що тягне спільний для учасників злочинний наслідок.

Тепер спробуємо відповісти на питання про те, за допомогою яких критеріїв можна виміряти ступінь участі фігурантів ДТП, який вплине на звуження або розширення меж відповідальності кожного з учасників?

Наукова позиція щодо необхідності вимірювання ступеня участі особи у спільному заподіянні злочинного наслідку існує у тих чи інших варіаціях з другої половини ХІХ ст. Серед теорій причинного зв'язку окрему групу становили ті, автори яких виходили з об'єктивної нерівноцінності каузальних факторів⁷. Прихильники цієї позиції намагалися шукати чинники обмеження причинного ланцюга не в суб'єктивній стороні злочину, а в об'єктивній. Найвідомішим представником об'єктивної групи теорій причинності у кримінальному праві був професор М. С. Таганцев⁸. У радянські часи цю позицію здебільшого розвивали В. М. Кудрявцев (запропонований критерій — «ступінь віддаленості дії від наслідку» або «ступінь протяжності причинного зв'язку»), А. Н. Трайнін (критерій — «ступінь заподіяння») та Т. В. Церетелі (критерій — «ступінь сприяння настанню злочинного результату»)⁹.

Необхідно зауважити, що ця теоретична позиція була підтримана у 2014 та 2015 роках Судовою палатою у кримінальних справах Верховного

⁶ Ярмиш Н. М. Теоретичні проблеми причинно-наслідкового зв'язку в кримінальному праві (філософсько-правовий аналіз): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Харків, 2003. С. 16-17.

⁷ Багіров С. Р. Причинний зв'язок у кримінальному праві: сучасні можливості застосування теорії нерівноцінності умов до злочинів, що вчиняються через необережність // Проблеми пенітенціарної теорії і практики: щорічний бюлетень Київського юридичного інституту Міністерства внутрішніх справ України (за загальн. ред. А. А. Музики). Київ: КЮІ МВС України, 2005. № 10. С. 187-196.

⁸ Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Общая часть. Т. 1. Тула: Автограф, 2001. С. 521-523.

⁹ У зв'язку з обмеженим обсягом статті відсутня можливість детально розглянути позиції цих авторів. Для більш докладного ознайомлення з підходами наведених науковців див.: Кудрявцев В. Н. Объективная сторона преступления. Москва: Государственное изд-во юрид. лит., 1960. С. 214; Трайнин А. Н. Вопрос о причинной связи в социалистическом уголовном праве // Советское государство и право. 1951. № 5. С. 31; Церетели Т. В. Причинная связь в уголовном праве. Москва: Государственное изд-во юрид. лит., 1963. С. 199-208.

Суду України. Так, у постанові від 20 листопада 2014 року в справі № 5-18кс14 (рішення про неправильну кваліфікацію дій водія за ч. 1 ст. 286 КК у разі ДТП за участю декількох водіїв) зазначено: «У разі виникнення ДТП за участю декількох водіїв вирішення питання про наявність чи відсутність в їх діях складу злочину, передбаченого відповідними частинами статті 286 КК, потребує встановлення причинного зв'язку між діями (порушенням правил безпеки дорожнього руху) кожного з них та наслідками, що настали, тобто з'ясування *ступеня участі (внеску)* (виділено мною. — С. Б.) кожного з них у спричиненні злочинного наслідку»¹⁰. В іншій постанові Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 5 листопада 2015 р. у справі № 5-218кс15 сформульовано: «У випадку дорожньо-транспортної події¹¹ за участю декількох водіїв для вирішення питання про наявність чи відсутність в їхніх діях складу кримінального правопорушення, передбаченого відповідними частинами ст. 286 КК, необхідно встановити причинний зв'язок між діями (порушенням правил безпеки дорожнього руху) кожного з них та наслідками, що настали, дослідити характер та черговість порушень, які вчинив кожен з водіїв, хто з них створив небезпечну дорожню обстановку (аварійну ситуацію), тобто з'ясувати *ступінь участі* (виділено мною. — С. Б.) кожного у спричиненні злочинного наслідку»¹².

Як вбачається з наведеного, Верховний Суд України цілком обґрунтовано став оперувати поняттями «ступінь участі», «небезпечна дорожня обстановка» і «аварійна ситуація». У тексті рішення Суд спочатку займає позицію, відповідно до якої розрізняє останні два явища, що можна підтвердити такою цитатою з документа: «Суд не з'ясував, хто з водіїв — ОСОБА_1 чи ОСОБА_2.1 — і якими діями створив небезпечну дорожню обстановку, а далі — і аварійну ситуацію, хоча, як правило, в причинному зв'язку з наслідками визнаються порушення правил безпеки руху з боку того водія, який створив аварійну ситуацію, хто з них мав більшу можливість уникнути зіткнення»¹³. Щоправда, формулюючи висновок, Суд чомусь застосував їх як синоніми: «...небезпечну дорожню обстановку

¹⁰ *Практика* застосування Верховним Судом України положень Особливої частини Кримінального кодексу України [уклад. О. П. Горох]; за заг. ред. А. А. Музики. Київ: «Центр учбової літератури», 2017. С. 455.

¹¹ Так зазначено у цитованому джерелі. Напевно, мало б йтися про пригоду.

¹² *Практика* застосування Верховним Судом України положень Особливої частини Кримінального кодексу України [уклад. О. П. Горох]; за заг. ред. А. А. Музики. С. 459; *ДТП: от причины к последствиям. Закон и бизнес. Вып. № 7 (1253)*. 13.02. 19.02.2016. URL: http://zib.com.ua/ru/121639verhovniy_sud_sdela_l_vivod_o_narusheniyah_pdd.html (дата звернення: 17.06.2018).

¹³ *Практика* застосування Верховним Судом України положень Особливої частини Кримінального кодексу України [уклад. О. П. Горох]; за заг. ред. А. А. Музики. С. 463.

(аварійну ситуацію)...». Проте в експертній практиці, звідки запозичені ці поняття, їх зміст істотно відрізняється.

Встановлення причинного зв'язку, з правової точки зору, має ґрунтуватися на встановленні такого зв'язку з технічної точки зору. Акцентую увагу на тому, що у справах, подібних до справи З. і Д. або справи М. та В., експерти-автотехніки, за умови виявлення порушень правил безпеки руху в діяннях обох водіїв, у висновках будуть стверджувати, що обидва водії мали технічну можливість уникнути пригоди, якщо дотримувалися б правил безпеки дорожнього руху. Водночас суддям необхідно звертати увагу на те, чи аналізували експерти, хто саме з водіїв і якими діяннями (порушеннями правил безпеки дорожнього руху) створив небезпечну дорожню обстановку, а також те, хто з них створив аварійну дорожню обстановку (аварійну ситуацію). Як правило, в причинному зв'язку з наслідками визнають порушення правил безпеки дорожнього руху з боку того водія, який створив аварійну ситуацію.

Проте у двох справах (це стосується й інших тотожних справ), каузальна структура яких піддається аналізу в цьому дослідженні, не виключається висновок про те, що обидва водія своїми порушеннями взяли участь у створенні аварійної ситуації. Тому для відповіді про ступінь участі (внесок) кожного з них у настанні злочинного наслідку висновків автотехнічної експертизи може бути недостатньо. За таких умов необхідно вдаватися до теоретичного аналізу з правової, а не лише з технічної, точки зору.

Наука кримінального права уже здійснила певні кроки у напрямі розмежування каузальних факторів під час формування інтегративної причини, яка тягне злочинні наслідки. Плідним є підхід, згідно з яким для оцінки причинного зв'язку необхідно брати до уваги привхідний фактор і той вплив, який цей фактор здійснив на розвиток причинного ланцюга під час пригоди. Сутність концепції привхідних факторів полягає у тому, що з'ясовується ступінь автономії нового силового агента, який увійшов до процесу розгортання каузального ланцюга. Для допомоги скористаємось логічними правилами встановлення причини, які називають схемами Ф. Бекона — Дж. С. Мілля. Якщо з'ясується, що перше порушення правил безпеки саме по собі, без впливу привхідної сили, призвело б до того результату, який настав, це означає, що привхідна сила не відіграла каузальної ролі.

В обох справах, каузальна структура яких аналізується, порушення правил безпеки дорожнього руху у вигляді перевищення швидкості руху (поставлено у вину водію «BMW-320i» у дніпропетровській справі) або перевищення швидкості і проїзд на заборонений сигнал світлофора (оскільки вироку ще немає, прогноую, що, ймовірно, ці порушення можуть бути поставлені у вину З. — водителю «Lexus RX 350» у харків-

ській справі) самі по собі, без бокового удару, що спостерігався в обох справах, не призвели б до таких тяжких наслідків, оскільки до останнього зберігалася б можливість прямолінійного руху проїзною частиною дороги. Боковий удар призвів до зміни напрямку руху і стану некерованості транспортного засобу, який зазнав удару. Подальші події — виїзд за межі проїзної частини і травмування пішоходів — відбуваються уже поза контролем волі і свідомості учасників зіткнення. Це означає, що кримінальна відповідальність за такі наслідки ґрунтується більшою мірою на причинному зв'язку, ніж на суб'єктивному ставленні до можливості настання цих наслідків.

На останньому етапі таких справ, коли транспортний засіб безпосередньо контактує з тілами потерпілих, він становить більшою мірою фізичну причину злочинного наслідку. Водія такого транспортного засобу, що зазнає бокового удару і через це змінює напрямок свого руху, можна (умовно, в порядку обговорення) назвати *реципієнтом* (від лат. *recipiens* — той, хто приймає). Той же водій, транспортний засіб якого постав як привхідна сила, що увійшла до ланцюга причинності й змінила його перебіг, може бути названо *агентом* (від лат. *agens* — той, хто приводить у рух, той, хто діє).

Основною проблемою кримінально-правової оцінки діяння водія-реципієнта є те, що саме його транспортний засіб безпосередньо контактує з потерпілими. Це впливає на відповідну оцінку, яка залежить більшою мірою від емоційного сприйняття цього факту. Тому ймовірно порушення правил з боку такого водія сприймається як головна причина того, що сталося. Водночас тут ми можемо потрапити до логічної пастки, не звернувши уваги на те, що *proxima causa* (лат. — найближча причина) у фізичному і юридичному розумінні можуть відрізнятися. Безпосередній фізичний вплив транспортного засобу водія-реципієнта, будучи фізичною *proxima causa*, не є такою в юридичному розумінні. Юридично значущою *proxima causa* тут мають визнаватися порушення правил безпеки дорожнього руху з боку водія-агента, тобто того, хто «виштовхнув» транспортний засіб водія-реципієнта на потерпілих. Саме цей вплив варто визнати «останнім» у взаємодії водіїв-учасників пригоди тим порушенням, що певною мірою «компенсує» порушення правил безпеки дорожнього руху, допущене першим водієм.

На підставі викладеного можемо дійти таких висновків. Теоретичний підхід, відповідно до якого у ДТП з кількома учасниками у причинному зв'язку може перебувати лише порушення правил з боку когось одного з винуватців, поки що є вразливим для критики. Він штучно відсікає юридично значущу поведінку одного учасника необережного злочину, щоб повністю покласти відповідальність на іншого. Водночас ігнорується явище, яке має назву «необережне співзаподіяння» і однією з ознак якого

визнають перебування злочинного наслідку в причинному зв'язку з порушеннями правил безпеки, допущеним кожним учасником.

Практичний підхід, коли судді визнають наявність причинного зв'язку між порушенням правил безпеки руху з боку кожного водія і спільним для них злочинним результатом, є таким, що ґрунтується на положеннях теорії кримінального права; він не суперечить доктринальним уявленням про випадкове поєднання компонентів інтегративної причини.

Аналіз каузальної структури ДТП, пов'язаних із зіткненням і подальшим виїздом транспортного засобу за межі проїзної частини з травмуванням пішоходів, дозволяє дійти висновку про каузальну нерівноцінність порушень правил безпеки дорожнього руху з боку водія-агента і водія-реципієнта.

Продовження кримінально-правового аналізу причинно-наслідкових відносин у подібних ДТП, уточнення термінологічної оболонки явищ, що аналізувалися у цій публікації, є важливим перспективним завданням науки кримінального права.

Bahirov Sergii. Departure of a transport vehicle outside the carriageway with a harm-doing to the pedestrians in consequence of the traffic infraction by the several drivers (the analysis of a causal structure of the traffic accident)

Departure of a transport vehicle outside the carriageway with a harm-doing to the pedestrians in consequence of the traffic infraction by the several driver (the analysis of a causal structure of the traffic accident)

The study of law enforcement practices allows us to recognize that more recently cases involving death or serious bodily injuries as a result of typical road accidents occur more often in it. The indicated typology (if not identity) of these accidents is this. In a certain place, above all at the crossroads, there is a collision between two (or more) vehicles, as a result of which one of them is outside the traffic area and mortally injures a sidewalk or sidewalk or a public transport stop for several pedestrians. Such cases often become public, broad coverage of the media and the corresponding resonance among ordinary citizens as well as in the professional environment. In most of these cases, both drivers are prosecuted, provided that each of them has violated certain traffic safety rules and these violations are causally related to the consequences. However, there are a few important questions that are needed to properly justify the sentence. I fully understand the controversial nature of these issues, but they can not be ignored. 1. During verbal communication some judges express the theoretical position that in such accidents in a causal connection there may be only a violation of the rules by one of the perpetrators. Question: Is this approach justified? 2. In those cases where judges acknowledge the existence of a causal link between the violation of traffic safety rules by each driver and their criminal outcome, the question arises: does such an approach apply to the theory of causation in criminal law? 3. If the answer to the second question is affirmative, there is a third, most difficult of the questions raised: what criteria can we measure the degree of participation of the person involved in the accident, which will affect

the narrowing or extension of the limits of liability of each of the participants? Having simplified, one can formulate this question as it is put by people not familiar with the jurisprudence: who is more likely to be guilty of a criminal offense?

Based on the foregoing, we can come up with the following conclusions. The theoretical approach, according to which a road accident with several participants in a causal connection may only be a violation of the rules by some of the perpetrators, is still vulnerable to criticism. He artificially cuts off legally meaningful behavior of one participant in a careless crime, in order to completely assume responsibility for another. At the same time, a phenomenon called «careless co-causality» is ignored and one of its features recognizes the presence of a criminal act in a causal connection with violations of the rules of safety allowed by each participant. A practical approach where judges find that there is a causal link between a driver's traffic violation and a criminal result common to them is based on the provisions of the criminal law theory; it does not contradict doctrinal ideas about the random combination of components of the integrative cause. The analysis of the causal structure of the road accident related to the collision and the subsequent departure of the vehicle outside the passage of the pedestrian trauma allows us to conclude that there is a causal inequality of violations of the rules of road safety by the driver-agent and the driver-recipient. Continued criminal legal analysis of causal relationships in similar accidents, clarification of the terminology of the phenomena analyzed in this publication, is an important promising task of the science of criminal law.

Keywords: road accident, violation of the rules of safety, criminal outcome, causal connection, causal factor, causal structure.

УДК 343.237+343.326

Терористична організація як форма співучасті

О. О. Кваша,

доктор юридичних наук, професор,
провідний науковий співробітник відділу
проблем кримінального права,
кримінології та судоустрою
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького
НАН України

І. О. Криворучко,

прокурор Калинівської місцевої прокуратури
Вінницької області

Обґрунтовано, що вдосконалення протидії діяльності терористичних організацій можливе лише на основі системного підходу, який забезпечить оптимальне визначення поняття терористичної організації з урахуванням конститутивних ознак співучасті у злочині, загального поняття злочинної організації та сучасних тенденцій розвитку терористичної діяльності в Україні. Під терористичною організацією запропоновано розуміти стійке ієрархічне об'єднання декількох (п'ять і більше) осіб, які зорганізувалися з метою вчинення терористичного злочину (злочинів).

Ключові слова: співучасть, форма співучасті, терористична організація, ієрархічна структура, мета.

© Кваша Оксана Олександрівна — доктор юридичних наук, професор, провідний науковий співробітник відділу проблем кримінального права, кримінології та судоустрою Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

© Криворучко Іван Олександрович — прокурор Калинівської місцевої прокуратури Вінницької області

Кваша О. А., Крыворучко И. А. Террористическая организация как форма соучастия

Обосновано, что совершенствование противодействия деятельности террористических организаций возможно только на основе системного подхода, который обеспечит оптимальное определение понятия террористической организации с учетом конститутивных признаков соучастия в преступлении, общего понятия преступной организации и современных тенденций развития террористической деятельности в Украине. Под террористической организацией предложено понимать устойчивое иерархическое объединение нескольких (пять и более) лиц, которые организовались с целью совершения террористического преступления (преступлений).

Ключевые слова: соучастие, форма соучастия, террористическая организация, иерархическая структура, цель.

Kvasha Oksana, Kryvoruchko Ivan. Terrorist organization as a form of complicity

The article substantiates that the improvement of counteraction to the activities of terrorist organizations is possible only on the basis of a systematic approach that will provide an optimal definition of the concept of a terrorist organization, taking into account the constituent signs of complicity in the crime, the general concept of a criminal organization and the current trends in the development of terrorist activities in Ukraine. Under the terrorist organization it is suggested to understand the stable hierarchical association of several (five or more) persons that were organized with the purpose of committing a terrorist crime (crimes).

Keywords: complicity, form of complicity, terrorist organization, hierarchical structure, purpose.

Сучасний стан злочинності в Україні характеризується низкою вкрай негативних тенденцій. На тлі кількісних негативних показників кримінальної статистики відбулися значні якісні трансформації, особливо щодо таких видів злочинності, як організована, тероризм та сепаратизм. І цю проблему слід розглядати комплексно. Найбільшу небезпеку в Україні нині становить терористична діяльність у формі злочинних організацій, яка загрожує самому існуванню Української держави. Недарма основними цілями Стратегії національної безпеки України, затвердженої Указом Президента України від 26 травня 2015 року № 287/2015, визнано такі, як мінімізація загроз державному суверенітету та створення умов для відновлення територіальної цілісності України у межах міжнародно-визнаного державного кордону України, гарантування мирного майбутнього України як суверенної і незалежної, демократичної, соціальної, правової держави¹. Організована злочинність терористичного спряму-

¹ Стратегія національної безпеки України, затверджена Указом Президента України від 26 травня 2015 року № 287/2015. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/287/2015> (дата звернення 17.06.2018)

вання має певні відмінності, зокрема щодо функціональної структури, однак у сучасних умовах такі організації переважно мають транснаціональний характер, доказом чому є існування так званих «ДНР» та «ЛНР».

Увага до питань протидії діяльності злочинних організацій і тероризму приділялась у роботах таких учених як П. П. Андрушко, В. Ф. Антипенко, М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, Ф. Г. Бурчак, В. В. Василевич, А. А. Вознюк, В. О. Глушков, В. В. Голіна, Н. О. Гуторова, Л. М. Демідова, У. С. Джекебаєв, О. М. Джу́жа, О. О. Дудоров, С. О. Єфремов, В. П. Ємельянов, Г. П. Жаровська, А. П. Закалюк, А. Ф. Зелінський, М. Й. Коржанський, О. М. Костенко, В. Н. Кубальський, Б. Д. Леонов, В. А. Ліпкан, О. М. Литвак, М. І. Мельник, В. А. Мисливий, П. П. Михайленко, А. А. Музика, В. О. Навроцький, Г. В. Новицький, В. І. Осадчий, М. І. Панов, А. В. Савченко, М. В. Семикін, В. В. Сташис, В. Я Тацій, В. П. Тихий, П. Л. Фріс, М. І. Хавронюк, С. Д. Шапченко, Н. М. Ярмиш, С. С. Яценко та ін. Незважаючи на значний внесок цих вчених у розробку засад протидії діяльності терористичних організацій в Україні, потребує комплексного вирішення проблема визначення поняття терористичної організації із врахуванням конститутивних ознак співучасті у злочині та сучасних тенденцій проявів тероризму в Україні.

У статті 28 та 255 Кримінального кодексу України визначено поняття злочинної організації, які мають певні розбіжності, про що йтиметься далі. Водночас спеціальними видами злочинних організацій є транснаціональна організація (ч. 5 ст. 143), банда (ст. 257), терористична організація (ст. 258-3), не передбачені законом воєнізовані або збройні формування (ст. 260).

Семантичне значення терміна «організація» в українській мові містить формулювання «особливості побудови чого-небудь; структура»². У філософії ж аксіоматичним є положення, що завдяки зв'язкам організація отримує і свої специфічні властивості, які невід'ємні від неї як цілого і не зводяться до властивостей її елементів³. Діяльність злочинних організацій і є особливо небезпечною для суспільства завдяки високій ефективності організації як інструмента досягнення злочинних результатів. На основі різних визначень поняття організації узагальнено такі підходи: 1) це процес або діяльність з розподілу функцій, налагодження зв'язків, координування, а також інструмент або засоби керівництва та координування, гармонізації цілей та спрямування їх результатів на досягнення спільної мети; 2) результат процесу організації, ступінь упорядкованості;

² *Словник української мови*: в 11 т. / за ред. акад. І. К. Білодіда. Київ: Наукова думка, 1973. Т. 4. С. 739.

³ *Философская энциклопедия*: в 5 т. / под ред. А. А. Константинов]. Москва: «Советская энциклопедия», 1970. Т. 4. С. 161.

3) система, або множина елементів, що перебувають між собою у відношеннях і зв'язках, утворюють певну цілісність⁴.

Узагальнюючи семантичне, філософське, соціологічне тлумачення терміна «організація», слід виокремити ключові для розуміння його суті поняття: система, структура, цілісність, взаємодія, мета. Поняття організації слід визначати на основі системно-структурного підходу як систему взаємодіючих елементів для досягнення єдиної мети, структурно об'єднаних таким чином, що заміна їх чи випадіння будь-якого не порушує цілісності системи. Функція структури у будь-якій злочинній організації — забезпечити системі внутрішню міцність і стабільність, цілісну єдність. Тому закономірно, що згідно з ч. 4 ст. 28 КК України ключовою конститутивною ознакою злочинної організації, яка уособлює її унікальність з-поміж інших форм співучасті, є ієрархічна структура. Більше того, ця іманентна ознака є визначальною для всіх різновидів злочинних організацій, у тому числі терористичної.

Визначення поняття «злочинна організація» у ч. 4 ст. 28 Загальної частини КК України серед інших обов'язкових ознак містить також мету — вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів. Ця норма кримінального закону за загальним правилом поширює свою дію на всі норми Особливої частини.

І хоча у диспозиції статті 258-3 КК України не названо ознак терористичної організації, очевидно, що така організація, як і будь-який інший вид злочинної організації, має відповідати конститутивним ознакам злочинної організації, принаймні мати ієрархічну структуру та специфічну мету. Тобто терористична організація повинна відповідати ознакам злочинної організації, закріпленим насамперед у статті 28 та 255 КК України, а також положенням статті 258 КК України, де визначено поняття та мета вчинення терористичного акту. При цьому є суперечності між самими статтями 28 і 255 КК України, зокрема в частині наявності в ч. 1 ст. 255 КК формулювання «створення злочинної організації з метою вчинення *тяжкого чи особливо тяжкого злочину*», тобто в однині (курсив наш. — О. К., І. К.). Тоді як ч. 4 ст. 28 КК визначає мету створення злочинної організації, зокрема, як вчинення *тяжких чи особливо тяжких злочинів*, тобто у множині. Як вірно відзначає В. П. Ємельянов, за таких обставин необхідно керуватися визначеними в юридичній науці правилами подолання колізії. А згідно з цими правилами однозначно виходить, що при вирішенні цього питання треба брати за основу положення чинної редакції ч. 4 ст. 28 КК, оскільки якщо про злочинність діяння неоднаковим чином вказується в КК України і в інших галузях законодавства, то воно

⁴ Козловська Г. В. Організаційна свідомість: індивідуальне і суспільне: монографія. Київ: Вид-во НПУ ім. М. П. Драгоманова, 2007. С. 23-26.

кваліфікується відповідно до положень Кримінального кодексу, при колізії між статтями Загальної та Особливої частин КК застосовуються положення Загальної частини...⁵ Отже, згідно з кримінальним законом України терористична організація метою свого створення передбачає вчинення терористичних актів. Проте слушною є позиція щодо можливості створення злочинної організації і для вчинення одного злочину⁶. Тим більше в контексті терористичної діяльності, яка потребує ретельної підготовки. Так, у статті 258 КК України визначено поняття терористичного акту — застосування зброї, вчинення вибуху, підпалу чи інших дій, які створювали небезпеку для життя чи здоров'я людини або заподіяння значної майнової шкоди чи настання інших тяжких наслідків, якщо такі дії були вчинені з метою порушення громадської безпеки, залякування населення, провокації воєнного конфлікту, міжнародного ускладнення, або з метою впливу на прийняття рішень чи вчинення або невчинення дій органами державної влади чи органами місцевого самоврядування, службовими особами цих органів, об'єднаннями громадян, юридичними особами, або привернення уваги громадськості до певних політичних, релігійних чи інших поглядів винного (терориста), а також погроза вчинення зазначених дій з тією самою метою. Тому слід ставити питання про внесення змін до загального поняття злочинної організації в частині визначення мети створення як вчинення і одного злочину.

У свою чергу, в статті 1 Закону України «Про боротьбу з тероризмом» терористична організація визнана як стійке об'єднання трьох і більше осіб, яке створене з метою здійснення терористичної діяльності, у межах якого здійснено розподіл функцій, встановлено певні правила поведінки, обов'язкові для цих осіб під час підготовки і вчинення терористичних актів. Організація визнається терористичною, якщо хоч один з її структурних підрозділів здійснює терористичну діяльність з відома хоча б одного з керівників (керівних органів) усієї організації⁷ (курсив наш. — О. К., І. К.).

Отже, перше, що слід відзначити, — невідповідність кількісної ознаки терористичної організації — трое осіб, тоді як згідно із ст. 28 КК України мінімальна кількість учасників становить п'ять осіб. Мета — здійснення терористичної діяльності, розкривається у цьому ж законі: терористична діяльність — діяльність, яка охоплює: планування, організацію, підготовку та реалізацію терористичних актів; підбурювання до вчинення терористичних актів, насильства над фізичними особами або організаціями,

⁵ Ємельянов В. П. Кримінальне право України: Загальна частина. Основні питання вчення про злочин: наук.-практ. посіб. Харків: Право, 2018. С. 84.

⁶ Вознюк А. А. Кримінальна відповідальність за створення злочинних об'єднань та участь у них. Київ: ФОП Маслаков, 2018. С. 816.

⁷ <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/638-15> (дата звернення 17.06.2018)

знищення матеріальних об'єктів у терористичних цілях; організацію незаконних збройних формувань, злочинних угруповань (злочинних організацій), організованих злочинних груп для вчинення терористичних актів, так само, як і участь у таких актах; вербування, озброєння, підготовку та використання терористів; пропаганду і поширення ідеології тероризму; фінансування та інше сприяння тероризму; фінансування тероризму — надання чи збір активів будь-якого роду з усвідомленням того, що їх буде використано повністю або частково: для будь-яких цілей окремим терористом, терористичною групою або терористичною організацією; для організації, підготовки і вчинення окремим терористом, терористичною групою або терористичною організацією визначеного Кримінальним кодексом України терористичного акту, втягнення у вчинення терористичного акту, публічних закликів до вчинення терористичного акту, створення терористичної групи чи терористичної організації, сприяння вчиненню терористичного акту, будь-якої іншої терористичної діяльності, а також спроби здійснення таких дій.

А. А. Вознюк пропонує терористичну організацію розглядати як об'єднання фізичних осіб, а статтю 258-3 КК України в цій частині викласти так: «терористична організація — стійке ієрархічне злочинне об'єднання декількох (трьох і більше) співучасників, попередньо зорганізоване для вчинення одного або декількох терористичних злочинів⁸. Зайвим вважаємо використання формулювання «злочинне об'єднання», яке дублюється надалі вказівкою, що воно організоване для вчинення терористичних злочинів. Також не погоджуємось із зменшенням мінімальної кількості осіб до трьох. Підтримуємо позицію В. П. Ємельянова: «Положення щодо кількісного складу терористичної організації не повинні суперечити положенням ст. 255 КК щодо кількісного складу злочинної організації. Отже, під терористичною організацією згідно зі ст. 258-3 КК слід розуміти стійке ієрархічне об'єднання декількох осіб (п'ять і більше), загальні ознаки якого передбачені у ч. 4 ст. 28 КК. А з метою усунення зазначених суперечностей необхідно положення Закону України «Про боротьбу з тероризмом» привести у відповідність з КК України»⁹.

Заслуговує на схвалення пропозиція А. А. Вознюка про визначення поняття «терористична організація» безпосередньо у статті 258-3. Зважаючи на це, не можна погодитись із протилежною пропозицією про формулювання у ч. 4 ст. 28 КК положення: «Злочин визнається вчиненим злочинною чи терористичною організацією...¹⁰». З наведеного може

⁸ Вознюк А.А. Цит. праця. С. 809, 819.

⁹ Ємельянов В. П. Цит. праця. С. 85.

¹⁰ Цюприк І. В. Щодо визначення термінів «терористична група» й «терористична організація» // Право і суспільство. 2016. № 3. Ч. 2. С. 204.

скластися враження, що терористична організація не є злочинною. На наше переконання, у ст. 28 КК має міститися загальне поняття злочинної організації, тоді як спеціальні види, передбачені в Особливій частині, повинні автоматично містити такі конститутивні ознаки із зазначенням специфічної мети створення та діяльності. Враховуючи наші попередні висновки, за умов внесення відповідних змін до ч. 4 ст. 28 КК України, під терористичною організацією слід розуміти стійке ієрархічне об'єднання декількох (п'ять і більше) осіб, які зорганізувалися з метою вчинення терористичного злочину (злочинів).

Отже, злочинні організації, маючи за мету терористичну діяльність, є симбіозом конститутивних ознак злочинної організації та терористичної діяльності. Як зазначалось вище, у диспозиції статті 258-3 КК України не розкрито ознак терористичної організації. Водночас у статті 258 визначено поняття терористичного акту — застосування зброї, вчинення вибуху, підпалу чи інших дій, які створювали небезпеку для життя чи здоров'я людини або заподіяння значної майнової шкоди чи настання інших тяжких наслідків, якщо такі дії були вчинені з метою порушення громадської безпеки, залякування населення, провокації воєнного конфлікту, міжнародного ускладнення, або з метою впливу на прийняття рішень чи вчинення або невчинення дій органами державної влади чи органами місцевого самоврядування, службовими особами цих органів, об'єднаннями громадян, юридичними особами, або привернення уваги громадськості до певних політичних, релігійних чи інших поглядів винного (терориста), а також погроза вчинення зазначених дій з тією самою метою. Отже, мета терористичного акту, який вчиняється особами у складі терористичних організацій, чітко визначена законодавцем.

Водночас ситуація, що склалась з 2014 року із створенням та діяльністю злочинних організацій «ДНР» та «ЛНР», актуалізує в Україні проблему трансформації терористичної організації. Показовим є вирок Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 13.01.2015, відповідно до якого притягнуто до кримінальної відповідальності особу за вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 258-3 КК України (кримінальне провадження № 1-кп/243/37/2015). Тобто йдеться про створення терористичної організації «ДНР» так званої «Донецької народної республіки». У вирокі терористична організація ДНР характеризується як стійка, що має чітку ієрархію та структуру, яка складається з політичного та силового блоків, а також розподіл функцій між її учасниками, на яких покладені відповідні обов'язки згідно з планом спільних злочинних дій. Основною метою діяльності вказаної терористичної організації є насильницька зміна та повалення конституційного ладу, захоплення державної влади в Україні, а також зміна меж території і державного кордону України, шляхом створення незаконного

державного утворення «ДНР»¹¹. У Вікіпедії (Вільній енциклопедії) вказано, що Донецька народна республіка (ДНР) — «самопроголошене квазідержавне *терористичне утворення*, встановлене польовими командирами і проросійськими політичними лідерами сепаратистів на окупованій Російською Федерацією території окремих районів Донецької області України «ДНР»¹².

Зазначена у наведеному вироку мета діяльності терористичної організації «ДНР» — насильницька зміна та повалення конституційного ладу, захоплення державної влади в Україні, а також зміна меж території і державного кордону України, не охоплюється законодавчим визначенням терористичного акту. Відповідно потребує законодавчого врегулювання визначення злочинних організацій, мета створення яких полягає у заподіянні шкоди основам національної безпеки України.

Отже, кримінально-правова охорона національної безпеки України є надзвичайно актуальною проблемою як для державних органів, так і юридичної науки. В КК України передбачено окремий розділ «Злочини проти основ національної безпеки України», який не охоплює всі злочинні посягання на безпеку держави. Слід ставити питання про відповідальність транснаціональних злочинних організацій, діяльність яких спрямована на заподіяння шкоди інтересам України, на кшталт так званих «ДНР» та «ЛНР», які не можна вважати терористичними «у чистому вигляді». Через це наявні суттєві розбіжності у судовій практиці у кваліфікації дій організаторів та учасників злочинних організацій «ДНР» та «ЛНР». Кваліфікація здійснюється за різними статтями Кримінального кодексу України: 255 (створення чи участь у злочинній організації); 258-3 (участь у терористичній організації чи сприяння її діяльності), 256 (сприяння учасникам злочинних організацій), 260 (створення та участь у діяльності не передбачених законами України воєнізованих або збройних формувань).

Науковці вже реагують на ситуацію, що склалась у цій сфері. Так, І. Р. Серкевич у своїй статті «Терористичний акт як злочин проти громадської та національної безпеки» зауважує, що саме з урахуванням особливостей здійснюваної ззовні політики державного тероризму, інформаційно-психологічних чинників її забезпечення, регіональної специфіки організації злочинних угруповань необхідно підходити до кримінально-правової характеристики терористичного акту як злочинного посягання

¹¹ Вирок Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 13.01.2015 (справа № 1-кп/243/37/2015 243/4875/14). URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua>.

¹² https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%94%D0%BE%D0%BD%D0%B5%D1%86%D1%8C%D0%BA%D0%B0_%D0%BD%D0%B0%D1%80%D0%BE%D0%B4%D0%BD%D0%B0_%D1%80%D0%B5%D1%81%D0%BF%D1%83%D0%B1%D0%BB%D1%96%D0%BA%D0%B0

не лише на громадську, а й на національну безпеку країни¹³. Такий підхід є правильним, оскільки не лише так звані «ДНР» та «ЛНР» як терористичні організації загрожують національній безпеці України. Вчені виокремлюють «безпосередні виклики, які загрожують безпеці нашої держави: наявність неврегульованого конфлікту у придністровському регіоні Республіки Молдова, що безпосередньо межує з Україною; невирішеність питання розмежування лінії державного кордону акваторії Чорного і Азовського морів та Керченської протоки, відсутність демаркації державного кордону України з Російською Федерацією, Республікою Білорусь та Республікою Молдова, що стримує врегулювання правових засад забезпечення його режиму, ускладнює ефективну протидію транснаціональним загрозам; недосконалість державної політики у сфері міграції тощо»¹⁴.

Вважаємо доречним у зв'язку з цим нагадати положення КК УРСР 1960 року. В Особливій частині першою главою було передбачено відповідальність за «Злочини проти держави», які було розподілено на «Особливо небезпечні злочини проти держави» та «Інші злочини проти держави». Саме до першої глави і було віднесено такий злочин, як терористичний акт. Тобто за своєю сутністю терористичні злочини законодавцем розглядались як особливо небезпечні злочини проти держави. І сьогодні є підстави констатувати таку колізію, що діяльність терористичних організацій посягає не лише на громадську безпеку, але й на основи національної безпеки.

Таким чином, вдосконалення протидії діяльності терористичних організацій можливе лише на основі системного підходу, який забезпечить оптимальне визначення поняття терористичної організації з урахуванням конститутивних ознак співучасті у злочині, загального поняття злочинної організації та сучасних тенденцій розвитку терористичної діяльності в Україні. Визначення терористичної організації повинне відповідати всім конститутивним ознакам злочинної організації, закріпленим насамперед у частині 4 статті 28 Загальної частини (яка потребує вдосконалення), а також положенням статті 258 КК України, де визначено поняття та мета вчинення терористичного акту. Враховуючи, що терористичний акт не вичерпує собою всіх видів терористичних злочинів, передбачених у розділі IX Особливої частини КК України, під терористичною організацією слід розуміти стійке ієрархічне об'єднання декіль-

¹³ Серкевич І. Р. Терористичний акт як злочин проти громадської та національної безпеки // Теорія кримінально-правової кваліфікації як феномен української кримінально-правової доктрини: тези доп. та повід. учасників наук.-практ. конф. (м. Львів, 16 січ. 2016 р.). Київ: «АртЕк», 2016. С. 162-165.

¹⁴ Антонов. В. О. Конституційно-правові основи національної безпеки України: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Київ, 2018. С. 20.

кох (п'ять і більше) осіб, які зорганізувалися з метою вчинення терористичного злочину (злочинів). Отже, мета діяльної сучасних терористичних організацій в Україні не охоплюється законодавчим визначенням мети діяльності злочинної організації чи вчинення терористичного акту.

В подальшому ці висновки дозволять комплексно вдосконалити кримінальне законодавство в частині відповідальності організаторів та учасників терористичних організацій. Також, з урахуванням особливостей діяльності терористичних організацій в умовах зовнішньої агресії проти України, необхідно розглянути питання про конструювання відповідного складу злочину в розділі I Особливої частини КК України «Злочини проти основ національної безпеки України», в якому передбачити відповідальність за організацію та участь у злочинній організації, яка має за мету заподіяння шкоди основам національної безпеки України.

Kvasha Oksana, Kryvoruchko Ivan. Terrorist organization as a form of complicity

The current state of crime in Ukraine is characterized by a number of extremely negative trends. Against the backdrop of quantitative negative indicators of criminal statistics, a number of significant qualitative transformations took place, especially with respect to organized crime, terrorism and separatism. And this problem should be considered comprehensively. The greatest danger in Ukraine today is the terrorist activity in the form of criminal organizations, which threatens the very existence of the Ukrainian state. Organized crime of a terrorist nature has certain differences, in particular with regard to the functional structure, but in modern conditions, such organizations are predominantly transnational in nature, the evidence of which is the existence of so-called «DNR» and «LNR».

Criminal organizations, with the aim of terrorist activities, are symbiosis of the constitutive features of a criminal organization and terrorist activity. In the disposition of Article 258-3 of the Criminal Code of Ukraine, no signs of a terrorist organization were named. However, Article 258 defines the notion of a terrorist act — the use of weapons, the commission of an explosion, arson, or other acts that pose a danger to human life or health or causing significant property damage or other grave consequences if such actions were committed for the purpose violation of public security, intimidation of the population, provocation of a military conflict, international complication, or in order to influence decision-making or committing or not taking actions by state authorities or local self-government bodies, official persons of these bodies, associations of citizens, legal entities, or attracting public attention to certain political, religious or other views of the perpetrator (terrorist), as well as the threat of committing the said actions for the same purpose. Thus, the purpose of a terrorist act committed by persons belonging to terrorist organizations is clearly defined by the legislator. At the same time, the situation since 2014 with the creation and activities of criminal organizations «DNR» and «LNR», actualises in Ukraine the problem of transformation of a traditional terrorist organization.

In the verdicts of certain courts, the purpose of the terrorist organization «DNR» is defined as the violent change and overthrow of the constitutional order, the seizure of state power in Ukraine, as well as the change of borders between the territory and the state border of Ukraine, which is not covered by the legal definition of a terrorist act. Accordingly, the legislative definition of the definition of criminal organizations, the purpose of which is to harm the fundamentals of Ukraine's national security, is needed.

Improving the counteraction of terrorist organizations is possible only on the basis of a systematic approach that will ensure the optimal definition of the concept of a terrorist organization, taking into account the constitutive features of complicity in crime, the general concept of a criminal organization and the current trends in the development of terrorist activity in Ukraine. The definition of a terrorist organization must be consistent with all the constitutive features of a criminal organization, as enshrined, in particular, in Article 28 § 4 of the General Part (which needs to be improved), as well as the provisions of Article 258 of the Criminal Code of Ukraine, which defines the notion and purpose of committing a terrorist act. Taking into account that the terrorist act does not exhaust all types of terrorist crimes envisaged in Section IX of the Special Part of the Criminal Code of Ukraine, a terrorist organization should be understood as a stable hierarchical association of several persons (five or more) organized for the purpose of committing a terrorist offense (crimes) Consequently, the purpose of active modern terrorist organizations in Ukraine is not covered by the legal definition of the purpose of the activity of a criminal organization or the commission of a terrorist act.

Subsequently, the findings will allow to comprehensively improve the criminal law in terms of liability of the organizers and participants of terrorist organizations. Also, taking into account the peculiarities of the activities of terrorist organizations in the context of external aggression against Ukraine, consideration should be given to the design of the appropriate crime in Section I of the Special Part of the Criminal Code of Ukraine «Crimes against the Fundamentals of National Security of Ukraine», which stipulates responsibility for the organization and participation in a criminal organization, which is aimed at harming the fundamentals of national security of Ukraine

Keywords: complicity, form of complicity, terrorist organization, hierarchical structure, purpose.

УДК 340.11+342.9+343.35

Загальновизнане уявлення про гостинність як індикатор корупціогенності у тексті Закону України «Про запобігання корупції»

З. А. Загиней,

доктор юридичних наук, доцент,
начальник відділу кримінально-правових дисциплін
Інституту спеціальної підготовки
Національної академії прокуратури України

Висвітлюється проблема доктринального тлумачення поняття «загальновизнане уявлення про гостинність» як ознаки дозволеного подарунка. Досліджено питання корупціогенності, корупціогенних факторів, індикаторів корупціогенності відповідно до частини 2 статті 23 Закону України «Про запобігання корупції». Проаналізовано судову практику розгляду справ про адміністративне правопорушення, пов'язане з корупцією, передбачене у статті 172-5 «Порушення обмеження щодо одержання подарунка» Кодексу України про адміністративні правопорушення.

Ключові слова: визначеність закону, верховенство права, корупціогенність, корупціогенний фактор, індикатор корупціогенності, подарунок.

Загиней З. А. Общепризнанное представление о гостеприимстве как индикаторе коррупциогенности в тексте Закона Украины «О предотвращении коррупции»

Освещается проблема доктринального толкования понятия «общепризнанное представление о гостеприимстве» как признаке разрешенного подарка. Исследованы вопросы коррупциогенности, коррупциогенных факторов, индикаторов коррупциогенности в соответствии с частью 2 статьи 23 Закона Украины «О предотвращении коррупции». Проанализирована судебная практика рассмотрения дел об административном правонарушении, связанном с коррупцией, предусмотренном статьей 172-5 «Нарушение ограничения по получению подарка» Кодекса Украины об административных правонарушениях.

Ключевые слова: определенность закона, верховенство права, коррупциогенность, коррупциогенный фактор, индикатор коррупциогенности, подарок.

© Загиней Зоя Аполінаріївна — доктор юридичних наук, доцент, начальник відділу кримінально-правових дисциплін Інституту спеціальної підготовки Національної академії прокуратури України

Zagyney Zoya. A Common marketing about the accommodation as an corruptionity indicator in the text of the law of Ukraine «On prevention of corruption»

The article deals with the problem of doctrinal interpretation of the concept of «generally accepted notion of hospitality» as a sign of a permitted gift. The problem of corruption corruption, corruption factors, indicators of corruption-relatedness of part 2 of Article 23 of the Law of Ukraine «On Prevention of Corruption» was researched. The judicial practice of reviewing cases of administrative offenses related to corruption, as outlined in Article 172-5 «Violation of the limitations on obtaining a gift» of the Code of Ukraine on Administrative Offenses is analyzed.

Keywords: *certainty of the law, rule of law, corruption identity, corruption factor, indicator of corruption, gift, restriction on the receipt of a gift, generally accepted notion of hospitality.*

Будь-які нормативно-правові акти для належного регулювання відповідного порядку суспільних відносин повинні містити такі законодавчі конструкції, які з максимальною визначеністю відображають відповідні нормативні приписи та доводять їх за допомогою вербальних прийомів до безпосередніх виконавців. Важливого значення для всіх нормативно-правових актів набуває принцип верховенства права. Так, у абз. 5 преамбули до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод йдеться про спільну спадщину верховенства права європейських держав¹. Принцип верховенства права та його складові (вимоги якості закону та правової визначеності) містяться у рішеннях Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ). Так, у рішенні «Крюслен проти Франції» від 24.04.1990 р. передбачено, що словосполучення «згідно із законом» передбачає певну якість такого закону, а сам закон повинен бути доступним для особи, аби вона могла передбачити наслідки його застосування до неї, щоб закон не суперечив принципіві верховенства права². У рішенні «Гешмен і Герруп проти Сполученого Королівства» від 25.11.1999 р. йдеться про те, що однією з вимог, яка впливає зі словосполучення «встановлений законом», є передбачуваність. Норму не можна вважати законом, якщо вона не сформульована з достатньою чіткістю, що дає особі можливість керуватися цією нормою в своїх діях. Однак чіткість норми може призвести до надмірної ригідності, проте закон ніколи не повинен відставати від обставин, що змінюються. Ступінь чіткості, яку мають забезпечувати формулювання національних законів і яка в жодно-

¹ Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод: міжнародний документ Ради Європи від 04.11.1950 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 15.06.2018 р.).

² Крюслен проти Франції: рішення Європейського суду з прав людини від 24.04.1990 р. URL: <http://europeanecourt.ru/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/kryuslen-protiv-francii-postanovlenie-evropejskogo-suda/> (дата звернення: 15.06.2018 р.).

му випадку не може охопити всі непередбачувані обставини, значною мірою залежить від змісту документа, сфери, на яку поширюється закон, а також від кількості та статусу тих, кому він адресований³.

У рішенні «Реквенї проти Угорщини» від 20.05.1999 р. міститься таке обґрунтування вимоги визначеності закону. На думку ЄСПЛ, норма не може вважатися законом, якщо вона не сформульована з достатньою чіткістю, яка дає громадянину змогу керуватися цією нормою у своїх діях: він має бути здатний — якщо необхідно, за допомогою відповідної консультації — передбачити, достатньою за даних обставин мірою, наслідки, які може спричинити така дія. Передбачуваність цих наслідків з абсолютною певністю не потрібна: досвід показує, що цього досягти неможливо. Хоча певність, безумовно, бажана, прагнення забезпечити її може призвести до надмірної ригідності, у той час як закон має завжди відповідати обставинам, що змінюються.

Отже, чимало законів формулюються більшою чи меншою мірою нечіткими термінами, тлумачення та застосування яких є питанням практики. Роль судового розгляду полягає саме в тому, щоб розвіювати такі інтерпретаційні сумніви, якщо вони є. Ступінь чіткості, що має забезпечуватися у формулюваннях національних законів — який у жодному випадку не може передбачити всі непередбачувані обставини, — значною мірою залежить від змісту даного документа, сфери, на яку він поширюється, а також кількості та статусу тих, кому цей закон адресований. Ступінь чіткості, який треба забезпечувати у ході формулювання конституційних положень, з огляду на загальний характер, може бути нижчий, ніж в інших законах⁴. Подібним чином вимога визначеності закону тлумачиться і в інших рішеннях ЄСПЛ, зокрема проти України (наприклад, рішення «Олександр Волков проти України» від 09.01.2013 р.⁵).

«Суттєвий крок у розкритті змісту верховенства права було зроблено в доповіді «Про верховенство права», затвердженій Венеціанською комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26.03.2011 р.) на основі коментарів П. ван Дейка (Нідерланди), Г. Халлер (Швейцарія), Дж. Джауела (Сполучене Королівство), К. Туорі (Фінляндія), за основу якої було взято Резолюцію Парламентської Асамблеї Ради Європи № 1594(2007) «Про принцип верховенства права». У цій доповіді зроблено

³ *Гешмен і Герруп проти Сполученого Королівства*: рішення Європейського суду з прав людини від 25.11.1999 р. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO0564.html (дата звернення: 15.06.2018 р.).

⁴ *Реквенї проти Угорщини*: рішення Європейського суду з прав людини від 20.05.1999 р. URL: <http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=279> (дата звернення: 15.06.2018 р.).

⁵ *Олександр Волков проти України*: рішення Європейського суду з прав людини від 09.01.2013 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_947 (дата звернення: 15.06.2018 р.).

спробу узагальнити терміни, відомі різним національним законодавствам, на позначення понять, які не завжди є синонімічними верховенству права: німецьке «rechtsstaat», португальське «estado de direito», французьке «etat de droit» (або термін, що використовується Радою Європи, — «prééminence du droit»), російське «верховенство закона» або «правовое государство»⁶. В основу відповідного розуміння було взято визначення, запропоноване Т. Бінгхемом у 2010 р., з якого пропонується 8 складових принципу верховенства права, серед яких одним із перших вказано доступ до закону (положення якого повинні бути зрозумілими, чіткими й передбачуваними). До інших складових принципу верховенства права віднесено також законність, у тому числі прозорий, підконтрольний і демократичний процес введення в дію законів; правову визначеність; заборону свавілля; доступ до правосуддя, яке здійснюється незалежними й неупередженими судами, у тому числі судовий контроль над адміністративними актами; дотримання прав людини; відсутність дискримінації та рівність перед законом⁷. При цьому в доповіді виокремлюються й основні чинники правової визначеності закону: легка доступність тексту закону (the law), запровадження і застосування законів (the laws) та застосування їх у передбачуваний спосіб, проголошення закону наперед — до його застосування, передбачуваність закону відносно наслідків: він має бути сформульований з достатньою мірою чіткості, аби особа мала можливість скерувати свою поведінку (п. 44), можливість дискреційних повноважень органу, який ухвалює рішення (де це необхідно) за умови наявності процедур, що унеможливають зловживання ними, а також має бути чітко і зрозуміло вказано на обсяг такої дискреції (п. 45), чіткість і точність юридичних норм, які спрямовані на забезпечення того, щоб ситуації та правовідносини залишалися передбачуваними, суперечність принципу правової визначеності зворотної дії закону в часі, принаймні у кримінальному праві, позаяк вони повинні знати наслідок своєї поведінки, але це також стосується норм цивільного та адміністративного права — тією мірою, що негативно впливає на права та законні інтереси особи (п. 46), дотримання державою взятих на себе зобов'язань, виконання певних функцій чи виголошених нею перед людьми обіцянок (поняття «законні очікування») (п. 48), придатність закону до застосування, що може бути оцінено ще до його прийняття (п. 51).

⁶ Мусиченко О. Зрозумілість і чіткість закону як складова частина принципу правової визначеності в практиці Європейського суду з прав людини // Visegrad Journal on Human Rights. 2016. № 1/2. С. 150.

⁷ Доповідь «Про верховенство права», схвалена Венеціанською комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25-26.03.2011 р.): Європейська комісія «За демократію через право» (Венеційська комісія) // Право України. 2011. № 10. С. 176. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/6b6c1e2e6ad3e2fcc225745c0034f4cc/229b826c8ac787dec2257d87004987c3/\\$FILE/CDL-AD\(2011\)003rev-ukr.pdf](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/6b6c1e2e6ad3e2fcc225745c0034f4cc/229b826c8ac787dec2257d87004987c3/$FILE/CDL-AD(2011)003rev-ukr.pdf) (дата звернення: 15.06.2018 р.)

Водночас, як вказано у цій доповіді, потреба у визначеності не означає, що норми права повинні застосовуватись із такою негнучкістю, що унеможлиблювала б врахування імперативів гуманності (людинолюбства) і справедливості (п. 49).

Крім того, у доповіді підкреслюється, що існування суперечливих рішень, що їх виніс верховний чи конституційний суд, у будь-якому разі є несумісним із принципом юридичної визначеності. Тому вимагається, щоб суди, особливо вищих інстанцій, запроваджували механізми, що дають можливість уникати суперечливості та забезпечувати узгодженість їхньої судової практики (п. 50)⁸. Таким чином, європейська спільнота надає надзвичайно важливого значення проблемі правової визначеності та передбачуваності закону, які є складовими принципу верховенства права.

Національне законодавство повинно бути якісним, визначеним та передбачуваним. Це стосується й антикорупційного законодавства України, передусім базового закону — «Про запобігання корупції» від 14.10.2014 р.⁹. У преамбулі закону проголошено, що він визначає правові та організаційні засади функціонування системи запобігання корупції в Україні, зміст та порядок застосування превентивних антикорупційних механізмів, правила щодо усунення наслідків корупційних правопорушень. Відтак для того, щоб відповідні превентивні антикорупційні механізми належним чином впливали на стан запобігання корупції в Україні, потрібно, щоб сам закон був відповідно якісним, визначеним та передбачуваним.

Проблема якості, визначеності та передбачуваності законодавства привертала увагу багатьох вітчизняних дослідників, серед яких виокремимо С. П. Головатого, М. І. Козюбру, С. І. Максимова, С. П. Погребняка, А. М. Приймака, П. М. Рабіновича, С. В. Серьогіна. У наукових працях цих учених запропоновано загальнотеоретичне бачення відповідної проблеми. Однак у них не висвітлюється проблема доктринального тлумачення поняття «загальноновизнане уявлення про гостинність» як складової антикорупційного обмеження щодо одержання подарунка зокрема

Насамперед зупинимося на тому, що слід розуміти під корупціогенністю нормативно-правових актів. У Методології проведення антикорупційної експертизи, затвердженій наказом Міністерства юстиції

⁸ *Доповідь «Про верховенство права»*, схвалена Венеціанською комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25-26.03.2011 р.): Європейська комісія «За демократію через право» (Венеційська комісія) // *Право України*. 2011. № 10. С. 177-179. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/6b6c1e2e6ad3e2fcc225745c0034f4cc/229b826c8ac787dec2257d87004987c3/\\$FILE/CDL-AD\(2011\)003rev-ukr.pdf](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/6b6c1e2e6ad3e2fcc225745c0034f4cc/229b826c8ac787dec2257d87004987c3/$FILE/CDL-AD(2011)003rev-ukr.pdf) (дата звернення: 15.06.2018 р.).

⁹ *Про запобігання корупції*: Закон України від 14.10.2014 р. № 1700-VII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1700-18> (дата звернення: 15.06.2018 р.).

України від 24.04.2017 р. № 1395/5, виокремлюються поняття «корупційогенний фактор» та «індикатор корупційогенності». Так, під корупційогенним фактором розуміється «здатність нормативно-правової конструкції (окремого нормативного припису чи їх сукупності) самостійно чи у взаємодії з іншими нормами сприяти вчиненню чи збільшенню корупційних правопорушень або правопорушень, пов'язаних з корупцією», а під індикатором корупційогенності — «ознака нормативно-правового припису, що може свідчити про наявність в нормативно-правовому акті, проекті нормативно-правового акта корупційогенних факторів»¹⁰. Проте, на нашу думку, більш прийнятно під корупційогенними факторами розуміти джерело, причину корупційного прояву, зокрема корупційного правопорушення. Правова норма може володіти корупційогенністю, тобто потенційною можливістю корупційної поведінки, тоді як реальна причина (корупційогенний фактор) пов'язана з вольовою сферою поведінки людини¹¹. Як обґрунтувалося нами у попередніх наукових працях, доцільно розмежовувати корупційогенність тексту нормативно-правового акта як потенційну можливість корупційної поведінки суб'єкта, який застосовує цей закон, та корупційогенні фактори — причину вчинення корупційних правопорушень, які не обов'язково пов'язані з корупційогенністю тексту нормативно-правового акта. Корупційогенність тексту нормативно-правового акта ще не означає, що корупційне правопорушення може бути вчинено особою, яка скористалася такою його властивістю. Тому корупційогенність тексту нормативно-правового акта лише створює «тло» для корупційогенних факторів¹².

Згідно з частиною 2 статті 23 Закону України «Про запобігання корупції» особам, зазначеним у пунктах 1, 2 частини 1 статті 3 цього Закону, дозволено приймати подарунки, які відповідають загальновизнаним уявленням про гостинність. Таким чином, така гостинність є іманентною властивістю подарунка, хоча вона не названа законодавцем у дефініції поняття «подарунок» (частина 1 статті 1 Закону України «Про запобігання корупції»). Відповідна властивість відображена законодавцем з використанням двох оціночних понять: «загальновизнаний» та «гостинність».

¹⁰ *Методологія* проведення антикорупційної експертизи, затв. наказом Міністерства юстиції України від 24.04.2017 р. № 1395/5. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v1395323-17/page8#n8> (дата звернення: 15.06.2018 р.).

¹¹ *Захарова И. А.* Проведение прокурором антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов: смешение надзорной и правотворческой функций прокуратуры // Экспертиза нормативных правовых актов и их проектов на предмет коррупционности: содержание, значение, методика проведения: сб. ст. / под общ ред. О. С. Капинус и А. В. Кудашкина; Акад. ген. прокуратуры РФ. Москва, 2010. С. 86.

¹² *Загиней З. А.* Герменевтика кримінального закону України: дис. ... доктора юрид. наук: 12.00.08. Київ: Національна академія прокуратури України, 2016. С. 254.

Як слушно вказує Л. В. Тесля, «міра гостинності — суб'єктивна»¹³. На думку Т. О. Коломоєць та П. С. Лютікова, «використання оціночних понять дає змогу по-різному тлумачити одні й ті самі нормативні положення в різних випадках правозастосування, що знижує в кінцевому підсумку ефективність запобігання корупції правопорушенням і правопорушенням, пов'язаним з корупцією, зокрема щодо одержання подарунків службовими особами»¹⁴.

З'ясовуючи зміст такої властивості подарунка, як загальновизнане уявлення про гостинність, слід виходити насамперед зі встановлення значення кожного слова, що входить до відповідного термінологічного звороту. «Загальновизнаний» — це той, який дістав визнання всіх, «уявлення» — розуміння чого-небудь, знання чого-небудь, яке ґрунтується на досвіді, одержаних відомостях, якихось даних і т. ін., «гостинність» (властивість за значенням «гостинний» — готовність, бажання приймати гостей і пригощати)¹⁵. Таким чином, із загальнопоширених значень слів, що входять до термінологічного звороту «загальновизнане уявлення про гостинність», можна помітити, що відповідна властивість стосується сфери приймання гостей, турботи про них, а також того, що відповідні традиції є прийнятними для всіх членів суспільства, визнаються ними з урахуванням певних традицій та знань.

Водночас «гостинність» — це економічна категорія. На думку А. І. Мартієнка та О. В. Дишкантюк, «гостинність — це якість спілкування та враження, які одержують люди від спілкування між собою з різноманітних приводів: робота, відпочинок, дозвілля, вирішення житлово-комунальних питань, проїзд в транспорті тощо. Це безпосередній контакт людей в різних сферах життя між собою, отже, гостинність повинна проявлятися в усіх сферах життєдіяльності суспільства». Автори вважають, що гостинність — це не тільки привітність, доброзичливість, а й «діяльність, що забезпечена необхідними матеріальними, фінансовими, трудовими, інформаційно-комунікаційними, природними ресурсами та підприємницькими здібностями тих, хто організує та здійснює послуги гостинності»¹⁶. Гостинність розглядається як складова індустрії гостин-

¹³ Тесля Л. В. Посадові особи органів селищної ради як суб'єкти адміністративної відповідальності за правопорушення, пов'язані з корупцією // Право і суспільство. № 5. Ч. 2. 2015. С. 117.

¹⁴ Коломоєць Т. О., Лютіков П. С. Обмеження щодо одержання подарунків публічними службовцями: деякі дискусійні питання нормативного закріплення в законодавстві України // Право і суспільство. 2017. № 6. Ч. 2 С. 76.

¹⁵ Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. Київ; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. С. 256, 382, 1524.

¹⁶ Мартієнко А. І., Дишкантюк О. В. Сутність гостинності як економічної категорії // Економіка: реалії часу. 2017. № 2 (30). С. 74.

ності у готельно-ресторанному бізнесі¹⁷. Незважаючи на таке вузькоспеціальне використання поняття «гостинність», можна помітити, що вона базується на загальноприйнятому значенні відповідного слова в українській мові.

Проте «гостинність» — це універсальний культурологічний концепт, який пронизує всі сфери життя людини та є умовою існування соціуму. За дослідженням В. В. Прими, розумінню концепту «гостинність» сприяє етимологія цього слова. «Англійське слово «hospitality» (гостинність) походить від латинського «hospitium» (госпиції). В основі терміна лежить слово «host» (хазяїн), «hospice» (притулок), «hotel» (палац або будинок палацового типу, призначений для перебування в ньому важливих гостей)»¹⁸. На думку науковця, серцевиною будь-якої гостинності завжди були дарообмін і трапеза. «Укладення союзу гостинності передбачає насамперед наявність обміну дарами, участь у спільних бенкетах, надання приміщення для тимчасового перебування та багато іншого. Практично всі джерела, що стосуються питання визначення структурних складових реалізації гостинності, вказують на центральне місце дарообміну серед учасників взаємодії. Іншою важливою складовою у структурі гостинного ставлення є щедра пригощання або трапеза. Висока цінність і значимість гостинності виявляється через зв'язок з іншими культурно-значимими концептами, такими, як: «честь» і супутні категорії «престиж», «Бог», «дружба», «свято». Категоріями, які формально незалежні від концепту гостинність, але входять у поле його смислового навантаження, є явища культурної взаємодії, моделі комунікативної поведінки — цінність дружби, розуміння добра, престижу, моделі взаємодії гість-хазяїн»¹⁹.

Таким чином, зміст поняття «загальновизнане уявлення про гостинність» як іманентна властивість дозволеного подарунка в антикорупційному законодавстві України можна встановити лише шляхом аналізу українських традицій приймання гостей, висловлення їм подяки та пошани. При цьому відчуття загальновизнаного уявлення про гостинність слід оцінювати крізь призму суб'єктивного сприйняття особою, на яку поширюється дія антикорупційного обмеження щодо одержання подарунків, у конкретній обстановці, що обумовлено врахуванням правил етикету. Враховуючи те, що згідно з частиною 1 статті 23 Закону України «Про запобігання корупції» особам, зазначеним у пунктах 1, 2 частини 1 статті 3 цього Закону, забороняється безпосередньо або через

¹⁷ Мартієнко А. І., Дишкантюк О. В. Цит. праця. С. 72-78; Дишкантюк О. В. Теоретичні основи функціонування індустрії гостинності // Економіка: реалії часу. 2015. № 6 (22). С. 96-101.

¹⁸ Прима В. В. Універсальне та національне у концепті гостинності // Українська культура: минуле, сучасне, шляхи розвитку. 2013. Вип. 19 (2). С. 161.

¹⁹ Прима В. В. Цит. праця. С. 162.

інших осіб вимагати, просити, одержувати подарунки для себе чи близьких їм осіб від юридичних або фізичних осіб: 1) у зв'язку із здійсненням такими особами діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування; 2) якщо особа, яка дарує, перебуває в підпорядкуванні такої особи²⁰, впливає, що подарунок відповідає загальноновизнаному уявленню про гостинність у тому випадку, коли він не пов'язаний з діяльністю, яку здійснює особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування чи прирівняна до неї особа, а також у випадку, якщо між особами, яка дарує та яка приймає подарунок, відсутні відносини підлеглості. Ураховуючи суть подарунка за змістом відповідного антикорупційного обмеження, слід відзначити, що подарунок відповідає загальноновизнаному уявленню про гостинність у випадку, якщо подарунок має одноразовий характер. У тих випадках, коли подарунки даруються одній і тій же особі, уповноваженій на виконання функцій держави або місцевого самоврядування чи прирівняній до неї особі, на постійній основі, слід вести мову не про подарунок, а про неправомірну вигоду. Однак в окремих випадках неодноразово одержаний подарунок упродовж року може бути таким, що не підпадає під антикорупційне обмеження, встановлене у статті 23 Закону України «Про запобігання корупції» (сукупна вартість таких подарунків, отриманих від однієї особи (групи осіб) протягом року, не перевищує двох прожиткових мінімумів, встановлених для працездатної особи на 1 січня того року, в якому прийнято подарунки).

На нашу думку, передача / отримання грошей у жодному випадку не може розглядатися як загальноновизнане уявлення про гостинність. До такого ж висновку доходять і суди, приймаючи рішення про встановлення ознак складу адміністративного правопорушення, передбаченого у статті 172-5 Кодексу України про адміністративні правопорушення (КУпАП). Наприклад, у постанові Бериславського районного суду Херсонської області від 03.06.2016 р. зазначено, що «Особа-1, помічник дільничного інспектора міліції просив у Особи-2 подарунок у вигляді грошових коштів у розмірі 800 грн та безпосередньо одержав грошові кошти у розмірі 200 грн, що не відповідає загальноновизнаним уявленням про гостинність, чим вчинив правопорушення, передбачене у ч. 1 ст. 172-5 КУпАП²¹. У судовій практиці подарунок визнавався таким, що не відповідав загальноновизнаному уявленню про гостинність, у випадках отриман-

²⁰ Про запобігання корупції: Закон України від 14.10.2014 р. № 1700-VII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1700-18> (дата звернення: 15.06.2018 р.).

²¹ Постанова Бериславського районного суду Херсонської області від 03.06.2016 р. Справа №647/1069/16-п. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58096656> (дата звернення: 15.06.2018 р.).

ня не лише грошових коштів, а й певних предметів: кавомашини²², двох пляшок коньяку «Закарпатський»²³, вірменського коньяку ТМ «Арарат» з двома бокалами²⁴, мобільного телефону²⁵, квартири²⁶. Не оцінюючи правильність кваліфікації у кожному із зазначених вище випадків за статтею 172-5 КУпАП (адже подарунки були забороненими, оскільки були одержані у зв'язку із здійсненням такими особами діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування), все ж відзначимо, що суди правильно оцінили відсутність загально-визнаних уявлень про гостинність як властивість дозволеного подарунка. Проте очевидно, що складність правильного встановлення відповідної властивості все ж має місце, що може спричинити зловживання правом, а отже, свідчить про корупціогенність законодавчої конструкції дозволеного подарунка у частині 2 статті 23 Закону України «Про запобігання корупції».

Таким чином, поняття «загальновизнане уявлення про гостинність» як іманентна властивість подарунка є оціночним, прикладом невизначеності антикорупційних норм та може викликати як труднощі під час встановлення змісту відповідної ознаки, так і створювати різноманітні корупціогенні ризики під час правозастосування.

Zagyney Zoya. A Common marketing about the accommodation as an corruptionity indicator in the text of the law of Ukraine «On prevention of corruption»

The article describes the problem of corruption of the text of normative legal acts. Under corruption-based factors, understand the source, the cause of corruption, including corruption. The legal norm can have a corruption-based, that is, a potential possibility of corruption behavior, whereas the real reason (corruption-causing factor) is related to the volitional sphere of human behavior. It was concluded that it would be advisable to distinguish between the corruption-related nature of the text of a normative legal act as a potential possibility of corrupt behavior of the subject applying this law and corruption-causing factors as the reason for committing

²² *Постанова* Шевченківського районного суду м. Києва від 16.06.2017 р. Справа № 761/40776/16-п. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67345494> (дата звернення: 15.06.2018 р.).

²³ *Постанова* Марківського районного суду Луганської області від 29.07.2016 р. Справа № 417/2834/16-п. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59291947> (дата звернення: 15.06.2018 р.).

²⁴ *Постанова* Валківського районного суду Харківської області від 27.04.2017 р. Справа № 615/324/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66205827> (дата звернення: 15.06.2018 р.).

²⁵ *Постанова* Куп'янського міськрайонного суду Харківської області від 27.12.2016 р. Справа №628/4313/16-п. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63756466> (дата звернення: 15.06.2018 р.).

²⁶ *Постанова* Жовтневого районного суду міста Запоріжжя від 12.02.2018 р. Справа № 331/978/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72139090> (дата звернення: 15.06.2018 р.).

corruption offenses that are not necessarily related to the corrupt nature of the text of a legal act . The corruption of the text of a normative legal act does not mean that a corruption offense can be committed by a person who has used such a property. Therefore, the corruption-based nature of the text of a legal act only creates a «background» for corruption-based factors.

The article deals with the problem of doctrinal interpretation of the concept of «generally accepted notion of hospitality» as a sign of a permitted gift. Taking into account the widespread meanings of words included in the terminology of the «generally accepted idea of hospitality», one can notice that the relevant property relates to the sphere of reception of visitors, care for them, and also that the corresponding traditions are acceptable to all members of society, are recognized by them taking into account certain traditions and knowledge. At the same time, hospitality is an economic category and a universal culturological concept that permeates all spheres of human life and the same condition for the existence of a society. The content of the concept of «generally accepted notion of hospitality» as the inherent property of a permitted gift in anti-corruption legislation of Ukraine can only be established by analyzing Ukrainian traditions of receiving guests, expressing them gratitude and respect. At the same time, the feeling of a generally accepted notion of hospitality should be assessed through the prism of subjective perception by a person subject to the anti-corruption restriction on the receipt of gifts in a particular environment, which is conditioned by taking into account the rules of etiquette.

the gift meets the generally accepted notion of hospitality in the case when it is not related to the activity carried out by a person authorized to perform functions of the state or local self-government or a person equal to it, and also in the case between the person who gives and which takes a gift, there is no relationship of subordination. Given the essence of the gift for the content of the relevant anti-corruption restriction, it should be noted that the gift meets the generally accepted notion of hospitality in the event that the gift is one-time. In cases where gifts are donated to the same person authorized to perform functions of the state or local self-government or an equal person to it, on a permanent basis, the language should be spoken not of a gift, but of unlawful gain. However, in some cases, the repeatedly received gift during the year may not be subject to the anticorruption restriction established in Article 23 of the Law of Ukraine «On Prevention of Corruption» (the aggregate value of such gifts received from one person (group of persons) during the year does not exceed two subsistence minimum, established for an able-bodied person on January 1 of the year in which gifts are accepted).

Keywords: certainty of the law, rule of law, corruption identity, corruption factor, indicator of corruption, gift, restriction on the receipt of a gift, generally accepted notion of hospitality.

УДК: 343.22

Проблеми законодавчого визначення поняття спеціального суб'єкта злочину

А. В. Ландіна,

кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник
відділу проблем кримінального права,
кримінології та судоустрою
Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України

Розкривається проблема законодавчого визначення поняття спеціального суб'єкта злочину за кримінальним законодавством України. Показано, що визначення поняття спеціального суб'єкта злочину, в КК України не має практичного значення, оскільки не містить конкретного переліку всіх можливих додаткових ознак чи критеріїв, які визначають суб'єкт злочину як спеціальний, і не може їх містити, позаяк вони не можуть бути чітко визначені в одній нормі, що жоден із проаналізованих зарубіжних кримінальних кодексів не містить визначення даного поняття. Автор доходить висновку про можливість виключення норми, що визначає поняття спеціального суб'єкта злочину, із ст. 18 КК України.

Ключові слова: спеціальний суб'єкт злочину, законодавча регламентація, кримінально-правова норма, зарубіжне кримінальне законодавство.

Ландина А. В. Проблема законодательного определения понятия специального субъекта преступления

Розкривається проблема законодательного определения понятия специального субъекта в уголовном законодательстве Украины. Показано, что определение понятия специального субъекта преступления в УК Украины не имеет практического значения, поскольку не содержит конкретного перечня всех возможных признаков или критериев, которые определяют субъект преступления как специальный, и не может их содержать, поскольку они не могут быть четко определены в одной норме, что ни один из проанализированных зарубежных уголовных кодексов не содержит определения данного понятия. Автор приходит к выводу о возможности исключения нормы, которая определяет понятие специального субъекта преступления, из ст. 18 УК Украины.

Ключевые слова: специальный субъект преступления, законодательная регламентация, уголовно-правовая норма, зарубежное уголовное законодательство.

© Ландіна Анна Валентинівна — кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу проблем кримінального права, кримінології та судоустрою Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

Landina Anna. The problem of legislative definition of a special subject of crime

The article is devoted to the problem of the legislative definition of the concept of a special subject of crime under the criminal legislation of Ukraine. The urgency of this study is conditioned by the need to improve legislation in terms of criminal liability of special subjects. The purpose of this study is to establish the appropriateness of the legal definition of a special subject of a crime and to compare the provisions of domestic and foreign criminal law (if any) with a view to defining the concept, features or specific types of special crime subjects and the way in which they are regulated.

Суб'єкт злочину — це елемент складу злочину, без якого не лише не може наставати кримінальна відповідальність, а й немає і події злочину. Спеціальний суб'єкт злочину — це особа, що вчинює злочин і характеризується певними якостями (вміннями, навичками, фізичними чи психологічно-психічними), що вирізняють її із сукупності загальних суб'єктів злочину. Спеціальним суб'єкт визнається з тієї причини, що певний злочин, передбачений відповідною нормою кримінального законодавства, може бути вчинений лише таким спеціальним суб'єктом.

Незважаючи на те, що сам термін «спеціальний суб'єкт злочину» закріплений у вітчизняному кримінальному законодавстві, а його визначення є досить усталеним у теорії вітчизняного кримінального права, залишається низка дискусійних питань, пов'язаних із даною категорією. Зокрема, можуть виникати певні питання із визначенням ознак спеціального суб'єкта конкретного злочину, змісту таких ознак тощо. Одним із таких питань є недосконалість самого визначення поняття спеціального суб'єкта злочину. Актуальність такого дослідження обумовлюється необхідністю вдосконалення законодавства у частині кримінальної відповідальності спеціальних суб'єктів.

Проблеми, пов'язані із спеціальним суб'єктом злочину, стали предметом дослідження досить великої кількості авторів. Так, ці питання неодноразово вивчалися у контексті дослідження загальних проблемних питань, пов'язаних із суб'єктом злочину в кримінальному праві такими вченими, як П. П. Андрушко, М. І. Бажанов, А. М. Бойко, О. О. Дудоров, О. М. Костенко, В. В. Сташис, В. Я. Тацій, М. І. Хавронюк, С. Д. Шапченко та ін. Окремі дослідження проблем визначення поняття, ознак, значення та притягнення до кримінальної відповідальності спеціального суб'єкта злочину проводилися Д. В. Бараненком, В. О. Глушковим, М. І. Мельником, В. О. Навроцьким, А. С. Осадчою, В. І. Тереньєвим, В. В. Устименком. Зокрема, у 2003 р. В. І. Тереньєвим було здійснено дисертаційне дослідження на тему «Відповідальність спеціального суб'єкта злочину за кримінальним правом України»¹. Також окреме дослідження проблем відпо-

¹ Тереньєв В. И. Ответственность специального субъекта преступления по уголовному праву Украины: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Одесса: Одес. нац. юрид. акад., 2003. 195 с.

відальності спеціального суб'єкта злочину в 2009 р. було проведене Д. В. Бараненком — «Спеціальний суб'єкт злочину: кримінально-правовий аналіз»². Одним із останніх досліджень у сфері вивчення питань виникнення, розвитку та визначення сутності даного поняття є робота А. С. Осадчої «Спеціальний суб'єкт злочину: генезис, функції, проблеми кваліфікації» 2015 року (дане дослідження має дещо обмежений характер, оскільки проблема спеціального суб'єкта кримінального права зводиться лише до вивчення службової особи, яка вчиняє певний злочин)³. Але жодним із вчених, які займалися розробкою поняття спеціального суб'єкта злочину, не вивчалася позиція законодавців зарубіжних країн, що наразі є необхідним, враховуючи курс на євроінтеграцію та глобалізаційні процеси.

Тому, навіть враховуючи кількість праць, у яких більшою чи меншою мірою вивчалися питання спеціального суб'єкта злочину, деякі проблеми потребують більш глибокого дослідження. З огляду на це слід обґрунтувати доцільність законодавчого визначення спеціального суб'єкта злочину та співставлення положень вітчизняного та зарубіжного кримінального законодавства (за наявності) щодо визначення поняття, ознак чи окремих видів спеціальних суб'єктів злочину та способу їх регламентації.

У КК України спеціальний суб'єкт злочину визначається як фізична осудна особа, яка вчинила у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність, злочин, суб'єктом якого може бути лише певна особа (ч. 2 ст. 18). На перший погляд, у цьому визначенні досить повно викладені всі ознаки, які можуть бути наявними у спеціального суб'єкта. Але у жодній нормі кримінального законодавства не визначено, які критерії можуть визначати особу як спеціального суб'єкта, яким способом повинно бути визначено у відповідній нормі КК України, яка передбачає відповідальність за вчинений злочин, ознаки спеціального суб'єкта злочину. Тому і саме визначення спеціального суб'єкта злочину вимагає більш чіткого формулювання.

Переважає більшість учених у галузі кримінального права дотримуються думки, що спеціальний суб'єкт злочину – це особа, яка, окрім обов'язкових ознак суб'єкта, визначених у ч. 1 ст. 18 КК України (осудність, фізичність і настання певного віку), повинна мати й додаткові (особливі) ознаки, що обмежують можливість притягнення інших осіб, які не мають таких особливих ознак, до кримінальної відповідальності за вчи-

² Бараненко Д. В. Спеціальний суб'єкт злочину: кримінально-правовий аналіз: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ: Київ. нац. ун-т імені Тараса Шевченка, 2009. 220 с.

³ Осадча А. С. Спеціальний суб'єкт злочину: генезис, функції, проблеми кваліфікації: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2015. 20 с.

нення певного злочину⁴. В теорії кримінального права спеціальним суб'єктом злочину визнається фізична осудна особа, винна у вчиненні кримінально карного діяння, склад якого в обов'язковому порядку передбачає наявність тих чи інших ознак, що характеризують його виконавця⁵. Тобто це такий суб'єкт, що характеризується додатковими, особливими, лише йому притаманними властивостями⁶, які визначають його кримінальну відповідальність. Спеціальним суб'єктом злочину повинна визнаватися особа, якій властиві поряд із загальними ознаками суб'єкта додаткові ознаки, передбачені нормою Особливої частини КК і які є обов'язковими для того, щоб бути притягнутим до кримінальної відповідальності за конкретний склад злочину⁷. Існують й інші визначення поняття спеціального суб'єкта злочину⁸.

Тому вважаємо закріплене у ч. 2 ст. 18 КК України визначення поняття спеціального суб'єкта злочину таким, що потребує уточнення, оскільки у такому вигляді воно неповною мірою розкриває сутність даного поняття. У чинній редакції дане поняття не має практичного значення, оскільки не містить конкретного переліку усіх можливих додаткових ознак, які визначатимуть суб'єкт злочину як спеціальний. Визначення поняття спеціального суб'єкта злочину не є метою даного дослідження, тому ми не будемо у даній статті пропонувати власне визначення даного поняття (ця проблема стане предметом подальших наукових розробок).

Що стосується регламентації поняття спеціального суб'єкта злочину на законодавчому рівні у кримінальному законодавстві інших країн, то тут маємо сказати наступне. В усіх зарубіжних кримінальних кодексах, які були нами проаналізовані, відсутня норма, яка б закріплювала визначення спеціального суб'єкта злочину. Слід зазначити, що у багатьох із них відсутнє і поняття суб'єкта злочину — висвітлюються лише окремі його ознаки (як правило, визначається вік кримінальної відповідальності).

Так, поняття загального суб'єкта злочину містять кримінальні кодекси Республіки Молдова (ст. 21), Угорщини (ст. 12-14), Монголії (ст. 20-24), Естонської Республіки (ст. 10) Латвійської Республіки (ст. 12), Литовської

⁴ *Семернёва Н. К.* Квалификация преступлений (части Общая и Особенная): науч.-практ. пособие. Москва: Проспект; Екатеринбург: Изд. дом «Урал. гос. юрид. акад.», 2014. С. 202.

⁵ *Бараненко Д. В.* Спеціальний суб'єкт злочину за новим кримінальним законодавством України // Зміцнення правопорядку та боротьба із злочинністю. Правова держава. 2002. № 5. С. 81-88.

⁶ *Устименко В. В.* Специальный субъект преступления. Харьков.: Вища школа, 1989. С. 7-8.

⁷ *Терентьев В. И.* Ответственность специального субъекта преступления по уголовному праву Украины: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Одесса: Одес. нац. юрид. акад., 2003. С. 111-112.

⁸ *Осадча А.* Цит. праця. С. 15.

Республіки (ст. 2, ст. 13), Республіки Вірменія (ст. 23), Республіки Білорусь (ст. 4), Республіки Болгарія (ст. 31), Республіки Польща (ст. 10), Республіки Сан-Марино (ст. 10), штату Техас (п. 2 ст. 1.07) та деяких інших.

Натомість низка зарубіжних кримінальних кодексів містять окремі норми у Загальних частинах, які визначають поняття службової особи (посадової, уповноваженої особи). Такі норми містять кримінальні законодавства Австрії (§ 74), Аргентини (ст. 77), Іспанії (ст. 25), Федеративної Республіки Німеччини (§ 11), Японії (ст. 7). Також поняття службової (посадової) особи містять кодекси, у яких закріплене і поняття загального суб'єкта злочину (Литовської Республіки, Республіки Сан-Марино, Республіки Білорусь тощо).

Окремими нормами у деяких зарубіжних кримінальних кодексах визначається також вік, з якого може наставати кримінальна відповідальність — прямо чи опосередковано через визначення неповнолітнього (малолітнього, дитини), які можуть чи не можуть нести кримінальну відповідальність. Так, норми щодо віку, з якого особа може притягатися до кримінальної відповідальності, містять кримінальні кодекси Австрії (§ 74), Республіки Сан-Марино (ст. 10), Естонської Республіки (ст. 10), кримінальне законодавство країн пострадянського простору та деяких інших країн (Туреччини, Таїланду, Франції, Швейцарії, Швеції).

Водночас кримінальне законодавство низки країн взагалі не містить положень щодо загального суб'єкта злочину (окрім, можливо, віку кримінальної відповідальності), не говорячи вже про спеціальний суб'єкт чи його окремі види. До таких країн можна віднести Норвегію, Данію, Бельгію та деякі інші.

Але така ситуація із зарубіжним кримінальним законодавством не означає, що відповідальність за вчинення злочину спеціальним суб'єктом злочину в їх нормах не передбачена. По-перше, диспозиція норм описана досить детально і у переважній більшості випадків обов'язкова наявність додаткових ознак суб'єкта злочину впливає із її змісту. Якщо ж у змісті відсутні будь-які вказівки на ознаки суб'єкта злочину, то вони містяться у назвах статей чи розділів. Тобто відсутність окремої норми, яка б визначала поняття спеціального суб'єкта злочину та визначала його додаткові ознаки, не є недоліком зарубіжного кримінального законодавства — швидше за все це свідчить про досконалість структури та/або диспозицій норм кримінального законодавства зарубіжних країн, що значно полегшує притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення злочинів осіб, які наділені спеціальними повноваженнями чи особливим ознаками порівняно із загальним суб'єктом злочину. А це, у свою чергу, робить таке кримінальне законодавство більш ефективним.

Стосовно вітчизняного кримінального закону, то можливість притягнення до кримінальної відповідальності за певні злочини лише фізичної особи, наділеної, окрім обов'язкових, додатковими ознаками, як правило, чітко визначено у диспозиції відповідної норми або логічно випливає з її змісту. Аналіз норм Загальної та Особливої частин КК України дав змогу зробити висновок про те, скільки злочинів можуть бути вчинені лише спеціальним суб'єктом. Так, близько 50 % норм Загальної частини КК України встановлюють особливі положення щодо притягнення до кримінальної відповідальності, призначення покарання, звільнення від покарання та його відбування, застосування інших кримінально-правових заходів щодо спеціальних суб'єктів, тобто осіб, які мають певні додаткові ознаки, які впливають на вид та розмір покарання, порядок його відбування, можливість застосування інших інститутів та норм КК України.

Що стосується Особливої частини КК України, то близько 80 % статей або містять вказівку на те, що суб'єктом відповідного злочину може бути лише особа, наділена певними особливими якостями, окрім основних (наприклад, посада, стать, наявність певного обов'язку, вік, рід занять тощо), або чітко випливає із змісту відповідних диспозицій. Наприклад, щодо злочинів проти правосуддя не вказується, що ввести суддю в оману може лише спеціальний суб'єкт, але із змісту диспозиції ст. 384 стає зрозумілим, що ним може бути лише особа, яка повинна давати свідчення у суді в якості свідка. Так само, якщо особа карається за злочини, пов'язані із порушенням правил поведження із різними видами транспорту, то вона повинна мати відповідні навички в управлінні даним видом транспорту, а також документи, що це засвідчують (наприклад, ст. 276 «Порушення правил безпеки руху або експлуатації залізничного, водного чи повітряного транспорту», ст. 282 «Порушення правил використання повітряного простору», тощо).

Якщо ми маємо такі чіткі вказівки на те, що більш як за 300 злочинів (основних та/або кваліфікованих), передбачених КК України, можуть нести відповідальність лише спеціальні суб'єкти, і це чітко зазначено, що є безсумнівним з огляду на зміст диспозиції, а також на наявність окремих норм у Загальній частині КК, що регламентують порядок кримінальної відповідальності спеціальних суб'єктів злочинів (рецидивісти, неповнолітні, обмежено осудні особи, вагітні жінки, військовослужбовці, співучасники тощо), виникає питання у необхідності окремої норми, яка закріплює термін «спеціальний суб'єкт злочину». Це можна обґрунтувати тим, що, на відміну від обов'язкових ознак суб'єкта злочину, які можуть і повинні бути чітко визначені та закріплені у окремій нормі кримінального законодавства, додаткові ознаки не можуть бути чітко визначені, і їх перелік не може бути вичерпним, оскільки передбачити і законодавчо закріпити всі можливі види таких ознак практично не можливо. Тому в

кожному конкретному випадку всі ознаки суб'єкта злочину встановлюються під час досудового розслідування справи і вже потім, з урахуванням усіх інших обставин злочину, здійснюється кваліфікація злочину і встановлюється, чи є суб'єкт спеціальним. А тому закріплення в окремій нормі поняття спеціального суб'єкта злочину, навіть у новій редакції (оскільки, як було з'ясовано вище, дане визначення не є досить точним і не допомагає при кваліфікації злочину), не має практичного значення, оскільки не визначає (не визначатиме) вичерпний перелік додаткових ознак, які можуть мати спеціальні суб'єкти злочинів.

Додатковим аргументом на підтримку нашої позиції може бути відсутність відповідних норм у зарубіжних кримінальних кодексах (їх було проаналізовано близько 70), оскільки така позиція законодавства країн, які мають досить розвинуте та ефективне кримінальне законодавство, також ставить під сумнів доцільність визначення у КК України окремою нормою поняття спеціального суб'єкта злочину.

Отже, по-перше, визначення спеціального суб'єкта злочину, що міститься у ч. 2 ст. 18 КК України, не має практичного значення, оскільки не містить конкретного переліку всіх можливих додаткових ознак чи критеріїв, які визначатимуть суб'єкт злочину як спеціальний. По-друге, кримінальне законодавство зарубіжних країн, які були проаналізовані для даного дослідження, не містить визначення поняття спеціального суб'єкта злочину; лише деякі зарубіжні кримінальні кодекси закріплюють поняття окремих видів спеціальних суб'єктів, аналогічно до ч. 3-4 ст. 18 КК України. По-третє, понад 50 % норм Загальної частини та близько 80 % норм Особливої частини КК України визначають порядок кримінальної відповідальності та застосування інших кримінально-правових інститутів щодо спеціальних суб'єктів злочинів. Це свідчить про те, що усі суттєві ознаки, що можуть впливати на притягнення суб'єкта до відповідальності, призначення йому відповідного покарання, застосування інших інститутів кримінального законодавства, не можуть бути чітко визначені в одній нормі.

Це приводить нас до висновку про можливість виключення норми, котра визначає поняття спеціального суб'єкта злочину, із ст. 18 КК України як такої, що не виконує своєї функції і не має практичного значення.

Landina Anna. The problem of legislative definition of a special subject of crime

The article is devoted to the problem of the legislative definition of the concept of a special subject of crime under the criminal legislation of Ukraine. The urgency of this study is conditioned by the need to improve legislation in terms of criminal liability of special subjects. The purpose of this study is to establish the appropriateness of the legal definition of a special subject of a crime and to compare the provisions of

domestic and foreign criminal law (if any) with a view to defining the concept, features or specific types of special crime subjects and the way in which they are regulated.

The special subject of a crime is a person committing a crime, and is characterized by certain qualities (skills, habits, physical or psychological-psychic) that distinguish it from the totality of common subjects of the crime. A special subject is recognized for the reason that a certain crime, provided by the relevant norm of the criminal law, can be committed only by such a special subject.

It was found that the definition of the concept of a special subject of crime, contained in the Criminal Code of Ukraine, in its current version is not practical, since it does not contain a specific list of all possible additional features or criteria that determine the subject of the crime as a special and not may contain them, because they can not be clearly defined in the only norm. More than 300 crimes (basic and / or qualified) stipulated by the Criminal Code of Ukraine anticipate, that for them can liable only special subjects, and this is clearly indicated, or it is beyond doubt, given the content of the disposition, and also the existence of separate norms in the General Part of the Criminal Code that regulate the procedure of criminal liability of special subjects of crimes (recidivists, minors, severely condemned persons, pregnant women, servicemen, accomplices, etc.), therefore there is a question of the expediency of availability a separate norm that fixes the term « special subject of crime».

In addition, none of the analyzed foreign criminal codes (they were analyzed about 70) does not contain a definition of this definition, and such a position of legislation of countries that have a sufficiently developed and effective criminal law, and this also calls into question the expediency of the definition in the Criminal Code of Ukraine in a separate norm of the concept of special the subject of a crime.

This leads us to the conclusion that it is possible to exclude the norm defining the notion of a special subject of a crime with art. 18 of the Criminal Code of Ukraine which not fulfilling its function and having no practical significance.

Key words: special subject of crime, legislative regulation, norm of criminal law, foreign criminal legislative.

УДК 343.28

Чи є законним звільнення від відбування покарання з випробуванням при засудженні за корупційний злочин?

О. П. Горох,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального
та кримінального процесуального права
Національного університету
«Києво-Могилянська академія», адвокат

Досліджено проблеми звільнення від відбування покарання з випробуванням при засудженні за корупційний злочин. Проаналізована судова практика застосування ст. 75 КК України до зазначеної категорії осіб протягом 2015-2017 років.

Викладено наукові позиції українських учених щодо можливості звільнення від відбування покарання з випробуванням при засудженні за корупційний злочин, зокрема у випадку затвердження угоди про примирення або про визнання вини. Висловлені аргументи щодо незаконності звільнення від відбування покарання з випробуванням при засудженні за корупційний злочин, вчинений після 25 січня 2015 року.

Ключові слова: звільнення від відбування покарання; звільнення від відбування покарання з випробуванням; покарання за корупційний злочин; звільнення від відбування покарання з випробуванням за корупційний злочин

Горох А. П. Законно ли освобождение от наказания с испытанием при осуждении за коррупционное преступление?

Исследованы проблемы освобождения от наказания с испытанием при осуждении за коррупционное преступление. Проанализирована судебная практика применения ст. 75 УК Украины к указанной категории лиц в течение 2015-2017 годов.

Изложены научные позиции украинских ученых относительно возможности освобождения от наказания с испытанием при осуждении за коррупционное преступление, в частности, в случае утверждения соглашения о примирении или о признании вины. Высказаны аргументы относительно незаконности освобождения от наказания с испытанием при осуждении за коррупционное преступление, совершенное после 25 января 2015 года.

© Горох Олексій Петрович — кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального та кримінального процесуального права Національного університету «Києво-Могилянська академія», адвокат

Ключевые слова: освобождение от отбывания наказания; освобождение от наказания с испытанием; наказание за коррупционное преступление; освобождение от наказания с испытанием за коррупционное преступление.

Gorokh Oleksii. Whether probation with the conviction of a corruption crime as lawful?

The article investigates problems of probation with the conviction of a corruption crime. Court practice of application of art. 75 of Penal Code of Ukraine to the specified category of persons are during 2015 - 2017 years. Scientific positions of the Ukrainian scientists concerning a possibility of probation with the conviction of a corruption crime, in particular, in case of the approval of agreements on reconciliation or about recognition of fault are generally stated. Arguments concerning illegality of probation with the conviction of a corruption crime committed after January 25, 2015 are stated.

Keywords: release from punishment serving; probation with the conviction; punishment for corruption crime; probation with the conviction of a corruption crime.

Кримінально-правова політика, за слухним висловлюванням В. І. Борисова, (на відміну від кримінального права) є рухомою, вона більш гостро реагує на соціальні процеси й відносно швидко зазнає змін політичного курсу. При цьому поряд із вирішенням загальноправових завдань, необхідних для функціональної дії кримінального права, особливої актуальності в той чи інший період розвитку держави набуває визначення державною владою (яка є основним суб'єктом формування політики) пріоритетних напрямів боротьби зі злочинністю¹. Без сумніву, серед анонсованих державною владою пріоритетних напрямів такої боротьби на сучасному етапі є рішуча протидія корупції, і зокрема кримінально-правовими засобами.

У вітчизняному кримінальному законодавстві реалізація такої політики дістала відображення не лише у конструюванні нових та вдосконаленні існуючих норм про відповідальність за корупційні злочини, посиленні санкцій за їх вчинення, а й у зміні норм, що визначають кримінально-правовий вплив на неправомірну поведінку. Так, з метою посилення заходів протидії корупційним злочинам Законом України № 1698-VII «Про Національне антикорупційне бюро України» від 14 жовтня 2014 р. (набрав чинності 25 січня 2015 року)² до Кримінального кодексу України (далі — КК) були внесені зміни, що обмежують можливість застосування звільнення від кримінальної відповідальності (ст. 45-48), призначення більш м'якого покарання (ст. 69), звільнення від покарання або його від-

¹ Борисов В. І. Державна політика у сфері боротьби зі злочинністю та її напрямки // Проблеми законності. Вип. 100. Харків: Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого, 2009. С. 310-311.

² Голос України. 2014. 25 жовтня. № 206.

бування (ст. 74, 75, 79, 81, 82, 86, 87), зняття судимості (ст. 91) до осіб, які вчинили корупційні злочини.

Вивчення судової практики свідчить про те, що до внесення до кримінального законодавства аналізованих змін «реальне» покарання у виді позбавлення волі за вчинення корупційних злочинів призначалося судами не більше 1/3 засуджених службових осіб. Наприклад, у 2014 р. при засудженні винуватих за частинами 2-4 ст. 368 КК України* звільнення від відбування покарання з випробуванням було застосовано судами стосовно 64, 8 % засуджених за такі злочини. Також стосовно 24,7 % винуватих за частинами 2-4 ст. 368 КК України був застосований штраф у порядку ст. 69 КК України³.

Особистий професійний досвід участі у кримінальних провадженнях в якості захисника, а також вивчення кримінальних справ аналізованої категорії засвідчує, що прийняття судами рішень про застосування реального позбавлення волі було зумовлено переважно невизнанням особою вини у вчиненні корупційного злочину, відсутністю у справі пом'якшуючих обставин, подекуди особливо великим розміром отриманої неправомірної вигоди.

Протягом 2015-2017 років практика застосування судами звільнення від відбування покарання з випробуванням щодо осіб, які вчинили корупційні злочини, змінилася кардинально. Наприклад, результати розгляду судами кримінальних проваджень (справ) за корупційні злочини за січень-вересень 2017 р. демонструють: із 788 засуджених за ці злочини лише 21 % винуватих були звільнені від відбування покарання з випробуванням⁴. Водночас можна стверджувати, що суди і надалі продовжують застосовувати ст. 75 КК України при засудженні за корупційні злочини. Постає питання: наскільки це відповідає положенням закону?

З часу набрання чинності аналізованих змін до кримінального законодавства, якими посилено відповідальність за корупційні злочини, минуло три роки. За цей час сформувалася не лише судова практика, а й визначилися певні доктринальні підходи щодо законності застосування положень, зокрема ст. 75 КК України, при засудженні за корупційний злочин. Наприклад, цьому дискусійному питанню приділили спеціальну увагу В. М. Бурдін, О. О. Кнуженко, Д. Г. Михайленко, Т. І. Слущька. І дово-

* Показники застосування виду та мір покарання за частиною 1 ст. 368 КК України не бралися нами до уваги враховуючи встановлену альтернативну санкцію за цей злочин.

³ Звіт про кількість осіб, засуджених, виправданих, справи щодо яких закрито, неосудних, до яких застосовано примусові заходи медичного характеру та види кримінального покарання за 2014 рік. Форма 6. Київ, 2014 р.: Державна судова адміністрація України.

⁴ Стан протидії корупції в Україні за дев'ять місяців 2017 року. Київ: Верховний Суд України, 2017. С. 3.

диться констатувати, що наразі це питання як у судовій практиці, так і у доктрині вирішується далеко не однозначно.

Нами було вивчено 1 281 судове рішення у кримінальних провадженнях про корупційні злочини (що розглядалися судами України протягом 25.01.2015 р. — 25.12.2017 р.), у яких вирішувалося питання про застосування до винуватих звільнення від відбування покарання з випробуванням (ст. 75 КК України). Нами також було узагальнено погляди окремих вітчизняних юристів щодо аналізованого питання.

У ч. 1 ст. 75 КК України законодавець чітко визначив, що суд може прийняти рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням, крім випадків засудження за корупційний злочин. Видається, що таке однозначне положення закону не повинно давати будь-яких підстав для його неоднакового застосування. Утім проведене нами вивчення судової практики демонструє подекуди зовсім іншу позицію окремих суддів у цьому питанні.

Нерідко суди ігнорують встановлену законодавцем в ч. 1 ст. 75 КК України заборону на застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням за корупційний злочин. Доречно зазначити, що такі судові рішення ухвалювалися судами різних регіонів та інстанцій, а також щодо різних корупційних злочинів, вчинених після 25 січня 2015 року. Зокрема, нами встановлені випадки застосування ст. 75 КК України за вчинення корупційних злочинів, передбачених, зокрема, ст. 191 КК України (вчиненого шляхом зловживання службовим становищем)⁵; ст. 410 КК України (вчиненого шляхом зловживання службовим становищем)⁶; ст. 364 КК України⁷; ст. 368 КК України⁸; ст. 369 КК України⁹; ст. 369-2 КК України¹⁰.

Слід віддати належне судам апеляційної інстанції, які такі судові рішення скасовували у зв'язку з неправильним застосуванням закону України про кримінальну відповідальність (закону, який не підлягає застосуванню)¹¹. Прикладом такого справедливого рішення є і ухвала

⁵ *Архів* Оболонського районного суду м. Києва. Справа № 756/15371/16-к; *Архів* Зарічного райсуду м. Суми. Справа № 591/8800/15-к; *Архів* Троїцького районного суду Луганської області. Справа №433/639/16-к.

⁶ *Архів* Запорізького районного суду Запорізької області. Справа № 317/3227/15-к.

⁷ *Архів* Амур-Нижньодніпровського районного суду міста Дніпропетровська. Справа № 199/3119/16-к; *Архів* Городоцького районного суду Хмельницької області. Справа № 672/471/15-к.

⁸ *Архів* Голопристанського районного суду Херсонської області. Справа № 654/2603/15-к; *Архів* Ізяславського районного суду Хмельницької області. Справа № 675/1882/15-к.

⁹ *Архів* Апеляційного суду Черкаської області. Справа № 704/913/15-к.

¹⁰ *Архів* Саксаганського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області. Справа № 214/2324/15-к.

¹¹ *Архів* Апеляційного суду Київської області. Справа № 359/7608/14-к; *Архів* Апеляційного суду Дніпропетровської області. Справа № 199/1587/15-к; *Архів* Апеляційного

Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ від 28 березня 2017 року в справі щодо Ж., засудженого за ч. 3 ст. 368 КК України. Скасовуючи ухвалу Апеляційного суду Одеської області від 5 травня 2016 р. в частині звільнення засудженого від відбування покарання з випробуванням, з покладенням обов'язків, касаційний суд зазначив таке: на час вчинення засудженим кримінального правопорушення, що мало місце у травні — червні 2015 р., діяла редакція ст. 75 КК відповідно до Закону України від 14 жовтня 2014 р. № 1698-VII, який набрав чинності 25 січня 2015 р. Отже, норма вказаного закону вже містила застереження про неможливість його застосування до засуджених за корупційний злочин. Змінюючи вирок місцевого суду, апеляційний суд не дотримався положень ст. 45 та 75 КК, і, звільнивши Ж. від відбування покарання з випробуванням, неправильно застосував закон України про кримінальну відповідальність¹².

Чому ухвалюються такі протизаконні судові рішення? Через незнання закону суддями чи через зловживання ними правом (іншими словами, через ту саму корупцію)? Очевидно, що цю відповідь мають надати правоохоронні органи.

Водночас треба зазначити, що нерідко застосування судами (після набрання чинності 25 січня 2015 р. змін до Кримінального кодексу України, внесених Законом України № 1698-VII «Про Національне антикорупційне бюро України» від 14 жовтня 2014 р.) звільнення від відбування покарання з випробуванням до засуджених за корупційні злочини є цілком законним.

Так, у разі, якщо винуватий вчинив корупційний злочин до 25 січня 2015 р., то будь-яких заборон щодо застосування до нього ст. 75 КК України законом не передбачено. В силу ч. 2 ст. 5 КК України положення Закону України № 1698-VII «Про Національне антикорупційне бюро України» від 14 жовтня 2014 р., що посилюють кримінальну відповідальність або іншим чином погіршують становище особи, зворотної дії у часі не мають. Наприклад, вирок Кам'янець-Подільського міськрайонного суду Хмельницької області від 6 липня 2015 р. С. визнано винним у вчиненні 24 січня 2015 р. о 11.00 год. злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368 КК України, і засуджено до п'яти років позбавлення волі, з позбавленнями права займати керівні посади в органах державної міграційної служби України на 1 рік, з позбавленням 12 рангу державного службовця, без конфіскації майна та без спеціальної конфіскації. На підставі ст. 75, 76 КК України С. звільнено від відбування основного покарання з випробу-

суду Сумської області Справа № 591/8800/15-к; *Архів* Апеляційного суду Миколаївської області. Справа № 483/1583/16-к.

¹² *Архів* Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ. Справа № 496/3641/15-к.

ванням з іспитовим строком на 1 рік і зобов'язано засудженого не виїжджати за межі України на постійне місце проживання без дозволу кримінально-виконавчої інспекції, повідомляти органи кримінально-виконавчої інспекції про зміну місця проживання. Обґрунтовуючи можливість застосування до засудженого за корупційний злочин положень ст. 75 КК України, суд цілком справедливо зауважив: оскільки положення Закону України № 1698-VII «Про Національне антикорупційне бюро України», яким внесені зміни до КК України, не діяли на момент вчинення злочину, тому з підстав, передбачених ч. 1 ст. 58 Конституції України, перешкод для звільнення від відбування покарання з випробуванням засудженого немає¹³.

За нашими спостереженнями, судову статистику застосування за корупційні злочини протягом 2015-2017 рр. ст. 75 КК України, після набрання чинності 25 січня 2015 р. змін до Кримінального кодексу України, внесених Законом України № 1698-VII, формують переважно судові рішення, в яких службових осіб визнано винними у вчиненні цих злочинів до 25 січня 2015 р. Адже розгляд таких справ нерідко триває роками.

Значно складнішим є питання про законність застосування до осіб, які засуджуються за корупційні злочини, звільнення від відбування покарання з випробуванням у випадку затвердження угоди про примирення або про визнання вини. У ч. 2 ст. 75 КК України, що визначає умови звільнення від відбування покарання з випробуванням у разі затвердження угоди про примирення або визнання вини, прямої заборони (на кшталт тієї, що закріплена в ч. 1 цієї статті) законодавець чомусь не передбачив.

Свого часу практикуючі юристи висловили стурбованість з приводу того, що неоднакова редакція ч. 1 та ч. 2 ст. 75 КК України може стати у пригоді особливо кмітливим, які можуть умисно дійти хибного висновку про те, що у разі укладання угоди про примирення або визнання вини, звільнення від відбування покарання з випробуванням осіб, котрі вчинили корупційні злочини, законом не забороняється. З метою запобігання таким випадкам Генеральною прокуратурою України із залученням фахівців провідних юридичних навчальних закладів прокурорам-процесуальним керівникам були надані відповідні рекомендації для їх врахування у практичній діяльності¹⁴. Зазначимо, що такі рекомендації прокурорами переважно враховуються. Нерідко на сайті регіональних

¹³ *Архів* Кам'янець-Подільського міськрайонного суду Хмельницької області. Справа № 676/2048/15-к.

¹⁴ *Ткаченко Р. М.* Деякі особливості кримінальної кваліфікації та відповідальності у кримінальних провадженнях про корупційні злочини // Проблеми науки кримінального права та їх вирішення у законотворчій та правозастосовній діяльності: матеріали міжн.

прокуратур можна зустріти прес-релізи, в яких відображена позиція прокуратури щодо незаконності вироку суду, яким засудженого за корупційний злочин звільнено від відбування покарання з випробуванням¹⁵.

Певні рекомендації щодо приведення у відповідність положень частин 1 та 2 ст. 75 КК України, між якими виникла неузгодженість під час внесення змін до антикорупційного законодавства, були сформульовані законодавцю і науковою спільнотою на V Міжнародній науково-практичній конференції «Проблеми науки кримінального права та їх вирішення у законотворчій та правозастосовній діяльності» (м. Харків, 8-9 жовтня 2015 р.)¹⁶.

Підтримують позицію щодо неможливості звільнення від відбування покарання з випробуванням осіб, котрі вчинили корупційні злочини, і українські вчені, для яких проблеми застосування ст. 75 КК України є предметом спеціального наукового інтересу. Наприклад, О. О. Книженко, дослідивши системно положення антикорупційного законодавства, дійшла висновку про те, що у разі вчинення корупційного злочину узгодити укладеною угодою про примирення або визнання вини звільнення від відбування покарання з випробуванням неможливо¹⁷. Подібного абсолютно слушного висновку дійшли також В. М. Бурдін¹⁸ та Т. І. Слуцька¹⁹, вважаючи норми, передбачені в ч. 1 та ч. 2 ст. 75 КК України, такими, що співвідносяться як загальна та спеціальна (в якій збережені всі ті вимоги, які передбачені загальною нормою).

Утім чимало судів не вбачають будь-яких законодавчих перешкод для застосування при засудженні за корупційний злочин ст. 75 КК України, якщо це було узгоджено сторонами провадження у відповідній угоді.

наук.-практ. конф., 8-9 жовт. 2015 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків: Право, 2015. С. 398.

¹⁵ *За принципової* позиції прокуратури чиновницю за вчинення корупційного злочину засуджено до реальної міри покарання / Прес-служба прокуратури Миколаївської області. URL: https://myk.gp.gov.ua/ua/news.html?_m=publications&_t=rec&id=204995&fp=510

¹⁶ *Рекомендації V Міжнародної науково-практичної конференції «Проблеми науки кримінального права та їх вирішення у законотворчій та правозастосовній діяльності»* (м. Харків, 8-9 жовтня 2015 р.). Харків, 2015. С. 8.

¹⁷ *Книженко О. О.* Звільнення від відбування покарання з випробуванням та укладання угод у кримінальному провадженні щодо корупційних злочинів // *Проблеми теорії та практики застосування законодавства. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка.* 2015. № 1 С. 120.

¹⁸ *Бурдін В. М.* Звільнення від відбування покарання з випробуванням за корупційні злочини // *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія Юридична.* 2015. № 3. С. 241.

¹⁹ *Слуцька Т. І.* Щодо застосування ст. 75 КК до засудженого за вчинення корупційного злочину у кримінальному провадженні на підставі угоди. URL: http://protokol.com.ua/ua/shchodo_zastosuvannya_st_75_kk_do_zasudgenogo_za_vchinennya_koruptsiynogo_zlochynu_u_kriminalnomu_provadzenni_na_pidstavi_ugodi/

Суди без будь-яких вагань затверджують угоди про примирення або про визнання вини, якщо сторонами провадження (окрім іншого) узгоджено звільнення корупціонера від відбування покарання з випробуванням. Такі рішення приймалися судами першої інстанції у справах про вчинення різних корупційних злочинів, передбачених, зокрема, ст. 191 КК України (вчинені шляхом зловживання службовим становищем)²⁰; ст. 410 КК України (вчинених шляхом зловживання службовим становищем)²¹; ст. 368 КК України²²; ст. 368-3 КК України²³; ст. 369 КК України²⁴.

При цьому траплялися випадки, коли сторона обвинувачення (прокурори обласних прокуратур) згодом змінювала свою правову позицію і оскаржувала затверджену вироком суду угоду про визнання вини, якою було узгоджено звільнення корупціонера від відбування покарання з випробуванням — з підстав неможливості застосування ст. 75 КК України до цієї категорії засуджених. Проте суди апеляційної інстанції в силу положень п. 2 ч. 4 ст. 394 КПК України або відмовляли у відкритті апеляційного провадження за такими апеляційними скаргами²⁵, або залишали апеляційну скаргу сторони обвинувачення без задоволення²⁶.

Водночас існує й інша судова практика стосовно такого спірного правозастосування. Більшість судів першої інстанції все-таки справедливо відмовляють у затвердженні угоди про примирення або про визнання вини у вчиненні корупційного злочину, якщо такою угодою узгоджено звільнення корупціонера від відбування покарання з випробуванням, оскільки це суперечить положенням закону (ч. 1 ст. 75 КК України)²⁷.

²⁰ *Архів* Петропавлівського районного суду Дніпропетровської області. Справа № 188/837/17; *Архів* Жовтневого районного суду м. Дніпропетровська. Справа № 201/11143/16-к; *Архів* Новотроїцького районного суду. Справа № 662/1061/17; *Архів* Іванківського районного суду Київської області. Справа № 366/3166/16-к; *Архів* Бориспільського міськрайонного суду Київської області. Справа 359/1118/16-к; *Архів* Артемівського міськрайонного суду Донецької області. Справа 219/8217/15-к.

²¹ *Архів* Кіровоградського районного суду Кіровоградської області. Справа № 390/600/15-к; *Архів* Подільського районного суду міста Києва. Справа № 758/9634/16-к.

²² *Архів* Ірпінського міського суду Київської області. Справа № 367/1559/15-к; *Архів* Ірпінського міського суду Київської області. Справа № 367/1560/15-к; *Архів* Вінницького міського суду Вінницької області. Справа № 127/13199/17; *Архів* Вінницького міського суду Вінницької області. Справа № 127/15045/17.

²³ *Архів* Жовтневого районного суду м. Дніпропетровська. Справа № 201/10857/15-к.

²⁴ *Архів* Хмельницького міськрайонний суд Вінницької області. Справа № 149/2056/17; *Архів* Нікопольського міськрайонного суду Дніпропетровської області. Справа № 182/2730/17; *Архів* Березанського районного суду Миколаївської області. Справа № 469/150/17.

²⁵ *Архів* Апеляційного суду Рівненської області. Справа № 569/5208/15-к; *Архів* Апеляційного суду Закарпатської області. Справа № 301/1283/16-к.

²⁶ *Архів* Апеляційного суду Дніпропетровської області. Справа 182/4539/16-к.

²⁷ *Архів* Червонозаводського районного суду м. Харкова. Справа № 646/3147/17; *Архів* Борядянского районного суду Київської області. Справа № 360/148/16-к; *Архів* Ірпінського міського суду Київської області. Справа № 367/2784/15-к; *Архів*

Аналогічну позицію в цьому питанні займають і суди апеляційної інстанції, скасовуючи суперечливі ч. 1 ст. 75 КК України вироки, якими затверджено угоди про примирення або про визнання вини із звільненням від відбування покарання з випробуванням осіб, які вчинили корупційні злочини²⁸.

Очевидно, що неоднозначність судової практики з аналізованого питання мала б повернути свого часу увагу Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ. Однак доводиться констатувати, що постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод» від 11 грудня 2015 року № 13 не внесла, на жаль, ясність у це питання*. В абз. 6 п. 12 цієї постанови Пленум зазначив: «Суд також має враховувати, що чинні КК і КПК регулюють два різновиди звільнення від відбування покарання з випробуванням: 1) загальний — коли вимагається встановлення можливості виправлення засудженого без відбування покарання; 2) спеціальний — у випадку затвердження угоди про примирення або про визнання винуватості, для укладення якої з'ясування питань, визначених у ч. 1 ст. 75 КК, не є обов'язковим».

Доречно зазначити, що саме на це положення Пленуму посилаються і окремі суди, обґрунтовуючи можливість затвердження угоди про визнання вини, в якій узгоджено звільнення корупціонера від відбування покарання з випробуванням²⁹. Використовують це положення Пленуму як аргумент і поодинокі прихильники позиції можливості звільнення від відбування покарання з випробуванням при засудженні за корупційний

Держинського районного суду м. Кривого Рогу, Дніпропетровської області. Справа № 210/2438/17; *Архів* Орджонікідзевського районного суду м. Запоріжжя. Справа № 335/8913/16-к; *Архів* Жовтневого районного суду м. Дніпропетровська. Справа № 201/11147/16к; *Архів* Арцизького районного суду Одеської області. Справа № 492/858/15-к; *Архів* Ленінського районного суду міста Кіровограда. Справа № 405/4560/16-к.

²⁸ *Архів* Апеляційного суду Дніпропетровської області. Справа № 182/960/17; *Архів* Апеляційного суду Дніпропетровської області. Справа № № 171/862/17; *Архів* Апеляційного суду Херсонської області. Справа № 667/8721/15-к.

* В інших документах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ, зокрема, Узагальнені судової практики здійснення кримінального провадження на підставі угод (розглянуто та затверджено на нараді суддів судової палати у кримінальних справах 22 січня 2014 року), Інформаційному листі «Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод» (№ 223-1679/0/4-12 від 15.11.2012 р.) та Інформаційному листі «Про доповнення до інформаційного листа Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 15.11.2012 № 223-1679/0/4-12 «Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод» (№ 223-558/0/4-13 від 5 квітня 2013 р.), беручи до уваги час прийняття цих документів, аналізоване питання не висвітлювалося.

²⁹ *Архів* Подільського районного суду міста Києва. Справа № 758/9634/16-к.

злочин у випадку затвердження угоди про визнання вини³⁰. Утім, на нашу думку, наведене положення вказаної постанови Пленуму не дає підстав вважати, що суд може застосувати звільнення від відбування покарання з випробуванням за корупційні злочини у випадку затвердження угод.

Видається, що в цьому положенні Пленум акцентує увагу не на двох окремих різновидах звільнення від відбування покарання з випробуванням, а на двох окремих порядках застосування цього кримінально-правового заходу. У випадку застосування ст. 75 КК України у загальному порядку суд може застосувати звільнення від відбування покарання з випробуванням, якщо він дійде висновку про можливість виправлення засудженого без відбування покарання. Таке рішення суд може прийняти з урахуванням тяжкості злочину, особи винного та інших обставин справи (ч. 1 ст. 75 КК України).

Спеціальний порядок застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням передбачений у випадку затвердження угоди про примирення або про визнання винуватості (ч. 2 ст. 75 КК України). При затвердженні угоди суд не повинен давати власної оцінки можливості виправлення засудженого без відбування покарання, з урахуванням тяжкості злочину, особи винного та інших обставин справи. Це питання, як правило, визначається сторонами провадження (нерідко на підставі взаємовигідних умов угоди). Однак всі інші умови застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням, передбачені ч. 1 ст. 75 КК України, при затвердженні угоди мають бути дотримані сторонами провадження: особа не повинна засуджуватися за корупційний злочин, а сторонами угоди має бути узгоджено покарання у виді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, позбавлення волі на строк не більше п'яти років.

Очевидно, що як домовленості сторін угоди при узгодженні покарання не мають виходити за межі загальних та спеціальних засад призначення покарання, встановлених законом України про кримінальну відповідальність (абз. 2 п. 12 зазначеної постанови Пленуму), так і при вирішенні питання про звільнення від відбування покарання з випробуванням домовленості сторін угоди не можуть виходити за межі загальних і спеціальних засад звільнення від покарання³¹. Такими спеціальними засада-

³⁰ Михайленко Д. Звільнення від відбування покарання з випробуванням при засудженні за корупційний злочин у випадку затвердження угоди про визнання вини // Вісник прокуратури. 2016. № 1. С. 33.

³¹ Поняття «загальні засади звільнення від покарання», «спеціальні засади звільнення від покарання» були введені нами у кримінально-правову доктрину вперше у 2013 році. Горюх О. П. Принципи та загальні засади звільнення від покарання як проблема соціального замовлення // Правова доктрина – основа формування правової системи держави: матеріали Міжнар.наук.-практ. конф., присвяч. 20-річчю Нац. акад. прав. наук

ми застосування цього кримінально-правового заходу є те, що при звільненні від відбування покарання з випробуванням суд додатково має врахувати: 1) чи є злочин корупційним; 2) вид призначеного (узгодженого сторонами угоди) покарання.

У контексті аналізованого вкотре згадуються наукові положення М. І. Панова щодо субординації наук фундаментального та прикладного характеру, визначальну роль у якому відіграють науки фундаментального характеру. Вчений, зокрема, зазначає, що науки прикладного характеру, використовуючи міждисциплінарні поняття, що в основі своїй розробляються фундаментальними науками, мають виходити з обсягу та змісту понять, що визначаються фундаментальною наукою. Основою наук кримінального блоку є кримінальне право. Саме тому кожна з наук кримінального циклу, оперуючи поняттями, що належить до класу міждисциплінарних, не може вкладати в них власний зміст та інтерпретувати їх у різний спосіб³².

Отже, можна зробити такий висновок: звільнення від відбування покарання з випробуванням при засудженні за корупційний злочин, вчинений після 25 січня 2015 р., в тому числі, у випадку затвердження угоди про примирення або про визнання вини, є незаконним (неправильним застосуванням закону України про кримінальну відповідальність).

Gorokh Oleksii. Whether probation with the conviction of a corruption crime as lawful?

The article investigates problems of probation with the conviction of a corruption crime. Court practice of application of art. 75 of Penal Code of Ukraine to the specified category of persons are during 2015-2017 years is analysed.

It is established that quite often courts ignore established in p.1 Art. 75 Penal Code of Ukraine the legislator the ban on application of probation with the conviction for corruption crime. At the same time such judgments are correctly repealed by vessels of appellate instance in connection with the wrong application of the law on a criminal responsibility.

At the same time it is proved that in case the guilty person committed a corruption crime till January 25, 2015, then any bans on application of Art. 75 of Penal Code of Ukraine to it are not provided by the law (owing to the p. 2 of Art. 5 of Penal Code of Ukraine).

It is established that the question of legality of application to persons who are condemned for corruption crimes of probation with the conviction in case of the adoption of the agreement on reconciliation or about recognition of fault is

України та обговоренню п'ятитомної монографії «Правова доктрина України», Харків, 20-21 листоп. 2013 р. Харків: Право, 2013. С. 657-661.

³² Панов Н. И. Методологические аспекты формирования понятийного аппарата юридической науки // Правоведение. 2006. № 4. С. 18-28.

represented more difficult. Court practice of application of the law in the specified aspect is studied.

Scientific positions of the Ukrainian scientists concerning a possibility of probation with the conviction at condemnation for corruption crime, in particular, in case of the adoption of the agreement on reconciliation or about recognition of fault are generally stated. The resolution of the Plenum of the Supreme specialized court of Ukraine on consideration of civil and criminal cases concerning application of the law in the analyzed cases is crucially analyzed.

Arguments concerning illegality of probation with the conviction for the corruption crime committed after January 25, 2015 are stated.

Keywords: release from punishment serving; probation with the conviction; punishment for corruption crime; probation with the conviction of a corruption crime.

Проблеми кримінальної відповідальності за публічні заклики до вчинення злочинів проти державного суверенітету

В. Н. Кубальський,
кандидат юридичних наук

Досліджено основні проблеми кримінальної відповідальності за публічні заклики до вчинення злочинів проти державного суверенітету. Визначено сутність та особливості публічних закликів до вчинення злочинів проти державного суверенітету. Охарактеризована суспільна небезпечність таких злочинів та проаналізовано санкції за їх вчинення. Визначено систему кримінально-правових норм (з поділом на групи) про відповідальність за поширення криміногенної інформації. Визначено видовий об'єкт публічних закликів до вчинення злочинів проти державного суверенітету.

Ключові слова: публічні заклики, злочин, державний суверенітет.

Кубальський В. Н. Проблемы уголовной ответственности за публичные призывы к совершению преступлений против государственного суверенитета

Исследованы основные проблемы уголовной ответственности за публичные призывы к совершению преступлений против государственного суверенитета. Определена сущность и особенности публичных призывов к совершению преступлений против государственного суверенитета. Охарактеризована общественная опасность таких преступлений и проанализированы санкции за их совершение. Определена система уголовно-правовых норм (с разделением на группы) об ответственности за распространение криминогенной информации. Определен видовой объект публичных призывов к совершению преступлений против государственного суверенитета.

Ключевые слова: публичные призывы, преступление, государственный суверенитет.

Kubalskiy Vladyslav. Problems of criminal liability for public appeals to commit crimes against state sovereignty

The article deals with the main problems of criminal responsibility for public appeals to commit crimes against state sovereignty. The essence and features of public appeals to commit crimes against state sovereignty are defined. The social danger of such crimes is described and sanctions for their accomplishment are analyzed. The system of criminal law norms (with division into groups) about the responsibility for the

© Кубальський Владислав Нарцизович — кандидат юридичних наук, доцент, науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

distribution of criminal information is defined. Specific object of public appeals for committing crimes against state sovereignty is defined.

Keywords: *public appeals, crime, state sovereignty.*

З початку здійснення збройної агресії Російської Федерації проти України спостерігається тенденція до зростання числа публічних закликів до вчинення злочинів, які посягають на державний суверенітет. У Кримінальному кодексі України передбачена відповідальність за публічні заклики до різноманітних злочинних діянь проти державного суверенітету. Очевидно, що кримінально-правова доктрина повинна стати надійною основою при удосконаленні нормативної бази, спрямованої проти злочинів у сфері державного суверенітету та у забезпеченні сучасної кримінально-правової політики у сфері протидії зазначеним діянням.

Враховуючи поширеність антидержавної пропаганди терористичного, сепаратистського, екстремістського та іншого змісту, набула актуальності проблема тлумачення норм про відповідальність за поширення криміногенної інформації, передусім публічних закликів до вчинення злочинів проти державного суверенітету. Слід зазначити, що в юридичній літературі під криміногенною розуміється інформація, яка викликає чи зміцнює бажання у невизначено значного кола осіб на вчинення злочинів¹. На цьому тлі очевидно є потреба в удосконаленні кримінально-правових засобів протидії поширенню криміногенної інформації, яка може завдати істотної шкоди державному суверенітету України.

У Кримінальному кодексі (далі — КК) України склалася певна система кримінально-правових норм про відповідальність за поширення криміногенної інформації, тобто інформації, яка викликає чи зміцнює бажання у невизначеного кола осіб на вчинення злочинів та яка виправдовує таку поведінку. В структурі даної системи доцільно виділити такі групи: 1) норми про відповідальність за публічні заклики до злочинних діянь (ст. 109, 110, 258², 436, 442 КК України); 2) норми про відповідальність за пропаганду тоталітарних режимів (ст. 436¹ КК України); 3) норми про відповідальність за поширення інформації, яка викликає ненависть чи ворожнечу (ст. 161 КК України).

Проблеми кримінальної відповідальності за публічні заклики до вчинення окремих злочинних діянь проти державного суверенітету висвітлювались у працях таких українських вчених, як О. Ф. Бантишев, А. С. Давтян, І. В. Діордіца, О. О. Дудоров, О. В. Епель, В. К. Матвійчук, С. М. Мохончук, Л. В. Мошняга, П. В. Пекар, М. А. Рубашенко,

¹ *Кунов И. М. Уголовно-правовое противодействие распространению криминогенной информации: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08; ФГБОУ ВО Кубанский государственный аграрный университет имени И. Т. Трубилина. 2017. С. 9.*

М. І. Хавронюк, О. А. Чуваков та ін. Розгляду правової природи публічних закликів до вчинення злочинів присвячені кандидатські дисертації російських учених — З. А. Шибзухова («Кримінальна відповідальність за публічні заклики до здійснення терористичної діяльності чи публічне виправдання тероризму», 2012 р.), А. А. Балашова («Кримінальна відповідальність за публічні заклики до вчинення протиправних дій», 2017 р.) та І. М. Кунова («Кримінально-правова протидія поширенню криміногенної інформації», 2017 р.). Кримінальне законодавство зарубіжних країн у частині відповідальності за публічні заклики, спрямовані проти держави, досліджувалось у працях В. М. Додонова, О. С. Капінуса та С. П. Щерби.

Криміналізація публічних закликів до здійснення екстремістської діяльності обумовлена необхідністю припинення на ранніх стадіях дій, спрямованих на формування у інших осіб бажання та готовності вчинити ці протиправні діяння². Наведене можна екстраполювати і на публічні заклики до вчинення злочинів проти державного суверенітету.

Публічні заклики до вчинення злочинів проти державного суверенітету можуть становити загрозу для конституційного ладу, основ національної безпеки, громадської безпеки і зрештою — миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку. Адже такі заклики можуть спричинити шкоду порядку суспільних відносин у сфері забезпечення державного суверенітету, поставленому під охорону КК України.

Аналіз відповідних норм Конституції України та міжнародно-правових актів дає змогу стверджувати, що кримінальна відповідальність за публічні заклики до вчинення злочинних діянь не суперечить фундаментальному праву людини на свободу слова. Як зазначає А. А. Балашов, у нормах міжнародного права підтверджена доцільність законодавчої заборони цілої низки публічних закликів до вчинення протиправних дій, і насамперед пропаганди та підбурювання до тероризму, дискримінації, агресії та насильства³.

Очевидно, що метою будь-яких публічних закликів є спонукання людей до вчинення певних діянь. Як вказує А. Г. Хлебушкін, способи кримінального впливу на суб'єктів суспільних відносин досить різноманітні, але їх можна поділити на дві великі групи: 1) фізичний вплив (на тіло людини, на його біологічну сутність); 2) психічний вплив — вплив на

² Хлебушкін А. Г. Уголовно-правовая политика Российской Федерации в сфере охраны основ конституционного строя: дисс. ... докт. юр. наук. Санкт-Петербургский университет Министерства внутренних дел Российской Федерации. Санкт-Петербург, 2016. С. 164.

³ Балашов А. А. Уголовная ответственность за публичные призывы к совершению противоправных действий: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08; Российский университет дружбы народов. Москва, 2017. С. 29.

психіку людини. При психічному впливі слід розрізняти психічне насильство (погрозу) і так званий інформаційний вплив, який полягає у повідомленні різного роду відомостей суб'єктам суспільних відносин⁴. Істотними ознаками психологічного впливу є: 1) цілеспрямований характер психологічного впливу; 2) спрямованість на досягнення планованого результату; 3) спрямованість психологічного впливу на зміну психологічних регуляторів конкретної активності іншої людини; 4) інформаційний характер психологічного впливу; 5) вплив на психічний стан, думки, почуття та дії іншої людини за допомогою винятково психологічних засобів (як вербальних, так і невербальних); 6) технологічність психологічного впливу; 7) наявність певних вольових зусиль суб'єкта в процесі реалізації психологічного впливу⁵.

За своєю сутністю публічні заклики до вчинення злочинів є інформаційними діями⁶. Заклик як інтеракція характеризується інформаційним характером, спрямованістю на свідомість та волю іншої людини, кінцевими цілями, поліваріантністю методів впливу, технологічністю впливу тощо⁷.

У процесі заклику суб'єкт заклику спрямовує адресату інформацію певного змісту, яка впливає на формування, зміну або посилення вже існуючих установок адресата та в кінцевому рахунку — на здійснення ним дій, необхідних суб'єкту заклику⁸. Інформаційний характер заклику є визначальним критерієм для розмежування публічних закликів до вчинення певних дій від вчинення самих цих дій.

Спільна природа охоронюваних відносин, подібність нормативної конструкції дозволяє стверджувати, що порядок суспільних відносин у сфері охорони державного суверенітету, поставлений під охорону закону про кримінальну відповідальність, може виступати видовим об'єктом злочинів, передбачених ч. 2 ст. 109 (публічні заклики до насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або до захоплення державної влади, а також розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення таких дій), ч. 1 ст. 110 (умисні дії, вчинені з метою зміни меж території або державного кордону України на порушення порядку, встановленого Конституцією України, а також публічні заклики чи розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення таких дій); ч. 1 ст. 258² (публічні заклики до вчинення терористичного акту, а також розповсюдження,

⁴ Хлебушкин А. Г. Цит. работа. С. 56-57.

⁵ Ніколаєнко С. О., Ніколаєнко С. І. Категорія психологічного впливу в психології // Світогляд – Філософія – Релігія: зб. наук. пр. / ДВНЗ «УАБС НБУ»; Ін-т філософії ім. Г. С. Сковороди НАН України. Суми, 2011. Вип. 1. С. 76-84.

⁶ Рубащенко М. А. Кримінальна відповідальність за посягання на територіальну цілісність і недоторканність України: монографія. Харків: Право, 2016. С. 127.

⁷ Ніколаєнко С. О., Ніколаєнко С. І. Цит. праця. С. 76-84.

⁸ Рубащенко М. А. Кримінальна відповідальність за посягання на територіальну цілісність і недоторканність України: монографія. Харків: Право, 2016. С. 109-110.

виготовлення чи зберігання з метою розповсюдження матеріалів з такими закликами), ст. 436 (публічні заклики до агресивної війни або до розв'язування воєнного конфлікту, а також виготовлення матеріалів із закликами до вчинення таких дій з метою їх розповсюдження або розповсюдження таких матеріалів), ч. 1 ст. 436¹ (Виготовлення, поширення комуністичної, нацистської символіки та пропаганда комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів) КК України. Тому не можна не погодитися з О. О. Масловою, яка у своїй праці⁹ охарактеризувала зазначену вищу категорію діянь як злочини, вчинені в обстановці публічності. В юридичній літературі норми про відповідальність за публічні заклики деякі вчені цілком обгрунтовано відносять до норм, що охороняють суспільство від маніпулювання¹⁰.

Кримінальним кодексом України також передбачена відповідальність за публічні заклики до вчинення: погромів, підпалів, знищення майна, захоплення будівель чи споруд, насильницького виселення громадян, що загрожують громадському порядку (ст. 295 КК України), діянь, які мають ознаки жорстокого поводження з тваринами (ст. 299 КК України), геноциду (ст. 442 КК України), які, втім, не можуть бути віднесені до злочинів проти державного суверенітету. До злочинів проти державного суверенітету належать окремі злочинні діяння, передбачені розділами I, IX та XX КК України¹¹.

Як підкреслює П.В. Пекар, досліджуючи поняття «публічності» в контексті «публічних закликів до агресивної війни або до розв'язування воєнного конфлікту», публічні заклики виступають одним із методів стимулювання безпосередніх виконавців до вчинення злочину. Суспільна небезпечність публічних закликів полягає у можливості шляхом вчинення таких дій вплинути на формування громадської думки, яка, у свою чергу, має практичну спрямованість, виражає в комплексі моральні, політичні, правові та інші установки (погляди, судження)¹². Як наголошує у зв'язку з цим М. А. Рубащенко, «визначальним моментом в оцінці суспільної небезпечності публічних закликів виступає не можливість ознайомлення багатьох осіб із змістом закликів, а можливість того, що

⁹ Маслово О. О. Вчинення злочину в обстановці публічності // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер. Юриспруденція. 2017. № 27. С. 98-100.

¹⁰ Изолизов А. С. Публичные призывы к противоправной деятельности: проблемы уголовной ответственности // Вестник ДВЮИ МВД РФ. 2009. № 2 (17). С. 36-41.

¹¹ Кубальський В. Н. Засади кримінально-правової охорони державного суверенітету України // Правова держава. Щорічник наукових праць. Київ: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2015. Вип.26. С. 376-383.

¹² Пекар П. В. Окремі проблеми визначення змісту поняття «публічності» у складі злочину, передбаченого ст. 436 КК України // Науково-практичний журнал «Право». UA. 2017. № 1. С. 143.

вже ознайомлені із закликами особи можуть учинити дії, до яких вони закликалися»¹³.

У дисертаційному дослідженні А. Г. Хлебушкіна, присвяченому кримінально-правовій політиці Російської Федерації у сфері охорони основ конституційного ладу, вказується, що при публічних закликах до здійснення екстремістської діяльності винний звертається до інших осіб, здійснюючи на них інформаційний вплив з метою схилити їх до здійснення такої діяльності, чим завдає шкоди суспільним відносинам у сфері недопущення екстремістської діяльності та забезпечення стану захищеності особи, суспільства та держави від загроз екстремістського характеру, оскільки винний намагається змінити належну поведінку суб'єктів цих відносин¹⁴. При публічних закликах до вчинення злочинів проти державного суверенітету винний також звертається до інших осіб, здійснюючи на них інформаційний вплив з метою схилити їх до вчинення певних дій, чим завдає шкоди порядку суспільних відносин у сфері недопущення антидержавної діяльності та забезпечення стану захищеності особи, суспільства та держави від посягань на державний суверенітет.

Заклики — це звернення, які спрямовані на виникнення у частини населення бажання вчинити певні дії. Мета публічних закликів до вчинення злочинів проти державного суверенітету полягає у доведенні до людей певних висловлювань з метою змінити їх поведінку, схилити до здійснення діяльності чи вчинення дій, які посягають на державний суверенітет України, завдаючи йому шкоди.

Відповідно до частини першої статті 34 Конституції України кожному гарантується право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань. Але здійснення цих прав може бути обмежене законом в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя (ч. 3 ст. 34).

У контексті аналізу ст. 205-2 «Публічні заклики до здійснення терористичної діяльності чи публічне виправдання тероризму» КК Росії З. А. Шибзухов дійшов до цілком обґрунтованого висновку, що кримінально караним діянням є не сама реалізація права на свободу слова в ході висловлення публічних закликів, а зловживання цим правом, вихід за його межі¹⁵.

¹³ Рубашенко М. А. Цит. праця. С. 127-128.

¹⁴ Хлебушкин А. Г. Цит. работа. С. 57.

¹⁵ Шибзухов З. А. Уголовная ответственность за публичные призывы к осуществлению террористической деятельности или публичное оправдание терроризма: дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2012. С. 10.

У правозастосовній діяльності постає питання про відмежування підбурювання до вчинення злочинів проти державного суверенітету від публічних закликів до вчинення зазначених злочинів. Згідно даних відкритого реєстру судових рішень вітчизняні суди протягом останніх трьох років з моменту оголошення антитерористичної операції на Донбасі винесли понад 30 обвинувальних вироків за розміщені у соцмережах публічні заклики до вчинення злочинів проти державного суверенітету, але більшість засуджених не отримали реальних строків позбавлення волі.

Слід зазначити, що підбурювання до злочину є різновидом співучасті у злочині. В даному випадку доцільно навести позицію Г. Борзенкова та В. Комісарова, які в основу відмежування підбурювання до злочину від публічних закликів поклали те, що останні не звернені персонально до кого-небудь конкретно, а носять загальний характер і звернені до невизначеного кола осіб¹⁶. П. В. Пекар обгрунтовано уточнює, що публічні заклики, на відміну від підбурювання, як правило, не містять конкретної інформації щодо місця, часу, способу чи засобів вчинення злочину¹⁷. Професор В. К. Матвійчук у контексті кваліфікації розглядуваних дій зазначив, що залик, звернений до окремих, конкретних осіб, повинен розглядатися за правилами про підбурювання до злочину¹⁸.

Якщо підбурювання до злочину здійснюється щодо конкретного виконавця злочину, якого можна контролювати і в окремих випадках можна навіть відмовити від вчинення злочину, у випадку добровільної відмови підбурювача, то публічні заклики позбавлені такої конкретики. Заклики — це така форма впливу на свідомість, волю та поведінку людей, коли шляхом безпосереднього звернення до них формується спонукання до певного виду діяльності¹⁹. Зокрема, публічні заклики до агресивної війни або до розв'язання воєнного конфлікту передбачають усні або письмові відкриті звернення до невизначеного кола осіб. Такі звернення пропагують ідеї, погляди чи навіть вимоги і розповсюджуються серед значної кількості людей з метою схилити їх до відповідних дій. Слід погодитися з позицією С. М. Мохончука в тому, що недостатньо обгрунтовано пропагандою війни вважати публічні заклики, адресовані як мінімум двом осо-

¹⁶ Борзенков Г. Н. Комиссаров В. С. Курс уголовного права в пяти томах. Том 5. Особенная часть / под ред. Г. Н. Борзенкова, В. С. Комиссарова. Москва: Зерцало, 2002. С. 431.

¹⁷ Пекар П. В. Цит. праця. С. 144.

¹⁸ Матвійчук В. К. Об'єктивні ознаки злочину, передбаченого ч. 3 ст. 109 КК України // Юридична наука. 2013. № 12. С. 28-43.

¹⁹ Пекар П. В. Цит. праця. С. 144.

бам²⁰. Такі дії необхідно кваліфікувати як підбурювання до ведення агресивної війни (ч. 4 ст. 27 ст. 437 КК України)²¹.

За своїм характером публічні заклики можуть виступати способом психологічного впливу на людей, агітацією, спрямованою на формування громадської думки. У зв'язку з цим А.А. Арямов зауважує, що заклики до війни типу «було б непогано повоювати, не важливо з ким» не охоплюються складом цього злочину²². Не можуть кваліфікуватися як злочин за ст. 436 КК України, на думку С. М. Мохончука, також публічні заклики продовжувати агресивну війну або воєнний конфлікт, що вже розпочалися²³.

В юридичній літературі існують пропозиції щодо удосконалення кримінального законодавства, яке передбачає відповідальність за публічні заклики до вчинення злочинів проти державного суверенітету. Так, С. В. Пекар у світлі останніх подій в Україні цілком слушно пропонує доповнити ст. 111 «Державна зрада» КК України окремою формою об'єктивної сторони складу злочину — «публічні заклики до розв'язування агресії проти України або розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення таких дій²⁴. На його думку, чинна редакція ст. 436 «Пропаганда війни» КК України неповною мірою відповідає термінології, що застосовується в міжнародно-правових актах, з огляду на що потрібна зміна термінів «агресивна війна» та «воєнний конфлікт» на відповідно «агресія» та «збройний конфлікт». По-друге, назва статті «Пропаганда війни» не відповідає змісту її диспозиції, що в порівнянні з іншими кримінально-правовими нормами порушує принцип системності кримінального законодавства. У зв'язку з цим П. В. Пекар пропонує диспозицію ст. 436 КК України викласти в такій редакції: «Публічні заклики до розв'язування агресії чи збройного конфлікту, виготовлення або розповсюдження матеріалів із такими закликами»²⁵.

Варто навести думку вітчизняного дослідника О. А. Чувакова, який у своїй докторській дисертації «Кримінально-правова протидія злочинам проти основ національної безпеки України: теорія і практика» пропонує перейменувати ст. 109 КК України «Дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної

²⁰ Дряев Б. А. Агрессия в российском уголовном праве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08; Моск. гос. юрид. акад. Москва, 2007. С. 9.

²¹ Мохончук С. М. Злочини проти миру та безпеки людства: генезис, еволюція, сучасна регламентація у кримінальному праві та законі: монографія. Харків: Право, 2013. С. 273.

²² Арямов А. А. Преступления против мира и безопасности человечества: хрестоматийный курс лекций. Москва: Юрлитинформ, 2012. С. 28-29.

²³ Мохончук С. М. Цит. праця. С. 274.

²⁴ Пекар П. В. Кримінально-правова характеристика пропаганди війни: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08; Національна академія Служби безпеки України. Київ, 2017. С. 14.

²⁵ Пекар П. В. Кримінально-правова характеристика пропаганди війни. С. 14.

влади» на «Політичний екстремізм» та доповнити її частиною четвертою, яка повинна бути викладена в наступній редакції: «Публічні заклики до збройного повстання з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади чи до збройного опору урядовим військовим підрозділам, покликаним відновити конституційний правопорядок, а так само розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення таких дій — ...»²⁶.

Не інакше як дискусійною є позиція Л. В. Мошняги, яка вважає за доцільне доповнити КК новою статтею «Публічні заклики до вчинення злочину проти основ національної безпеки України», що передбачатиме відповідальність за публічні заклики і розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення будь-якого злочину проти конституційних основ національної безпеки України, передбаченого ст. 109, 110 і 112 КК²⁷. На нашу думку, така криміналізація виглядає певною мірою надлишковою.

Не можна цілком погодитися з підходом Є.П. Сергуна, який пропонує доповнити КК узагальнюючою статтею «Публічні заклики до вчинення злочинів» та віднести дане суспільно небезпечне посягання до злочинів проти громадської безпеки²⁸. Такий підхід не узгоджується з тенденціями криміналізації публічних закликів у кримінальному законодавстві зарубіжних держав. Крім того, слід врахувати, що публічні заклики до вчинення злочинів проти державного суверенітету переважно вчиняються з політичних мотивів або з аналогічними цілями. Як свідчить зарубіжний та вітчизняний досвід криміналізації таких діянь, публічні заклики є посяганнями передусім на державну владу, основи національної безпеки, конституційний лад або мир, безпеку людства та міжнародний правопорядок.

Спеціальні склади злочинів, які передбачають відповідальність за публічні заклики до вчинення тих чи інших злочинів проти державного суверенітету, передбачені кримінальним законодавством пострадянських країн, а також Албанії, Алжиру, Бельгії, Великобританії, Данії, Замбії, Ізраїлю, Іраку, Ірану, Іспанії, Канади, КНДР, Коста-Ріки, Македонії, Нігерії, Панами, Португалії, Республіки Корея, Словенії, Судану,

²⁶ Чуваков О. А. Кримінально-правова протидія злочинам проти основ національної безпеки України: теорія і практика: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08. Київ. 2017. С. 27

²⁷ Мошняга Л. В. Склади злочинів, що посягають на конституційні основи національної безпеки України: поняття та шляхи вдосконалення // Наук. вісн. Дніпропетр. держ. ун-ту внутр. справ: зб. наук. пр. 2010. № 1 (47). С. 211.

²⁸ Уголовно-правовая политика в сфере обеспечения безопасности конституционного строя Российской Федерации: монография / Е. П. Сергун; РПА Минюста России, Поволжский (г. Саратов) юридический институт (филиал). Москва; Саратов: РПА Минюста России, 2013. С. 258.

Таїланду, Тунісу та Франції²⁹. КК РФ передбачає відповідальність за публічні заклики до здійснення екстремістської діяльності (ст. 280).

Кримінальним законодавством зарубіжних країн передбачена відповідальність за публічні заклики до вчинення наступних злочинів проти державного суверенітету:

– до ліквідації державної незалежності Латвійської Республіки з метою включення Латвії в єдине державне утворення з будь-якою іншою державою або до ліквідації її іншим чином;

– до вчинення будь-якого державного злочину (Литва, Естонія);

– до зради, шпигунства, саботажу, самоозброєння проти державної влади чи проти частини населення (Франція);

– до заколоту (Великобританія, Замбія, Ізраїль, Індія, Судан)³⁰.

Законом від 15 грудня 2005 року «Про внесення доповнень і змін до деяких законодавчих актів Республіки Білорусь з питання посилення відповідальності за діяння, спрямовані проти людини та громадської безпеки», передбачено нову редакцію ст. 361 «Заклики до дій, спрямовані на шкоду зовнішній безпеці, її суверенітету, територіальної недоторканності, національної безпеки та обороноздатності» КК Республіки Білорусь, що розширила сферу її застосування. Відповідно до цього закону до злочинів проти держави віднесені, в тому числі, публічні заклики до захоплення державної влади, або насильницької зміни конституційного ладу, або зради державі, або вчинення акту тероризму чи диверсії чи вчинення інших дій на шкоду зовнішній безпеці Республіці Білорусь, її суверенітету, територіальної недоторканності, національної безпеки та обороноздатності. Згідно із ч. 2 нової редакції ст. 361 КК РБ передбачена відповідальність за заклики, звернені до іноземної держави, іноземної чи міжнародної організації, вчинити дії на шкоду зовнішній безпеці Республіці Білорусь, її суверенітету, територіальної недоторканності, національної безпеки та обороноздатності чи поширення матеріалів, які містять такі заклики, за відсутності ознак більш тяжкого злочину³¹. Отже, ст. 361 КК Республіки Білорусь характеризується широким переліком діянь, публічні заклики до яких тягнуть кримінальну відповідальність. З позиції кримінального законодавства України зазначені діяння можуть утворювати склад державної зради.

У контексті дослідження проблем кримінальної відповідальності доцільно проаналізувати санкції за публічні заклики до вчинення злочинів проти державного суверенітету. В КК України передбачено наступні санкції: публічні заклики до насильницької зміни чи повалення кон-

²⁹ *Сравнительное* уголовное право. Особенная часть: монография / под общ. и науч. ред. докт. юрид. наук, профессора С. П. Щербы. Москва: Юрлитинформ, 2010. С. 428-429.

³⁰ *Сравнительное* уголовное право. С. 429.

³¹ Там же. С. 430.

ституційного ладу або до захоплення державної влади караються обмеженням волі на строк до трьох років або позбавленням волі на той самий строк з конфіскацією майна або без такої (ч. 2 ст. 109); публічні заклики до вчинення дій з метою зміни меж території або державного кордону України на порушення порядку, встановленого Конституцією України, — від трьох до п'яти років позбавлення волі з конфіскацією майна чи без такої (ч. 1 ст. 110); публічні заклики до вчинення терористичного акту — виправними роботами на строк до двох років або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк з конфіскацією майна або без такої (ч. 1 ст. 2582); публічні заклики до агресивної війни або до розв'язування воєнного конфлікту — виправними роботами на строк до двох років або арештом на строк до шести місяців, або позбавленням волі на строк до трьох років (ст. 436). Це свідчить про те, що в КК України не завжди дотримується єдиний підхід у видах та розмірах покарань за публічні заклики до вчинення злочинів проти державного суверенітету.

Як правило, більш суворі покарання за публічні заклики передбачають кримінальні закони зарубіжних держав. Так, КК ФРН у розділі 6 «Протидія державній владі» передбачає узагальнюючу норму «Публічний заклик до вчинення каранних діянь», яка викладена в наступній редакції: «Хто публічно, на зборах або шляхом поширення письмових матеріалів закликає до вчинення протиправного діяння, карається як підбурювач. Якщо заклик не має успіху, то покаранням є позбавлення волі строком до п'яти років або грошовий штраф» (ч. 1, 2 § 111)³².

Отже, серед норм про відповідальність за публічні заклики найбільше поширення у кримінальному законодавстві зарубіжних держав отримали положення про караність публічних закликів саме до вчинення злочинних діянь, які посягають на державний суверенітет. Позитивним аспектом встановлення кримінальної відповідальності за публічні заклики до вчинення злочинів проти державного суверенітету можна вважати їхній підвищений запобіжний потенціал. В Україні та багатьох зарубіжних державах наявна тенденція до криміналізації публічних закликів до вчинення нових видів злочинних діянь проти державного суверенітету.

Kubalskiy Vladyslav. Problems of criminal liability for public appeals to commit crimes against state sovereignty

Since the beginning of the anti-terrorist operation in Ukraine in April 2014, there has been a tendency to increase the number of public appeals to commit crimes that

³² Уголовный кодекс Федеративной Республики Германии / науч. ред. и вступ. статья докт. юрид. наук, профессора Д. А. Шестакова; предисловие доктора права Г.-Г. Йешека; перевод с немецкого Н. С. Рачковой. Санкт-Петербург: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. 524 с.

encroach on state sovereignty. The Criminal code of Ukraine provides for responsibility for public appeals to various criminal acts against state sovereignty. It is obvious that the criminal-law doctrine should become a solid basis for improving the normative framework against crimes in the sphere of state sovereignty and in ensuring modern criminal-law policy in the field of counteraction to the said act.

Taking into account the prevalence of anti-state propaganda of terrorist, separatist, extremist and other content, the problem of interpreting the norms of responsibility for the dissemination of criminal information, first of all public appeals to commit crimes against state sovereignty, became relevant. It should be noted that in the legal literature, criminal information refers to information that causes or strengthens the desire for an indefinite number of people to commit crimes. Against this backdrop, there is a clear need to improve criminal and legal means to counteract the spread of criminal information, which may seriously damage the state sovereignty of Ukraine.

The common nature of the content of protected relations, the similarity of the normative design allows to assert that the order of public relations in the sphere of protection of state sovereignty may act as a specific object of crimes provided for in part 2 of art. 109 (public appeals for violent change or overthrow of the constitutional order or the seizure of state power), part 1 of art. 110 (public appeals for actions to change the borders of the territory or state border of Ukraine in violation of the procedure established by the Constitution of Ukraine); part 1 of art. 2582 (public appeals for a terrorist act), art. 436 (public appeals for an aggressive war or the resolution of a military conflict), part 1 of art. 4361 (in part of propaganda of the communist and national-socialist (Nazi) totalitarian regimes) of the Criminal code of Ukraine.

The Criminal Code of Ukraine does not always adhere to a single approach in the types and sizes of punishment for public appeals to commit crimes against state sovereignty. As a rule, more severe punishments for public appeals envisage the criminal laws of the foreign states. Among the norms of responsibility for public appeals, the most widespread criminal legislation in foreign countries received orders for punishment of public appeals to the commission of criminal acts that encroach on state sovereignty. The positive aspect of establishing criminal responsibility for public appeals to commit crimes against state sovereignty can be considered their increased safety potential. In Ukraine and foreign countries there is a tendency to criminalize public appeals to commit new types of criminal acts against state sovereignty.

Keywords: Criminal code, public appeals, crimes against state sovereignty.

УДК 344.121

Підслідність злочинів у військовій сфері

Є. В. Соломатін,
аспірант відділу проблем кримінального права,
кримінології та судоустрою Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України

Проаналізовано характерні особливості злочинів у військовій сфері. Визначено шляхи вирішення проблем, пов'язаних з підслідністю даних злочинів.

Ключові слова: слідство, підслідність, збройні сили, злочини у військовій сфері.

Соломатин Е. В. Подследственность преступлений в военной сфере

Проанализированы характерные особенности преступлений в военной сфере. Определены пути решения проблем, связанных с подследственностью данных преступлений.

Ключевые слова: следствие, подследственность, вооруженные силы, преступления в военной сфере.

Solomatin Yevheniy. Investigative jurisdiction over crimes in the military sphere

An analysis of the key features of crimes in the military sphere has been done. Ways of solving some scientific problems related to the aforementioned crimes have been defined.

Keywords: investigation, investigative jurisdiction, armed forces, crimes in the military sphere.

Серед реформ, що проводяться в Україні, слід окремо виділити реформу системи кримінальної юстиції, спрямовану на протидію руйнівним явищам в українському суспільстві. Враховуючи необхідність модернізації системи військової юстиції, питання реформування системи кримінальної юстиції є актуальним і для Збройних Сил. Актуальність даної статті пов'язана з тим, що однією з передумов ефективної протидії злочинності у Збройних Силах є відповідне організаційне і правове забезпечення такої протидії, що неможливо без вирішення наукових проблем у даній сфері. Однією з них є визначення підслідності злочинів у військовій

© Соломатін Євгеній Володимирович — аспірант відділу проблем кримінального права, кримінології та судоустрою Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

сфері. Дана проблема набуває особливого значення в контексті участі підрозділів Збройних Сил України у миротворчих операціях, проведення спільних військових навчань, роботи іноземних військових інструкторів, діяльності багатонаціональних військових підрозділів (Литовсько - польсько – українська бригада).

Серед українських дослідників проблеми протидії злочинності у військовій сфері досліджували І. В. Боднар, О. Ф. Волков, О. П. Котляренко, Я. С. Кулькіна, С. В. Оверчук, Є. В. Сидоров, М. С. Туркот, Г. І. Чангулі, та ін.

Необхідно встановити характерні особливості злочинів у військовій сфері. Військова спільнота відрізняється від цивільної насамперед чіткою регламентацією значної кількості аспектів повсякденного життя. Це безпосередньо впливає з покладених на Збройні Сили завдань, що передбачають постійну готовність до ведення бойових дій. Ефективне виконання військовослужбовцями завдань у бойовій обстановці значною мірою залежить від порядку, дисципліни, чіткого виконання наказів. Як зазначає Є.В. Сидоров, «армія завжди була і буде особливою системою»¹. Даний факт визнається і в інших країнах світу. Так, Верховний суд США в рішенні у справі «Паркер проти Леві» (1974 р.) зазначив: «... збройні сили являють собою, в силу необхідності, особливу спільноту, яка є відокремленою від цивільної спільноти і основний рід занять якої полягає в тому, щоб вести або бути готовою вести війни»².

Із цього випливають характерні особливості злочинів у військовій сфері.

1. Підвищений рівень суспільної небезпеки. Злочин, вчинений військовослужбовцем, завдає шкоди як правопорядку і дисципліні у Збройних Силах, так і репутації Збройних Сил у суспільстві. Як зазначає Я. С. Кулькіна, злочини у збройних силах завдають шкоди у тому числі військовій дисципліні, як одній зі складових бойової готовності збройних сил³. Окрім того, вчинення злочинів представниками держави, до яких належать військовослужбовці, свідчить про наявність серйозних проблем у державному апараті. Як зазначає М. С. Туркот, «злочинність у військових формуваннях – найнебезпечніший фактор, який впливає не лише на їх боєздатність, а й опосередковано на суспільство...»⁴. Окрім того, військовослужбовець має доступ до зброї, боєприпасів, інших предметів під-

¹ Сидоров Є. В. Військові суди – назад до строю // Українська правда. URL: <https://www.pravda.com.ua/columns/2015/05/19/7068292/>

² United States Supreme Court. Parker vs Levy (1974). URL: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/417/733.html>

³ Кулькіна Я. С. Порівняльна характеристика військових злочинів в Україні та зарубіжних країнах // Форум права. 2016. Вип. 5. С. 103-109.

⁴ Туркот М. С. Детермінанти військової злочинності // Вісник Національної академії прокуратури України. 2013. Вип. 3. С. 19-23.

вищеної небезпеки та володіє знаннями і навичками, необхідними для їх застосування. На думку О. П. Котляренка, «правопорушення військових мають специфічну особливість – їх здійснюють, як правило, озброєні люди»⁵. Відповідно до якості розслідування таких злочинів повинні пред'являтися більш високі вимоги, а на органи, які їх розслідують, покладається більша відповідальність.

2. Специфіка розслідування. Для ефективного проведення досудового розслідування слідчі працівники повинні володіти спеціальними знаннями і навичками (знання специфіки діяльності Збройних Сил, знання керівних документів (статути та ін.). Як зазначає О. П. Котляренко, «тут є своя специфіка, яка вимагає особливої підготовки і спеціальних знань, а також системного та постійного їх удосконалення ...»⁶. Дану позицію підтримує Д. Шкурко⁷. Відповідно слідчі працівники, що розслідують злочини у військовій сфері, повинні спеціалізуватися на розслідуванні саме таких злочинів.

3. Необхідність захисту інформації, що становить державну таємницю, та іншої інформації з обмеженим доступом. Як зазначає О. П. Котляренко, «на думку європейських експертів, історична практика показує, що військовий сектор держави має бути закритий від усіх цивільних органів в інтересах державної безпеки»⁸.

Отже, злочини у військовій сфері повинні бути віднесені до підслідності окремого, спеціалізованого органу досудового розслідування, який, у свою чергу, повинен бути компонентом повноцінної системи військової юстиції. В контексті визначення меж компетенції такого органу нами використовується термін «злочини у військовій сфері», оскільки існує імовірність того, що підслідність такого органу не буде обмежено злочинами проти встановленого порядку несення військової служби, відповідно використання такого терміна, на нашу думку, є доцільним.

В Україні система підслідності злочинів у військовій сфері не відповідає викладеним вище висновкам. Законодавством злочини у військовій сфері (частково) віднесено до підслідності двох різних органів. Відповідно до ч. 4 ст.216 КПК до підслідності Державного бюро розслідувань віднесено злочини проти встановленого порядку несення військової служби.

⁵ Котляренко О. П. Зарубіжний досвід діяльності військової поліції та передумови її запровадження в Україні // Адміністративне право і процес., 2016. Вип. 3 (17). С. 95-104.

⁶ Котляренко О. П. Військова поліція в Україні: за та проти // Правове забезпечення оперативно-службової діяльності: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення: матеріали постійного діючого науково-практичного семінару. Харків, 2016. Вип. 7. С. 135-140.

⁷ Шкурко Д. Військова юстиція: відродження на попелищі // Укрінформ. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-politics/2249939-vijskova-usticia-vidrozdzenna-na-popelisi.html>

⁸ Котляренко О. П. Військова поліція в Україні: за та проти // Правове забезпечення оперативно – службової діяльності: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення: матеріали постійного діючого науково – практичного семінару. С. 135-140.

Водночас відповідно до п.7 наказу Генерального прокурора України від 29.08.2014 р. № 12гн «Про особливості діяльності військових прокуратур» до підслідності слідчих військових прокуратур віднесено кримінальні правопорушення, передбачені статтями 402-421, 425-435 КК, а також вчинені військовослужбовцями правоохоронних органів та іншими особами, зазначеними у частині 4 статті 216 КПК, які проходять службу та\або працюють у державних органах чи установах, указаних у пункті 1 цього наказу. Таким чином, підслідність військової прокуратури визначено за предметним (злочини проти встановленого порядку несення військової служби) та персональним (злочини, вчинені певною категорією осіб) критеріями.

Відповідно до Стратегічної програми діяльності ДБР, розробленої директором ДБР Р. М. Трубою, до підслідності ДБР віднесено: злочини, вчинені високопоставленими посадовими особами, судьями, працівниками правоохоронних органів, службовими особами НАБУ та Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, злочини проти встановленого порядку військової служби⁹. Це дає змогу зробити висновок, що ДБР (після його створення) спеціалізуватиметься на розслідуванні злочинів, учинених високопоставленими посадовими особами, судьями, працівниками правоохоронних органів. Окрім того, ДБР ще не функціонує, час початку його роботи невідомий. Відповідно, враховуючи як спеціалізацію ДБР, так і його сучасний стан, вважаємо віднесення злочинів у військовій сфері до підслідності ДБР непродуктивним.

Військова прокуратура, відповідно до ст. 7 Закону України «Про прокуратуру», входить до системи прокуратури України. Здійснення прокуратурою функції досудового розслідування законодавством не передбачено. Відповідно до п. 9.2 наказу Генерального прокурора України від 29.08.2014 р. № 12гн, військові прокурори забезпечують підтримання державного обвинувачення у справах, в яких досудове розслідування проводять слідчі військових прокуратур. Проведення досудового розслідування та підтримання державного обвинувачення в суді одним органом, на нашу думку, дає стороні обвинувачення значну перевагу над стороною захисту і відповідно суперечить покладеному в основу системи кримінальної юстиції України принципу змагальності. Окрім того, підслідність органів військової прокуратури визначено підзаконним нормативно-правовим актом, який у частині щодо підслідності суперечить нормам КПК. У такому випадку мають застосовуватись норми закону (КПК), якими злочини у військовій сфері віднесено до підслідності органу, який на даний момент фактично не створено. Також у органів вій-

⁹ Стратегічна програма діяльності Державного бюро розслідувань на 2017-2022 роки. URL: https://www.dropbox.com/s/u3yf088wqi7q7p3/program_web.pdf?dl=0

ської прокуратури (як і у органів Військової служби правопорядку) відсутня можливість здійснювати оперативно-розшукове забезпечення роботи слідчих, що необхідно для ефективності досудового розслідування.

Отже, існує необхідність створення єдиного, спеціалізованого органу, наділеного повноваженнями щодо досудового розслідування злочинів у військовій сфері й оперативно-розшукової діяльності, забезпеченого відповідним чином підготовленими працівниками. Основою для створення такого органу може стати Військова служба правопорядку (в разі наділення її відповідними повноваженнями щодо проведення досудового розслідування та оперативно-розшукової діяльності). Створення (відновлення) військової прокуратури в Україні є спробою створення такого органу. Однак функціонування військової прокуратури в її сучасному форматі, як було зазначено вище, не вирішує даної проблеми. Потребує вирішення питання про те, за якими критеріями має бути визначено підслідність даного органу. Можна назвати кілька можливих варіантів:

1) Застосування предметного критерію. До підслідності спеціалізованого органу можуть бути віднесені: злочини проти встановленого порядку несення військової служби; проти життя і здоров'я військовослужбовців; проти майна військовослужбовців; проти військового майна; злочини, якими заподіюється шкода підприємствам, установам, організаціям, окремим особам, що важливо для підтримання боєготовності Збройних Сил. Характерною ознакою всіх названих груп злочинів є здатність заподіювати шкоду обороноздатності країни. Таким чином, до підслідності спеціалізованого органу можуть бути віднесені: а) злочини проти встановленого порядку військової служби («мінімалістська концепція»); б) одна або декількох груп злочинів, зазначених вище; в) всі групи злочинів, зазначених вище («концепція захисту обороноздатності»). Застосування першої концепції передбачає спеціалізацію військового органу досудового розслідування на розслідуванні обмеженої групи злочинів (що сприяє підвищенню професійного рівня слідчих працівників і підвищенню якості розслідування окремих злочинів), однак залишення інших злочинів поза увагою військового органу досудового розслідування може мати негативний ефект у контексті протидії злочинності у Збройних Силах у цілому. Застосування останньої концепції дає змогу підвищити якість розслідування злочинів у військовій сфері (оскільки розслідуванням займається спеціалізований орган, укомплектований працівниками високої кваліфікації), однак може призвести до розосередження уваги такого органу, а також до надмірної концентрації повноважень, що може сприяти зловживанням.

2) Застосування персонального критерію. До підслідності спеціалізованого органу можуть бути віднесені: злочини, вчинені військовослуж-

бовцями; злочини, вчинені цивільними особами, що працюють у військових підрозділах; злочини, вчинені працівниками і службовцями державних органів, підприємств, установ, організацій, що мають значення для обороноздатності країни; злочини, вчинені іншими особами у співучасті з вищезгаданими особами. Віднесення всіх злочинів, учинених військовослужбовцями, до підслідності окремого органу досудового розслідування є певною мірою логічним, оскільки, як було зазначено вище, такими злочинами може бути заподіяно значну шкоду суспільству і державі й відповідно до якості розслідування таких злочинів повинні пред'являтися особливі вимоги. Водночас таке вирішення питання про підслідність може викликати появу у військовослужбовців почуття винятковості, зневагу до суспільства та закону, призвести до ослаблення соціальних і моральних зв'язків між Збройними Силами і суспільством, яке вони покликані захищати. Дане положення стосується й інших названих вище осіб.

3) Застосування територіального критерію. До підслідності спеціалізованого органу можуть бути віднесені: злочини, вчинені на території військових об'єктів; злочини, вчинені на всій території країни (з обмеженням кола таких злочинів за іншими критеріями підслідності); злочини, вчинені у військових підрозділах, на території військових об'єктів, на борту військових морських, річкових, повітряних суден за межами території країни. Віднесення всіх злочинів, вчинених на території військових об'єктів, до підслідності спеціалізованого військового органу досудового розслідування, теоретично може призвести до підвищення ефективності протидії злочинності у Збройних Силах, оскільки буде забезпечено високу якість розслідування. Окрім того, це сприятиме дотриманню режиму секретності на військових об'єктах. Водночас віднесення до підслідності спеціалізованого органу всіх злочинів, вчинених на певній території, без урахування інших критеріїв підслідності (предметного, персонального) може призвести до навантаження такого органу роботою, що не відповідає його призначенню і функціям.

4) Застосування кількох критеріїв. Даний варіант дає змогу поєднати характеристики інших варіантів. Можливі такі концепції: віднесення до підслідності військового органу всіх злочинів, учинених військовослужбовцями, та злочинів, учинених іншими особами, якими було завдано шкоди збройним силам; злочинів проти встановленого порядку несення військової служби та всіх злочинів, учинених на території військових об'єктів та ін.

У контексті необхідності наближення Збройних Сил та системи кримінальної юстиції України до стандартів розвинених країн світу та в умовах військової агресії проти України, на нашу думку, існує необхідність дослідження досвіду розвинених країн у сфері протидії злочинності у

збройних силах. Ми розглядаємо досвід США, Держави Ізраїль та Польської Республіки.

Сполучені Штати Америки є найбільш потужною в економічному та військовому сенсі державою, однією з найбільш впливових держав у світі. Збройні сили США — одна з найбільш боєздатних армій світу, яка має великий досвід участі у військових конфліктах. Правова система США належить до англосаксонської правової сім'ї, але має притаманні лише їй особливості. Тому дослідження досвіду США у сфері забезпечення правопорядку в Збройних Силах має велике значення.

Основним нормативно-правовим актом у сфері забезпечення законності й правопорядку у військовій сфері в США є Єдиний кодекс військової юстиції США. Відповідно до ст. 2 § 802 даного кодексу до осіб, на яких поширюється дія даного кодексу, належать: військовослужбовці регулярної складової збройних сил; курсанти; військовослужбовці резерву, що проходять підготовку, не перебуваючи на дійсній службі; військовослужбовці регулярної складової збройних сил у відставці, що мають право на грошове забезпечення; військовослужбовці резерву у відставці, яким збройними силами забезпечено госпіталізацію; особи, що утримуються під вартою збройними силами і відбувають покарання, призначене воєнно-польовим судом; представники визначених даним кодексом організацій — під час проходження служби разом зі збройними силами; військовополонені, що утримуються під вартою збройними силами; під час війни — особи, що проходять службу разом із підрозділами збройних сил або супроводжують їх у польових умовах та ін.¹⁰

Одним з компонентів системи військової юстиції США є військові органи кримінальних розслідувань і військова поліція. Розслідування серйозних злочинів у Збройних силах США здійснюють спеціалізовані органи, створені у різних видах Збройних Сил та їх окремих компонентах¹¹: Командування кримінальних розслідувань Сухопутних військ; Служба кримінальних розслідувань ВМФ; Відділ спеціальних розслідувань ВПС. Дані органи мають свою окрему систему підпорядкування і не підпорядковані командирам військовим підрозділів¹².

Слідчі органи Сухопутних військ США здійснюють розслідування у тих випадках: злочин вчинено на території військових об'єктів або на території, яку контролюють Сухопутні війська; підозрюваний може бути особою, на яку поширюється дія Єдиного кодексу військової юстиції; під-

¹⁰ *Uniform Code of Military Justice*. URL: <http://www.ucmj.us/sub-chapter-1-general-provisions/802-article-2-persons-subject-to-this-chapter>

¹¹ *The second Turkel commission report*. С. 180. URL: http://www.pmo.gov.il/SiteCollectionDocuments/turkel_eng_b1-474.pdf

¹² *The second Turkel commission report*. С. 180. URL: http://www.pmo.gov.il/SiteCollectionDocuments/turkel_eng_b1-474.pdf

озрюваний може бути цивільним працівником Департаменту оборони або контрагентом Департаменту оборони за контрактом і вчинений злочин пов'язаний з його обов'язками за контрактом; злочином завдано шкоди Сухопутним військам та ін.¹³ Служба кримінальних розслідувань ВМФ США здійснює розслідування серйозних кримінальних правопорушень у межах підрозділів Департаменту Військово-морського флоту США, у той же час дана служба може проводити розслідування будь-якого правопорушення¹⁴. Компетенція системи військової юстиції Корпусу морської піхоти США поширюється на коло осіб, визначене Єдиним кодексом військової юстиції (на всі правопорушення, вчинені такими особами, незалежно від місця їх вчинення та того, чи пов'язане правопорушення з проходженням служби)¹⁵.

Модель підслідності злочинів у військовій сфері, застосована в США, має такі особливості: 1) розгалужена систему органів досудового розслідування у Збройних Силах (військова поліція (військовий правоохоронний орган) і спеціалізовані органи кримінальних розслідувань у різних компонентах збройних сил); 2) військові органи досудового розслідування мають окрему систему підпорядкування і не підпорядковані командирам військових підрозділів, що значно знижує можливість зовнішнього впливу на проведення розслідувань; 3) в основу визначення підслідності таких органів покладено персональний критерій, додатково застосовано предметний і територіальний критерії. Таку модель можна охарактеризувати як близьку до концепції захисту обороноздатності.

Держава Ізраїль, починаючи від її створення, існує в умовах перманентного військового конфлікту, відповідно ефективного виконання збройними силами покладених на них завдань має надзвичайно велике значення для суспільства і держави. Збройні сили Ізраїлю займають одне з перших місць у світі за бойовим досвідом. Окрім того, слід враховувати, що ізраїльська правова система являє собою поєднання елементів англосаксонської, континентальної правових сімей та єврейського національного права. Таким чином, ізраїльський досвід у сфері забезпечення правопорядку в збройних силах має виняткову цінність, відповідно його дослідження є актуальним.

Питання протидії злочинності у військовій сфері врегульовано Законом про військову юстицію Ізраїлю № 5715-1955. Відповідно до закону (ст. 4-11), його дія поширюється на: осіб, прийнятих на службу до регулярних військових підрозділів або резерву; осіб, що входять до складу підрозді-

¹³ *U. S. Army regulation 195 – 2*. URL: <https://fas.org/irp/doddir/army/ar195-2.pdf>

¹⁴ *SECNAV instruction 5430.107*. URL: http://www.marcoarsyscom.marines.mil/Portals/147/Inspector%20General/SECNAVINST_5430.107.pdf

¹⁵ *Marine Corps Order 5580.2B*. URL: <http://www.marines.mil/Portals/59/Publications/MCO%205580.2B.pdf>

лів резерву на добровольчій основі, призваних для проходження служби певного характеру відповідно до умов їх прийняття на службу; осіб, що на законних підставах утримуються під вартою у збройних силах; осіб, що працюють у збройних силах, осіб, що працюють на підприємствах, які забезпечують потреби збройних сил і які визначено наказом міністра оборони; осіб, залучених до виконання завдання від імені збройних сил; військовополонених; резервістів, що не перебувають на службу в підрозділах резерву, в разі вчинення ними окремих правопорушень, визначених даним законом¹⁶.

Як зазначає Л. А. Лібман, до юрисдикції органів військової юстиції Ізраїлю належать: за персональним критерієм — військовослужбовці, цивільні працівники та інші особи; за предметним критерієм — військові правопорушення та інші загальнокримінальні правопорушення, пов'язані з несенням служби¹⁷.

Основним органом у сфері розслідування кримінальних правопорушень у збройних силах Держави Ізраїль є Відділ кримінальних розслідувань військової поліції, не підпорядкований жодному командирі поза межами системи військової юстиції¹⁸. Відділ уповноважений проводити кримінальні розслідування в Армії оборони Ізраїлю¹⁹. До органів Відділу кримінальних розслідувань входять: регіональні підрозділи, які здійснюють розслідування в межах свого регіону, Центральний відділ спеціальних розслідувань (особливо складні та важливі розслідування), Національний відділ розслідування шахрайства (розслідування вчинених військовослужбовцями злочинів, пов'язаних з шахрайством і обманом). Відділ розвідки і розшуку²⁰.

Модель підслідності злочинів у військовій сфері, застосована в Ізраїлі, полягає у наступному: 1) створено окремий спеціалізований орган для розслідування злочинів у даній сфері; 2) даний орган не підпорядкований будь — яким військовим органам, крім органів системи військової юстиції, що значно знижує імовірність стороннього впливу на нього; 3) в основу визначення підслідності даного органу покладено персональний критерій, додатково застосовано предметний критерій; 4) у складі даного органу створено окремі підрозділи для розслідування окремих, спеціально визначених груп злочинів. Результатом застосування такої

¹⁶ *Military justice law, 5715 1955*. URL: https://www.knesset.gov.il/review/data/eng/law/kns2_militaryjustice_1_eng.pdf ; https://www.knesset.gov.il/review/data/eng/law/kns2_militaryjustice_2_eng.pdf

¹⁷ *Liron A. Libman. The Military Justice System in Israel*. URL: http://www.erok.ee/uploads/files/military_justice_system_in_israel.pdf

¹⁸ *The 2014 Gaza conflict: factual and legal aspects* . С. 222. URL: <http://mfa.gov.il/ProtectiveEdge/Documents/2014GazaConflictFullReport.pdf>

¹⁹ *The second Turkel commission report*. С. 291. URL: http://www.pmo.gov.il/SiteCollectionDocuments/turkel_eng_b1-474.pdf

²⁰ Там само. С. 292-294.

моделі є існування у збройних силах повноцінної системи органів досудового розслідування, наділених повноваженнями і відповідним чином підготовлених для розслідування всього спектру злочинів. Таку модель можна охарактеризувати як близьку до концепції захисту обороноздатності.

Польська Республіка є державою з давніми військовими традиціями, у тому числі у сфері підтримання правопорядку в збройних силах. Окрім того: 1) ситуація в Польщі після розпаду радянського блоку були подібні до тієї, що існувала в Україні; 2) збройні сили Польської Республіки беруть участь у військових операціях разом зі збройними силами країн — членів НАТО та мають бойовий досвід; 3) польська правова система, як і українська, належить до континентальної правової сім'ї. Таким чином, польський досвід у сфері військової юстиції може мати велику цінність для України.

Питання протидії злочинності у військовій сфері врегульовано Законом про військову жандармерію та органи військового правопорядку Польської Республіки від 24.08.2001 р. Відповідно до ст. 1 даного закону військова жандармерія є відокремленою і спеціалізованою службою, що входить до складу збройних сил Польської Республіки. Відповідно до ст. 3 закону юрисдикція військової жандармерії поширюється на: військовослужбовців, що проходять військову службу; військовослужбовців, що не проходять військову службу, під час носіння ними форменого одягу, а також військових знаків розрізнення і нагород; працівників, що працюють у військових підрозділах: а) у зв'язку з їх поведінкою під час роботи у згаданих підрозділах; б) у зв'язку з учиненням ними правопорушення, пов'язаного з роботою у вищезгаданих підрозділах; осіб, що перебувають на території або на об'єктах військових підрозділів; осіб, не зазначених у п. 1-4, якщо вони підлягають юрисдикції військових судів або якщо це виникає з окремих приписів; осіб, що не є військовослужбовцями, якщо вони є співучасниками осіб, зазначених у п. 1-5, у вчиненні правопорушення, або якщо вони вчиняють діяння, що становлять загрозу для військової дисципліни, або діяння, спрямовані проти життя чи здоров'я військовослужбовця або проти військового майна; військовослужбовців збройних сил іноземних держав, що перебувають на території Польської Республіки, та їх цивільного персоналу, якщо вони виконують службові обов'язки, за умови, що міжнародним договором, стороною якого є Польська Республіка, не встановлено інше²¹. Відповідно до ст. 4 даного закону до завдань військової жандармерії, зокрема, належить забезпечення додержання військової дисципліни, викриття злочинів і правопорушень, учинених особами, зазначеними у ст. 3, виявлення і

²¹ *Ustawa o żandarmerii wojskowej i wojskowych organach porządkowych*. URL: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20011231353/U/D20011353Lj.pdf>

переслідування осіб, які їх вчинили, а також виявлення і забезпечення доказів таких злочинів і правопорушень. До повноважень військової жандармерії належить, зокрема, проведення оперативно-розшукових заходів, процесуальних дій у обсязі й на засадах, передбачених законодавством, що регулює питання кримінального процесу та фінансового кримінального процесу та розшук осіб, що вчинили злочини і правопорушення. Відповідно до ст. 5 даного закону військова жандармерія виконує завдання, що належить до сфери її діяльності, на території Польської Республіки, і може виконувати такі завдання поза межами території Польської Республіки щодо військовослужбовців, а також у окремих випадках — щодо працівників, що працюють за кордоном у військових підрозділах і військових представництвах. Відповідно до ст. 6 даного закону військову жандармерію очолює головнокомандувач, який підпорядковується безпосередньо міністру національної оборони²².

Таким чином, модель, застосована в Польській Республіці, має такі характеристики: 1) створено окремий повноцінний спеціалізований орган для розслідування злочинів у військовій сфері, підпорядкований безпосередньо міністру оборони, що значно знижує можливість стороннього впливу на його роботу; 2) в основу визначення підслідності даного органу покладено персональний критерій, додатково застосовано територіальний та предметний критерій; 3) даному органу надано повноваження зі здійснення оперативно-розшукових заходів. Таку модель можна охарактеризувати як проміжну між мінімалістською концепцією та концепцією захисту обороноздатності.

Як свідчить зарубіжний досвід, правоохоронна діяльність в активних, боєздатних арміях розвинених країн світу характеризується такими особливостями: 1) в збройних силах створюються окремі, повноцінні органи правопорядку, в тому числі органи досудового розслідування; 2) при визначенні підслідності таких органів в основу покладається персональний критерій, причому, як правило, до підслідності військових органів досудового розслідування практично повністю віднесені злочини, вчинені військовослужбовцями і частково (з обмеженням за предметним критерієм) — злочини, вчинені цивільними працівниками збройних сил та деякими іншими особами; 3) як правило, до підслідності таких органів (за територіальним критерієм) належать всі злочини, вчинені на території військових об'єктів; 4) військові органи досудового розслідування мають свою систему підпорядкування, що значно знижує імовірність стороннього впливу на хід досудового розслідування; 5) військовим органам правопорядку надано відповідні засоби для здійснення оперативно-розшукового

²² *Ustawa o żandarmerii wojskowej i wojskowych organach porządkowych*. URL: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20011231353/U/D20011353Lj.pdf>

забезпечення досудового розслідування. В основі правоохоронної роботи у збройних силах — усвідомлення фундаментальних відмінностей між цивільною і військовою спільнотами і відповідно необхідності спеціалізованих підходів до роботи. Дані положення, на нашу думку, мають бути враховані при модернізації правоохоронної системи у Збройних Силах України. Водночас слід враховувати необхідність дотримання у Збройних Силах закріпленого в Конституції України принципу рівності всіх громадян України перед законом і недопустимості нехтування передбаченими законом стандартами в роботі військових органів досудового розслідування. З урахуванням чисельності та інших особливостей Збройних Сил України, на нашу думку, при створенні військового органу досудового розслідування в Україні за основу доцільно взяти польську та ізраїльську моделі, а саме створення єдиного військового правоохоронного органу (військової поліції). Підслідність такого органу доцільно визначити за персональним критерієм (всі злочини, вчинені військовослужбовцями) з додатковим застосуванням матеріального та територіального критеріїв.

Solomatin Yevheniy. Investigative jurisdiction over crimes in the military sphere

The present paper concentrates on analyzing the system of investigative jurisdiction over crimes in the military sphere. The main purpose of this paper is to study the system of military investigation agencies and the aforementioned agencies' investigative jurisdiction. Considered here are the key features of crimes in the military sphere, as well as the most important features of the military investigation agencies in Ukraine and in some foreign countries. Flaws of the existing system of investigative jurisdiction over crimes in the military sphere are pointed out. A number of ways to improve the aforementioned system are proposed.

The military law enforcement system is of great importance not only for executing justice, but also for maintaining good order and discipline in the armed forces. The pre-trial investigation system is one of the key components of the military law enforcement system and, therefore, must become a subject of extensive research. One of the most important problems in need of solution is the problem of investigative jurisdiction over crimes in the military sphere, as defining an investigation agency which has an authority over a particular case plays an important role in the process of executing justice. The existing system of investigative jurisdiction over crimes in the military sphere contains a number of fundamental flaws and, therefore, needs to be improved.

Keywords: investigation, investigative jurisdiction, armed forces, crimes in the military sphere, criminal justice, law enforcement.

УДК 347.91/.95

Проблема неналежного відповідача у цивільному судочинстві як перешкода ефективному судовому захисту прав позивача

С. О. Короєд,
доктор юридичних наук, доцент

Аналізуються ознаки сторін як учасників цивільного процесу. Визначаються критерії, за яким відповідач визнається належним, щодо якого можливе задоволення позову і надання таким чином судового захисту позивачу. Досліджується проблема відмови в судовому захисті з мотивів неналежного відповідача. Характеризуються випадки обов'язкової процесуальної співучасті на стороні відповідача. Обґрунтовується висновок, що застосувати ефективний спосіб захисту і здійснити ефективний захист порушених прав (що є завданням цивільного судочинства) щодо “неналежної” особи процесуально неможливо, що вимагає повернення суду повноважень із залучення співвідповідачів.

Ключові слова: цивільне судочинство, неналежний відповідач, співвідповідач, обов'язкова співучасть, ефективний судовий захист, позивач, позовне провадження.

Короєд С. А. Проблема ненадлежащего ответчика в гражданском судопроизводстве как препятствие эффективной судебной защите прав истца

Анализируются признаки сторон как участников гражданского процесса. Определяются критерии, по которым ответчик признается надлежащим, в отношении которого возможно удовлетворение иска и предоставление таким образом судебной защиты истцу. Исследуется проблема отказа в судебной защите по мотивам ненадлежащего ответчика. Характеризуются случаи обязательного процессуального соучастия на стороне ответчика. Обосновывается

вывод, что применить эффективный способ защиты и осуществит эффективную защиту нарушенных прав (что является задачей гражданского судопроизводства) в отношении «ненадлежащего» лица процессуально невозможно, что требует возврата суду полномочий по привлечению соответчиков.

Ключевые слова: гражданское судопроизводство, ненадлежащий ответчик, соответчик, обязательное соучастие, эффективная судебная защита, истец, исковое производство.

Koroied Serhii. The problem of the improper defendant in civil proceedings as an obstacle to effective judicial protection of the plaintiff's rights

It is analyzed features of the parties as participants in the civil process. Criteria are defined according to which the defendant is deemed appropriate, in respect of which it is possible to satisfy the claim and thus provide legal protection to the plaintiff. The problem of refusal in judicial protection on motives of the inappropriate defendant is researched. The cases of mandatory procedural complicity on the defendant's side are characterized. The author substantiates the conclusion that it is impossible to apply an effective method of protection and effectively protect the violated rights (which is the task of civil proceedings) against an «inappropriate» person, which requires the return to the court of these powers to attract co-defendants.

Keywords: civil legal proceedings, inappropriate defendant, co-defendant, mandatory complicity, effective judicial protection, plaintiff, lawsuit.

Правова природа позовного провадження в цивільному судочинстві, незалежно від того, яку із чотирьох традиційних концепцій розуміння позову ми покладемо в основу (матеріально-правову, процесуально-правову, концепцію двох самостійних правових категорій, концепцію єдиного розуміння позову)¹ або візьмемо до уваги обґрунтовану нами раніше “п’яту” концепцією теорії позову², характеризується наявністю таких учасників цивільного процесу, як сторони, якими виступають позивач і відповідач.

Узагальнення наукових джерел із цивільного процесу дає підстави виділити ознаки сторін: сторони — це особи, між якими виник спір про їхні суб’єктивні права та обов’язки і щодо їхніх правовідносин; вони виступають у цивільному процесі на захист своїх цивільних прав і від свого імені; з приводу їх справи судом постановляється рішення; на них поширюються всі наслідки законної сили судового рішення; вони мають цивільно-правову заінтересованість у результаті вирішення спору і процесуально заінтересовані у винесенні рішення³; сторони в цивільному

¹ *Исаенкова О. В.* Иск в гражданском судопроизводстве: учеб. пособ.; под ред. М. А. Видука. Саратов: СГАП, 1997. С. 21-41.

² *Короид С. О.* Новый взгляд на теорию позову в цивільному процесі // Судова апеляція. 2014. № 4 (37). С. 65-69.

³ *Кілічава Т. М.* Цивільне процесуальне право: навч. посібн. Київ: Центр учбової літератури, 2007. С. 47; *Штефан О. О.* Цивільне процесуальне право України: навч. посіб.

процесі обов'язково мають бути учасниками спірного матеріального правовідношення; лише сторони можуть бути зобов'язані чи уповноважені судовим рішенням на здійснення конкретних дій щодо передачі (отримання) матеріальних благ, а також інших дій матеріально-правового характеру⁴; судові рішення вплине на їх матеріальні права, вони або набудуть якісь матеріальні блага, або втратять їх⁵; матеріально-правовий інтерес відповідача виявляється у встановленні судовим рішенням або ухваленні відсутності у нього будь-яких правових обов'язків перед позивачем, а процесуальний — у діяльності, спрямованій на доведення заперечень проти позову або у створенні можливих перешкод для ухвалення судового рішення про задоволення позову і покладення на нього відповідних обов'язків⁶.

Отже, відповідач має бути учасником та матеріально заінтересований у спірних матеріальних (цивільних, сімейних, житлових, трудових, земельних тощо) правовідносинах із позивачем. Саме за таких ознак відповідач у цивільному процесі визнається “належним” (тобто особою, яка повинна відповідати за позовом) і саме щодо такого відповідача можливе задоволення позову, тобто надання позивачу судового захисту його порушеному праву (реалізація мети цивільного судочинства).

Даючи характеристику всім можливим підставам відмови в задоволенні позову, раніше ми виключали можливість відмови в позові з формальних підстав з мотивів неналежного відповідача⁷, оскільки за період дії редакції ЦПК 2004 р. (в редакції до судової реформи 2010 року) це було практично неможливо. Зокрема, згідно із роз'ясненнями, наведеними в п. 8 постанови Пленуму Верховного Суду України № 2 від 12 червня 2009 року «Про застосування норм цивільного процесуального законодавства при розгляді справ у суді першої інстанції», пред'явлення позову до неналежного відповідача не було підставою для відмови у відкритті провадження у справі чи залишення заяви без руху, оскільки заміна неналежного відповідача здійснюється в порядку, визначеному статтею 33 ЦПК 2004 р. У разі, якщо норма матеріального права, яка підлягає

Київ: Юрінком Інтер, 2009. С. 51; *Штефан М. Й.* Цивільний процес: підручник для студ. юрид. спеціальностей вищих закладів освіти. Вид. 2-ге, перероб. та доп. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 2001. С. 85.

⁴ *Васильєв С. В.* Гражданский процесс: учеб. пособ. Изд. второе, дополн. Харьков: ООО «Одиссей», 2007. С. 60-61; *Цивільний процес України: академічний курс: підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / за ред. С. Я. Фурси.* Київ: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2009. С. 458.

⁵ *Гражданский процесс: Учебник / под ред. В. А. Мусина, Н. А. Чечиной, Д. М. Чечота.* Москва: Проспект, 1997. С. 71.

⁶ *Цивільний процес України: академічний курс: підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / за ред. С. Я. Фурси.* С. 459.

⁷ *Короєд С. О.* Характеристика підстав відмови в позові // *Судова апеляція.* 2011. № 2 (23). С. 84-91.

застосуванню за вимогою позивача, вказує на те, що відповідальність повинна нести інша особа, а не та, до якої пред'явлено позов, *і позивач не погоджується на її заміну, суд мав залучати до участі в справі іншу особу як співвідповідача з власної ініціативи*. Після заміни неналежного відповідача або залучення співвідповідача справа розглядається спочатку в разі її відкладення або за клопотанням нового відповідача чи залученого співвідповідача та за його результатами *суд відмовляє в позові до неналежного відповідача та приймає рішення по суті заявлених вимог щодо належного відповідача*.

Отже, фактично йшлося про процесуальну активність суду, який, забезпечуючи виконання завдання цивільного судочинства, мав можливість “допомогти” позивачу із визначенням належного відповідача та вирішити справу саме щодо останнього, захистивши таким чином порушені права позивача. А щодо неналежного відповідача — відмовити в позові.

Ситуація кардинально змінилася після внесення у зв'язку із черговою судовою реформою 2010 року змін до ЦПК 2004 р., що збереглося й у новій редакції ЦПК (яка діє з 15 грудня 2017 року). Так, у цивільному судочинстві без відповідного клопотання позивача ЦПК не передбачає повноважень (права і водночас обов'язку) суду замінювати первісного відповідача належним відповідачем (якщо позов пред'явлено не до тієї особи, яка має відповідати за позовом) або ж залучати до участі у справі іншу особу як співвідповідача.

Тобто замінити неналежного відповідача належним або залучити співвідповідача (як належного чи другого співвідповідача) можливо лише за відповідним клопотанням позивача. Таке законодавче регулювання порядку заміни неналежного відповідача або залучення співвідповідача змушує інакше поглянути на концепцію позовного провадження цивільного судочинства та його відповідність у цілому проголошеному у ст. 2 нового ЦПК завданню цивільного судочинства, адже “захист” в цивільному процесі реалізується шляхом задоволення позову, що можливо лише стосовно належного відповідача (про що ми вже наголошували вище). Зазначена проблема й є предметом нашого дослідження, адже з набуттям чинності новою редакцією ЦПК законодавче регулювання цього питання не змінилося, а судді продовжують активно використовувати як формальну підставу для відмови в захисті прав позивача факт неналежності відповідача.

При цьому суди часто посилаються на роз'яснення, що містяться у п. 8 постанови Пленуму Верховного Суду України № 2 від 12 червня 2009 року «Про застосування норм цивільного процесуального законодавства при розгляді справ у суді першої інстанції», в яких говориться про необхідність відмови в позові щодо неналежного відповідача. А також суди

роблять акцент на положенні ст. 13 нового ЦПК, згідно з якою суд розглядає справи не інакше, як за зверненням особи та в межах заявлених нею вимог.

Раніше ми вже досліджували зміст поняття “межі заявлених вимог”, яке вживається у ч. 1 ст. 13 і ч. 2 ст. 264 нового ЦПК, в межах яких суд розглядає справу і за які суд не може виходити при ухваленні рішення, та обґрунтували, що воно включає такі елементи, як предмет позову та підстава позову. Вихід за межі заявлених (позовних) вимог — це зміна або підстави, або предмета позову (включаючи розгляд додаткової незаявленої вимоги). Нами було зроблено висновок, що суд з власної ініціативи не може не лише змінити заявлені позивачем в якості підстави позову обставини, якими він обґрунтовує позовні вимоги (тобто задовольняти позов чи відмовляти в ньому з підстав, якими позивач не обґрунтовував свої вимоги), а й не може застосувати інший спосіб захисту, ніж заявлений позивачем⁸.

У зв’язку з цим ми не можемо погодитись із тими науковцями, які вважають, що виходом за межі заявлених вимог також є залучення судом до справи співвідповідачів без згоди позивача⁹, оскільки сторони (позивач і відповідач) не є елементом ані предмета позову, ані його підстави чи змісту.

Водночас не можна не враховувати, що обґрунтування позовних вимог (підстава позову) може стосуватися дій як відповідача чи пов’язаних з ним обставин, так і іншої особи, яка не має статусу відповідача, наприклад дій третьої особи. Така можливість навіть визнається у відповідних роз’ясненнях, наприклад: в абз. 2 п. 26 постанови Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 року № 9 «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» передбачено, що нотаріуси, що посвідчували правочини, залучаються до участі у справі як треті особи, які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору, якщо позивач обґрунтовує недійсність правочину посиланням на неправомірні дії нотаріуса. Обов’язковим також є залучення до участі у справі працівника підприємства, з вини якого було завдано шкоду потерпілому, відповідальність за яку несе не працівник, а юридична особа (абз. 4 п. 3 постанови Пленуму Верховного Суду України від 29 грудня 1992 року № 14 «Про судову практику в справах про відшкодування шкоди, заподіяної підприємствам, установам, організаціям їх працівниками»).

⁸ Короєд С. О. Предмет спору, предмет позову, предмет судового розгляду, зміст позовних вимог, вимоги позивача: співвідношення процесуальних понять за проектом нової редакції ЦПК України в контексті їх уніфікованого розуміння // Держава і право. Серія Юридичні науки. 2017. Вип. 77. С. 99-112.

⁹ Прасолов Д. Б. Выход суда за пределы заявленных требований в гражданском судопроизводстве // Вестник гражданского процесса. 2011. № 1. С. 205.

Таким чином, не заперечується можливість обґрунтування позовних вимог неправомірністю дій особи, яка буде визначена позивачем або залучена судом саме в якості третьої особи, а не відповідача.

Водночас, згідно з роз'ясненнями, які містяться у п. 11 постанови Пленуму Верховного Суду України від 18 грудня 2009 року № 14 «Про судові рішення у цивільній справі», оскільки правом на звернення до суду за захистом наділена особа в разі порушення, невизнання або оспорювання саме її прав, свобод чи інтересів, а також у разі звернення до суду органів та осіб, яким надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб або державні та суспільні інтереси, то суд повинен встановити, чи були порушені, не визнані або оспорені права, свободи чи інтереси цих осіб, а якщо були, то вказати, чи є залучений у справі відповідач відповідальним за це.

Отже, навіть перед тим, як формально відмовити в позові з тих мотивів, що відповідач не є належним, суд має спочатку встановити факт порушення прав позивача, а вже потім робити висновок про те, чи є залучений у справі відповідач відповідальним за це. При цьому ці обидва висновки можна зробити лише за умови встановлення обставин порушення та відповідальної особи (належного відповідача). А для цього висновку така особа має бути залучена до участі у справі принаймні в статусі третьої особи, оскільки такі висновки суду можуть вплинути на її права і обов'язки щодо однієї зі сторін, а тому участь таких осіб (відповідальних за порушення прав позивача) в якості третіх осіб необхідна, оскільки вони захищатимуть в справі власні інтереси з метою запобігти можливості пред'явлення до них регресного (похідного) позову або, навпаки, набуття право на позов до однієї зі сторін.

Водночас, якщо у справах, в яких спірні матеріальні правовідносини передбачають лише одного відповідача й можна змиритися з формальною відмовою в позові з мотивів неналежного відповідача, то якою має бути процесуальна поведінка суду в справах, в яких спірні матеріальні правовідносини зумовлюють обов'язкову процесуальну співучасть на стороні відповідача, а позивач зазначив в якості відповідача лише одного з таких співучасників, а іншого (інших) вказав як третю особу? Або навіть після роз'яснення судом необхідності заміни неналежного відповідача чи залучення співвідповідача (-ів) позивач не заявив клопотання і не висловив своє бажання щодо залучення інших відповідачів?

Такі випадки часто трапляються, зокрема при: а) пред'явленні позовів про недійсність договору особою, яка не є стороною такого правочину, лише до однієї із сторін цього договору; б) пред'явленні позовів про недійсність свідоцтва про право на спадщину чи заповіту або визначення додаткового строку для прийняття спадщини безпосередньо до нотаріуса як відповідача; в) пред'явленні позовів про спростування недостовірної

інформації лише до засобу масової інформації; г) пред'явленні позовів щодо спільного майна лише до одного із співвласників.

При цьому відповідно до правових позицій Верховного Суду України: а) відповідачами у справі про оспорення третьою особою правочину є насамперед сторони такого правочину (договору, включаючи продаж майна з прилюдних торгів); б) у спадкових спорах відповідачами є не нотаріуси, а спадкоємці (дійсні чи потенційні або передбачувані); в) у справах про спростування недостовірної інформації відповідачами є автор поширеної інформації та відповідний засіб масової інформації; г) у справах стосовно спільного майна відповідачами є всі співвласники такого майна. Є низка інших справ з обов'язковою пасивною співучастю (зокрема, при пред'явленні позовів про звільнення майна з-під арешту, де відповідачами мають бути орган, який наклав арешт, а також особа, в інтересах якої його накладено (стягувач, боржник чи обидва); при пред'явленні позову про оскарження виконавчого напису нотаріуса, де позивачем виступає боржник, а відповідачем кредитор тощо).

Як відомо, *за обов'язкової співучасті роздільний розгляд кількох вимог неможливий, оскільки без вирішення питання про право (обов'язок) одного із співучасників неможливо визначити право (обов'язки) інших співучасників у справі, не можна правильно вирішити справу*¹⁰.

Проте, як ми вже встановили вище, лише на сторони (позивача і відповідача) поширюються всі наслідки законної сили судового рішення, яке впливає на їх матеріальні права: вони або набудуть якісь матеріальні блага, або втратять їх, або рішення суду (в мотивувальній частині) буде стосуватися їх прав і обов'язків. А це виключає можливість участі у справі обов'язкових пасивних співучасників у статусі третіх осіб, а не співвідповідачів.

Тобто у випадках обов'язкової процесуальної співучасті йдеться не про заміну неналежного відповідача, а про залучення саме співвідповідачів.

Отже, якщо при неналежному відповідачі (якого вказав позивач і не просив замінити на належного) суд формально може розглянути справу і ухвалити рішення про відмову в позові з мотивів неналежного відповідача, то у випадку наявності в спірних матеріальних правовідносинах обов'язкової процесуальної співучасті, розгляд справи без залучення всіх учасників спірних матеріальних правовідносин в якості співвідповідачів (саме в якості співвідповідачів, а не третіх осіб) фактично порушуватиме основні засади цивільного процесу, адже ухвалення судом рішення як у випадку щодо одного із співвідповідачів (не залучивши при цьому інших

¹⁰ Курс цивільного процесу: підручник / В. В. Комаров, В. А. Бігун, В. В. Баранкова та ін.; за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 300.

обов'язкових співвідповідачів), так і щодо неналежного відповідача (коли спочатку суд має встановити факт порушення прав позивача і відповідальну за це особу) буде так чи інакше безпосередньо впливати на матеріальні права, свободи, інтереси та (або) обов'язки таких осіб, а це дає останнім право на оскарження такого рішення суду (ч. 1 ст. 352 ЦПК), і це може бути підставою для скасування такого судового рішення апеляційним судом (п. 4 ч. 3 ст. 376 ЦПК).

При цьому висновок про наявність таких прав, свобод, інтересів та (або) обов'язків робиться, виходячи із змісту норм матеріального права. А в нашому випадку норми матеріального права якраз вказують на матеріальні права, свободи, інтереси та (або) обов'язки таких осіб (співучасників).

Отже, встановивши в якості підстави для скасування судового рішення суду першої інстанції факт порушення останнім норм процесуального права (якщо суд прийняв судові рішення про права, свободи, інтереси та обов'язки осіб, що не були залучені до участі у справі), законодавець цим фактично поклав на суд першої інстанції відповідальність за таке порушення, позбавивши водночас місцевий суд можливості таке порушення не допустити, залучивши з власної ініціативи всіх обов'язкових співвідповідачів чи належного відповідача.

Таке скасування повноважень суду з власної ініціативи залучати співвідповідачів варто визнати непослідовним кроком законодавця при реформі цивільного судочинства (що мало місце ще у 2010 році), водночас у новому ЦПК було встановлено вимогу ефективності захисту порушених прав і навіть надано суду право визначити в рішенні ефективний спосіб захисту (ст. 2, 5 ЦПК). Але ефективний судовий захист можливий лише щодо “належного” відповідача, оскільки способами захисту вважається визначений законом механізм матеріально-правових засобів здійснення охорони цивільних прав та інтересів, що приводиться в дію за рішенням суду в разі їх порушення чи реальної небезпеки такого порушення; спосіб захисту також визначають як конкретні закріплені чи санкціоновані законом правоохоронні заходи (засоби), за допомогою яких усуваються порушення прав і здійснюється вплив на правопорушника (Узагальнення Верховного Суду України «Аналіз практики застосування судами ст. 16 Цивільного кодексу України»). Тобто, за цим визначенням, застосувати ефективний спосіб захисту і здійснити ефективний захист порушених прав (що є завданням цивільного судочинства) щодо “неналежної” особи (тобто тієї особи, яка не є порушником прав позивача) процесуально неможливо. А формальний розгляд таких справ перетворює цивільне судочинство на “процес заради процесу”, спотворюючи головне призначення правосуддя в цивільних справах. А відтак актуальним є повернення судам вказаних повноважень.

Таким чином, бачимо яскравий приклад, як прагнення розширити диспозитивні засади цивільного судочинства і перекласти на юридично неграмотних позивачів усю відповідальність за правильність визначення кола відповідачів, обернулося проти самих суддів, чії рішення в подібних випадках опиняться під загрозою скасування. Адже відсутність у судів таких повноважень фактично суперечить правовій природі правосуддя та призначенню суду вирішувати спори та захищати порушені права.

Koroied Serhii. The problem of the improper defendant in civil proceedings as an obstacle to effective judicial protection of the plaintiff's rights

The legal nature of litigation in civil proceedings is characterized by the presence of such participants of civil process, as the parties, which are the plaintiff and defendant. It has been established that the defendant must be a participant and materially interested (civil, family, residential, labor, land, etc.) in legal controversial relations with the plaintiff. It is for such indications that the defendant in a civil proceedings is recognized as «appropriate» (that is, a person who must defend under the lawsuit), and it is with respect to such a defendant that the claim can be satisfied, to provide the plaintiff with judicial protection of his violated rights (realization of the purpose of civil proceedings).

Previously, the possibility of dismissal of a lawsuit under formal grounds based on the motives of an inappropriate defendant was ruled out, since at the time of the previous edition of the CPC (until 2010) it was virtually impossible. Today, replacing of an inappropriate defendant with a appropriate one or involving of a co-defendant is possible only with the plea of the plaintiff. Such a legislative novel makes it otherwise look at the concept of litigation proceedings in civil proceedings and their compliance in general, proclaimed in Art. 2 of the new Civil Procedural Code for civil legal proceedings, because «defense» in the civil process is realized through satisfaction of a claim, which is possible only with respect to the proper defendant. The above problem is the subject of our study, because courts actively use it as a formal reason of refusal to protect the rights of the plaintiff on the motives of an inappropriate defendant.

It is argued that even before dismissal of a lawsuit on the formal grounds that the defendant is not appropriate, the court must first establish the violation of the rights of the plaintiff, and only then decide whether the defendant, which is involved in the case, responsible for it. At the same time, these two conclusions can only be made subject to the establishment of the circumstances of the violation and the responsible person (the proper defendant). And for this conclusion, such a person should be involved in the case, at least in the status of a third person, since such court conclusions may affect his/hers rights and obligations with respect to one of the parties, and therefore the participation of such persons (responsible for violation of the rights of the plaintiff) as third parties is necessary because they will protect their interests in order to prevent the possibility of filing a regressive (derivative) claim to them or vice versa to acquire the right to sue one of the parties.

As we have already stated above, only to the parties (the plaintiff and the defendant) apply all the consequences of the legal force of a court decision that

affects their material rights: they will either acquire or waive material goods, or the court judgment (in the reasoning part) will apply to their rights and responsibilities. And this excludes the possibility of participation in the case of obligatory passive accomplices in the status of third parties, and not co-respondents.

It is concluded that if the defendant (which was indicated by the plaintiff and did not plea to replace it with proper), the court can formally review the case and issue a judgment to dismiss a claim based on the motives of an inappropriate defendant, then, in the event of the existence of controversial material legal relations of mandatory procedural complicity, consideration of case without involving all the participants in the controversial material legal relations as co-defendants (namely as co-defendants, and not third parties) will actually violate the basic principles of the civil process, as issuance of judgment by court both in the case of one of the co-defendants (without involving the other mandatory co-defendants), and in relation to the inappropriate defendant (when the court first establishes the violation of the rights of the plaintiff and the person responsible for it) will directly or indirectly influence one or another on the material rights, freedoms, interests and / or duties of such persons, which gives the them right to appeal such a court judgment (Part 1 of Article 352 of the Civil Procedural Code) and this may be the basis for the annulment of such a court judgment by an court of appeal (p. 4 p. 3 art. 376 CPC).

Moreover, it is impossible to apply effective way to protect and implement effective protection of infringed rights (which is a task of civil justice) against an «inappropriate» person (that is, a person who is not a violator of the rights of the plaintiff). A formal review of such cases turn civil justice into a «process for the sake of the process», distorting the main purpose of justice in civil proceedings. And, therefore, the return to the courts of these powers is relevant.

Keywords: civil legal proceedings, inappropriate defendant, co-defendant, mandatory complicity, effective judicial protection, plaintiff, lawsuit.

УЗАГАЛЬНЕННЯ судової практики розгляду справ про виключення майна з-під арешту

Я. В. Головачов,

*Голова Апеляційного суду міста Києва,
суддя судової палати з розгляду цивільних справ
Апеляційного суду міста Києва*

Б. Б. Левенець,

*суддя судової палати з розгляду цивільних справ
Апеляційного суду міста Києва*

Розгляд судами справ про виключення майна з-під арешту при дотриманні вимог чинного законодавства сприяє відновленню порушених прав та захисту майнових інтересів.

Тому метою даного узагальнення є насамперед забезпечення правильного й однакового застосування судами нормативно-правової бази, якою регулюються питання щодо вирішення спорів по цивільним справам про виключення майна з-під арешту.

Статистичні дані щодо розгляду справ по даній тематиці характеризуються наступним чином.

У 2016 році в провадженні районних судів перебувала 521 справа даної категорії, з яких було розглянуто 461 справа, з них:

- з ухваленням рішення – 389 справ;
- передано за підсудністю – 2 справи;
- закрито провадження – 8 справ;

© Головачов Ярослав Вячеславович – Голова Апеляційного суду міста Києва, суддя судової палати з розгляду цивільних справ Апеляційного суду міста Києва

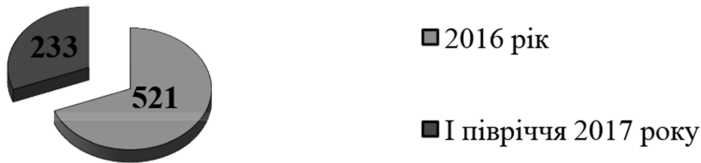
© Левенець Борис Борисович – суддя судової палати з розгляду цивільних справ Апеляційного суду міста Києва

– залишено без розгляду – 62 справи.

У першому півріччі 2017 року в провадженні районних судів перебувало 233 справи (з яких розглянуто – 193 справи), з них:

- з ухваленням рішення – 159 справ;
- закрито провадження – 3 справи;
- залишено без розгляду – 31 справа.

Надійшло позовних заяв



У 2016 році Апеляційним судом міста Києва переглянуто рішення районних судів міста Києва за апеляційними скаргами по 38 справах, зокрема:

– по 5 справах Голосіївського районного суду міста Києва, з них: 4 справи – апеляційну скаргу відхилено, рішення залишено без змін, 1 справа – рішення скасовано, ухвалено нове рішення по суті позовних вимог;

– по 4 справах Дарницького районного суду міста Києва, з них: 1 справа – апеляційну скаргу відхилено, рішення залишено без змін, 3 справи – рішення скасовано, ухвалено нове рішення по суті позовних вимог;

– по 1-й справі Деснянського районного суду міста Києва апеляційну скаргу відхилено, рішення суду залишено без змін;

– по 5-ти справах Дніпровського районного суду міста Києва, з них: 1 справа – апеляційну скаргу відхилено, 4 справи – рішення скасовано, ухвалено нове рішення по суті позовних вимог;

– по 3-х справах Оболонського районного суду міста Києва, з них: 2 справи – апеляційну скаргу відхилено, 1 справа – рішення скасовано, ухвалено нове рішення по суті позовних вимог;

– по 7-ми справах Печерського районного суду міста Києва, з них: 5 справ – апеляційну скаргу відхилено, 2 справи – рішення скасовано, ухвалено нове рішення по суті позовних вимог;

– по 4-х справах Подільського районного суду міста Києва рішення скасовано із ухваленням нового рішення по суті позовних вимог;

– по 2-х справах Святошинського районного суду міста Києва, з них: 1 справа – апеляційну скаргу відхилено, 1 справа – рішення скасовано, ухвалено нове рішення по суті позовних вимог;

– по 3-х справах Солом'янського районного суду міста Києва, з них: 2 справи – апеляційну скаргу відхилено, 1 справа – рішення скасовано, ухвалено нове рішення по суті позовних вимог;

– по 4-х справах Шевченківського районного суду міста Києва апеляційну скаргу відхилено і залишено рішення без змін.

За I півріччя 2017 року Апеляційним судом міста Києва переглянуто рішення районних судів міста Києва за апеляційними скаргами по 25 справах:

– по 1 справі Голосіївського районного суду міста Києва апеляційну скаргу відхилено, а рішення залишено без змін;

– по 4-х справах Дарницького районного суду міста Києва, з яких: 3 справи – апеляційну скаргу відхилено і залишено рішення без змін, 1 справа – рішення скасовано із ухваленням нового рішення по суті позовних вимог;

– по 2-х справах Деснянського районного суду міста Києва апеляційну скаргу відхилено, рішення суду залишено без змін;

– по 7-ми справах Дніпровського районного суду міста Києва апеляційну скаргу відхилено, рішення суду залишено без змін;

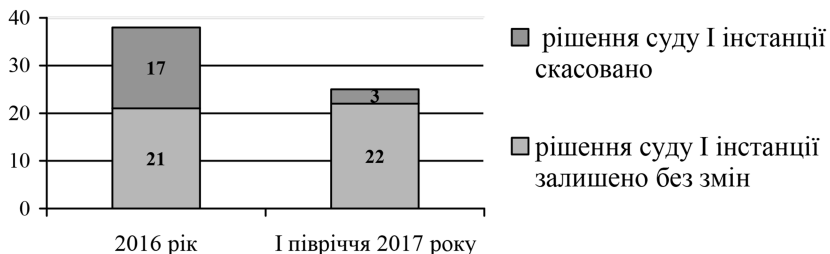
– по 1-й справі Оболонського районного суду міста Києва апеляційну скаргу відхилено, рішення суду залишено без змін;

– по 4-х справах Печерського районного суду міста Києва апеляційну скаргу відхилено, рішення суду залишено без змін;

– по 1-й справі Подільського районного суду міста Києва апеляційну скаргу відхилено, рішення суду залишено без змін;

– по 3-х справах Святошинського районного суду міста Києва, з яких: 2 справи – апеляційну скаргу відхилено, рішення залишено без змін, 1 справа – рішення скасовано із ухваленням нового рішення по суті позовних вимог;

– по 2-х справах Шевченківського районного суду міста Києва, з яких: 1 справа – апеляційну скаргу відхилено, рішення залишено без змін, 1 справа – рішення скасовано із ухваленням нового рішення по суті позовних вимог.



При вирішенні справ про виключення майна з-під арешту, підлягають застосуванню:

- Конституція України;
- Цивільний кодекс України;
- Земельний кодекс України;
- Житловий кодекс України;
- Сімейний кодекс України;
- Цивільний процесуальний кодекс України;
- Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод;
- Постанова Пленуму Верховного Суду України від 27 серпня 1976 року №6 «Про судову практику в справах про виключення майна з опису» (із змінами, внесеними згідно з Постановами Пленуму Верховного Суду України №5 від 30 червня 1978 року, №3 від 30 березня 1984 року, №13 від 25 грудня 1992 року №15 від 25 травня 1998 року);
- Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 5 від 03 червня 2016 року «Про судову практику в справах про зняття арешту з майна»;
- Закон України «Про виконавче провадження»;
- Закон України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів»;
- Закон України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень»;
- Закон України «Про іпотеку», та низка інших нормативних актів.

Так, відповідно до ст. 41 Конституції України кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю. Ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право приватної власності є непорушним.

Конституційне право на судовий захист від посягань на майно фізичних та юридичних осіб набуває втілення в можливості звертатися до судів загальної юрисдикції з вимогою про звільнення майна з-під арешту. А отже, розгляд цих справ у судах відповідно до вимог чинного законодавства сприяє саме відновленню порушених прав.

Справи за позовами про звільнення майна з-під арешту можуть бути розглянуті тільки в судах загальної юрисдикції.

Слід зазначити, що для встановлення компетенції судів щодо розгляду справ цієї категорії в нормативно-правових актах закріплено загальні правила і окремі винятки з них.

Згідно зі ст.ст. 55, 124 Конституції України, ст. 3 ЦПК України (в редакції, яка була чинною до 15 грудня 2017 року), ст. 4 ЦПК України (в редакції викладеній Законом України від 3 жовтня 2017 року № 2147-VIII, яка набула чинності з 15 грудня 2017 року), юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі, і

будь-яка заінтересована особа має право в порядку, визначеному законом, звернутися до суду по захист своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів.

Частиною 2 ст. 16 ЦК України встановлено способи захисту цивільних прав та інтересів судом. До них належать:

- 1) визнання права;
- 2) визнання правочину недійсним;
- 3) припинення дії, яка порушує право;
- 4) відновлення становища, яке існувало до порушення;
- 5) примусове виконання обов'язку в натурі;
- 6) зміна правовідношення;
- 7) припинення правовідношення;
- 8) відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди;
- 9) відшкодування моральної (немайнової) шкоди;
- 10) визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб.

Застосування конкретного способу захисту цивільного права залежить як від змісту суб'єктивного права, за захистом якого звернулася особа, так і від характеру його порушення.

З цією метою суд повинен з'ясувати характер спірних правовідносин сторін (предмет та підставу позову), характер порушеного права позивача та можливість його захисту в обраний ним спосіб.

Згадані вище способи захисту мають універсальний характер, вони можуть застосовуватись до всіх чи більшості відповідних суб'єктивних прав. Разом з тим зазначений перелік способів захисту цивільних прав чи інтересів не є вичерпним.

Відповідно до абз. 2 п. 10 ч. 2 ст. 16 ЦК України, суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом.

ЦК України та іншими законами можуть встановлюватися для захисту певних чи окремих категорій прав спеціальні способи захисту прав. Наприклад, земельне законодавство регулює відносини, у тому числі й цивільні, об'єктом яких є земля; сімейне законодавство містить норми щодо захисту цивільних прав, пов'язаних з сімейними відносинами, тощо. З урахуванням наведеного суд під час розгляду і вирішенні цивільної справи визначає спосіб захисту виходячи із закону, який регулює конкретні правовідносини, і тих юридичних фактів, що обумовлюють виникнення цих правовідносин та цього спору.

У тих випадках, коли спеціальна норма закону встановила інший, ніж визначений ст. 16 ЦК України, спосіб захисту, застосовується спосіб

захисту, встановлений спеціальною нормою. Одночасно можуть застосовуватися положення ст. 16 ЦК України і положення спеціальної норми щодо способу захисту у випадках, коли ці способи тотожні й на них поширюється дія ЦК України (ст. 8 Сімейного кодексу України).

Особа, законний інтерес або право якої порушено, може скористатися способом захисту, який прямо передбачений нормою матеріального права або може скористатися можливістю вибору між декількома способами захисту, якщо це не заборонено законом. Якщо ж спеціальні норми не встановлюють конкретних заходів, то особа має право обрати спосіб із числа передбачених ст. 16 ЦК України з урахуванням специфіки порушеного права й характеру правопорушення.

Способом захисту цивільних прав та інтересів може бути, в тому числі і визнання права.

З огляду судової практики можна зробити висновок, що у спорах про звільнення майна з-під арешту підставою для звернення до суду є оспорування правомірності включення конкретного майна до акту опису майна.

Особи, які вважали, що майно, на яке накладено арешт, належить їм, а не боржникові, звертались до суду з позовом про визнання права на майно і звільнення його з-під арешту.

Частиною другою статті 114 ЦПК України (в редакції, яка була чинною до 15 грудня 2017 року), ст. 30 ЦПК України (в редакції викладеній Законом України від 3 жовтня 2017 року № 2147-VIII, яка набула чинності з 15 грудня 2017 року) передбачено виключну підсудність розгляду справ про зняття арешту з майна, відповідно до положень яких позови про зняття арешту з майна, пред'являються в суд за місцезнаходженням цього майна або основної його частини.

Недотримання правил підсудності тягне за собою повернення заяви позивачеві, про що постановляється відповідна ухвала. Повернення позовної заяви не перешкоджає повторному зверненню із заявою до належного суду (частина п'ята статті 121 ЦПК України).

Якщо після відкриття провадження у справі і до початку судового розгляду виявиться, що заяву було прийнято з порушенням правил виключної підсудності, суд передає справу на розгляд належному суду незалежно від волевиявлення сторін (пункт 2 частини першої статті 116 ЦПК України в редакції до 15 грудня 2017 року, п. 1 ч. 1 ст. 31 ЦПК України в редакції з 15 грудня 2017 року).

Способом захисту цивільних прав та інтересів може бути, в тому числі, визнання права.

Як свідчить судова практика, у спорах про звільнення майна з-під арешту підставою для звернення до суду є оспорування правомірності включення конкретного майна до акту опису майна.

Для таких справ характерні: наявність арештованого майна; неможливість для позивача здійснити своє суб'єктивне право, оскільки його право на розпорядження чи користування цим майном обмежене; розгляд справи судом з урахуванням вимог до суб'єктів правовідносин, підвідомчості та підсудності справ судам. Метою позову про звільнення майна з-під арешту є встановлення належності арештованого майна.

Розглядаючи такі справи, важливо враховувати як загальні положення матеріального права про власність і її захист, так і ті положення, які регулюють відносини спільної власності.

Однією з форм захисту права власності на арештоване майно є також подання скарги на дії державного виконавця. У відповідності до ст. 74 Закону України «Про виконавче провадження», суб'єктом подання відповідної скарги є стягувач або боржник. Скарга подається з метою встановлення дотримання державним виконавцем вимог закону під час накладення арешту на майно.

З огляду на судову практику, що склалася, якщо незаконність перебування певного майна під арештом пов'язується заявником з певними порушеннями, допущеними державним виконавцем в ході виконання виконавчого провадження, і заявник при цьому є його стороною, спірне питання має вирішуватись шляхом оскарження певних дій або бездіяльності відповідної посадової особи органу державної виконавчої служби. Особи, які не є стороною виконавчого провадження, однак вважають, що накладення арешту на майно порушує їх права, мають звертатися до суду із заявами в порядку позовного провадження, оскільки їх право на оскарження рішень, дій або бездіяльності державного виконавця обмежене законом.

У переважній більшості справ, що були направлені районними судами для проведення узагальнення судової практики, відповідачем притягувався орган Державної виконавчої служби, державним виконавцем якого було складено акт опису майна та накладено арешт на майно боржника, що не узгоджується із роз'ясненнями, що викладені у пункті 4 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 6 від 27 серпня 1976 року «Про судову практику в справах про виключення майна з опису» (із змінами), а також роз'ясненнями, що зазначені у пункті 2 Постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 5 від 03 червня 2016 року «Про судову практику в справах про зняття арешту з майна».

Розглядаючи питання про можливість розгляду вказаних справ в існуючих органах цивільної юрисдикції, визначається, що характерним для цих справ є те, що сторони в матеріальному правовідношенні перебувають в стані спору про право. Якщо йдеться про вирішення спорів про право, то відповідно до принципу розподілу влади це є прерогативою

судової влади. Органи виконавчої влади та органи, що створюються чи вибираються самими сторонами, наприклад третейські суди, не можуть бути використані для вирішення названих справ, через те, що однією із сторін є посадова особа, до компетенції якої входить вирішення цього питання у випадку виникнення спору (державні виконавці, працівники слідчих органів).

Відповідно до ч. 1 ст. 317 ЦК України, власникові належить право володіння, користування та розпорядження своїм майном. Статтею 321 ЦК України передбачено, що право власності є непорушним. Ніхто не може бути протиправно позбавлений цього права чи обмежений у його здійсненні. Статтею 386 ЦК України встановлено, що держава забезпечує рівний захист прав усіх суб'єктів права власності. Згідно зі ст. 391 ЦК України власник майна має право вимагати усунення перешкод у здійсненні ним права користування та розпоряджання своїм майном.

Позов про зняття арешту з майна може бути пред'явлений власником, а також особою, яка володіє на підставі закону чи договору або іншої законній підставі майном, що не належить боржнику (речове право на чуже майно).

Позови про захист майнових прав малолітніх та неповнолітніх дітей боржника (засудженого) можуть бути пред'явлені їхніми законними представниками, а у випадках, встановлених законом, органами та особами, яким надано право захищати свободи чи інтереси інших осіб.

Відповідачами в справі є:

- боржник;
- особа, в інтересах якої накладено арешт на майно;
- а в окремих випадках – особа, якій передано майно, якщо воно було реалізоване.

Як третю особу, яка не заявляє самостійних вимог щодо предмета спору, має бути залучено відповідний орган державної виконавчої служби, а також відповідний орган доходів і зборів, банк та іншу фінансову установу, які у випадках, передбачених законом, виконують судові рішення.

У випадках, коли арешт майна проводився для забезпечення конфіскації чи стягнення майна на користь держави, як відповідач до участі у справі у встановленому законом порядку також залучається відповідний територіальний орган Державної фіскальної служби України.

У випадку безоплатної передачі майна юридичній особі ця особа також є відповідачем у справі.

Статтею 57 ЦПК України в редакції Закону чинній до 15 грудня 2017 року, ст. 76 ЦПК України передбачено, що доказами є будь-які дані, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин (фак-

тив), що обґрунтовують вимоги і заперечення учасників справи, та інших обставин, які мають значення для вирішення справи.

Так, в позовах про звільнення майна з-під арешту позивач має довести наявність юридичних фактів, з якими закон пов'язує право власності на арештоване майно чи право володіння ним на підставі закону чи договору з власником; факт порушення його права. Відповідач має довести свої заперечення проти покладених у підставу позову фактів, тому що для боржника, що має в справі відповідну юридичну зацікавленість, має значення вирішення судом питання про належність йому спірного майна, оскільки звільнення його з-під арешту потягне за собою вилучення іншого майна для повного задоволення вимог стягувача.

У зв'язку з тим, що зазвичай в актах матеріального права встановлюються винятки з правил розподілу обов'язку у доказуванні, то і особлива увага приділяється доказовим презумпціям. Факти, які презумуються, мають бути включені до предмета доказування. На такій позиції стоїть як законодавство, так і судова практика. Предметом доказувальної презумпції в справах про звільнення майна з-під арешту є встановлене припущення про те, що майно, яке знаходиться в приміщенні боржника, вважається його власністю, поки не доведено інше. Крім цього, в справах про звільнення майна з-під арешту, яке становить спільну власність подружжя, існує презумпція спільності їх майна, поки не доведено інше.

Розглядаючи питання преюдиційного значення вироку суду, що набрав законної сили, для цивільної справи зазначається, що вирок у кримінальній справі про стягнення з неповнолітніх віком від п'ятнадцяти до вісімнадцяти років, заподіяних ним збитків чи про конфіскацію його майна зовсім не обмежує суд, який розглядає позов батьків засудженого про звільнення з-під арешту належного їм майна. Лише за наявності в такому вирокі прямої вказівки про накладення на батьків майнової відповідальності, суд, розглядаючи позов батьків про звільнення майна з-під арешту, може відмовити в ньому. Але не тому, що майно дійсно не належить батькам, а тому, що воно належить саме їм і повинно бути залишене в описі для подальшої реалізації з метою відшкодування шкоди, заподіяної злочинними діями неповнолітнього.

Норми матеріального права є орієнтиром для встановлення правил допустимості засобів доказування. Разом з тим, у тих випадках, коли закон не встановлює обов'язкової форми для відповідних правовідносин, суд вправі допустити будь-які докази, що є у розпорядженні сторін.

Вимагаючи звільнити з-під арешту належне позивачеві майно, він повинен довести сам факт проведення арешту; якщо арешту як такого не було, то і позов стає безпредметним. Арешт майна проводиться органом державної влади і відображається в спеціальному документі – акті опису і арешту. Цей акт є єдиним доказом, який підтверджує, що дій-

сно проведено арешт майна, на якій підставі і ким саме його було проведено. Далі цей акт є єдиним доказом і того, які саме предмети підлягають арешту.

Визнаючи особливості окремих засобів доказування, які можуть бути використані для підтвердження фактів, що входять до предмета доказування у справах про звільнення майна з-під арешту, можна підтримати практику, коли як свідка притягують до участі у справі про звільнення майна з-під арешту державного виконавця. Державний виконавець, який проводив арешт, є очевидцем певних фактів, що можуть мати для суду доказове значення. Сприймаючи ці факти з точки зору своїх професійних навичок і у зв'язку з виконанням своїх обов'язків, державний виконавець може свідчити про них в процесі. Це важливо і необхідно, коли складені ними акти опису і арешту містять неоднакові дані.

В судових справах як докази були надані такі договори: про задоволення вимог іпотекодержателя, дарування, купівлі-продажу, кредитні договори, застави рухомого майна, заповіти.

Відповідно до ст. 256 ЦК України позовна давність – це строк, у межах якого особа може звернутися до суду з вимогою про захист свого цивільного права або інтересу.

Цивільне законодавство встановлює два види позовної давності: загальну та спеціальну.

Загальна позовна давність встановлюється тривалістю в 3 роки (ст. 257 ЦК України).

У п. 12 ч. 1 постанови пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 03 червня 2016 року № 5 «Про судову практику в справах про зняття арешту з майна» судам роз'яснено, що на позовні вимоги про зняття арешту з майна поширюється передбачений статтею 257 ЦК України трирічний строк позовної давності. Перебіг цього строку починається від дня, коли особа довідалася або могла довідатися про арешт (опис) належного їй майна.

За правилами ч. 3 ст. 267 ЦК України позовна давність застосовується судом лише за заявою сторони у спорі, зробленою до винесення ним рішення.

При цьому відмовити в позові через пропуск без поважних причин строку звернення до суду можливо лише в тому разі, коли позов є обґрунтованим. У разі безпідставності позовних вимог при пропуску строку звернення до суду в позові належить відмовити за безпідставністю позовних вимог.

Отже, відмовляючи у задоволенні позову з підстав пропуску строку позовної давності, суд має встановити обґрунтованість чи безпідставність позовних вимог, належним чином мотивувати свої висновки. Так, у випадку обґрунтованості позовних вимог суд може відмовити у їх задоволенні

у зв'язку з пропуском строку позовної давності. У випадку недоведеності позову суд відмовляє у його задоволенні саме з цих підстав, а не застосовує наслідки пропуску позовної давності.

Практика розгляду Деснянським районним судом міста Києва

Деснянським районним судом міста Києва було розглянуто справу за позовом П. до К. третя особа: Відділ державної виконавчої служби Деснянського районного управління юстиції у м. Києві, про зняття арешту з майна. Рішенням суду від 24 січня 2017 року позовну заяву П. було задоволено, так як суд прийшов до висновку про необхідність зняття арешту з майна позивача, оскільки заборгованість зі сплати аліментів відсутня, згідно розрахунку заборгованості, підстави для арешту майна, а саме: квартири, яка на праві спільної власності належить П., К., Л., Т. (в рівних долях) також відсутні.

В апеляційному порядку законність оскаржуваного рішення не переглядалась.

Проте слід зазначити, що зі змісту позовної заяви у цій справі відсутній спір про право цивільне з приводу нерухомого майна, а боржник (за рішенням суду про стягнення аліментів) посилався на безпідставність накладення державним виконавцем арешту на належне боржнику усе майно з посиланням, що заборгованість по сплаті аліментів відсутня.

З цього приводу слід звернути увагу на роз'яснення, що містяться в пункті 5 вищевказаної Постанови Пленуму від 03 червня 2016 року № 5, зокрема, у разі якщо опис та арешт майна проводився державним виконавцем, скарга сторони виконавчого провадження розглядається в порядку, передбаченому розділом VII ЦПК України (в редакції Закону чинній до 15 грудня 2017 року).

Деснянським районним судом міста Києва було розглянуто справу за позовом С. до Відділу державної виконавчої служби Деснянського РЮУ в м. Києві, П'ятнадцятої державної нотаріальної контори міста Києва, Г. про скасування арешту. Ухвалюючи рішення від 24 лютого 2017 року про задоволення позовних вимог С. суд виходив з того, що позивачу про порушення відповідачем її права стало відомо з 13 лютого 2015 року, коли вона отримала відповідь від начальника відділу ДВС Деснянського РЮУ в м. Києві про відмову в задоволенні її прохання зняти арешт з 1/3 частини спадкової квартири в м. Києві. До суду з позовними вимогами позивач звернулася 16 вересня 2016 року не пропустивши таким чином строк звернення до суду. Також, в судовому засіданні було встановлено, що державним виконавцем не було подано до суду подання про заміну сторони у виконавчому провадженні, хоча йому було відомо з 2010 року про те,

що боржник у виконавчому провадженні помер. Також, на день розгляду позову позивач не отримала свідоцтво про прийняття спадщини за законом після смерті батька.

Не погодившись з рішенням суду першої інстанції відповідачем Г. було подано апеляційну скаргу. Ухвалою Апеляційного суду міста Києва від 30 березня 2017 року апеляційну скаргу відхилено, оскільки строк позовної давності для пред'явлення позову не підлягає обчисленню з моменту, коли С. дізналась про існування постанов від 03 вересня 2007 року та від 14 серпня 2009 року, а обчислюється з моменту отримання листа від 13 березня 2015 року, коли позивач встановила факт порушення її прав, а тому доводи Г. щодо пропуску позивачем строку позовної давності є безпідставними.

Касаційна скарга на ухвалу Апеляційного суду міста Києва не подавалась.

Практика розгляду Шевченківським районним судом міста Києва

Шевченківським районним судом міста Києва було розглянуто цивільну справу за позовом К. до Головного управління Національної поліції у м. Києві про звільнення майна з-під арешту. Рішенням суду від 26 квітня 2017 року позовну заяву К. було задоволено в повному обсязі, так як суд врахував, що наявність арешту на квартиру, що входить до складу спадщини є перешкодою для позивача в оформленні права на спадщину, також суд врахував і те, що обставини, які стали підставою для накладення арешту на майно, відпали, Г., яка просила про накладення арешту на її квартиру з метою попередження шахрайських дій померла 08 березня 2016 року, про що зроблено відповідний запис. Не погодившись з рішенням Шевченківського районного суду міста Києва в частині стягнення з Головного управління Національної поліції у місті Києві судових витрат, пов'язаних із розглядом справи у розмірі 551,21 грн. Головним управлінням Національної поліції у місті Києві було подано апеляційну скаргу. Рішенням Апеляційного суду міста Києва апеляційну скаргу було задоволено частково, рішення Шевченківського районного суду міста Києва було скасовано в частині стягнення судових витрат з неналежного відповідача, так як Головне управління Національної поліції у м. Києві, як юридична особа публічного права та Шевченківське управління поліції, як його структурний підрозділ в жодні відносини з позивачем не вступали, жодних дій відносно вказаного майна не приймали та не вчиняли, а отже не могли порушити права позивача.

Також Шевченківським районним судом міста Києва було розглянуто цивільну справу за позовом Ф. до Відділу держаної виконавчої служби

Шевченківського районного управління юстиції у м. Києві, третя особа: Ф., Публічне акціонерне товариство «Універсал Банк» про зняття арешту з майна. Під час оформлення спадщини Ф. дружиною померлого Ф. виникли перешкоди, а саме: наявність в Єдиному реєстрі заборон відчуження об'єктів нерухомого майна запису про арешт всього нерухомого майна Ф. Звертаючись до суду з позовом, про зняття арешту з майна яке належить Ф., позивачем не було надано доказів про те, що боржником Ф. в добровільному порядку виконане рішення суду від 15 вересня 2011 року відповідно до якого Ф. було сплачено борг у сумі 12333, 50 грн. на користь ПАТ «Всеукраїнський національний банк». Тому, рішенням суду від 20 лютого 2017 року у задоволенні позову було відмовлено. Не погодившись з рішенням суду позивачем Ф. було подано апеляційну скаргу на рішення Шевченківського районного суду міста Києва, в якій просила рішення суду першої інстанції скасувати та ухвалити нове, яким задовольнити позовні вимоги. Апеляційний суд міста Києва відмовив у задоволенні апеляційної скарги Ф. обґрунтовуючи це тим, що позивачкою вимоги про визнання права власності на майно, яке є спадковим, не заявлялись, а рішення державного виконавця щодо накладення арешту на майно боржника прийнято в межах компетенції державного виконавця щодо накладення арешту на майно боржника та у спосіб, передбачений діючим на той час законом.

По справі за позовом ТОВ «ФК» до Відділу державної виконавчої служби Славутського міськрайонного управління юстиції, треті особи: Б., Н. про звільнення майна з-під арешту, Шевченківським районним судом міста Києва ухвалено рішення від 18 квітня 2017 року про відмову в задоволенні позову. Ухвалюючи дане рішення, суд першої інстанції виходив з того, що права позивача не порушені, оскільки арешт рухомого майна боржника та оголошення заборони на його відчуження накладений державним виконавцем для задоволення саме вимог позивача у даній справі, який є стягувачем у виконавчому провадженні. При цьому, районним судом не було враховано, що між сторонами у справі немає спору про право власності (користування) майном і таке право відповідач Славутський відділ ДВС ГТУЮ в Хмельницькій області не оспорував, відповідач по справі не є ні стягувачем, ні боржником, а боржник не був притягнутий до участі як відповідач, тому рішенням Апеляційного суду міста Києва від 13 липня 2017 року було скасовано рішення Шевченківського районного суду міста Києва від 18 квітня 2017 року та ухвалено нове рішення про відмову в задоволенні позову, проте з інших підстав.

Практика розгляду Голосіївським районним судом міста Києва

Голосіївським районним судом міста Києва було розглянуто справу за позовом Д. до Голосіївського районного відділу державної виконавчої служби міста Києва Головного територіального управління юстиції у м. Києві, третя особа без самостійних вимог щодо предмету спору Друга київська державна нотаріальна контора про зняття арешту. Ухвалюючи рішення від 08 лютого 2017 року про задоволення позову суд виходив із того, що дія арешту на частину квартири в місті Києві та внесення відомостей про її обтяження до Єдиного реєстру заборон відчуження нерухомого майна, порушує права позивача як спадкоємця, оскільки за даними Голосіївського районного відділу державної виконавчої служби міста Києва Головного територіального управління юстиції у м. Києві батько позивачки не є боржником у будь-якому виконавчому провадженні.

За змістом позовної заяви вбачається, що позивач фактично оскаржувала дії державного виконавця про накладення арешту на майно в рамках виконавчого провадження в 2003 році із посиланням на те, що виконавче провадження закінчено, а арешт не скасований.

В апеляційному порядку рішення суду першої інстанції не оскаржувалось.

Голосіївським районним судом міста Києва було розглянуто справу за позовом В. до Відділу державної виконавчої служби Голосіївського районного управління юстиції у м. Києві про зняття арешту накладеного на майно. Заочним рішенням від 23 травня 2017 року позов В. було задоволено частково. Дослідивши матеріали справи, суд при винесенні рішення виходив з того, що боржником за виконавчими документами є Р., проте згідно свідцтва про право власності на житло наданого позивачкою вбачається, що власниками квартири є чотири особи: позивач В., Р., Ч., В. Тому, боржник за виконавчим провадженням, по якому був накладений арешт на всю квартиру Р. не є одноособовим власником квартири, а є лише співвласником 1/4 частини цієї квартири. В такому випадку суд зобов'язав Відділ державної виконавчої служби Голосіївського районного управління юстиції у м. Києві зняти арешт з 3/4 частин житлової квартири в м. Києві. Апеляційна скарга на рішення суду першої інстанції не подавалась.

Практика розгляду Дарницьким районним судом міста Києва

У справі за позовом К. до М., третя особа Ш. про зняття обтяження з нерухомого майна, позивач обгрунтовуючи свої вимоги зазначала, що для забезпечення виконання договорів позики, укладених 24 грудня 2013 року

та 26 грудня 2013 року між М. та Ш., між ними було укладено договір іпотеки, посвідчений приватним нотаріусом Київського міського нотаріального округу Р. та зареєстрований в реєстрі за № 4095 від 26 грудня 2013 року, предметом якого є квартира у м. Києві. 08 серпня 2014 року відповідачем складено нотаріально посвідчену заяву, відповідно до тексту якої він підтвердив повернення грошових коштів та зазначив про відсутність будь-яких претензій до Ш. Оскільки відповідачем не було подано заяву про вилучення обтяження нерухомого майна відповідно до договору іпотеки із здійсненням реєстрації відомостей про припинення обтяження та вилучення відповідного запису, позивач просила суд зобов'язати М. подати нотаріусу заяву про припинення обтяження та зняття заборони про відчуження належної їй квартири у м. Києві з Державного реєстру прав на нерухоме майно.

Заочним рішенням Дарницького районного суду міста Києва від 19 жовтня 2015 року позов К. було задоволено, зобов'язано М. подати нотаріусу заяву про припинення обтяження та зняття заборони на відчуження квартири у м. Києві, яка належить К., з Державного реєстру прав на нерухоме майно за договором іпотеки квартири, посвідченого приватним нотаріусом Київського міського нотаріального округу Р. та зареєстрованого в реєстрі за № 4095 від 26 грудня 2013 року. Ухвалюючи рішення про задоволення позову, суд першої інстанції виходив з того, що за наявності нотаріально посвідченої заяви відповідача про виконання зобов'язань третьою особою за договорами позики, вимоги про зобов'язання відповідача подати нотаріусу заяву про припинення обтяження та зняття заборони про відчуження з Державного реєстру прав на нерухоме майно є такими, що підлягають задоволенню.

Рішенням Апеляційного суду міста Києва від 05 квітня 2016 року рішення суду першої інстанції скасовано, в позові відмовлено. Скасовуючи рішення суду першої інстанції та ухвалюючи нове про відмову у задоволенні позову, апеляційний суд виходив з того, що чинним законодавством не передбачений такий спосіб захисту права, як установлення правовідносин, в тому числі шляхом зобов'язання особи подати заяву до відповідного органу.

Ухвалою Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26 жовтня 2016 року було скасовано рішення Апеляційного суду міста Києва від 05 квітня 2016 року, а заочне рішення Дарницького районного суду міста Києва від 19 жовтня 2015 року залишено в силі. Постановивши дану ухвалу, суд касаційної інстанції виходив із того, що у зв'язку із припиненням іпотеки, яка була підставою для внесення запису до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно, запис про обтяження згідно з Законом України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» підлягає виключен-

ню. За таких обставин, виходячи із загальних засад цивільного законодавства і судочинства, права особи на захист в суді порушених або невизнаних прав, рівності процесуальних прав і обов'язків сторін (ст. ст. 3, 12-15, 20 ЦК України, ст. ст. 3-5, 11, 15, 31 ЦПК України), суд касаційної інстанції дійшов висновку, що у випадку порушення права іпотекодавця на припинення зобов'язання за договором іпотеки, таке підлягає захисту судом на підставі п. 1 ч. 2 ст. 16 ЦК України.

У 2016 році та першому півріччі 2017 року Апеляційним судом міста Києва отримано відомості щодо перегляду Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ судових рішень районних судів міста Києва та Апеляційного суду міста Києва по 9 справах, із яких:

- по 1 справі було скасовано ухвалу районного суду та ухвалу Апеляційного суду міста Києва, справу передано до суду першої інстанції для вирішення питання про відкриття провадження у справі;

- по 1 справі були скасовані рішення районного суду та Апеляційного суду міста Києва і справу направлено на новий розгляд до суду першої інстанції;

- по 1 справі було скасовано рішення Апеляційного суду міста Києва і залишено в силі рішення суду першої інстанції;

- по 1 справі були скасовані рішення районного суду та Апеляційного суду міста Києва із закриттям провадження по справі;

- по 1 справі було скасовано ухвалу Апеляційного суду міста Києва та справу передано на новий розгляд до суду апеляційної інстанції;

- по 3 справах були скасовані ухвали Апеляційного суду міста Києва та рішення районних судів і справи направлено на новий розгляд до суду першої інстанції;

- по 1 справі було залишено без змін ухвалу Апеляційного суду міста Києва.

Зокрема, Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ було розглянуто цивільну справу за позовом В. до Державної податкової інспекції у Печерському районі міста Києва Головного управління Державної фіскальної служби у місті Києві, треті особи: Головне управління Служби безпеки України у м. Києві та Київській області, Шевченківське районне управління поліції Головного управління Національної поліції України в м. Києві про звільнення майна з-під арешту, за касаційною скаргою В. на рішення Апеляційного суду міста Києва від 25 липня 2016 року. Ухвалою Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ касаційну скаргу було задоволено частково, рішення Апеляційного суду міста Києва

від 25 липня 2016 року та рішення Подільського районного суду міста Києва від 17 травня 2016 року скасовано, провадження у справі закрито. Суд касаційної інстанції розглянувши дану справу виходив із того, що боржник не може пред'являти такий позов, так як у судовому процесі він є відповідачем та законом для нього встановлений інший порядок вирішення питання. У разі пред'явлення до суду такого позову в порядку цивільного судочинства суддя має відмовити у відкритті провадження на підставі п. 1 ч. 2 ст. 122 ЦПК України, а помилково прийнявши позов до розгляду суд має закрити провадження у справі з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 205 ЦПК України. Суди на такі обставини уваги не звернули, у порушення вимог ст.ст. 212-214 ЦПК України не врахували норми матеріального та процесуального права, які регулюють спірні правовідносини, не встановили обставин, які мають значення для правильного вирішення справи, та дійшли передчасного висновку про відмову у задоволенні позову, відповідно до ст. 340 ЦПК України.

У справі за позовом З. до М., Р., Н., М., Д.-Є., Д., треті особи: прокуратура м. Києва, відділ державної виконавчої служби Святошинського районного управління юстиції у м. Києві, управління державної автомобільної інспекції м. Києва про звільнення майна з-під арешту, позивач просив звільнити з-під арешту легковий автомобіль «Nissan X-Trail», 2008 року випуску, арешт на який було накладено постановою слідчого ОВС прокуратури м. Києва Д. від 4 лютого 2010 року в рамках кримінальної справи. Позивач посилався на те, що він є переможцем прилюдних торгів з реалізації арештованого майна, проведених в рамках примусового виконання двох виконавчих листів, за якими М. є боржником, а саме: 1) за виконавчим листом від 5 грудня 2011 року, виданим Новозаводським районним судом міста Чернігова про стягнення з нього на користь ПАТ «Альфа-банк» боргу у сумі 98 944,98 грн.; 2) за виконавчим листом від 16 лютого 2006 року, виданим Святошинським районним судом міста Києва про стягнення з нього боргу на користь Р. у сумі 27 060 грн.

Заочним рішенням Святошинського районного суду міста Києва від 17 вересня 2015 року, залишеним без змін ухвалою Апеляційного суду міста Києва від 25 лютого 2016 року, позов З. було задоволено та звільнено з-під арешту легковий автомобіль «Nissan X-Trail», 2008 року випуску, арешт на який було накладено постановою слідчого ОВС прокуратури м. Києва Д. від 4 лютого 2010 року в рамках кримінальної справи.

Задовольняючи позовні вимоги, суд першої інстанції виходив із того, що на момент придбання позивачем арештованого майна у власність, будь-яких перешкод для цього не було. Апеляційний суд погодився з висновком суду першої інстанції, при цьому зазначив, що позивач є добросовісним набувачем після проведення електронних торгів від 3 листопада 2014 року за наявності постанови слідчого від 4 лютого 2010 року

про накладення арешту на спірний автомобіль в рамках кримінальної справи.

Ухвалою Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ було скасовано ухвалу Апеляційного суду міста Києва від 25 лютого 2016 року, справу передано на новий розгляд до суду апеляційної інстанції. При цьому, суд касаційної інстанції звернув увагу на те, що за наявності кримінального провадження власник чи інший володілець майна може звернутися до суду за захистом свого порушеного, невизнаного чи оспорюваного права власності у загальному порядку. Після підтвердження цього права зазначена особа, як і титульний власник майна, у тому числі й особа, яка не є учасником кримінального провадження, має право на звернення з клопотанням про скасування арешту та вирішення інших питань, які безпосередньо стосуються її прав, обов'язків чи законних інтересів, у порядку, передбаченому статтями 174, 539 КПК України, до суду, що наклав арешт чи ухвалив вирок.

За результатами нового розгляду апеляційної скарги Прокуратури міста Києва на рішення Святошинського районного суду міста Києва від 17 вересня 2015 року по вказаній справі, Апеляційний суд міста Києва постановив ухвалу від 14 березня 2017 року, рішення Святошинського районного суду міста Києва від 17 вересня 2015 року було залишено без змін.

При цьому апеляційний суд виходив із того, що позивач З. не має відношення до зазначеної кримінальної справи, електронні торги з яких заявник набув у власність спірний автомобіль недійсними не визнавались, проте слідчий не мав повноважень скасувати накладений арешт на автомобіль (який був накладений постановою слідчого в ОВС прокуратури міста Києва від 04 лютого 2010 року за правилами КПК України в редакції Закону від 1960 року), оскільки справа передана до суду і розглянута судом із постановленням вироку, який не набрав законної сили. Питання щодо спірного автомобіля слідчим або судом не вирішувалось, а спірний автомобіль не є предметом злочину або доказом у кримінальній справі.

Вищезазначена справа показала наявність певного проблемного питання, яке може бути вирішено судом касаційної інстанції у випадку надходження касаційної скарги на останнє судове рішення у справі.

Серед проблемних питань судьями зазначені питання щодо належного відповідача у справах за відповідними позовами спадкоємців померлих власників майна на яке накладений арешт, за відсутності як будь-яких відомостей про обтяжувача такого майна, так і знищення за строком давності матеріалів цивільного та виконавчого провадження. З метою забезпечення єдності судової практики, слід було б вважати належним

роз'яснення з цих питань суду касаційної інстанції за відповідним запитом апеляційного суду.

Узагальнюючи вищенаведене варто зазначити, що вимоги про виключення майна з-під арешту (звільнення майна від арешту, виключення майна з опису) досить часто зустрічаються в судовій практиці, проте справи даної категорії у порівнянні із загальною кількістю справ, що перебувають у провадженні судів розглядалися судами в незначній кількості.

Аналізуючи постановлені районними судами міста Києва судові рішення у справах про виключення майна з-під арешту, які були предметом вивчення при проведенні узагальнення, можна прийти до висновку, що судами в цілому правильно застосовується законодавство при розгляді справ даної категорії, однак судам необхідно дотримуватись вимог процесуального законодавства щодо підвідомчості та підсудності справи, звертати увагу на суб'єктний склад сторін по справі, належним чином перевіряти докази, що підтверджують право власності на арештоване майно, тощо.

При ухваленні судового рішення, суд зобов'язаний звертати увагу, чи додержані відповідною посадовою особою вимоги закону про опис майна, в тому числі того, що перебуває у власності боржника з іншими особами, яке не описувалось, а також чи не описано те майно, на яке стягнення не може бути звернене у передбачених законодавством випадках.

Рішення суду повинно базуватись на всебічному, повному і неупередженому з'ясуванні усіх обставин справи, а також повинно відповідати вимогам закону. З'ясувавши обставини справи, суд повинен вирішити справу на підставі тієї матеріально-правової норми, яка регулює цей вид суспільних відносин. Він повинен обрати і застосувати відповідно до обставин справи, що розглядається, відповідну норму права.

Тільки після перевірки і дослідження всіх обставин справи в судовому засіданні суд, ухвалюючи рішення, робить остаточний висновок про дійсні взаємовідносини сторін і дає остаточну правову оцінку обставинам справи.

Порушення норм матеріального та процесуального закону унеможливає встановлення фактичних обставин справи, що мають значення для правильного вирішення справи, хоча таких помилок можна уникати, періодично вивчаючи судову практику розгляду справ даної категорії, рекомендації суду вищої інстанції, аналізуючи причини скасування судових рішень по справах даної категорії.

До уваги авторів

Захищаючи права авторів, редакція стежить за плагіатом або некоректним використанням статей, опублікованих у журналі. Надіслані статті можуть бути перевірені щодо наявності повторів з текстів, що були опубліковані раніше. Якщо буде встановлено, що стаття містить плагіат або частини чужих текстів без належного посилання, чи виникнуть сумніви щодо авторства статті, редакція залишає за собою право:

- відмовити у публікації;
- опублікувати спростування.

Редакція проводить відбір статей, виходячи виключно з їх наукової цінності. Якщо стаття прийнята до друку, вона розміщується у відкритому доступі, а авторські права належать авторам. Редакція передає отримані матеріали на рецензування членам редакційної колегії.

Вимоги до оформлення статей у журналі «Судова апеляція»

1. УДК.
2. Прізвище, ім'я та по батькові повністю, науковий ступінь, вчене звання, посада і місце роботи – трьома мовами: укр., рос., англ.
3. Заголовок – трьома мовами: укр., рос., англ.
4. Три анотації: українська + ключові слова, російська + ключові слова, англійська + ключові слова.
5. Обсяг статті – 20 000 знаків (10 сторінок з переліком літератури).
6. Після тексту статті треба зробити розширену англійську анотацію на 2 сторінки, або 4000 знаків. Вона не входить до кількості сторінок статті.
7. 14 шрифт, полутонний інтервал.
8. Рецензія наукового керівника.
9. Роздрукований текст; електронний варіант.
10. Формат RTF; Windows 98-2003.
11. Бібліографічні посилання оформляти і нумерувати в порядку надходження (1, 2, 3...). Список посилань слід наводити в кінці тексту в такому ж порядку із зазначенням цитованих сторінок.
12. Текст статті має бути особисто підписаний автором до друку з датою підписання.

Редакція

Науковий редактор *І. О. Кресіна*
Художнє оформлення *В. С. Жиборовського*

Підп. до друку 26.06.2018. Формат 70 x 100^{1/16}.
Ум. друк. арк. 9,75. Наклад 350 прим.

ТОВ «Видавництво «Юридична думка»
01103, м. Київ, вул. Кіквідзе, 18-а
Свідоцтво ДК № 1742 від 06.04.2004
Тел./факс (044) 278-02-23
E-mail: yurdumka@ukr.net
www.yurdumka.com

Віддруковано у ТОВ «Талком»
03115, м. Київ, вул. Львівська, 23
Свідоцтво ДК № 4538 від 07.05.2013
Тел./факс (044) 424-40-69