

Кримінально-процесуальне значення крайньої необхідності та інших обставин, що виключають злочинність діяння



*П. П. Андрушко,
завідувач кафедри
кримінального права та
кримінології Київського
національного університету
імені Тараса Шевченка,
кандидат юридичних наук,
професор*

Тема «плівок Мельниченка» вже тривалий час є найпопулярнішою у засобах масової інформації і серед українського політикуму, хоча в суспільстві є набагато важливіші теми – бідність, соціальна нерівність, наркотики, пияцтво, дитяча безпритульність, тортури в міліції, торгівля людьми, тотальна корупція тощо. Очевидно, існують сили, зацікавлені у штучному підтриманні уваги до неї.

Ю. Кармазін вважає, що «справа закрита без належного вивчення всіх обставин, а М. Мельниченка навіть не допитали. А тим часом так повністю і не досліджено обсяг і зміст відомостей, які містяться в записках і, можливо, становлять державну таємницю. Відкритим залишається питання і про те, чи передавав колишній охоронець Президента ці відомості представникам спецслужб інших країн» [1].

На запитання, чи допустимо прослуховування першої особи в державі, коли стає відомо про злочин, Ю. Кармазін дає таку відповідь: «Коли воно здійснюється з метою виведення на чисту воду, то це, очевидно, крайня необхідність, тобто обставина, яка виключає кримінальне покарання. Але оприлюднення інформації, що Україна нібито постачала «Кольчугу» (хоча підтвердження цьому не знайшлося, але до нашої держави були застосовані певні санкції), — це класичний приклад зради» [1].

Зверну увагу на суттєву неточність кримінально-правової оцінки Ю. Кармазіним дій М. Мельниченка. По-перше, за своєю юридичною природою крайня необхідність є обставиною, що виключає злочинність діяння, а не обставиною, що виключає кримінальне покарання. Законодавцем ст. 39 «Крайня необхідність» поміщена у розділі VIII Загальної частини КК, який має назву «Обставини, що виключають злочинність діяння». По-друге, у КК 2001 р. відсутній інститут обставин, що виключають кримінальне покарання. По-третє, ні теорія кримінального права, ні правозастосовна практика не знають такої умови правомірності крайньої необхідності як вчинення певних дій «з метою виведення на чисту воду» певної особи. Крайня необхідність – це дії по усуненню небезпеки, що безпосередньо загрожує особі чи охоронюваним законом правам цієї людини або інших осіб, а також суспільним інтересам чи інтересам держави, якщо цю небезпеку в даній обстановці не можна було усунути іншими засобами. Метою «вивести на чисту воду» наявна небезпека (безпосередня) не усувається, вона могла б бути усунена лише внаслідок запобігання вчиненню злочинів, про організацію, підготовку і вчинення яких могла йти мова у записаних на плівках розмовах.

Не можна однозначно погодитись і з позицією першого президента України Л. Кравчука, який сказав: «Я, наприклад, Кучму не звинувачую і не захищаю. Я вважаю, що будь-яка людина, незалежно від того,

Автор досліджує юридичну природу обставин, що виключають злочинність діяння, їх відмінності від обставин, що виключають провадження у кримінальній справі, та практику некоректного застосування в кримінальному процесі.

Ключові слова: кримінальний процес, крайня необхідність, обставини, злочинність діяння, провадження в кримінальній справі

чи він Президент, чи він прем'єр, має зібрати докази своєї непричетності. А прокуратура має зібрати неспростовні докази, коли йдеться про таких високих посадових осіб, причетності або вини тієї чи іншої людини. Це є нормальне правосуддя і нормальна реакція суспільства. Суд тоді стає трибуною, де будь-яка людина може захистити себе» [2].

Конституція України і КПК України не покладають на особу обов'язку збирати докази своєї непричетності. Поставлю риторичне запитання: *яким чином повинна збирати звичайна, пересічна особа докази своєї невинуватості, якщо з моменту порушення кримінальної справи і до винесення вироку вона знаходиться у слідчому ізоляторі?* Вірною є лише друга половина висловлювання Л. Кравчука – докази винуватості/невинуватості особи зобов'язаний зібрати орган досудового слідства, а суд повинен здійснити перевірку зібраних доказів і об'єктивно, неупереджено, незалежно від сформульованої і нав'язаної політиками і ЗМІ громадської думки, оцінити докази з позиції їх достовірності, належності і допустимості, на основі чого дати кримінально-правову оцінку дій підсудного. Така оцінка – виключна компетенція (прерогатива) лише одного органу – суду. Крім того, орган досудового слідства повинен збирати неспростовні докази не лише тоді, коли підозрюваним (обвинувачуваним) є президент чи прем'єр, а при здійсненні розслідування по кожній кримінальній справі.

Заслуговує на увагу і висловлювання народного депутата України О. Донія: «Насамперед потрібно поставити крапку у «справі Гонгадзе». А після розкриття злочину потрібно вже розбиратися, що вчинив М. Мельниченко. Якщо в його діях більше турботи про державу, тоді кримінальна справа не потрібна, якщо це зловживання службовими обов'язками – тоді так» [1].

Крапку у «справі Гонгадзе» можна буде поставити, очевидно, лише з урахуванням того, будуть чи ні визнані джерелами доказів так звані «плівки Мельниченка», а записані на них розмови – доказами. Вирішення ж цього питання обумовлюється кримінально-правовою оцінкою дій М. Мельниченка по здійсненню аудіозаписів та їх використанню. Сприйняття позиції О. Донія призведе до того, що записи на зазначених плівках або будуть визнані (використані) судом як докази, або ж відкинуті як такі, що одержані незаконним шляхом, а це матиме преюдиційне значення при наступній кримінально-правовій оцінці дій самого М. Мельниченка, оскільки рішенням суду у «справі Гонгадзе» буде презюмуватись закон-

ність/незаконність здійснення М. Мельниченко зазначених записів, їх зберігання та використання. Крім того, питання про порушення чи відмову в порушенні кримінальної справи не може залежати від того, як буде оцінений відповідним органом, наділений повноваженнями на порушення кримінальної справи, ступінь «турботи про державу» і якої саме турботи. Потребує відповіді і запитання що слід розуміти під «турботою про державу» У ст. 39 КК йдеться про усунення небезпеки, що безпосередньо загрожує інтересам держави, а не про «турботу про державу».

Заступник секретаря Ради національної безпеки і оборони України В. Сівкович вважає, що необхідно порушити кримінальну справу проти колишнього співробітника Держохорони Миколи Мельниченка. В інтерв'ю газеті «Сьогодні» В. Сівкович висловлює думку, що Мельниченко порушив 16 статей Кримінального кодексу. «Цього достатньо, щоб одержати від 10 років до **довічного ув'язнення** (виділено мною – П. А.) ... Він не герой, а зрадник Батьківщини. Якби він записав Кучму і приніс плівки, наприклад, в парламентський комітет, члени якого мають доступ до держтаємниці, в РНБО або хоча б в опозиційну партію – інша справа. Але він передав записи іншій державі, її спецслужбам. Відкрив їм доступ до секретів особливої важливості. Те, що говориться в кабінеті Президента, – більше ніж секрет. Це значно гірше, ніж «Вікілікс», – вважає В. Сівкович. – До того ж він почав плівками приторговувати. Інформацію про те, як він одержав два мільйони доларів в Москві, гроші від Березовського, необхідно перевірити. Про це экс-майор сам говорить, правда як про пропозиції. І цих своїх записів він продав багато, починаючи з лютого 2000 року. А якщо людина, яка продовжує служити (на той період він був на службі), торгує інформацією, яку зобов'язана охороняти (і це можна довести), повинне бути адекватне покарання» [3]¹.

Свою позицію висловлюють і високопосадовці органів міліції та прокуратури. На особливу увагу заслуговують вельми красномовні зауваження і судження відносно оцінки цієї проблеми, в тому числі кримінальної справи, порушеної проти Л. Кучми, висловлені першим заступником Генерального прокурора України Р. Кузьмим, який в інтерв'ю журналу «Фокус» 1 квітня 2011 р. сказав: «Дуже складна справа, дуже небезпечна, дуже політизована <...> Давайте не політизувати слідчу роботу <...> За висновком додаткових судово-фоноскопичних експертиз голоси осіб,

¹ Тут і далі переклад автора.

причетних до вбивства Гонгадзе, зафіксовані на плівках Мельниченка, належать Кучмі і Кравченку. Ми підтвердили відсутність монтажу у тому числі. З цієї причини плівки були покладені в основу обвинувачення Кучми <...> Наше завдання – доказувати причетність осіб до вбивства журналіста». На запитання, чи можуть бути дії Л. Кучми кваліфіковані на більш жорстку статтю про співучасть у вбивстві або про замовне вбивство, Р. Кузьмін відповів: «Постанова про порушення кримінальної справи – це процесуальний документ, який починає процедуру збирання доказів. На різних етапах слідства кваліфікація може змінюватись <...> Часто справа порушується за однією статтею, а до суду доходить вже по іншій <...> Сьогодні більше даних про те, що Кучма перевищив владу і надані йому повноваження, ніж даних про те, що він виступив організатором або замовником вбивства <...> Для того, щоб кваліфікувати це вбивство як «замовне», або «вбивство, вчинене на замовлення», потрібно доказати, що виконавець, у нашому випадку – Пукач, домовився із замовником вчинити вбивство за матеріальну винагороду. Все як у комерційній угоді: виконавець виконує роботу, замовник за неї платить. В цій кримінальній справі немає ніяких даних про матеріальний характер взаємовідносин Кравченко-Пукач. Ну не платив Кравченко Пукачу і що це значить? Значить, немає вбивства на замовлення, і все. Треба припинити журналістам і політикам спекуляції на цю тему. **Вбивство Пукачем Гонгадзе – це вбивство** (виділено мною – П. А.), вчинене підлеглим за наказом свого начальника, а не за гроші. І в цьому злочині також можуть бути співчасники: і підбурювачі, і пособники, і організатори. І всіма ними слідство зараз займається, не заважайте лише нам працювати! Та й чи є для когось принципова різниця, засудять Пукача за ст. 93 п. «і» «вбивство на замовлення», чи за ст. 93 п. «и», тобто за попередньою змовою групою осіб? Це все тонкощі слідчої роботи, які жодним чином не впливають на кінцеву мету – виявити і засудити вбивць, тим більше, що покарання за різними пунктами однієї статті однакове – **довічне ув'язнення** (виділено мною – П. А.). При цьому рішення про остаточну кваліфікацію дій обвинуваченого Леоніда Кучми буде прийнято пізніше, про що зараз говорити не час <...> Не доведено матеріалами справи, що Пукач одержав винагороду за це вбивство. Тому відповідь він за умисне вбивство за попередньою змовою групою осіб» [4].

Не вдаючись до коментування (оцінки) в цілому змісту відповідей Р. Кузьміна на запитання

журналу «Фокус», які, очевидно, відображають не лише його власну оцінку проблеми плівок М. Мельниченка і справи Л. Кучми, а й унаочнюють позицію Генеральної прокуратури України з цього питання, зверну увагу на декілька важливих, з юридичної точки зору, фрагментів (позицій) інтерв'ю.

По-перше, визнати особою злочинцем може лише суд винесенням обвинувального вироку, який набрав законної сили. Орган досудового слідства, як і будь-які інші органи чи посадові особи, такими повноваженнями не наділені. *По-друге*, санкцією ст. 93 КК України 1960 р. передбачалось і санкцією ч. 2 ст. 115 КК України 2001 р. передбачається як обов'язкове додаткове покарання конфіскація майна у випадку вчинення вбивства з корисливих мотивів. При визнанні особи винною у вчиненні умисного вбивства за наявності будь-якої іншої обтяжуючої обставини, передбаченої ст. 93 КК 1960 р. чи ч. 2 ст. 115 КК 2001 р., конфіскація майна не може бути призначена. *По-третє*, згідно з роз'ясненнями Пленуму Верховного Суду України «умисне вбивство, вчинене на замовлення, – це умисне позбавлення життя потерпілого, здійснене особою (виконавцем) за дорученням іншої особи (замовника). Таке доручення може мати форму наказу, розпорядження, а також угоди, відповідно до якої виконавець зобов'язується позбавити потерпілого життя, а замовник – вчинити в інтересах виконавця певні дії матеріального чи нематеріального характеру або ж не вчинювати їх. Відповідальність за п. 11 ч. 2 ст. 115 настає лише у випадках, коли замовляється саме умисне вбивство особи, а не якийсь інший насильницький злочин щодо неї. Якщо замовник доручив заподіяти потерпілому тілесні ушкодження, а виконавець умисно вбив його, замовник несе відповідальність за співучасть у тому злочині, який він організував чи до вчинення якого схилив виконавця, а останній – за той злочин, який він фактично вчинив» (див.: п.15 постанови Пленуму Верховного Суду України від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя і здоров'я особи»).

Наведений правозастосовчий орієнтир, висловлений Пленумом Верховного Суду України, поділяється майже всіма теоретиками і використовується працівниками правозастосовних органів, в тому числі суддями. Лише Р. Кузьмін має відмінне, власне бачення (розуміння) ознак складу злочину «вбивство на замовлення», даючи власне тлумачення його змісту.

По-четверте, орган досудового слідства здійснює збирання доказів, а їх оцінку з позиції

достовірності, належності і, головне, допустимості, здійснює лише суд, який, при цьому, зобов'язаний керуватись імперативною вимогою, сформульованою у ст. 62 Конституції України: обвинувачення не може групуватись на доказах, одержаних незаконним шляхом. *По-н'яте*, аудіоплівки, відповідно до ст. 65 КПК, – це не докази. Вони є джерелом доказів, а у випадку, передбаченому ст. 78 КПК – речовими доказами – джерелами доказів. Доказами може визнаватись інформація (відомості), зафіксована на аудіоплівках.

Чи є плівки Мельниченка джерелами доказів, а записана на них інформація (відомості) фактичними даними – доказами, відповідь дасть лише суд. До того часу називати плівки Мельниченка доказами, принаймні, не коректно.

Визнання/невизнання «плівок Мельниченка» джерелами доказів, а записаної на аудіоплівках інформації – доказами обумовлюється, перш за все, встановленням того, якими мотивами він керувався, здійснюючи запис розмов у кабінеті вищої посадової особи держави, і якою була мета його здійснення та подальшого використання плівок. Можливі різні варіанти зазначених мотивів і мети при здійсненні аудіозапису розмов: з мотивів помсти чи з корисливих мотивів, неприязних стосунків тощо. Метою вчинення несанкціонованого запису розмов могли бути наступний шантаж осіб, записи розмов яких здійснювались, виведення їх «на чисту воду», передача аудіозаписів у правоохоронні органи для вирішення питання про порушення кримінальних справ, повідомлення осіб, які згадувались у розмовах, про наявність реальної небезпеки для їх життя, здоров'я тощо, оприлюднення змісту розмов у засобах масової інформації для дискредитації певних осіб, продаж чи передача іншим особам, зокрема політичним опонентам тощо.

Залежно від того, з якою метою здійснювались М. Мельниченком зазначені записи, має здійснюватись і кримінально-правова оцінка його дій, в тому числі і з позиції визнання їх такими, що вчинені в стані крайньої необхідності.

Щодо М. Мельниченка була порушена кримінальна справа за ч. 2 ст. 328, ч. 1 ст. 358 та ч. 3 ст. 365 КК України, яка постановою Генерального прокурора України від 1 березня 2005 р. була закрита на підставі п. 2 ст. 6 КПК України та ст. 39 КК України. У названій постанові зазначається, що М. Мельниченко «... сам особисто чув у кабінеті вищої посадової особи держави розмови, в яких йшлося про необхідність утискування деяких засобів масової інформації, народних депутатів та інше, але Мельниченко М. не міг діяти в інший

спосіб, з причини, що в протиправних діях брали участь вища посадова особа держави та вищі посадові особи і він не мав можливості звернутися до них <...> Мельниченко М., здійснюючи аудіозаписи розмов, діяв в інтересах суспільства та фізичних осіб, яким могла бути заподіяна шкода, тобто виконував громадський обов'язок. При цьому прийнято до уваги, що діями Мельниченка М. завдана шкода, бо він не міг діяти в інший спосіб з причини, що в протиправних діях брали участь Президент України та вищі посадові особи і він не мав можливості звернутися до них з метою припинення протиправних дій. Згідно ст. 30 Закону України «Про інформацію» інформація з обмеженим доступом може бути поширена без згоди її власника, якщо ця інформація є суспільно значимою».

У постанові про закриття кримінальної справи від 1 березня 2005 р., винесеної Генеральним прокурором України, не конкретизується, яким інтересам суспільства та фізичних осіб могла бути заподіяна шкода і яка саме, чи була загроза негайного заподіяння такої шкоди. Підставою визнання вчинених М. Мельниченком дій зі здійснення несанкціонованого аудіозапису розмов у кабінеті як таких, що вчинені у стані крайньої необхідності, у постанові називається виконання ним громадського обов'язку, але не уточнюється і не конкретизується, про виконання якого конкретно громадського обов'язку йдеться, якими законодавчими актами на М. Мельниченка був покладений такий обов'язок і який саме. Якщо йдеться про обов'язки громадян, то вони мають бути визначені законом, зокрема Конституцією України, чи впливати із закону. *Просто громадських обов'язків не існує, є конкретні громадські обов'язки.* Крім того, чинний кримінальний закон виконання громадського обов'язку не визнає окремою, самостійною обставиною, що виключає злочинність діяння. Така обставина не виділяється і в теорії кримінального права.

Наведені аргументи Генерального прокурора не дають відповіді на запитання: яка шкода заподіяна М. Мельниченком, яким особам та в чому виявилось заподіяння шкоди, який її характер, яка шкода відвернена внаслідок здійснення М. Мельниченком аудіозаписів.

Зверну увагу на такі обставини.

1. У постанові про закриття кримінальної справи не визначається: 1) які дії М. Мельниченка визнаються вчиненими у стані крайньої необхідності: а) дії зі здійснення аудіозаписів у кабінеті Президента України чи б) дії з передачі частини зроблених аудіозаписів розмов для оприлюднен-

ня? 2) яка шкода (матеріальна чи нематеріальна) заподіяна правоохоронюваним інтересам і яким саме та який розмір заподіяної шкоди, а також якими конкретно діями М. Мельниченка заподіяна шкода? 3) яка небезпека загрожувала М. Мельниченку чи його правам та правоохоронюваним законом інтересам, або інтересам інших осіб і яких саме, або суспільним інтересам чи інтересам держави, який характер небезпеки, що існувала? 4) чи мало місце фактичне усунення реальної, існуючої небезпеки? 5) яке співвідношення розмірів заподіяної шкоди правоохоронюваним інтересам (і якої конкретно) та відверненої шкоди (і якої конкретно); 6) чи не мало місця перевищення меж крайньої необхідності? 7) чи можна було усунути існуючу небезпеку (і яку конкретно) іншими засобами в даній обстановці?

2. Відповідно до ст. 39 КК України крайня необхідність – це правомірне заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам з метою усунення небезпеки, що загрожує, якщо вона в даній обстановці не могла бути усунута іншими засобами і якщо заподіяна шкода є рівнозначною або менш значною, ніж шкода відвернена. Право на заподіяння шкоди в стані крайньої необхідності є субсидіарним (додатковим) правом. Ним особа може скористатися лише в тому випадку, якщо в даній обстановці заподіяння шкоди є вимушеним, крайнім, останнім і єдиним засобом усунення небезпеки.

Стан крайньої необхідності виникає за наявності відповідної підстави, яка характеризується двома елементами: 1) небезпекою, що безпосередньо загрожує правоохоронюваним інтересам особи, суспільства або держави, і 2) обстановкою, що свідчить про неможливість усунення цієї небезпеки іншими засобами, крім заподіяння шкоди таким же самим правоохоронюваним інтересам. Наявності однієї лише небезпеки ще недостатньо для виникнення стану крайньої необхідності, що викликається даною обстановкою, при якій особа вимушена удатися до заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам як до останнього, крайнього засобу усунення небезпеки, що загрожує [5].

У цій статті немає необхідності детально аналізувати умови правомірності крайньої необхідності, враховуючи, що з більшості питань щодо змісту ознак та умов правомірності крайньої необхідності існує фактично однаковий підхід науковців та фахівців-практиків.

На мій погляд, зміст постанови про закриття кримінальної справи від 1 березня 2005 р., свідчить про те, що у ній не наведене (не міститься)

належне обґрунтування наявності підстав для визнання дій М. Мельниченка вчиненими у стані крайньої необхідності.

Про наявність стану крайньої необхідності в діях М. Мельниченка могло б свідчити, наприклад, те, що метою здійснення ним незаконного аудіозапису розмов було передання правоохоронним органам (і фактично було передано) аудіозаписів для прийняття останніми заходів для запобігання вчиненню суспільно небезпечних діянь, про які йшлося у розмовах між вищою посадовою особою держави та іншими вищими посадовими особами.

Той факт, що здійснені записи не передавались правоохоронним органам і про наявність реальної чи потенційної загрози для правоохоронюваних інтересів окремих осіб, суспільних чи державних інтересів не інформувались особи, яким загрожувала небезпека, а були передані політичному і державному діячу для їх оприлюднення і використання через значний проміжок часу після їх здійснення, свідчить про те, що, очевидно, метою їх здійснення було оприлюднення причетності вищих посадових осіб до вчинення певних злочинів, організації певних злочинів, притягнення до відповідальності за підбурювання інших осіб до вчинення злочинів та організацію вчинення певних злочинів. Характер вчинених М. Мельниченком дій не свідчить про те, що вони вчинені з метою запобігання вчиненню злочинів, усунення небезпеки заподіяння (негайного) шкоди правоохоронюваним інтересам, вимушеність вчинених ним дій.

І, головне, в постанові від 1 березня 2005 р. про закриття кримінальної справи відсутні будь-які посилання на небезпеку, що безпосередньо загрожувала правоохоронюваним інтересам, яка була фактично усунена, конкретизація такої небезпеки, її характеру та ступеня.

Важливе значення мають також такі фактичні дані щодо здійснення аудіозапису розмов: 1) коли М. Мельниченку став чи ставав відомий зміст розмов у кабінеті вищої посадової особи держави, запис яких ним здійснювався; 2) знайомився чи ні М. Мельниченко із змістом здійснених (здійснюваних) ним звукозаписів взагалі, а якщо знайомився, то коли: в період їх здійснення чи через певний проміжок часу; 3) період часу, протягом якого здійснювався аудіозапис розмов; 4) час передачі аудіозаписів іншому державному чи політичному діячу, мотиви і мета передачі аудіозаписів.

Наразі зверну увагу на те, що у теорії кримінального права виділяються і на практиці фак-

тично застосовуються, окрім безпосередньо передбачених статтями 36–43 КК України, і інші обставини, що виключають злочинність діяння [6, 266–301; 7, 189–240]: виконання професійних функцій, здійснення службових функцій (виконання службових обов'язків), виконання закону (здійснення певних дій у відповідності із законом), згода потерпілого, здійснення свого права. Перша із названих обставин, що виключають злочинність діяння, досить широко використовується (застосовується) на практиці, зокрема при вирішенні питання про відмову в порушенні кримінальних справ щодо працівників правоохоронних органів, в тому числі щодо працівників органів міліції, кримінально-виконавчих установ (установ виконання покарань), військових начальників у Збройних Силах України, лікарів. У перелічених випадках вирішується питання про те, діяли чи ні зазначені особи з дотриманням встановленого і регламентованого законодавством порядку здійснення відповідного виду професійної чи службової діяльності. Відтак, у разі визнання заподіяної шкоди такою, що заподіяна вимушено, наприклад, при присіканні (припиненні) порушень громадського порядку, інших правопорушень, при правомірному (здійснюваному у відповідності із законом) обмеженні конституційних прав і свобод громадян у процесі провадження оперативно-розшукової діяльності працівниками оперативних підрозділів органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, тощо, і відмові у порушенні кримінальних справ за її заподіяння, фактично дії визнаються як такі, що виключають злочинність діяння.

Зокрема, суддя Конституційного Суду України Ю. В. Баулін, авторитет номер один серед вітчизняних вчених з проблем (питань) поняття кримінальної відповідальності, звільнення від кримінальної відповідальності та виключення кримінальної відповідальності (обставин, що виключають злочинність діяння), пише, що обставини, що виключають злочинність діяння, можуть бути класифіковані за різними критеріями. Для кримінального права істотним критерієм такої класифікації є юридична форма правомірних вчинків. З цього погляду всі обставини, що виключають злочинність діяння, як правомірні вчинки можуть бути поділені на три групи, а саме: 1) реалізація особою свого суб'єктивного права (наприклад, необхідна оборона, крайня необхідність, затримання злочинця тощо); 2) виконання юридичного обов'язку (наприклад, виконання професійних обов'язків, наказу або розпорядження та ін.); 3) здійснення владних повноважень

(наприклад, застосування запобіжних заходів, фізичної сили, спеціальних засобів або зброї, примушування до покори). Зазначені обставини в КК посідають різне місце: одні з них передбачені в Загальній частині КК, інші – в Особливій частині. Під обставинами, що виключають злочинність діяння, Ю. В. Баулін розуміє передбачені КК та іншими нормативно-правовими актами зовнішньо подібні зі злочинами суспільно корисні (соціально прийнятні) та правомірні вчинки, що виключають підставу кримінальної відповідальності за шкоду, заподіяну правоохоронуваним інтересам [6, 268–269].

Слід розрізняти *незаконність* певних дій і їх *протиправність*. **Протиправними** є діяння, які законодавцем визнаються правопорушенням, тобто за вчинення таких дій передбачається відповідальність. Натомість **незаконність** дій означає, що вони вчинені з порушенням встановленого законом порядку чи за умови, що закон не дозволяє вчинення таких дій.

Ю. В. Баулін виділяє, окрім передбачених законом (ст.ст. 36–43 КК України) обставин, що виключають злочинність діяння, також і обставини, що кримінальним законом не передбачені.

Юридична природа зазначених обставин, на думку Ю. В. Бауліна, полягає в тому, що вони виключають саму підставу кримінальної відповідальності (ст. 2 КК), тобто подібні вчинки характеризуються такими ознаками, які виключають можливість їх визнання суспільно небезпечним діянням, що містять ознаки складу злочину, передбаченого КК [6, 266].

У своєму фундаментальному дослідженні проблем обставин, що виключають злочинність діяння, Ю. В. Баулін також виділяв три групи таких обставин: обставини, що є здійсненням особою свого суб'єктивного права; обставини, що є виконанням правового обов'язку; обставини, пов'язані з виконанням службового обов'язку (юридичних державно-владних повноважень). До першої групи названих обставин Ю. В. Баулін відносить необхідну оборону, крайню необхідність, затримання злочинця, професійний ризик, заняття спортом, застосування батьками заходів домашнього нагляду щодо дітей тощо, до другої – виконання наказу чи розпорядження, виконання професійних, службових, військових та інших обов'язків, колізію юридичних обов'язків тощо; до третьої – правомірне застосування спеціальних засобів, сили і зброї, виконання слідчим службового обов'язку при здійсненні правомірного впливу на свідка чи обвинуваченого з метою одержання необхідних відомостей, проникнення держав-

ного податкового інспектора в приміщення чи житло з метою здійснення необхідного контролю за доходами тощо [8, 55–60].

Автор цієї статті в період дії КК України 1960 р. до обставин, що виключають злочинність діяння, його суспільну небезпечність та/або протиправність, окрім передбачених безпосередньо у КК необхідної оборони, крайньої необхідності та затримання злочинця, відносив також такі загальні обставини: виконання наказу, виконання професійних чи службових функцій, згода потерпілого, здійснення свого права. Щодо таких обставин, що виключають злочинність діяння, як примус до послуху, виконання командиром обов'язків військової служби, виробничий ризик, примус до дії для виконання правового обов'язку тощо, я обґрунтовував висновок, що їх слід вважати такими, що не мають самостійного значення (характеру), а є різновидами, конкретними проявами названих вище загальних обставин, що виключають злочинність діяння, та що немає необхідності виділяти як самостійну обставину виконання закону, тому що вона ніби розчиняється у всіх інших обставинах, оскільки будь-які правомірні дії можна розглядати як виконання закону – вчиненням їх у відповідності із законом [7, 189–197]. До обставин, що виключають злочинність діяння, слід віднести і малозначність діяння (ч. 2 ст. 11 КК). Малозначне діяння формально містить склад злочину, передбаченого статтею (частиною, пунктом статті) Особливої частини КК, але воно не є злочином внаслідок відсутності головної ознаки злочину – суспільної небезпечності.

Слід також чітко розрізняти обставини, що виключають провадження в кримінальній справі, передбачені п.п. 1, 2 ст. 6 КПК, і обставини, які є підставами для звільнення від кримінальної відповідальності, передбачені ст.ст. 45–49 Загальної частини КК та передбачені у 15-ти статтях Особливої частини КК.

При звільненні від кримінальної відповідальності діяння, вчинене особою, містить всі необхідні ознаки складу злочину, передбаченого певною статтею (частиною, пунктом статті) Особливої частини КК, а за наявності обставин, що виключають провадження в кримінальній справі, передбачених п.п. 1, 2 ст. 7 КПК, дії особи не містять самої підстави кримінальної відповідальності – складу злочину. В кримінально-правовому розумінні – це обставини, що виключають злочинність діяння, тобто обставини, що виключають кримінальну відповідальність, як безпосередньо передбачені ст.ст. 36-43 КК, так і, здебіль-

шого, безпосередньо в КК не передбачені, але фактично визнаються такими правозастосовною практикою і теорією кримінального права. Бажано було б такі обставини передбачити безпосередньо у КК, визначивши, тим самим, кримінально-правові умови їх правомірності, що, можливо, і буде здійснено у майбутньому, аналогічно як КК 2001 р. відніс до обставин, що виключають злочинність діяння, окрім необхідної оборони, затримання злочинця і крайньої необхідності, які були передбачені КК 1960 р., також фізичний і психічний примус, виконання наказу або розпорядження, діяння, пов'язане з ризиком, та виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації.

Зазначені види обставин мають *принципово різну юридичну природу*. Для обставин, що виключають провадження в кримінальній справі, характерним є те, що вчинене особою діяння не містить підстави кримінальної відповідальності – складу злочину. Таким, що не містить складу злочину, є діяння, склад якого не містить хоча б якоїсь однієї об'єктивної чи суб'єктивної ознаки, яка є обов'язковою ознакою відповідного складу злочину, наприклад, недосягнення особою віку, з якого настає кримінальна відповідальність за даний злочин.

Для обставин, що виключають злочинність діяння, характерним є те, що діяння, вчинене особою, і формально, і фактично містить юридичну підставу кримінальної відповідальності – склад злочину, а кримінальна відповідальність виключається тому, що діяння не має однієї із двох ознак злочину – або воно не є суспільно небезпечним, або не є протиправним, або не є одночасно і суспільно небезпечним, і протиправним.

Обставини, що виключають провадження у кримінальній справі, і обставини, що виключають злочинність діяння, взаємно виключають одна іншу. Тому кримінальна справа не може бути порушена, а порушена кримінальна справа не може бути закрита одночасно з підстав, передбачених нормами матеріального права, і з підстав, передбачених п. 2 ст. 6 КПК. Може бути лише одна із цих підстав.

Однакові (тотожні) за зовнішнім вираженням (ознаками об'єктивної сторони) діяння особи, що формально співпадають (мають схожість, подібність) з об'єктивними ознаками діяння, передбаченого кримінальним законом як злочин, залежно від мотивів і мети їх вчинення з урахуванням конкретних часу, місця, способу, і, головне, обставинки та ситуації їх вчинення, а також використа-

них особою при їх вчиненні знарядь і засобів, можуть діставати і фактично дістають різну соціально-правову оцінку: визнаються суспільно корисними, протиправними (злочинними, суспільно небезпечними) чи нейтральними, соціально допустимими (виправданими, необхідними, вимушеними).

Кримінально-правова оцінка будь-яких дій особи, об'єктивний вираз (об'єктивні ознаки) яких формально характеризуються наявністю ознак певного складу злочину, тобто їх збігом за зовнішнім виразом із ознаками певного складу злочину, передбаченого конкретною статтею (частиною, пунктом статті) Особливої частини КК України, правозастосовним органом (органом дізнання, досудового слідства, прокурором і судом) завжди (обов'язково) має здійснюватись за принципом (правилом) «злочин – не злочин».

Зверну увагу на те, що у правозастосовній практиці набагато частіше непритягнення особи до кримінальної відповідальності обґрунтовується саме відповідністю її дій умовам обставин, що виключають злочинність діяння, саме не передбаченим кримінальним законом – виконанням (здійсненням) професійних і службових функцій відповідно до закону, у його межах, з дотриманням порядку (визначених законом правил) вчинення певних дій та можливості їх вчинення за певних умов – підстав їх вчинення.

Мова йде, зокрема, про прийняття рішень про відмову в порушенні кримінальних справ щодо працівників правоохоронних органів, якими застосовано засоби фізичного впливу, спеціальні засоби під час охорони громадського порядку, присіканні правопорушень чи для запобігання їх вчиненню тощо.

У таких випадках посилення здійснюється на п. 2 ст. 6 КПК – відсутність в діях особи складу злочину, або ж на п. 1 цієї статті – відсутність події злочину. Тобто має місце процесуальне оформлення визнання вчиненого діяння таким, що не містить підстави кримінальної відповідальності.

В семантичному (етимологічному, семасіологічному) значенні під подією розуміється те, що відбувалося або відбулося, сталося; явище, факт суспільного або особистого життя, сукупність пов'язаних між собою в якомусь відношенні явищ, фактів суспільного життя (звичайно важливих, значимих), які становлять ніби щось єдине ціле; під відсутністю – перебування кого-небудь поза даним місцем у певний час; неіснування кого-, чого-небудь; брак чого-небудь; під діянням – поведінка, чийсь дії стосовно до кого-, чого-не-

будь; вчинки, а під «діяти» – робити, здійснювати що-небудь, виявляти якусь діяльність; здійснювати що-небудь певним способом [9, 182; 9, 306; 9, 1009].

Подією злочину є факт вчинення особою суспільно небезпечного діяння, що містить ознаки злочину. Подія злочину відсутня, якщо: а) не було самого факту злочинного діяння (наприклад факту вбивства); або б) подія настала внаслідок дій самого потерпілого (наприклад самогубство, втрата майна); або в) подія стала результатом дії стихійних сил природи або обставин непереборної сили (наприклад нещасний випадок внаслідок повені, землетрусу та ін.).

Склад злочину може бути відсутнім у діянні певної особи за умови, що діяння дійсно мало місце, але воно: або вчинене не цією особою, а іншою; або не передбачене чи не кваліфікується кримінальним законом як злочинне, що пов'язано з відсутністю в події одного або кількох обов'язкових елементів конкретного складу злочину [10, 31].

У діянні може бути відсутньою ознака суспільної небезпеки внаслідок: а) вчинення особою малозначного, а отже, діяння, яке не становить суспільної небезпеки (ч. 2 ст. 11 КК); б) добровільної відмови особи від готування злочину або замаху на нього (ст. 17 КК); в) заздалегідь не обіцяного приховування злочину членами сім'ї або близькими родичами особи, яка вчинила злочин (ч. 2 ст. 396 КК); г) здійснення корисно суспільних дій, які хоча формально і містять ознаки складу злочину, але не є такими, зокрема за наявності обставин, що виключають злочинність діяння. Спеціальним випадком відсутності вини (вольової ознаки) у складі злочину є заподіяння шкоди під впливом фізичного або психічного примусу, внаслідок якого особа не могла керувати своїми діями (ст. 40 КК). Склад злочину також відсутній у зв'язку із заподіянням шкоди внаслідок казусу, декриміналізації (усунення злочинності) новим кримінальним законом діяння, яке було вчинено до набрання чинності даним законом. У співучасників склад злочину відсутній в разі ексцесу виконавця [10, 32-33].

М. М. Михеєнко вважає, що подія злочину відсутня, якщо не було самого факту, про який повідомили компетентним органам, або коли подія була наслідком дій самого потерпілого чи стихійних сил, а склад злочину в діянні особи відсутній, якщо встановлено, що діяння, з приводу якого може бути почате провадження, дійсно вчинене нею, але воно не визнається кримінальним законом як злочин. Це стосується, зокрема, малознач-

них і через те не небезпечних для суспільства діянь, заподіяння шкоди в стані необхідної оборони або крайньої необхідності, добровільної відмови особи від доведення злочину до кінця, коли фактично вчинене нею не містить складу злочину [11, 192].

Відмінність між відсутністю події злочину і відсутністю в діянні складу злочину полягає в тому, що за відсутності події відсутнє саме діяння як ознака об'єктивної сторони складу злочину, тобто за відсутності події злочину відсутній і склад злочину. Водночас відсутність у вчиненому діянні складу злочину не є одночасно і відсутністю події злочину.

Головною властивістю обставин, що виключають злочинність діяння, власне і є відсутність самої події злочину, а не відсутність складу злочину. Саме тому законодавець називає ці обставини такими, що виключають злочинність діяння, а не обставинами, що виключають наявність складу злочину у вчиненому діянні. Такі діяння не мають ознаки суспільної небезпечності в її кримінально-правовому розумінні, хоча такі діяння і можуть оцінюватись як суспільно небезпечні, але ступінь такої суспільної небезпечності не досягає рівня, необхідного для визнання їх злочином. В кримінально-правовому розумінні такі діяння є малозначними.

Є. Г. Коваленко зазначає, що відсутність події злочину є підставою для відмови в порушенні кримінальної справи в тих випадках, якщо взагалі не було події злочину, про яку вказувалося в приводах і підставах, що послужили основою для порушення кримінальної справи, тобто привід мав місце (наприклад, заява чи повідомлення, опубліковані в пресі), але підстави (ознаки злочину) не підтвердилися при перевірці. Є. Г. Коваленко також обґрунтовано звертає увагу на те, що при відмові в порушенні кримінальної справи необхідно чітко відмежувати відсутність події злочину від відсутності в діянні складу злочину. Слід погодитись із Є. Г. Коваленком, що якщо не встановлено подію злочину, то не виникає питання про ознаки злочину, та що відрізнити вказані обставини необхідно і в тих випадках, коли подія або факт мали місце, але вони не є результатом протиправних дій якої-небудь особи. Відмова в порушенні кримінальної справи на підставі відсутності у діянні складу злочину, яка є найбільш поширеною підставою, що тягне відмову в порушенні кримінальної справи, повинна мати місце в тих випадках, якщо відомі всі ознаки даного діяння і в ньому немає складу злочину [12, 145–246; 13, 37]. Є. Г. Коваленко вказує, що цю підставу

застосовують тоді, коли встановлено, що подія мала місце, була результатом вчиненого особою діяння (дії або бездіяльності), але сама по собі не є злочином, оскільки: а) відсутній хоча б один з елементів складу злочину (об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт, суб'єктивна сторона); б) наявні обставини, що виключають суспільну небезпеку діяння, до яких належать необхідна оборона та крайня необхідність (ст.ст. 36 і 39 КК) [12, 246].

З останнім твердженням Є. Г. Коваленка можна погодитись лише частково, оскільки, по-перше, у КК передбачені і інші обставини, що виключають суспільну небезпеку діяння, і, по-друге, теорія називає, а практика визнає наявність і інших обставин, які за своєю юридичною природою є такими, що виключають суспільну небезпечність та/або протиправність діяння.

Визнання діяння, вчиненням якого одержані докази, таким, що вчинене за наявності обставин, що виключають злочинність діяння, або ж вчиненим за наявності обставин, що виключають провадження у кримінальній справі, дає підстави для постановки питання про визнання доказів, одержаних вчиненням такого діяння, такими, що одержані законним шляхом.

Формулювання «одержаних незаконним шляхом» означає, що дії, якими здобуті докази, є правопорушенням – вчиненими всупереч закону.

У разі винесення постанови про відмову в порушенні кримінальної справи чи постанови про закриття кримінальної справи за відсутності події злочину, кримінальна справа не може бути порушена за іншою статтею КК за тими ж фактичними обставинами, які були підставою для порушення кримінальної справи, закритої провадженням, оскільки матиме місце порушення кримінальної справи щодо особи, про яку є нескасована постанова про закриття справи по тому ж обвинуваченню (п. 11 ст. 6 КПК).

Відповідно до положень ч. 1 ст. 132 КПК, у постанові про притягнення як обвинуваченого, зазначаються: 1) фактичні, встановлені слідчим, обставини вчинення злочину; 2) кримінально-правова оцінка слідчим фактичних обставин справи, яка об'єктивізується (виражається) ним у формулі кваліфікації – вказівці на статтю (її частину, пункт) Особливої частини КК України, у якій сформульований юридичний склад злочину, з ознаками якого співпадають ознаки діяння, вчинення якого ставиться в вину (інкримінується) обвинуваченому, тобто у висновку, що вчинене особою діяння містить склад злочину, передбачений зазначеною статтею (її частиною, пунктом) Особливої частини КК України.

Фактичні обставини справи характеризують подію злочину і становлять фактичну підставу обвинувачення, а формула кваліфікації відображає кримінально-правову оцінку обвинувачення – події злочину – з позиції кримінального закону. Отже, обвинуваченням є виклад фактичних обставин діяння.

Кваліфікація злочину може бути правильною і неправильною. При неправильній кваліфікації діяння отримує кримінально-правову оцінку, яка не відповідає фактичним обставинам справи і кримінальному закону, тобто при неправильній кваліфікації або не застосовуються кримінально-правові норми, які належить інкримінувати, або ж, навпаки, вони застосовуються безпідставно. Неправильна кримінально-правова кваліфікація є різновидом неправильного застосування кримінального закону, яке полягає, згідно зі ст. 371 КПК України, у: 1) незастосуванні кримінального закону, який підлягає застосуванню; 2) застосуванні кримінального закону, який не підлягає застосуванню; 3) неправильному тлумаченні закону, яке суперечить його точному змісту.

Неправильне застосування кримінального закону полягає у вирішенні питань матеріального кримінального права на підставі не тих кримінально-правових норм, які регламентують певні правові ситуації [14, 616].

Статтю 231 КПК, яка має назву «Зміна прокурором обвинувачення», встановлено, що у разі необхідності змінити обвинувачення на більш тяжке або таке, що істотно змінює пред'явлене обвинувачення за фактичними обставинами, прокурор або його заступник повертає справу слідчому для додаткового розслідування і пред'явлення нового обвинувачення.

Логіко-граматичне тлумачення наведеного тексту ч. 1 ст. 231 КПК у системному взаємозв'язку з іншими положеннями КПК, дає підстави для висновку, що під обвинуваченням розуміються фактичні обставини вчиненого діяння, які утворюють зміст події злочину. Згідно зі ст. 324 КПК, постановляючи вирок, суд повинен вирішити, зокрема, питання чи мало місце діяння, у вчиненні якого обвинувачується підсудний (п. 1 ч. 1 ст. 324), чи має це діяння склад злочину і якою саме статтею кримінального закону він передбачений (п. 2 ч. 1 ст. 324) та чи винен підсудний у вчиненні цього злочину (п. 3 ч. 1 ст. 324 КПК).

Таким чином, якщо під час досудового слідства з'ясовується (встановлюється), що вчиненому діянню, яке ставиться у вину особі, дана неправильна кримінально-правова оцінка (кваліфікація), або встановлюються нові обставини, які

істотно відрізняються від зазначених у постанові про притягнення як обвинуваченого, то пред'явлене обвинувачення повинно бути змінене. Зміна обвинувачення може або тягти за собою і зміну кваліфікації діяння, або ж не тягти, якщо вона стосується лише фактичної фабули обвинувачення. У першому випадку слідчим має бути винесена нова постанова про притягнення як обвинуваченого на заміну раніше пред'явленого обвинувачення. При цьому раніше винесена постанова залишаючись в матеріалах справи, втрачає свою силу [12, 364–367].

На практиці ж нерідко має місце закриття кримінальної справи на підставі п. 1 ст. 6 КПК – за відсутності події злочину – і одночасне порушення кримінальної справи за тими ж фактичними обставинами за іншою статтею КК, якою передбачається, як правило, склад більш тяжкого злочину. Таке процесуальне вирішення питання зміни кваліфікації злочину суперечить наведеним вище положенням КПК.

Тому, наприклад, є, принаймні, вельми сумнівним винесення органом досудового слідства 30 вересня 2010 р. постанови про притягнення А. В. Макаренка як обвинуваченого у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 364 КК, оскільки ця постанова винесена відразу після винесення цим же органом постанови про закриття кримінальної справи за відсутності події злочину, порушеної щодо А. В. Макаренка, в частині обвинувачення його у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 367 КК.

На мій погляд, до кримінально-правової оцінки дій М. Мельниченка зі здійснення аудіозапису розмов необхідно підходити саме з позиції існування, окрім безпосередньо передбачених КК, також і інших обставин, що виключають злочинність діяння, за наявності яких незлочинність діяння обумовлюється незабороненістю його вчинення чи можливістю його вчинення відповідно до закону.

У чинному КК України міститься чотири склади злочинів, об'єктивна сторона яких виражається у збиранні певних відомостей:

- шпигунством як формою державної зради (ст. 111 КК України) чи злочинном, передбаченим ст. 114 КК України, визнається передача або збирання з метою передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомостей, що становлять державну таємницю. Здійснення збирання відомостей, що становлять державну таємницю, без мети їх передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам, складів злочинів, перед-

бачених ст.ст. 111, 114 КК України, не утворює;

- збирання науково-технічних або інших відомостей, що становлять конфіденційну інформацію, яка є власністю держави, особою, якій ці відомості були довірені або стали відомі у зв'язку з виконанням службових обов'язків, є злочином за умови вчинення таких дій лише з метою їх передачі іноземним підприємствам, установам, організаціям або їх представникам;
- мета розголошення або іншого використання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю суб'єкта господарської діяльності, є обов'язковою ознакою складу злочину, передбаченого ст. 231 КК – умисних дій, спрямованих на отримання таких відомостей. При цьому злочином такі дії визнаються за умови, що ними спричинена істотна шкода суб'єкту господарської діяльності;
- у ст. 182 КК України міститься (сформульована) і загальна норма, об'єктом кримінально-правової охорони якої є права особи у сфері інформаційних відносин, а саме право на охорону конфіденційної інформації про неї від незаконного збирання, зберігання, використання або поширення такої інформації без її згоди. Обов'язковими умовами кримінальної відповідальності за зазначені дії є: 1) незаконність зазначених дій, тобто заборона їх вчинення; 2) усвідомлення особою того, що певна інформація про особу, яку вона збирає, зберігає, використовує або поширює, є конфіденційною і вона не має права здійснювати зазначені дії щодо такої інформації; 3) відсутність згоди особи, конфіденційна інформація про яку збирається, зберігається, використовується або поширюється, на вчинення зазначених дій.

Статтею 47-1 Закону «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 р. № 2657-ХІІ, якою цей Закон був доповнений Законом від 3 березня 2003 р. № 676-ІV, передбачається, що особа звільняється від відповідальності за розголошення інформації з обмеженим доступом, якщо суд встановить, що така інформація є суспільно значимою. Таким чином, звільнення від відповідальності за розголошення такої інформації може здійснюватись лише судом. Проте слід враховувати, що норма, передбачена ч. 3 ст. 47-1 Закону «Про інформацію», не має зворотної дії в часі, тобто поширюється на праввідносини, що виникали після набрання цією нормою чинності, а сам Закон «Про інформацію» викладений у новій редакції Законом від

13 січня 2011 р. № 2938- VI.

Статтею 11 Закону «Про доступ до публічної інформації» від 13 січня 2011 р. № 2939-VI, який набрав чинності у травні 2011 р. (через 3 місяці після його опублікування) встановлено, що посадові та службові особи не підлягають юридичній відповідальності, незважаючи на порушення своїх обов'язків, за розголошення інформації про правопорушення або відомостей, що стосуються серйозної загрози здоров'ю чи безпеці громадян, довкіллю, якщо особа при цьому керувалася добрими намірами та мала обгрунтоване переконання, що інформація є достовірною, а також містить докази правопорушення або стосується істотної загрози здоров'ю чи безпеці громадян, довкіллю. Цей Закон набрав чинності, але норма, сформульована у ст. 11 Закону, не має зворотної дії в часі.

Чинним законодавством фактично не визначається порядок збирання, зберігання та використання конфіденційної інформації про особу, а також порядок збирання інших видів конфіденційної інформації, що становить державну таємницю. Збирання інформації без мети, зазначеної у ст.ст. 114, 231 та 328 КК, та за відсутності незаконного збирання конфіденційної інформації про особу без її згоди (ст. 182 КК), чинним законодавством не визнається правопорушенням, в тому числі і злочином.

Формулювання «обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом» обумовлює наявність закону, яким мають передбачатися шляхи одержання доказів та умови правомірності одержання доказів. Такого комплексного закону немає, окремі норми щодо правомірності шляхів одержання доказів містяться у Законі «Про оперативно-розшукову діяльність» та КПК, але такими нормами визначається порядок одержання (добування) доказів органами, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, дізнання та досудового слідства. Вирішення ж питання про законність одержання доказів іншими особами, їх достовірності та допустимості фактично здійснюється судом за його внутрішнім переконанням.

Для вирішення питання про те, чи можуть бути використані «плівки Мельниченка» як джерело доказів, а зафіксована на них інформація (відомості) як допустимі/недопустимі докази, вирішальне значення має, очевидно, саме кримінально-правова оцінка здійснення М. Мельниченком аудіозаписів зазначених розмов, з урахуванням мотивів і мети їх здійснення. Така оцінка повинна даватись і з урахуванням

наявності у кримінальному праві інституту обставин, що виключають злочинність (суспільну небезпечність та/або протиправність) діяння, як тих, що безпосередньо передбачені КК, так і тих, правомірність яких визначається іншими, не кримінально-правовими законами.

Необхідно також чітко розрізняти термінопоняття «ознаки злочину» і «ознаки складу злочину». Ознаки злочину визначені законодавцем у ст. 11 КК і ці ознаки є обов'язковими для будь-якого злочину. Ознаки конкретних складів злочинів визначаються у статтях Особливої частини КК, а спільні ознаки всіх складів злочинів – у ст.ст. 18, 22 та 23 Загальної частини КК. Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони будь-якого складу злочину є також діяння – дія або бездіяльність.

Діяння може формально містити склад злочину, але воно може не мати основної, визначальної матеріальної ознаки злочину – суспільної небез-

печності в розумінні положень ч. 2 ст. 11 КК.

Фахівці в галузі кримінально-процесуального права здебільшого розглядають як тотожні термінопоняття «злочин» і «склад злочину» та «ознаки злочину» і «ознаки складу злочину». Досить часто це має місце і у висловлюваннях фахівців в галузі кримінального права.

На мій погляд, назву обставини, що виключає провадження в кримінальній справі, передбачену у п. 2 ст. 6 КПК, доцільно замінити на «за відсутністю в діянні ознак злочину» або ж доповнити ст. 6 КПК ще однією обставиною, що виключає провадження в кримінальній справі, – щодо особи, яка вчинила діяння за обставин, що виключають злочинність діяння, або ж доповнити КПК статтею, яка б передбачала процесуальний порядок не притягнення до кримінальної відповідальності особи, яка вчинила діяння за наявності обставин, що виключають його злочинність.

ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА

1. Кім Ю. Тіні майора Мельниченка. Ініціатор «касового скандалу» може сісти на 12 років // Закон і бізнес. – 2011. – № 18. – С. 3.
2. Новітня історія пишеться ... у Генпрокуратурі // День. – 2011. – № 67-68. – С. 5.
3. Сивкович В.: «Черновецкий съдет, если посадят Супруненко» // Сегодня. – 2011. – 6 квітня.
4. Следствие покажет. Интервью с Ренатом Кузьминым // Фокус. – 2011. – 8 апреля. – С. 12.
5. Кримінальний кодекс України : наук.-практ. комент. / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, С. Б. Гавриш та ін.; за заг. ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 4-те вид., доповн. – Х. : Одіссей, 2008. – С. 140-144.
6. Баулін Ю. В. Обставини, що виключають злочинність діяння // Кримінальне право України. Загальна частина : підручник / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін.; за ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і доповн. – Х. : Право, 2010.
7. Андрушко П. П. Обставини, що виключають суспільну небезпечність чи протиправність діяння // Кримінальне право України. Загальна частина : під-
- ручник / Г. В. Андрусів, П. П. Андрушко, В. О. Беньківський та ін.; за ред. П. С. Матишевського, П. П. Андрушка, С. Д. Шапченка. – К. : Юрінком Інтер, 1997.
8. Баулін Ю. В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния. – Харьков, 1991.
9. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і доповн.) / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К.; Ірпінь : Перун, 2005.
10. Кримінально-процесуальний кодекс України : наук.-практ. комент. – 3-тє вид. доповн. та переробл. / за заг. ред. Ю. П. Амніна. – Х.: Одіссей, 2011.
11. Михеєнко М. М., Нор В. Т., Шибіко В. П. Кримінальний процес України : підручник. – 2-ге вид., переробл. і доповн. – К.: Либідь, 1999.
12. Коваленко Є. Г. Кримінальний процес України : навч. посібн. – К. : Юрінком Інтер, 2003.
13. Дубинський А. Я. Провадження попереднього розслідування органами внутрішніх справ. – К., 1987.
14. Навроцький В. О. Основи кримінально-правової кваліфікації : навч. посібн. – К. : Юрінком Інтер, 2006.

Андрушко П. П. Уголовно-процессуальное значение крайней необходимости и других обстоятельств, исключающих преступность деяния

Автор исследует юридическую природу обстоятельств, исключающих преступность деяния, их отличия от обстоятельств, исключающих производство по уголовному делу, и практику некорректного применения в уголовном процессе.

Ключевые слова: уголовный процесс, крайняя необходимость, обстоятельства, преступность деяния, производство по уголовному делу

Andrushko Petro. Criminal procedural significance of emergency and other circumstances excluding criminality of act

The author investigates the legal nature of the circumstances that exclude criminality of act, their differences from circumstances that exclude proceeding in criminal case, and practice of incorrect application in criminal trial.

Key words: criminal procedure, emergency, circumstance, criminality of act, proceeding in criminal case