

# ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ, КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОЇ ТА КРИМІНОЛОГІЧНОЇ (ПРОФІЛАКТИЧНОЇ) ПОЛІТИКИ

Бондаренко В.Я.

## ПРО СУБ'ЄКТ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНИЙ СТАТТЕЮ 359 КК УКРАЇНИ

**Постановка проблеми.** Суб'єкт злочину є одним із тих небагатьох елементів складу злочину зміст якого розкривається безпосередньо у КК України. Як відомо, згідно положень ст. 18 КК суб'єктом злочину є фізична, осудна особа, яка вчинила злочин у віці, з якого відповідно до цього Кодексу може наставати кримінальна відповідальність. З огляду на це може скластися, на жаль, хибне, враження, що як теоретичних так і практичних проблем щодо змісту цього поняття немає.

Однак, як видається, кожна з ознак суб'єкта злочину тим чи іншим чином проблемна, а отже потребує ґрунтовних наукових досліджень.

Однією з таких проблем, яка суперечить одній з ознак суб'єкта злочину є можливість застосування заходів кримінально-правового впливу щодо юридичних осіб, у тому числі й за вчинення злочину, передбаченого ст. 359 КК України. З цього приводу слід зазначити наступне: по-перше, усталеною є позиція доктрини кримінального права щодо визнання лише фізичної особи суб'єктом злочину; по-друге, теоретики в царині кримінального права можливість застосування положень КК до юридичних осіб відкидають, спираючись на абстрактність юридичної особи, на невідповідність такої відповідальності принципам кримінального права, на достатність, у випадках вчинення протиправних дій цими суб'єктами, заходів інших галузей права тощо; по-третє, розвиток науки кримінального права останніх років, євроінтеграційний напрямок розвитку нашої держави, зумовлює потребу у перегляді окремих положень, в тому числі й можливості засто-

сування заходів кримінально-правового впливу до юридичних осіб; по-четверте, внесені у 2014 році зміни до КК України щодо заходів кримінально-правового впливу щодо юридичних осіб з однієї сторони певним чином сприяли імплементації вимог ЄС в українське законодавство, з іншої викликали значну кількість як теоретичних так і практичних проблем; по-п'яте, не зважаючи на в цілому позитивні зміни положень кримінального законодавства в частині застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб, окремі положення розділу XIV-1 КК України залишаються досить дискусійними і, відповідно, потребують нагального вирішення.

**Стан дослідження.** Дослідженню суб'єкта складу злочину, передбаченого ст. 359 КК України присвятили свої праці: П.С. Берзін, В.О. Гацелюк, Б.Є. Драп'ятий, О.О. Дудоров, М.І. Мельник, Письменський, М.І. Хавронюк та ін. Однак, як свідчить правозастосовна практика, проблеми щодо визначення ознак суб'єкта складу злочину залишаються актуальними дотепер.

Особливої уваги при цьому набула проблема кримінальної відповідальності юридичних осіб стала предметом досліджень, багатьох науковців, варто наголосити, що всі вони стосуються саме кримінальної відповідальності юридичних осіб, однак не заходів кримінально-правового характеру.

Дослідженню ж заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб у науковій літературі приділено, нажаль, недостатньо уваги. Лише в окремих публікаціях розглянуто проблеми зумовлені доповненням КК розділом XIV-1 [11, С.96-100; 9, С.182-192; 10, С.253-263].

**Метою** цієї статті є аналіз окремих проблемних аспектів субєкта складу незаконного придбання, збуту або використання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації за КК України та визначення можливих шляхів їх вирішення.

**Виклад основних положень.** Однією з найпоширеніших ознак суб'єкта складу злочину є ознака фізичної особи, проте все частіше у науці кримінального права зустрічаються положення що вказують на необхідність вархуванні і іншої позиції.

Очевидно, що у межах цього дослідження вирішити проблеми щодо запровадження заходів кримінально-правового харак-

теру щодо юридичних осіб не вдається. Відповідно, доречним видається не скільки визначити доцільність чи недоцільність запровадження можливості застосування заходів кримінально-правового впливу щодо юридичних осіб, скільки можливість застосування цих заходів у випадку вчинення суспільно небезпечного діяння, передбаченого ст. 359 КК України.

Враховуючи положення ст. 96-3 КК України така можливість однозначно виключається, оскільки у цій статті зазначається вичерпний перелік суспільно небезпечних діянь за вчинення яких юридична особа підлягатиме заходам кримінально-правового характеру. Однак, така позиція законодавця видається дискусійною щонайменш з таких причин: по-перше, у згаданій статті підставою застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб є вчинення її уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи будь-якого із злочинів, передбачених відповідними статтями Особливої частини КК, або ж незабезпечення виконання покладених на її уповноважену особу законом або установчими документами юридичної особи обов'язків щодо вжиття заходів із запобігання корупцією. Тобто, в цілому для застосування цих заходів необхідно вчинення уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи конкретного злочину; по-друге, враховуючи зазначене вище не зрозуміло чим законодавець керувався визначаючи перелік злочинів за які юридична особа повинна підлягати заходам кримінально-правового характеру; по-третє, враховуючи зміст та специфіку діяльності окремих юридичних осіб видається можливим застосування таких заходів й за умови вчинення уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи інших злочинів, в тому числі й злочину, передбаченого ст. 359 КК України. Так, до прикладу, якщо журналіст певного телеканалу в інтересах останнього збирає ексклюзивний матеріал із застосуванням СТЗНОІ, то відповідно й юридична особа повинна підлягати заходам кримінально-правового характеру.

З огляду на зазначене вважаємо за можливе застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб у випадку вчинення уповноваженими особами від імені та в інтер-

есах юридичної особи суспільно-небезпечного діяння із прихованим застосуванням технічних засобів отримання інформації.

Згаданими вище обставинами проблеми визначення поняття та ознак суб'єкта злочину не вичерпуються. Як зазначають з цього приводу П.С. Берзін та В.О. Гацелюк, з огляду на сучасний стан української кримінально-правової науки основні проблеми, які стосуються суб'єкта злочину, можна звести до такого: можливість чи неможливість визнання суб'єктом злочину юридичних осіб, а також доцільність визнавати суб'єктом злочину фізичну особу в разі, коли такий злочин вчиняється від імені юридичної особи, на підставі спеціального розпорядження колегіального органу такої юридичної особи тощо; можливість зміни (у бік зниження чи, навпаки, підвищення) віку, з якого настає кримінальна відповідальність; зміна змісту осудності та неосудності особи залежно від вікових, професійних чинників; подальша конкретизація на законодавчому рівні поняття обмеженої осудності особи; визнання спеціальним суб'єктом злочину окремих категорій осіб та ін [2, С.145].

Наступною ознакою, яку законодавець виділяє для визначення суб'єкта злочину є осудність, тобто здатність особи на момент вчинення злочину усвідомлювати свої дії (бездіяльність) і керувати ними. Як відомо чинний КК з цього приводу виділяє три поняття: осудність, обмежену осудність та неосудність. Остання, у свою чергу, є антиподом поняття осудність і визначає випадки за яких особа під час вчинення суспільно небезпечного діяння не могла усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними внаслідок хронічного психічного захворювання, тимчасового розладу психічної діяльності, недоумства або іншого хворобливого стану психіки. І, відповідно, обмежена осудність, яка характеризується здатністю особи на момент вчинення злочину не повною мірою усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та (або) керувати ними через наявний у неї психічний розлад.

Поняття осудності, як фактично і будь-яке кримінально-правове поняття, не позбавлене окремих недоліків, зокрема у частині визначення його критеріїв.

Відповідно у межах цього дослідження для визначення того, чи є особа, яка вчинила діяння, передбачене ст. 359 КК України

суб'єктом злочину необхідно з'ясувати чи усвідомлювала вона на момент вчинення злочину свої дії (бездіяльність) і чи могла ними керувати.

І, останньою обов'язковою ознакою суб'єкта злочину є вік. Це поняття не знайшло свого відображення безпосередньо у КК, що й не дивно, оскільки навряд його можна віднести до кримінально-правових понять. Однак, з'ясування його змісту має значення як для теорії так і для практики.

Слід наголосити на тому, що поняття «вік особи, яка вчинила злочин» має значення фактично у частині досягнення особою на момент вчинення суспільно небезпечного діяння визначеного кримінальним законом мінімально-допустимого віку, який законодавцем у ст. 22 та в окремих нормах Особливої частини КК України диференційований.

Досліджуючи вікову ознаку суб'єкта злочину, до прикладу, В.К. Грищук зазначає наступне: 1) за загальним правилом, кримінальній відповідальності підлягають особи, яким до вчинення злочину виповнилося 16 років (ч. 1 ст. 22 КК України); 2) в ряді випадків, за вчинення злочинів, вичерпний перелік яких визначений в ч. 2 ст. 22 КК України, кримінальній відповідальності підлягають особи, яким до вчинення злочину виповнилося 14 років; 3) суб'єктами ряду складів злочинів фактично можуть бути особи, яким до вчинення злочину виповнилося 18 років (наприклад, як правило, злочини проти встановленого порядку несення військової служби, злочини у сфері службової діяльності) або 25 років (наприклад, ст. 375 КК України); 4) чинний КК України не обмежує кримінальну відповідальність особи, яка вчинила злочин, досягненням нею якогось максимального віку; 5) особа вважається такою, що досягла відповідного віку не в день її народження, а після 24 години дня її народження, тобто фактично з початку наступної доби, що розпочинається за днем її народження; 6) вік особи визначається на підставі її документів. Якщо таких документів немає і неможливо їх одержати, то для встановлення віку підозрюваного або обвинуваченого обов'язково призначається експертиза. В такому випадку днем народження особи вважається останній день встановленого експертизою року народження,

тобто 31 грудня. Коли експертиза встановить мінімальний і максимальний вік особи, то слід виходити з її мінімального віку, визначеного експертизою [5, С.259].

Вік, як видається, категорія, яка визначена в кримінальному законодавстві належним чином, однак певна дискусія у цьому аспекті виникає з приводу обґрунтованості визначення мінімального віку кримінальної відповідальності.

В Україні, як відзначалось, загальний вік кримінальної відповідальності – 16, а в окремих випадках (ч. 2 ст. 22) – 14 років. Зазначимо, що диференціація законодавцем віку кримінальної відповідальності видається не зовсім зрозумілою. Якщо вважати, що визначення віку кримінальної відповідальності законодавець пов'язує із здатністю особою, яка досягнула певного віку усвідомлювати свої дії (бездіяльність), то не зрозуміло тоді чому при вчиненні одного суспільно небезпечного діяння особа у 14-річну віці усвідомлює вчинене, а при вчиненні іншого ні.

В науковій літературі з цього приводу зазначається, що при визначенні законодавцем мінімального віку кримінальної відповідальності враховуються такі критерії, як ступінь фізичного і психічного розвитку, соціально-психологічні особливості (інтелектуальні, вольові, емоційні) людини, рівень її соціалізації як особи, що визначають здатність даного суб'єкта під час вчинення діяння усвідомлювати його фактичний характер і суспільну небезпечність, а також кримінологічні показники (поширеність діянь даного виду серед осіб певного віку, їх тяжкість тощо), принципи кримінальної політики (доцільність установа кримінально-правової заборони) [1; 7, С.41].

З огляду на це зазначимо, що зниження мінімального віку кримінальної відповідальності в будь-якому випадку потребує глибинних досліджень у сфері психології, педагогіки тощо, які б дали змогу науково обґрунтувати здатність особи з досягненням певного віку усвідомлювати вчинене.

Як видається, не виключений варіант взагалі відмовитись від такої ознаки суб'єкта злочину як вік і розширити поняття осудність. Тобто, у випадку якщо особа у зв'язку з малолітством на момент вчинення злочину не усвідомлює характеру своїх дій вона

визнаватиметься неосудною та відповідно не підлягатиме кримінальній відповідальності, а за наявності підстав до неї застосовуватимуться примусові заходи виховного характеру.

Звісно, що така позиція потребує глибокого осмислення та теоретичного опрацювання, однак як гіпотеза має право на існування.

Як відомо у КК вирізняються два види суб'єкта злочину – загальний та спеціальний, останній у свою чергу характеризується усіма тими ж ознаками, що й загальний та ще однією або кількома додатковими. У ч. 2 ст. 18 КК України особливість спеціального суб'єкта злочину розкривається за допомогою вказівки на те, що така особа вчинила злочин, суб'єктом якого може бути лише певна особа.

Щодо визначення виду суб'єкта у ст. 359 КК України зазначимо наступне. Дискусії серед науковців з цього приводу немає. Усі без виключення науковці підтримують позицію, що суб'єкт цього злочину загальний – фізична осудна особа, яка досягла 16 років [8, С.1030; 6, С.356].

Однак, окремі науковці наголошують, що у разі вчинення цього злочину службовою особою, дії винного слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами ст. 359 та ст. 364 (365) КК України [6, С.354].

Як видається, не у будь-якому випадку у разі вчинення злочину, передбаченого ст. 358 службовою особою дії необхідно кваліфікувати за сукупністю з ст. 364 КК. За сукупністю цих статей слід кваліфікувати діяння у випадку, якщо службова особа здійснює незаконне поведіння з СТЗНОІ використовуючи при цьому надану їй владу чи службове становище всупереч інтересам служби з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи та за умови спричинення істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб. Відповідно незаконне придбання, збут та використання СТЗНОІ повинно бути пов'язано з службовою діяльністю таких осіб (наприклад, збуває

ті СТЗНОІ, які знаходяться на балансі певного правоохоронного органу).

Таку ж позицію займає судова практика. З проаналізованих вироків лише у двох суб'єктом злочину, передбаченого ст. 359 КК виступала службова особа, однак й у них факт вчинення цього діяння службовою особою не був врахований, оскільки не пов'язаний безпосередньо з службовою діяльністю підсудних.

Так, згідно вироку Вінницького районного суду Вінницької області від 5 листопада 2012 року ОСОБА\_2, працюючи відповідно до наказу начальника УМВС України у Вінницькій області № 68 дск о/с від 04.09.2010 року на посаді старшого оперуповноваженого в ОВС УОТЗ УМВС України у Вінницькій області, умисно з корисливих мотивів, попередньо незаконно придбавши у невстановленому досудовим слідством місці, час та спосіб наручний годинник із вбудованою мініатюрною відеокамерою та диктофоном, який відноситься до спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації, 03.03.2011 року о 18.50 год. в м. Вінниці на трамвайній зупинці «Електромережа» незаконно збув співробітнику УСБУ у Вінницькій області із зміненими анкетними даними ОСОБА\_3 вказаний наручний годинник із вбудованою мініатюрною відеокамерою та диктофоном, який відповідно висновку експерта від 27.10.2011 року № 405/3 відноситься до спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації, виготовлений промисловим (заводським) способом та знаходиться в робочому стані, за що одержав від ОСОБА\_3 грошові кошти в сумі 186 грн. [3].

Відповідно до зазначеного суд визнав особу винною у вчиненні злочинів, передбачених ч. 1 ст. 359 та ч. 1 ст. 190 КК України.

Така ж ситуація прослідковується й у другому вирокі. Так, згідно вироку Шевченківського районного суду м. Києва від 8 серпня 2013 року ОСОБА\_2, яка відповідно до наказу Шевченківського РУ ГУ МВС України в м. Києві № 192 о/с від 28.09.2009 р., призначена помічником оперативного чергового з оброблення інформації на ЕОМ чергової частини 03.07.2012 р., у м. Києві, біля Шевченківського РУ ГУ МВС України в м. Києві, що розташоване за адресою: м. Київ, вул. Герцена, 9, приблизно о 14 год.



00 хв. здійснив збут спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації, а саме діловий щоденник із вбудованим GSM-мікрофоном, «покупцям», особам, які відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» брали участь у проведенні оперативно-розшукового заходу – «оперативна закупівля» та виступали під вигаданими прізвиськами ОСОБА\_4 та ОСОБА\_5, за грошову винагороду у сумі 200 доларів США. Згідно вироку суду особа визнана винною лише у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 359 КК України [4].

Висновок. Отже, згідно положень чинної ст. 359 суб'єктом цього злочину є фізична осудна особа, якій на момент вчинення злочину виповнилось 16 років. Однак, з урахуванням підтриманої нами у інших публікаціях позиції щодо доцільності виключення цієї статті з КК, вбачається, що при застосуванні СТЗНОІ визначення суб'єкта залежатиме від того, на які саме суспільні відносини в даному конкретному випадку посягає винна особа, тобто який конкретно злочин вона вчиняє. З огляду на визначений нами перелік суспільно небезпечних діянь, які можуть вчинятись із застосуванням СТЗНОІ у злочинах передбачених ст.ст. 159, 163, 176, 177, 182, 231, 232-1, 361, 361-2, ч. 2 ст. 362, 376-1 КК України – суб'єкт загальний, а у злочинах передбачених ст.ст. 111, 114, 330 – спеціальний. Відповідальність у всіх перерахованих статтях наступатиме з 16 років.

1. Анашкин Г.З. Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования / Г.З. Анашкин, С.В. Бородин, И.М. Гальперин, Н.И. Загородников, и др.; Отв. ред.: С.Г. Келина, В.Н. Кудрявцев. – М.: Наука, 1987. – 276 с. (с. 68);
2. Берзін П.С. Суб'єкт злочину / П.С. Берзін, В.О. Гацелюк // Вісник асоціації кримінального права України, 2013. – № 1. – с. 144-159 (с. 145)
3. Вирок Вінницького районного суду Вінницької області від 5 листопада 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/27276926>
4. Вирок Шевченківського районного суду м. Києва від 8 серпня 2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32880597>
5. Гришук В.К. Кримінальне право України. Загальна частина: Навч. посіб. Для студентів юрид. фак. вищ. навч. закл. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2006. – 568 с. (с. 259)

6. *Кримінальне право (Особлива частина): підручник / за ред. О.О. Дудорова, С.О. Письменського. – Т. 2. – Луганськ: вид-во «Елтон-2», 2012. – 780 с. (с. 356);*
7. *Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: За станом законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України на 1 грудня 2001 р. / За ред. С.С. Яценка. – К.: А.С.К., 2002. – 936 с. (с. 41)*
8. *Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., перероб. та допов. – К.: Юридична думка, 2012. – 1316 с. (с. 1030);*
9. *Нерсисян А. С. Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичної особи: аналіз нового законопроекту / А. С. Нерсисян // Вісник Вищої ради юстиції. – № 2 (14), 2013. – С. 181-192;*
10. *Пасєка О.Ф. Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб: окремі проблемні питання / О.Ф. Пасєка // Науковий вісник Львівського державного ун-ту внутрішніх справ. –Юридична серія. – Вип. 4, 2014. – с. 253-263*
11. *Шинкар'єв Ю. В. Правовий аналіз окремих новел законодавства про кримінальну відповідальність / Ю. В. Шинкар'єв // Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного ун-ту імені Г. С. Сковороди. – Серія «Право». – Вип. 21, 2014. – С. 96-100*

**Бондаренко В.Я. Про суб'єкт складу злочину, передбачений статтею 359 КК України**

У статті досліджено поняття суб'єкта складу злочину, передбаченого ст. 359 КК України, що дало змогу виявити окремі проблемні аспекти цього поняття, зокрема, це стосується віку особи, осудності, та запропонувати можливі шляхи їх вирішення. Піднято питання про застосування заходів кримінально-правового впливу щодо юридичних осіб у випадку вчинення незаконного придбання, збуту або використання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації.

Пропонується перелік складів злочину, де вчинення незаконного придбання, збуту або використання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації, як кваліфікований вид іншого складу злочину, може вчинитись загальним суб'єктом злочину, та складів злочинів, де можливий спеціальний суб'єкт складу злочину.

**Ключові слова:** кримінальна відповідальність, заходи кримінально-правового впливу щодо юридичних осіб, суб'єкт складу злочину, спеціальні технічні засоби негласного отримання інформації

**Бондаренко В.Я. Субъект состава преступления предусмотренный статьей 359 УК Украины**

В статье исследованы понятия субъекта состава преступления, предусмотренного ст. 359 УК Украины, что дало возможность выявить отдельные

проблемные аспекты этого понятия, в частности, это касается возраста лица, вменяемости, и предложить возможные пути их решения. Поднят вопрос о применении мер уголовно-правового воздействия в отношении юридических лиц в случае совершения незаконного приобретения, сбыта или использования специальных технических средств негласного получения информации.

Предлагается перечень составов преступления, где совершение незаконно приобретения, сбыта или использования специальных технических средств негласного получения информации, как квалифицированный вид иного состава преступления, может совершаться общим субъектом преступления, и составов преступлений, где возможен специальный субъект состава преступления.

**Ключевые слова:** уголовная ответственность, меры уголовно-правового воздействия в отношении юридических лиц, субъект состава преступления, специальные технические средства негласного получения информации.

**Bondarenko V.Y. The subject of corpus delicti has been examined under the Article 359 of the Criminal Code of Ukraine**

The article deals with the analyses of the problems of defining the subject of a body of a crime (corpus delicti), of illegal purchase, sale or use of special technical means of secret getting of information under the criminal law of Ukraine. The concept of the subject of corpus delicti has been examined under the Article 359 of the Criminal Code of Ukraine, that helped to identify some problematic aspects of this concept, in particular, it concerns the age of the person, sanity, and offer possible ways of their solutions. The issue of criminal legal sanctions application to legal persons in case of illegal buying, sale, or use of special technical means of secret getting of information is raised. It is grounded that in case of illegal buying, sale, or use of special technical means of secret getting of information by special category of persons, the measures of criminal and legal influence can be applied to a legal person (entity).

An additional argument in favor to give up independent body of a crime (corpus delicti) under the Article 359 of the Criminal Code of Ukraine is suggested. Instead, the list of bodies of a crime is suggested, where the crime of illegal purchase, sale or use of special technical means of secret getting of information as other qualified type of a crime can be held by a general subject of crime, and bodies of crimes where a special subject of a body of a crime is possible.

**Key words:** criminal liability, measures of criminal and legal impact on entities, subject of a body of a crime, special technical means of secret getting of information.