

## КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ; КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

УДК 343.341

DOI <https://doi.org/10.32840/1813-338X-2019-3-37>

**Ю. М. Беклеміщева**

аспірантка кафедри кримінального права  
Інституту права імені Володимира Сташиса  
Класичного приватного університету

### ДО ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ СУБ'ЄКТИВНИХ ОЗНАК ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТАТТЕЮ 436-1 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

*Статтю присвячено аналізу суб'єктивних ознак злочину «Виготовлення, поширення комуністичної, нацистської символіки та пропаганда комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів». Аналізуються нормативно-правові акти України в частині регулювання кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ст. 436-1 Кримінального кодексу України.*

*Зазначається, що до таких актів належать, зокрема, Закон України від 16 січня 2014 р. № 729-VII «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за заперечення чи виправдання злочинів фашизму», яким Кримінальний кодекс України було доповнено ст. 436-1 «Публічне заперечення чи виправдання злочинів фашизму, пропаганда неонацистської ідеології, виготовлення та (або) розповсюдження матеріалів, у яких виправдовуються злочини фашистів і їх прибічників» (цей нормативний акт втратив чинність на підставі Закону № 732-VII від 28 січня 2014 р.); Закон України № 735-VII від 28 січня 2014 р., завдяки котрому Кримінальний кодекс України доповнився ст. 436-1 «Виготовлення, поширення комуністичної, нацистської символіки та пропаганда комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів»; Закон України від 09 квітня 2015 р. № 317-VIII «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки».*

*Розглянуто загальні питання щодо визначення суб'єкта злочину та його суб'єктивної сторони. Визначається суб'єкт вчинення злочину, передбаченого ст. 436-1 Кримінального кодексу України, поняття та сутність загального та спеціального суб'єктів злочинів.*

*Звертається увага на те, що відповідальність за виготовлення, поширення комуністичної, нацистської символіки та пропаганда комуністичного і націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів може застосовуватися як до загальних (фізичної осудної особи, яка досягла шістнадцятирічного віку), так і до спеціальних (представника влади) суб'єктів. Розглядається поняття представника влади.*

*Визначаються суб'єктивні ознаки злочину, передбаченого ст. 436-1 Кримінального кодексу України.*

**Ключові слова:** комуністична символіка, нацистська символіка, комуністичний режим, націонал-соціалістичний (нацистський) тоталітарний режим, суб'єкт злочину, суб'єктивна сторона, представник влади.

**Постановка проблеми.** 16 січня 2014 р. Законом № 729-VII «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за заперечення чи виправдання злочинів

фашизму» Кримінальний кодекс України (далі – КК України) було доповнено ст. 436-1 «Публічне заперечення чи виправдання злочинів фашизму, пропаганда неонацистської ідеології,

виготовлення та (або) розповсюдження матеріалів, у яких виправдовуються злочини фашистів і їх прибічників» [1]. Згодом цей нормативний акт втратив чинність на підставі Закону № 732-VII від 28 січня 2014 р. Надалі КК України доповнився ст. 436-1 згідно із Законом № 735-VII від 28 січня 2014 р., а 09 квітня 2015 р. Верховною Радою України було прийнято Закон України № 317-VIII від «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки» [2], що містив нову редакцію ст. 436-1 «Виготовлення, поширення комуністичної, нацистської символіки та пропаганда комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів», зміст якої викликав у наукових колах бурхливе обговорення цієї проблематики. Багато науковців виражали сумніви щодо доцільності та необхідності криміналізації такого діяння, наголошуючи передусім на тому, що таким чином порушуються гарантовані Конституцією України права на свободу думки і слова, вільне вираження своїх поглядів і переконань.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Дослідженню злочину, передбаченого ст. 436-1 КК України, присвячували свої наукові праці А. Васильєв, М. Бабак, М. Даньшин, В. Іващенко, І. Карпець, В. Комарницький, Я. Лантінов, С. Моханчук, А. Павловська, В. Панов, О. Пироженко, Є. Письменський, В. Поповичук, Є. Ромінський, Е. Трикоз, Ю. Філей, М. Хавронюк, І. Усенко та ін. Однак більша частина напрацювань цих поважних науковців стосувалася ст. 436-1, введеної у Розділ XX «Злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку» Особливої частини КК України Законом 28 січня 2014 р. У новій редакції розглядувана норма потребує детального дослідження щодо елементів злочину, передбаченого ст. 436-1 КК України, та з'ясування їх змісту. Зокрема, це стосується визначення суб'єктивних ознак цього злочину.

**Мета статті** – здійснити аналіз суб'єктивних ознак злочину, передбаченого ст. 436-1 КК України. Визначити суб'єкта цього злочину відповідно до ч. 2 ст. 436-1.

**Виклад основного матеріалу.** Виготовлення, поширення комуністичної, нацистської символіки та пропаганда комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів є одним зі злочинів проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку.

Диспозиція ст. 436-1 КК України наголошує, що кримінально каранним є діяння, яке полягає у виготовленні, поширенні, а також публічному використанні символіки комуністичного, націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів, у т. ч. у вигляді сувенірної продукції, а також публічному виконанні гімнів СРСР, УРСР (УСРР), інших союзних та автономних радянських республік або їх фрагментів на всій території України, крім випадків, передбачених ч. 2 і 3 ст. 4 Закону України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їх символіки» [3].

Підставою кримінальної відповідальності особи є вчинення нею суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого КК України (ст. 2 КК України) [3]. У науці кримінального права виділяють такі обов'язкові елементи складу злочину: об'єкт, об'єктивну сторону, суб'єкт, суб'єктивну сторону.

Відповідно до ст. 11 КК України злочин – це передбачене КК України суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину [3]. Тож важливе значення для правильної кваліфікації злочину має визначення його суб'єкта, особливо у тих випадках, коли суб'єкт є спеціальним. Також законодавець вказує на те, що таке діяння обов'язково має бути «винним». Це є ознакою суб'єктивної сторони злочину. Мотив і мета є факультативними ознаками суб'єктивної сторони. Як обов'язкові, вказані елементи суб'єктивної сторони розглядаються законодавцем лише у деяких складах злочинів, передбачених КК України (якщо це прямо передбачено диспозицією кримінального закону).

Суб'єктом злочину є фізична осудна особа, котра вчинила злочин у віці, з якого відповідно до КК України може наставати кримінальна відповідальність (ч. 1 ст. 18 КК України) [3].

Тобто, по-перше, суб'єкт підлягає кримінальній відповідальності у разі досягнення на момент вчинення злочину відповідного віку, встановленого кримінальним законом. Згідно із ч. 1 ст. 22 КК України кримінальній відповідальності підлягає особа, котрій до вчинення злочину виповнилося 16 років. Злочини, за вчинення яких кримінальна відповідальність настає з 14 років, перелічено у ч. 2 цієї ж норми [3]. Але фактично деякі злочинні діяння за своєю специфікою можуть бути вчинені лише особою, що досягла 18 років (військові, посадові злочини тощо).

По-друге – суб'єктом злочину може бути тільки осудна особа, яка під час його вчинення могла усвідомлювати свої дії (бездіяльність) і керувати ними (ч. 1 ст. 19 КК України) [3]. Тут законодавець передбачає юридичний і медичний критерії оцінки осудності чи неосудності особи.

Юридичний критерій неосудності складається з двох ознак:

1) інтелектуальної – коли особа не могла усвідомлювати свої дії або бездіяльність;

2) вольової – коли особа не могла керувати своїми діями або бездіяльністю.

Медичний критерій неосудності діє за наявності однієї з чотирьох ознак:

1) хронічного психічного захворювання;

2) тимчасового розладу психічної діяльності;

3) недоумства;

4) іншого хворобливого стану психіки особи (ч. 2 ст. 19 КК України) [3].

Окрім загального суб'єкта злочину, наділеного вказаними ознаками, законодавець виділяє ще й суб'єкта спеціального. Спеціальним суб'єктом є фізична осудна особа, котра вчинила у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність, злочин, суб'єктом якого може бути лише певна особа [3], наприклад, що характеризується спеціальними ознаками. Як такі ознаки можна розглядати:

1. службове становище особи;

2. її державно-правовий стан (громадянство);

3. професію або рід діяльності особи;

4. особливі відносини між винним і потерпілим (службову залежність, відносини між батьками, дітьми, опікунами, іншими родичами);

5. відношення особи до військової служби;

6. ознаки, що стосуються фізичних властивостей суб'єкта злочину (вік, стан здоров'я, працездатність);

7. участь особи у судовому процесі (засуджений або взятий під варту, потерпілий, свідок, експерт, перекладач).

Службовими особами є особи, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також постійно чи тимчасово обіймають в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції

за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом державного управління зі спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною службовою особою підприємства, установи, організації, судом або законом [3].

Службовими особами також визнаються посадові особи іноземних держав (особи, котрі обіймають посади в законодавчому, виконавчому або судовому органі іноземної держави, у т. ч. присяжні засідателі, інші особи, які здійснюють функції держави для іноземної держави, зокрема для державного органу або державного підприємства), іноземні третейські судді, особи, уповноважені вирішувати цивільні, комерційні або трудові спори в іноземних державах у порядку, альтернативному судовому, посадові особи міжнародних організацій (працівники міжнародної організації чи будь-які інші особи, уповноважені такою організацією діяти від її імені), а також члени міжнародних парламентських асамблей, учасником яких є Україна, судді та посадові особи міжнародних судів [3].

Здебільшого спеціальний суб'єкт злочину прямо вказується у диспозиції або назві статті. У деяких випадках закон окреслює певне коло складів злочинів, що можуть бути вчинені виключно спеціальним суб'єктом. У незначній кількості норм КК України можливість вчинення злочину саме спеціальним суб'єктом може не зазначатися ні у назві, ні у диспозиції статті, але безпосередньо впливати з останньої. Тобто ознаки спеціального суб'єкта визначаються шляхом тлумачення закону.

Ч. 1 ст. 436-1 КК України не передбачає можливості вчинення цього злочину спеціальним суб'єктом, тож суб'єкт є загальним. Водночас відповідно до ч. 2 розглядуваної норми виготовлення, поширення комуністичної, нацистської символіки та пропаганда комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів можуть бути вчинені представником влади, тобто працівником державних органів і установ, наділених правом у межах своєї компетенції висувати вимоги, а також приймати рішення, обов'язкові для виконання фізичними та юридичними особами незалежно від їх відомчої належності чи підлеглості [4, с. 44]. Це можуть бути народні депутати України, депутати місцевих рад, керівники державних адміністрацій і органів місцевого

самоврядування, судді, прокурори, слідчі, оперативний склад Служби безпеки України, працівники поліції, військові коменданти, начальники гарнізонів та ін.

Оскільки закон пов'язує визнання особи представником влади не за посадою, яку вона обіймає, а за належністю до однієї з гілок влади (законодавчої, виконавчої чи судової) або наявністю в неї владних повноважень, то такою особою може бути як звичайний працівник державного апарату, так і представник громадської організації.

Суб'єктивна сторона як елемент складу злочину включає в себе такі ознаки, як вина, мотив і мета вчинення злочину, де:

1) виною є психічне ставлення особи до вчинюваної дії чи бездіяльності, передбаченої КК України, та її наслідків, виражене у формі умислу (прямого чи непрямого) або необережності (злочинної самовпевненості та злочинної недбалості) (ст. 23, 24, 25 КК України) [3];

2) мотивом – певне спонукання особи до вчинення суспільно небезпечного діяння [5, с. 87].

3) метою – бажання особи, яка вчинює суспільно небезпечне діяння, досягти певних шкідливих наслідків [6, с. 147].

Із суб'єктивної сторони злочин виготовлення, поширення комуністичної, нацистської символіки та пропаганда комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів вчинюється з прямим умислом, за якого винна особа усвідомлює небезпечний характер своїх дій і бажає діяти саме таким чином.

Особа, яка вчинила злочин, передбачений ст. 436-1 КК України, психічно відображає своє ставлення як до вчинення пропаганди комуністичного або націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарного режиму та їх суспільної небезпеки для суспільства, так і до її наслідків [7, с. 185] і чітко визначає свою позицію щодо такої пропаганди.

Аналізуючи диспозицію розглядуваної статті, необхідно зазначити, що мотив і мета вчинення зазначених у нормі дій на кваліфікацію не впливають. Однак, розглядаючи проблеми визначення мети вчинення злочину, слід зауважити, що у будь-якому разі при вчиненні умисного злочину (з прямим умислом) у винної особи є певна мета. Інша справа, що у більшості злочинів мета знаходиться поза їх складом.

Значна кількість складів злочинів, передбачених Особливою частиною КК України, які

характеризуються наявністю певної мети вчинення злочинного діяння, передбачає вчинення таких дій щодо предмету злочину, як, наприклад:

1) виготовлення, зберігання, придбання, перевезення, пересилання, ввезення в Україну з метою використання при продажу товарів чи збуту незаконно виготовлених, одержаних чи підроблених марок акцизного податку, голографічних захисних елементів, підробленої національної валюти України у виді банкнот чи металевої монети, іноземної валюти, державних цінних паперів чи білетів державної лотереї (ст. 199);

2) підробка документів на переказ, платіжних карток чи інших засобів доступу до банківських рахунків, електронних грошей, а так само придбання, зберігання, перевезення, пересилання з метою збуту (ст. 200);

3) незаконне придбання з метою збуту або зберігання з цією метою <...> транспортування з метою збуту незаконно виготовлених спирту етилового, спиртових дистилатів, алкогольних напоїв, пива, тютюнових виробів, тютюну, промислових замінників тютюну, пального або інших підакцизних товарів (ст. 204);

4) створення або придбання суб'єктів підприємницької діяльності (юридичних осіб) з метою прикриття незаконної діяльності або здійснення видів діяльності, щодо яких є заборона (ст. 205);

5) ввезення в Україну творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість і дискримінацію, з метою збуту чи розповсюдження або їх виготовлення, зберігання, перевезення чи інше переміщення з тією самою метою (ст. 300);

6) ввезення в Україну творів, зображень або інших предметів порнографічного характеру з метою збуту чи розповсюдження або їх виготовлення, зберігання, перевезення чи інше переміщення з тією самою метою (ст. 301);

7) виготовлення матеріалів із закликами до агресивної війни або до розв'язування воєнного конфлікту з метою їх розповсюдження (ст. 436).

Тобто всі ці злочинні діяння набувають своєї суспільної небезпеки лише за наявності в особи спеціальної мети вчинення злочину: збуту або розповсюдження його предмету – доведення до широкого кола осіб (або хоча б до однієї певної особи).

Об'єктивна сторона виготовлення, поширення комуністичної, нацистської символіки

та пропаганда комуністичного і націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів полягає у:

1) виготовленні предмету цього злочину, тобто здійсненні особою діяльності, внаслідок якої створюється предмет матеріального світу (передбачений ч. 1 ст. 436-1 КК України);

2) його поширенні – вчиненні дій, спрямованих на розповсюдження, доведення до широкого (не визначеного) або певного кола осіб, матеріальних носіїв, які містять символіку комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів;

3) публічному використанні символіки комуністичного, націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів, у т. ч. у вигляді сувенірної продукції – вчиненні дій, що полягають у відкритому застосуванні вказаного предмету злочину;

4) публічному виконанні гімнів СРСР, УСРР (УСРП), інших союзних та автономних радянських республік або їх фрагментів на всій території України, крім випадків, передбачених ч. 2 і 3 ст. 4 Закону України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їх символіки».

Отже, основна небезпека цього злочину полягає саме у його публічності – доведенні (донесенні) його предмету до широкого (не визначеного) або певного кола осіб. У зв'язку з цим можна дійти висновку, що виготовлення символіки комуністичного, націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів,

у т. ч. у вигляді сувенірної продукції, має вчинюватися саме з метою її поширення (або іншого розповсюдження) чи публічного використання.

#### Список використаної літератури:

1. Закон України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за заперечення чи виправдання злочинів фашизму» від 16 січня 2014 р. № 729-VII. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2014. № 22. Ст. 809.
2. Закон України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки». *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2015. № 26. Ст. 219. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua>.
3. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05 квітня 2001 р. № 2341-03. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua>.
4. Савченко А.В., Кришевич О.В. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням професійних послуг. Київ : Атлет. 2012. 160 с.
5. Кримінальне право України. Загальна та особлива частини : навчальний посібник / за заг. ред. В.М. Стратонові. Київ : Істина. 2007. 400 с.
6. Матишевський П.С. Кримінальне право України. Загальна частина : підручник. Київ : А.С.К. 2001. 352 с.
7. Бабак М.А., Філей Ю.В. Вітчизняні новели кримінально-правового механізму протидії пропаганді комуністичного або націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарного режимів з огляду на деякі конституційні права й основоположні свободи людини та громадянина. *Право і суспільство*. 2018. № 3. Ч. 2. С. 181–188.

#### **Beklemishcheva Yu. M. To problem of determination of subjective signs of the crime envisaged by the article 436-1 of Criminal code of Ukraine**

*The article is sanctified to the analysis of subjective signs of crime of “Making, distribution of communist, Nazi symbolic and propaganda communist and nationally socialistic (Nazi) totalitarian modes”. Analyzed the subject and methods of committing this crime. The normatively-legal acts of Ukraine are analyses in part of adjusting of criminal responsibility for a crime envisaged the article 436-1 of the Criminal code of Ukraine.*

*Marked, that to such acts belong, in particular: Law of Ukraine from 16.01.2014 № 729-VII “About making alteration in the Criminal code of Ukraine in relation to responsibility for a denial or acquittal of crimes of fascism” that the Criminal code of Ukraine was complemented by the article a 436-1 “Public denial or acquittal of crimes of fascism, propaganda of nazi ideology, making and (or) distributions of materials, the crimes of fascists and their supporters” (this normative act lost an act warranted by law № 732-VII from 28.01.2014) prove to be correct in that; Law of Ukraine № 735-VII from 28.01.2014, due to that the Criminal code of Ukraine was complemented by the article a 436-1 “Making, distribution of communist, nazi symbolic and propaganda communist and nationally socialistic (nazi) totalitarian modes”; Law of Ukraine from 09.04.2015 № 317-VIII “About conviction communist and nationally socialistic (nazi) totalitarian modes in Ukraine and prohibition of propaganda of their symbolic”.*

*General questions are considered in relation to determination to the subject of crime and him subjective side. The subject of commission of crime, envisaged by the article 436-1 of the Criminal*

*code of Ukraine, is determined. A concept and essence of general and special subjects of crimes are determined.*

*Attention applies on that responsibility for making, distribution of communist, nazi symbolic and propaganda communist and nationally socialistic (nazi) totalitarian modes can be used both to the general (physical responsible person that attained of sixteen years age) and to special (public agent) subjects. The concept of public agent is examined.*

*The subjective signs of the crime envisaged by the article 436-1 of the Criminal code are determined of Ukraine.*

**Key words:** *Communist symbolic, Nazi symbolic, communist mode, national socialistic (Nazi) totalitarian mode, subject of crime, subjective side, public agent.*