***Ключевые слова**: подготовка к допросу, допрос несовершеннолетнего, тактические приемы.*

Kovbasa V. M. Topical issues of tactical support of interrogation of minors. This article deals with peculiarities of preparation of interrogation of minors. The author has analysed the tactics recommended in the case of giving a minor false evidence.

Questioning is the most common investigative action which gathers information about the criminal activity of persons. At the same time questioning is one of the most complex investigations. Therefore, for the successful interrogation and producing positive results the investigators must be knowledgeable of the laws of thought, logical methods and techniques, the laws of psychology and tactical interrogation techniques developed in criminology.

Timely, thorough and comprehensive preparation for the questioning is a necessary condition for obtaining the most complete and objective evidence in criminal proceedings. A lack of planning or poor preparation for the questioning results to futile investigations.

***Keywords:** interrogation, tactical support, organization, pretrial investigation.*

Надійшла до редакції 18.03.2014

Людвік В. Д.
кандидат юридичних наук
(Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ)

УДК 343.233

ВИКОРИСТАННЯ ФІКЦІЇ ПРИ КОНСТРУЮВАННІ ПОНЯТЬ ЗЛОЧИНУ ТА УЯВНОЇ ОБОРОНИ

Досліджено зміст фікції у кримінальному праві при формулюванні понять злочину та уявної оборони.

***Ключові слова:** фікція, злочин, ознаки злочину, уявна оборона, Кримінальний кодекс, обставини, що виключають злочинність діяння.*

Постановка проблеми. Реформування системи кримінального судочинства потребує відповідних змін чинного кримінального та кримінально-процесуального законодавства. Це, у свою чергу, викликано соціально-політичними та економічними змінами в нашій країні за останні 20 років. Нескінчений процес демократизації суспільства, розширення й поглиблення прав та свобод людини і громадянина, і збільшення показників злочинності, її удосконалення, інтелектуалізація та професіоналізація потребують постійних змін і в законодавстві з питань попередження злочинності. У зв'язку із цим до вітчизняного кримінального законодавства висуваються вимоги діяти на випередження злочинності, передбачати нові форми, способи злочинної діяльності, підвищувати ефективність застосування кримінально-правових засобів боротьби зі злочинністю. Відповідно, що й виникає потреба удосконалення та «відточування» практики застосування кримінального закону, що можливо за рахунок удосконалення понять та термінів, використовуваних у ньому. Спрямованість такої діяльності полягає у тому, щоб адекватно відображати існуючі суспільні відносини та забезпечити їх відповідність певним принципам і підставам криміналізації.

Кінцевою метою, як і початковою, у даній сфері є забезпечення прав та свобод людини і громадянина, захист суспільних та державних інтересів, побудова правової держави та захист основних соціальних цінностей.

Мета даної роботи полягає у з'ясуванні змісту фікції у кримінальному праві при формулюванні понять злочину та уявної оборони для подальшого визначення методологічних можливостей фікції у теоретичній розробці та законодавчому закріпленні кримінально-правових понять та інститутів.

Аналіз публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми. У загальній теорії права фікції не розглядалися на рівні монографічного або дисертаційного дослідження. У роботах зарубіжних авторів Г.Ф. Дормидонтова, Р. Ієринга, С.А. Муромцева, Г.С. Мена, Д.І. Мейєра, І.І. Митрофанова, В.К. Бабаєва, В.М. Горшенєва, А.П. Заєць, А.Ф. Черданцева й інших фікції розглядалися лише попутно, поряд з іншими питаннями. У теорії кримінального права фікції кримінально-правових норм не розглядалися ні на рівні монографічного дослідження, ні в наукових статтях вітчизняних дослідників.

Виклад основного матеріалу. Закон про кримінальну відповідальність, встановлює загальне правило про те, що злочином визнається передбачене чинним Кримінальним кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину (ст. 11 ч. 1 КК України). Таким чином, законодавець визнає, що злочином є заборонене законом про кримінальну відповідальність діяння під загрозою кримінального покарання. Разом із тим, використовуючи фікцію як прийом законодавчої техніки, законодавець визначає межі, в яких може бути застосовано вказане правило. Мета й зміст поняття злочину полягає у встановленні та забезпеченні правопорядку не шляхом нескінченного розширення сфери дії кримінального закону, а шляхом обмеження його дії певними припустимими межами, які б відповідали принципам гуманізму, диференціації та індивідуалізації відповідальності і покарання. Використовуючи названий прийом, законодавець сформулював і частину 2 ст. 11 КК України: «Не є злочином дія або бездіяльність, яка хоча формально 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».

Виходячи із даного формулювання, не визнаються злочинними діяння та заподіяння шкоди іншим особам, за наявності певних обставин. Законодавець такі обставини називає обставинами, що виключають злочинність діяння. Наприклад, у стані необхідної оборони, тобто при захисті особи та її власних прав, а також прав інших осіб, охоронюваних законом інтересів суспільства або держави від суспільно небезпечного посягання, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони (ч. 1 ст. 36 КК України); при заподіянні шкоди особі, яка вчинила злочин, при її затриманні для доставляння до органів влади та припинення можливості вчинення нею нових злочинів, якщо іншими засобами затримати таку особу не представлялося можливим і при цьому не було допущено перевищення необхідних для цього заходів (ч. 1 ст. 38 КК України); при заподі-

янні шкоди охоронюваним кримінальним законом інтересам у стані крайньої необхідності, тобто для усунення небезпеки, що безпосередньо загрожує особі й правам даної особи або інших осіб, охоронюваним законом інтересам суспільства або держави, якщо ця небезпека не могла бути усунута іншими засобами й при цьому не було допущено перевищення меж крайньої необхідності (ч. 1 ст. 39 КК України); при заподіянні шкоди охоронюваним кримінальним законом інтересам, здійсненої під впливом фізичного або психічного примусу, якщо внаслідок такого примусу особа не могла керувати своїми діями або бездіяльністю (ч. 1 ст. 40 КК України); при заподіянні шкоди охоронюваним законом інтересам особою, що діє на виконання обов'язкових для нього наказу або розпорядження (ч. 1 ст. 41 КК України); при заподіянні шкоди охоронюваним кримінальним законом інтересам, коли особа діє у стані ризику для досягнення значної суспільно корисної мети (ч. 1 ст. 42 КК України); при виконанні спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ч. 1 ст. 43 КК України).

Незлочинний характер всіх зазначених діянь пов'язаний з однією обов’язковою обставиною, що характеризує будь-який злочин: відсутністю суспільної небезпечності діяння. Особа не підлягає кримінальній відповідальності за злочин, якщо вона добровільно й остаточно відмовилася від доведення цього злочину до кінця (ст. 17 КК України). Відмова від вчинення злочину, як обставина, що виключає кримінальну відповідальність особи, характеризується тим, що суспільна небезпека в цьому випадку відпадає у процесі здійснення дій, спрямованих на досягнення злочинної мети. В основі використовуваного законодавцем технічного прийому лежить та обставина, що добровільна відмова від доведення злочину до кінця виражається у свідомому добровільному акті особи, спрямованому на остаточне припинення злочинної діяльності (готування до злочину чи замаху на злочин) за власною волею, коли особа усвідомлювала реальну можливість довести свій злочинний задум до кінця; цей акт свідчить про відпадання наміру на вчинення злочину, а також і про відпадання суспільної небезпечності діяння – основної матеріальної ознаки злочину.

Кримінальне право, таким чином, відображає діалектичний характер дійсності як єдність протилежностей. Позначаючи в якості злочинів винно вчинені діяння, які є суспільно небезпечними і прямо заборонені під погрозою кримінального покарання тільки тому, що вони суспільно небезпечні, кримінальний закон одночасно визначає й обставини, за наявності яких кожне із цих діянь, залишаючись таким самим, злочином не визнаватиметься: «Не є злочином дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки якого-небудь діяння, передбаченого справжнім Кодексом,..." (ч. 2 ст. 11 КК України).

Враховуючи вищевказане можна виділити такі основні моменти змісту фікції:

1. Зміст фікції становить ситуація, при якій описане в частині першій ст. 11 КК України визначення поняття злочину неповне й неясне без співвіднесення його із частиною другої ст. 11 і положеннями статей 17, 31, 36–

43 КК України. Дійсно, поняття злочину в кримінальному праві є неповним без понять малозначності, необхідної оборони, уявної оборони, затримання особи, що вчинила злочин, крайньої необхідності, фізичного або психічного примусу, виконання наказу або розпорядження, діяння, пов'язаного з ризиком, виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, тобто обставин, кримінально-правовий зміст яких у тому і полягає, що вони виключають суспільну небезпечність діяння.

2. Зміст фікції становить ситуація, при якій діяння, повністю позбавлені ознак суспільної небезпечності, й тому не здатні порушити правоохоронювані інтереси, проте оголошуються такими, що підпадають під ознаки діяння, передбаченого чинним кримінальним законом, тобто кримінально протиправними. Якщо детально проаналізувати сутність цього формулювання, можна виявити відрив соціального змісту від його юридичної форми, тобто конструкцію, при якій суспільно корисні й соціально виправдані дії, що заохочуються нормами права, ні формально, ні по суті не є кримінально-караними і протиправними, а тому й не підпадають під ознаки діяння, передбаченого кримінальним законом, оголошуються такими, що формально містять ознаки якого-небудь діяння. Умисно деформуючий характер законодавчого формулювання полягає у штучному уподібненні обставин, які в дійсності різні або навіть протилежні. Протиправність, як обов'язкова ознака злочину, як його юридична форма, повинна точно відповідати своєму матеріально-соціальному змісту – суспільній небезпечності діяння (ч. 1 ст. 11 КК України). Цьому положенню прямо суперечать нормативні формули статей 11 ч. 2, 36–43 КК України, однак законодавець використовує даний прийом, щоб вирішити правову ситуацію.

Своєрідність законодавчої техніки (або її недосконалість) полягає також у тому, що малозначність поміщена в 2-й частині ст. 11 КК України і сполучена з поняттям злочину, а необхідна оборона, крайня необхідність та інші обставини, що виключають злочинність діяння, описані в інших нормах та розділах кодексу, виглядають самостійними визначеннями, не пов'язаними з поняттям злочину. У дійсності, як відомо, діяння є злочином, по-перше, коли воно визначено як таке в законі про кримінальну відповідальність, й, по-друге, коли воно не є малозначним й не вчинено у стані необхідної оборони, крайньої необхідності, або за інших обставин, що виключають його суспільну небезпечність.

Визначеність діяння у кримінальному законі як злочин є зовнішньою межею, за якою кримінальне право припиняє свою дію, за якою немає ні злочину, ні покарання. Визначеність у кримінальному законі обставин, що виключають суспільну небезпечність – малозначність, необхідна оборона, крайня необхідність і т. ін., – є внутрішньою межею, за якою немає ні злочину, ні покарання. Тому вбачається, що законодавець значно вдосконалив би прийом законодавчої техніки, коли б у частині другій ст. 11 вказав би всі обставини, що виключають суспільну небезпечність діяння (ст.ст. 17, 36–43 КК України), а не тільки малозначність.

При аналізі законодавчого визначення поняття злочину привертає

увагу ще одна обставина. У ст. 11 КК України вказано, що «злочином є передбачене цим Кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину». Звідси випливає, що ознаками, притаманними злочину, є протиправність, суспільна небезпечність, винність, діяння у формі дії чи бездіяльності і суб'єкт злочину. Така ознака, як караність, не називається законодавцем, але логічно випливає із змісту ознаки протиправність, оскільки в чинному КК в Особливій його частині визначені злочинні діяння, за які передбачено застосування до винної особи заходів державного примусу у вигляді кримінального покарання. У виняткових випадках такими заходами можуть бути примусові заходи виховного характеру, примусові заходи медичного характеру, примусове лікування та інші, передбачені в Загальній частині КК України.

Однак ми вважаємо, що винність не можна вважати самостійною ознакою злочину, оскільки це поняття входить до характеристики суб'єктивної сторони, як обов'язкового елемента складу злочину, і охоплюється ознакою протиправності. Закон визнає злочинними тільки винно вчинені діяння, а це означає, що особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер своєї поведінки, передбачала можливість настання шкідливих наслідків та бажала їх настання [1, с. 29–30, 43]. Вказівка на винність як на самостійну ознаку злочину у ст. 11 КК України створює мінливе враження: якщо законодавець вказує, що можуть бути умовно вчинені діяння, так і діяння, кримінально протиправні, але невинні. Караність діяння – це не ознака злочину, а наслідок злочину. Хоча дана ознака і не вказується в якості ознаки злочину, але вона притаманна злочину, хоча і не є обов'язковою його ознакою. Але це питання також спірне. З одного боку, закон про кримінальну відповідальність при формулюванні кожного складу злочину в Особливій частині КК України формулює не лише диспозиції, а й санкції, що є підтвердженням караності як обов'язкової ознаки злочину. Але, з іншого боку, закон передбачає і певні ситуації, коли особа, яка вчинила злочин, може бути звільнена від відбування реальної міри покарання, може бути засуджена з випробуванням тощо. Таким чином, караність – не є обов'язковою ознакою кожного злочину. Виходячи із цього, ми вважаємо, що караність є ознакою злочину лише за певних умов, як виняток – вона не є обов'язковою. Крім того, злочин не перестає бути злочином від того, що він з якоїсь причини (наприклад, через нерозкриття) залишився безкарним.

Таким чином, обов'язковими ознаками злочину є протиправність і суспільна небезпечність. Протиправність діяння характеризується наявністю в ньому складу злочину в єдності всіх його чотирьох елементів: об'єкта, об'єктивної сторони, суб'єкта й суб'єктивної сторони. Тому, на наш погляд, у законодавчому визначенні варто вказати, що злочин – це суспільно небезпечне діяння, що містить склад злочину. У другій частині ст. 11 КК, як раніше вказувалося, на наш погляд, варто назвати всі обставини, що виключають суспільну небезпеку, і вказати на наявність спеціальних умов, за яких особа, яка вчинила злочин, може бути звільнена від покарання. Для цього перераховувати всі такі умови не потрібно, але вказати на їх присут-

ність у чинному КК необхідно.

Викладене свідчить, що вітчизняний законодавець не завжди може знайти такі прийоми законодавчої техніки, які дозволили б в одному визначенні відбити всі ознаки певного кримінально-правового поняття та виключити при цьому розпливчастість і невизначеність. Поки ще немає технічного вираження для якої-небудь своєрідної наукової істини або якого-небудь погляду, їм бракує того ж, що шматку металу до карбування: здатності бути в обігу як монета [2, с. 31]. Використовуючи дану тезу Р. Ієринга можна сказати, що часом і кримінальному кодексу бракує досконалості і, незважаючи на те, що він є законом, застосовувати окремі його положення неможливо.

У теорії кримінального права особливо стоїть питання про таку обставину, що виключає злочинність діяння, як необхідна оборона. У зв'язку з потребою практики кримінально-правова наука ввела термін «уявна оборона», розробивши її поняття, формулювання de lege ferenda та спеціальні умови реалізації. Вітчизняне чинне законодавство закріпило цей вид кримінально-правової фікції, хоча ситуації, що відповідають їй, виникають на практиці досить часто і як фікція «преторського права» вона існує досить давно. Пленум Верховного Суду СРСР у своїй постанові «Про застосування судами законодавства, що забезпечує право на необхідну оборону від суспільно небезпечних посягань» від 16 серпня 1984 р. [3, с. 250] роз'яснив, що суди повинні відмежовувати стан необхідної оборони й так званої уявної оборони, коли відсутнє реальне суспільно небезпечне посягання і особа лише помилково припускає його наявність. У тих випадках, коли обстановка події давала особі підстави думати, що відбувається реальне посягання, і особа, котра застосовує засоби захисту, не усвідомлювала й не могла усвідомлювати помилковість свого припущення, її дії варто розглядати як вчинені у стані уявної оборони. Вітчизняний законодавець у своїй постанові вказує, що слід відрізняти необхідну оборону від уявної, під якою розуміється заподіяння шкоди за таких обставин, коли реального суспільно небезпечного посягання не було, але особа, неправильно оцінюючи дії потерпілого, помилково припускала наявність такого посягання. Таким чином, виходячи із сучасного тлумачення даної обставини, Пленум Верховного Суду зауважує, що при уявній обороні кримінальна відповідальність за заподіяну шкоду виключається лише у випадках, коли обстановка, що склалася, давала особі підстави вважати, що мало місце реальне посягання, і вона не усвідомлювала й не могла усвідомлювати помилковість свого припущення. Питання про те, чи дійсно в особи були підстави для помилкового висновку про наявність суспільно небезпечного посягання, вирішується з урахуванням конкретних обставин справи [4].

Якщо ж в обстановці, що склалася навколо особи, вона не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковість свого уявлення, припущення стосовно реальності суспільно небезпечного посягання, і перевищила межі захисту, який потрібно було застосувати, її дії мають розцінюватися як перевищення меж необхідної оборони. У такому разі кримінальна відповідальність можлива лише за статтями 118 і 124 КК України. Коли ж особа не

усвідомлювала, але могла усвідомлювати відсутність реального посягання, її дії кваліфікуються як заподіяння шкоди через необережність.

Таким чином, уявна оборона прирівнюється до необхідної оборони, і правові наслідки перевищення її меж тягнуть такі самі наслідки – засудження за привілейованими нормами КК України.

При цьому виникає ряд питань: чи припустимо реальну необхідну оборону прирівнювати до того, чого взагалі немає в реальному житті, навколишній дійсності, а існує лише в уяві особи? Так, у цьому й полягає зміст кримінально-правової фікції, як прийому юридичної техніки, тим більше, що практика вищих судових органів легалізує подібний дозвіл життєвої ситуації. Друге питання: чи правомірно наслідки від дій особи, яка перебувала у стані уявної оборони, дорівнювати до наслідків необхідної оборони? На наш погляд, це неприпустимо. Пояснення з цього приводу можна дати таке. Закон про кримінальну відповідальність у ч. 4 ст. 3 КК України містить пряму заборону застосовувати положення чинного КК України за аналогією, і тут же прямо передбачає таке: «Якщо особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковість свого припущення, але при цьому перевищила межі захисту, що дозволяються в умовах відповідного реального посягання, вона підлягає кримінальній відповідальності як за перевищення меж необхідної оборони» (ч. 3 ст. 37 КК України).

Висновки. Отже, у законодавчому визначенні варто вказати, що злочин – це суспільно небезпечне діяння, що містить склад злочину. У другій частині ст. 11 КК, як раніше вказувалося, на наш погляд, варто назвати всі обставини, що виключають суспільну небезпеку, і вказати на наявність спеціальних умов, за яких особа, яка вчинила злочин, може бути звільнена від покарання.

Застосована вітчизняним законодавцем законодавча техніка дозволяє положення, що прямо суперечать одне одному, використовувати при формулюванні кримінально-правових норм у Загальній частині КК України. Положення однієї статті (ч. 4 ст. 3 КК України) не узгоджуються з положеннями іншої статті (ч. 4 ст. 37 КК України) і, незважаючи на правову заборону застосування положень кримінального кодексу за аналогією, передбачають саме таке його застосування. Таким чином, проблема використання фікції у кримінальному праві та її гносеологічного значення потребує подальшого вивчення з метою подальшого удосконалення норм чинного закону про кримінальну відповідальність.

Бібліографічні посилання

1. Навчальний посібник для підготовки до державного іспиту з курсу «Кримінальне право України» / Шалгунова С.А., Терещенко А.І., Примаченко В.Ф., Людвік В.Д. – 6-е вид., доп. і перероб. – Дніпропетровськ, 2010.

2. *Иеринг Р.* Юридическая техника / Иеринг Р. – СПб., 1906.

3. Сборник постановлений Пленумов Верховных Судов СРСР и РСФСР по уголовным делам. – М., 1995.

4. Пункт 7 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 1 від 26.04.2002 р. «Про судову практику у справах про необхідну оборону».

Людвик В. Д. Использование фикции при конструировании понятий преступления и мнимой обороны. Исследован смысл фикции в уголовном праве при формулировании понятий преступления и мнимой обороны.

Ключевые слова: *фикция, преступление, признаки преступления, мнимая оборона, Уголовный кодекс, обстоятельства, исключающие преступность деяния.*

Lyudvik V. D. The use of fiction when designing the concepts of crime and imaginary defense. The article deals with the content of fiction in criminal law in the formulation of the concepts of crime and imaginary defense.

The author believes that the essential characteristics of a crime are wrongfulness and public insecurity. In his opinion, the wrongfulness of the act is characterized by the presence in it of a crime in the unity of all the four elements: object, objective side, the subject and the subjective side. Therefore, in determining legislative propose to specify that the offense – a socially dangerous act that contains the crime, and in the second part of Art. 11 CC – all circumstances that preclude danger to society and the existence of special circumstances in which a person who committed a crime can be exempted from punishment. Applied national legislature legislative technique allows provisions that directly conflict with each other, using the formulation of criminal law in the General Part of the Criminal Code of Ukraine. Position one article (part 4. 3 of the Criminal Code of Ukraine) is inconsistent with the provisions of other articles (part 4 of art. 37 of the Criminal Code of Ukraine) and despite the legal prohibition of the use of the criminal code, by analogy, provide exactly the same application. Thus, the problem of using fiction in criminal law and its epistemological significance needs further study to improve standards applicable law on criminal liability.

Keywords: *fiction, crime, signs of a crime, imaginary defense, criminal code, circumstances excluding criminality.*

Надійшла до редакції 20.03.2014

Некрасов В.А.
кандидат юридичних наук, доцент
(Національний університет ДПС України)

УДК 343.352

КОРУПЦІЯ ЯК ФОРМА КРИМІНАЛЬНОГО КОНТРОЛЮ ТІНЬОВОЇ ЕКОНОМІКИ

Досліджено окремі питання кримінального контролю тіньової економіки. Розглянуто питання щодо співвідношення корупційних проявів з характером та правилами ведення господарської діяльності. Обґрунтовано думку, що корупцію у сфері господарської діяльності можна розглядати: по-перше, як форму контролю тіньової економіки, по-друге, як сегмент кримінального ринку послуг, який розвивається по законах ринку.

Ключові слова: корупція, інфраструктура злочинності, кримінальний контроль, тіньова економіка, господарська діяльність

Постановка проблеми. На сьогодні проблема корупції найбільш обговорювана тема як у світовій спільноті, так і на теренах нашої держави. Кожна особа, яка не байдужа до проблем формування української нації, намагається надати власні рекомендації щодо подолання цього негативного явища. Про це говорять представники влади, бізнесу, політичні та громадські діячі, науковці та й прості люди. Усі наголошують на руйнівному впливі корупції на систему суспільних, економічних та політичних відно-