

ВПЛИВ МОТИВІВ РАСОВОЇ, НАЦІОНАЛЬНОЇ ЧИ РЕЛІГІЙНОЇ НЕТЕРПИМОСТІ НА ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ ЗАСУДЖЕНОМУ

МАСОЛ Дарія Ігорівна - здобувач кафедри кримінального права та кримінології юридичного факультету КНУ імені Тараса Шевченка

УДК: 343.236.4+343.61

Исследуется влияние мотивов расовой, национальной или религиозной нетерпимости на назначение наказания осужденному за преступление, совершенное из таких побуждений.

Ключові слова: *призначення покарання, обтяжуючі обставини, мотиви расової, національної чи релігійної нетерпимості.*

У цій публікації ми ставимо мету встановити, як саме впливає або повинна впливати на призначення покарання така обставина, як вчинення злочину з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості. Досліджуючи таке питання, ми будемо спиратись на праці таких науковців, як М.І. Мельник, В.М. Панькевич, А.В. Савченко, М.І. Хавронюк, С.Д. Шапченко та інших.

Законодавець у п. 3 ч. 1 ст. 65 КК закріпив положення про те, що «суд призначає покарання..., враховуючи ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання». З цього випливає, що врахування судом фактичних обставин здійснюється в межах трьох критеріїв: ступеню тяжкості вчиненого злочину; особи винного; обставин, що пом'якшують та обтяжують покарання. Нагадаємо, що відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 67 КК, обставиною, яка обтяжує покарання, визнається вчинення злочину на ґрунті расової, національної чи релігійної ворожнечі або розбрату. В деяких джерелах висловлюється думка про недоцільність існування такої обтяжуючої

обставини у ст. 67 КК. Аргументами на підтримку такої позиції називають наявність у кримінальному законі, по-перше, ст. 161, у якій встановлюється відповідальність за порушення рівноправності громадян залежно від расової, національної належності або релігійних переконань, а по-друге, статей Розділу II Особливої частини КК, у яких передбачена як обтяжуюча обставина вчинення злочину його скоєння з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості. Наприклад, автори експертного висновку Верховного Суду України за результатами розгляду проекту реєстр. - № 2281¹, внесеному на розгляд Верховної Ради України народним депутатом Г. Герман, та аналогічного йому проекту реєстр. № 2281-1, внесеному народним депутатом України Чорноволом Т.В.², не тільки заперечили необхідність доповнення кодексу новими положеннями, а поставили під сумнів доцільність існування у ньому п. 3 ч. 1 ст. 67.

¹ У проєкті реєстр. № 2281 від 27 березня 2008 року йшлося про необхідність доповнення ознакою «вчинення злочину мотивів політичної, ідеологічної, расової, національної або релігійної ворожнечі або відносно будь-якої соціальної групи» статей 115, 121, 122, 125, 126, 127, 129, 178, 179, 180, 195, 258², 258³, 294, 295, 296, 297, 298, 300, 304, 436 КК України.

² Вказаний законопроект був прийнятий ВРУ у 2-му читанні 5 листопада 2009 р., та серед іншого, передбачив доповнення п. 14 ч. 2 ст. 115, ч. 2 ст. 121, ч. 2 ст. 122, ч. 2 ст. 126, ч. 2 ст. 127, ч. 2 ст. 129 КК ознакою «вчинення злочину з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості».

Зокрема, було відмічено, що «наявність складу злочину, передбаченого статтею 161 КК України, взагалі виключає необхідність існування такої обтяжуючої покарання обставини, як вчинення злочину на ґрунті расової, національної чи релігійної ворожнечі або розбрату, визначеної у пункті 3 частини першої статті 67 КК України. У випадку, коли будь-який інший злочин (фактично, крім злочину, передбаченого статтею 110 КК України) поєднується з розпалюванням національної, расової чи релігійної ворожнечі, виникає необхідність додаткової кваліфікації цих дій за статтею 161 КК України. При цьому, згідно з частиною четвертою статті 67 КК України, водночас застосовувати і зазначену обтяжуючу покарання обставину заборонено. Якщо ж диспозиції окремих статей Особливої частини КК України будуть доповнені такою кваліфікуючою ознакою, як вчинення злочину з мотивів расової, національної або релігійної ворожнечі, то вони будуть конкурувати не тільки з нормами статті 161 КК України, а й з пунктом 3 частини першої статті 67 КК України» [1]. Такі ж саме аргументи відносно недоцільності існування у кодексі п. 3 ч. 1 ст. 67 наводять М.І. Мельник та М.І. Хавронюк [3, с. 429].

На нашу думку, наведені вище доводи є непереконливими: по-перше, вчинення конкретного злочину з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості, не завжди є проявом дій, спрямованих на розпалювання національної, расової чи релігійної ненависті чи ворожнечі, у зв'язку з чим скоєне необов'язково оцінюється ще й за ст. 161 КК. По-друге, мотив не є обов'язковою ознакою складу злочину порушення рівноправності громадян. А це означає, що факт здійснення посягання на ґрунті расової, національної чи релігійної ворожнечі або розбрату може не відображатись у кримінально-правовій кваліфікації. По-третє, якщо навіть припустити, що мотив «націоналістичного забарвлення» є обов'язковою характеристикою складу за ст. 161 КК, то і у цьому випадку він розглядався б як ознака основного юридичного складу, а не як кваліфікуюча ознака (обтяжуюча обставина); прямої законодавчої

заборони на врахування конструктивних ознак складу злочину при призначенні покарання закон не містить. У зв'язку з цим, вважаємо існування у КК п.3 ч. 1 ст. 67 виправданим.

Водночас, не можемо не звернути увагу на певні проблеми техніко-юридичного (зокрема, термінологічного) характеру, допущені законодавцем при формулюванні положень п. 3 ч. 1 ст. 67 КК. В інших публікаціях нами доведено співпадіння змісту характеристик «мотиви расової, національної чи релігійної нетерпимості» та «на ґрунті расової, національної чи релігійної ворожнечі або розбрату». Такої ж позиції притримуються як науковці, так і практичні працівники. Зокрема, у ряді науково-практичних коментарів та підручників автори, які досліджують, з одного боку, положення п. 3 ч. 1 ст. 67, а з іншого – тих статей Розділу II Особливої частини КК, котрі передбачають обтяжуючу обставину вчинення злочинних посягань проти життя та здоров'я людини їх скоєння з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості, використовують варіанти взаємної відсилки читачів. З огляду на це, у науковій літературі були висловлені пропозиції відносно узгодження положень п. 3 ч. 1 ст. 67, з одного боку, та п. 14 ч. 2 ст. 115, ч. 2 ст. 121, ч. 2 ст. 122, ч. 2 ст. 126, ч. 2 ст. 127, ч. 2 ст. 129 КК, з іншого. Зокрема, В.М. Панькевич у висновках по дисертації запропонував у п. 3 ч. 1 ст. 67 термін «на ґрунті» замінити на термін «з мотивів», а термінологічний зворот «ворожнечі та розбрату» на термін «нетерпимості» [4, с. 15].

На непослідовність законодавчої термінології щодо аналізованих мотивів у різних статтях КК України, звертає увагу А.В. Савченко. Він вказує, що мотиви расової, національної чи релігійної нетерпимості «підміняються більш абстрактним поняттям «на ґрунті» і прив'язані до категорій «ворожнеча» та «розбрат» замість категорії «нетерпимість» (п. 3 ч. 1 ст. 67) або в них переплутаний порядок (послідовність) вживання вказаних трьох прикметників, які, до речі, вже прив'язуються до категорій «ворожнеча» та «ненависть» (ч. 1 ст. 161) чи «нетерпимість» та «дискримінація» (ч. 1 ст. 300)»

[5, с. 176]. Хоча прямих пропозицій щодо зміни кримінального закону автор не висловлює, з написаного можна зробити висновок, що він вважає за доцільне привести положення названих норм у відповідність, зокрема, до п. 14 ч. 2 ст. 115 КК. Ми не можемо підтримати А.В. Савченка в цілому (поняття «нетерпимість» та «дискримінація», очевидно, позначають різні явища – див. Розділ 1 та підрозділ 3.1 цієї роботи), проте погоджуємось з критикою використаних у п. 3 ч. 1 ст. 67 КК термінологічного звороту «на ґрунті», понять «ворожнеча» та «розбрат». З огляду на це, приєднуємось до думки про доцільність нової редакції п. 3 ч. 1 ст. 67 КК.

Підсумуємо викладене: по-перше, ми вважаємо виправданим існування у кодексі п. 3 ч. 1 ст. 67; по-друге, редакцію відповідного положення кримінального закону доцільно змінити, та передбачити у п. 3 ч. 1 ст. 67 КК як обставину, що обтяжує покарання, вчинення злочину з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості. Чи означають такі висновки, що мотиви расової, національної чи релігійної нетерпимості, якщо вони будуть наявні при вчиненні конкретного злочинного посягання, мають бути враховані саме як обтяжуюча покарання обставина? Відповідь на таке запитання залежить, насамперед, від кваліфікації вчиненого.

Якщо дії особи кваліфіковані за тими статтями КК, у яких мотиви расової, національної чи релігійної нетерпимості не передбачені як кваліфікуюча обставина вчинення злочину (в тому числі, і за ч. 2 ст. 110, статтями 161, 178, 179, 180, 300, 442), наявність відповідних спонукань у винного може бути врахована при обранні йому виду і міри покарання як обтяжуюча обставина на підставі п. 3 ч. 1 ст. 67 КК. Водночас, треба відзначити, що у жодній з 21 справ, розглянутих судами України з інкримінуванням ст. 161 КК, з котрими ми мали змогу ознайомитись, вчинення злочину на ґрунті расової, національної або релігійної ворожнечі чи розбрату не було враховано при призначенні покарання як обтяжуюча обставина. Помилковість такого підходу доведена нами вище.

Частина 2 ст. 67 КК містить положення, яке надає суду право, залежно від характеру вчиненого злочину, не визнавати деякі із зазначених у ч. 1 ст. 67 обставин, за винятком зазначених у пунктах 2, 6, 7, 9, 12, такими, що обтяжують покарання, навівши мотиви свого рішення у вирокі. Отже, загальним орієнтиром для того, щоб не визнавати передбачені у пунктах 1, 3, 4, 5, 8, 11, 13 ч. 1 ст. 67 КК обставини такими, що обтяжують покарання, є відсутність зв'язку відповідної обставини з характером вчиненого особою злочину. У яких випадках можна говорити про відсутність такого зв'язку, якщо посягання вчинено з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості? На жаль, у науковій літературі відповідь на таке запитання відсутня. У зв'язку з незначною кількістю кримінальних справ, які розглянуті по злочинах «націоналістичного забарвлення», не можна встановити і тенденції судової практики з цього приводу.

На нашу думку, зв'язок між характером злочину і мотивами расової, національної чи релігійної нетерпимості беззаперечно наявний, якщо відповідне посягання спрямоване проти особистих, громадянських чи майнових прав та інтересів потерпілого. Наприклад, суд зобов'язаний врахувати як обтяжуючу покарання обставину мотиви расової, національної чи релігійної нетерпимості при вчиненні злочину за ст. 183 КК (порушення права на отримання освіти).

Якщо ж конкретний злочин, хоча і скоєний з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості, не пов'язаний із спричиненням (або можливістю спричинення) шкоди особистим, громадянським чи майновим правам людини, суд може розглядати питання про невизнання відповідних мотивів обтяжуючою покарання обставиною. Наприклад, винний вчинив опір працівнику правоохоронного органу через зневажливе ставлення до нації, представником якої є останній. Кваліфікація злочину за ч. 2 ст. 342 КК не враховує мотивацію поведінки особи; водночас, характер посягання (передусім, з огляду на його об'єкт – публічне управління) фактично не має зв'язку із мотивами, які спонукали злочинця діяти. Тобто суд має право, вказав-

ши у мотивувальній частині вироку свої висновки та пославшись на ч. 2 ст. 67 КК, не визнати мотиви національної нетерпимості обставиною, що обтяжує покарання.

У тих випадках, коли факт скоєння злочину з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості, буде визнаний судом як обтяжуюча покарання обставина (п. 3 ч. 1 ст. 67 КК), такий факт не може бути врахований також при визначенні ступеню тяжкості вчиненого злочину. У даному разі законодавець своєю волею виділив обтяжуючі обставини (ч. 1 ст. 67 КК) як окремих чинників, який впливає на призначення покарання поряд з ступенем тяжкості вчиненого злочину, тому суд має враховувати відповідні обставини в межах цього більш конкретного чинника [2, с. 131].

Якщо ж дії винного кваліфіковані за п. 14 ч. 2 ст. 115, ч. 2 ст. 121, ч. 2 ст. 122, ч. 2 ст. 126, ч. 2 ст. 127 або ч. 2 ст. 129 КК з інкримінуванням ознаки «вчинення злочину з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості», врахування такої обставини як обтяжуючої покарання, відповідно до ч. 4 ст. 67 КК, виключається. Чи означає це, що відповідна обставина взагалі не може бути врахована при призначенні покарання?

Пропонуємо встановити випадки, коли «подвійне врахування» є принципово можливим. Коментуючи ч. 4 ст. 67 КК, С.Д. Шапченко відзначає, що при застосуванні відповідного положення можуть мати місце дві ситуації: а) обставина, зазначена в ч. 1 ст. 67, не повинна враховуватись при призначенні покарання взагалі; б) обставина, зазначена в ч. 1 ст. 67, не повинна враховуватись при призначенні покарання як така, що його обтяжує, але може (має) бути врахована як конкретний показник ступеня суспільної небезпеки, а отже, і ступеня тяжкості вчиненого злочину чи особи винного.

Перша ситуація наявна, якщо зазначена в ч. 1 ст. 67 обставина, будучи передбачена як ознака юридичного складу відповідного злочину: а) безпосередньо вплинула на формулу остаточної кваліфікації злочину; б) не носить оціночного характеру та не має кількісних параметрів; в) є єдиною з кількох альтернативних обставин, що вплива-

ють на кваліфікацію злочину.... Якщо хоча б одна з наведених вище умов наявності першої ситуації відсутня, має місце друга ситуація, коли зазначена в ч. 1 ст. 67 обставина може (має) бути врахована як конкретний показник ступеню тяжкості вчиненого злочину чи особи винного [2, с. 141].

Погоджуючись із загальними висновками, зробленими С.Д. Шапченко, спробуємо подивитись «через їх призму» на обтяжуючу обставину, яка є предметом нашого розгляду. Нагадаємо, що вчинення злочину з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості, передбачено як кваліфікуюча ознака у наступних нормах Розділу II Особливої частини КК:

ч. 2 ст. 115 – умисне вбивство;

ч. 2 ст. 121 – умисне тяжке тілесне ушкодження;

ч. 2 ст. 122 – умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження;

ч. 2 ст. 126 – побої і мордування;

ч. 2 ст. 127 – катування;

ч. 2 ст. 129 – погроза вбивством.

При цьому у всіх без винятку зазначених нормах передбачені й інші, окрім вчинення злочину з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості, обтяжуючі обставини. Наприклад, вчинення злочину групою осіб (ч. 2 ст. 121; ч. 2 ст. 126); вчинення злочину з метою залякування потерпілого або інших осіб (ч. 2 ст. 121; ч. 2 ст. 122; ч. 2 ст. 126); вчинення злочину на замовлення (ч. 2 ст. 115; ч. 2 ст. 121) та інші. Це означає, що кваліфікація за названими вище нормами можлива як у випадках, коли мотиви расової, національної чи релігійної нетерпимості є єдиною обтяжуючою обставиною, так і випадках, коли таких обставин декілька.

Також треба відзначити, що у статтях 115, 121, 122, 126, 127, 129 КК не передбачено особливо кваліфікованих різновидів відповідних злочинів.

Враховуючи це, перевіримо, чи може обтяжуюча обставина «вчинення злочину з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості» бути врахована і при кваліфікації дій винного, і при призначенні йому покарання. Спочатку встановлюємо (за умовами, визначеними С.Д. Шапчен-

ком), чи вплинула відповідна обтяжуюча обставина безпосередньо на формулу остаточної кваліфікації злочину. У яких випадках обтяжуюча обставина не впливає на формулу остаточної кваліфікації? Очевидно тоді, коли таку формулу визначає більш обтяжуюча обставина (тобто за наявності конкуренції кваліфікованої та особливо кваліфікованої норм). Наприклад, при вчиненні крадіжки, поєднаної з проникненням у житло, групою осіб за попередньою змовою, кваліфікація здійснюється за ч. 3 ст. 185 КК; обтяжуюча обставина «вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб» на формулу кваліфікації не впливає, отже, може бути врахована при призначенні покарання. З урахуванням того, що в жодній із названих вище статей (ст.ст. 115, 121, 122, 126, 127, 129 КК) не передбачено особливо обтяжуючих обставин, робимо висновок, що обставина «вчинення злочину з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості» обов'язково визначає формулу кваліфікації.

Далі потрібно встановити, чи не носить та чи інша обтяжуюча обставина оціночного характеру та чи не має вона кількісних параметрів. У даному випадку відповідь очевидна: обтяжуюча обставина «вчинення злочину з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості» не має оціночного характеру та не характеризується кількісними показниками.

Третє питання: чи є обтяжуюча обставина єдиною з кількох альтернативних обставин, що впливають на кваліфікацію злочину. Відносно обставини, яка є предметом нашого аналізу, можливі два варіанти: а) коли кваліфікація за ч. 2 ст. 115, ч. 2 ст. 121, ч. 2 ст. 122, ч. 2 ст. 126, ч. 2 ст. 127 або ч. 2 ст. 129 КК відбулася з інкримінуванням лише однієї обтяжуючої обставини – «вчинення злочину з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості»; б) коли кваліфікація за відповідними нормами відбулась з інкримінуванням принаймні ще однієї, окрім вказаної, обставини. У першому випадку обтяжуюча обставина «вчинення злочину з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості» не може бути врахована при призначенні ви-

сному покарання взагалі (аргументи – див. вище). У другому випадку така обставина, як «вчинення злочину з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості», може бути врахована як конкретний показник ступеню тяжкості вчиненого злочину. На нашу думку, суд може побачити підвищений ступінь тяжкості злочину, якщо той вчинений за наявності одразу декількох (двох і більше) обтяжуючих обставин, які вплинули на його кваліфікацію. Наприклад, у випадках, коли суб'єкт вчинив умисне тяжке тілесне ушкодження з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості, яке до того ж спричинило смерть потерпілого – скоєне буде кваліфіковано за ч. 2 ст. 121 КК. Така сама кваліфікація буде у разі, якщо злочин було вчинено з однією обтяжуючою обставиною – зокрема, з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості. За всіх інших рівних умов, ступінь тяжкості злочину у першому прикладі є більш високим, ніж у другому.

Висновки

У випадках, коли дії особи кваліфіковані за тими статтями КК, у яких мотиви расової, національної чи релігійної нетерпимості не передбачені як кваліфікуюча обставина вчинення злочину, наявність відповідних спонукань у винного може бути врахована при обранні йому виду і міри покарання як обтяжуюча обставина на підставі п. 3 ч. 1 ст. 67 КК.

Якщо ж конкретний злочин, хоча і скоєний з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості, не пов'язаний із спричиненням (або можливістю спричинення) шкоди особистим, громадянським чи майновим правам людини, суд може розглядати питання про невизнання відповідних мотивів обтяжуючою покарання обставиною (ч. 2 ст. 67 КК).

У випадках, коли дії винного кваліфіковані за п. 14 ч. 2 ст. 115, ч. 2 ст. 121, ч. 2 ст. 122, ч. 2 ст. 126, ч. 2 ст. 127 або ч. 2 ст. 129 КК, врахування обставини «вчинення злочину з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості» як такої, що обтяжує покарання, виключається. Водночас, якщо кваліфікація відбувається з

АНОТАЦІЯ

Досліджується вплив мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості на призначення покарання особі, котра вчинила злочин із таких спонукань.

SUMMARY

The influence of racial, national or religious intolerance in sentencing of the person who committed the crime with such intentions is investigated.

інкримінуванням декількох ознак, серед яких і ознака «вчинення злочину з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості», такий факт може бути врахований як показник підвищеного ступеню тяжкості вчиненого злочину.

Література

1. Висновок ВСУ на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (щодо посилення відповідальності за розпалювання політичної, ідеологічної, расової, національної або релігійної ворожнечі) від 13.05. 2008р. / Офіційний сайт ВСУ // Режим доступу. – <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/81b1cb a59140111fc2256bf7004f9cd3/a824efa596a08 d99c225744b00479d46?OpenDocument>
2. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-е вид., переробл. та доповн. / Відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2005. – 848 с.

3. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка - 7-ме вид., переробл. та доповн. – К. : Юридична думка, 2010 – 1288 с.

4. Панькевич В.М. Кримінально-правова характеристика порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або ставлення до релігії. [Текст] : автореферат дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / В.М. Панькевич . – К., 2010. – 20 с.

5. Савченко А.В. Вплив мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості на кваліфікацію злочинів [Текст] : Тези доповіді на міжнародній науковій конференції «Проблеми юридичної кваліфікації (теорія і практика)» / Андрій Володимирович Савченко // Вісник Академії адвокатури України. – 2010. – Число 1 (17) – С. 174-177.