

individualization of criminal responsibility with the aim of increasing the effectiveness of criminal legislation;

- to interpret the existing legislation in the sphere of combating crime to ascertain and clarify its precise meaning;
- identify the effectiveness of law enforcement agencies for use in practice of institutions and norms of criminal law;
- to prevent disturbance of the relationship between criminal law and norms of various branches of law.

2. Criminal-legal policy and criminal procedure policy are interdependent and interacting, but also relatively independent of policy in the fight against crime, because the main task of penal policy is the development and adoption of regulations and regulatory documents, and the last - investigation and resolution of criminal proceedings. Violation of interdependence and interaction between subsystems policies in the fight against crime is unacceptable because removal from this system of at least one component, it makes all the other parts ineffective.

Keywords: criminal-legal policy, criminal procedure policy

Лутак Т.В.

СУБ'ЄКТ ЗЛОЧИНУ «НЕЗАКОННЕ ВИКОРИСТАННЯ СПЕЦІАЛЬНИХ ТЕХНІЧНИХ ЗАСОБІВ НЕГЛАСНОГО ОТРИМАННЯ ІНФОРМАЦІЇ» (СТ. 359 КК УКРАЇНИ)

Проблема визначення суб'єкта незаконного використання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації (далі – СТЗНОІ) неоднозначна. Окремі автори – П.С. Берзін, Л.Б. Ільковець, М.І. Хавронюк – аналізували це питання в межах оглядового дослідження складу ст. 359 КК України в рамках науково-практичних коментарів до КК України, але їхні думки з цього приводу мають різний, іноді протилежний зміст. Для з'ясування того, яке коло осіб становить суб'єкт злочину, передбаченого ст. 359 КК України, слід, по-перше, усвідомити, який зміст має термін «суб'єкт злочину» в сучасному кримінальному праві України, та, по-друге, розкрити різницю між загальним і спеціальним суб'єктом злочину. Частина 1 ст. 18 КК України визначає суб'єктом злочину фізичну осудну особу, яка вчинила злочин у віці, з якого відповідно до КК України може наставати кримінальна від-

повідальність. Згідно з ч. 2 цієї ж статті, спеціальним суб'єктом злочину є фізична осудна особа, що вчинила у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність, злочин, суб'єктом якого може бути лише певна особа [1].

Викладемо погляди окремих авторів докладніше. Л.Б. Ільковець вказує, що суб'єктом злочину, передбаченого ст. 359 КК України, є фізична осудна особа, якій на момент вчинення злочину виповнилося 16 років. Цей автор вважає, що вчинення цього злочину службовою особою можна кваліфікувати за ч. 2 або ч. 3 ст. 365 КК України («Перевищення влади або службових повноважень»). На думку Л.Б. Ільковець, співучасники службової особи відповідатимуть за співучасть у вчиненні службового злочину залежно від конкретної ролі кожного з них у випадку, коли без залучення службової особи до вчинення злочину, що досліджується, його вчинення є неможливим [2, с. 719]. Не можна погодитися з виключенням службових осіб із суб'єкта злочину, що досліджується, з таких міркувань.

При здійсненні службовою особою дій, які, крім перевищення влади або службових повноважень, містять ознаки іншого злочину, який не передбачений спеціальною нормою КК для службових осіб (наприклад, ч. 2 ст. 194 КК України), утворюється сукупність злочинів, що визнає й сама Л.Б. Ільковець [2, с. 737]. До того ж склад злочину, передбачений ст. 365 КК, на відміну від складу злочину, що досліджується, є матеріальним, оскільки диспозиція норм цієї статті передбачає обов'язкове настання наслідків у вигляді істотної шкоди охоронюваним законом правам та інтересам окремих громадян, державним або громадським інтересам, інтересам юридичних осіб, або тяжких наслідків. Якщо службова особа незаконно використовує СТЗНОІ, що не призводить до конкретних негативних наслідків, її дії взагалі неможливо кваліфікувати за ст. 365 КК України. Крім того, дії службових осіб, які незаконно використовують СТЗНОІ, в окремих випадках можуть мати й ознаки ст. 364 КК України, що не дає можливості говорити про виняткову кваліфікацію незаконного використання службовою особою СТЗНОІ навіть за сукупністю ст. ст. 359 та 365 КК України.

На нашу думку, при вчиненні незаконного використання СТЗНОІ службовою особою її дії слід кваліфікувати за сукупністю ст. 359 та конкретної норми, яка встановлює відповідальність службових осіб за злочини у сфері службової діяльності, та лише за умов наявності негативних наслідків, передбачених цією конкретною нормою.

М. Й. Коржанський пропонував кваліфікувати дії «приватних осіб» з використання СТЗНОІ за статтями КК, що встановлюють відповідальність за порушення недоторканності житла, приватного життя, таємниці голосування, листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції [3, с. 534].

Не можна погодитися з наведеними пропозиціями навіть у контексті старої редакції ст. 359, щодо якої вони висувалися. Якщо визнати наявність у складі злочину, передбаченого ст. 359 КК України як суб'єкта винятково службових осіб органів державної влади, які за чинним законодавством мають право на використання СТЗНОІ в оперативно-розшукових цілях, то сам злочин, що розглядається, слід визнати злочином у сфері службової діяльності або навіть злочином проти правосуддя. Так, названі службові особи реалізують свої повноваження з використання СТЗНОІ у правоохоронній діяльності, отже, будуть незаконно використовувати СТЗНОІ саме у цій сфері.

Як влучно зауважує В.Г. Павлов, відсутність у кримінальному праві чіткого вчення про суб'єкт злочину в теорії кримінального права спричинила методологічні помилки вчених-юристів у характеристиці його ознак [4, с. 10]. Навіть факт належності суб'єкта злочину до його складу викликав сумнів багатьох вчених, зокрема О.Н. Трайніна [5, с. 151] та Н.С. Лейкіної [6, с. 240]. Але наявність у кримінальному праві України вже наведеного легального визначення суб'єкта злочину та переважна кількість прихильників включення суб'єкта злочину до його складу не дають змоги ставити питання про доцільність такої юридичної конструкції та перегляд визначення суб'єкта злочину.

Дещо інша ситуація склалася зі спеціальним суб'єктом злочину. Незважаючи на наявність у ч. 2 ст. 22 КК його визначення, воно уможливило остаточне виокремлення спеціального суб'єкта

та потребує додаткового доктринального тлумачення. Відповідні питання були розглянуті В.В. Устименком [7, с. 7], В.Г. Павловим [4, с. 198], І.І. Карпечем [8, с. 150], І.Б. Медицьким [9, с. 341] та ін.

Основним аргументом на користь того, що суб'єкт ст. 359 КК України є загальним, вважаємо наявність у Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність» заборони усім фізичним та юридичним особам, крім спеціально вказаних підрозділів державних органів та їх представників, займатися оперативно-розшуковою діяльністю, зокрема використовувати СТЗНОІ. Сучасне кримінальне право України не встановлює спеціальної кримінальної відповідальності для фізичних осіб, що незаконно займаються ОРД, – їх дії можна кваліфікувати лише за ст. 353 КК України як самовільне присвоєння владних повноважень, та лише за умови поєднання таких дій з «вчиненням будь-яких суспільно небезпечних діянь». Якщо вважати суб'єкт ст. 359 КК України спеціальним, то можна зробити висновок, що незаконне використання СТЗНОІ фізичною особою, що не є спеціальним суб'єктом, без кваліфікуючих ознак, передбачених ст. ст. 159, 163, 353 КК, не є злочином, а це не можна вважати припустимим. До того ж слід урахувати, що незаконне зберігання СТЗНОІ за ст. 195–5 Кодексу України про адміністративні правопорушення є адміністративним порушенням, суб'єкт якого загальний [10]. Оскільки незаконне використання, придбання та збут СТЗНОІ загальним суб'єктом не можна вважати правопорушенням, яке становить меншу суспільну небезпеку, ніж їхнє незаконне зберігання, то за відсутності в незаконному поводженні із СТЗНОІ загального суб'єкта складу злочину, передбаченого ст. 359 КК України, законодавець встановив би за ці дії адміністративну відповідальність водночас із запровадженням у КУпАП ст. 195-5. Крім того, далі ми побачимо, що практика іде шляхом притягнення до відповідальності за ст. 359 КК України не оперативних працівників, а громадян.

Відсутня також єдина точка зору стосовно того, чи потрібна пряма вказівка на необхідність наявності спеціальних ознак суб'єкта в нормі Особливої частини КК, чи така вказівка може

надаватися опосередковано [7, с. 16, 23]. Саме виходячи з таких міркувань та керуючись правовими нормами, що регулюють здійснення оперативно-розшукової діяльності в Україні, окремі автори доходять висновку щодо спеціального суб'єкта ст. 359 КК України. Але для такого розв'язання проблеми необхідна хоча б непряма вказівка на наявність особливих вимог до суб'єкта злочину (наприклад, фіксування такої кримінально-правової норми у розділі, де згруповані злочини проти правосуддя).

Вікова складова суб'єкта злочину, передбаченого ст. 359 КК України, має бути не нижчою за 16 років. Ст. 359 не вказується у ч. 2 ст. 22 КК України, що містить перелік злочинів, відповідальність за які настає з 14 років, тому згідно з ч. 1 відповідальність за незаконне використання СТЗНОІ буде нести особа, якій до вчинення злочину виповнилося шістнадцять років. Думку російського вченого В.Г. Павлова про те, що законодавець встановив вказані вікові межі безапеляційно [4, с. 21], треба вважати й такою, що є правильною у кримінальному праві України. Слід розуміти, що настання певного віку, що перевищує 16-річну межу, є ознакою окремих спеціальних суб'єктів (наприклад, військовослужбовців, працівників правоохоронних органів), але у цьому разі вікові цензи встановлюються не кримінальним законодавством, а нормативними актами, що окреслюють статус конкретного спеціального суб'єкта правовідносин (наприклад, лікаря, виборця). Окреме згадування необхідності досягнення певного віку (старше 16 років) при встановленні ознак спеціальних суб'єктів злочинів є зайвим, оскільки це не передбачено кримінальним правом.

Н.М. Ярмиш називає суб'єктом незаконного використання СТЗНОІ «будь-яку особу», тобто дотримується точки зору про загальний суб'єкт цього злочину [11, с. 378]. М.І. Хавронюк також вважає, що суб'єкт злочину, передбаченого ст. 359 КК України, є загальним [12, с. 899]. Переконані, що, враховуючи наведені міркування стосовно природи та властивостей спеціальних суб'єктів злочину, слід погодитися з думками згаданих авторів, але з окремими зауваженнями та пропозиціями, які будуть викладені згодом.

В.П. Андрушко та П.С. Берзін поділяють на три групи суб'єктів злочину, передбаченого ст. 359 КК. До першої вони відносять

працівників оперативних підрозділів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність [2, с. 779]. В основу цієї класифікації автори кладуть положення ч. 1 ст. 5 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність» [13], де вказується перелік осіб, які мають право займатися оперативно-розшуковою діяльністю, зокрема згідно зі ст. ст. 2, 8 вказаного Закону, використовувати СТЗНОІ. До другої групи включено тих працівників правоохоронних органів, яким цим Законом не надане право здійснювати оперативно-розшукову діяльність. До третьої входять інші фізичні особи, що досягли 16-літнього віку і не є працівниками зазначених у ст. 5 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність» оперативних підрозділів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність (наприклад, журналісти, адвокати і т.д.).

Водночас, порівнюючи першу групу осіб, наведених П.С. Берзіним, з другою та третьою, можна побачити, що більшою є суспільна небезпека від незаконного використання, придбання або збуту СТЗНОІ представниками першої групи. Вважаємо, що така суспільна небезпека є підставою для встановлення суворішої кримінальної відповідальності для таких осіб у ст. 359 КК України. Це можна зробити лише доповненням до цієї статті норми, що встановлює відповідальність для спеціального суб'єкта. Додамо, що М.В. Карчевський також вважає необхідним «дослідження можливостей використання законів про кримінальну відповідальність за перевищення або зловживання повноваженнями» у сфері кримінально-правового забезпечення інформаційної безпеки [14, с. 383].

Як уже зазначалося, скоєння незаконного використання СТЗНОІ службовими особами зловживанням владою або службовими обов'язками чи перевищенням влади або службових повноважень, створюють сукупність злочинів, передбачених статтями 359 та 364 або 365 (423, 424) КК України [15]. Це, безумовно, обтяжує відповідальність службових осіб, але не у всіх випадках та за іншим колом осіб. Оскільки наведені службові злочини є матеріальними, то, як уже вказувалося, ненастання вказаних у цих статтях наслідків звільняє службових осіб від кримінальної відповідальності. Поряд з відповідальністю за ст. 359 КК Украї-

ни, вони нестимуть у цьому випадку насамперед дисциплінарну відповідальність – здебільшого звільнення з посади, тому є суто формальною (оскільки вони будуть звільнені внаслідок факту притягнення до кримінальної відповідальності за ст. 359 КК).

До того ж сьогодні кваліфікації за наведеною сукупністю злочинів підлягають дії осіб, віднесених П.С. Берзіним як до першої, так і до другої групи, а також інших службових осіб, які в силу своїх службових обов'язків мають доступ до СТЗНОІ (наприклад, службові особи підприємств, де виготовляються СТЗНОІ, тощо) або які можуть скоїти злочин, передбачений ст. 359 КК України, у співучасті з особами, які належать до першої або другої групи наведеної кваліфікації. На нашу думку, в цьому разі суспільна небезпека від дій таких осіб буде нижчою та ближчою за об'єктом злочинного посягання до дій загального суб'єкта злочину. Саме тому вважаємо, що спеціальним суб'єктом, який має нести посилену відповідальність за ст. 359 КК України, мають бути винятково особи, які мають за чинним законодавством право на використання СТЗНОІ, для чого цю статтю необхідно доповнити відповідною окремою частиною. Вважаємо, у ч. 3 ст. 359 не потрібно розкривати повністю указаний у ст. 5 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» перелік службових осіб, які мають вказані права, оскільки до нього постійно вносяться зміни [16] та висувуються пропозиції щодо їх внесення [17].

У загальному випадку злочинець несе цивільно-правову відповідальність за заподіяну ним шкоду, тому суб'єкт злочину, якщо він не є обмежено дієздатною або неповнолітньою особою, є також суб'єктом цивільно-правової відповідальності (цивільним відповідачем у кримінальній справі). Але згідно з ч. 8 ст. 9 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність» у випадках порушення прав і свобод людини або юридичних осіб у процесі здійснення оперативно-розшукової діяльності, а також у разі, якщо причетність до правопорушення особи, щодо якої здійснювались оперативно-розшукові заходи, не підтвердилася, відповідні органи зобов'язані невідкладно поновити порушені права і відшкодувати заподіяні матеріальні й моральні збитки у повному обсязі. Враховуючи, що незаконне використання СТЗНОІ вказаними у ч.

І ст. 5 цього закону працівниками наведених державних органів є оперативно-розшуковою діяльністю та тягне за собою вказані зобов'язання цих органів [13], важливо визначити природу відповідальності цих органів.

Ст. 22 КК України чітко вказує, що суб'єктом злочину є виключно фізична особа. Але цікаву думку з цього приводу висловив Б.В. Волженкін, який визнає, що злочин може скоїти лише фізична особа, яка має свідомість та волю. Але нести кримінальну відповідальність, на його думку, можуть не лише фізичні, але й за визначених умов і юридичні особи [18, с. 25, 26]. П.Л. Фріс із цього приводу висловлює думку, що «кримінально-правові заходи щодо юридичних осіб мають бути передбаченими й українським законодавством», констатує, що реалізація принципу особистої відповідальності не завжди приводить до розв'язання завдань, які стоять перед кримінальним законом. Юридичні особи, через які вчинилися злочини, залишаються базою для подальшої злочинної діяльності, яка часто не припиняється з притягненням до кримінальної відповідальності юридичних осіб, відзначає автор [19, с. 159].

Як бачимо, суб'єктом злочину, передбаченого ст. 359 КК України, є фізична осудна особа, що досягла віку 16 років. Вчинення цього злочину службовою особою тягне кваліфікацію скоєного за сукупністю ст. 359 та ст.ст. 364, 365, 423, 424 КК України.

Для поліпшення диференціації кримінальної відповідальності за незаконне використання СТЗНОІ пропонуємо викласти ч. 3 ст. 359 у такій редакції: «Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені організованою групою або службовою особою, яка має право на здійснення оперативно-розшукової діяльності, караються позбавленням волі на строк від двох до п'яти років та позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до п'яти років» (щодо вчинення незаконного використання, придбання та збуту СТЗНОІ організованою групою та про аспекти надання істотної шкоди незаконним поведінням із СТЗНОІ див. далі).

1. *Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III, із змінами та доповненнями станом на 1 червня 2013 р. [Електронний*

- ресурс]. – Режим доступу до сайту : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>
2. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України [під заг ред. М. О. Потебенька, В. Г. Гончаренка]. – К. : Форум, 2001. – Ч. 2. – 942 с.
 3. Коржанський М. Й. Науковий коментар Кримінального кодексу України / Коржанський М. Й. – К. : Атика, 2001. – 656 с.
 4. Павлов В. Г. Суб'єкт преступления [монографія] / В. Г. Павлов. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2001. – 318 с.
 5. Трайнин А. Н. Общее учение о составе преступления / А. Н. Трайнин. – М., 1959. – 325 с.
 6. Лейкина Н. С. Личность преступника и уголовная ответственность : дисс. на соискание науч степени доктора юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и процесс; исправительно-трудовое право» / Н. С. Лейкина. – Л., 1969. – 480 с.
 7. Устименко В. В. Специальный субъект преступления : монография / В. В. Устименко. – Х. : Выща школа, 1989. – 104 с.
 8. Карпец И. И. Уголовное право и этика : монография / И. И. Карпец. – М. : Юрид. лит-ра, 1989. – 286 с.
 9. Медицький І. Б. Юридична особа як суб'єкт злочину за законодавством країн Європи та Америки / П. Л. Фріс, І. Б. Медицький // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – Серія юридична. – 2007. – Вип. 3. – С. 338-344.
 10. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 р. № 8073-Х : станом на 1 червня 2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до сайту : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>
 11. 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.
 12. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України [під заг ред. М. О. Потебенька, В. Г. Гончаренка]. – К. : Форум, 2001. – Ч. 2. – 942 с.
 13. Про оперативно-розшукову діяльність : Закон України від 18 лютого 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. – Офіц. вид. – 1992 – № 22. – Ст. 303.
 14. Карчевський М. В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України : монографія / М. В. Карчевський. – Луганськ : РВВ ЛДУВС, 2012. – 528 с.

15. *Кримінальне право України. Особлива частина : підр. для студ. вищ. юрид. освіти* / М. І. Бажанов, В. І. Борисов та ін. [за ред. М.І. Бажанова та ін.]. – К. : Юрінком Інтер. – 2002. – 496 с.
16. *Про внесення змін до деяких законодавчих актів України : Закон України від 15 травня 2003 р. № 762-IV // Відомості Верховної Ради України. – Офіц. вид. – 2003. – № 30. – Ст. 247.*
17. *Про внесення змін до деяких законів України з питань оперативно-розшукової діяльності : Закон України. Проект, внесений народним депутатом України Сівковичем В. Л. – Реєстраційний номер № 3049 від 04 березня 2003 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до сайту : <http://www.rada.gov.ua>*
18. *Волженкин Б. В. Уголовная ответственность юридических лиц : монография / Б. В. Волженкин. – М. : Либра, 1996. – 58 с.*
19. *Фріс П. Л. Кримінальне право України. Загальна частина [підручник] / П. Л. Фріс . – 2-ге вид. – К. : Атика, 2009. – 512 с.*

Лутак Т.В. Суб'єкт злочину «Незаконне використання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації» (ст. 359 КК України)

В статті автор розглядає проблемні питання суб'єкта злочину «Незаконне використання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації»

Ключові слова: суб'єкт злочину, негласне отримання інформації

Лутак Т.В. Субъект преступления «Незаконное использование специальных технических средств негласного получения информации» (ст. 359 УК Украины)

В статье автор рассматривает проблемные вопросы субъекта преступления «Незаконное использование специальных технических средств негласного получения информации»

Ключевые слова: субъект преступления, негласное получение информации

Lutak T.V. A criminal of «Illegal use of special technical means of taking information» (Art. 359 of the Criminal Code of Ukraine)

In the article the author considers the issues of the criminal of «Illegal use of special technical means of taking information»

To clarify the fact that the circle of persons is an offense under Art. 359 Criminal Code of Ukraine should be, first, to understand what content is the term «criminal» in modern criminal law Ukraine, and secondly, to reveal the difference between general and special offender. Part 1 of Art. 18 Criminal Code of Ukraine determines the offender physical sane person who committed the offense at an age which according to the Criminal Code of Ukraine may be criminal liability. According to ch. 2 of the same article, the special subject of the crime is the physical sane person committed at the age of which can be criminal liability, crime, the subject of which can only be a special person

The main argument in favor of the subject of art. 359 Criminal Code of Ukraine is the general, consider the presence of the Law of Ukraine «On operative-investigative activities»: to all natural and legal persons, except specially mentioned departments of state bodies and their representatives engage operatively-search activity.

Keywords: a criminal, special technical means

Федорак Л.М.

ВСТАНОВЛЕННЯ ОДИНИЧНОГО ЗЛОЧИНУ ЯК СКЛАДОВОГО ЕЛЕМЕНТУ МНОЖИННОСТІ ЗЛОЧИНІВ НА ПІДСТАВІ ВИРОКУ СУДУ ІНОЗЕМНОЇ ДЕРЖАВИ

УДК 343.213

Складовим елементом множинності злочинів є суспільно-небезпечне діяння, яке містить самостійний склад злочину (одиничний злочин) [1, с. 58; 2, с. 619]. Вивченню одиничного злочину, його різновидів та їх кваліфікації приділяється багато уваги в науці кримінального права. А от питання встановлення такого злочину на підставі вироку суду іноземної держави залишається поза увагою або ж розглядається більше в кримінально-процесуальному аспекті. При тому, що в силу статті 9 КК наявність одиничного злочину може бути встановлено на підставі вироку суду іноземної держави [3]. Згідно частини 1 статті 602 КПК України вирок суду іноземної держави може бути визнаний на території України у випадках і в обсязі, передбачених міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України. Частина 2 тієї ж статті передбачає, що у разі відсутності міжнародного договору положення відповідної глави КПК України можуть бути застосовані при вирішенні питання про передачу засудженої особи для подальшого відбування покарання. Тобто, визнання вироку суду іноземної держави можливе тільки у випадках і в обсязі, передбачених міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України. Норми чинного КПК України дане питання не регулюють. Отже, якщо відсутній міжнародний договір між державами з відповідного питання, то відповідно немає підстав для визнання вироку суду іно-