

Осадчий Володимир Іванович,

доктор юридичних наук, професор,

завідувач кафедри правосуддя

юридичного факультету Інституту управління та технологій

Державного університету інфраструктури та технологій,

м. Київ, Україна

ЯКІСТЬ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ – ВАЖЛИВА СКЛАДОВА ОХОРОНИ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ

Формулювання окремих статей КК України викладені дещо суперечливо, інколи – без урахування повною мірою положень інших нормативно-правових актів, в силу чого вони потребують корегувань.

Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом (стаття 209 КК). В рамках ст. 209 КК про доходи, кошти або інше майно, які легалізуються, сказано, що вони: одержані злочинним шляхом; внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння; незаконного походження.

В Примітці ж до ст. 209 КК наводиться визначення лише поняття «суспільно небезпечне протиправне діяння, що передувало легалізації (відмиванню) доходів». Однак, в цьому визначенні одночасно йдеться і про діяння, і про злочин.

Зауважимо, що в п. 16 ст. 1 ЗУ від 14.X. 2014 р. «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» доходи, одержані злочинним шляхом, визначаються як будь-яка вигода, одержана внаслідок вчинення суспільно небезпечного діяння.

Незаконне збагачення (ст. 368-2 КК). Вказівка в диспозиції ст. 368-2 КК України на набуття активів саме у власність може породжувати сприйняття, що особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, такими активами на законних підставах може одночасно і володіти, і користуватись, і розпоряджатись.

Але ж згідно ст. 328 ЦК України, право власності набувається на підставах, що не заборонені законом, зокрема, із правочинів. Право власності вважається набутим правомірно, якщо інше прямо не впливає із закону або незаконність набуття права власності не встановлена судом.

З цього виходить, що особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, внаслідок незаконного збагачення не набуває право власності на активи. Така особа внаслідок вчинення цього злочину дійсно може збагачуватися і дійсно може і володіти, і користуватись, і розпоряджатись активами, але незаконно!

В цьому зв'язку вважали б за доцільне або вилучити з диспозиції ст. 368-2 КК України вказівку на набуття активів саме у власність, і зазначити, що такі активи набуваються в незаконне володіння, користування, розпорядження, або ж викласти диспозицію ч. ст. 368-2 КК України в руслі ст. 20 Конвенції ООН Проти корупції.

Проблемними є і питання формулювання: моменту закінчення незаконне збагачення у другій формі прояву — передача особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування активів у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами, будь-якій іншій особі (коли відбувається передача лише частини таких активів); суб'єкта злочину – в частині співвідношення змісту словосполучень: «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», «службова особа, яка займає відповідальне становище» та «службова особа, яка займає особливо відповідальне становище».

Злісна непокора вимогам адміністрації установи виконання покарань (ст. 391 КК). В статті передбачена відповідальність за злісну непокору законним вимогам адміністрації установи виконання покарань або іншу протидію адміністрації у законному здійсненні її функцій особою, яка відбуває покарання у виді обмеження волі або у виді позбавлення волі, якщо ця особа за порушення вимог режиму відбування покарання була піддана протягом року стягненню у виді переведення до приміщення камерного типу (одиначної камери) або переводилась на більш суворий режим відбування покарання.

В той же час, відповідно до ч. 1 ст. 68 КВК, до засуджених до обмеження волі, які порушують трудову дисципліну і встановлений порядок відбування покарання, адміністрація виправного центру не може застосовувати такі заходи стягнення як переведення до приміщення камерного типу (одиначної камери) або переведення на більш суворий режим відбування покарання.

Отже, особа, яка відбуває покарання у виді обмеження волі, суб'єктом злочину, відповідальність за вчинення якого передбачена ст. 391 КК, не є.

Щодо однозначного розуміння кола потерпілих в злочинах, відповідальність за вчинення яких передбачена ст. ст. 376–379 КК. Народні засідателі і присяжні є суддями під час розгляду і вирішення справ. На них поширюються гарантії незалежності і недоторканності суддів, установлені законом, на час виконання ними обов'язків із здійснення правосуддя. Однак, в диспозиції ст. 376 КК вказівки на народних засідателів і присяжних немає, на відміну від диспозицій ст. ст. 377, 378, 379 КК. Підхід щодо кримінально-правової охорони має бути один – або ж в ст. 376 КК таку вказівку зробити, або в ст. ст. 377, 378, 379 КК – вилучити.

Завідомо неправдиве повідомлення про вчинення злочину, поєднане із штучним створенням доказів обвинувачення (ч. 2 ст. 383 КК). Для розуміння змісту цієї кримінально-правової заборони вважаємо доцільним звернення до словників, КПК, теоретичних доробок процесуалістів. Етимологічне значення терміну *«штучний»* – схожий на справжній; надуманий, вигаданий, несправжній [1, с. 834]. Термін «створювати» – означає, зокрема: давати життя, існування чому-небудь, формувати що-небудь; творити; організовувати щось; бути причиною виникнення чогось [2, с. 421]. Термін *«доказ»* – незаперечний довід або факт, який підтверджує істинність чого-небудь; підтвердження, аргумент; предмет або обставина, які свідчать про чию-небудь провину, вияв [3, с. 578]. Отже, з етимологічних позицій штучне створення доказів обвинувачення полягає в тому, що особа умисно фальсифікує докази вчинення іншою особою злочину (наприклад, виготовляє такі докази та надсилає їх до правоохоронного органу; підкидає такі докази в одяг, сумку, житло, за місцем роботи іншої особи або речі, за якими можна ідентифікувати особу, – на місце події злочину).

Штучне створення доказів обвинувачення може відбуватись й іншим шляхом. Скажімо, особа використовує якусь подію, що мала місце, в несприятливому для іншої особи контексті, що «зв'язує» таку особу із вчиненням злочином.

Законодавче визначення поняття «докази» дещо інше. Відповідно до ст. 84 КПК, *«доказами в кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані у передбаченому цим кодексом порядку, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню. Процесуальними джерелами доказів є показання, речові докази, документи, висновки експертів».*

В теорії кримінального процесу наявні кілька визначень поняття доказів. Головним чином розбіжності у цих визначеннях стосуються того – визнавати доказами: фактичні дані; чи фактичні дані та джерела, з яких черпаються ці фактичні дані. Ще в другій половині ХХ століття була заявлена позиція, згідно якої зводити докази в кримінальній справі лише до фактичних даних не може бути визнано правильним. На обґрунтування цієї позиції зазначалось, зокрема, наступне. *Перше.* Доказове значення можуть мати лише такі фактичні дані, які отримані з точно та вичерпно названих в законі джерел. Значить – поза такими джерелами немає і бути не може фактичних

даних, що мають доказове значення. *Друге*. Про неможливість (в силу об'єктивних властивостей в кримінальній справі) відокремити джерела від фактичних даних свідчить та обставина, що в числі джерел доказів законодавець називає речові докази. Виходить, що джерелом речових доказів є самі речові докази. І якщо не включати в поняття доказів поряд з фактичними даними ще й їх джерел, то наведене положення закону буде нелогічним [4, с. 97-98].

В цілому позиція логічна і не погодитись з нею, в принципі, не можна. Однак, звернемо увагу на таке.

Згідно ч. 2 ст. 84 КПК, процесуальними джерелами доказів є показання, речові докази, документи, висновки експертів (це положення чинного закону фактично не змінилось, порівняно з попереднім законом). Погоджуючись з тим, що джерелом речових доказів є самі речові докази, погодитись, що і останні процесуальні джерела є одночасно і доказами, ми не можемо. Наведемо аргументи.

1. Спочатку з'ясуємо, що представляють собою фактичні дані. В законі визначення цього поняття немає. В теорії кримінального процесу з цього приводу єдиної думки також немає. Зазначається, що фактичними даними визнають: дані про факти минулого; тільки факти; дані про факти та встановлені факти [5, с. 115].

Ми поділяємо позицію, згідно якої фактичними даними є: дані про факти та встановлені факти. Обґрунтовуючи її, зазначимо наступне.

Факт – це дійсна, невігадана подія, дійсне явище; те, що сталося, відбулося насправді; те, що є матеріалом для певних висновків і відповідає об'єктивній дійсності; реальність, дійсність, те, що об'єктивно існує; незаперечна річ [6, с. 644]. Подія, що сталася, викликає зміни в об'єктивній дійсності. Наприклад, при вбивстві — появу трупа, знаряддя вбивства тощо. Сприйняття події відбувається, скажімо, отриманням інформації про неї, отриманням предметів (речей), що свідчать про подію. Таким чином, інформація про подію, самі отримані предмети (речі) є фактичним свідченням події, що відбулась. Інакше кажучи, фактичними даними. Отже, фактичні дані – це свідчення про подію, що відбулась, отримувані як інформація та/чи реально існуючі предмети (речі).

2. Якщо речові докази самі по собі свідчать про подію, що сталася, то інші з наведених в законі процесуальних джерел доказів, – ні. Адже джерело, в контексті досліджуваної проблеми, – те, що дає початок чому-небудь, звідки постає, черпається щось; звідки довідуються про що-небудь [7, с. 536]. Отже, показання, документи, висновки експертів є лише джерелами доказів, з яких і черпаються фактичні дані (свідчення про подію), а не доказами. Що отримують з показань як з джерела доказів? Під час допиту підозрюваного, обвинуваченого, свідка, потерпілого, експерта щодо відомих їм обставин у кримінальному провадженні, що мають значення для цього кримінального провадження, отримують відомості про це, які надаються в усній або письмовій формі (ч. 1 ст. 95 КПК). Іншими словами – інформацію [8, с. 315], що і є фактичними даними.

Документи визнаються речовими доказами, якщо вони містять ознаки, зазначені в ч. 1 ст. 98 КПК.

Висновок експерта – це докладний опис проведених експертом досліджень та зроблені за їх результатами висновки, обґрунтовані відповіді на запитання, поставлені особою, яка залучила експерта, або слідчим суддею чи судом, що доручив проведення експертизи (ч. 1 ст. 101 КПК).

І з висновку експерта, і з документів, у випадках, коли вони не є речовими доказами, також отримують інформацію про подію. Самі ж висновки експерта та документи, у випадках, коли вони не є речовими доказами, лише містять таку інформацію, тобто є носіями, джерелами доказів, а не самими доказами.

Повертаючись до з'ясування змісту такої кваліфікуючої обставини злочину як «штучне створення доказів обвинувачення», акцентуємо увагу на наступному.

Доказами в КПК визнано не будь-які фактичні дані, а саме «*отримані у передбаченому цим кодексом порядку*». Згідно ст. 93 КПК, збирання доказів здійснюється сторонами кримінального

провадження, потерпілим, представником юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, у порядку, передбаченому КПК.

Зважаючи на викладене (вимоги ст. ст. 84, 93 КПК), можна стверджувати, що вжите в ст. 383 КК словосполучення «штучне створення доказів обвинувачення» дещо не коректне. Адже докази повинні бути отримані в передбаченому КПК порядку: *шляхом проведення* слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій; *витребування та отримання* від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів (копій документів), відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, *проведення інших процесуальних дій*, передбачених КПК; *ініціювання проведення* слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій; *здійснення інших дій*, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів.

Безумовно, слідчому, наприклад, можуть бути надіслані невідомим певні повідомлення, документи, предмети, які вказують на причетність особи до вчиненого злочину. Однак, вони отримані не у відповідності до вимог КПК. І до тих пір, поки ці надіслані повідомлення, документи, предмети в передбаченому КПК порядку не будуть визнані доказами, вони доказового значення не мають. І саме в такій якості ці повідомлення, документи, предмети і перебувають «на руках» особи, котра «штучно створює докази обвинувачення».

Інакше кажучи, словосполучення «штучне створення доказів обвинувачення» потребує корегування. Як варіант, воно може бути замінено на словосполучення – «штучне створення фактичних даних обвинувачення».

Викладене щодо «штучного створення доказів обвинувачення» при завідомо неправдивому повідомленні про вчинення злочину (ч. 2 ст. 383 КК) повною мірою стосується і «штучного створення доказів обвинувачення чи захисту» при завідомо неправдивому показанні (ч. 2 ст. 384 КК).

Втеча з місця позбавлення волі або з-під варти, вчинена особою, яка відбуває покарання у виді позбавлення волі або арешту чи перебуває в попередньому ув'язненні, поєднану із заволодінням зброєю чи з її використанням (ч. 2 ст. 393 КК). Така втеча має місце тоді, коли особа при втечі у будь-який спосіб заволодіває зброєю (наприклад, нападає на представників виправної установи; інших працівників правоохоронних органів; викрадає зброю) чи використовує її

Під зброєю, у контексті ч. 2 ст. 393 КК, треба розуміти вогнепальну (у тому числі гладкоствольну мисливську) та холодну зброю.

Що потрібно розуміти під «використанням» зброї при втечі?

Етимологічне значення терміну «використовувати» – застосовувати, вживати що-небудь з користю, користуватися чимсь [9, с. 214]. Застосовувати – значить використовувати щось, запроваджуючи в ужиток; пристосовувати до чогось [10, с. 726-727]. Таким чином, з етимологічних позицій терміни «використовувати» та «застосовувати» – ідентичні.

Однак, терміни «використовувати» та «застосовувати» в окремих документах вживаються не в однаковому розумінні.

Так, в Законі «Про Національну поліцію», наприклад, в ч. 2 ст. 29, зазначено, що «поліцейський захід *застосовується* виключно для виконання повноважень поліції. Обраний поліцейський захід має бути законним, необхідним, пропорційним та ефективним». В ст. 42 цього закону сказано, що «поліцейськими заходами примусу є: 1) фізичний вплив (сила); 2) застосування спеціальних засобів; 3) застосування вогнепальної зброї».

В ст. 46 цього закону регламентується застосування вогнепальної зброї [11]. Зокрема, в ч. 4 ст. 46 читаємо: «Поліцейський уповноважений у виняткових випадках *застосовувати вогнепальну зброю*: 1) *для відбиття нападу* на поліцейського або членів його сім'ї, у випадку загрози їхньому життю чи здоров'ю; 2) *для захисту* осіб від нападу, що загрожує їхньому життю чи здоров'ю; 3) *для звільнення* заручників або осіб, яких незаконно позбавлено волі; 4) *для*

відбиття нападу на об'єкти, що перебувають під охороною, конвої, житлові та нежитлові приміщення, а також звільнення таких об'єктів у разі їх захоплення; 5) *для затримання особи*, яку застали під час вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину і яка намагається втекти; 6) *для затримання особи*, яка чинить збройний опір, намагається втекти з-під варти, а також озброєної особи, яка погрожує застосуванням зброї та інших предметів, що загрожують життю і здоров'ю людей та/або поліцейського; 7) *для зупинки транспортного засобу шляхом його пошкодження*, якщо водій своїми діями створює загрозу життю чи здоров'ю людей та/або поліцейського».

При цьому, в ч. 13 ст. 46 сказано про таке: «Поліцейський може *використати вогнепальну зброю* для подання сигналу тривоги або виклику допоміжних сил, або для *знешкодження тварини*, яка загрожує життю чи здоров'ю поліцейського та інших осіб».

Наведене щодо співвідношення термінів «використовувати» та «застосовувати» в законі «Про Національну поліцію» вказує на різність змістів цих термінів.

Так, в п. п. 1—6 ч. 4 ст. 46 Закону «Про Національну поліцію» розуміння терміну «застосування вогнепальної зброї» – це, фактично, демонстрація її вражаючих властивостей щодо людини. В п. 7 ст. 46 – щодо транспортних засобів.

В ч. 13 цієї ж статті говориться, зокрема, про знешкодження тварини і це називається використанням вогнепальної зброї.

Це нашоухує на висновок, що застосування вогнепальної зброї відбувається, коли з неї стріляють в людину, а використання, – для подання сигналу тривоги або виклику допоміжних сил, або для знешкодження тварини.

Однак, в п. 7 ч. 4 ст. 46, де йдеться саме про застосування вогнепальної зброї, сказано, що таке застосування відбувається і для зупинки транспортного засобу шляхом його пошкодження. Проте в цьому пункті не дозволено травмувати з вогнепальної зброї людину.

Постає питання: чому, коли за допомогою вогнепальної зброї знешкоджується тварина – це називається використанням вогнепальної зброї, а коли за допомогою вогнепальної зброї зупиняється транспортний засіб шляхом його пошкодження – це називається застосуванням вогнепальної зброї? Наведена ситуація потребує узгодження. Як варіант, – вживання одного з термінів

Література:

1. Новий тлумачний словник української мови. В 3-х томах. – К.: Видавництво «Аконіт», 2008. – Т. 3. – 862 с.
2. Там само.
3. Новий тлумачний словник української мови. В 3-х томах. – К.: Видавництво «Аконіт», 2008. – Т. 1. – 926 с.
4. Горский Г. Ф., Кокорев Л. Д., Элькинд П. С. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. – Воронеж: Изд-во Воронежского университета, 1978. – 304 с.
5. Удалова Л. Д. Кримінальний процес України. Загальна частина: підручник. – К.: Кондор, 2005. – с. 152с.
6. Новий тлумачний словник української мови. В 3-х томах. – К.: Видавництво «Аконіт», 2008. – Т. 3. – 862 с.
7. Новий тлумачний словник української мови. В 3-х томах. – К.: Видавництво «Аконіт», 2008. – Т. 1. – 926 с.
- 8-10. Там само.
11. Про недосконалість регламентування порядку застосування вогнепальної зброї див.: Осадчий В.І. Кримінально-правова складова регламентування поліцейських заходів примусу в Законі України «Про Національну поліцію» // Наукові праці Національного авіаційного університету. Юридичний вісник. «Повітряне і космічне право»: наукові праці. – К.: НАУ, 2015. – №4. – С. 154-160.