

НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ ВИВЧЕННЯ ПРОБЛЕМ
ЗЛОЧИННОСТІ ІМЕНІ АКАДЕМІКА В. В. СТАШИСА
НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

**ЗБІРНИК НАУКОВО-ПРАВОВИХ
ВИСНОВКІВ
ФАХІВЦІВ НАУКОВО-ДОСЛІДНОГО
ІНСТИТУТУ ВИВЧЕННЯ
ПРОБЛЕМ ЗЛОЧИННОСТІ
ІМЕНІ АКАДЕМІКА В. В. СТАШИСА
НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ
НАУК УКРАЇНИ
НА ЗАПИТИ ВЕРХОВНОГО СУДУ
У 2021 р.**

Харків
«Право»
2022

УДК 343.1-343.9(477)

З-41

Упорядники:

В. С. Батиргарєєва, В. І. Борисов, Д. П. Євтєєва, Д. О. Куковинець

*Рекомендовано до друку
вченою радою Науково-дослідного інституту
вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса
Національної академії правових наук України
(протокол № 6 від 14 вересня 2022 р.)*

Збірник науково-правових висновків фахівців Науково-дослідного
З-41 інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса
Національної академії правових наук України на запити Верховного Суду
у 2021 р. / [упоряд.: В. С. Батиргарєєва, В. І. Борисов, Д. П. Євтєєва, Д. О. Ку-
ковинець] ; НДІ вивч. проблем злочинності ім. акад. В. В. Сташиса НАПрН
України. – Харків : Право, 2022. – 88 с.

ISBN 978-966-998-445-6

У виданні зібрані аналітичні матеріали, що стосуються питань тлумачення та застосування законодавства України про кримінальну й адміністративну відповідальність, кримінального процесуального законодавства, а також законодавства у сфері судустрою та адвокатури.

Для науковців, працівників судових і правоохоронних органів, студентів, а також широкого кола читачів.

УДК 343.1-343.9(477)

© Батиргарєєва В. С., Борисов В. І., Євтєєва Д. П., Куковинець Д. О., упорядкування, 2022

© Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України, 2022

© Видавництво «Право», оформлення, 2022

ISBN 978-966-998-445-6

АВТОРСЬКИЙ КОЛЕКТИВ

Співробітники Інституту

Борисов Вячеслав Іванович – д.ю.н., проф., академік НАПрН України, радник при дирекції Інституту, член Науково-консультативної ради при Верховному Суді

Демидова Людмила Миколаївна – д.ю.н., проф., головний науковий співробітник, керівник наукових робіт відділу дослідження проблем кримінального та кримінально-виконавчого права

Євтєєва Дарина Петрівна – к.ю.н., ст. дослідник, заступник директора Інституту з наукової роботи

Новікова Катерина Андріївна – к.ю.н., старший науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального та кримінально-виконавчого права

Пащенко Олександр Олександрович – д.ю.н., доц., провідний науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального та кримінально-виконавчого права

Подкопаєв Сергій Васильович – д.ю.н., доц., старший науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою

Шепітько Михайло Валерійович – д.ю.н., с.н.с., провідний науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального та кримінально-виконавчого права

Інші науковці, залучені до підготовки висновків

Бабич Артур Олегович – аспірант відділу дослідження проблем кримінального та кримінально-виконавчого права Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса Національної академії правових наук України

Ситник Віталія Анатоліївна – аспірантка Національного юридичного університету ім. Ярослава Мудрого

ЗМІСТ

РОЗДІЛ 1

НАУКОВО-ПРАВОВІ ВИСНОВКИ ЩОДО ТЛУМАЧЕННЯ ТА ЗАСТОСУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ТА АДМІНІСТРАТИВНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ

1. *В. І. Борисов, О. О. Пащенко*

Науково-правовий висновок щодо застосування положень ст. 49 КК України та порядку визначення строків давності для звільнення особи від кримінальної відповідальності.....7

2. *М. В. Шепітько*

Науковий висновок щодо звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності (ст. 49 КК України).....10

3. *В. І. Борисов, О. О. Пащенко*

Науково-правовий висновок щодо застосування положень ст. 71 КК, пов'язаних із можливістю врахування факту повного відбуття покарання за попереднім вироком.....13

4. *В. І. Борисов, М. В. Шепітько*

Науково-правовий висновок щодо необхідності встановлення економічної ознаки предмета крадіжки, передбаченої ч. 3 ст. 185 КК України, та відмежування кримінально-каранної крадіжки від дрібного викрадення чужого майна, передбаченого ст. 51 КУпАП.....16

5. *Д. П. Євтєєва*

Науково-правовий висновок щодо розуміння кваліфікуючої ознаки «проникнення» при вчиненні розбою (ч. 3 ст. 187 КК)19

6. *В. І. Борисов, О. О. Пащенко*

Науково-правовий висновок стосовно кваліфікації шахрайства (ст. 190 КК), предметом вчинення якого було майно, попередньо набуте злочинним шляхом (ст. 289 КК).....22

7. <i>В. І. Борисов, Д. П. Євтєєва, К. А. Новікова</i> Науковий висновок стосовно кримінальної відповідальності за незаконну діяльність у сфері грального бізнесу.....	25
8. <i>В. І. Борисов, О. О. Пащенко, В. А. Ситник</i> Науковий висновок щодо тлумачення окремих положень статей 260, 263, 437, 438 КК України.....	40
9. <i>В. І. Борисов, М. В. Шепітько</i> Науково-правовий висновок стосовно критеріїв для віднесення зброї до вогнепальної.....	46
10. <i>В. І. Борисов, А. О. Бабич</i> Науково-правовий висновок щодо кваліфікації за ст. 286 КК дій водія, що вчинив дорожньо-транспортну пригоду, внаслідок якої померла вагітна жінка та загинув плід дитини.....	52
11. <i>О. О. Пащенко</i> Науковий висновок щодо окремих питань розмежування кримінальних правопорушень, передбачених ст. 368 КК та ст. 190 КК.....	55
12. <i>В. І. Борисов, О. О. Пащенко</i> Науково-правовий висновок щодо застосування ч. 2 ст. 369 ² КК за ознаками суб'єкта злочину.....	63
13. <i>В. І. Борисов, В. А. Ситник</i> Науково-правовий висновок щодо тлумачення поняття «агресивна війна» у розумінні положень статті 437 Кримінального кодексу України.....	67
14. <i>Л. М. Демидова, О. О. Пащенко</i> Науковий висновок щодо застосування окремих положень Закону України «Про санкції» від 14 серпня 2014 р. № 1644-VII.....	70

РОЗДІЛ 2
НАУКОВО-ПРАВОВІ ВИСНОВКИ ЩОДО ТЛУМАЧЕННЯ
І ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО
ЗАКОНОДАВСТВА ТА ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ СУДОУСТРОЮ
ТА АДВОКАТУРИ

15. *С. В. Подкопасв*

Науковий висновок щодо окремих питань визначення розміру
суддівської винагороди судді Верховного Суду75

16. *С. В. Подкопасв*

Науковий висновок щодо окремих питань пов'язаних
із недоотриманням судьями суддівської винагороди
та відшкодування шкоди77

17. *С. В. Подкопасв*

Науковий висновок щодо окремих питань звільнення
з посад прокурорів80

РОЗДІЛ 1

НАУКОВО-ПРАВОВІ ВИСНОВКИ ЩОДО ТЛУМАЧЕННЯ ТА ЗАСТОСУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ТА АДМІНІСТРАТИВНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ

1. Науково-правовий висновок щодо застосування положень ст. 49 КК України та порядку визначення строків давності для звільнення особи від кримінальної відповідальності

Виконавці:

*В. І. Борисов – д.ю.н., проф., академік НАПрН України, радник
при дирекції Інституту, член Науково-консультативної ради
при Верховному Суді;*

*О. О. Пащенко – д.ю.н., доцент, провідний науковий співробітник
відділу дослідження проблем кримінального та кримінально-
виконавчого права.*

До члена Науково-консультативної ради при Верховному Суді, професора В. І. Борисова надійшло звернення судді Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду В. В. Щепоткіної у справі №328/1109/19 із супровідним листом вченого секретаря Науково-консультативної ради при Верховному Суді Л. М. Лобойка (вих. №21/0/27–21 від 26.02.2021, вх. №360 від 26.02.2021) з метою отримання наукового висновку щодо застосування положень ст. 49 КК України та порядку визначення строків давності для звільнення особи, котра вчинила кримінальне правопорушення від кримінальної відповідальності, у тому числі в разі ухилення її від досудового розслідування або суду.

У зверненні зазначається, що колегія суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного суду передала на розгляд об'єднаної палати цього ж суду кримінальне провадження за касаційною скаргою потерпілої Т. на ухвалу Токмацького районного суду Запорізької

області від 5 травня 2020 р. та ухвалу Запорізького апеляційного суду від 1 вересня 2020 р. щодо Д.

На розгляд об'єднаної палати винесено питання про застосування положень ст. 49 КК України та порядку визначення строків давності для звільнення особи, котра вчинила кримінальне правопорушення, від кримінальної відповідальності, у тому числі, у разі ухилення її від досудового розслідування.

На теперішній час існують різні правові позиції щодо застосування положень ст. 49 КК та порядку визначення строків давності для звільнення особи від кримінальної відповідальності. В одних випадках судові колегії Касаційного кримінального суду зазначають, що факт ухилення особи від досудового розслідування є обставиною, що виключає благополучне закінчення строків давності, і зупиняє диференційований строк, передбачений ч. 1 ст. 49 КК (у редакції Закону № 1183-VII від 8 квітня 2014 року). Час такого ухилення дорівнює часу зупинення перебігу давності диференційованого строку, а загальний строк – п'ятнадцять років – спливає далі, незалежно від ухилення. Відтак, у разі підтвердження факту ухилення особи від слідства, строки давності для неї становлять 15 років з часу вчинення інкримінованого злочину (абз. 5 с. 3 звернення).

В інших випадках судові колегії Касаційного кримінального суду зазначають, що оскільки у ч. 2 ст. 49 КК (у редакції Закону № 1183-VII від 8 квітня 2014 року) йдеться не про переривання, а про зупинення строку давності, з дня з'явлення особи, яка ухилялась від слідства або суду, із зізнанням або її затримання, перебіг строку давності не відновлюється з початку, а триває. У цьому разі час, який минув від моменту вчинення злочину до моменту, коли особа почала ухилятися від правоохоронних органів не анулюється, а підлягає зарахуванню у строк давності, зазначений у законі, тобто в диференційований строк. У той час як визначений статтею 15-річний строк є спеціальним недиференційованим строком давності, по закінченні якого особа, яка вчинила злочин будь-якої тяжкості, звільняється від кримінальної відповідальності навіть у тому разі, коли вона протягом цього терміну ухилялась від слідства або суду (абз. 6 с. 3 – абз. 1 с. 4 звернення).

Вивчивши ці позиції, науковці Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України, а саме: радник при дирекції, д.ю.н., професор В. І. Борисов

і провідний науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального та кримінально-виконавчого права, д.ю.н., доцент О. О. Пащенко, вважають за необхідне зазначити таке.

Вважаємо, що ситуація, пов'язана з виникненням різних правових позицій у судовій практиці Касаційного кримінального суду Верховного суду виникла у зв'язку з тим, що редакція ст. 49 КК України неодноразово змінювалася законодавцем. Рішення різних колегій означеного суду є не однаковими, оскільки вони застосовували різну редакцію цього закону про кримінальну відповідальність, а саме: 1) від 16.05.2013; 2) від 08.04.2014; 3) від 22.11.2018.

Щодо наданих на аналіз матеріалів справи № 328/1109/19 стосовно Д., який вчинив кримінальне правопорушення в 2015 році, варто зазначити, що на той час ч. 2 ст. 49 КК діяла в редакції Закону № 1183-VII від 8 квітня 2014 року, і мала такий вигляд: «Перебіг давності зупиняється, якщо особа, що вчинила злочин, ухилилася від досудового слідства або суду. У цих випадках перебіг давності відновлюється з дня з'явлення особи із зізнанням або її затримання. У цьому разі особа звільняється від кримінальної відповідальності, якщо з часу вчинення злочину минуло п'ятнадцять років». Як бачимо, тут законодавець чітко зазначає як наслідки ухилення особи від досудового слідства або суду («перебіг давності зупиняється»), так і подальше вирішення питання щодо відповідних строків («строк давності відновлюється»). Тобто, тут не йдеться ні про переривання строків давності, ні про їх анулювання (про що йдеться в абз. 1 с. 4 звернення).

На підставі викладеного вважаємо, що перевагу необхідно віддати другій із викладених у зверненні позицій колегій Касаційного кримінального суду Верховного Суду, згідно з якою «перебіг строку давності не відновлюється спочатку, а триває».

Тому в разі, якщо зазначена в наданих на аналіз матеріалах справи особа ухилялася від досудового розслідування або суду (з 06.06.2018 р. по 14.04.2019 – абз. 7 с. 4 ухвали Запорізького апеляційного суду), то цей термін не має входити до загального строку, визначеного для притягнення її до кримінальної відповідальності, що міститься в ч. 1 ст. 49 КК.

Вельми важливим щодо розвитку права є та обставина, що на сьогоднішній день ч. 2 ст. 49 КК діє в редакції Закону України № 2617-VIII від 22.11.2018 р.: «Перебіг давності зупиняється, якщо особа, що вчинила кримінальне правопорушення, ухилилася від досудового розслідуван-

ня або суду. У цих випадках перебіг давності відновлюється з дня з'явлення особи із зізнанням або її затримання, а з часу вчинення кримінального проступку – п'ять років. У цьому разі особа звільняється від кримінальної відповідальності, якщо з часу вчинення кримінального правопорушення минуло п'ятнадцять років». Відзначеною законодавчою новелою було запроваджене кримінально-правове регулювання застосування давності в разі вчинення кримінального проступку. А тому цей закон (у редакції від 22 листопада 2018 року), у частині, що стосується злочину, не має зворотної дії в часі, тобто не може поширюватися на випадки, що мали місце до набуття ним чинності.

Висновок. У разі ухилення особи від досудового розслідування або суду строк давності має зупинятися, а не перериватися.

2. Науковий висновок щодо звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності (ст. 49 КК України)

Виконавець:

М. В. Шенітько – д.ю.н., с.н.с., провідний науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального та кримінально-виконавчого права.

На запит (вих. №591/0/26–21 від 25.10.2021) судді Касаційного кримінального суду Верховного суду В. Наставного з питань: «1) чи підлягає особа звільненню від кримінальної відповідальності на підставі ст. 49 КК України в суді касаційної інстанції в порядку ст. 440 КПК України за умови, що на день перегляду кримінального провадження судом апеляційної інстанції (до набрання законної сили) закінчилися строки давності притягнення цієї особи до кримінальної відповідальності і ця особа не подавала до апеляційного суду клопотання про звільнення її від кримінальної відповідальності за вчинене кримінально каране діяння, а до початку касаційного розгляду така особа просить касаційний суд звільнити її від кримінальної відповідальності та закрити кримінальне провадження з цієї підстави? Або ж, за цих же обставин така особа підлягає звільненню в суді касаційної інстанції від призначеного покарання на

підставі ст. 49, ч. 5 ст. 74 КК України?», вважаю можливим повідомити таке.

1. Надані у зверненні дані дають підстави щодо необхідності проведення розмежування інституту звільнення від кримінальної відповідальності від інституту звільнення від покарання за кримінальним та кримінальним процесуальним правом України. При цьому варто погодитися, що КПК України передбачає процедуру закриття кримінального провадження через спливи строку давності.

2. Відповідно до ст. 440 КПК України суд касаційної інстанції, встановивши обставини, передбачені ст. 284 КПК України, скасовує обвинувальний вирок чи ухвалу й закриває кримінальне провадження. Відповідно до п. 3.1 ч. 1 ст. 284 КПК України «кримінальне провадження закривається в разі, якщо ... закінчення строків давності притягнення до кримінальної відповідальності, крім випадків вчинення особливо тяжкого злочину проти життя чи здоров'я особи або злочину, за який згідно із законом може бути призначено покарання у виді довічного позбавлення волі; учасники кримінального провадження *мають право* заявляти клопотання прокурору про закриття кримінального провадження за наявності передбачених цим пунктом підстав». У п. 1 ч. 2 ст. 284 КПК України передбачено, що за цими самими обставинами кримінальне провадження закривається судом. У цьому контексті необхідно зазначити, що суд не виконав обов'язок щодо закриття кримінального провадження згідно ст.ст. 284, 440 КПК України, у зв'язку із чим, судячи з матеріалів, наданих для науково-правового висновку, апеляційним судом було ухвалено вирок без врахування цієї обставини. Так само в кримінальному провадженні відсутні клопотання й сторони захисту щодо його закриття.

3. Згідно з ч. 1 ст. 49 КК України особа звільняється від кримінальної відповідальності, якщо з дня вчинення нею кримінального правопорушення й до дня набрання вироком законної сили минули відповідні строки. Варто зазначити, що обов'язок на звільненні такої особи від кримінальної відповідальності через спливи строків давності був у суду, а не на стороні захисту, яка мала право здійснити відповідне клопотання (див. ст. 284 КПК України).

4. Водночас, варто вказати, що крім інституту звільнення від кримінальної відповідальності за даною обставиною є наявний ще інститут звільнення від покарання. Так, за ч. 5 ст. 74 КК України – «особа також може бути за вироком суду звільнена від покарання на

підставах, передбачених ст. 49 КК України». У теорії кримінального права звільнення від покарання та його відбування необхідно розуміти як сукупність правових норм, відповідно до яких через можливість досягнення мети покарання без його невідкладного, реального або повного відбування й недоцільність відбування покарання за відсутності мети покарання особа, яка визнана судом винною у вчиненні злочину, звільняється від покарання як такого або реального його відбування, подальшого відбування тієї частини покарання, що залишилася, або їй замінюється покарання більш м'яким чи пом'якшується призначене покарання. Таке звільнення зумовлюється однією з таких причин: 1) коли досягнута або може бути досягнута мета покарання без невідкладного, реального чи повного відбування покарання; 2) коли досягнення цієї мети неможливе, і звільнення відбувається не лише у зв'язку з виправданою економією заходів кримінально-правової репресії, а й через об'єктивну неспроможність досягнення мети покарання¹. Водночас при звільненні від кримінальної відповідальності, на відміну від звільнення від покарання держава відмовляється від офіційного осуду особи, діяння якої містить склад конкретного злочину, унаслідок чого така особа уникає кримінально-правових заходів несприятливого характеру, які могли бути накладені на неї у зв'язку з її засудженням².

Саме тому за обставин, що викладені у зверненні судді Касаційного кримінального суду Верховного суду В. Наставного, доцільно звільнити особу саме від кримінальної відповідальності, таким чином, відмовляючись від офіційного осуду держави за вчинене діяння, яке містить склад кримінального правопорушення, керуючись принципом верховенства права, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави, яка має забезпечити непорушення прав особи на виконання обов'язку суду на її звільнення від кримінальної відповідальності.

¹ Письменський С. О. Звільнення від покарання та його відбування. Велика українська юридична енциклопедія. Т. 17: Кримінальне право: за ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова та ін. Харків: Право, 2017. С. 268.

² Там само. С. 271.

3. Науково-правовий висновок щодо застосування положень ст. 71 КК, пов'язаних із можливістю врахування факту повного відбуття покарання за попереднім вироком

Виконавці:

В. І. Борисов – д.ю.н., проф., академік НАПрН України, радник при дирекції Інституту, член Науково-консультативної ради при Верховному Суді;

О. О. Пащенко – д.ю.н., доцент, провідний науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального та кримінально-виконавчого права.

До члена Науково-консультативної ради при Верховному Суді, професора В. І. Борисова надійшло звернення судді Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду В. Короля за кримінальним провадженням №51–113 км 21 із супровідним листом вченого секретаря Науково-консультативної ради при Верховному Суді Л. М. Лобойка (вих. №212/0/26–21 від 12.04.2021, вх. №383 від 12.04.2021) щодо надання наукового висновку з питань застосування положень ст. 71 Кримінального кодексу України (далі – КК).

Зазначене кримінальне провадження було передане на розгляд об'єднаної палати Касаційного кримінального Суду у складі Верховного Суду, оскільки констатовано, що в судовій практиці існують відмінні правові позиції щодо застосування положень ст. 71 КК у разі призначення остаточного покарання за сукупністю вироків у тих випадках, де покарання за попереднім вироком на час ухвалення нового вироку або його перегляду судами вищих судових інстанцій вже відбуте.

Перша позиція полягає у тому, що якщо особа після постановлення вироку, але до повного відбуття покарання, вчинила нове кримінальне правопорушення, то під час призначення покарання необхідно застосувати ст. 71 КК. Той факт, що на момент апеляційного розгляду засуджений відбув призначене йому за попереднім вироком покарання – у випадку, що розглядається, це *штраф*, який був сплачений засудженим, не дає суду підстав для зміни порядку призначення йому покарання за сукупністю вироків. В одній із наданих на розгляд постанов ця позиція уточнюється тим, що відповідний порядок одночасно передбачає необ-

хідність зарахування такого вже фактично відбутого покарання за правилами, передбаченими ст. 72 КК, що, однак, у випадку із засудженням особи за попереднім вироком до такого виду основного покарання як штраф *не є можливим здійснити* відповідно до положень ч. 3 ст. 72 КК. До цього варто додати: тому наявність виконання такого покарання може лише *констатуватися* у вирокі.

Друга позиція полягає у недоречності застосування положень ч. 1 ст. 71 КК у зв'язку із відсутністю правових підстав для цього у випадках, коли засуджений на момент вчинення кримінального правопорушення (правопорушень) покарання за попереднім вироком *ще не почав відбувати*, але на час постановлення вироку в цьому кримінальному провадженні *вже повністю відбув покарання* за попереднім вироком.

Вивчивши ці позиції, науковці Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України, а саме: радник при дирекції, д.ю.н., професор В. І. Борисов і провідний науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального та кримінально-виконавчого права, д.ю.н., доцент О. О. Пашенко, вважають за необхідне зазначити таке.

Кожна з наведених позицій має свої недоліки та переваги, що не дає можливості надати на поставлені питання однозначної відповіді, оскільки їх вирішення пов'язано із *видом* призначеного за попереднім вироком *покарання*.

Так, позитивним моментом *першої позиції* є можливість урахування підвищеної суспільної небезпечності особи, щодо якої вже було винесено обвинувальний вирок, але мета покарання, а саме спеціальна превенція, не була досягнута, адже особа знову вчинила кримінальне правопорушення (до моменту погашення або зняття судимості за попередній). Водночас недоліком цієї позиції є її відвертий формалізм і не повна відповідність вирішення питання як законам логіки так і принципу справедливості. Адже в цьому разі приєднується покарання, яке на момент постановлення вироку засуджений уже відбув. Приєднувати вже відбуте покарання (навіть за умови його зарахування в строк остаточного покарання) є явно недоречним. До того ж виникає запитання: а навіщо ж тоді було його приєднувати, коли все одно, та обставина, що покарання було відбуте, буде врахована під час призначення покарання за сукупністю вироків? Водночас, обставина, що засуджений вчинив кримінальне правопорушення маючи непогашену судимість за попереднім вироком, *може*

враховуватися судом при постановленні другого вироку як така, що обтяжує покарання. Тобто за такого підходу наявність попереднього вироку не залишиться без уваги при призначенні покарання за новим вироком.

Власне такі протиріччя притаманні й *другій позиції*, якщо не брати до уваги вид покарання. Водночас друга позиція має певну перевагу, яка полягає в тому, що, ґрунтуючись на засадах формальної логіки, було би явно суперечливим приєднувати до нового вироку те *покарання за попереднім вироком, яке засуджений уже відбув* (навіть якщо потім його й зараховувати при призначенні остаточного покарання за сукупністю вироків). Недоліком же цієї позиції убачається не повне врахування факту наявності попереднього вироку при призначенні покарання за новим вироком, адже тоді виходить, що юридичне значення має лише один вирок (останній), а про наявність попереднього вироку прямо не згадується.

Уявляється, що відповідь на поставлене питання не може бути однозначною й залежить від виду покарань, які були призначені за цими вироками (новим і попереднім). Переважне значення має вид покарання, призначеного за попереднім вироком, який особа вже відбула на час постановлення нового вироку. Якщо це види покарань, передбачені ст. ст. 53 та 55 КК, то, згідно з ч. 3 ст. 72 КК вони складанню не підлягають і виконуються самостійно. Тому в цьому випадку немає необхідних підстав застосовувати ст. 71 КК. У всіх інших випадках, коли можна скласти покарання за правилами ст. 72 КК, є сенс при постановленні нового вироку враховувати покарання за попереднім вироком, незважаючи на те, що воно було відбуте.

Значаємо, що при сукупності вироків суд має право вийти за межі максимуму покарання, встановленого в санкції статті Особливої частини КК (а при сукупності кримінальних правопорушення – ні), а у випадках, передбачених ч. 2 ст. 71 КК у разі засудження до позбавлення волі, якщо хоча б одне із кримінальних правопорушень є особливо тяжким злочином – навіть вийти за межі 15-річного строку, встановленого для цього виду покарання в Загальній частині. Отже, ігнорування наявності першого вироку безпідставно створить для засудженого більш сприятливе становище.

Висновок. Вирішення питання про те, чи підлягають застосуванню норми ст. 71 КК, якщо особа після постановлення вироку вчинила нове

кримінальне правопорушення, проте відсутня невідбута частина покарання за попереднім вироком, має вирішуватися варіативно, залежно від видів призначених покарань. Якщо це основні покарання: штраф (ст. 53 КК) або позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю (ст. 55 КК), то немає сенсу застосовувати інститут сукупності вироків, адже ці покарання складанню не підлягають і виконуються самостійно (ч. 3 ст. 72 КК). За таких обставин впливати на розмір покарання за другим вироком можуть лише обставини, які його обтяжують. В інших же випадках (за інших покарань) мають застосовуватися правила ст. 71 КК, тобто покарання має призначатися за сукупністю вироків, з обов'язковим урахуванням того строку покарання, що вже було відбуте за попереднім вироком.

4. Науково-правовий висновок щодо необхідності встановлення економічної ознаки предмета крадіжки, передбаченої ч. 3 ст. 185 КК України, та відмежування кримінально-каранної крадіжки від дрібного викрадення чужого майна, передбаченого ст. 51 КУпАП

Виконавці:

***В. І. Борисов** – д.ю.н., проф., академік НАПрН України, радник при дирекції Інституту, член Науково-консультативної ради при Верховному Суді;*

***М. В. Шенітько** – д.ю.н., с.н.с., провідний науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального та кримінально-виконавчого права.*

До члена Науково-консультативної ради при Верховному Суді, радника при дирекції Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України В. І. Борисова надійшов запит вченого секретаря Науково-консультативної ради при Верховному Суді Л. М. Лобойка (вих. лист № 101/0/27–21 від 08.09.2021; вх. лист електронною поштою № 457 від 09.09.2021 р.). У матеріалах запиту було поставлено питання: «*Чи виключає відповідальність за вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 185 КК, за наявності належно встановлених кваліфікуючих ознак «за попередньої*

змовою групою осіб», «проникнення у житло, інші приміщення чи сховище», встановлення того факту, що на момент вчинення цього кримінального правопорушення вартість викраденого майна не перевищує 0, 2 неоподаткованих мінімумів доходів громадян?»).

Результати науково-правового дослідження:

1. Обов'язковою ознакою крадіжки, передбаченої ст. 185 КК України, є предмет кримінального правопорушення – «чуже майно». Ця ознака є конститутивною, тобто такою, яка є обов'язковою як для кримінального правопорушення, передбаченого нормою ч. 1 ст. 185 КК, де вона безпосередньо зазначена, так і для правопорушень, передбачених нормами частин 2, 3, 4, 5 ст. 185 КК. Таким предметом може бути приватне, державне та комунальне майно. Відповідно до запиту предметом крадіжки було приватне майно.

2. Майно, як предмет крадіжки, повинне мати такі обов'язкові ознаки: фізичну (1), економічну (2), соціальну (3), юридичну (4). Встановлення економічної ознаки чужого майна стосовно крадіжки має важливе значення для кваліфікації вчиненого як кримінально протиправного діяння, оскільки за цією ознакою відбувається диференціація кримінальної відповідальності за розміром викраденого та відмежування крадіжки як кримінального правопорушення (ст. 185 КК) від дрібного викрадення у формі крадіжки чужого майна як адміністративного правопорушення (ст. 51 КУпАП).

3. Залежно від розміру викраденого крадіжка, що передбачена ст. 185 КК, поділяється на звичайну (просту); таку, що завдала потерпілому значної шкоди (ч. 3); вчинену у великому розмірі (ч. 4); вчинену в особливо великому розмірі (ч. 5). Визначення розмірів крадіжки, зазначених у ч.ч. 3, 4 та 5, надано у п.п. 2, 3 та 4 Примітки 2 до ст. 185 КК.

4. Визначення розміру звичайної (простої) крадіжки здійснюється з урахуванням розміру крадіжки як адміністративного правопорушення та розміру кримінально протиправної крадіжки, що завдала потерпілому значної шкоди. За визначенням, наданим в Кодексі України про адміністративні правопорушення (ст. 51) викрадення чужого майна (у тому числі у формі крадіжки) вважається дрібним, якщо вартість такого майна на момент вчинення правопорушення не перевищує 0, 2 неоподаткованого мінімуму доходів громадян (далі – н.м.д.г.). Таким чином розмір викраденого майна у формі кримінально протиправної звичайної (простої) крадіжки повинен перевищувати 0,2 н.м.д.г. За такого розміру крадіжки дії особи кваліфікуються за ч. 1 ст. 185 КК.

5. Оскільки ознаки крадіжки, що зазначені в ч. 1 ст. 185 КК, є конститутивними та вони є обов'язковими і для норм, що містяться в подальших частинах ст. 185 КК, *за винятком* економічної ознаки предмету, яка *змінюється* залежно від розміру викраденого майна. В інших випадках, незалежно від наявності та видів обставин, що обтяжують відповідальність (дивись ч. 3 ст. 29 КК), розмір викраденого майна повинен відповідати розміру, притаманному звичайній (простій) кримінально протиправній крадіжці. Водночас, за наявності обставин, що обтяжують відповідальність, кваліфікація вчиненого здійснюється за ч. 2 (якщо крадіжка вчинена повторно або за попередньою змовою групою осіб), за ч. 3 (якщо крадіжка вчинена з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище), за ч. 5 (якщо крадіжка вчинена організованою групою).

6. Якщо розмір викраденого не перевищує 0,2 н.м.д.г., то це свідчить про відсутність предмета кримінально протиправної крадіжки, а, відтак, про відсутність складів кримінальних правопорушень, передбачених не тільки ч. 1 ст. 185 КК, а й подальшими частинами цієї статті. Тому, якщо крадіжка буде вчинена у розмірі, що не перевищує 0,2 н.м.д.г. і при цьому буде супроводжуватися обтяжуючою обставиною, яка зазначена у ст. 185 КК (у нашому випадку «за попередньою змовою групою осіб» та «вчинена з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище»), зміни (трансформації) діяння у формі крадіжки з адміністративного правопорушення на кримінально протиправне діяння *не відбувається*. Таке вирішення питання впливає також з постанови Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності», в абз. 2 п. 7 якої зазначено «Якщо незаконне проникнення до житла, іншого приміщення чи сховища поєднане зі вчиненням крадіжки, кримінальну відповідальність за яку з огляду на вартість викраденого законом не передбачено, вчинене належить кваліфікувати за статтею 162 КК».

Отже, відсутність встановленої економічної ознаки предмета крадіжки, передбаченої ч. 3 ст. 185 КК, виключає кримінальну відповідальність за вчинення кримінального правопорушення, однак не виключає адміністративну відповідальність за ст. 51 КУпАП. Наявність встановлених обставин, що обтяжують відповідальність за вчинення крадіжки (ч. 3 ст. 185 КК), за відсутності необхідної економічної ознаки, може свідчити лише про вчинення такою особою (особами) інших правопорушень (наприклад, порушення недоторканності житла – ст. 162 КК).

5. Науково-правовий висновок щодо розуміння кваліфікуючої ознаки «проникнення» при вчиненні розбою (ч. 3 ст. 187 КК)

Виконавець:

Д. П. Євтуєва – к.ю.н., ст. дослідник, заступник директора Інституту з наукової роботи

Зміст доручення (запиту):

До Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України надійшов запит вченого секретаря Науково-консультативної ради при Верховному Суді Л. М. Лобойка (вих. лист № 33/0/27–21 від 18.03.2021 р.; вх. лист електронною поштою № 372 від 18.03.2021 р.). У матеріалах запиту були поставлені питання:

1. Чи включає у себе поняття «проникнення», без фізичного входу до житла, сховища чи іншого відокремленого приміщення з обмеженим доступом, інші критерії (психологічний, інтелектуальний), за якими дії особи підлягають кваліфікації за ч. 3 ст. 187 КК України, як розбій, поєднаний з проникненням у приміщення?

2. Що є визначальним та має принципове значення для встановлення кваліфікуючої ознаки «проникнення», без фізичного входу до житла, сховища чи іншого відокремленого приміщення з обмеженим доступом?

3. Чи можна кваліфікувати за ознакою проникнення до приміщення дії особи, яка хоча фізично і не здійснювала проникнення (самостійно не відкривала касовий апарат, не входила до сховища чи іншого відокремленого приміщення з обмеженим доступом тощо), проте, шляхом психологічного спонукання іншої особи змусила передати їй грошові кошти чи майно, які зберігались в іншому приміщенні, у місці з обмеженим доступом із погрозою застосування насильства, як є небезпечним для життя і здоров'я?

Результати науково-правового дослідження.

Ураховуючи взаємопов'язаність, взаємообумовленість та перехрещення поставлених питань, науково-правовий висновок буде викладено без їх диференціації.

У ч. 1 ст. 187 Кримінального кодексу України (далі – КК України) передбачено кримінальну відповідальність за розбій, тобто напад з метою заволодіння чужим майном, поєднаний із насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу, або з погрозою застосування такого насильства. У ч. 3 цієї статті закріплено обтяжуючу ознаку цього складу – розбій, поєднаний з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище. Щодо розуміння такого поняття, як «проникнення у житло, інше приміщення чи сховище» за способом такого проникнення при вчиненні кримінальних правопорушень проти власності у судовій практиці склалися два підходи.

За вузьким підходом зазначене поняття охоплює лише фізичне незаконне вторгнення особи до зазначених приміщень. Натомість за широким підходом проникнення охоплює незаконне вторгнення до приміщення в будь-який спосіб (як фізичний, так і будь-який інший, у тому числі й психологічний, коли особа, безпосередньо не здійснюючи незаконне вторгнення, вилучає майно із приміщення з обмеженим доступом, застосовуючи фізичне або психічне насильство до осіб, які в цьому приміщенні перебувають (так зване «психологічне проникнення»).

Широкий підхід розуміння розглядуваного поняття вбачається цілком обґрунтованим. При незаконному вторгненні додатковим обов'язковим об'єктом виступає недоторканність житла, іншого приміщення або сховища, що гарантується кожному ст. 30 Конституції України. При цьому така недоторканність поширюється й на особисті речі, документи, кореспонденцію, інші особисті папери та майно, що зберігаються у житлі чи іншому володінні особи¹.

Власник майна / володілець / користувач, вводячи обмежений режим доступу до приміщення, в якому зберігається майно, використовує певні ресурси (кадрові, майнові, організаційні). При проникненні незалежно від його способу особа порушує режим обмеженого доступу до приміщення, долаючи вжиті власником / володільцем / користувачем майна заходи та мобілізує зусилля для заволодіння майном, що в ньому зберігається. Доступ до майна винний отримує або через безпосереднє вторгнення із застосуванням фізичних зусиль, знаядь, механізмів, обману

¹ Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол.: В. Я. Тацій (голова редкол.), О. В. Петришин (відп. секретар), Ю. Г. Барабаш та ін. ; Нац. акад. прав. Наук України. 2-ге вид., переробл. і допов. Харків: Право, 2012. С. 214

тощо, або ж в інший спосіб, не пов'язаний із таким проникненням, зокрема, й психологічне проникнення.

Тож суспільна небезпечність психологічного проникнення є подібною до суспільної небезпечності фізичного проникнення, адже в обох випадках винний посягає на недоторканність володіння особи.

На користь широкого підходу у своїх рішеннях неодноразово висловлювався Верховний Суд. Зокрема, Спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ у листі від 29.01.2013 р № 223–161/04–13 «Про практику застосування судами окремих норм матеріального права щодо кваліфікації розбою, поєднаного з проникненням у приміщення» зазначив, що логіко-граматичне тлумачення формулювання (словосполучення) «розбій, поєднаний з проникненням у приміщення» дає підстави вважати, що під проникненням до будь-якого приміщення слід розуміти: а) фізичне входження, потрапляння до нього з метою заволодіння майном, що знаходиться в ньому; б) доступ до майна, що знаходиться в приміщенні, будь-яким способом (без фізичного входження до нього), який дає змогу заволодіти таким майном, вилучити його із приміщення.

Для встановлення кваліфікуючої ознаки «проникнення», без фізичного входу до житла, сховища чи іншого відокремленого приміщення з обмеженим доступом, важливе значення мають такі обставини:

а) обмежений режим доступу до приміщення під час вчинення розбою;

б) відсутність в особі дозволу на входження до приміщення, в якому зберігається майно;

в) усвідомлення особою того, що майно вилучається нею із приміщення, дозвіл на перебування в якому у неї відсутній.

Таким чином, можна підбити підсумок, що дії особи, яка хоча фізично і не здійснювала проникнення (самостійно не відкривала касовий апарат, не входила до сховища чи іншого відокремленого приміщення з обмеженим доступом тощо), проте, шляхом психологічного спонування іншої особи змусила передати їй грошові кошти чи майно, які зберігались в іншому приміщенні, у місці з обмеженим доступом із погрозою застосування насильства, як є небезпечним для життя і здоров'я **МОЖЛИВО** кваліфікувати за ознакою проникнення до приміщення.

6. Науково-правовий висновок стосовно кваліфікації шахрайства (ст. 190 КК), предметом вчинення якого було майно, попередньо набуте злочинним шляхом (ст. 289 КК)

Виконавці:

***В. І. Борисов** – д.ю.н., проф., академік НАПрН України, радник при дирекції Інституту, член Науково-консультативної ради при Верховному Суді;*

***О. О. Пащенко** – д.ю.н., доцент, провідний науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального та кримінально-виконавчого права.*

До члена Науково-консультативної ради при Верховному Суді, професора В. І. Борисова, надійшло звернення судді Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду В. К. Маринича із супровідним листом вченого секретаря Науково-консультативної ради при Верховному Суді Л. М. Лобойка (вих. № 9/0/27–21 від 01.02.2021 р., вх. № 345 від 02.02.2021 р.) про підготовку наукового висновку у справі 752/6871/17 стосовно доктринального тлумачення питання про шахрайство з використанням незаконно набутого майна.

У зверненні наголошується, що на розгляді Касаційного кримінального Суду Верховного Суду знаходиться касаційна скарга захисника на вирок місцевого суду та ухвалу апеляційного суду у кримінальному провадженні щодо обвинувачення особи у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 190 КК України.

Вироком місцевого суду особу-1 засуджено за ч. 3 ст. 190 КК України до покарання у виді позбавлення волі на строк 3 роки за вчинення наступного діяння.

Незаконно заволодівши транспортним засобом, особа-1 перереєструвала вказаний транспортний засіб на себе та отримала новий державний номер. Цього ж дня особа-1 повідомила іншій особі-2, що є законним власником цього автомобіля та має право надавати від свого імені довіреність про розпорядження (у тому числі й продаж) таким автомобілем. Особа-2, вважаючи, що в обмін на свої грошові кошти отримує право розпорядження транспортним засобом, передала особі-1 гроші.

У касаційній скарзі захисник зазначає про відсутність у діях особи-1 складу злочину, передбаченого ст. 190 КК, оскільки її дії охоплювалися єдиним умислом на незаконне заволодіння транспортним засобом та його подальше відчуження.

Зважаючи на наведене, виникла необхідність у зверненні до членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді з метою отримання висновку з таких питань:

- Чи є подальше відчуження транспортного засобу, яким до цього особа-1 заволоділа незаконним шляхом, та отримання за нього грошових коштів окремим злочином?
- Чи повинні такі дії окремо кваліфікуватися за статтею Кримінального кодексу України?

Вивчивши ці питання, науковці Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України, а саме: радник при дирекції, д.ю.н., професор В. І. Борисов і провідний науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального та кримінально-виконавчого права, д.ю.н., доцент О. О. Пащенко, вважають за необхідне зазначити таке.

1. Чи є подальше відчуження транспортного засобу, яким до цього особа-1 заволоділа незаконним шляхом, та отримання за нього грошових коштів окремим злочином?

Доктрина кримінального права та судова практика виходять із того, що злочин, передбачений ч. 1 ст. 289 КК «Незаконне заволодіння транспортним засобом», є закінченим з моменту запуску двигуна відповідного транспортного засобу або встановлення контролю над ним (у тому випадку, коли транспортний засіб на момент скоєння діяння вже перебував у русі). Отже, для констатації моменту закінчення аналізованого злочину подальше переоформлення особою транспортного засобу на себе значення не має (а в наданих на аналіз матеріалах зазначено саме так). З цього випливає, що подальше поводження суб'єкта кримінального правопорушення із відповідним транспортним засобом не охоплюється складом злочину, передбаченого ст. 289 КК. Таке поводження є розпорядженням транспортним засобом як своїм власним, однак якщо воно містить ознаки злочину (кримінального правопорушення), то має отримувати належну кримінально-правову оцінку.

2. Чи повинні такі дії окремо кваліфікуватися за статтею Кримінального кодексу України?

Доктрина кримінального права виходить із того, що існують 2 види сукупності кримінальних правопорушень: *ідеальна* (коли два такі правопорушення вчиняються одним діянням) та *реальна* (коли два такі правопорушення вчиняються двома або більше діянням). В аналізованому випадку названих діянь було два: заволодіння транспортним засобом¹ та подальше протиправне, пов'язане з обманом, відчуження цього транспортного засобу. Тому правила кваліфікації злочинів орієнтують на окрему кримінально-правову оцінку кожного із вчинених особою діянь.

У зв'язку з цим варто зазначити, що доводи захисника, наведені в касаційній скарзі щодо «відсутності в діях особи-1 складу злочину, передбаченого ст. 190 КК, оскільки її дії охоплювалися єдиним умислом на незаконне заволодіння транспортним засобом та його відчуження» (абз. 6 с. 2 звернення судді), не можуть бути підтримані. Такий висновок ґрунтується, зокрема, на тому, що наявність єдиного злочинного наміру має значення лише у випадках вчинення продовжуваного кримінального правопорушення (ч. 2 ст. 32 КК), коли вчиняються два й більше юридично тотожні діяння² або коли вчиняється так званий одиничний складений злочин³. У наданому на аналіз випадку, діяння юридично тотожними не є, кожне з них передбачено окремою статтею КК, а тому немає підстав не застосовувати якусь із цих статей. Не можна вести мову і про одиничний складений злочин. У наведеному випадку є два одиничних злочини (кримінальні правопорушення), кожний з яких підлягає самостійній кваліфікації.

¹ Нажаль, із надісланого запиту не видно, яким саме способом було вчинене таке заволодіння. Але констатовано, що воно мало місце, за що особа-1 була засуджена за ч. 1 ст. 289 КК.

² Найчастіше це викрадення цілого по частинах (мотоцикла з деталей, зібрання книжок по одному тому тощо).

³ Наприклад, зберігання або носіння членами банди зброї та її використання під час вчинення бандитського нападу, що кваліфікується лише за ст. 257 КК.

7. Науковий висновок стосовно кримінальної відповідальності за незаконну діяльність у сфері грального бізнесу

Виконавці:

В. І. Борисов – д.ю.н., проф., академік НАПрН України, радник при дирекції Інституту, член Науково-консультативної ради при Верховному Суді;

Д. П. Євтєєва – к.ю.н., ст. дослідник, заступник директора Інституту з наукової роботи;

К. А. Новікова – к.ю.н., старший науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального та кримінально-виконавчого права.

Зміст доручення (запиту):

До Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України надійшов запит вченого секретаря Науково-консультативної ради при Верховному Суді Л. М. Лобойка (вих. лист № 112/0/27–21 від 05.10.2021 р.; вх. лист електронною поштою № 582 від 05.10.2021 р.). У матеріалах запиту були поставлені питання:

1. Якими нормативно-правовими актами регулюється кримінальна відповідальність за діяння інкриміновані Р. та іншим, на час їх вчинення та ухвалення рішень судами першої та апеляційної інстанції? Прошу надати розгорнутий порівняльний аналіз норм Кримінального кодексу України та інших, пов'язаних з ними законів, що стосуються зайняття гральним бізнесом в Україні.

2. Чи є підстави для застосування у цьому кримінальному провадженні положень ст. 5 КК України, а саме чи норми про кримінальну відповідальність та пов'язані з ними інші нормативно-правові акти у сфері регулювання грального бізнесу в Україні, які діяли на час ухвалення рішень судами попередніх інстанцій, скасовують кримінальну протиправність діянь, інкримінованих Р. та іншим, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи в порівнянні з такими нормативно-правовими актами, що діяли на момент вчинення цих діянь.

3. За необхідності прошу висловити інші міркування з теоретичних питань, що стосуються цього кримінального провадження.

Результати науково-правового дослідження.

1. Якими нормативно-правовими актами регулюється кримінальна відповідальність за діяння інкриміновані Р. та іншим, на час їх вчинення та ухвалення рішень судами першої та апеляційної інстанції? Прошу надати розгорнутий порівняльний аналіз норм Кримінального кодексу України та інших, пов'язаних з ними законів, що стосуються зайняття гральним бізнесом в Україні.

Відповідно до обвинувального акта від 10.04.2020 р. організована група за участю Р., С., М., К., Л. розпочала свою діяльність на початку 2019 р. та була виявлена співробітниками Національної поліції України 31 січня 2020 р. Отже, на момент вчинення ними інкримінованих діянь зайняття гральним бізнесом та участь в азартних іграх були заборонені ст. 2 Закону України «Про заборону грального бізнесу в Україні» № 1334-VI від 15.05.2009 р. (далі – Закон № 1334-VI), окрім того, за вчинення таких дій була встановлена кримінальна відповідальність (ст. 203² Кримінального кодексу України (далі – КК України)). Однак на момент судового розгляду й винесення рішення суду в першій інстанції (11 грудня 2020 р.) правове регулювання суспільних відносин щодо зайняття гральним бізнесом було змінено. Так, 14 липня 2020 р. Верховна Рада України прийняла Закон України «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор» № 768-IX (далі – Закон № 768-IX), яким був скасований Закон № 1334-VI та дозволена діяльність щодо організації та проведення азартних ігор **виключно за наявності в суб'єкта господарювання відповідних передбачених цим Законом ліцензій** із використанням сертифікованого відповідно до цього Закону та підключеного до Державної системи онлайн-моніторингу грального обладнання та онлайн-систем організаторів азартних ігор. Звідси *повна заборона* на зайняття гральним бізнесом (у тому числі організація та проведення азартних ігор) була змінена *на заборону* організації або проведення азартних ігор *без отримання відповідної ліцензії* (та іншої діяльності). Окрім цього, Законом України № 768-IX було викладено в новій редакції ст. 203² КК України, яка тепер передбачає відповідальність за незаконну діяльність з організації або проведення азартних ігор, лотерей (зокрема, азартних ігор – без ліцензії або лотерей – особою без отримання статусу оператора).

Порівняння редакцій ст. 203² КК України на момент вчинення зазначеними особами діяння та на момент винесення рішення суду наведено в таблиці 1.

Табл. 1.

Порівняльна таблиця положень Кримінального кодексу України на момент вчинення кримінального правопорушення та на момент винесення рішення суду I інстанції

<p>Ст. 203² КК України станом на 1 січня 2019 р. (чинна на момент вчинення діяння)</p>	<p>Ст. 203² КК України в редакції Закону України «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор» від 14 липня 2020 р. № 768-ІХ (чинна на момент винесення рішення судом I інстанції)</p>
<p>Стаття 203². Зайняття гральним бізнесом</p> <p>1. Зайняття гральним бізнесом –</p> <p>карається штрафом від десяти тисяч до сорока тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.</p>	<p>Стаття 203². Незаконна діяльність з організації або проведення азартних ігор, лотерей</p> <p>1. <i>Організація або проведення азартних ігор без ліцензії на провадження відповідного виду діяльності з організації та проведення азартних ігор, що видається відповідно до закону або випуск чи проведення лотерей особою, яка не має статусу оператора лотерей, або організація чи функціонування закладів з метою надання доступу до азартних ігор чи лотерей, які проводяться в мережі Інтернет,</i> –</p> <p>караються штрафом від десяти тисяч до сорока тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян,</p>

<p align="center">Ст. 203² КК України станом на 1 січня 2019 р. (чинна на момент вчинення діяння)</p>	<p align="center">Ст. 203² КК України в редакції Закону України «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор» від 14 липня 2020 р. № 768-ІХ (чинна на момент винесення рішення судом I інстанції)</p>
<p>2. Ті самі дії, якщо вони були вчинені особою, раніше судимою за зайняття гральним бізнесом, –</p> <p>караються штрафом від сорока тисяч до п'ятдесяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.</p>	<p><i>з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю строком на один рік.</i></p> <p><i>2. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені особою, раніше судимою за незаконну діяльність з організації або проведення азартних ігор чи лотерей або за попередньою змовою групою осіб, –</i></p> <p>караються штрафом від сорока тисяч до п'ятдесяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян <i>з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю строком на три роки.</i></p>

Проведемо порівняльний аналіз чинної та попередньої редакцій кримінального правопорушення, передбаченого ст. 203² КК України. Так, *безпосереднім об'єктом* складу кримінального правопорушення, передбаченого попередньою редакцією ст. 203² КК України, були суспільні відносини, якими забезпечувалася законодавча заборона на здійснення грального бізнесу.

Що стосується кримінального правопорушення, передбаченого чинною редакцією ст. 203² КК України, то його *безпосереднім об'єктом*

є суспільні відносини, якими забезпечується встановлений законом порядок зайняття діяльністю з організації та проведення азартних ігор, лотерей.

Об'єктивна сторона попередньої редакції складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 203² КК України, виражалася в зайнятті гральним бізнесом. Відповідно до Закону України № 1334-VI, гральний бізнес – *діяльність, пов'язана з організацією, проведенням та наданням можливості доступу до азартних ігор* у казино, на гральних автоматах, комп'ютерних симуляторах, у букмекерських конторах, в інтерактивних закладах, в електронному (віртуальному) казино незалежно від місця розташування сервера. Саме така діяльність, пов'язана з бізнесом підлягала забороні. Ніяких обмовок щодо можливості зайняття гральним бізнесом за наявності ліцензії попередній закон у ст. 203² КК не передбачав.

Об'єктивна сторона складу кримінального правопорушення за новою редакцією норми, передбаченої ст. 203² КК України, полягає в *організації або проведенні азартних ігор без ліцензії* на провадження відповідного виду діяльності з організації та проведення азартних ігор, що видається відповідно до закону або випуск чи проведення лотерей особою, яка не має статусу оператора лотерей, або *організація чи функціонування закладів з метою надання доступу до азартних ігор чи лотерей*, які проводяться в мережі Інтернет.

Отже, можна зробити висновок про те, що в новій редакції ст. 203² КК України обсяг кримінально-правової заборони є вужчим порівняно з попередньою редакцією цієї статті. За попередньою редакцією заборона на зайняття гральним бізнесом була абсолютною (повною), за новою – лише в частині відсутності ліцензії (для азартних ігор). Також за новою редакцією незаконна діяльність конкретизована, це **«організація або проведення азартних ігор»**, тоді як за попередньою редакцією діяльність можна було тлумачити ширше, завдяки визначенню **«зайняття гральним бізнесом»**.

Стосовно *суб'єктивної сторони* та *суб'єкта* кримінального правопорушення, передбаченого як чинною, так і попередньою редакцією ст. 203² КК України, то вони збігаються.

Порівняння окремих суміжних термінів та положень Закону України № 1334-VI та Закону України № 768-IX наведено у таблиці 2.

Порівняльна таблиця положень Закону України «Про заборону грального бізнесу в Україні» № 1334-VI та Закону України «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор» № 768-IX

Закон України «Про заборону грального бізнесу в Україні» від 15.05.2009 № 1334-VI	Закон України «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор» від 14.07.2020 № 768-IX
<p>Стаття 1. Визначення термінів</p> <p>У цьому Законі нижченаведені терміни вживаються у такому значенні:</p> <p>1) гральний бізнес – діяльність, пов’язана з організацією, проведенням та наданням можливості доступу до азартних ігор у казино, на гральних автоматах, комп’ютерних симуляторах, у букмекерських конторах, в інтерактивних закладах, в електронному (віртуальному) казино незалежно від місця розташування сервера;</p> <p>2) <i>азартна гра</i> – будь-яка гра, обов’язковою умовою участі в якій є сплата гравцем грошей, у тому числі через систему електронних платежів, що дає змогу учаснику як отримати виграш (приз) у будь-якому вигляді, так і не отримати його залежно від випадковості.</p> <p>До азартних ігор не відносяться:</p>	<p>Стаття 1. Визначення термінів</p> <p>1) <i>азартна гра</i> – будь-яка гра, умовою участі в якій є внесення гравцем ставки, що дає право на отримання виграшу (призу), імовірність отримання і розмір якого повністю або частково залежать від випадковості, а також знань і майстерності гравця;</p>

організація та проведення лотерей;

організація та проведення творчих конкурсів, спортивних змагань тощо, незважаючи на те передбачається чи не передбачається їх умовами грошовий або майновий виграш;

гра в більярд, гра в кеглі (боулінг) та інші ігри, які проводяться без одержання гравцем призу (виграшу);

гра на гральних автоматах типу «кран-машина» (двокоординатні автомати), де як виграш (приз) гравець отримує виключно матеріальні речі (іграшки, цукерки тощо);

розіграші на безоплатній основі з рекламуванням (популяризацією) окремого товару, послуги, торгової марки, знаків для товарів і послуг, найменування або напрямів діяльності суб'єктів господарювання, комерційної програми з видачею виграшів у грошовій або майновій формі;

розіграші у вигляді конкурсів (ігор, вікторин), умови яких передбачають безоплатне набуття особою статусу її учасника та отримання учасником, який виявив кращі особисті знання та вміння, виграшів у грошовій або майновій формі за особисту перемогу;

37) *організатор азартних ігор – юридична особа – резидент України, яка на підставі отриманої ліцензії має право здійснювати*

<p>розіграші на безоплатній основі для розважальних, благодійних або пізнавальних цілей;</p> <p>3) <i>організатори азартних ігор</i> – фізичні та юридичні особи – суб’єкти підприємницької діяльності, що здійснюють діяльність з організації і проведення азартних ігор з метою отримання прибутку;</p> <p>4) організація і проведення азартних ігор – діяльність організаторів азартних ігор, що здійснюється з метою створення умов для здійснення азартних ігор та видачі вигравшів (прізвів) учасникам азартних ігор;</p> <p>5) <i>учасники азартних ігор</i> – фізичні особи з повною цивільною дієздатністю, що беруть участь в азартних іграх.</p> <p>Стаття 2. Заборона грального бізнесу в Україні</p> <p>В Україні <i>забороняється</i> гральний бізнес та участь в азартних іграх.</p>	<p>зазначений у такій ліцензії вид діяльності з організації та проведення азартних ігор відповідно до вимог цього Закону;</p> <p>17) <i>гравець</i> – фізична особа, яка на момент участі в азартній грі досягла 21-річного віку, є дієздатною, не перебуває у Реєстрі осіб, яким обмежено доступ до гральних закладів та/або участь в азартних іграх, та за власним бажанням бере участь в азартній грі;</p> <p>Стаття 2. Діяльність у сфері організації та проведення азартних ігор</p> <p>1. На території України <i>дозволяється</i> організовувати та проводити виключно такі види діяльності у сфері організації та проведення азартних ігор:</p> <p>1) організація та проведення азартних ігор у гральних закладах казино;</p> <p>2) організація та проведення азартних ігор казино в мережі Інтернет;</p> <p>3) організація та проведення букмекерської діяльності в бук-</p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

мекерських пунктах та в мережі Інтернет;

4) організація та проведення азартних ігор у залах гральних автоматів;

5) організація та проведення азартних ігор в покер в мережі Інтернет.

Визначені цією частиною види діяльності у сфері організації та проведення азартних ігор на території України можуть проводитися виключно за наявності у суб'єкта господарювання відповідних передбачених цим Законом ліцензій із використанням сертифікованого відповідно до цього Закону та підключеного до Державної системи онлайн-моніторингу грального обладнання та онлайн-систем організаторів азартних ігор.

2. Суб'єкти господарювання – резиденти України мають право надавати послуги з постачання та/або надання програмного забезпечення, що безпосередньо використовується у сфері організації та проведення азартних ігор, у тому числі, але не виключно, організаторам азартних ігор та нерезидентам України, які мають іноземну ліцензію на здійснення діяльності у сфері азартних ігор, виключно на підставі ліцензії з надання послуг у сфері організації та проведення азартних ігор.

	<p>3. Не вважається азартною грою будь-яка гра, в якій відсутня принаймні одна з таких ознак:</p> <ol style="list-style-type: none">1) наявність ставки;2) можливість отримання або неотримання виграшу (призу);3) імовірність виграшу (призу) та його розмір повністю або частково залежить від випадковості. <p>4. <i>На території України забороняється проводити будь-які інші види діяльності у сфері організації та проведення азартних ігор, крім передбачених частиною першою цієї статті.</i></p> <p>5. До азартних ігор не належать:</p> <ol style="list-style-type: none">1) організація та проведення творчих конкурсів, спортивних змагань тощо, незважаючи на те, передбачається чи не передбачається умовами проведення грошовий або майновий виграш;2) гра в більярд, гра в кеглі (боулінг) та інші ігри, що проводяться без одержання гравцем призу (виграшу);3) гра на автоматах типу «кран-машина» (двокоординатні автомати), в якій як виграш (приз) гравець отримує виключно матеріальні речі (іграшки, цукерки тощо);4) випуск та проведення лотерей;5) організація та проведення спортивного покеру.
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>6. В Україні також забороняється:</p> <ol style="list-style-type: none">1) проводити азартні ігри та розміщувати гральні заклади на тимчасово окупованій території України;2) організовувати та проводити азартні ігри особам, які не отримали в установленому законом порядку ліцензії на провадження відповідного виду господарської діяльності у сфері організації та проведення азартних ігор;3) організовувати та проводити азартні ігри, що не відповідають вимогам цього Закону, а також поза межами гральних закладів (крім азартних ігор, що проводяться в мережі Інтернет);4) проводити азартні ігри без використання онлайн-системи організатора азартних ігор, що пов'язана каналами зв'язку із Державною системою онлайн-моніторингу, у випадках, коли використання такої системи є обов'язковим для організатора азартних ігор відповідно до цього Закону;5) використовувати несертифіковане гральне обладнання для проведення азартних ігор, у випадках, коли Уповноваженим органом встановлена вимога щодо сертифікації такого обладнання. <p>Стаття 3. Законодавство України про азартні ігри</p>
--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>1. Законодавство України про азартні ігри складається з Конституції України, Податкового кодексу України, цього Закону та законів України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення», «Про запобігання впливу корупційних правопорушень на результати офіційних спортивних змагань», а також прийнятих відповідно до цього Закону інших законів та нормативно-правових актів, що регулюють відносини у зазначеній сфері та відповідних міжнародних договорів України, згоду на обов'язковість яких надає Верховною Радою України.</p> <p>2. Ліцензування азартних ігор здійснюється в порядку, передбаченому цим Законом.</p> <p>3. Цей Закон є спеціальним (базовим) законом у регулюванні суспільних відносин у сфері організації та проведення азартних ігор. У разі якщо будь-яким іншим законом України встановлено інші правила ніж ті, що передбачені цим Законом, застосовуються правила цього Закону.</p>
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Проведемо порівняльний аналіз окремих суміжних термінів та положень законів України №1334-VI та №768-IX.

Стосовно термінів, що вживаються в зазначених законах, то їх аналіз вказує на приблизну однаковість їх змісту, незважаючи на подекуди різне формулювання. Крім того, змінився обсяг законодавчої заборони грального бізнесу та участі в азартних іграх від повної заборони цих дій на території України (ст. 2 Закону № 1334-VI), до заборони організувати та проводити азартні ігри особам, які не отримали в установленому законом порядку ліцензії на провадження відповідного виду господарської діяльності у сфері організації та проведення азартних ігор (п. 2 ч. 6 ст. 2 Закону № 768-IX).

Відповідно до ч. 1 ст. 2 Закону № 768-IX, на території України дозволяється організувати та проводити виключно такі види діяльності у сфері організації та проведення азартних ігор: 1) організація та проведення азартних ігор у гральних закладах казино; 2) організація та проведення азартних ігор казино в мережі Інтернет; 3) організація та проведення букмекерської діяльності в букмекерських пунктах та в мережі Інтернет; 4) організація та проведення азартних ігор у залах гральних автоматів; 5) організація та проведення азартних ігор в покер в мережі Інтернет. Визначені цією частиною види діяльності у сфері організації та проведення азартних ігор на території України можуть проводитися виключно за наявності в суб'єкта господарювання відповідних передбачених цим Законом ліцензій із використанням сертифікованого відповідно до цього Закону та підключеного до Державної системи онлайн-моніторингу грального обладнання та онлайн-систем організаторів азартних ігор.

Відповідно до ч. 4 ст. 2 Закону України № 768-IX, на території України забороняється проводити будь-які інші види діяльності у сфері організації та проведення азартних ігор, крім передбачених частиною першою цієї статті.

Відповідно до ч. 6. ст. 2 цього ж Закону, в Україні також забороняється: 1) проводити азартні ігри та розміщувати гральні заклади на тимчасово окупованій території України; 2) організувати та проводити азартні ігри особам, які не отримали в установленому законом порядку ліцензії на провадження відповідного виду господарської діяльності у сфері організації та проведення азартних ігор; 3) організувати та проводити азартні ігри, що не відповідають вимогам цього Закону, а також поза межами гральних закладів (крім азартних ігор, що проводяться в мережі Інтернет); 4) проводити азартні ігри без використання онлайн-системи

організатора азартних ігор, що пов'язана каналами зв'язку із Державною системою онлайн-моніторингу, у випадках, коли використання такої системи є обов'язковим для організатора азартних ігор відповідно до цього Закону; 5) використовувати несертифіковане гральне обладнання для проведення азартних ігор, у випадках, коли Уповноваженим органом встановлена вимога щодо сертифікації такого обладнання.

2. Чи є підстави для застосування у цьому кримінальному провадженні положень ст. 5 КК України, а саме чи норми про кримінальну відповідальність та пов'язані з ними інші нормативно-правові акти у сфері регулювання грального бізнесу в Україні, які діяли на час ухвалення рішень судами попередніх інстанцій, скасовують кримінальну протиправність діянь, інкримінованих Р. та іншим, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи в порівнянні з такими нормативно-правовими актами, що діяли на момент вчинення цих діянь?

Розглядаючи питання щодо можливості застосування в цьому кримінальному провадженні положень ст. 5 КК України, варто зазначити таке.

Відповідно до ст. 5 КК України, закон про кримінальну відповідальність, що скасовує кримінальну протиправність діяння, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи, має зворотну дію у часі, тобто поширюється на осіб, які вчинили відповідні діяння до набрання таким законом чинності, у тому числі на осіб, які відбувають покарання або відбули покарання, але мають судимість (ч. 1). Закон про кримінальну відповідальність, що встановлює кримінальну протиправність діяння, посилює кримінальну відповідальність або іншим чином погіршує становище особи, не має зворотної дії в часі (ч. 2). Закон про кримінальну відповідальність, що частково пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи, а частково посилює кримінальну відповідальність або іншим чином погіршує становище особи, має зворотну дію у часі лише в тій частині, що пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи (3).

Аналіз попередньої та чинної редакцій норм у ст. 203² КК України в контексті цього провадження вказує на наявність зворотної дії в часі у положень чинної редакції ст. 203² КК України у зв'язку з такими об-

ставинами. Повна заборона на зайняття гральним бізнесом, передбачена ст. 2 Закону № 1334-VI та санкціонована нормою ст. 203² КК України за попередньою її редакцією, трансформувалася на дозвільне регулювання суспільних відносин у сфері азартних ігор на певні види діяльності та за наявності певних умов (ліцензія, відповідне сертифіковане обладнання), що було запроваджене Законом № 768-IX (ст. 2). Така трансформація підкріплювалася й змінами у кримінально-правовому регулюванні вказаних відносин, а саме скасуванням кримінальної відповідальності за зайняття гральним бізнесом у ст. 203² КК та встановленням у зазначеній нормі нової кримінальної відповідальності за незаконну діяльність з організації або проведення азартних ігор, лотерей, тобто за ведення діяльності в цій сфері з порушенням передбачених законом умов.

Отже, відбулося скасування кримінальної протиправності зайняття гральним бізнесом та встановлення кримінальної відповідальності за інше за характером діяння – діяльність з організації або проведення азартних ігор, лотерей, що здійснюється з порушенням вимог Закону. На користь зробленого висновку свідчить і те, що кримінально каране діяння за чинною редакцією норми ст. 203² КК (незаконна діяльність з організації або проведення азартних ігор, лотерей) не співвідноситься з діянням за попередньою редакцією цієї норми (зайняття гральним бізнесом) як його частина, адже за чинності норми ст. 203² КК у попередній редакції отримати законну ліцензію на провадження відповідного виду діяльності з організації та проведення азартних ігор або статус оператора лотерей було об’єктивно неможливо.

Р. та інші учасники організованої групи вчинили дії, які відповідно до нової редакції ст. 203² КК України перестали бути кримінально караними. Можливості отримання ліцензії на зайняття гральним бізнесом попереднім регулятивним законодавством, як і ст. 302² КК України у попередній редакції, безпосередньо не передбачалося, як і не припускалося.

Отже, оскільки Закон № 768-IX фактично скасував у нормі ч. 1 ст. 203² КК України кримінальну протиправність зайняття гральним бізнесом (що було інкриміновано Р. та іншим учасникам організованої групи) та ввів нову кримінально-правову заборону на незаконну діяльність з організації або проведення азартних ігор, лотерей, вбачається, що норма ст. 203² КК України в редакції Закону № 768-IX має зворотню дію в часі. Скасування відбулося шляхом заміни однієї норми іншою – новою.

8. Науковий висновок щодо тлумачення окремих положень статей 260, 263, 437, 438 КК України

Виконавці:

***В. І. Борисов** – д.ю.н., проф., академік НАПрН України, радник при дирекції Інституту, член Науково-консультативної ради при Верховному Суді;*

***О. О. Пащенко** – д.ю.н., доцент, провідний науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального та кримінально-виконавчого пра;*

***В. А. Ситник** – аспірантка Національного юридичного університету ім. Ярослава Мудрого.*

До члена Науково-консультативної ради при Верховному Суді професора В. І. Борисова надійшло звернення вченого секретаря Науково-консультативної ради при Верховному Суді України Л. М. Лобойка (вих. № 111/0/27–21 від 04 жовтня 2021 р., вх. № 479 від 05.10.2021 р.) з проханням підготувати науковий висновок у справі № 415/2182/20 (провадження № 51-139км21) з таких питань:

1. Суб'єкт кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 437 КК України, є загальним чи спеціальним та хто може нести відповідальність за участь у змові, що спрямована на планування, підготовку агресивної війни, ведення агресивних воєнних дій ?

2. Чи охоплюються кваліфікацією за ч. 2 ст. 260 КК України дії учасників не передбаченого законом збройного формування, пов'язані з незаконним придбанням, передачею один одному, зберіганням та носінням зброї та бойових припасів ?

3. Чи потребують додаткової кваліфікації за частинами 1 чи 2 ст. 263 КК України дій учасників не передбаченого законом збройного формування, які з використанням зброї вчиняють інші злочини ?

4. Чи може особа, яка діє в межах вирішення стратегічних та тактичних потреб окупаційної армії як частини військових операцій та безпосередньо виконує дії, передбачені ч. 1 ст. 438 КК України, бути суб'єктом цього кримінального правопорушення ?

Вивчивши ці питання, науковці Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України, а саме: радник при дирекції, д.ю.н., професор В. І. Борисов

і провідний науковий співробітник, д.ю.н., доцент О. О. Пащенко, а також науковець Національного юридичного університету ім. Ярослава Мудрого Ситник В. А. вважають за необхідне надати такі відповіді на поставлені запитання:

1. Суб'єкт кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 437 КК України, є загальним чи спеціальним та хто може нести відповідальність за участь у змові, що спрямована на планування, підготовку агресивної війни, ведення агресивних воєнних дій ?

Зазначаємо, що постановка питання в такій редакції виглядає не зовсім коректною, адже включає два різні аспекти, лише один із яких стосується ч. 2 ст. 437 КК. Використання наведеної формули кваліфікації (частини, статті) на початку речення орієнтує на те, що в питанні буде йтися про кримінальні правопорушення саме цього виду, і ні про які інші. Проте, у подальшому тексті йдеться не лише про них, а ще й про ті, що передбачені ч. 1 ст. 437 КК.

Таким чином наведене питання насправді містить два самостійні: 1) «суб'єкт кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 437 КК України, є загальним чи спеціальним?», а також 2) «хто може нести відповідальність за участь у змові, що спрямована на планування, підготовку агресивної війни, ведення агресивних воєнних дій?»

Відповідаючи на перше з цих питань, зазначаємо, що диспозиція відповідної норми (ч. 2 ст. 437 КК) не містить жодних обмежень чи додаткових ознак суб'єкта відповідного кримінального правопорушення. Тому він є *загальним*, хоча в науковій літературі й зустрічаються думки, що з огляду на природу злочину, частіше це можуть бути посадові особи держави, які здійснюють відповідні функції в системі державної влади чи збройних сил держави, уповноважені вирішувати питання воєнного планування та управління¹. На те, що це можуть бути також «інші особи» вказує, зокрема, В. М. Киричко², а О. В. Попаденко вважає, що це може

¹ Дряев Б. А. Агрессия в российском уголовном праве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Мос. гос. юрид. акад., 2007. С. 10; Арямов А. А. Преступления против мира и безопасности человечества: хрестоматийный курс лекций. Москва: Юрлитинформ, 2012. С. 25.

² Киричко В. М. Злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку. Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, С. Б. Гавриш та ін. ; за заг. ред. В. Т. Маляренка, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. 2-ге вид., перероб. та доп. Харків: Одіссей, 2003. С. 1113.

бути «будь-яка особа, що відповідає вимогам суб'єкта злочину»¹. Є судження й більш однозначні. Так, К. П. Задоя у коментарі до ст. 473 КК пише: «Суб'єкт злочину – спеціальний»². Є. В. Лашук, коментуючи цю статтю, навпаки, зазначає: «Суб'єкт злочину – загальний»³. Дуже важливим аргументом на користь того, що суб'єкт досліджуваного кримінального правопорушення є загальним слугує те, що *чинні міжнародно-правові акти не встановлюють обмеження щодо кола осіб, які можуть вчиняти такий злочин*.⁴

Перед тим, як відповісти на друге із наведених питань (про відповідальність за участь у змові, що спрямована на планування, підготовку агресивної війни, ведення агресивних воєнних дій) варто проаналізувати особливості об'єктивної сторони цього кримінального правопорушення. *Участь у змові* означає: а) участь у досягненні попередньої домовленості кількох осіб щодо спільних дій, спрямованих на досягнення загальної мети – планування, підготовка або розв'язування агресивної війни чи воєнного конфлікту; б) приєднання до такої домовленості після її досягнення іншими особами. «У практиці така змова переважно призводить до створення організованих груп чи злочинних організацій, а приєднання до змови виражається у входженні до них та подальшій участі в них»⁵. Вочевидь, *приєднатися до зазначеної вище домовленості можуть будь-які особи*, а тому їх поведінка охоплюється таким, передбаченим у ч. 1 ст. 437 КК, діянням як «участь у змові, що спрямована на планування, підготовку агресивної війни, ведення агресивних воєнних дій».

Як зауважує О. В. Попаденко: «якщо визнавати суб'єктами планування, підготовки і розв'язування агресивної війни лише осіб, які за-

¹ Попаденко Е. В. Международное уголовное право: учеб. пособие. Москва: Юрлитинформ, 2012. С. 60.

² Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: В. Д. Дакор, 2018. С. 1340.

³ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / Д. С. Азаров, В. К. Гришук, А. В. Савченко [та ін.]; за заг. ред. О. М. Джужі, А. В. Савченка, В. В. Чернея. К.: Юрінком Інтер, 2016. С. 1022.

⁴ Мохончук С. М. Злочини проти миру та безпеки людства: генезис, еволюція, сучасна регламентація у кримінальному праві та законі: монографія. Харків: Право, 2013. С. 272.

⁵ Киричко В. М. Злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку. Кримінальне право України: Особлива частина: підручник / В. Я. Тацій, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін.; за ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. С. 733.

ймають вищі державні посади, то поза правовою оцінкою залишаться дії безпосередніх виконавців наказів про вчинення будь-якої з перелічених дій»¹. Звичайно, в реальному житті відповідні дії можуть вчинити перелічених особи, які обіймають вищі державні посади, однак це не означає, що виконавцями відповідних злочинів не можуть бути й інші люди, ті, що не стоять «при кермі влади» – наприклад, пересічні виконавці наказів: працівники штабів, службовці різноманітних рівнів і рангів, *просто звичайні люди*.²

Тому *відповідальність за участь у змові, що спрямована на планування, підготовку агресивної війни, ведення агресивних воєнних дій може нести будь-яка особа, що має ознаки загального суб'єкта кримінального правопорушення*.

2. Чи охоплюються кваліфікацією за ч. 2 ст. 260 КК України дії учасників не передбаченого законом збройного формування, пов'язані з незаконним придбанням, передачею один одному, зберіганням та носінням зброї та бойових припасів ?

Зазначаємо, що *озброєність* є конститутивною ознакою «збройних формувань»³, а їх визначення, що надається законодавцем у Примітці 2 до цієї статті, містить вказівку на те, що відповідні формування «мають ... зброю». Тому незаконне поводження з такою зброєю, що вчиняється в межах одного такого формування, *не створює додаткової загрози* заподіяння шкоди таким об'єктам кримінально-правової охорони як громадська безпека (родовий об'єкт), безпека від соціальних джерел загальнопідвищеної небезпеки (видовий об'єкт), безпека від діяльності не передбачених законами України збройних формувань (основний безпосередній об'єкт).

Вироблені доктриною кримінального права правила кваліфікації кримінальних правопорушень орієнтують на неприпустимість подвійної кримінально-правової оцінки вчиненого діяння. Тому, якщо під «незаконним придбанням» (про що йдеться в поставленому питанні) маються на увазі випадки, коли учасниками відповідної незаконної угоди («продавець» і «покупець») є члени одного й того самого, не передбаченого законом збройного формування, то додатково такі дії кваліфікувати не

¹ Попаденко Е. В. Международное уголовное право. С. 62.

² Там само.

³ Про які йдеться в ч. 2 ст. 260 КК.

потрібно, оскільки ніякого іншої (нової, більш високої) суспільної небезпеки від таких дій не з'являється. Те саме стосується й таких дій, як «передача один одному, зберігання та носіння зброї та бойових припасів», про що йдеться в поставленому питанні. Водночас, «придбання» у сторонніх осіб (у широкому розумінні цього поняття) зброї з метою створення не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань або для поповнення (оновлення) арсеналу зброї для уже існуючого збройного формування чи збут третім особам зброї (наприклад, для вирішення фінансових потреб) потребує кваліфікації не тільки за ст. 260 КК, але й за ст. 262 КК або ч. 1 чи ч. 2 ст. 263 КК.

3. Чи потребують додаткової кваліфікації за частинами 1 чи 2 ст. 263 КК України дій учасників не передбаченого законом збройного формування, які з використанням зброї вчиняють інші злочини ?

Звертаємо увагу на відсутність положень постанов вищих судових інстанцій щодо кваліфікації незаконного поведіння зі зброєю членами незаконних збройних формувань та необхідності застосування поряд із ч. 2 ст. 260 КК ще й ст. 263 КК. Проте це питання вирішене там щодо іншого виду організованого злочинного угруповування – банди. В абз. 2 п. 21 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 23 грудня 2005 р. № 13 «Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями» зазначається, що дії учасників банди, пов'язані з незаконним носінням, зберіганням, ремонтом і передачею (один одному) предметів, якими вона озброєна, є складовими бандитизму й додаткової кваліфікації за ст. 263 не потребують. Зважаючи на те, що злочини, передбачені ст.ст. 257 та 260 КК, посягають на один і той самий видовий об'єкт: *безпеку від соціальних джерел загальнонопідвищеної небезпеки*¹, є сенс в екстраполяції відзначених положень сформульованих щодо бандитизму на випадки діяльності не передбачених законом збройних формувань.

Використання зброї при вчиненні злочинів (як учасниками стійких злочинних об'єднань, так й іншими особами) може бути обставиною, що обтяжує кримінальну відповідальність у випадках, коли відповідна ознака прямо передбачена в тексті кримінального закону: ч. 2 ст. 146 КК («ті

¹ Банда й не передбачені законом збройні формування є різновидами таких джерел.

самі діяння, учинені із застосуванням зброї»), ч. 4 ст. 296 КК («дії вчинені із застосуванням ... зброї ...»), ч. 2 ст. 393 КК (2ті самі дії поєднані із заволодінням зброєю або з її використанням»), ч. 3 ст. 405 КК («із застосуванням зброї»), ч. 2 ст. 408 КК («зі зброєю») та ін. Тому, зважаючи на те, що вчинення низки злочинів значно «полегшується» (стає більш ефективним, зручним) завдяки застосуванню їх суб'єктами зброї, законодавець оцінює цю обставину як таку, що посилює кримінальну відповідальність.

Окрім того, є кримінальні правопорушення (злочини), вчинення яких, зокрема шляхом нападу, також значно полегшується або є більш ефективним саме завдяки використанню зброї (наприклад, при вчиненні умисного бійства – ст. 115 КК, умисного знущання або пошкодження майна – ст. 194 КК, умисного пошкодження об'єктів електроенергетики – ст. 194¹ КК тощо). У наведених випадках використання зброї не є обов'язковою ознакою цих кримінальних правопорушень. Оскільки наявність зброї, у тому числі вибухових речовин, не є самоціллю збройного формування, а є засобом спільного вчинення протиправних дій її учасниками на виконання завдань збройного формування, то вчинення у таких випадках правопорушень (злочинів) з використанням зброї потребує кваліфікації за сукупністю злочинів: за ст. 260 та відповідними статтями (наприклад, 115 КК, 194 КК, 194¹ КК тощо).

Викладене дозволяє зробити висновок, що дії учасників не передбаченого законом збройного формування, які з використанням зброї вчиняють інші злочини, *підлягають додатковій кваліфікації* за відповідними статтями Особливої частини КК. Однак, кваліфікації ще й за 1 чи 2 ст. 263 КК такі діяння у зазначених випадках не потребують.

4. Чи може особа, яка діє в межах вирішення стратегічних та тактичних потреб окупаційної армії як частини військових операцій та безпосередньо виконує дії, передбачені ч. 1 ст. 438 КК України, бути суб'єктом цього кримінального правопорушення ?

Про суб'єкта кримінального правопорушення, передбаченого ст. 438 КК України в диспозиції цієї статті не йдеться, проте аналіз передбачених у ній суспільно небезпечних діянь дозволяє стверджувати, що він може бути двох видів: 1) особа, яка безпосередньо виконує дії, що прямо зазначені в диспозиції ч. 1 цієї статті та 2) особа, яка видає наказ про вчинення таких дій. У першому випадку йдеться про *загальний суб'єкт*

кримінального правопорушення, у другому – про *спеціальний* (ним може бути лише службова особа, причому як військова, так і цивільна). Таку саму позицію відстоює й В. О. Миронова, яка досліджувала кримінальне правопорушення, передбачене ст. 438 КК України, на монографічному рівні¹.

Отже, особа, яка діє в межах вирішення стратегічних та тактичних потреб окупаційної армії як частини військових операцій (так само як і будь-яка інша особа, що відповідає ознакам загального суб'єкта кримінального правопорушення, закріпленим у ч. 1 ст. 18 КК) може бути суб'єктом кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 438 КК України.

9. Науково-правовий висновок стосовно критеріїв для віднесення зброї до вогнепальної

Виконавці:

***В. І. Борисов** – д.ю.н., проф., академік НАПрН України, радник при дирекції Інституту, член Науково-консультативної ради при Верховному Суді;*

***М. В. Шенітько** – д.ю.н., с.н.с., провідний науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального та кримінально-виконавчого права.*

До члена Науково-консультативної ради при Верховному Суді, професора В. І. Борисова, 11 лютого 2021 р. надійшов лист вченого секретаря Науково-консультативної ради при Верховному Суді Л. М. Лобойка зі зверненням судді Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду Т. В. Шевченко по справі № 311/79/18 про надання наукового висновку з таких питань:

1. Чи може бути визнана предметом злочинів, передбачених статтями 262–264 КК України, зброя, яка відповідно до висновку судово-балістичної експертизи є гладкоствольним шротовим револьвером?

2. Що є вирішальним критерієм для віднесення зброї до вогнепальної: спосіб здійснення пострілів чи вид снаряду та можливі наслідки його застосування?

¹ Див.: Миронова В. О. Проблеми кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни: монографія ; за заг. ред. В. П. Ємельянова. Харків: Право, 2007. С. 147.

3. Чи є правомірним висновок про те, що зброя яка характеризується як вогнепальна (крім гладкоствольної мисливської), водночас не є предметом кримінальних правопорушень, передбачених статтями 262–264 КК України?

Дослідивши ці питання, науковці Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України, а саме: радник при дирекції, д.ю.н., професор В. І. Борисов і провідний науковий співробітник, д.ю.н., старший науковий співробітник М. В. Шепітько вважають за необхідне зазначити:

1. Згідно зі ст.ст. 262–263 КК України *вогнепальна зброя* (крім гладкоствольної мисливської), а за ст. 264 КК України також гладкоствольна мисливська, визнається предметом цих кримінальних правопорушень. Відповідно до п. 4 Постанови Пленуму Верховного Суду України №3 від 26.04.2002 р. «Про судову практику в справах про викрадення та інше незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями чи радіоактивними матеріалами», **до вогнепальної зброї**, яка є предметом злочинів, передбачених ст. ст. 262–264, 410 КК, належать усі види бойової, спортивної, нарізної мисливської зброї, як серійно виготовленої, так і саморобної чи переробленої, для проведення пострілу з якої використовується сила тиску газів, що утворюється при згоранні вибухової речовини (пороху або інших спеціальних горючих сумішей).

2. Наказ МВС України від 21.08.98 №622 регламентує порядок виготовлення, придбання, зберігання, обліку, перевезення та використання вогнепальної, пневматичної, холодної і охолощеної зброї, пристроїв вітчизняного виробництва для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями металевими снарядами не смертельної дії (далі – пристрої або пристрої вітчизняного виробництва), та патронів до них, а також боєприпасів до зброї, основних частин зброї та вибухових матеріалів.

Вогнепальна зброя – призначена для ураження цілей снарядами, що одержують спрямований рух у стволі (за допомогою сили тиску газів, які утворюються в результаті згорання металевого заряду) та мають достатню кінетичну енергію для ураження цілі, що знаходиться на визначеній відстані.

3. Пістолети й **револьвери вітчизняного виробництва**, які конструктивно призначені тільки для відстрілу патронів, **споряджених гу-**

мовими чи аналогічними за своїми властивостями металевими снарядами не смертельної дії і технічно не придатні для стрільби бойовими патронами **належать до пристроїв**. Водночас їх конструкція має забезпечувати неможливість взаємозаміни основних частин бойової і спортивної вогнепальної зброї, унеможливує здійснення пострілів в автоматичному режимі чергами. До патронів к пристроям належать такі, що споряджені гумовими чи аналогічними за своїми властивостями металевими снарядами *не смертельної дії*, призначені для відстрілу їх тільки пристроями вітчизняного виробництва й допущені в установленому порядку до використання. **За криміналістичними критеріями пристроїв вітчизняного виробництва визнаються травматичною вогнепальною зброєю самозахисту. Тому, за загальним правилом, поняття «пристроїв» є несумісним із поняттям «вогнепальна зброя».** Пристрій вітчизняного виробництва має «лабіринтний» ствол, який унеможливує рух цільного снаряду, який має питому кінетичну енергію.

Що стосується пристроїв, вироблених не в Україні, тобто **не вітчизняного виробництва**, то відносно них можуть бути випадки необхідності проведення додаткових судово-експертних досліджень щодо їх віднесення до вогнепальної зброї (за її характеристиками), або, навпаки, не віднесення.

4. Загальні криміналістичні ознаки вогнепальної зброї. Такими є:

- 1) призначення для ураження цілей на відстані снарядами, що одержують направлений рух за рахунок енергії згоряння металевих зарядів;
- 2) конструктивні ознаки матеріальної частини вогнепальної зброї, що поділяються на основні та додаткові:

основні – вузла, що складаються з камери для розміщення патрона (патронника), (зарядної камери), направляючої частини (ствол);

додаткові – ударно-спусковий механізм, механізм запирання каналу ствола, прицільного пристрою, пристрою для утримання та ін. механізмів.

3) надійність вогнепальної зброї – це можливість неодноразового її використання (більше двох) для здійснення пострілів без руйнування її конструкції або ушкодження за результатами проведення експериментальної стрільби.

5. При ознайомленні з матеріалами висновків експертів за результатами проведення судово-балістичної експертизи встановлено таке:

– об'єктом дослідження висновку експерта Запорізького НДЕКЦ МВС від 28.11.2017 №2–69 та висновку експерта Запорізького відділен-

ня Дніпропетровського НДІСЕ Міністерства юстиції України № 525–18 є револьвер калібру 9 мм моделі «ME-38 Compact», *німецького виробництва* зі знищеним номерним позначенням. Маркувальні позначення зазначеного револьвера «Cal. 9 mm blank» (blank в перекладі з англійської – холостий), а також конструктивні особливості його ствола (наявність вертикальної перетинки довжиною 53 мм, висотою 2,8 мм і товщиною 2,2 мм) вказують на те, що зазначений об'єкт промислового виробництва не віднесений саме виробником до вогнепальної зброї та має ознаки газової зброї.

6. Експерти проводили дослідження відповідно до методик (встановлення належності об'єкта до вогнепальної зброї та його придатності до стрільби (проведення пострілів) (реєстраційний код № 3.1.22) та (методикою встановлення належності об'єкта до бойових припасів вогнепальної стрілецької зброї та його придатності до стрільби (реєстраційний код № 3.2.05), (методика «Криміналістичного дослідження газових пістолетів та револьверів») (реєстраційний код – 3.1.18).

7. Згідно з п. 4.3.5. (методики 3.1.18) до револьверів, які належать до газової зброї, висуваються наступні криміналістичні вимоги:

- перетинки у стволі висотою не менш, ніж $1/4$ діаметру каналу ствола та товщиною не менш, ніж 1 мм;
- ступінчасте зменшення по діаметру вихідних отворів камор барабана відносно вхідних;
- неспіввісність вихідних отворів камор барабана відносно вхідних.

8. У висновку експерта Запорізького відділення Дніпропетровського НДІСЕ Міністерства юстиції України № 525–18 зазначено, що висота захисного елемента в каналі ствола менша за $1/4$ діаметра каналу ствола. Проте згідно з наданими даними діаметр каналу ствола біля дульного зрізу складає 9 мм, а перетинка (захисний елемент) має висоту 2,8 мм ($1/4$ від 9 складає 2,25), що значно перевищує $1/4$ від діаметру каналу ствола. Окрім цього, у цьому висновку зазначено, що камори барабана зазначеного револьвера мають співвісні зменшення діаметрів вихідних отворів відносно вхідних. **Отже, зазначений виріб не відповідає одній з криміналістичних вимог, що висуваються до револьверів, які є газовою зброєю, а саме: револьвери повинні мати неспіввісні вихідні отвори камор барабана відносно вхідних.**

9. Також у вказаному висновку зазначено, що розміри камор барабана дозволяють розміщувати в них шротові револьверні патрони калібру

35 Gren, що може мати ознаки неповного дослідження – в камері барабана розміщуються також шумові та газові револьверні патрони калібру 9мм, та револьверні патрони споряджені гумовими чи аналогічними за своїми можливостями металевими снарядами.

Отже, ураховуючи те, що зазначений виріб не відповідає вимогам газової зброї, відповідно до положень Методики 3.1.18 перевіряється можливість здійснення пострілу з наданого револьвера кульовим або шротовим патроном та визначаються енергетичні характеристики відстріляних снарядів.

10. Водночас, якщо за результатами проведеної експериментальної стрільби буде встановлено, що питома кінетична енергія перевищує 0,5 Дж/мм², це свідчатиме про те, що цей снаряд володіє достатньою вражаючою здатністю. У такому випадку застосовуватиметься п. 7.3.11 Методики 3.1.22: «Якщо в досліджуваному виробі промислового виробництва, призначеному для ураження цілей, але не віднесеному виробником до вогнепальної зброї, встановлені конструктивні ознаки, що дозволяють використовувати його як вогнепальну зброю без внесення до конструкції яких-небудь незворотних змін, на даному етапі дослідження робиться висновок про наявність у досліджуваного об'єкта цих ознак і визначається найближчий аналог вогнепальної зброї певного типу й виду.

Для встановлення належності досліджуваного екземпляра до вогнепальної зброї проводиться експериментальна стрільба з метою визначення питомої кінетичної енергії стріляного з нього снаряда».

Якщо під час експериментальної стрільби досліджуваний об'єкт витримав експериментальну стрільбу без руйнувань чи ушкоджень конструкції, які перешкодили б подальшому проведенню пострілів (стрільби), подальше дослідження припиняється. Досліджуваний об'єкт визнається вогнепальною зброєю, придатною для проведення пострілів(стрільби).

Справна вогнепальна зброя гарантовано забезпечує надання стріляним снарядам питомої кінетичної енергії, величина якої перевищує граничне значення 0,5 Дж/мм². Варто звернути увагу на те, що судовий експерт-баліст, згідно з методиками дослідження зброї та боеприпасів не встановлює спричинення летальних чи не летальних наслідків, що протирічить одному із висновків судового експерта Коломійця А. В. у фразі «...які не спричиняють летального наслідку».

Набої зняряджені шротовими чи гумовими металевими зарядами, можуть привести до летального наслідку, при влученні в окремі частини тіла та з відповідної дистанції.

Під час дослідження в порушення вимог (методика 7.4) не проводився розрахунок питомої кінетичної енергії стріляних снарядів (шротових патронів), якщо таких патронів немає, то експериментальна стрільба повинна проводитись патронами замінювачами або способом роздільного заряджання. Якщо питома кінетична енергія перевищує граничне значення **0,5 Дж/мм²**, то це свідчить про те, що цей снаряд володіє достатньою вражаючою здатністю.

Якщо при цьому досліджуваній об'єкт, з якого стріляний даний снаряд витримав експериментальну стрільбу без руйнувань чи ушкоджень конструкції, які перешкодили б подальшому проведенню пострілів, подальше дослідження припиняється. Досліджуваній об'єкт визначається вогнепальною зброєю, придатною для проведення пострілів (стрільби).

11. Отже, ураховуючи те, що у висновку експерта Запорізького НДЕКЦ МВС від 28.11.2017 № 2–69 та висновку експерта Запорізького відділення Дніпропетровського НДІСЕ Міністерства юстиції України № 525–18, не визначалася питома кінетична енергія снарядів, відстріляних із досліджуваного револьвера, та, відповідно, не встановлювалася здатність відстріляних снарядів заподіяти людині чи тварині небезпечні для життя або смертельні ушкодження, висновок про те, що досліджуваний револьвер є короткоствольною вогнепальною зброєю є таким, що *проведений не в повному обсязі*.

12. Гладкоствольний шротовий револьвер, який був об'єктом дослідження вищевказаних висновків експертів, *може бути* визнаний предметом кримінальних правопорушень, передбачених ст.ст. 262–264 КК України, якщо за результатами проведеної експериментальної стрільби буде встановлено, що питома кінетична енергія відстріляних з нього снарядів володіють достатньою вражаючою здатністю і їх питома кінетична енергія вище граничного значення 0,5 Дж/мм², тобто є достатньою для заподіяння людині чи тварині небезпечних для життя або смертельних ушкоджень.

Висновок:

1) револьвер, який надійшов на дослідження, є короткою ствольною вогнепальною зброєю – гладкоствольним револьвером, може бути предметом кримінальних правопорушень, передбачених ст.ст. 262–264 КК України;

1) вирішальним *критерієм* для віднесення зброї до вогнепальної є наявність у об'єкта дослідження **комплексу криміналістичних ознак:**

1) призначення для ураження цілей на відстані снарядами, що одержують спрямований рух за рахунок енергії згорання металевих зарядів (вогнепальність);

2) конструктивні ознаки матеріальної частини вогнепальної зброї (збройовість);

3) надійність конструкції, придатність для неодноразового проведення пострілів без руйнування (придатність);

3) висновок про те, що револьвер, який надійшов на дослідження, не є предметом кримінальних правопорушень, передбачених ст.ст. 262–264 КК України, є неточним. Потребує проведення додаткових судово-експертних досліджень.

10. Науково-правовий висновок щодо кваліфікації за ст. 286 КК дій водія, що вчинив дорожньо-транспортну пригоду, внаслідок якої померла вагітна жінка та загинув плід дитини

Виконавці:

***В. І. Борисов** – д.ю.н., проф., академік НАПрН України, радник
при дирекції Інституту, член Науково-консультативної ради
при Верховному Суді;*

***А. О. Бабич** – аспірант відділу дослідження проблем кримінального
та кримінально-виконавчого права Інституту.*

Питання, що надано до дослідження:

До Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України надійшов лист вченого секретаря Науково-консультативної ради при Верховному Суді Л. М. Лобойка (вх. лист електронною поштою № 502 від 12.11.2021 р.) із зверненням судді Касаційного кримінального суду Верховного Суду С. Я. Яковлевої за матеріалами провадження № 51-1592км21. У зверненні було поставлено питання:

«Чи вважається у даному випадку наслідком дорожньо-транспортної пригоди загибель двох осіб (матері та дитини), з урахуванням того, що на момент пригоди потерпіла була вагітною, а в подальшому останній було проведено кесарський розтин, внаслідок

чого народилася дитина (згідно з витягом з Державного реєстру актів цивільного стану громадян), котра померла наступного дня (згідно з свідоцтвом про смерть) в результаті недоношеності, у зв'язку клінічною смертю матері та травмами, які спричинені в результаті удару в умовах дорожньо-транспортної пригоди?»

Результати науково-правового дослідження.

Чи вважається у даному випадку наслідком дорожньо-транспортної пригоди загибель двох осіб (матері та дитини), з урахуванням того, що на момент пригоди потерпіла була вагітною, а в подальшому останній було проведено кесарський розтин, внаслідок чого народилася дитина (згідно з витягом з Державного реєстру актів цивільного стану громадян), котра померла наступного дня (згідно з свідоцтвом про смерть) в результаті недоношеності, у зв'язку клінічною смертю матері та травмами, які спричинені в результаті удару в умовах дорожньо-транспортної пригоди?

Обставинами, що обтяжують кримінальну відповідальність за вчинене кримінальне правопорушення за ст. 286 КК України є: 1) смерть потерпілого або заподіяння тяжкого тілесного ушкодження (ч. 2 ст. 286 КК України); 2) загибель кількох осіб (ч. 3 ст. 286 КК України).

Загибеллю кількох людей в аспекті ч. 3 ст. 286 КК України є смерть хоча б двох потерпілих, що настала внаслідок порушення особою, яка керувала транспортним засобом, правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту.

Враховуючи матеріали справи, можна дійти висновку, що *вирішення досліджуваного питання пов'язане із проблемою встановлення причинного зв'язку*. Верховний Суд з приводу подібних справ неодноразово зазначав, що з урахуванням супутніх обставин для кваліфікації дій особи за ст. 286 КК України судам варто виходити не лише з висновків експертів, в яких встановлено наявність причинного зв'язку між порушенням водієм Правил дорожнього руху та наслідками, що настали, а із сукупності всіх обставин, що належать до предмета доказування з огляду на особливості складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 286 КК України¹.

¹ Постанова Колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 24.03.2020 р. у справі № 130/720/17 (провадження № 51-2134км19). Єдиний державний реєстр судових рішень: вебсайт. URL: <https://>

З виroku відомо, що обвинувачений, керуючи автомобілем здійснив наїзд на пішохода – вагітну потерпілу, завдавши їй тяжких тілесних ушкоджень, які спричинили смерть останньої. Водночас необхідно звернути увагу, що травми отримані потерпілою при ДТП, що віднесені до категорії тяжких тілесних ушкоджень та які безпосередньо у подальшому потягнули смерть, були заподіяні саме *вагітній жінці*. Саме ця обставина послужила причиною проведення кесарського розтину, спрямованого як на спасіння ще життєздатного плоду, так і самої потерпілої (якщо стосовно останньої зберігалася ще така потреба).

Далі, висновком експертизи встановлено, що причиною смерті новонародженої дитини була політравма, яка стоїть у прямому причинному зв'язку зі смертю і була викликана пошкодженнями внаслідок дії на тіло життєздатного плоду предмета(-ів), якими могли бути виступаючі частини автотранспортного засобу, з послідуємим падінням на дорожнє покриття в умовах шляхово-транспортної пригоди та при знаходженні плоду в утробі матері. При цьому необхідно мати на увазі, що власне кесарів розтин та народження дитини і подальша її смерть через політравму внаслідок наїзду на вагітну жінку ще не свідчить про наявність окремого причинного зв'язку, обумовленого проведенням такого розтину, стосовно смерті ще одного потерпілого – новонародженої дитини. Кесарів розтин та вилучення ще життєздатного плоду із утробы матері необхідно розглядати як *супутні обставини*, що супроводжували розвиток причинного зв'язку. Особливий фізіологічний стан потерпілої – вагітність і є ключовим аспектом у вирішенні проблеми причинності. Так, саме наїзд на вагітну потерпілу став вирішальним і визначальним фактором, який призвів до визначених наслідків: заподіяння тяжких тілесних ушкоджень вагітній жінці, що спричинило через певний проміжок часу її смерть. Процес надання медичної допомоги потерпілій супроводжувався перериванням вагітності шляхом кесаревого розтину. Однак, це не врятувало її від смерті. Плід, що штучно був вилучений із утробы матері, був визнаний новонародженою дитиною. Проте, дитина через травми, не сумісні з подальшим існуванням, що були заподіяні плоду ще під час перебування в утробі матері, померла. Травми, що були нанесені вна-

reyestr.court.gov.ua/Review/88449012. Аналогічна правова позиція викладена у постанові ВС від 16.10.2019 р. у справі № 163/1753/17 (Постанова Колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 16.10.2019 р. у справі № 163/1753/17 (провадження № 51-3182км19). Єдиний державний реєстр судових рішень: вебсайт. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85075551>).

слідок наїзду на потерпілу, не призвели відразу до її смерті, як і до смерті плоду, що дозволило лікарям протягом деякого часу (поки потерпіла перебувала у стані клінічної смерті) провести кесарів розтин для врятування її життя та життя дитини. Однак характер травм, що були нанесені потерпілій та її плоду під час наїзду за своєю сутністю відразу були не сумісні з їх життям. Той проміжок часу між наїздом (діянням обвинуваченого) та настанням смерті вагітної потерпілої, не має вирішального значення для встановлення причинного зв'язку. Він (проміжок часу) давав надію лікарям на можливість спасіння життя потерпілої та новонародженої дитини. Однак, виходячи з обставин справи, травми, що були нанесені вагітній та її плоду, були настільки значними, що все одно призвели до їх смерті. За таких обставин необхідно вважати, що потерпілій, яка була вагітна, було нанесено тяжке тілесне ушкодження, що спричинило її смерть. Плоду, що був в утробі матері, також були нанесені ушкодження, не сумісні з життям. А тому подальше вилучення плоду, що дозволило вважати, відповідно до формально встановленої процедури, його дитиною, оскільки плід був ще життєздатний, не змінює загальну оцінку наслідку, а саме: загибель плоду, що був в утробі матері. За таких обставин, дії особи, що допустила ДТП, необхідно кваліфікувати за ч. 2 ст. 286 КК за ознакою заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілої. Загибель плоду є обставиною, яка повинна бути врахована при наданні кримінально-правової характеристики вчиненого, зокрема, визначенні ступеня тяжкості кримінального правопорушення (п. 3 ч. 1 ст. 65 КК).

11. Науковий висновок щодо окремих питань розмежування кримінальних правопорушень, передбачених ст. 368 КК та ст. 190 КК

Виконавець:

*О. О. Пащенко – д.ю.н., доцент, провідний науковий співробітник
відділу дослідження проблем кримінального та кримінально-
виконавчого права.*

До члена Науково-консультативної ради при Верховному Суді професора В. І. Борисова надійшло звернення судді Касаційного криміналь-

ного суду Верховного Суду Миколи Ковтуновича (вих. № 617/0/26–21 від 04 листопада 2021 р., вх. № 495/1 від 05 листопада 2021 р.) з проханням підготувати науковий висновок щодо провадження № 385/939/16-к щодо особи N (сільського голови) за обвинуваченням у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. 1 ст. 366, ч. 3 ст. 368 КК.

Особа N, одержала від особи M неправомірну вигоду у сумі 5 000 грн., за рішення про надання дозволу на складання проєкту землеустрою щодо відведення земельної ділянки у власність особи M для ведення індивідуального садівництва. Далі, N з метою отримання неправомірної вигоди, усвідомлюючи, що депутатами сільської ради стосовно надання дозволу на складання проєкту землеустрою особі M проголосовано не буде, склала та видала останньому чотири примірники завідомо неправдивого офіційного документа – рішення сесії сільської ради «Про надання дозволу на складання проєкту землеустрою щодо відведення земельної ділянки у власність особи M для ведення індивідуального садівництва».

Правильність кваліфікації діяння особи N за ч. 1 ст. 366 КК не оспорується.

У зверненні наголошується на наявності в розглядуваному кримінальному провадженні «особливих умов»: 1) земельна ділянка щодо якої особа N підробила рішення про надання дозволу на складання проєкту землеустрою, перебуває за межами населеного пункту, а тому, з урахуванням положень ст.ст. 83, 122 Земельного кодексу України (у редакції, чинній на дату події) вирішення питання про її передачу у власність чи користування не належить до повноважень відповідної сільської ради; 2) на момент вчинення особою N розглядуваного діяння існувало чинне рішення сільської ради 2009 року (на той час вирішення питання належало до компетенції сільської ради) про виділення цієї ж земельної ділянки особі P, про що N було відомо, але остання запевнила M у тому, що у P відповідного екземпляра рішення немає і з її боку не буде жодних претензій стосовно надання земельної ділянки M.

У зв'язку з відсутністю єдності позицій у правозастосовній практиці щодо розмежування складів злочинів, передбачених ст. 368 та ст. 190 КК, про що свідчать, зокрема, ухвала Верховного Суду України від 04 березня 2008 р. та постанова Верховного Суду України від 22 грудня 2016 р., де подібні до розглядуваного кримінального провадження випадки було кваліфіковано неоднаково: за ст. 190 КК (як шахрайство) та ст. 368 (як

одержання службовою особою хабара¹) відповідно, виникла необхідність у зверненні до членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді з метою надання роз'яснення з таких питань:

1. Чи у кожному випадку наявність обману в діянні службової особи за вищенаведених обставин вимагає перекваліфікації її дій із ст. 368 на ст. 190 КК?

2. Якщо ні, то за яких умов дії службової особи необхідно кваліфікувати за ст. 368 КК, а за яких – за ст. 190 КК, тобто за якими особливими (специфічними) ознаками буде правильним здійснити їх розмежування?

3. Яким чином у заданій ситуації на правову оцінку діяння службової особи впливає характер обману і мета його застосування?

4. Чи можна вважати реалізацією можливостей, обумовлених займаною посадою, підписання службовою особою (сільським головою) рішення, яке приймається колегіальним органом, якщо право підписувати такі рішення визначено в межах службових повноважень особи та: у першому випадку – вирішення відповідного питання належить до повноважень колегіального органу (сільської ради), а в другому – до компетенції центрального органу (або його територіальних органів) виконавчої влади з питань земельних ресурсів?

5. Чи матимуть значення для точного застосування кримінально-правової норми зазначені вище «Особливі умови»? Якщо так, то за якою нормою (ст. 368 чи ст. 190 КК) та за якими саме ознаками з урахуванням цих умов буде правильно кваліфікувати дії М?

6. За нормою якої статті КК у такому разі буде правильним кваліфікувати діяння службової особи залежно від того, усвідомлювала вона чи ні (у момент підписання та видачі рішення) ту обставину, що вирішення питання про надання дозволу на складання проекту землеустрою не належить до повноважень сільської ради?

Вивчивши ці питання, провідний науковий співробітник Науководослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України, д.ю.н., доцент О. О. Пащенко, вважає за необхідне надати такі відповіді на поставлені запитання:

1. Чи у кожному випадку наявність обману в діянні службової особи за вищенаведених обставин вимагає перекваліфікації її дій із ст. 368 на ст. 190 КК?

¹ Саме такий термін було вжито у чинній на час вчинення злочину (14.08.2009 р.) редакції ст. 368 КК

2. Якщо ні, то за яких умов дії службової особи необхідно кваліфікувати за ст. 368 КК, а за яких – за ст. 190 КК, тобто за якими особливими (специфічними) ознаками буде правильним здійснити їх розмежування?

Оскільки ці питання є взаємопов'язаними, а відповіді на них – взаємообумовленими, є сенс відповідати на них комплексно.

Відповідаючи на перше питання, зауважуємо, що ні, не в кожному наведеному випадку вимагається перекваліфікація дій службової особи із ст. 368 на ст. 190 КК, навіть навпаки, як правило, наявність обману не є обставиною, що зумовлює необхідність такої перекваліфікації. Розвиваючи цю думку й відповідаючи на друге питання, зазначаємо, що довірливе ставлення до шахрая може ґрунтуватися на родинних, службових відносинах (начальник-підлеглий), знайомстві, певних цивільно-правових відносинах. У випадку ж коли потерпілий довіряє суб'єкту злочину як службовій особі (тобто остання використовує так званий «авторитет посади») – такі випадки мають кваліфікуватися за ст. 368 КК, лише за деякими винятками. Це випадки, коли службова особа одержує неправомірну вигоду для передачі іншій службовій особі, а насправді, заздалегідь не має наміру ні до кого не звертатися, а прагне лише обернути таку вигоду на свою користь. В. І. Тютюгін з цього приводу зазначає: «Дії службової особи, яка одержала гроші чи інші матеріальні цінності начебто для передачі іншій службовій особі як хабар, а насправді мала намір не передавати їх, а привласнити, належить кваліфікувати не за ст. 368 КК, а за відповідними частинами статей 190 та 364 КК як шахрайство та службове зловживання»¹.

Важливе значення для кваліфікації вчиненого за ст. 368 КК є те, що діяння, обумовлені неправомірною вигодою, службова особа має вчинити з використанням наданої їй влади або службового становища. Причому до них належать не лише дії, які безпосередньо входять до кола службових повноважень (компетенції) службової особи, а й такі, для вчинення яких вона могла вжити заходів на підставі свого службового становища, використовуючи для цього авторитет своєї посади, її значущість, впливовість². Також варто зазначити, що у ст. 1 Закону України

¹ Тютюгін В. І. Злочини у сфері службової діяльності. Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, С. Б. Гавриш та ін. ; за заг. ред. В. Т. Маляренка, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. 2-ге вид., перероб. та доп. Харків: Одісеї, 2003. С. 972.

² Тютюгін В. І. Кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Кримінальне право

«Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 р., корупційні діяння спеціальних суб'єктів вчинювані з метою одержання неправомірної вигоди, характеризуються наявністю в них використання: а) службових повноважень або б) *пов'язаних з ними можливостей*.

Натомість, якщо суб'єкт заради досягнення бажаного для себе результату використовує не свою владу, або службове становище, а особисті зв'язки, дружні чи родинні стосунки з іншими, у тому числі й службовими, особами – склад службового злочину відсутній¹.

3. Яким чином у заданій ситуації на правову оцінку діяння службової особи впливає характер обману й мета його застосування?

Обман у заданій на правову оцінку ситуації полягав у тому, що: 1) службова особа N запевнила М, що все робить законно, хоча насправді усвідомлювала (достовірно знала), що відповідне рішення входить лише до компетенції колегіального органу, а саме депутатів сільської ради; тоді як до її повноважень входить лише підписання такого рішення; 2) запевнила особу М у можливості отримати таке рішення за умови надання грошової винагороди в розмірі 5 000 грн.

За таких обставин обман не впливає на необхідність кваліфікації вчиненого за ст. 368 КК, оскільки для одержання неправомірної вигоди особа використала своє службове становище – за видачу зовні законного, проте за суттю підробленого документу, отримала 5 000 грн. використовуючи авторитет своєї посади (а не, скажімо, приватні стосунки), – їй потерпілий (приватна особа) довіряв як службовій особі, не усвідомлюючи, що насправді для отримання законного як по формі так і по суті рішення необхідно рішення депутатів сільської ради.

4. Чи можна вважати реалізацією можливостей, обумовлених займаною посадою, підписання службовою особою (сільським головою) рішення, яке приймається колегіальним органом, якщо право підписувати такі рішення визначено в межах службових повноважень особи та: в першому випадку – вирішення відповідного питання належить до повноважень колегіального органу (сільської ради), а в другому – до компетенції центрального органу (або його територіальних органів) виконавчої влади з питань земельних ресурсів?

України: Особлива частина: підручник / В. Я. Тацій, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін.; за ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. 6-те вид., перероб. і доп. С. 591.

¹ Там само. С. 580, 581.

У першому випадку так, можна, оскільки до компетенції службової особи (сільського голови), входить підписання рішень, прийнятих відповідною сільською радою. Авторитет посади сільського голови (службовий авторитет) є беззаперечним для всіх мешканців відповідного села, у тому числі й для депутатів сільської ради. Те саме стосується його (авторитету) сприйняття сторонніми особами (як у розглядуваному випадку, коли заявник не був мешканцем відповідного населеного пункту). Тобто можливості, обумовлені займаною посадою, мали зв'язок із вчиненням злочину, формуванням до себе довірливого ставлення.

У другому, на перший погляд, можна подумати, що, ні, оскільки посада, яку обіймає службова особа, ніяким чином не має зв'язку із тим органом, що приймає відповідне рішення, авторитет її посади вже «не впливає» на такий колегіальний орган. За таких умов здається, що не може йтися про службовий злочин взагалі. Зв'язок між повноваженнями службової особи і прийняттям рішення, в якому зацікавлений заявник (надавач неправомірної вигоди), взагалі відсутній. Водночас, об'єктом надання неправомірної вигоди зокрема, і, кримінальних правопорушень, передбачених розділом XVII Особливої частини КК взагалі, є не лише нормальна діяльність органів державної влади та органів місцевого самоврядування, а ще й їх авторитет. Для спричинення шкоди цьому об'єктові не вимагається, щоб службова особа використовувала лише реально наявні повноваження, можливим є використання і «запозичених» повноважень. Принциповим при цьому є інше – чи знає про це заявник (надавач неправомірної вигоди). Якщо так, то авторитет як об'єкт не страждає, оскільки заявник сам усвідомлює, що і він, і службова особа до якої він звернувся для «вирішення питання» діють у непередбачений законом спосіб. У зворотному випадку ситуація змінюється – надавач неправомірної вигоди упевнений в тому, що повноважень у службової особи для «вирішення його питання» достатньо аби надати йому відповідне рішення, він упевнений у його законності, а насправді воно таким не є, що і ставить під сумнів авторитет органів державної влади та органів місцевого самоврядування.

Отже, відповідь на четверте поставлене у зверненні питання має значення лише за умови, що надавач неправомірної вигоди усвідомлював, що її одержувач буде діяти в непередбачений законом спосіб.

5. Чи матимуть значення для точного застосування кримінально-правової норми зазначені вище «Особливі умови»? Якщо так, то за якою

нормою (ст. 368 чи ст. 190 КК) та за якими саме ознаками з урахуванням цих умов буде правильно кваліфікувати дії М?

Відповідати на це питання варто зважаючи на відповідь на питання №4.

Якщо заявник (надавач неправомірної вигоди) усвідомлював, що службова особа, до якої він звернувся, не має права на ухвалення потрібного йому рішення й авторитет її посади не поширюється на діяльність компетентного у вирішенні цього питання органу – має застосовуватися ст. 190 КК, оскільки відсутнє спричинення шкоди не лише нормальній діяльності, а й авторитету органів державної влади та органів місцевого самоврядування, якщо ж не усвідомлював – авторитет цих органів як об'єкт кримінально-правової охорони зазнає збитку, а тому вчинене має кваліфікуватися за ст. 368 КК. Те саме стосується і другої «особливої умови» – якщо заявник (надавач неправомірної вигоди) усвідомлював, що земельна ділянка, за виділення якої він надає неправомірну вигоду, раніше вже була виділена іншій особі, тобто, що він не може отримати її у передбачений законом спосіб – з боку службової особи наявне шахрайство (ст. 190 КК), якщо нічого такого він не усвідомлював, то зазначена «особлива умова» (як і перша) не змінює необхідності кваліфікації одержувача неправомірної вигоди за ст. 368 КК.

6. За нормою якої статті КК у такому разі буде правильним кваліфікувати діяння службової особи залежно від того, усвідомлювала вона чи ні (у момент підписання та видачі рішення) ту обставину, що вирішення питання про надання дозволу на складання проєкту землеустрою не належить до повноважень сільської ради?

Як було показано при відповідях на питання №№4, 5, для кваліфікації вчиненого службовою особою за ст. 368 КК має значення не лише її правомочність, компетентність (у широкому сенсі, включаючи авторитет її посади), а й сприйняття цих обставин особою, що надає неправомірну вигоду. Якщо остання усвідомлювала наведену інформацію (ту обставину, що вирішення питання про надання дозволу на складання проєкту землеустрою не належить до повноважень сільської ради), то службова особа має відповідати за 190 КК, якщо ні, – за ст. 368 КК.

Наданий на аналіз випадок ускладнюється тим, що сільська рада надає не дозвіл, а погодження. Згідно наданих матеріалів:

– роз’яснення начальника Головного управління Держгеокадастру в Кіровоградській області від 26.12.2016 № 10-11-0.31–17080/2–16 відповідно до якого, «з 15 жовтня 2014 року при вирішенні питання про надання громадянам, зацікавленим в одержанні безоплатно у власність земельної ділянки із земель державної або комунальної власності для ведення садівництва, у межах норм безоплатної приватизації, обов’язковим стало врахування позиції органів місцевого самоврядування у питаннях розпорядження землями сільськогосподарського призначення державної власності» (Вирок Гайворонського районного суду Кіровоградської обл. від 28.03.2017 р. та ухвала Кропивницького апеляційного суду від 02.02.2021 р. відсилають до т. 1 а.с. 148). Зважаючи на те, що подія кримінального правопорушення, інкримінованого Н, сталася 01.06.2016 р., не можна стверджувати, що сільська рада взагалі не мала ніякого відношення до виділення земельних ділянок. Інша річ, що вона правомочна надавати не «дозволи на виділення земельних ділянок», а лише «погодження» – як пояснили допитані у судовому засіданні свідки:

- ОСОБА 5 (секретар Черемпільської сільської ради): «якщо земельна ділянка за межами населеного пункту – то сільська рада дає висновок-погодження (заперечує чи погоджує)» – абз. 3 с. 3 вироку Гайворонського районного суду Кіровоградської обл. від 28.03.2017 р.

- ОСОБА 6 (землевпорядник Черемпільської сільської ради): «На сесії не може бути прийняте рішення про надання земельної ділянки поза межами населеного пункту, сесія виносить тільки погодження. За межами села сільська рада тільки надає висновок-погодження».

Якщо заявник (особа, яка надала неправомірну вигоду) була обізнана в цих юридичних тонкощах виділення земельних ділянок (сесія сільської ради надає не дозвіл, а лише погодження) і саме про це вона домовлялася із одержувачем неправомірної вигоди – діяння останньої має кваліфікуватися за ст. 190 КК. В іншому ж випадку, коли усвідомленням М не охоплювався той факт, що земельну ділянку сільська рада надати не може, а надає лише погодження – діяння одержувача неправомірної вигоди має кваліфікуватися за ст. 368 КК.

12. Науково-правовий висновок щодо застосування ч. 2 ст. 369² КК за ознаками суб'єкта злочину

Виконавці:

***В. І. Борисов** – д.ю.н., проф., академік НАПрН України, радник при дирекції Інституту, член Науково-консультативної ради при Верховному Суді;*

***О. О. Пащенко** – д.ю.н., доцент, провідний науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального та кримінально-виконавчого права.*

До члена Науково-консультативної ради при Верховному Суді, професора

В. І. Борисова, надійшло звернення судді Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду Г. М. Анісімова із супровідним листом вченого секретаря Науково-консультативної ради при Верховному Суді Л. М. Лобойка (вих. № 18/0/27–21 від 23.02.2021, вх. № 357 від 24.02.2021) про підготовку наукового висновку у справі 554/5090/16-к щодо доктринального тлумачення питання про визначення суб'єкта злочину (кримінального правопорушення), передбаченого ч. 2 ст. 369² КК.

У зверненні наголошується, що у судовій практиці Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду існує два підходи щодо визначення суб'єкта злочину (кримінального правопорушення) за ч. 2 ст. 369² КК.

У більшості випадків як перша так і друга судові палати цього суду виходили з того, що суб'єкт указаного злочину (кримінального правопорушення) має відповідати загальним ознакам суб'єкта кримінального правопорушення (статті 18–22 КК), обґрунтовуючи свої висновки тим, що у ст. 369² КК йдеться про використання особою такого впливу, який не є службовим, зокрема, і не пов'язаного та не обумовленого владою, службовим становищем чи повноваженнями особи.

Колегія суддів Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду не погодилась з таким підходом до визначення суб'єкта злочину (кримінального правопорушення), передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, запропонувала інше бачення щодо змісту цієї ознаки та передала розглядуване провадження на розгляд об'єднаної палати Касаційного кримінально-

го суду у складі Верховного Суду. Колегія вважає, що в цій нормі ст. 369² КК йдеться про використання не будь-якого впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, а лише про зловживання таким впливом, який безпосередньо пов'язаний з наявністю у суб'єкта злочину (кримінального правопорушення) влади, службового становища чи повноважень та обумовлений ними. Отже, підкреслюється у зверненні, йдеться про зловживання службовим впливом (у широкому розумінні) особою, яка має (може мати) такий вплив, що вказує на те, що суб'єктом цього злочину (кримінального правопорушення) може бути лише певна службова особа (відповідно до ч. 2 ст. 18 КК такий суб'єкт називається спеціальним). У зверненні вказано, що з такої ж правової позиції виходила при розгляді справи № 359/1848/15-к колегія суддів першої судової палати Касаційного кримінального суду в постанові від 26 червня 2018 року.

Колегія суддів, як зазначено у зверненні, вважає, що з'ясування ознак суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК, неподільно пов'язане зі змістом норми ст. 12 «Зловживання впливом» Кримінальної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією (підписаної від імені України 27 січня 1999 року і ратифікованої Законом України 18 жовтня 2006 року № 252-V). У ст. 12, зокрема, зазначено, що «кожна Сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів що можуть бути необхідними для встановлення в своєму національному законодавстві кримінальної відповідальності за умисне вчинення обіцяння, пропонування, чи надання прямо чи опосередковано будь-якої неправомірної переваги будь-якій особі, яка заявляє чи підтверджує, що вона може за винагороду зловживати впливом на прийняття рішень будь-якою особою, згаданою у статтях 2, 4–6 і 9–11, незалежно від того, чи така неправомірна перевага призначена для неї особисто чи для іншої особи, а також вимагання, одержання або прийняття пропозиції чи обіцянки надання такої переваги у винагороді за такий вплив незалежно від того, чи такий вплив дійсно здійснюється, чи призводить до бажаного результату».

Із цього приводу науковці Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України, а саме: радник при дирекції, д.ю.н., професор В. І. Борисов і провідний науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального та

кримінально-виконавчого права, д.ю.н., доцент О. О. Пащенко, вважають за необхідне зазначити таке.

Вказане положення ст. 12 Кримінальної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією орієнтує на взяття Стороною-підписантом зобов'язання передбачити у своєму національному законодавстві про кримінальну відповідальність за «умисне вчинення обіцяння, пропонування, чи надання прямо чи опосередковано будь-якої неправомірної переваги *будь-якій особі*¹ яка заявляє чи підтверджує, що вона може за винагороду зловживати впливом ...». Термін «будь-якій особі» дозволяє розглядати його зміст широко, безвідносно від соціального статусу особи, яка може (здатна) зловживати своїм впливом (наприклад, використання впливу волонтером або визнаним активістом).

Автор звернення, на підкріплення позиції колеги суддів першої судової палати Касаційного кримінального суду, звертається також до ст. 18 «Зловживання впливом» Конвенції ООН проти корупції (підписаної від імені України 11 грудня 2003 року й ратифікованої Законом України *також* 18 жовтня 2006 р. № 251-V), вважаючи, що ця Конвенція обмежує суб'єкта зловживання впливом лише «державною посадовою особою» та «такою іншою особою», маючи на увазі останню такою, що «прирівнюється до державних посадових осіб».

На наш погляд, Конвенція ООН у ст. 18 не обмежує коло суб'єктів вчинення такого діяння спеціальними суб'єктами, а лише уточнює, що зловживати впливом можуть також *державні посадові особи*. Попередньо, у ст. 18 цієї Конвенції зазначено, що кожна Держава-учасниця розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, що можуть бути необхідними для визнання зловживання впливом з боку таких осіб злочином. Звернення до норм КК України засвідчує передбачуваність відповідальності службових осіб за зловживання впливом. У науковій та учбовій літературі, як правило, рекомендується до застосування у таких випадках ст. 364 КК «Зловживання владою або службовим становищем» (див., наприклад, Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України/ за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. С 1185). Вважаємо, що й ч. 2 ст. 369² КК дає можливість застосовувати її по-

¹ Курсив наш – В. І. Борисов, О. О. Пащенко.

ложення до службових осіб за певних обставин. Положення цієї норми безпосередньо відповідають ст. 12 Конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією, в якій суб'єктом зловживання впливом, як вже було зазначено, рекомендується вважати «будь-яку особу». Якихось обмежень ні ст. 12 Конвенція, ні норма ч. 2 ст. 369² КК щодо суб'єкта не містять.

Щодо словосполучення «така інша особа», яке також використовується у зверненні на користь обмеженого тлумачення суб'єкта кримінального правопорушення за ч. 2 ст. 369² КК, то варто зазначити, що воно є подібним словосполученню «будь-якій іншій особі», яке, як і наведене словосполучення, повторюється у ст. 18 Конвенції двічі. У даному разі зміна в тексті одного словосполучення на інше є лише зміною їх літературної форми. Що стосується змісту цих словосполучень, то він залишається однаковим і відповідає більш узагальненому словосполученню «будь-яка особа», наведеному у ст. 12 Конвенції Ради Європи.

Як визначальний аргумент на користь обмеженого тлумачення суб'єкта ч. 2 ст. 269² КК використовується й назва статті «Зловживання впливом». Необхідно зазначити, що назва статті Особливої частини КК не є складовою норми закону про кримінальну відповідальність. Текст норми наводиться у відповідній частині статті і саме він піддається тлумаченню. Що стосується назви статті, то вона має лише допоміжний характер, її основне призначення – допомогти правозастосувачу зорієнтуватися в пошуку необхідної норми КК. Тому законодавець інколи доволі своєрідно підходить до формулювання назв статей. Наприклад, подібна норма у КК Грузії має назву «Торгівля впливом» (ст. 339¹), у КК Чехії – «Непряма корупція» (ст. 333).

Треба також мати на увазі, що в умовах необхідності посилання державної політики у сфері боротьби з корупцією, масштабність якої в Україні залишається значною, шлях можливого сумнівного обмеження суб'єкта відповідальності за ч. 2 ст. 369² КК лише «державною посадовою особою та такою іншою особою» виглядає на даному етапі розвитку права дещо недоцільним.

Висновок. Дії, зазначені в ч. 2 ст. 369² КК, пов'язані із зловживанням впливом, можуть бути вчинені будь-якою особою.

13. Науково-правовий висновок щодо тлумачення поняття «агресивна війна» у розумінні положень статті 437 КК України

Виконавці:

*В. І. Борисов – д.ю.н., проф., академік НАПрН України, радник
при дирекції Інституту, член Науково-консультативної ради
при Верховному Суді;*

*В. А. Ситник – аспірантка Національного юридичного університету
ім. Ярослава Мудрого.*

До члена Науково-консультативної ради при Верховному Суді, професора В. І. Борисова, надійшло звернення судді Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду А. О. Чистика із супровідним листом вченого секретаря Науково-консультативної ради при Верховному Суді Л. М. Лобойка (вих. № 15/0/27–21 від 16.02.2021, вх. № 352 від 16.02.2021) про підготовку наукового висновку у справі № 51–7121/км/18 щодо тлумачення поняття «агресивна війна» у розумінні положень статті 437 КК.

У зверненні поставлені питання щодо розуміння положень ст. 437 КК, на які вважаємо можливим надати відповіді.

1. Як тлумачиться поняття «агресивна війна» в розумінні положень ст. 437 КК України?

«Агресивна війна» та «агресивні воєнні дії» є видовими поняттями родового поняття «агресія», зміст яких варто визначати виходячи не тільки із змісту поняття «агресія», але й понять «війна» та «воєнні дії».

Поняття «агресія» було уведено в міжнародний нормативно-правовий обіг у часи розгляду злочинів, здійснених особами, які займали керівні посади в Німеччині та Японії, Нюрнберзьким та Токійським трибуналами для характеристики ступеня жорстокості вчинених ними воєнних злочинів. Саме визначення поняття «агресія» було надано в резолюції Генеральної Асамблеї ООН від 14 грудня 1974 р. № 3314. У статті 1 Резолюції агресію визначено як застосування збройної сили держави проти суверенітету, територіальної цілісності або політичної недоторканості іншої держави, або в будь-якій інший спосіб, несумісний зі Статутом ООН.

Конститутивною ознакою агресії є застосування проти іншої держави саме збройної сили.

«Війна» – це суспільно-політичне явище, що виражається в боротьбі держав, народів, націй із застосуванням засобів збройного, економічного, інформаційного, психологічного чи іншого насилля. Початком війни є момент фактичного відкриття воєнних дій або формального проголошення війни. Відповідно до Гаазької конвенції 1907 року щодо початку війни: воєнні дії між державами не повинні починатися без попереднього й неоднозначного попередження у формі вмотивованого оголошення війни або ультиматуму з умовним проголошенням війни.

«Воєнні дії». Міжнародне право не містить чіткого визначення «воєнні дії» та «участь у воєнних діях». Однак термін «воєнні дії» згадується в усіх Женевських конвенціях та Додаткових протоколах пов'язаних з ситуаціями міжнародного або неміжнародного збройного конфлікту. Відповідно до ст. 1 Додаткового протоколу II «збройні сили», «недержавні збройні формування», «інші збройні організовані групи» мають здатність використовувати безперервні та узгоджені воєнні дії. Проте навіть під час збройного конфлікту не завжди будь-яке діяння з боку супротивника є частиною воєнних дій.

Поняття «воєнних дій» відноситься до (колективного) використання сторонами в конфлікті методів та засобів нанесення ушкоджень неприятелю. *Участь у воєнних діях визначає індивідуальну ступінь участі.* Воєнними діями можуть визнаватися напади, які визначаються як акти насилля по відношенню до противника, незалежно від того здійснені вони при наступі чи обороні. Воєнні дії можуть бути навіть при відсутності шкоди воєнного характеру, у вигляді нападу на цивільних осіб чи їх об'єкти. Наприклад, снайперська стрільба по цивільним особам, бомбардування чи артилерійські обстріли житлових будинків, кварталів, міст, що стали причиною смертей, поранень цивільних та руйнувань їх житла. Такі дії можуть кваліфікуватися як воєнні дії.

Складовою воєнних дій є воєнні зусилля, що об'єктивно сприяють поразці ворога (наприклад, проєктування, виробництво і транспортування зброї і воєнного спорядження, будівництво доріг, портів, аеродромів, мостів, залізниць та інших елементів інфраструктури поза рамками конкретних воєнних операцій). Це також діяння на підтримку війни, що полягають у політичній, економічній та інформаційній діяльності в підтримку спільних воєнних зусиль (наприклад, політична пропаганда,

фінансові угоди, виробництво сільськогосподарської продукції та промислових товарів невоєнного призначення). Можна припустити, що в кінцевому підсумку воєнні зусилля призведуть до шкоди, що досягає порогу, необхідного для їх кваліфікації як участь у воєнних діях. Деякі з цих діянь можуть навіть бути необхідними для заподіяння шкоди супротивнику, наприклад, фінансове забезпечення, надання їжі та притулку збройним силам, виробництво зброї та боєприпасів. Зазначені зусилля визнаються участю у воєнних діях якщо вони тісно пов'язані з такими діями та виступають їх складовою частиною.

«Агресивна війна». Агресивна війна є лише одним із проявів агресії. Така війна характеризується *значною масштабістю дій*, поєднаних із використанням збройних сил з іншими засобами інтенсивного впливу на населення та уряд протилежної сторони (дипломатичними, політичними, економічними, інформаційними тощо), спрямованих для досягнення цілей – окупації території, підкорення, анексії тощо. Будь-яка агресивна війна є актом злочину агресії.

У поправках до Римського статуту Міжнародного кримінального суду за злочини агресії було закріплено поняття «злочин агресії», що визначається як планування, підготовка, ініціювання чи вчинення особою, яка має фактичну можливість здійснювати керівництво чи контроль за політичними чи військовими діями держави, акту агресії, який в силу свого характеру, серйозності та масштабів є грубим порушенням Статуту ООН.

2. Вчинення яких діянь варто вважати агресивною війною?

Елемент агресивної війни може виявлятися у меті держави, яка розпочинає війну: 1) окопувати чи завоювати територію іншої держави чи її частину; 2) підтримати іншу державу у веденні агресивної війни проти третьої держави; 3) запобігти наданню допомоги іншою державою третій державі, чию територію держава-агресор хоче окопувати чи завоювати. Проте такі дії можуть бути визнані агресивною війною за умови їх значної масштабності.

3. Чи можна використовувати термін «агресія», закріплений у резолюції Генеральної Асамблеї ООН від 14 грудня 1974 року № 3314 (XXIX) для реалізації цілей і завдань КК України, зокрема брати його за основу для розуміння поняття «агресивна війна» під

час вирішення питання щодо притягнення осіб до кримінальної відповідальності за ст. 437 КК України?

Саме так необхідно діяти. Визначення агресії у резолюції № 3314 дає можливість правильного тлумачення поняття «агресивна війна». При цьому необхідно мати на увазі, що ці поняття не є тотожними за змістом, оскільки різновидом агресії є також «агресивні воєнні дії».

4. Як співвідносяться між собою визначення у ч. 2 ст. 437 КК України поняття «ведення агресивної війни» та «ведення агресивних воєнних дій»?

Поняття «агресивна війна» та «агресивні воєнні дії» є різновидами «агресії». Ключова відмінність між ними в масштабності ведення воєнних дій. Агресивна війна характеризується широкомасштабним застосуванням збройної сили держави-агресора проти суверенітету, територіальної цілісності або політичної недоторканності іншої держави, або в будь-якій інший спосіб, несумісний зі Статутом ООН. Ведення агресивних воєнних дій не є широко масштабною діяльністю. Як правило, воєнні дії здійснюються на територіях обмеженого формату. Агресивність цілей також обмежується вирішенням локальних завдань. Нарешті, ведення агресивних воєнних дій *не супроводжується їх формальним оголошенням.*

14. Науковий висновок щодо застосування окремих положень Закону України «Про санкції» від 14 серпня 2014 р. № 1644-VII

Виконавці:

*Л. М. Демидова – д.ю.н., проф., головний науковий співробітник,
керівник наукових робіт відділу дослідження проблем кримінального
та кримінально-виконавчого права;*

*О. О. Пащенко – д.ю.н., доцент, провідний науковий співробітник
відділу дослідження проблем кримінального та кримінально-
виконавчого права.*

До директора Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України В. С. Батирга-

ресвої надійшло доручення Президента Національної академії правових наук України О. В. Петришина (вих. №658 від 25.08.2021 р.; вх. №446 від 26.08.2021 р.) підготувати висновок щодо звернення Голови Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду М. І. Смоковича від 19.08.2021 р. №95/0/27–21.

У зазначеному зверненні йдеться про висловлення фахової думки щодо застосування окремих положень Закону України від 14 серпня 2014 р. № 1644-VII «Про санкції».

Науковці сектору дослідження кримінально-правових проблем боротьби зі злочинністю, а саме головний науковий співробітник – керівник наукових робіт д.ю.н., професор Л. М. Демидова та провідний науковий співробітник д.ю.н., доцент О. О. Пащенко, вивчивши положення зазначеного звернення, повідомляють таке.

1. У ст. 1 Закону України від 14 серпня 2014 р. № 1644-VII «Про санкції» (далі – аналізованого закону), що має назву «Суверенне право України на захист», зазначено: «З метою захисту національних інтересів, національної безпеки, суверенітету і територіальної цілісності України, протидії терористичній діяльності, а також запобігання порушенню, відновлення порушених прав, свобод та законних інтересів громадян України, суспільства та держави можуть застосовуватися спеціальні економічні та інші обмежувальні заходи (далі – санкції)» (ч. 1 цієї статті), а в її ч. 2 встановлено, що: «Санкції можуть застосовуватися з боку України по відношенню до іноземної держави, іноземної юридичної особи, юридичної особи, яка знаходиться під контролем іноземної юридичної особи чи фізичної особи-нерезидента, іноземців, осіб без громадянства, а також суб'єктів, які здійснюють терористичну діяльність».

Грамотично-правовий аналіз вказаних норм дозволяє надати висновок, що в них окреслено *обмежене коло суб'єктів*, по відношенню до яких можуть бути застосовані санкції. Йдеться про декілька видів суб'єктів: *іноземні держави; іноземні юридичні особи; юридичні особи, які знаходяться під контролем іноземної юридичної особи чи фізичної особи-нерезидента; іноземці; особи без громадянства; українські юридичні особи; фізичні особи-громадяни України; юридичні особи, які знаходяться під контролем української юридичної особи чи фізичної особи-нерезидента*. Залежно від таких критеріїв як (1) зв'язок з державою (іноземною або державою-Україною) та (2) *терористичною діяльністю* можна стверджувати, що стосовно українських суб'єктів щодо яких за-

стосовуються санкції обов'язково є зв'язок з терористичною діяльністю (це впливає зі змісту правової конструкції «суб'єкти, які здійснюють терористичну діяльність»). З цього випливає, що до *українських юридичних осіб; фізичних осіб-громадян України; юридичних осіб, які знаходяться під контролем української юридичної особи чи фізичної особи-нерезидента* можуть застосовуватися санкції, передбачені положеннями аналізованого закону, у випадках, коли вони здійснюють терористичну діяльність. До такого самого висновку призводить і вивчення положень ч. 3 ст. 5 аналізованого закону, що має назву «Застосування, скасування та внесення змін до санкцій».

Водночас положення ч. 1 ст. 3 аналізованого закону містять перелік підстав для застосування санкцій. Серед цих підстав, зокрема, є і «*дії інших суб'єктів, які створюють реальні та /або потенційні загрози національним інтересам, національній безпеці, суверенітету і територіальній цілісності України ...*». З цього випливає, що підставами для застосування санкцій можуть бути дії не лише громадян України, які здійснюють терористичну діяльність.

На підставі викладеного, вважаємо, що варто погодитися з аргументами представників позивачки щодо того, що положення означених статей аналізованого закону мають застосовуватися *системно* (абз. 3 с. 1 звернення Голови Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду (далі – звернення)). Водночас системне тлумачення наведених законодавчих положень аж ніяк не орієнтує на те, що підставою для застосування санкцій до громадянина України, який здійснює терористичну діяльність, має бути проведення саме терористичної діяльності або здійснення її виключно суб'єктом, на якого накладаються санкції. Згідно положень ч. 1 ст. 3 аналізованого закону коло приводів (підстав) застосування санкцій ширше. *Системність* застосування положень означених статей полягає у тому, щоб терористична діяльність, яку здійснює громадянин України (про яку йдеться у ст.ст. 1, 5 аналізованого закону) була пов'язана із діяльністю тих суб'єктів, що зазначені у його ч. 1 ст. 3. Якщо такого зв'язку немає, то до громадянина України санкції застосовані бути не можуть. Звичайно, такий самий висновок слід зробити і у разі, якщо громадянин України терористичної діяльності не здійснював (його діяльність не була терористичною).

У зв'язку з цим вважаємо:

1) правими представників позивачки, які наголошують на необхідності для застосування санкцій наявності трьох елементів, які мають

бути «одночасно і у взаємозв'язку» : належний суб'єкт (ч. 2 ст. 1) + підстави (ч. 1 ст. 3) + наслідки (там само), про що йдеться в абз. 1 с. 3 звернення. Водночас означений взаємозв'язок не обов'язково повинен мати такий вигляд, що від терористичної діяльності суб'єкта безпосередньо мають наставати означені наслідки. Головне, щоб і наслідки наставали від дій, що передбачені в ч. 1 ст. 3 закону як «підстави», і діяльність суб'єкта знаходилася в причинному зв'язку з діями, які слугують підставами для застосування санкцій.

2) правими представників відповідача і третьої особи у тому, що ст. 3 аналізованого закону «не звужує кола суб'єктів, до яких можуть застосовуватися санкції», про що йдеться в абз. 3 с. 3 звернення. Водночас з цього не випливає, що санкції можуть застосовуватися до «інших суб'єктів», як вони переконують. У цій статті названо дії суб'єктів, які можуть слугувати підставами для застосування санкцій, а не коло суб'єктів на яких такі санкції накладаються. Тобто йдеться про двох зовсім різних «суб'єктів»: 1) суб'єкти, на яких накладаються санкції (ч. 2 ст. 1) та 2) суб'єкти, діяльність яких виступає підставою для накладання санкцій (ч. 1 ст. 3). Тобто це можуть бути різні суб'єкти (хоча текстуально переліки суб'єктів, зазначених у наведених статтях закону, багато в чому збігаються, але все ж таки вони *не є тотожними*).

3) неправими представників відповідача і третьої особи у тому, що ст. 1 аналізованого закону «не визначає коло суб'єктів, до яких можуть застосовуватися санкції», про що йдеться в абз. 3 с. 3 звернення. Текст закону: «Санкції можуть застосовуватися ... до ...» явно орієнтує на те, що тут перелічуються суб'єкти, до яких можуть застосовуватися санкції.

2. Положення ч.ч. 2, 3 ст. 2 Закону України від 5 березня 1998 р. «Про раду національної безпеки і оборони України» вимагають наявності затвердженого Регламенту діяльності Ради національної безпеки і оборони України. У зв'язку з чим представники позивачки наголошують на тому, що «незрозуміло яким чином (у якому порядку) приймаються її рішення на кшталт того, з уведенням в дію якого ... виник спір у цій справі» (абз. 2 с. 10 звернення). У зв'язку з цим зазначаємо, що невиконання відповідного законодавчого положення щодо наявності Регламенту роботи РНБО, звичайно, є вадою у правовій системі України. Водночас таке становище не може зумовлювати повний колапс діяльності означеного органу, адже в інакшому випадку всі його рішення мали би визнаватися незаконними саме через відсутність Регламенту. Таке вирішення питання не сприяти-

ме належному «розвитку права», що є одним із завдань і компетенцій Верховного Суду. У цьому аспекті слушними є аргументи представників відповідача, що порядок прийняття рішень РНБО визначений Законом України «Про раду національної безпеки і оборони України», і в цьому разі його було дотримано (абз. 3 с. 10 звернення). Про те, чи справді такий порядок було дотримано, з наданих у зверненні матеріалів судити неможливо. Тому, у разі позитивної відповіді на це питання, вважаємо, що відсутність Регламенту не є перепорою для прийняття рішень РНБО.

Загальний висновок. 1. Якщо діяльність особи, яка є громадянином (громадянкою) України не є терористичною, на неї не можуть бути накладені санкції, передбачені Законом України від 14 серпня 2014 р. № 1644-VII «Про санкції».

2. Відсутність затвердженого Регламенту РНБО є вадою у правовій системі України, проте за наявності дотримання порядку прийняття рішень РНБО, що визначений Законом України «Про раду національної безпеки і оборони України», рішення цього органу є правомочними (законними, правовими).

РОЗДІЛ 2

НАУКОВО-ПРАВОВІ ВИСНОВКИ ЩОДО ТЛУМАЧЕННЯ І ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ТА ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ СУДОУСТРОЮ ТА АДВОКАТУРИ

15. Науковий висновок щодо окремих питань визначення розміру суддівської винагороди судді Верховного Суду *(підготовлений у відповідь на звернення судді Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду М. Н. Мартинюк)*

Виконавець:

*С. В. Подкопачев – к.ю.н., доц., старший науковий співробітник відділу
дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою.*

Звернення судді Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду, що надійшло для опрацювання, містить питання:

який спосіб подолання колізії між нормою п. 3 ч. 3 ст. 135 Закону «Про судоустрій і статус суддів» в редакції Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» № 193-IX від 16 жовтня 2019 року, який набрав чинності 7 листопада 2019 року і нормою п. 24 розділу II Прикінцеві та перехідні положення Закону України «Про судоустрій і статус суддів» у редакції Закону № 1774-VIII від 6 грудня 2016 року, який набрав чинності 1 січня 2017 року, в аспекті визначення розміру суддівської винагороди судді Верховного Суду (у спірний період)?

Залишаючи поза увагою питання несумісності зменшення винагороди суддям з їх незалежністю; невідповідність такого кроку з боку законодавця існуючим міжнародним стандартам у сфері судової влади,

правовим позиціям Конституційного Суду України (далі – КСУ), слід зазначити наступне.

Вирішення колізій пов’язано з реалізацією принципу верховенства права.

У рішенні КСУ у справі за конституційною скаргою громадянки України Левченко О. М. щодо відповідності Конституції України (конституційності) припису пункту 5 розділу III «Прикінцеві положення» Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо пенсійного забезпечення» від 2 березня 2015 року № 213-VIII (далі – рішення КСУ № 213-VIII) звертається увага на те, що принцип верховенства права (правовладдя) вимагає суддівської дії у ситуаціях, коли співіснують суперечливі норми одного ієрархічного рівня. У таких ситуаціях до судів різних видів юрисдикції висунуто вимогу застосовувати класичні для юридичної практики формули (принципи): «закон пізніший має перевагу над давнішим» (*lex posterior derogat priori*); «закон спеціальний має перевагу над загальним» (*lex specialis derogat generali*); «закон загальний пізніший не має переваги над спеціальним давнішим» (*lex posterior generalis non derogat priori specialis*). Якщо суд не застосовує цих формул (принципів) за обставин, що вимагають від нього їх застосування, то принцип верховенства права (правовладдя) втрачає свою дієвість¹.

Отже, для відповіді на поставлене у зверненні питання до уваги варто взяти час прийняття (набрання чинності) положень зазначених Законів № 193-IX, № 1774-VIII, що мають відношення до справи яка розглядається судом, а також предмет їх спрямованості на врегулювання певних питань (відносин).

Обидва нормативні положення Закону України «Про судоустрій і статус суддів»: п. 3 ч. 3 ст. 135 у редакції Закону № 193-IX та п. 24 розділу II в редакції Закону № 1774-VIII стосуються одного питання – визначення базового розміру посадового окладу судді Верховного Суду. При цьому Закон № 193-IX (2019 року) було прийнято пізніше Закону № 1774-VIII (2016 року, набрав чинності в 2017 році). Відповідно має місце темпоральна (часова) колізія тобто та колізія, що виникає внаслідок видання в різний час з того ж самого питання принаймні двох норм

¹ Рішення другого сенату Конституційного суду України від 18 червня 2020 року № 5-п (II) /2020. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/5_p2_2020.pdf

права,¹ а тому в даному випадку може бути використано загальний колізійний темпоральний принцип *lex posterior derogat priori*.

16. Науковий висновок **щодо окремих питань пов'язаних із недоотриманням** **суддями суддівської винагороди та відшкодування шкоди** *(підготовлений у відповідь на звернення* *судді Касаційного адміністративного суду у складі* *Верховного Суду М. Н. Мартинюк)*

Виконавець:

С. В. Подкопачев – к.ю.н., доц., старший науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою.

Звернення судді Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду, що надійшло для опрацювання, містить питання пов'язані із визначенням правової природи шкоди, заподіяної судді прийняттям нормативного акта, який обмежує розмір виплати суддівської винагороди та окремі положення якого в подальшому визнані Конституційним Судом України неконституційними; а також із особливостями захисту права особи щодо недоотриманого розміру суддівської винагороди.

У цьому сенсі варто враховувати, зокрема, таке.

Відповідно до ст. 126 Конституції України незалежність і недоторканність судді гарантуються Конституцією і законами України. А у ст. 130 зазначено, що держава забезпечує фінансування та належні умови для функціонування судів і діяльності суддів. У Державному бюджеті України окремо визначаються видатки на утримання судів з урахуванням пропозицій Вищої ради правосуддя. **Розмір винагороди судді встановлюється законом про судоустрій.**

Зі свого боку ч. 7 ст. 48 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» (далі – Закон № 1402-VIII) передбачає, що **при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу визначених Конституцією України та законом га-**

¹ Погребняк С. П. Колізії у законодавстві України та шляхи їх переборення: автореф. дис. ... канд. юрид. наук за спеціальністю 12.00.01 / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого, Харків, 2001.

рантій незалежності судді. При цьому **незалежність судді забезпечується** також і окремим порядком фінансування та організаційного забезпечення діяльності судів, **установленим законом** і належним **матеріальним та соціальним забезпеченням** судді (п. п. 7, 8 ч. 5 ст. 48 Закону № 1402-VIII).

Зменшення органом законодавчої влади розміру посадового окладу судді призводить до зменшення розміру суддівської винагороди, що, у свою чергу, є посяганням на гарантію незалежності судді у виді матеріального забезпечення та передумовою впливу як на суддю, так і на судову владу в цілому (п. п. 3 п. 3 рішення Конституційного Суду України (далі – КСУ) від 4 грудня 2018 року № 11-р/2018)¹.

У п. 62 Висновку Консультативної ради європейських судів від 1 січня 2001 року № 1 (2001) наголошується на важливості (особливо стосовно нових демократичних країн) передбачення чітко визначених нормативно-правових положень, які б **захищали грошову винагороду суддів від скорочення**, а так само й тих, що гарантували б фактичне підвищення оплати праці суддів відповідно до зростання вартості життя².

Європейський суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) у своєму рішенні по справі «Зубко та інші проти України» (2006 рік) дійшов висновку про те, що **неспроможність гарантувати адекватну та своєчасну виплату винагороди національним суддям та невизначеність**, у якій вони залишились, **порушує справедливий баланс**, що має виникнути між потребами державного інтересу та необхідністю захистити права заявників на мирне володіння своїм майном (п. 69)³.

Законодавець не може свавільно встановлювати або **змінювати розмір винагороди** судді, використовуючи свої повноваження як інструмент впливу на судову владу (п. п. 4.1 п. 4 рішення КСУ від 11 березня

¹ Рішення Конституційного Суду України від 4 грудня 2018 року № 11-р/2018. Верховна Рада України: Законодавство України: оф. вебсайт. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-18#Text>

² Висновок № 1 (2001) Консультативної ради європейських судів до уваги Комітету міністрів Ради Європи про стандарти незалежності судової влади та незмінюваності суддів. Документи Консультативної ради європейських судів : [офіц. вид.] / упоряд. А. О. Кавакін. К. : Ін Юре, 2015. С.47–68.

³ Справа «Зубко та інші проти України». 26 квітня 2006 року. (Заяви № № 3955/04, 5622/04, 8538/04 та 11418/04). Верховна Рада України: Законодавство України: оф. вебсайт. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_014#Text

2020 року №4-р/2020). Крім того, у п. 4.3. цього рішення передбачено, що **втрачені** у зв'язку з цим обмеженням (йдеться про обмеження, що встановлювалися ст. 29 Закону № 294) **кошти необхідно компенсувати** відповідними виплатами, оскільки **суддівська винагорода є складовим елементом статусу судді**, визначеного Конституцією України¹.

Отже, загалом **право суддів на компенсацію** в результаті зменшення розміру суддівської винагороди витікає з позицій КСУ, оскільки розглядається як складовий елемент їх статусу, що має особливі гарантії забезпечення незалежності, враховуючи специфіку їх діяльності по здійсненню правосуддя.

У підсумку йдеться про необхідність забезпечення самостійності судової влади та незалежності конкретного судді.

З огляду на чинність положення ч. 7 ст. 48 Закону № 1402-VIII відповідно до якого **при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу визначених Конституцією України та законом гарантій незалежності**, судді мали законні сподівання на отримання винагороди в розмірі, що був визначений до внесення змін у ст. 133 Закону № 1402-VIII та які, зі свого боку, у подальшому визнані рішенням КСУ від 4 грудня 2018 року неконституційними.

Відповідно до ст. 152 Конституції України закони, інші акти або їх окремі положення, що визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення КСУ рішення про їх неконституційність, якщо інше не встановлено самим рішенням, але не раніше дня його ухвалення. При цьому **матеріальна** чи моральна **школа, завдана** фізичним або юридичним особам **актами і діями, що визнані неконституційними, відшкодовується державою у встановленому законом порядку**.

Згідно зі ст. 8 Конституції України визнається і діє принцип верховенства права, а її норми є **нормами прямої дії**. Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України **гарантується**. Це не знімає з **держави обов'язку щодо прийняття відповідного нормативно-правового акта (закону)**, який би передбачав механізм реалізації цього права.

¹ Рішення Конституційного Суду України від 11 березня 2020 року №4-р/2020. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/4_p_2020.pdf

17. Науковий висновок щодо окремих питань звільнення з посад прокурорів

Виконавець:

С. В. Подкопачев – к.ю.н., доц., старший науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою.

До Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України надійшов лист від Президента Національної академії правових наук України Петришина О. В. №448 від 11.05.2021 р. (вх. електр. лист №383 від 11.05.2021 р.) із дорученням підготувати науковий висновок щодо питань поставлених у зверненні Голови Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду Смоковича М. І.

Ознайомившись зі змістом звернення можемо зазначити, що воно містить такі питання:

1) *Чи передбачають (забезпечують, втілюють) положення Закону № 113-IX реалізацію реформи системи органів прокуратури з настанням відповідних правових наслідків? В який спосіб та в яких формах передбачається реалізація даної реформи вказаним Законом?*

2) *До якого виду організаційно-правових змін (ліквідація, реорганізація, зміна назви) варто відносити зміни, що відбулися в системі органів прокуратури України на підставі Закону № 113-IX?*

3) *Як співвідносяться Закон № 1697-VII та Закон № 113-IX на предмет спеціального та загального законодавства?*

4) *В якому причинно-наслідковому взаємозв'язку знаходяться юридичні факти, викладені в п. 9 ч. 1 ст.51 Закону № 1697-VII з юридичними фактами, передбаченими п. 19 Розділу II «Прикінцеві та перехідні положення» Закону № 113-IX?*

5) *Чи можна уважати положення Розділу II «Прикінцеві та перехідні положення» Закону № 113-IX складовою порядку призначення на посади та звільнення з посад прокурорів обласних та окружних прокуратур у розумінні Закону № 1697-VII?*

Ознайомившись із вищезазначеними нормативно-правовими актами та проектною документацією можемо зауважити таке.

1. Чи передбачають (забезпечують, втілюють) положення Закону № 113-IX реалізацію реформи системи органів прокуратури з настанням відповідних правових наслідків? В який спосіб та в яких формах передбачається реалізація даної реформи вказаним Законом?

Положення Закону № 113-IX, як про це йдеться у п. 2 пояснювальної записки до його проекту, спрямовані на запровадження першочергових і, багато в чому, **тимчасових заходів, пов'язаних передусім із кадровим перезавантаженням органів прокуратури шляхом атестації чинних прокурорів**, а також надання можливості всім добросчесним кандидатам, які мають належні теоретичні знання та практичні навички, на конкурсних засадах зайняти посаду прокурора у будь-якому органі прокуратури. У цьому сенсі вони передбачають не стільки реформу системи органів прокуратури України, стільки **«проведення оцінки відповідності діючих прокурорів критеріям професійної компетентності, добросчесності та професійної етики»** (п. 1 Пояснювальної записки). Тобто покликані, на думку його розробників, **створити умови** для подальшого реформування (п. 1 Пояснювальної записки); а так само **«передумови** для побудови системи прокуратури, діяльність якої базується на засадах ефективності, професійності, незалежності та відповідальності» (п. 2 Пояснювальної записки).

Реалізація «кадрового перезавантаження» відбувається у формі атестації, яка відповідно до п.1 Порядку проходження прокурорами атестації, затвердженого Наказом Генерального прокурора від 3 жовтня 2019 року № 221, є встановленою розділом II «Прикінцеві і перехідні положення» Закону № 113-IX та цим Порядком **процедура надання оцінки** професійній компетентності, професійній етиці та добросчесності прокурорів Генеральної прокуратури України, регіональних прокуратур, місцевих прокуратур і військових прокуратур.

Відповідно до п. 13 розділу II Закону № 113-IX атестація прокурорів включає такі етапи:

1) складення іспиту у формі анонімного **письмового тестування** або у формі анонімного тестування з використанням комп'ютерної техніки з метою виявлення рівня знань та умінь у застосуванні закону, відповідності здійснювати повноваження прокурора. Результати анонімного тестування оприлюднюються кадровою комісією на офіційному вебсайті Генеральної прокуратури України або Офісу Генерального прокурора не пізніше ніж за 24 години до проведення співбесіди;

2) **проведення співбесіди** з метою виявлення відповідності прокурора вимогам професійної компетентності, професійної етики та доброчесності. Для оцінки рівня володіння практичними вміннями та навичками прокурори виконують письмове практичне завдання.

Атестація **може включати інші етапи**, не проходження яких може бути підставою для ухвалення кадровою комісією рішення про неуспішне проходження атестації прокурором. Перелік таких етапів визначається у Порядку проходження прокурорами атестації, який затверджує Генеральний прокурор.

Згідно з п. 6 Порядку проходження прокурорами атестації, затвердженого наказом Генерального прокурора від 3 жовтня 2019 року № 221 атестація включає такі етапи:

1) складання іспиту у формі **анонімного тестування** з використанням комп'ютерної техніки з метою виявлення **рівня знань та умінь у застосуванні закону**, відповідності здійснювати повноваження прокурора;

2) складання іспиту у формі **анонімного тестування на загальні здібності** та навички з використанням комп'ютерної техніки;

3) **проведення співбесіди** з метою виявлення відповідності прокурора вимогам професійної компетентності, професійної етики та доброчесності. Для оцінки рівня володіння практичними вміннями та навичками прокурори **виконують письмове практичне завдання**.

2. До якого виду організаційно-правових змін (ліквідація, реорганізація, зміна назви) варто відносити зміни, що відбулися в системі органів прокуратури України на підставі Закону № 113-IX?

Відповідно до п. 3 Пояснювальної записки до проєкту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури» законопроектом «вносяться зміни до Закону України «Про прокуратуру», а також до низки інших Законів, пов'язаних переважно із необхідністю **зміни назв органів прокуратури**».

Пунктом 21 розділу I Закону № 113-IX передбачено **заміну слів** у Законі № 1697-VII, зокрема слова «Генеральна прокуратура України» (в усіх відмінках) **замінено словами** «Офіс Генерального прокурора» (в усіх відмінках), а слова «регіональні» словами «обласні»; «місцеві» – «окружні». При цьому ч.4 ст.10, ч.1 ст.12 Закону № 1697-VII запропоновано ви-

класти в редакції, що передбачає здійснення **Генеральним прокурором** утворення, визначення переліку, територіальної юрисдикції, реорганізації та ліквідації, визначення компетенції **обласних і окружних** прокуратур.

Відповідно до пункту 4 розділу II Закону № 113-IX **день початку роботи** Офісу Генерального прокурора, обласних прокуратур, окружних прокуратур визначається рішеннями Генерального прокурора.

Наказом Генерального прокурора № 351 від 23 грудня 2019 року днем початку роботи Офісу Генерального прокурора визначено 2 січня 2020 року. Водночас наказом Генерального прокурора № 358 від 27 грудня 2019 року «Про окремі питання забезпечення початку роботи Офісу Генерального прокурора» **перейменовано** юридичну особу «Генеральна прокуратура України» в «Офіс Генерального прокурора» без зміни ідентифікаційного коду юридичної особи в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань (п. 1). Уповноважені структурні підрозділи Генеральної прокуратури України зобов'язано «у триденний термін з дня набрання чинності цим наказом **повідомити** орган, що здійснює державну реєстрацію, **про рішення щодо перейменування**, надавши йому у встановленому законодавством порядку документи, необхідні для внесення відповідних змін до Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» (п. 2). Як вбачається із Витяга з Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань юридична особа публічного права «Генеральна прокуратура України» (код ЄДРПОУ 00034051) **змінила повне та скорочене найменування** на «Офіс Генерального прокурора» (код ЄДРПОУ 00034051) в результаті державної реєстрації змін до установчих документів юридичної особи 28 грудня 2019 року.

Наказом Генерального прокурора № 410 від 3 вересня 2020 року «Про окремі питання забезпечення початку роботи обласних прокуратур» **перейменовано** «без зміни ідентифікаційних кодів юридичних осіб в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» прокуратури областей в обласні прокуратури (п. 1). При цьому керівників обласних прокуратур, прокуратур Автономної Республіки Крим та міста Севастополя, Київської міської прокуратури зобов'язано протягом п'яти робочих днів із дня набрання чинності цим наказом **повідомити** орган, що здійснює державну реєстрацію, **про рішення щодо перейменування** шляхом надання йому

у встановленому законодавством порядку документів, необхідних для внесення відповідних змін до Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань, та здійснити інші передбачені законодавством заходи, **пов’язані із перейменуванням регіональних прокуратур в обласні** (п. 2).

Дані Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань так само свідчать лише про зміну назв відповідних юридичних осіб.

Враховуючи зазначене, а також те, що норми Закону України № 113-IX не передбачають здійснення ліквідації чи реорганізації Генеральної прокуратури України та регіональних прокуратур можна зробити висновок про те, **що стосовно Генеральної прокуратури України та регіональних прокуратур мала місце виключно зміна назв** даних органів.

У контексті організаційних змін **місцевих прокуратур** слід зазначити, що **вони не мали статусу юридичної особи**. Також необхідно звернути увагу, що п. 24 розділу II Закону України № 113-IX установлено: Додаток «Перелік і територіальна юрисдикція місцевих та військових прокуратур» до Закону України «Про прокуратуру» **втрачає чинність із дня початку роботи окружних прокуратур**. Наказом Генерального прокурора № 40 від 17 лютого 2021 року «Про день початку роботи окружних прокуратур» **днем початку** роботи окружних прокуратур визначено 15 березня 2021 року. При цьому наказом Генерального прокурора № 39 від 17 лютого 2021 року «Про окремі питання забезпечення початку роботи окружних прокуратур» **затверджено перелік і нову (у порівнянні з місцевими прокуратурами) територіальну юрисдикцію окружних прокуратур** (п. 1). Керівників обласних прокуратур зобов’язано організувати здійснення заходів щодо початку роботи окружних прокуратур та забезпечення їх належного функціонування, зокрема, організувати приймання-передачу справ, документів та майна місцевих прокуратур; організувати здійснення заходів, пов’язаних із матеріально-технічним забезпеченням окружних прокуратур, у тому числі перереєстрацією рухомого та нерухомого майна (п. 3).

3. Як співвідносяться Закон № 1697-VII та Закон № 113-IX на предмет спеціального та загального законодавства?

Закон України «Про прокуратуру» № 1697-VII поряд із Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо

першочергових заходів із реформи органів прокуратури» № 113-IX **відносяться до спеціального законодавства**, адже регламентують, зокрема, низку питань правового статусу спеціальних суб'єктів – прокурорів. У преамбулі до Закону № 1697-VII записано, що він визначає правові засади організації і діяльності прокуратури України, статус прокурорів, порядок здійснення прокурорського самоврядування, а також систему прокуратури України. При цьому Закон № 113-IX, як про це йдеться в пояснювальній записці до його проекту, спрямований на запровадження першочергових і, багато в чому, тимчасових заходів, пов'язаних передусім із кадровим перезавантаженням органів прокуратури шляхом атестації чинних прокурорів (п. 2). Ним, серед іншого, вносяться зміни до Закону України «Про прокуратуру», а також до низки інших Законів (п. 3).

4. В якому причинно-наслідковому взаємозв'язку знаходяться юридичні факти, викладені в п. 9 ч. 1 ст. 51 Закону № 1697-VII з юридичними фактами, передбаченими п. 19 Розділу II «Прикінцеві та перехідні положення» Закону № 113-IX?

Відповідно до п. 9 ч. 1 ст. 51 Закону України № 1697-VII «Прокурор звільняється з посади у разі: ... ліквідації чи реорганізації органу прокуратури, в якому прокурор обіймає посаду, або в разі скорочення кількості прокурорів органу прокуратури». Водночас у п. 19 Розділу II Закону № 113-IX визначено низку підстав, настання яких дозволяє звільнити прокурорів з посад на підставі п. 9 ч. 1 ст. 51 Закону № 1697-VII, а саме: 1) неподання у встановлений строк заяви про переведення до Офісу Генерального прокурора, обласної прокуратури, окружної прокуратури та про намір у зв'язку із цим пройти атестацію; 2) рішення кадрової комісії про неуспішне проходження атестації прокурором; 3) відсутні вакантні посади, на які може бути здійснено переведення прокурора, який успішно пройшов атестацію; 4) ненадання прокурором, у разі успішного проходження ним атестації, згоди протягом трьох робочих днів на переведення на запропоновану йому посаду.

Враховуючи, що і Закон № 1697-VII і Закон № 113-IX відносяться до спеціального законодавства, мають однакову юридичну силу, яка поширюється на суб'єктів із спеціальним статусом – для звільнення прокурорів з посад їх положення мають застосовуватися **в єдиному системному зв'язку**. Такий зв'язок **передбачає обов'язкову наявність двох обставин: по-перше**, фактів ліквідації, реорганізації органу прокуратури, в якому

прокурор обіймає посаду, чи скорочення кількості прокурорів органу прокуратури (п. 9 ч. 1 ст. 51 Закону № 1697-VII); *по-друге*, неподання у встановлений строк заяви про переведення до конкретного та про намір у зв'язку із цим пройти атестацію або рішення кадрової комісії про неуспішне проходження атестації прокурором чи відсутні вакантні посади, на які може бути здійснено переведення прокурора, який успішно пройшов атестацію, або ж ненадання прокурором, у разі успішного проходження ним атестації, згоди протягом трьох робочих днів на переведення на запропоновану йому посаду (п. 19 Розділу II Закону № 113-IX).

Відповідно, відсутність фактів ліквідації, реорганізації органу прокуратури, в якому прокурор обіймає посаду, чи скорочення кількості прокурорів органу прокуратури на момент звільнення прокурора незважаючи на наявність передбачених п. 19 Розділу II Закону № 113-IX підстав, **не може слугувати підставою для їх звільнення згідно саме п. 9 ч. 1 ст. 51 Закону № 1697-VII.**

5. Чи можна уважати положення Розділу II «Прикінцеві та перехідні положення» Закону № 113-IX складовою порядку призначення на посади та звільнення з посад прокурорів обласних та окружних прокуратур у розумінні Закону № 1697-VII?

У Розділі II «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України № 113-IX йдеться про **переведення** прокурорів, які на день набрання ним чинності працюють на посадах прокурорів у регіональних, місцевих прокуратурах (не обласних та окружних) на посади в обласних та окружних прокуратурах у разі **успішного проходження** ними **атестації**, яка проводиться у порядку передбаченому цим розділом; підстави **звільнення** прокурорів регіональних, місцевих прокуратур (не обласних та окружних) на підставі п. 9 ч. 1 ст. 51 Закону 1697-VII, а також про **добір** на вакантні посади в обласних і окружних прокуратурах, які з'явилися після звільнення прокурорів за власним бажанням, неуспішного проходження прокурорами атестації або з інших підстав – осіб, які не займали посаду прокурора на день набрання чинності Законом № 113-IX тощо. Ці та інші положення Закону носять тимчасовий характер (до 1 вересня 2021 року).

Процедура **переведення** прокурорів на посади в обласних та окружних прокуратурах у разі **успішного проходження** ними **атестації** не може розглядатися як складова порядку **призначення** на посади прокурорів

обласних та окружних прокуратур у розумінні Закону № 1697-VII, адже відповідно до п.1 Порядку проходження прокурорами атестації, затвердженого наказом Генерального прокурора від 3 жовтня 2019 року № 221, **атестація прокурорів** – це встановлена розділом II «Прикінцеві і перехідні положення» Закону № 113-IX та цим Порядком **процедура надання оцінки** професійній компетентності, професійній етиці та добросовісності прокурорів Генеральної прокуратури України, регіональних прокуратур, місцевих прокуратур і військових прокуратур. Крім того, *по-перше*, її проходили діючі прокурори відповідного органу прокуратури, а не особи які претендують на зайняття посади в цьому органів; *по-друге*, не відбулося ліквідації або реорганізації обласних прокуратур.

Щодо процедури **добору на вакантні посади** в обласних і окружних прокуратурах (п.20, п.22 розділу II Закону № 113-IX) то вона, за умови посилення на ст.27 Закону № 1697-VII (вимоги до кандидатів на посади прокурорів), містить свої особливості, що є відмінними від процедур передбачених Законом № 1697-VII. Вона не є складовою порядку **призначення** на посади прокурорів обласних та окружних прокуратур у розумінні Закону № 1697-VII, **а самостійною, тимчасовою** (до 1 вересня 2021 року) процедурою передбаченою Законом № 113-IX та Порядком проведення добору на зайняття вакантної посади прокурора, затвердженого наказом Генерального прокурора від 10.01.2020 № 11. У той час як відповідні положення Закону № 1697-VII **на сьогодні зупинені** відповідно до абз. 3 п. 2 Розділу II «Прикінцеві та перехідні положення» Закону № 113-IX.

Передбачені п. 19 розділу II Закону № 113-IX підстави, за умови настання яких відбувається звільнення на підставі п. 9 ч.1 ст.51 Закону № 1697-VII так само не можна вважати складовою порядку звільнення, у розумінні останнього Закону, адже він містить ст. 60 (звільнення прокурора з посади у разі ліквідації чи реорганізації органу прокуратури, в якому прокурор обіймає посаду, або скорочення кількості прокурорів органу прокуратури) яка визначає відповідні випадки (дія зупинена до 1 вересня 2021 року). Отже, положення розділу II Закону № 113-IX, а так само Порядку звільнення прокурорів у разі ліквідації чи реорганізації органу прокуратури або скорочення кількості прокурорів, затвердженого наказом Генерального прокурора 17 грудня 2020 року № 589 так само можна вважати тимчасовими та такими, що визначають окремий від Закону № 1697-VII порядок звільнення прокурорів.

Наукове видання

**ЗБІРНИК НАУКОВО-ПРАВОВИХ ВИСНОВКІВ
ФАХІВЦІВ НАУКОВО-ДОСЛІДНОГО ІНСТИТУТУ
ВИВЧЕННЯ ПРОБЛЕМ ЗЛОЧИННОСТІ
ІМЕНІ АКАДЕМІКА В. В. СТАШИСА
НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ
НА ЗАПИТИ ВЕРХОВНОГО СУДУ У 2021 р.**

Відповідальна за випуск *Д. О. Куковинець*

Видається в авторській редакції

Комп'ютерна верстка *А. Т. Гринченка*

Підписано до друку 11.11.2022.

Формат 60×84/16. Папір офсетний. Гарнітура Times.

Обл.-вид. арк. 4. Ум. друк. арк. 5,1. Тираж 15 прим.

Вид. № 3064

Видавництво «Право»

Національної академії правових наук України
та Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
вул. Чернишевська, 80-А, Харків, 61002, Україна

Тел./факс (057) 716-45-53

Сайт: <https://pravo-izdat.com.ua>

E-mail для авторів: verstka@pravo-izdat.com.ua

E-mail для замовлень: sales@pravo-izdat.com.ua

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготовлювачів і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 4219 від 01.12.2011

Виготовлено у друкарні ТОВ «ПРОМАРТ»,

вул. Весніна, 12, Харків, 61023, Україна

Тел. (057) 717-25-44

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготовлювачів і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 5748 від 06.11.2017