

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ЗМІСТУ ПОНЯТТЯ «ПУБЛІЧНОСТІ» У СКЛАДІ ЗЛОЧИНУ ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 436 КК УКРАЇНИ

ПЕКАР Павло Васильович - аспірант відділу аспірантури та докторантури
Національної Академії Служби безпеки України

Стаття посвячена дослідженню содержания понятия публичности призывов в диспозиции ст. 436 УК Украины. Проведен сравнительный анализ доктринального толкования данного понятия в других нормах УК Украины. Проводится разграничение понятия публичности призывов от подстрекательства к совершению преступления, а также от пропаганды определенной идеологии.

Ключові слова: публічні заклики, підбурювання до вчинення злочину, пропаганда війни.

Постановка проблеми

Диспозиція статті 436 КК України (публічні заклики до агресивної війни або до розв'язування воєнного конфлікту, а також виготовлення матеріалів із закликами до вчинення таких дій з метою їх розповсюдження або розповсюдження таких матеріалів) в якості однієї із ознак об'єктивної сторони складу злочину визначає публічність закликів.

Аналіз даної кримінально-правової норми, а також інших статей КК України, де вживається термін «публічності», не дозволяє сформулювати його визначення і однозначно відповісти на основне питання: якою має бути чисельність аудиторії для того, щоб діяння могло бути визнано публічним. Позбавлена законодавчого тлумачення дана правова категорія в науці кримінального права кваліфікується в якості оціночного терміну, що залежить від суб'єктивного сприйняття правозастосовного органу й здатний наразі створювати

підґрунтя для можливих порушень прав і свобод громадян.

Крім того, частково публічні заклики вступають у колізію із інститутом співучасті у злочині, адже частково заклики охоплюються положеннями ч. 4 ст. 27 КК України, де мова йде про визначення поняття підбурювача у злочині, що, за думкою окремих науковців, створює небажану конкуренцію кримінально-правових норм.

Теоретичному дослідженню вказаних питань, а також питанню відмінності публічних висловлювань власних думок від публічних закликів до вчинення злочину і присвячена дана стаття.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, у яких започатковано розв'язання даної проблеми

Проблеми визначення поняття публічності завжди були предметом дискусій при дослідженні об'єктивної сторони різних складів злочинів. Так, у різні часи спроби дати доктринальне тлумачення терміну публічності намагалися А. Владіміров, О. Бантишев, В. Діордіца, В. Картавцев, В. Матвійчук, О. Навроцький, Р. Стецишин, А. Трайнін, М. Турецький, М. Хавронюк, М. Якубович та ін.

Незважаючи на значний доробок, внесений вказаними вченими в розгляд даної проблеми, на сьогодні дане питання все ще знаходиться на стадії дослідження. Це пов'язано, в першу чергу, з тим, що законодавчого визначення поняття публічності

ті законодавство України про кримінальну відповідальність не містить, а тому суб'єкти правозастосовчої діяльності здебільшого спираються на теоретичні дослідження даного поняття.

Метою цієї статті є визначення змісту поняття публічності в складі злочину, передбаченого ст. 436 КК України, та з огляду на це з'ясувати відмінність даного різновиду суспільно небезпечної поведінки від співучасті у вчиненні злочину.

Виклад основного матеріалу дослідження

Чинне законодавство про кримінальну відповідальність при визначенні юридичної конструкції тих чи інших складів злочинів доволі часто вдається до застосування оціночних категорій, однією з яких є поняття публічності, яке використовують для конкретизації такої форми суспільно небезпечного діяння як заклики до певних дій.

Зокрема, тут мова йде про:

ч. 2 ст. 109 – публічні заклики до насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або до захоплення державної влади, а також розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення таких дій;

чч. 1-3 ст. 110 – умисні дії, вчинені з метою зміни меж території або державного кордону України на порушення порядку, встановленого Конституцією України, а також публічні заклики чи розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення таких дій;

чч.1, 2 ст. 258-2 – публічні заклики до вчинення терористичного акту, а також розповсюдження, виготовлення чи зберігання з метою розповсюдження матеріалів з такими закликами;

ст. 295 – публічні заклики до погромів, підпалів, знищення майна, захоплення будівель чи споруд, насильницького виселення громадян, що загрожують громадському порядку, а також розповсюдження, виготовлення чи зберігання з метою розповсюдження матеріалів такого змісту;

ст. 436 – публічні заклики до агресивної війни або до розв'язування воєнного конфлікту, а також виготовлення матеріалів із

закликами до вчинення таких дій з метою їх розповсюдження або розповсюдження таких матеріалів;

ч. 2 ст. 442 – публічні заклики до геноциду, а також виготовлення матеріалів із закликами до геноциду з метою їх розповсюдження або розповсюдження таких матеріалів.

З огляду на концептуальну важливість визначення всіх ознак об'єктивної сторони складу злочину, суспільно-небезпечне діяння якого полягає в публічних закликах, у теорії кримінального права точаться дискусії щодо розуміння змісту поняття «публічності».

Відсутність законодавчого регулювання змісту поняття публічності змушує шукати відповідь на це питання в теоретичних напрацюваннях. Великий тлумачний словник сучасної української мови поняття «публічний» визначає таким чином: «який відбувається в присутності публіки, людей; прилюдний» [1, с.1187] Основний акцент, як видно з даного визначення, робиться на оточуючому середовищі.

Теорія кримінального права по різному підходить до визначення поняття публічності. Так, одна група вчених намагається прив'язати дане визначення до певної чисельності людей. Зокрема, існує чотири підходи до вирішення даної проблеми, які володіють перевагами та недоліками. Так, під публічністю розуміється звернення:

1) до двох і більше осіб;

2) звернення до конкретного адресата але інформація сприймається в момент її висловлювання не тільки тими, кому суб'єкт злочину її адресував, а й іншими особами;

3) широкому колу осіб, під яким мається на увазі великий, але такий, який піддається визначенню за чисельністю кола осіб. При цьому нижня межа чисельності законодавцем не вказана, але більша двох;

4) невизначеному колу осіб. Мається на увазі, що аудиторія настільки велика, що її чисельність суб'єктом злочину не усвідомлюється і не конкретизується [2].

Проте, на думку Г. Борзенкова та В.Комісарова, «арифметичний» підхід до оцінки визнання (або невизнання) публіч-

ності неприйнятний. У кожному конкретному випадку питання вирішується з урахуванням усіх обставин справи: місця, часу, обстановки скоєного, як сприймала заклики присутня при цьому публіка. Навряд чи обґрунтовано визнання публічності таких закликів, які сприймаються кількома особами, – «від двох і більше» [3, с. 427].

З огляду на це інші вчені намагаються прив'язати публічність до обстановки, в якій відбувається заклик. Так, О.В. Епель, О. В. Довженко, Т. В. Савкіна, аналізуючи об'єктивну сторону злочину, передбаченого ст. 258-2 КК України («публічні заклики до вчинення терористичних актів»), констатують, що такі заклики передбачають відкрите звернення до невизначеного або до значного кола осіб, у якому висловлюються ідеї, погляд чи вимоги, спрямовані на те, щоб шляхом поширення їх серед населення чи його окремих категорії схилити певну кількість осіб до певних дій. Розповсюдження матеріалів із закликами (звернень, листівок, газет, листів, магнітофонних касет, комп'ютерних компакт-дисків тощо) полягає в доведенні їх змісту – заклику до відома невизначеної або певної групи людей. Публічні заклики можуть мати місце на мітингу, зібранні тощо, а розповсюдження матеріалів здійснюватися шляхом підкидання листівок до поштових скриньок, розклеювання їх на дошках оголошень, розсилання листів певним групам адресатів [4, с. 332-333; 5, с. 285].

З цього ж визначення виходять і окремі дослідники питань кримінальної відповідальності за пропаганду війни. Зокрема О.Дудоров та М. Хавронюк зазначають, що публічні заклики до агресивної війни або до розв'язування воєнного конфлікту передбачають хоча б одне відкрите звернення до невизначеного, але значного кола осіб, у якому висловлюються ідеї, погляди чи вимоги, спрямовані на те, щоб шляхом поширення їх серед населення чи його окремих категорій (представників влади, військовослужбовців тощо) схилити певну кількість осіб до певних дій. Публічність є оціночною ознакою, і питання про наявність її має вирішуватися в кожному конкретному випадку з урахуванням часу, міс-

ця, обстановки здійснення закликів тощо. Наприклад, публічними завжди є заклики, зроблені під час демонстрацій, мітингів, інших подібних заходів [6, с. 883].

Зазначені вище точки зору, так чи інакше прив'язуються до певної визначеної чи невизначеної чисельності осіб, до яких було здійснено звернення. Проте більш правильним, на наш погляд, слід вважати підхід, у якому наголос робиться на обстановку, в якій було здійснено заклик. Так, В. Матвійчук відзначає, що під публічними закликами слід розуміти такі заклики, які відбуваються (проголошуються) у присутності публіки, привселюдно гласно, відкрито, в публічному місці, де збирається багато публіки, наприклад на зборах, мітингах, в театрі, на стадіонах тощо [7].

Проте, з урахуванням того, що акцент реального спілкування між людьми поступово зміщується у віртуальну площину через різні соціальні мережі, постає питання визначення поняття публічності закликів здійснених з використанням всесвітньої мережі Internet. Мова йде про випадки закликів у власних профілях чи в коментарях до публікацій на інших сторінках у Facebook, Twitter, LinkedIn тощо. На разі такі висловлювання можуть прочитати як мільйони, так і жодна людина. Все залежить від популярності профілю та випадків репосту того чи іншого заклику.

На наш погляд, розв'язання даної проблеми має залежати не від певної чисельності осіб, до яких доноситься заклик, а в першу чергу, від можливості ознайомлення і сприйняття іншими особами таких закликів. Саме тому на першому плані при визначенні поняття публічності має виступати суб'єктивна сторона злочину, а саме усвідомлення особою суспільно небезпечного характеру вчинюваного нею діяння. Особа має розуміти, що вона звертається до певного кола осіб з закликами, які породжують ідею вчинення діяння, що передбачене тою чи іншою нормою законодавства про кримінальну відповідальність.

Окремі дослідники, досліджуючи питання публічності в кримінальному праві, задавалися питанням, чому закон про

кримінальну відповідальність передбачає в окремих складах злочинів юридичну відповідальність за публічні заклики до вчинення певних злочинних дій, а не розглядає їх в якості підбурювання як вид співучасті у злочині.

Так, фахівці Інституту стратегічних досліджень в аналітичній записці щодо дослідження проблеми законодавчого забезпечення протидії сепаратизму в Україні зазначили, що за змістом ст. 110 КК України особа, яка вдається до публічних закликів чи розповсюдження матеріалів із закликами до зміни меж території або державного кордону України на порушення порядку, встановленого Конституцією України, виступає в ролі підбурювача до вчинення злочину передбаченого першою формою об'єктивної сторони ст. 110 КК України. [8] Фактично цим автори визначили рівнозначність між поняттями підбурювання до злочину і публічні заклики.

О.Ф. Бантишев з цього приводу зазначав, що у складах злочинів, передбачених ст.ст. 109, 110 КК України йдеться про так зване спеціальне підбурювання, суспільна небезпечність якого особливо висока через намагання спонукати до вчинення злочину коло осіб, число яких невизначене [8]. Це ж саме можна сказати і відносно доцільності криміналізації розповсюдження матеріалів із закликами до дій, спрямованих на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади (ч. 2 ст. 109 КК України).

О.Дудоров та М.Хавронюк зазначають, що у деяких кримінально-правових нормах Особливої частини КК України підбурювання до вчинення певного діяння визнається самостійним кримінальним правопорушенням, вчиняючи який, особа є не підбурювачем, а виконавцем. Це, зокрема, публічні заклики до захоплення державної влади (ч. 2 ст. 109), схилення до вживання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ст. 315), пропозиція неправомірної вигоди (ст. 369) тощо [9, с. 233].

Звичайно, публічні заклики виступають одним із методів стимулювання безпосередніх виконавців до вчинення зло-

чину. Суспільна небезпечність публічних закликів відштовхується від можливості шляхом вчинення таких дій вплинути на формування громадської думки, яка у свою чергу "має практичну спрямованість, виражає в комплексі моральні, політичні, правові та інші установки (погляди, судження).

Проте порівнювати публічні заклики і підбурювання до вчинення злочину як тожні діяння не є повністю правильним рішенням. Адже підбурювання до злочину є різновидом співучасті до злочину, яка має властиві їй певні ознаки. Особливістю інтелектуального моменту умислу співучасників є те, що ним охоплюється усвідомлення кожним з учасників не лише суспільне небезпечного характеру особисто вчинюваного діяння, а й факту вчинення всіма співучасниками одного й того самого злочину, характеру дій інших співучасників, можливості діяти спільно з ними, наявності умислу в їхніх діях, спрямованості їхніх дій на досягнення загального злочинного результату тощо, тобто усвідомлення обставин, які стосуються всіх елементів складу злочину. Таке усвідомлення має бути взаємним – кожний із співучасників повинен усвідомлювати той факт, що він вчиняє злочин спільно з іншими його учасниками. Лише факт усвідомлення цих обставин дає підстави для притягнення до кримінальної відповідальності учасника не лише за конкретне діяння, вчинене ним особисто, а й за результат діяльності всіх співучасників вчинення злочину. Тому не можуть визнаватися співучастю дії або бездіяльність, які об'єктивно сприяли вчиненню злочину і настанню злочинного результату, але не охоплювались умислом співучасників як вчинені спільно.

Публічні заклики позбавлені такої конкретики і саме в цьому полягає їх небезпека. Аналогічної думки дотримується і Г.Борзенков та В.Комісаров, які в основу відмежування підбурювання до злочинну від публічних закликів поклали, те що останні не звернені персонально до когонебудь конкретно, а носять загальний характер і звернені до невизначеного кола осіб [10, с. 431].

Дійсно, якщо підбурювання до злочину здійснюється щодо конкретного виконавця злочину, якого можливо контролювати і в окремих випадках можливо навіть відмовити від вчинення злочину, у випадку добровільної відмови підбурювача, то публічні заклики позбавлені такої конкретики. Заклики – це така форма впливу на свідомість, волю та поведінку людей, коли шляхом безпосереднього звернення до них формується спонукання до певного виду діяльності. При цьому такі заклики суб'єкта мають визначену мету – об'єднати людей, активізувати їхню волю та спрямувати їхню поведінку у русло реалізації мети, визначеної у диспозиції відповідної статті.

У юридичній літературі є думка про те, що, змістом публічних закликів є психологічний вплив. А.Балашов зазначає з цього приводу, що публічні заклики в кримінально-правовому значенні мають на увазі надання певного психологічного впливу на адресатів, що має на меті їх відмінювання, спонукання до вчинення протиправних дій [11 с. 98]. Розвиваючи ідею про те, що обов'язковою властивістю кримінально караних закликів є вчинення психологічного впливу на адресатів, деякі науковці навіть пропонують вважати безпосереднім об'єктом таких складів злочинів, інформаційно психологічну безпеку суспільства [12, с. 38].

Також слід зауважити, що публічні заклики, на відміну від підбурювання, як правило, не містять конкретної інформації щодо місця, часу, способу чи засобів вчинення злочину. Саме тому слід погодитись з В.Матвійчуком, який при дослідженні публічних закликів з метою захоплення державної влади зазначив, що під публічними закликами слід розуміти такі заклики, які відбуваються (проголошуються) в присутності публіки (людей), тобто багатьох фізичних осіб, у публічному місці, де збирається багато публіки. Заклик, звернений до окремих, конкретних осіб, до вчинення цього злочину, розглядатися за правилами про підбурювання до злочину (ч. 4 ст. 27 і ч. 3 ст. 109 КК України і ч. 3 ст. 109 КК України) [13, с. 92].

Висновки

Аналізуючи соціально-правову необхідність кримінально-правової протидії публічним закликам до вчинення протиправних дій, у тому числі і до розв'язування агресивної війни чи воєнного конфлікту, слід розглянути питання про причини криміналізації виражених зовні слів людини. Наявність таких приписів кримінального права погоджено з нормами міжнародного права, аналогічна законодавча практика реалізована і в більшості іноземних держав. Публічні заклики до агресивної війни або до розв'язування воєнного конфлікту слід вважати кримінально караним діянням у випадку, коли винна особа умисно звертається до невизначеного кола осіб із закликами, які породжують ідею розв'язання агресивної війни чи воєнного конфлікту.

Література

1. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод., допов. та CD) / ук-лад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2007. – 1736 с
2. Бажин, Д. А. К вопросу о понимании публичности в уголовном праве / Д. А. Бажин // РЮЖ. – 2011. – № 2. – Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс».
3. Г.Н. Борзенков, В.С. Комисаров. Курс уголовного права в пяти томах. Том 5. Особенная часть / Под ред. Г.Н. Борзенкова, В.С. Комисарова. М.: Зерцало. – 2002. – 512 с.
4. О.В. Епель, Харківський національний університет внутрішніх справ Об'єктивні ознаки публічних закликів до вчинення терористичного акту// ISSN 1995-6134 ФП № 1 – 2011 С. 329-334.
5. О. В. Довженко, Т. В. Савкина. Особливості досліджень з питань наявності закликів у текстах документів // Теорія та практика судової експертизи і криміналістики. Випуск 10.- С. 282-287
6. Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Кримінальне право Навчальний посібник / За заг. ред. М.І. Хавронюка. – К. Ваїте:, 2014. – 944 с
7. В.К. Матвійчук.- . Об'єктивні ознаки злочину, передбаченого ч. 3 ст. 109 КК України (в перших шести формах його про-

АНОТАЦІЯ

Стаття присвячена дослідженню змісту поняття публічності закликів в диспозиції ст. 436 КК України. Проведено порівняльний аналіз доктринального тлумачення даного поняття в інших нормах КК України. Проводиться розмежування поняття публічності закликів від підбурювання до вчинення злочину, а також від пропаганди певної ідеології.

SUMMARY

Investigates meaning of publicity appeals in disposition century. 436 of the Criminal Code of Ukraine. A comparative analysis of doctrinal interpretation of this concept in other norms of the Criminal Code of Ukraine in some criminal law. A distinction publicity concept appeals of incitement to commit a crime and to promote a particular ideology.

яву) / В.К. Матвійчук.- Юридична наука.- № 2/2014.- С. 88-103

8. <http://www.niss.gov.ua/content/articles/files/separatuzm-0bc80.pdf>

9. Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Кримінальне право Навчальний посібник / За заг. ред.М.І. Хавронюка. – К. Ваіге:, 2014. – 944 с.

10. Г.Н. Борзенков, В.С. Комисаров. Курс уголовного права в пяти томах. Том 5. Особенная часть / Под ред. Г.Н. Борзенкова, В.С. Комисарова. М.: Зерцало. – 2002. – 512 с.

11. Балашов А. А. Публичные призывы к совершению противоправных действий

как способ оказания психологического воздействия / А. А. Балашов. – Вестник краснодарского университета МВД России.- 2015.- № 4 (30).- С. 97-101

12. Изолитов А.С. Публичные призывы к противоправной деятельности: проблемы уголовной ответственности // Вестн. ДВЮИ МВД России. 2009. № 2(17)

13. В.К. Матвійчук. Об'єктивні ознаки злочину, передбаченого ч. 3 ст. 109 КК України (в перших шести формах його прояву) / В.К. Матвійчук.- Юридична наука.- № 2/2014.- С. 88-103