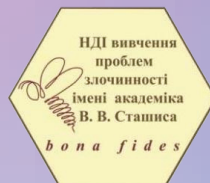


Науково-дослідний інститут вивчення проблем
злочинності імені академіка В. В. Сташиса
Національної академії правових наук України



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 2022 р.



НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ
ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

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

До 30-річчя 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 2022 Р.**

Електронне наукове видання

Харків
«Право»
2023

УДК 343.1–343.9(477)

3-41

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 № 8 від 26 липня 2023 р.)*

Збірник науково-правових висновків фахівців Науково-дослідного інституту 3-41 ту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса Національної академії правових наук України на запити Верховного Суду у 2022 р. : електрон. наук. вид. / упоряд.: В. С. Батиргарєєва, В. І. Борисов, Д. П. Євтєєва, Д. О. Куковинець ; НДІ вивч. проблем злочинності ім. акад. В. В. Сташиса НАПрН України. – Харків : Право, 2023. – 46 с.

ISBN 978-966-998-589-7

У виданні зібрано науково-правові висновки фахівців Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса Національної академії правових наук України на запити Верховного Суду у 2022 р. Аналітичні матеріали стосуються питань тлумачення та застосування законодавства України про кримінальну відповідальність.

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

УДК 343.1–343.9(477)

ISBN 978-966-998-589-7

© Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України, 2023

© Автори, 2023

Авторський колектив (станом на 31.12.2022 р.)

Співробітники Інституту

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

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

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

Куковинець Дар'я Олександрівна – молодший науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального права

Інші науковці, залучені до підготовки висновків

Муха Сергій Олександрович – прокурор відділу взаємодії з міждержавними, міжурядовими та національними організаціями управління організаційно-методичного та аналітичного забезпечення Департаменту протидії злочинам, вчиненим в умовах збройного конфлікту Офісу Генерального прокурора.

ЗМІСТ

<i>В. І. Борисов, О. О. Пащенко</i> 1. НАУКОВИЙ ВИСНОВОК ЩОДО ТЛУМАЧЕННЯ ОКРЕМИХ ПОЛОЖЕНЬ СТ. 15 КК УКРАЇНИ (У ЧАСТИНІ МОЖЛИВОСТІ ОЦІНКИ ПОВЕДІНКИ НЕОСУДНОЇ ОСОБИ ЯК ЗАМАХУ НА ВЧИНЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ).....	6
<i>В. І. Борисов, С. О. Муха</i> 2. НАУКОВО-ПРАВОВИЙ ВИСНОВОК ЩОДО ВИЗНАННЯ ПРАЦІВНИКІВ ФОП КОЛЕКТИВОМ, ЯКИЙ, ВІДПОВІДНО ДО СТ. 47 КК УКРАЇНИ, МОЖЕ КЛОПОТАТИ ПРО ПЕРЕДАЧУ ОСОБИ НА ПОРУКИ	10
<i>В. І. Борисов, О. О. Пащенко</i> 3. НАУКОВИЙ ВИСНОВОК ЩОДО СПІВВІДНОШЕННЯ НОРМ, ПЕРЕДБАЧЕНИХ Ч. 1 ТА Ч. 2 СТ. 75 КК УКРАЇНИ ..	15
<i>Д. П. Євтєєва, Д. О. Куковинець</i> 4. НАУКОВО-ПРАВОВИЙ ВИСНОВОК СТОСОВНО ТЛУМАЧЕННЯ Ч. 1 СТ. 154 КК УКРАЇНИ.....	19
<i>В. І. Борисов, О. О. Пащенко</i> 5. НАУКОВИЙ ВИСНОВОК ЩОДО ТЛУМАЧЕННЯ ОКРЕМИХ ПОЛОЖЕНЬ СТАТЕЙ 5 ТА 203 ² КК УКРАЇНИ....	24
<i>В. І. Борисов, О. О. Пащенко</i> 6. НАУКОВИЙ ВИСНОВОК ЩОДО ТЛУМАЧЕННЯ ОКРЕМИХ ПОЛОЖЕНЬ Ч. 4 СТ. 307 КК УКРАЇНИ	29
<i>В. І. Борисов, О. О. Пащенко</i> 7. НАУКОВИЙ ВИСНОВОК ЩОДО ТЛУМАЧЕННЯ ОКРЕМИХ ПОЛОЖЕНЬ ПРИМІТКИ ДО СТ. 358 КК УКРАЇНИ	33

В. І. Борисов, О. О. Пащенко

8. НАУКОВИЙ ВИСНОВОК ЩОДО ТЛУМАЧЕННЯ
ОКРЕМИХ ПОЛОЖЕНЬ СТ. 366 КК УКРАЇНИ 38

В. І. Борисов

9. НАУКОВО-ПРАВОВИЙ ВИСНОВОК ЩОДО ЗМІСТУ
ОЗНАК КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ,
ПЕРЕДБАЧЕНОГО НОРМОЮ Ч. 1 СТ. 426 КК УКРАЇНИ
«БЕЗДІЯЛЬНІСТЬ ВІЙСЬКОВОЇ ВЛАДИ»..... 41

1. Науковий висновок щодо тлумачення окремих положень ст. 15 КК України (у частині можливості оцінки поведінки неосудної особи як замаху на вчинення кримінального правопорушення)

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, головний науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінально-виконавчого права

Зміст звернення:

До члена Науково-консультативної ради при Верховному Суді професора В. І. Борисова надійшло звернення судді Верховного Суду В. В. Наставного (вих. № 387/0/26–22 від 19.10.2022 р.) з проханням підготувати науковий висновок у кримінальному провадженні за ознаками кримінальних правопорушень, передбачених ч. 1 ст. 115, ч. 3 ст. 15, п.1) ч. 2 ст. 115 КК України.

У цьому провадженні ухвалою Шевченківського районного суду м. Києва від 29 червня 2021 р. до А. за вчинення зазначених суспільно небезпечних діянь застосовано примусові заходи медичного характеру у виді госпіталізації до закладу з надання психіатричної допомоги із суворим наглядом.

Ухвалою Київського апеляційного суду від 04 листопада 2021 року ухвалу суду першої інстанції стосовно А. залишено без зміни.

Колегія суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду ухвалою від 08 вересня 2022 року зазначене кримінальне провадження передала на розгляд об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду.

Таке рішення було обґрунтовано тим, що Колегія суддів Першої судової палати вважала за необхідне відступити від висновків про застосування норми права у подібних правовідносинах, викладених у постановках колегій суддів Другої та Третьої судових палат Касаційного кри-

мінального суду Верховного Суду (справи №№ 130/2612/17, 234/18511/18, 716/1511/16-к). У цих рішеннях суд касаційної інстанції дійшов висновку, що «стан неосудності пов'язаний із відсутністю у особи інтелектуальної та вольової ознак, з ним несумісні наявність у свідомості особи чітко сформованих мети й мотиву як ознак суб'єктивної сторони злочину, тому встановлення будь-якої форми вини (умислу чи необережності) у діях неосудної особи об'єктивно є неможливим. Юридична оцінка суспільно небезпечному діянню в такому випадку повинна надаватись, виходячи з фактичних обставин скоєного та наслідків, що настали». Висновки судів нижчих інстанцій у зазначених рішеннях про вчинення неосудною особою замаху на вбивство та кваліфікацію дій за частинами 2 або 3 ст. 15, частинами 1 чи 2 ст. 115 КК України касаційним судом визнані неправильними.

Обґрутовуючи свою позицію, Колегія суддів Першої судової палати в ухвалі від 08 вересня 2022 року зазначила, що «при розгляді кримінального провадження про застосування примусових заходів медичного характеру суспільна небезпека вчиненого діяння та його юридична оцінка повинні здійснюватися судом з урахуванням фактичних обставин скоєного, виходячи з об'єкта та об'єктивної сторони відповідного кримінального правопорушення, зазначеного в Особливій частині Кримінального кодексу України, а при наявності для того підстав і з застосуванням ст. 15 цього Кодексу».

З метою формування обґрунтованої правової позиції про правильне застосування конкретної норми права та забезпечення єдності судової практики виникла необхідність у залученні наукових знань й отримання доктринального тлумачення порушеного питання.

У зверненні судді Верховного Суду В. В. Наставного міститься прохання підготувати науковий висновок щодо застосування норми права, а саме:

1. Із яких елементів складу суспільно небезпечного діяння, передбаченого КК України, слід виходити і які фактичні обставини слід враховувати при юридичній оцінці та кваліфікації дій неосудної особи під час розгляду кримінального провадження про застосування примусових заходів медичного характеру?

2. Чи можлива кваліфікація дій особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, передбачене КК України, в стані неосудності як замах?

Результати науково-правового дослідження.

1. Із яких елементів складу суспільно небезпечного діяння, передбаченого КК України, слід виходити і які фактичні обставини слід враховувати при юридичній оцінці та кваліфікації дій неосудної особи під час розгляду кримінального провадження про застосування примусових заходів медичного характеру?

Доктрина кримінального права виходить із того, що склад кримінального правопорушення – це сукупність юридичних ознак (об’єктивних і суб’єктивних), що визначають відповідне діяння як злочин (кримінальний проступок). Встановлення цієї сукупності ознак у діянні особи утворюють необхідну і достатню підставу кримінальної відповідальності. Процес цього встановлення та його результат у науці визначають за допомогою терміну «кваліфікація».

З викладеного випливає, що для кваліфікації будь-якого діяння за певною статтею (статтями) КК України, у тому числі й за тими, про які йдеться у зверненні (2 або 3 ст. 15, частинами 1 чи 2 ст. 115 КК України) варто встановити всю сукупність відповідних ознак. Однією з таких ознак є осудність. За відсутності цієї ознаки (так само як і будь-якої іншої) кваліфікувати вчинене за якоюсь із статей КК не вдасться можливим.

Водночас при відкритті кримінального провадження ще невідомо, чи наявна відповідна сукупність юридичних ознак у діянні певної особи чи ні. Тому на цій стадії здійснюється так звана попередня кваліфікація. По мірі ж встановлення фактичних обставин справи та їх доказування обсяг інформації про вчинене діяння збільшується, що надає вже змогу судити про дійсну наявність у діянні особи юридичних ознак того чи іншого кримінального правопорушення. Якщо така наявність має місце – результат кваліфікації закріплюється у відповідних процесуальних документах, якщо ні – мова про кваліфікацію вже не йде, процес кваліфікації зупиняється після констатації відсутності певної юридичної ознаки складу кримінального правопорушення, а в процесуальних документах закріплюється вже не кваліфікація (як результат), а надається кримінально-правова оцінка вчиненого діяння. Це може бути кримінально-правова оцінка малозначного діяння, кримінально-правова оцінка діяння особи, за наявності обставин, що виключають його злочинність, кримінально-правова оцінка діяння особи, яка не досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність, кримінально-правова оцінка діяння неосудної особи тощо.

Юридична оцінка в аналізованому випадку має надаватись, виходячи з тих фактичних обставин вчиненого неосудною особою суспільно небезпечного діяння, при визначенні яких використовується термінологія КК (дія, бездіяльність, спосіб, обстановка, місце, час, наслідки, предмет тощо).

При цьому, виходячи із нормативного положення, зазначеного в ст. 92 КК, кримінально-правова оцінка вчиненого неосудною особою суспільно небезпечного діяння повинна містити за принципом подібності посилання на норму Особливої частини, а за необхідності і на норму Загальної частини, в якій (-их) викладені ознаки такого діяння. В основу такої подібності беруться лише ознаки об'єктивної сторони та об'єкта, якому спричинена шкода. За такої вимоги, правозастосувач повинен використовувати, оцінюючи суспільно небезпечне діяння, термінологію законодавства України про кримінальну відповідальність (у нашому випадку – «вбивство» та «замах на вбивство»). Однак це не означає, що зазначені терміни мають такий самий зміст, як терміни, що містяться в диспозиції відповідної норми Особливої частини КК. Терміни співпадають лише за формою. За змістом такого співпадіння не може бути, оскільки диспозиція норми Особливої частини КК відображає узагальнену поведінку, як правило, багатьох осіб, однак лише тих, хто відповідає вимогам кримінальної відповідальності, а саме: діяння, яке вони вчиняють, є суспільно небезпечним; особи, які його вчиняють, є осудні; досягли віку кримінальної відповідальності; діяння є винним. Саме це дозволяє на підставі диспозиції норми Особливої частини КК та положень норм Загальної частини сформулювати склад певного виду кримінального правопорушення – ту правову модель, на яку буде орієнтуватися правозастосувач, вирішуючи питання щодо кваліфікації вчиненого, наявності фактичного складу кримінального правопорушення, притягнення до кримінальної відповідальності тощо.

2. Чи можлива кваліфікація дій особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, передбачене КК України, в стані неосудності як замах?

Оскільки про кваліфікацію в цьому випадку казати неможна, а варто вести мову про кримінально-правову оцінку діяння неосудної особи (див. відповідь на перше питання), то і визначати вчинене як замах (закінчений або незакінчений) не видається можливим. Статті 14 та 15 входять до формули кваліфікації і використовуються в ній, коли наявні не усі ознаки передбаченого в Особливій частині КК суспільно небезпечного

діяння (перш за все наслідки для матеріальних складів злочинів, що має місце і в аналізованому випадку – ст. 115 КК). Якщо ж не є можливим кваліфікувати скоєне як злочин, то і про замах на його вчинення годі й казати. Водночас факт ненастання суспільно небезпечних наслідків знижує загалом суспільну небезпечність діяння, вчиненого неосудною особою (порівняно із ситуацією, коли такі наслідки настають), що має братися до уваги при визначенні для такої особи виду примусових заходів медичного характеру.

Загальний висновок.

У разі вчинення суспільно небезпечного діяння неосудною особою про кваліфікацію кримінального правопорушення вести мову неможливо. У таких випадках йдеться лише про юридичну (кримінально-правову) оцінку її діяння.

Вчинене неосудною особою діяння не може розглядатися як замах, а ненастання небезпечних наслідків має розглядатися як обставина, що знижує загалом його суспільну небезпечність.

2. Науково-правовий висновок щодо визнання працівників ФОП колективом, який, відповідно до ст. 47 КК України, може клопотати про передачу особи на поруки

Виконавці:

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

С. О. Муха – прокурор відділу взаємодії з міждержавними, міжурядовими та національними організаціями управління організаційно-методичного та аналітичного забезпечення Департаменту протидії злочинам, вчиненим в умовах збройного конфлікту Офісу Генерального прокурора

Зміст звернення:

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 (вих. лист № 141/0/27-21 від 06.12.2021; вх. лист електронною поштою № 318 від 06.12.2021 р.) із зверненням судді Касаційного кримінального суду в складі Верховного Суду Шевченко Тетяни Валентинівни про надання висновку щодо тлумачення та застосування норми ч. 1 ст. 47 Кримінального кодексу України (далі – КК). У матеріалах до звернення були поставлені питання:

1. Чи належить ФОП до суб'єктів, зазначених у ст. 47 КК, колектив якого може заявляти клопотання про передачу особи на поруки?
2. Чи має значення для вирішення питання про можливість передачі на поруки кількість членів трудового колективу з огляду на спроможність цього колективу здійснювати контроль над особою в контексті ст. 47 КК?

Результати науково-правового дослідження.

1. Чи належить ФОП до суб'єктів, зазначених у ст. 47 КК, колектив якого може заявляти клопотання про передачу особи на поруки?

Відповідно до положень ст. 47 КК передача на поруки особи, яка вперше вчинила кримінальний проступок або нетяжкий злочин, за винятком обмежень, вказаних у частині першій цієї статті, може бути здійснено колективом підприємства, установи, організації (суб'єкт клопотання). Можливість віднесення до суб'єктів клопотання колективу фізичної особи, яка зареєстрована як підприємець, залежить багато в чому від обраного способу і методу тлумачення закону України про кримінальну відповідальність.

Вважаємо, що найбільш виправданим у цьому випадку є застосування телеологічного (цільового) методу тлумачення, що передбачає встановлення мети, якою керувався законодавець під час формулювання норми ст. 47 КК, та історичного способу, який дозволить з'ясувати її дійсний зміст з урахуванням змін у нормативно-правовому регулюванні звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки та розвитку права в цьому напрямі.

Так, 2 листопада 2004 р. Конституційний Суд України у своєму рішенні по справі № 1-33/2004 за конституційним поданням Верховного

Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 69 КК (справа про призначення судом більш м'якого покарання) констатував, що реалізована в нормах КК можливість звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки є одним із безпосередніх проявів конституційних принципів додержання гуманізму, справедливості та законності. Вбачається, що подібний висновок ґрунтується на тому, що метою вказаної заохочувальної норми (ст. 47 КК) є виправлення особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, без застосування до неї засобів державного обмеження. Законодавець передбачає, що досягнення поставленої цілі є можливим альтернативним кримінальному покаранню шляхом – проведенням колективом підприємства, установи, організації соціально-виховної роботи з такою особою.

Вважаємо, що цілком відповідатиме цим завданням також передача особи на поруки колективу найманих працівників фізичної-особи підприємця, адже, по-перше, такий колектив є юридично оформленим об'єднанням працівників, що підтверджується наявністю укладених з роботодавцем трудових договорів (контрактів, угод), по-друге, він наділений організаційною єдністю щодо виконання виробничого завдання, і, по-третє, у контексті здійснення заходів виховного характеру такий колектив має рівні права та можливості, що і колектив підприємства, установи, організації.

Історико-правовий огляд становлення та розвитку законодавства про звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки свідчить, що чинні положення КК України (ст. 47) мають безпосередній зв'язок із нормативними приписами ст. 51 КК України 1960 р., що стосувалися звільнення від кримінальної відповідальності із передачею особи на поруки громадській організації або трудовому колективу. Так, необхідно зазначити, що тогочасний кримінальний закон не містив обмежень щодо організаційних форм суб'єктів господарювання, трудові колективи яких могли ініціювати питання про передачу особи на поруки. При цьому, відповідно до ст. ст. 2, 9 Закону України «Про підприємництво» від 7 лютого 1991 р. за суб'єктами підприємницької діяльності (підприємцями), якими могли бути громадяни України або інших держав, не обмежені законом у правоздатності або дієздатності, визнавалося право укладати з найманими працівниками трудові договори (контракти, угоди).

З прийняттям нового КК у 2001 р. у тексті ст. 47 цього Кодексу законодавець відмовився від лексичної конструкції «громадська організація або трудовий колектив» на користь «колектив підприємства, установи, організації».

Така відмова пояснюється необхідністю приведення законодавчої термінології у відповідність до нової моделі соціально-економічного розвитку держави, що передбачає розбудову ринкової економіки. Водночас, воля законодавця жодним чином не була спрямована на звуження кола суб'єктів, колективу яких особу можна передавати на поруки. Більше того, навіть з урахуванням нововведень юридичний статус фізичної особи-підприємця у контексті ст. 47 КК можна розглядати рівнозначним статусу підприємств, установ, організацій як юридичних осіб виходячи з такого:

- відповідно до ст. 55 Господарського кодексу України (далі – ГК України) поняття «суб'єкт господарювання» охоплює як господарські організації, тобто юридичні особи, створені відповідно до Цивільного Кодексу України (далі – ЦК України), державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до ГК України, інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані в установленому законом порядку, так і громадян України, іноземців та осіб без громадянства, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані відповідно до закону як підприємці (тобто фізичних осіб);

- підприємництво як самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку, здійснюється в будь-яких організаційних формах, передбачених законом, на вибір підприємця (ст. ст. 42, 45 ГК України);

- держава гарантує усім підприємцям, незалежно від обраних ними організаційних форм підприємницької діяльності, рівні права та рівні можливості для залучення і використання матеріально-технічних, фінансових, трудових, інформаційних, природних та інших ресурсів. (ст. 47 ГК України);

- підприємці також мають право укладати з громадянами договори щодо використання їх праці. При укладенні трудового договору (контракту, угоди) підприємець зобов'язаний забезпечити належні і безпечні умови праці, оплату праці не нижчу від визначеної законом та її своєчасне одержання працівниками, а також інші соціальні гарантії, включаючи

соціальне й медичне страхування та соціальне забезпечення відповідно до законодавства України (ст. 46 ГК України);

– відповідно до ст. 51 ЦК України до підприємницької діяльності фізичних осіб застосовуються нормативно-правові акти, що регулюють підприємницьку діяльність юридичних осіб, якщо інше не встановлено законом або не впливає із суті відносин.

З огляду на вищевикладене можна дійти висновку, що колектив фізичної особи – підприємця охоплюється поняттям колективу підприємства, установи, організації, зазначеним у ст. 47 КК. Вказана позиція знаходить свою підтримку як серед науковців¹, так й у судовій практиці, зокрема Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду².

2. Чи має значення для вирішення питання про можливість передачі на поруки кількість членів трудового колективу з огляду на спроможність цього колективу здійснювати контроль над особою в контексті ст. 47 КК?

З позиції *de lege lata* закон України про кримінальну відповідальність не містить будь-яких вказівок щодо кількісного складу колективу, на поруки якому може бути передано особу. Однак, ведучи мову про невеликі колективи, прикладом суб'єктів мікропідприємництва (фізичних осіб – підприємців, у яких середня кількість працівників за звітний період (календарний рік) не перевищує 10 осіб) то вирішуючи питання про можливість звільнення особи від кримінальної відповідальності на підставі ст. 47 КК додатково необхідно враховувати ряд обставин, зокрема, специфіку трудових відносин між роботодавцем та найманими працівниками (регулярний або нерегулярний характер), строковість укладених з останніми трудових договорів, фактичне місце роботи членів такого колективу, можливість забезпечення постійного (систематичного)

¹ Глібов М. Л., Венедіктов А. А., Венедіктов Ю. Є. Проблеми звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2021. № 2 (119). URL: <http://elar.naiu.kiev.ua/bitstream/123456789/19949/1/document.pdf>

² Ухвала Касаційного кримінального суду у складі Верховного суду від 14 червня 2021 р. у справі № 127/12870/20. Єдиний державний реєстр судових рішень: вебсайт. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97700809>; Ухвала Касаційного кримінального суду у складі Верховного суду від 08 липня 2021 р. у справі № 127/12870/20. Єдиний державний реєстр судових рішень: вебсайт. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98220762>

контролю з боку колективу або уповноваженої ним особи (осіб) за поведінкою переданої на поруки особи тощо.

У разі встановлення об'єктивної неможливості виконання колективом обов'язків по здійсненню заходів виховного характеру, вказаних у клопотанні про звільнення від кримінальної відповідальності, передача такому колективу особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, на поруки не відповідатиме цілям самого звільнення від кримінальної відповідальності.

3. Науковий висновок щодо співвідношення норм, передбачених ч. 1 та ч. 2 ст. 75 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, головний науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального та кримінально-виконавчого права

Зміст звернення:

До члена Науково-консультативної ради при Верховному Суді професора В. І. Борисова надійшло звернення судді Верховного Суду Галини Романівни Крет (вих. № 269/0/26–22 від 03.08.2022 р.) з проханням підготувати науковий висновок у кримінальному провадженні № 13–17 кс 22 (справа № 947/10464/21) за касаційною скаргою прокурора на ухвалу Одеського апеляційного суду від 08 червня 2021 року щодо М. за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 369 КК України.

У цьому провадженні вироком Київського районного суду м. Одеси від 14 квітня 2021 р. затверджено угоду про визнання винуватості та визнано М. винуватим у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 369 КК України і призначено покарання у виді позбавлення волі на строк 2 роки. На підставі ст. 75 КК М. звільнено від відбування призначеного покарання з випробуванням із встановленням іспитового строку тривалістю 2 роки та покладено обов'язки, передбачені ст. 76 КК.

На вказаний вирок прокурором було подано апеляційну скаргу, в якій ставилось питання, зокрема, про неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність, невідповідність призначеного покарання тяжкості кримінального правопорушення та особі обвинуваченого внаслідок м'якості. Крім того, прокурор вказував, що, на його думку, «до корупційних злочинів не можуть бути застосовані положення ст. 75 КК, оскільки в Кодексі існує пряма заборона про це» (абз. 2 с. 2 звернення).

Ухвалою Одеського апеляційного суду від 08 червня 2021 року прокурору було відмовлено у відкритті апеляційного провадження. Не погодившись із зазначеними судовими рішеннями прокурор подав на них касаційну скаргу та клопотання про передачу матеріалів кримінального провадження щодо М. на розгляд до Великої Палати.

Касаційна скарга обґрунтована тим, що суд першої інстанції, затвердивши угоду про визнання винуватості, не перевіряв її на відповідність вимогам закону та не звернув уваги на неправильне застосування ч. 2 ст. 75 КК, оскільки в ч. 1 цієї статті, якою передбачені підстави застосування звільнення від покарання з випробуванням, зазначено, що звільнення від покарання з випробуванням не застосовується до осіб, що вчинили корупційне кримінальне правопорушення.

Ухвалою колегії суддів Третньої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного суду від 18 серпня 2021 року відкрито касаційне провадження за касаційною скаргою прокурора на судові рішення щодо М.

Як зазначає колегія суддів, сформувався два підходи щодо тлумачення та застосування ч. 1 та ч. 2 ст. 75 КК.

Перший зводиться до того, що норма ч. 1 ст. 75 КК встановлює загальне правило звільнення від відбування покарання з випробуванням щодо корупційних правопорушень, яка поширюється й на випадки затвердження угод про визнання винуватості.

Другий ґрунтується на позиції, що норма ч. 2 ст. 75 КК містить окреме правило, на яке не поширюється передбачене в ч. 1 цієї статті обмеження щодо звільнення від покарання з випробуванням стосовно корупційних правопорушень. Таким чином, у разі затвердження угоди про визнання винуватості з відповідними умовами суд може прийняти рішення про звільнення особи від відбування покарання, навіть коли мова йде про корупційне правопорушення.

На обґрунтування того, що ця проблема є виключною, колегія суддів посилається на наукові публікації та судову практику, у яких обґрунтовано кожен із підходів.

Ухвалою Касаційного кримінального суду від 16 лютого 2022 року, кримінальне провадження передане на розгляд Великої Палати, оскільки провадження містить виключну правову проблему.

09 червня 2022 року Велика Палата своєю ухвалою прийняла та призначила до розгляду зазначене кримінальне провадження, оскільки дійшла висновку про обґрунтованість підстав для його передачі. У зв'язку з цим суддя-доповідач звернулася до членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді стосовно надання наукового висновку щодо застосування норми закону про кримінальну відповідальність, розбіжності щодо розуміння правил застосування якої стало підставою для передачі справи на розгляд Великої Палати:

1. Чи встановлює частина перша ст. 75 КК загальні умови та обмеження щодо звільнення від покарання з випробуванням, які поширюються й на випадки затвердження угод?

2. Чи має повноваження суд з огляду на положення частин першої та другої статті 75 КК, з урахуванням положень частини сьомої статті 474 КПК, затвердити угоду про визнання винуватості (або про примирення) у кримінальному провадженні щодо корупційного правопорушення, однією з умов якої є положення про звільнення особи від відбування покарання з випробуванням на підставі статті 75 КК?

3. Чи підлягає перегляду в апеляційному порядку вирок, яким затверджено угоду про визнання винуватості (або про примирення) у кримінальному провадженні щодо корупційного правопорушення, однією з умов якої є положення про звільнення особи від відбування покарання з випробуванням на підставі статті 75 КК?

Результати наукового дослідження.

Сутю кримінально-правової проблеми стосується лише перше із поставлених питань. Друге і третє питання передбачають поглиблене знання кримінального процесуального права, у якому вони не є фахівцями. Тому вважають за необхідне обмежитися висновком лише на перше із наведених питань: **Чи встановлює частина перша ст. 75 КК загальні умови та обмеження щодо звільнення від покарання з випробуванням, які поширюються й на випадки затвердження угод?**

1. Відповідь на означене питання залежить від того, чи містяться у ч. 1 та ч. 2 ст. 75 КК окремі норми, чи положення, у них викладені, охоплюються однією нормою, що міститься у двох різних частинах однієї статті закону про кримінальну відповідальність.

Як відомо, підставою для виокремлення самостійної норми (у тому числі й норми закону про кримінальну відповідальність) є наявність у неї окремого (специфічного, спеціального) предмета правового регулювання. Порівняння редакції норми ч. 2 ст. 75 КК із нормою ч. 1 цієї статті дозволяє зробити висновок про наявність такого *специфічного (спеціального) предмета*, оскільки її положення поширюються лише на випадки затвердження угод про примирення та про визнання вини, спеціально виділені на то законодавцем. Зазначені угоди не пов'язані з можливістю застосування звільнення від покарання з випробуванням, як їх складовою. Інакше кажучи, зазначені угоди укладаються незалежно від того, чи містять вони в собі умову щодо звільнення у подальшому особи від покарання з випробуванням чи ні. Водночас норма ч. 1 ст. 75 КК регулює виключно питання звільнення від покарання з випробуванням, у їх числі й питання обмеження. Частина 2 обмеження не передбачає. Тому в частинах першій та другій статті 75 КК закріплено дві різні законодавчі норми, кожна з яких має свій предмет правового регулювання. Варто, однак, зазначити, що норми ч. 1 та ч. 2 є суміжними, оскільки обидві вирішують питання щодо звільнення засудженого від покарання, що і стало підставою їх розміщення в одній статті КК.

2. Додатковим аргументом на користь такого висновку слугує конструкція побудови зазначених частин ст. 75 КК: в обох із них наводиться перелік покарань, у випадку призначення яких вони можуть бути застосовані: «... при призначенні покарання у виді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, а також позбавлення волі на строк не більше п'яти років ...». Ці переліки в нормах ч. 1 та ч. 2 ст. 75 КК є абсолютно ідентичними. У тому ж випадку, якщо би ч. 1 містила загальне правило щодо ч. 2, то законодавцеві не було би необхідності наводити такий самий перелік у ч. 2. Водночас наявність такого переліку у ч. 2 орієнтує на те, що вона присвячена вирішенню специфічних питань, а тому й виникає необхідність у наведенні переліку покарань, за умови призначення яких застосовуються її положення.

3. Нормативні положення, зазначені в ч. 3 ст. 75 КК, однаково розповсюджуються як на норму ч. 1, так і норму ч. 2 цієї статті. Вочевидь, якщо б законодавець вважав положення ч. 2 такими, що розвивають положення норми ч. 1 ст. 75 КК, то не було б потреби в ч. 3 вказувати на ч. 2, поруч із ч. 1 цієї статті.

4. Нарешті аргументом того, що норма ч. 1 ст. 75 КК не може містити загального правила щодо положень норми ч. 2 цієї статті, є необхідність застосування темпорального тлумачення цих положень. Європейський суд з прав людини виходить із того, що має застосовуватися такий вид тлумачення закону про кримінальну відповідальність, який є більш вигідним для обвинуваченого (засудженого). Положення щодо можливості звільнення від покарання з випробуванням (ч. 1) були наявними в первісній редакції КК (від 5 квітня 2001 р.), а от положень щодо угод про примирення та про визнання вини там тоді не містилося. Вони з'явилися пізніше, а отже, згідно з темпоральним тлумаченням, мають перевагу над нормативними положеннями ч. 1, оскільки їх застосування покращує становище особи порівняно із правилами, що містяться в нормі ч. 1.

Загальний висновок.

Норма частини першої ст. 75 КК не встановлює загальних правил (умов та обмежень) для ч. 1 та ч. 2 цієї статті щодо звільнення засудженого від покарання з випробуванням. Зазначені там обмеження не поширюються на випадки затвердження угоди між сторонами про примирення або про визнання вини.

4. Науково-правовий висновок стосовно тлумачення ч. 1 ст. 154 КК України

Виконавці:

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

*Д. О. Куковинець – молодший науковий співробітник відділу
дослідження проблем кримінального права.*

Зміст звернення:

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 №290/0/26–22 від 12.08.2022 р.). У матеріалах запиту було поставлено питання:

1. Чи дійсно нормою ч. 1 ст. 154 КК встановлена кримінальна відповідальність за примушування особи без її добровільної згоди до здійснення акту сексуального характеру як з особою, яка вчиняє таке примушування, так і з іншою (третьою) особою?

Результати науково-правового дослідження.

У ч. 1 ст. 154 Кримінального кодексу (далі – КК) України у редакції Закону України від 06.12.2017 р. №2227-VIII передбачено відповідальність за примушування особи без її добровільної згоди до здійснення акту сексуального характеру з іншою особою. Застосування зазначеної норми породжує труднощі зокрема в аспекті визначення обсягу поняття «інша особа». Щодо цього питання наразі існують два підходи: ширший та вузьчий.

Представники *ширшого підходу* виходять із того, що «іншою особою» є як особа, яка вчиняє примушування за ч. 1 ст. 154 КК, так і третя особа. Так, В. Ю. Омецинська зауважує, що склад кримінального правопорушення, передбачений ст. 154 КК, може мати три форми:

«– окремий самостійний склад злочину – якщо має місце примушування особи без її добровільної згоди до здійснення акту сексуального характеру з *третьою особою* (*курсив наш – Д. Є., Д. К.*), яка не усвідомлює та не передбачає факту примушування (коли керівник заставляє підлеглу особу «вимушено-добровільно» вступити в статеві стосунки з іншою особою (з перевіряючим, конкурентом, іншою особою тощо);

– є спеціальним видом криміналізованого в самостійний злочин готування до вчинення злочину, відповідальність за вчинення якого передбачено у ст. 152 чи ст. 153 КК (якщо винний примушує потерпілу особу до здійснення акту сексуального характеру з *ним* (*курсив наш – Д. Є., Д. К.*), але примушування є невдалим);

– є спеціальним видом криміналізованого в самостійний злочин пособництва у злочині, відповідальність за вчинення якого передбачено у ст. 152 чи ст. 153 КК (якщо винний примушує потерпілу особу

до здійснення акту сексуального характеру з *третьою особою* (*курсив наш – Д. Є., Д. К*) і така особа усвідомлює факт вимушеної поведінки, якщо таке примушування також є невдалим)»¹.

Підтримуючи цей підхід, О. О. Дудоров та М. І. Хавронюк також зазначають, що за ст. 154 може нести відповідальність *і той, хто не має наміру вчиняти акт сексуального характеру з потерпілою особою*² (*курсив наш – Д. Є., Д. К*).

У свою чергу, представники *вужчого підходу* до розглядуваного питання виходять із того, що «іншою особою» є лише третя особа. Причому, К. Шуневич зазначає, що згідно з буквальним тлумаченням ст. 154 КК кінцевою метою винної особи виступатиме «здійснення особою, до якої застосовується примушування, акту сексуального характеру з іншою особою», тобто особа, яка вчиняє протиправні дії, передбачені ст. 154 КК, не має наміру вступити в сексуальні відносини з потерпілою/потерпілим³.

Відповідно до тлумачного словника за своїм лексичним значенням слово «*інший*» означає: «1. Який відрізняється від названого, даного; який існує, перебуває не в цьому місці, не в цих обставинах; не цей, не той, другий. ... 2. *перев. мн.* Усі, крім названого (названих); решта. ... 3. Один із багатьох; деякий, який-небудь. ...»⁴. Слово «*інший*» належить до такої частини мови, як займенник, який за своїм розрядом є означальним (тобто таким, що свідчить про узагальнену ознаку предмета, явища) і за змістом вказує на відокремлення, відмежування особи чи предмета від подібних до нього або раніше названих⁵. У зв'язку з цим постає необхідність вирішити питання: щодо кого виконує свою відмежувальну функцію займенник «*інший*» як складова поняття «інша особа» – щодо

¹ Омечинська В. Ю. Кримінально-правова охорона статевої свободи та статевої недоторканості дитини: дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2019. С. 128–129. URL: http://dspace.lvduvs.edu.ua/bitstream/1234567890/3528/1/omecincka_d.pdf

² Дудоров О. О., Хавронюк М. І. Відповідальність за домашнє насильство і насильство за ознакою статі (науково-практичний коментар новел Кримінального кодексу України) / за ред. М. І. Хавронюка. К.: Ваіте, 2019. С. 114.

³ Шуневич К. Сексуальне насильство: визначення, відповідальність і юридична практика. *Гендер в деталях*: вебсайт. URL: <https://genderindetail.org.ua/spetsialni-rubriki/legal-advice/sexualne-nasylstvo.html>.

⁴ Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2003. С. 403.

⁵ Радишевська М., Погребенник В., Михайлюта В., Корольова Т., Трош Т., Гудзенко О. Новий довідник: Українська мова і література. 5-е вид. Київ: Казка, 2008. С. 228. URL: https://subject.com.ua/ukrmova/dovidnik_1/90.html

потерпілого або ж щодо особи, яка здійснює примушування? Зіставлення цього займенника з потерпілим співвідноситиметься з ширшим підходом до вирішення поставленого питання, адже коло інших осіб окреслюється як коло будь-яких осіб, крім самого потерпілого. Співвіднесення ж займенника «інший» із особою, яка примушує, дає підстави зробити висновок на користь вужчого підходу до розглядуваної проблеми, за яким до інших осіб належать лише треті особи. Разом із тим застосування способу філологічного тлумачення не дає змоги дійти чіткого висновку в цій ситуації.

Неоднозначне розуміння досліджуваного положення обумовлює спробу обрати спосіб системного тлумачення, за якого зміст кримінально-правової норми з'ясується шляхом її зіставлення з іншими кримінально-правовими нормами, а в окремих випадках і зіставлення з нормами інших галузей права. Норма ч. 1 ст. 154 КК зазнала змін та набула актуального вигляду внаслідок прийняття Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами» від 06.12.2017 р. № 2227-VIII. Відповідно до пп. с) п. 1 ст. 36 самої Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами (Стамбульська конвенція) від 11.05.2011 р., (далі – Конвенція, Стамбульська конвенція) Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення того, щоб було криміналізовано такі форми умисної поведінки: с) примушування іншої особи до здійснення, без згоди, актів сексуального характеру з *третьою особою* (*курсив наш – Д. Є., Д. К.*). Як зазначається у коментарі до положень Конвенції, «мета пп. «с» полягає в охопленні сценаріїв, у яких правопорушник не особа, яка чинить статевий акт, а особа, яка примушує жертву вступити в статевий контакт з третьою особою (за умови, що ця поведінка має певний зв'язок з умисною поведінкою, яка повинна криміналізуватися згідно зі статтею 36 Конвенції)»¹. Таким чином, у самій Конвенції вжито поняття «третьої особи», що відповідає вужчому підходу до вирішення розглядуваної проблеми.

¹ Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами та Пояснювальна доповідь. Стамбул (Туреччина) 11.V.2011. URL: <https://rm.coe.int/1680093d9e>

Разом із тим згідно з ч. 5 ст. 3 КК України закони України про кримінальну відповідальність повинні відповідати положенням, що містяться в чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України. Однак ратифікація Конвенції відбулася лише у 2022 р. внаслідок прийняття Закону України «Про ратифікацію Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами» від 20.06.2022 р. № 2319-IX, а набрання її чинності для України відбудеться лише 01.11.2022 р.¹. Такий стан речей наразі позбавляє правозастосувача правової підстави до використання способу системного тлумачення положень ч. 1 ст. 154 КК України відповідно до положень Стамбульської конвенції до моменту набрання нею чинності для України. При цьому наявна складна ситуація з тлумаченням положень досліджуваної кримінально-правової норми дозволяє використати телеологічний (цільовий) спосіб тлумачення, спрямований на усвідомлення цілей видання нормативно-правових актів. У самій назві Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами», яким було до ч. 1 ст. 154 КК було введено поняття «інша особа», безпосередньо відбита мета цього нормативно-правового акта, а в пояснювальній записці до відповідного законопроекту указано, що його цілями і завданнями є імплементація у чинне кримінальне і кримінальне процесуальне законодавство України положень Стамбульської конвенції². Вбачається, що це цілком дозволяє спрямовувати вектор тлумачення поняття «інша особа» в розглядуваній диспозиції в бік Конвенції, де вживається поняття «третя особа».

Разом із тим і використання системного способу тлумачення у цій ситуації все ж уявляється можливим на рівні актів національного законодавства. Так, у п. 15 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» від 07.12.2017 р. № 2229-VIII різновидом сексуального насильства у визначенні відповідного поняття визнається

¹ Лист Міністерства закордонних справ України від 22.07.2022 р. № 72/11-612-53884. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v5388321-22#Text>.

² Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами»: пояснювальна записка до проекту Закону від № 4952. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/view/JH3TK00I?an=9>.

примушування до акту сексуального характеру з *третьою особою*. Тож розгляд положень цієї норми та норми ч. 1 ст. 154 КК через зазначений спосіб тлумачення також дозволяє дійти висновку на користь вужчого підходу до вирішення поставленої проблеми.

Отже, на підставі вищезазначеного, поняття «інша особа» у контексті норми ч. 1 ст. 154 КК України слід поширювати лише на третіх осіб.

Загальний висновок.

Нормою ч. 1 ст. 154 КК встановлена кримінальна відповідальність за примушування особи без її добровільної згоди до здійснення акту сексуального характеру *лише з третьою особою*.

5. Науковий висновок щодо тлумачення окремих положень статей 5 та 203² 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, головний науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального та кримінально-виконавчого права*

Зміст звернення:

До члена Науково-консультативної ради при Верховному Суді професора В. І. Борисова надійшло звернення судді Верховного Суду В. В. Наставного (вих. № 145/0/26–22 від 12.05.2022 р., вх. б/н від 12.05.2022 р.) з проханням підготувати науковий висновок у кримінальному провадженні за касаційною скаргою прокурора на ухвалу Полтавського апеляційного суду від 10 лютого 2021 року щодо Р., С., М., К. та Л. за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 203² КК України.

У цьому провадженні дії обвинувачених органом досудового розслідування кваліфіковано за ч. 1 ст. 203² КК України в редакції Закону, яка діяла на час вчинення інкримінованого кримінального правопорушення до 13 серпня 2020 року, тобто до набрання чинності Законом України від 14 липня 2020 року № 768-ІХ «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор». Ухвалою Ожтбрського

районного суду м. Полтави від 11 грудня 2020 року кримінальне провадження за обвинуваченням Р. за ч. 3 ст. 27, ч. 3 ст. 28, ч. 1 ст. 203² КК України, С., М., К. та Л. за ст. 28, ч. 1 ст. 203² КК України закрито на підставі п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК України, у зв'язку з набранням чинності закону, яким скасована кримінальна відповідальність за інкриміновані обвинуваченим діяння. Своє рішення суд першої інстанції мотивував тим, що з набранням чинності Законом України від 14 липня 2020 року № 768-ІХ «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор» скасована кримінальна відповідальність за інкриміновані обвинуваченим діяння.

Ухвалою Полтавського апеляційного суду від 10 лютого 2021 року зазначену ухвалу суду першої інстанції щодо Р., С., М., К. та Л. залишено без зміни, а апеляційну скаргу прокурора у кримінальному провадженні без задоволення. Колегія суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду ухвалою від 15 лютого 2022 року зазначене кримінальне провадження на підставі ч. 2 ст. 434¹ КПК України передала на розгляд об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду. Таке рішення колегія суддів прийняла у зв'язку із тим, що вважала за необхідне відступити від висновку про застосування норми права в подібних правовідносинах, а саме ст. 203² КК України, викладеного в постанові колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 18 листопада 2020 року (справа № 715/190/18), а також постановвах Другої судової палати Касаційного кримінального суду від 03 червня 2021 року (справа № 539/971/20), Третьої судової палати Касаційного кримінального суду від 25 жовтня 2021 року (справа № 524/2594/18), Другої судової палати Касаційного кримінального суду від 14 грудня 2021 року (справа № 161/13558/19). Правова позиція в зазначених рішеннях Касаційного кримінального суду полягає у тому, що оскільки Законом України від 14 липня 2020 року № 768-ІХ «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор» ст. 203² КК України не виключено з КК України, а лише змінено її редакцію, то декриміналізації діяння, що полягає в зайнятті гральним бізнесом, не відбулося. Обґрунтовуючи свою позицію в ухвалі від 15 лютого 2022 року, якою зазначене кримінальне провадження на підставі ч. 2 ст. 434¹ КПК України передано на розгляд об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду, колегія суддів дійшла висновку, що кримінальній відповідальності за ст. 203² КК підлягають лише ті особи, що вчинили діяння, передбачене в диспозиції цієї право-

вої норми в редакції Закону України від 14 липня 2020 року № 768-IX «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор» після набрання ним чинності. На осіб, що вчинили діяння, передбачене ст. 203² КК (у редакції, що діяла до 13 вересня 2020 року), поширюється дія ч. 1 ст. 5 КК, оскільки діяння, передбачене в диспозиції цієї норми, декриміналізоване. Касаційний суд у цій ухвалі зауважив, що згідно зі зміненним регулятивним законодавством держава від повної заборони грального бізнесу перейшла до регулювання організації діяльності стосовно азартних ігор, а за ст. 203² КК, що була викладена в новій редакції, кримінальній відповідальності підлягають тільки особи, які здійснюють неліцензовану діяльність з організації або проведення азартних ігор, лотерей.

У зв'язку з цим виникла необхідність у зверненні до членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді для підготовки наукового висновку з таких питань:

1. Чи має зворотну дію у часі ст. 203² КК України в редакції Закону від 14 липня 2020 року № 768-IX відповідно до ст. 5 КК України відносно ст. 203² КК України в редакції Закону, яка діяла до 13 серпня 2020 року? Якщо так, то в якій частині?

2. Чи скасовує Закон України від 14 липня 2020 року № 768-IX «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор» кримінальну відповідальність за діяння, інкриміновані особі і кваліфіковані за ст. 203² КК України в редакції Закону, яка діяла до 13 серпня 2020 року, в розумінні п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК України, та чи підлягає в такому випадку кримінальній відповідальності особа за ст. 203² КК України в редакції Закону від 14 липня 2020 року № 768-IX?

Результати наукового дослідження.

Відповідь на перше поставлене питання повністю залежить від відповіді на друге, оскільки скасування законом кримінальної протиправності діяння є однією з підстав для його зворотної дії в часі. Крім того, обидва поставлених у зверненні питання стосуються одного й того самого: можливості (правомірності) застосування в наведеному випадку зворотної дії закону про кримінальну відповідальність у часі. З огляду на це є сенс у наданні комплексної, а не окремої відповіді на поставлені питання.

Відповідно до ч. 1 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 в 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. Отже, скасування кримінальної протиправності діяння є підставою (однією з підстав) для зворотної дії закону в часі. Тому для розв’язання поставлених питань по суті варто з’ясувати, чи було статтею 203² КК України в редакції Закону від 14 липня 2020 року № 768-IX скасовано кримінальну протиправність інкримінованого суб’єктам кримінального провадження чи ні.

На момент вчинення діяння диспозиція ст. 203² КК України передбачала відповідальність за «заняття гральним бізнесом», а в новій редакції передбачено відповідальність за «організацію або проведення азартних ігор без ліцензії». Вважаємо, що це зовсім різні за своєю сутністю діяння, одне з яких новим законом було декриміналізоване, а інше – криміналізоване. До набуття чинності новим законом зайняття гральним бізнесом було під абсолютною заборобою, а після внесення відповідних змін (як у регуляторне законодавство, так і у КК України) протиправною стала організація або проведення азартних ігор без ліцензії. Таким чином здійснення відповідної діяльності стало можливим, хоча й із дотриманням встановленого законом порядку (отримання ліцензії). Водночас отримати таку ліцензію на момент вчинення інкримінованого кримінального правопорушення його суб’єкти можливості (ні фізичної, ні юридичної) не мали, оскільки вся діяльність у відповідній сфері перебувала під абсолютною заборобою. Тому тут ідеться саме про *встановлення кримінальної відповідальності за нове діяння*, а не про часткову декриміналізацію раніше встановленого. Для наочності наводимо порівняльну таблицю.

Назва та диспозиція ст. 203 ² КК України станом на 01 січня 2019 р. (чинна на момент вчинення діяння)	Назва та диспозиція ст. 203 ² КК України в редакції Закону України «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор» від 14 липня 2020 р. № 768-IX (чинна на момент винесення рішення судом I інстанції)	Висновок

<p>Стаття 203² Зайняття гральним бізнесом</p> <p>1. Зайняття гральним бізнесом, –</p>	<p>Стаття 203² Незаконна діяльність з організації або проведення азартних ігор, лотерей</p> <p>1. 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, –</p>	<p>Відповідальність за одне діяння виключено, а за інше встановлено.</p>
--	---	--

У зв'язку з викладеним не є актуальною відповідь на другу частину першого поставленого питання щодо зворотної дії в часі: «Якщо так, то в якій частині?», оскільки воно стосується ситуацій, коли кримінальна відповідальність частково пом'якшується, а частково посилюється. Так, згідно з ч. 3 ст. 5 КК України «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 зворотню дію у часі *лише в тій частині*, що пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи». Як зазначалося вище, в аналізованому випадку мова йде не про посилення чи пом'якшення відповідальності, а про декриміналізацію одного діяння та криміналізацію іншого.

Загальний висновок.

Ст. 203² КК України в редакції Закону від 14 липня 2020 року № 768-ІХ відповідно до ст. 5 КК України *має зворотню дію у часі* відносно ст. 203² КК України в редакції Закону, яка діяла до 13 серпня 2020 року. Остання встановлює відповідальність за зовсім інше діяння, вчинення якого не було можливим під час чинності попередньої редакції ст. 203² КК України.

Закон України від 14 липня 2020 року № 768-ІХ «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор» скасовує кримінальну відповідальність за діяння, інкриміновані особі і кваліфіковані за ст. 203² КК України в редакції Закону, що діяла до 13 серпня 2020 року.

Особа, яка вчинила діяння, передбачене ст. 203² КК України в редакції Закону від 14 липня 2020 року № 768-ІХ, до набуття цим законом чинності, не підлягає кримінальній відповідальності, оскільки на момент вчинення такого діяння воно не було передбачене законом як кримінально протиправне.

6. Науковий висновок щодо тлумачення окремих положень ч. 4 ст. 307 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, головний науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального та кримінально-виконавчого права*

Зміст звернення:

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. № 142/0/27–21 від 07.12.2021 р., вх. № 319 від 07.12.2021 р.) з проханням підготувати науковий висновок у справі № 236/4762/19 (провадження № 51-2075км21) стосовно визначення поняття «добровільна здача» в контексті частини четвертої статті 307 Кримінального кодексу України.

У провадженні Касаційного кримінального суду знаходиться касаційна скарга прокурора на ухвалу Донецького апеляційного суду від

04 лютого 2021 р. щодо О. (справа № 236/4762/19, провадження № 51-2075км21).

Оскаржуваним рішенням суду апеляційної інстанції скасовано вирок місцевого суду й О. звільнено від кримінальної відповідальності за ч. 1 ст. 309 КК України на підставі ч. 4 ст. 307 КК, а кримінальне провадження закрито. Одним із аргументів такого рішення став висновок про те, що в цьому випадку факт добровільної **видачі** наркотичного засобу обвинуваченим О. є беззаперечним, який підтверджується сукупністю доказів. А саме фактом добровільної видачі наркотичного засобу розцінено обставини, коли громадянина О. зупинили працівники поліції, яким він повідомив, що має при собі наркотичний засіб – канабіс і після виклику слідчо-оперативної групи та залучення понятих видав цей наркотичний засіб.

При вивченні матеріалів провадження та підготовці до касаційного розгляду виникла потреба у залученні доктринальних знань у з'ясуванні інтерпретації ознак «добровільність здачі» наркотичних засобів, психотропних речовин чи їх аналогів, а також встановлення співвідношення використовуваних у кримінальному законі (ч. 4 ст. 307 КК) та у вказаному судовому рішенні термінів «здача»/«видача», зокрема, чи є вони тотожними за своїм значенням, та чи може у цьому випадку видача наркотичних засобів засудженим розцінюватися як їх добровільна здача.

У зв'язку з цим виникла необхідність у зверненні до членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді для підготовки наукового висновку з таких питань:

1. Встановити законодавчий зміст конструкції у ч. 4 ст. 307 КК «добровільна здача» наркотичних засобів, психотропних речовин чи їх аналогів.

2. Розкрити обсяг поняття «добровільність» щодо терміну «здача» наркотичних засобів, психотропних речовин чи їх аналогів.

3. Визначити складові «добровільності» та ознаки, які свідчать про наявність у діянні особи саме «здачі» наркотичних засобів, психотропних речовин чи їх аналогів і чи є вони відмінними від поняття їх «добровільної видачі».

Результати науково-правового дослідження.

Оскільки усі три поставлених у зверненні питання стосуються одного і того самого – тлумачення ч. 4 ст. 307 КК України та можливості (правомірності) її застосування у наведеному випадку – є сенс у наданні комплексної, а не окремої відповіді на них.

Частина 4 ст. 307 КК України передбачає дві підстави для звільнення від кримінальної відповідальності особи за вчинення зазначених у ній кримінальних правопорушень: 1) добровільну здачу особою наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів та вказання нею на джерело їх придбання та 2) добровільну здачу особою зазначених засобів і речовин і сприяння нею розкриттю злочинів, пов'язаних з їх незаконним обігом.

Загальна ознака для обох підстав – це добровільна здача особою наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, тобто вчинення з власної волі особою, яка володіла зазначеними засобами та речовинами, особисто або з використанням третіх осіб, передачі їх будь-яким способом під контроль органів публічної влади за умови, що ця особа об'єктивно мала реальну можливість (і суб'єктивно її усвідомлювала) подальшого володіння такими засобами чи речовинами¹. Ця ознака передбачає активні фізичні дії особи, яка вчинила злочин, що становить передумову звільнення від кримінальної відповідальності². Як зазначає І. О. Никифорчин, «здача наркотичних засобів полягає в переданні їх з незаконного володіння особи, якій вони фактично належать, у розпорядження компетентних органів держави (посадових осіб) і передбачає активну поведінку. Вона можлива як шляхом особистого з'явлення до органів влади і передання наркотичних засобів відповідній посадовій особі, так і іншим шляхом (за місцем роботи, лікування, проживання тощо). Головне, щоб здача наркотичних засобів мала адресний характер – мало місце прагнення особи врешті-решт передати наркотичні засоби органам влади»³.

Викладене дозволяє стверджувати, що добровільність означає вчинення особою відповідної дії (здачі) за умови усвідомлення нею можливості іншого варіанту поведінки (продовження володіння наркотичними засо-

¹ 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: Одиссей, 2003. С. 823 (автор розділу XIII Особливої частини «Злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші злочини проти здоров'я населення» – Ю. В. Баулін).

² Наден А. В. Спеціальні види звільнення особи від кримінальної відповідальності за злочини в сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів: монографія. Харків: Право, 2003. С. 143.

³ Никифорчин І. А. Уголовная ответственность за незаконный оборот наркотических средств: дис ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Укр. гос. юрид. акад. Харьков, 1994. С. 155, 156.

бами). У зверненні зазначено, що «громадянина О. зупинили працівники поліції, яким він повідомив, що має наркотичний засіб – канабіс і після виклику слідчо-оперативної групи та залучення понятих видав цей наркотичний засіб» (абз. 2 с. 1 звернення судді Станіслава Голубицького). Уявляється, що за таких обставин у О. не було можливості подальшого володіння наркотичним засобом, оскільки у разі неповідомлення про його наявність він був би (міг бути) підданий огляду, в результаті якого предмет кримінального правопорушення все одно був би виявлений. Так само не впливає із зазначеного у зверненні того факту, що О. у якийсь спосіб прагнув активно припинити своє незаконне володіння наркотичним засобом, тобто заздалегідь, до зупинення працівниками поліції, мав намір здати наркотичні засоби органам влади. Єдиним виключенням із цього, за означених у зверненні обставин, буде ситуація, коли О. ніс наркотичні засоби для здачі їх органам влади і по дорозі, під час пересування, був зупинений працівниками поліції. Тобто коли намір здати наркотичні засоби виник у нього попередньо, з інших причин, а не у зв'язку із зупиненням поліцейськими. За таких умов буде мати місце «добровільна здача» у розумінні ч. 4 ст. 307 КК. Проте із наданого запиту така ситуація не впливає. За певних обставин поведінка особи може розглядатися як «дійове каяття» (або мати окремі його елементи), що є можливим при закінченому кримінальному правопорушенні. Наприклад, особа випереджуючи можливе звернення до неї з боку поліцейського щодо наркотиків, повідомляє про їх наявність. За такої обставини «добровільної здачі» не буде. Поведінка особи була вимушеною (за судженням, що так буде краще).

Питання про співвідношення понять «здача»/«видача» вирішується шляхом звернення до тлумачних словників сучасної української мови, проте стосовно розглядуваної ситуації воно не виглядає актуальним у зв'язку із відсутністю в поведінці особи ознаки «добровільності». У разі ж її наявності воно не має набувати принципового характеру, оскільки доля особи не має знаходитися в залежності від того, як державні органи (досудового розслідування) будуть іменувати свої документи: «протокол видачі» чи «протокол здачі». Надання таким юридичним тонкощам принципового характеру, покладання на пересічного громадянина обов'язку розрізняти терміни здача/видача і варіювати залежно від цього власну поведінку – становить собою «легізм» і явно не відповідає принципу верховенства права.

Загальний висновок.

Надані на аналіз матеріали орієнтують на висновок про відсутність щодо наведеної ситуації «добровільності» щодо здачі/видачі наркотичних засобів. Така добровільність буде лише за умови, що відповідний предмет переносився особою з метою здачі органам держави і саме під час такого перенесення вона була зупинена працівниками поліції.

7. Науковий висновок щодо тлумачення окремих положень примітки до ст. 358 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, головний науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального та кримінально-виконавчого права*

Зміст звернення:

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. № 151/0/27–21 від 22.12.2021 р., вх. № 333 від 23.12.2021 р.) з проханням підготувати науковий висновок у справі № 310/3772/20 (провадження № 51-1922кмо21) щодо того, чи є декларація про доходи та майновий стан осіб, які звернулися за призначенням усіх видів соціальної допомоги, офіційним документом у розумінні примітки до ст. 358 КК?

У названому провадженні вироком Бердянського міськрайонного суду Запорізької області від 26 листопада 2020 року П. визнана винуватою та засуджена за те, що вона 29 листопада 2017 року, 05 травня та 12 листопада 2018 року звернулась до Управління праці та соціального захисту населення виконавчого комітету Бердянської міської ради Запорізької області для того, щоб оформити державну соціальну допомогу малозабезпеченій сім'ї.

Будучи офіційно попередженою про обов'язок надання повної та достовірної інформації, внесла завідомо неправдиву інформацію до

офіційного документа – декларації про доходи та майновий стан осіб, які звернулися за призначенням усіх видів соціальної допомоги, затвердженої наказом Міністерства праці та соціальної політики України від 22 березня 2007 року № 204, про відсутність у власності її чоловіка транспортного засобу, тоді як він був власником двох транспортних засобів. Таким чином, П. підробила і використала документ, що вплинув на прийняття рішення про надання соціальної допомоги, яка щомісячно перераховувалася на особистий банківський рахунок П., відкритий у АТ КБ «Приватбанк».

У такий спосіб, за період часу з 01 листопада 2017 р. по 30 квітня 2019 р. П., шляхом обману, заволоділа державними грошовими коштами, призначеними для виплати державної соціальної допомоги малозабезпеченим сім'ям, на загальну суму 58 441, 30 грн., якими розпорядилася на власний розсуд, чим спричинила матеріальний збиток державі Україна в особі Управління праці та соціального захисту населення виконавчого комітету Бердянської міської ради Запорізької області на зазначену суму.

За такі дії місцевим судом, з яким погодився суд апеляційної інстанції, П. визнана винуватою за ч. 1 ст. 190, ч. 1 ст. 358, ч. 4 ст. 358 КК і їй призначено відповідне покарання.

Захисник не погодився із судовими рішеннями щодо П., просив у касаційному порядку скасувати і закрити кримінальне провадження відносно неї у зв'язку із відсутністю в діях складу кримінальних правопорушень, за які її засуджено. Обґрунтовуючи свої вимоги, захисник, серед іншого, вказав, що П. не попереджували про кримінальну відповідальність в Управлінні праці та соціального захисту населення, а надали повідомлення про те, що в разі неповернення безпідставно отриманих грошей вони звернуться до суду в порядку цивільного судочинства. Вважає, що в діях засудженої відсутній склад кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 190 КК, оскільки вона вносила до декларації відомості, які їй були відомі на той час, і не перешкоджала управлінню праці та соціального захисту населення перевірити усі надані нею документи.

При розгляді провадження касаційним судом було встановлено, що постановою колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду від 16 березня 2021 року (провадження № 51-135км20) констатовано, що декларація про доходи та майновий стан осіб, які звернулися за призначенням усіх видів соціальної допомоги, є документом, що особа складає і надає від себе особисто, а не як особа, якій державою делеговані

повноваження видавати або посвідчувати офіційні документи. Таким чином, декларація не містить ознак документа, передбаченого статтею 358 КК. Аналогічна правова позиція викладена в постанові Другої судової палати Касаційного кримінального суду від 10 грудня 2020 року (провадження № 51-99км20), в якій зазначено, що декларація про доходи та майновий стан осіб, які звернулися за призначенням усіх видів соціальної допомоги, не є офіційним документом, оскільки не відповідає вимогам, встановленим у примітці до ст. 358 КК.

Однак колегія суддів не погодилася з зазначеними рішеннями Першої та Другої судових палат Касаційного кримінального суду та вважала за необхідне відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах і з метою забезпечення сталості та єдності судової практики передала кримінальне провадження на розгляд об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду.

Обґрунтовуючи своє рішення, колегія суддів вказала, що відповідно до примітки до ст. 358 КК під офіційним документом варто розуміти документи, що містять зафіксовану на будь-яких матеріальних носіях інформацію, яка підтверджує чи посвідчує певні події, явища або факти, які спричинили чи здатні спричинити наслідки правового характеру, чи може бути використана як документи, докази у правозастосовчій діяльності, що складаються, видаються чи посвідчуються повноважними (компетентними) особами органів державної влади, місцевого самоврядування, об'єднань громадян, юридичних осіб незалежно від форми власності та організаційно-правової форми, а також окремими громадянами, у тому числі самозайнятими особами, яким законом надано право у зв'язку з їх професійною чи службовою діяльністю складати, видавати чи посвідчувати певні види документів, що складені з дотриманням визначених законом форм та містять передбачені законом реквізити. Тому при встановленні ознак офіційного документа як предмета злочину варто керуватися такими критеріями: документ має бути складено, видано чи посвідчено відповідною особою в межах її компетенції за визначеною законом формою та з належними реквізитами; зафіксована в такому документі інформація повинна мати юридично значущий характер – підтверджені чи засвідчені нею конкретні події, явища або факти мають спричинити чи бути здатними спричинити наслідки правового характеру у вигляді виникнення (реалізації), зміни або припинення певних прав та/або обов'язків.

Варто зазначити, що декларація, яку заповнює декларант, містить розділи, у тому числі розділ II «Доходи членів сім'ї або зареєстрованих у житловому приміщенні / будинку осіб, членів сім'ї, що проживають окремо (дружини, чоловіка, неповнолітніх дітей) за період з ____ 200_р. д о ____ 200_р.» (відповідно до Методики обчислення сукупного доходу сім'ї для всіх видів соціальної допомоги, затвердженої наказом Мінпраці, Мінекономіки, Мінфіну, Держкомстату, Держкомсім'ямолоді, зареєстрованої у Мін'юсті 07 лютого 2002 року за № 112/6400, із змінами).

Тобто декларація про доходи та майновий стан осіб, які звернулися за призначенням усіх видів соціальної допомоги, має нормативно визначену форму та реквізити. Інформація, яка вноситься до неї, посвідчує факти, що здатні спричинити наслідки правового характеру, визначені законом, а саме – призначення або відмову в призначенні державної соціальної допомоги. Це також може бути і припинення виплати державної соціальної допомоги малозабезпеченим сім'ям у разі подання неповних чи недостовірних відомостей про доходи та майновий стан членів сім'ї або зареєстрованих у житловому приміщенні/будинку осіб, членів сім'ї, що проживають окремо (дружини, чоловіка, неповнолітніх дітей). Таким чином, подання декларації є обов'язковою складовою формування висновку щодо необхідності надання державою певної соціальної допомоги. Таке рішення залежить від достовірності даних, зазначених саме в декларації. Надання в декларації недостовірних даних робить подальше формування документу від імені держави юридично нікчемним, документ втрачає необхідний правовий зміст, спрямований на підтримку малозабезпеченої сім'ї. Саме сім'ї, а не когось із її членів.

Зважаючи на зазначене, а також на те, що на підставі внесених даних у декларацію про доходи та майновий стан осіб, які звернулися за призначенням усіх видів соціальної допомоги, П. у період часу з 01 листопада 2017 року до 30 квітня 2019 року отримувала державні грошові кошти, призначені для виплати державної соціальної допомоги малозабезпеченим сім'ям, на загальну суму 58 441, 30 грн, колегія суддів не погодилася з висновками колегій суддів Першої та Другої судових палат Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду про те, що зазначена декларація не є офіційним документом.

У зв'язку з цим виникла необхідність у зверненні до членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді для підготовки наукового висновку з такого питання:

Чи є декларація про доходи та майновий стан осіб, які звернулися за призначенням усіх видів соціальної допомоги, офіційним документом урозумінні примітки до ст. 358 КК?

Результати наукового дослідження.

Декларація про доходи та майновий стан осіб, які звернулися за призначенням усіх видів соціальної допомоги є обов'язковим правостановлюючим документом, оскільки на підставі заповненої декларації орган, у який вона подається – Управління праці та соціального захисту населення виконавчого комітету відповідної місцевої (міської, сільської тощо) ради, ухвалює рішення, що має правостановлююче значення, у цьому випадку – про призначення державної соціальної допомоги малозабезпеченій сім'ї. Саме такий статус декларації надає їй офіційного характеру. Без декларації, яку заповнює відповідно до законодавства приватна особа, не може бути створено рішення від імені держави. При цьому обов'язок щодо достовірності декларації лежить саме на приватній особі.

Значасмо, що така декларація відповідає усім ознакам, що містяться у примітці до ст. 358 КК:

- 1) містить інформацію, яка підтверджує чи посвідчує певні події, явища або факти, які спричинили чи здатні спричинити наслідки правового характеру;
- 2) ця інформація зафіксована на матеріальному носії;
- 3) містить певні реквізити.

Варто також зазначити, що створено форму відповідного документа (декларацію) не фізичною особою (П.), а відповідним державним органом – Міністерством праці та соціальної політики України, про що було видано наказ від 22 березня 2007 року № 204. Фізичні особи лише заповнюють відповідні розділи у цьому документі. Тому треба констатувати наявність і четвертої ознаки –

- 4) відповідний документ (його форма, необхідні реквізити тощо) складено повноважним (компетентним) органом державної влади – фактично особами, які представляли цей орган. Відомості в документ вносить фізична особа, дотримуючись вимог, визначених державним органом.

Принагідно також зазначасмо, що визначальною ознакою при цьому має саме *форма та реквізити* цього документа. Зазначення таких самих відомостей у довільній формі (а не системно розташованих розділів, що мають місце у формі, затвердженій наказом Міністерства праці та соціальної політики України від 22 березня 2007 року № 204), а також

подання їх без усіякої форми – на чистих аркушах білого паперу (а не у лінованих графах, як це зроблено згідно з зазначеним наказом) – не утворює предмета підроблення, необхідного для застосування ст. 358 КК, через відсутність у такому «документі» обов’язкових реквізитів.

Загальний висновок.

Декларація про доходи та майновий стан осіб, які звернулися за призначенням усіх видів соціальної допомоги, є офіційним документом у розумінні примітки до ст. 358 КК.

8. Науковий висновок щодо тлумачення окремих положень ст. 366 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, головний науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінально-виконавчого права

Зміст звернення:

До члена Науково-консультативної ради при Верховному Суді професора В. І. Борисова надійшло звернення судді Верховного Суду Т. В. Матієк (вих. № 338/0/26–22 від 08.09.2022 р.) з проханням підготувати науковий висновок у кримінальному провадженні № 51-914км22 (справа № 715/758/20) за касаційною скаргою адвоката на ухвалу Чернівецького апеляційного суду від 30 листопада 2021 року щодо Н. за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 366 КК України.

У цьому провадженні вироком Глибоцького районного суду Чернівецької області від 07.09.2021 р. Н. визнано винуватим у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 366 КК України, і призначено покарання у виді штрафу в розмірі чотирьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, що становить 68 000 (шістдесят вісім тисяч) гривень з позбавленням права обіймати посади, пов’язані з виконанням функцій держави та місцевого самоврядування на строк три роки.

Адвокат, який діє в інтересах засудженого Н., подав апеляційну скаргу на вказаний вирок, в якій просив його скасувати та закрити це кримінальне провадження за відсутністю в діянні Н. складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 366 КК України.

Ухвалою Чернівецького апеляційного суду від 30 листопада 2021 року вирок було змінено в частині призначеного покарання, а в решті залишено без змін.

У касаційній скарзі адвокат вважає помилковим висновок судів попередніх інстанцій, що Електронний журнал пасажирського пункту пропуску АСМО «Інспектор» є офіційним документом і відповідає критеріям предмета кримінального правопорушення, передбаченого ст. 366 КК. Зазначає, що суди не врахували визначені законодавством форми та реквізити, які є обов'язковими для електронних документів, оскільки Н. інкриміновано діяння, предметом якого є такий різновид, як електронний документ і формально послалися на Положення про Єдину автоматизовану інформаційну систему Держмитслужби України, за яким Автоматизована система митного оформлення (АСМО) – це підсистема, що входить до складу Єдиної автоматизованої інформаційної системи (ЄАІС) Держмитслужби та забезпечує використання електронних документів та електронних копій документів на паперових носіях посадовими особами митного органу для здійснення митних процедур. На думку адвоката, АСМО відноситься до автоматизованих інформаційних систем і не є документом.

У зверненні судді Верховного Суду Т. В. Матіск зазначено, що судова практика по розгляду аналогічних справ є незначною, а тому виникла потреба звернутися до Науково-консультативної ради при Верховному Суді із такими запитаннями:

1. Чи характеризується ознаками офіційного документа Електронний журнал пасажирського пункту пропуску АСМО «Інспектор»?

2. Чи є Електронний журнал пасажирського пункту пропуску АСМО «Інспектор» офіційним документом та предметом кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 366 КК України?

Результати наукового дослідження.

Обидва поставлених у зверненні питання є взаємопов'язаними, а відповіді на них – взаємообумовленими. Через це видається доцільним відповідати на них комплексно, а не окремо.

При встановленні ознак офіційного документа як предмета кримінального правопорушення варто керуватися такими критеріями: документ має бути складено, видано та посвідчено відповідною особою в межах її компетенції за визначеною законом формою та належними реквізитами; зафіксована в такому документі інформація повинна мати юридично значущий характер – підтверджені чи засвідчені нею конкретні події, явища або факти мають спричиняти чи бути здатними спричинити наслідки правового характеру у вигляді виникнення (реалізації), зміни або припинення певних прав та/або обов'язків. Серед наведених ознак докладного аналізу щодо розглядуваного випадку потребує перша, а саме така її складова як «чи було документ складено, видано та посвідчено за визначеною законом формою та належними реквізитами?»

Щодо реквізитів Електронного журналу пасажирського пункту пропуску АСМО «Інспектор» варто зазначити таке.

Відповідальний працівник митного органу заходить до системи АСМО виключно за допомогою власного логіну та паролю, який є унікальний та не підлягає розголошенню. Дані, що вносяться до системи, засвідчуються індивідуальним кодом (для засудженого – 209). Це дає підстави стверджувати, що аналізований Електронний журнал складається та посвідчується відповідальними особами за належними реквізитами. Електронного цифрового підпису в цьому випадку не вимагається, бо за даних обставин (необхідність використання власного логіну та паролю) його роль виконує індивідуальний код.

Також не є обґрунтованими доводи адвоката, що «суди попередніх інстанцій ... *формально* (курсив наш – В. Б., О. П.) послалися на Положення про Єдину автоматизовану інформаційну систему Держмитслужби України, за яким Автоматизована система митного оформлення (АСМО) – це підсистема, що входить до складу Єдиної автоматизованої інформаційної системи (ЄАІС) Держмитслужби ...» (абз. 3 с. 2 звернення судді). Використання адвокатом слова «формально» не відповідає тому сенсу, що закладено в нього законодавцем у КК України. Так, згідно з ч. 2 ст. 11 КК: «Не є кримінальним правопорушенням дія або бездіяльність, яка хоча *формально* (курсив наш – В. Б., О. П.) і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого цим Кодексом, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі».

У розглядуваному ж випадку «формально» означає «в чіткій відповідності» (із Положенням про Єдину автоматизовану інформаційну систему Держмитслужби України) і неможна стверджувати, що відповідні дії із цим предметом «не заподіяли і не могли заподіяти істотної шкоди». Більше того, використання цього предмета було саме способом заподіяння такої шкоди. Так, серед іншого, «на думку колегії суддів, саме за допомогою таких маніпулятивних дій працівника митного органу, громадянина – нерезиденту, який порушив правила ввезення автомобіля на територію України, вдалось уникнути адміністративної відповідальності за порушення митних правил» (абз. 2 с. 6 ухвали Чернівецького апеляційного суду від 30 листопада 2021 року).

Загальний висновок.

Електронний журнал пасажирського пункту пропуску АСМО «Інспектор» характеризується ознаками офіційного документа та є предметом кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 366 КК України.

9. Науково-правовий висновок щодо змісту ознак кримінального правопорушення, передбаченого нормою ч. 1 ст. 426 КК України «Бездіяльність військової влади»

Виконавець:

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

Зміст звернення:

До Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України надійшло звернення судді Касаційного кримінального суду Верховного Суду Г. М. Анісімова (вих. № 644/0/26–21 від 16.11.2021 р., вх. лист електронною поштою № 339/1 від 30.12.2021 р. (повторно)), адресоване члену Науково-консультативної ради при Верховному Суді професору В. І. Борисову. У матеріалах звернення наведені проблеми, що виникли перед судовою практикою при застосуванні ч. 1 ст. 426 КК України «Бездіяльність військової влади»

та поставленні питання щодо тлумачення ознак складу кримінального правопорушення, передбаченого нормою зазначеної статті КК України.

Результати науково-правового дослідження:

1. Співвідношення і відмежування від адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 172¹⁶ КУпАП.

Що стосується *співвідношення*, то треба зазначити, що положення ст. 172¹⁶ КУпАП відображають галузь права – адміністративне, тоді як ст. 426 КК України – кримінальне, а, отже, співставляючи норми, зазначені в цих статтях, треба керуватися не тільки безпосереднім сприйняттям їх текстів, а й положеннями загальних частин цих кодексів. Зокрема, для розуміння ст. 172¹⁶ КУпАП необхідно звертатися до ст. 9 КУпАП, у ч. 2 якої використано сполучення «за своїм характером», що є ключовим при співставленні визначення цієї статті із ст. 11 КК України, де ключовим словосполученням є «суспільно небезпечне діяння». Водночас повної відповіді на запит таке співставлення не дає, оскільки в теорії кримінального права багато хто вважає, що й адміністративне правопорушення є суспільно небезпечним, однак, його ступінь є значно меншим, ніж ступінь суспільної небезпечності кримінального правопорушення. Більш вагомі положення для *відмежування* зазначених статей містяться в ст. 10 КУпАП та ч. 2 ст. 11 КК України. У ст. 10 КУпАП при визначенні умисного адміністративного правопорушення наслідки зазначені як *шкідливі*, тоді як у ч. 2 ст. 11 КК України звернута увага, що ознакою малозначності діяння є відсутність його суспільної небезпечності (у тексті – «не становить суспільної небезпеки»), тобто коли діяння не заподіяло і не могло заподіяти *істотної шкоди* фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі. Цю фразу треба тлумачити обмежено лише стосовно наявності чи відсутності суспільної небезпечності, що притаманна кримінальному правопорушенню. Ключовим словосполученням у ній є «істотна шкода», що дозволяє зробити висновок: характерною властивістю, що притаманна суспільній небезпечності кримінального правопорушення, є *заподіяння ним істотної шкоди або можливість такого заподіяння*, безвідносно від того, як кримінальне правопорушення визначено в диспозиції норми Особливої частини. Що стосується адміністративного правопорушення, то хоча воно теж є суспільно небезпечним, але за наслідком реального прояву є лише *шкідливим*. Вочевидь, що і перше, і друге поняття є оці-

ночними. Перевагу першому або другому з них можна надати лише *стираючись на оцінку конкретно вчиненого діяння*. Підставою вирішення питання слугують критерії, які визначає (повинна визначити) для кожного оціночного поняття теорія права та судова практика. Правозастосувач, досліджуючи конкретний випадок, керуючись критеріями, визначає зміст і обсяг обставини відповідно до зазначеного в нормі закону поняття.

2. Визначення ознак суб'єкта кримінального правопорушення, яке виявляється у виді умисного неприпинення кримінального правопорушення, що вчиняється підлеглим.

У цій частині диспозиції норми ч. 1 ст. 426 КК України вказано на співвідношення між суб'єктом кримінального правопорушення та іншою особою, яка є *підлеглою*. А, отже, суб'єкт правопорушення повинен бути начальником. Наприклад, командир відділення (взводу, роти тощо). Про таку характеристику суб'єкта вказано у примітці 1 до ст. 425 КК України. Начальник, як мінімум, повинен обіймати посаду, що дозволяє виконувати поруч з іншими обов'язками організаційно-розпорядчі обов'язки стосовно підлеглого (надавати розпорядження, накази тощо). Наприклад, командир відділення стосовно солдата цього відділення є його безпосереднім начальником. До числа обов'язків начальника, що безпосередньо впливає із тексту закону про кримінальну відповідальність (ч. 1 ст. 426 КК України), входить і припинення кримінального правопорушення, яке вчиняється підлеглим. Цієї законодавчої вказівки достатньо для застосування норм ст. 426 КК України. Її можна підсилити зверненням до посадових обов'язків того чи іншого начальника, серед яких у *більш узагальненій формі* буде зазначений і такий обов'язок, але конкретно він (обов'язок) впливає із тексту саме ст. 426 КК України.

3. Чи є істотна шкода обов'язковою ознакою будь-якого з передбачених ч. 1 ст. 426 КК України видів бездіяльності військової влади. Якщо так, то чи може психічне ставлення до наслідків виявлятися в необережній формі вини, з огляду на те, що головною умовою криміналізації бездіяльності в такому разі є заподіяння суспільно небезпечного наслідку?

Відповідь на це питання міститься у судженнях до п. 1 висновку. Будь-яке кримінальне правопорушення повинно бути суспільно небезпечним, характерною рисою якої є *заподіяння або можливість заподіяння істотної шкоди* фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі.

У нашому випадку порядок несення військової служби є різновидом сфери інтересів держави. В одних випадках на «істотну шкоду» законодавець безпосередньо вказує в нормі Особливої частини КК України, в інших – не вказує, але така властивість є характерною для суспільної небезпечності кримінального правопорушення. Як правило, законодавець не вказує на цю властивість, коли кримінальне правопорушення містить можливість заподіяння істотної шкоди (з ч. 2 ст. 11 КК України випливає «могла заподіяти істотної шкоди»). У ч. 1 ст. 426 КК України «істотна шкода» як наслідок безпосередньо прив'язана законодавцем лише до третього діяння «інше умисне невиконання військовою службовою особою дій, які вона за своїми службовими обов'язками повинна була виконати, якщо це заподіяло істотну шкоду». Отже, за конструкцією об'єктивної сторони цей вид діяння має матеріальний склад¹.

Що стосується перших двох видів діянь, то вони сконструйовані за ознаками формального складу, тобто суспільно небезпечні наслідки (їх можливість) винесені законодавцем за межі сукупності необхідних і достатніх об'єктивних і суб'єктивних ознак, що властиво для складу злочину. Про такі наслідки (їх можливість) мова повинна йти при наданні кримінально-правової характеристики, коли постає питання про ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення (див. п. 3 ч. 1 ст. 65 КК України). За такого підходу основною криминоутворюючою умовою для всіх трьох видів діяння є *бездіяльність військової влади*, ставлення до якої може бути *лише умисним*, як це прямо зазначено в нормі закону. Оскільки законодавець для перших двох діянь виніс наслідки за межі ознак, зазначених у диспозиції норми ч. 1 ст. 426 КК України, то суб'єктивна сторона обмежується ставленням особи до бездіяльності. Воно є умисним – форма, прямий умисел – вид. Що стосується форми вини при вчиненні третього діяння, то в літературі щодо цього питання є розбіжності. Так, С. В. Харитонов зазначає, що бездіяльність військової влади характеризується необережною формою вини². Більш виважений підхід продемонстровано в зазначеному судовому посібнику³. На сторінці

¹ Див. про це: Панов М. І., Касинюк В. І., Харитонов С. О. Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (Військові злочини). Харків: Харків юридичний, 2006. С. 146

² Див.: Харитонов С. В. Кримінальна відповідальність за військові злочини за кримінальним правом України: монографія. Харків: Право, 2018. С. 171.

³ Панов М. І., Касинюк В. І., Харитонов С. О. Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (Військові злочини). Харків: Харків юридичний, 2006. 172 с.

148 цієї роботи про необережне ставлення до настання істотної шкоди сказано як про *можливий* варіант. Отже, суб'єктивна сторона цього виду діяння характеризується наступним чином: форма – умисна вина, вид – прямий чи непрямий умисел або змішана форма вини – умисел до діяння, необережність до наслідку. У цілому, коли мова йде про змішану форму вини, діяння варто відносити до умисних, оскільки, як вже було зазначено, визначальним є умисне ставлення до діяння – бездіяльність військової влади. Подібну характеристику стосовно оцінки змішаної форми вини при вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 364 КК України «Зловживання владою або службовим становищем», надає в своїх роботах В. І. Тютюгін.

4. Яким є обсяг і зміст поняття «істотна шкода» у примітці 2 ст. 425 КК України, якщо шкода виявляється в немайновому вимірі?

Законодавець, змінюючи 13.05.2014 р. (Закон № 1261-VII) редакцію п. 3 примітки до ст. 364 КК України стосовно визначення істотної шкоди, не став змінювати редакцію п. 2 примітки до ст. 425 КК України, де також надано визначення «істотної шкоди», хоча попередньо ці визначення збігалися. Виходячи з цього, ті тлумачення «істотної шкоди», як надавалися до зазначеної редакційної зміни стосовно п. 3 примітки до ст. 364 КК України, залишилися в силі для чинної редакції п. 2 примітки до ст. 425 КК України (див., зокрема, п. 6 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26.12.2003 р. № 15 «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень» щодо тлумачення «істотної шкоди» стосовно ст. 365 КК, постанову Великої Палати Верховного Суду від 05.12.2018 р. у справі № 301/2178/13-к), а також теоретичні та науково-практичні джерела того часу.

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 2022 Р.**

Видається в авторській редакції
Відповідальна за випуск: *Д. О. Куковинець*

Комп'ютерна верстка *О. А. Лисенко*

Підписано до поширення через мережу Інтернет .09.2023.
Відповідає формату друкованого видання 60×84/16. Гарнітура Times.
Обл.-вид. арк. 2,2. Об'єм даних 0,7 Мб.
Вид. № 3222

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

