

заворушень такі наслідки, безумовно, можуть і мати місце, але для кваліфікації діяння юридичного значення не мають.

Вина в аналізованих складах злочинів репрезентована умисною формою щодо діяння, а саме усвідомленням винним характеру, соціального значення та протиправного характеру свого діяння щодо порушення громадського порядку. При цьому суб'єктивна сторона злочину, передбаченого ч. 1 ст. 294 КК України, характеризується виключно прямим умислом. Умисел у складі цього злочину обов'язково передбачає усвідомлення діянь та передбачення внаслідок їх вчинення порушення прав і свобод громадян, відносин власності, нормальної діяльності представників влади, правоохоронних органів, тобто характеризується більш широкими межами обставин, що мають ним охоплюватись. Для змісту умислу у складі злочину, передбаченого ст. 293 КК України, такі ознаки не є властивими. Вольовий момент прямого умислу при вчиненні масових заворушень характеризується бажанням настання таких порушень (ч. 1 ст. 294 КК України). При груповому порушенні громадського порядку винні можуть як бажати настання наслідку у виді грубого порушення громадського порядку або роботи транспорту, підприємства, установи чи організації, так і свідомо припускати його настання.

Неможливо і оминати питання наявності «маси», чи-то «натовпу» при вчиненні масових заворушень. В законі безпосередньо не вказано чіткого кількісного критерію цього поняття. Деякі вчені розглядають наявність «натовпу», «маси» як специфічну ознаку тільки масових заворушень [1, с. 418]. Судова практика також неоднозначна з цього питання: трапляються випадки, коли натовпом визнається і група з 10 осіб. При цьому норма, зафіксована у ст. 293 КК України також не встановлює чіткі кількісні параметри групи, яка вчиняє відповідні злочинні дії. Отже поняття «маса» і «група» є доволі умовними, а тому не можуть бути використані для розмежування зазначених злочинів.

Таким чином, сформований перелік розмежувальних ознак злочинів, передбачених ст. 293 та 294 КК України, візуалізуються, передусім, в орбіті складових об'єкту, в ознаках об'єктивної сторони, конструкції складу злочину та характеристики додаткових елементів інтелектуального й вольового моментів умислу.

Список бібліографічних посилань

1. Коржанський М. Й. Кваліфікація злочинів : навч. посіб. 3-тє вид. перероб. та допов. Київ : Атіка, 2007. 592 с.
2. Кваліфікація злочинів у діяльності Національної поліції України : навч. посіб. / за заг. ред. О. М. Литвинова ; МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2017. 448 с.

Одержано 03.03.2019

УДК 343.46(347.77;347.78)

Вадим Борисович ХАРЧЕНКО,

доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри кримінально-правових дисциплін факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ

ТВОРИ ЯК ПРЕДМЕТИ ЗЛОЧИНІВ, ПЕРЕДБАЧЕНИХ СТАТТЯМИ 300, 301 І 176 КК УКРАЇНИ

З розвитком інформаційного суспільства використання результатів творчої діяльності людини відбувається майже у всіх сферах громадського життя. Відповідно дедалі частіше у науковій і практичній діяльності виникають питання щодо створення та застосування ефективних механізмів охорони всієї сукупності прав на результати творчої діяльності, у тому числі й засобами, властивими кримінальному праву. Водночас, судова практика засвідчує, що достатньо велика кількість порушень авторського права і суміжних прав пов'язана із вчиненням іншого злочину або злочинів, тобто має місце вчинення особою двох або більше діянь, передбачених різними статтями Особливої частини КК України.

За цих умов злочини тісно поєднані між собою: вони мають спільним елементом не тільки суб'єкта, а й суспільну злочинну дію [3, с. 134, 135]. За наявності такого виду сукупності злочинів,

один з яких полягає у порушенні авторського права і суміжних прав, можлива ситуація, коли спільним елементом цих злочинів може виступати також їх предмет – твір, виконання, фонограма, відеограма, передача (програма) організації мовлення. Так, диспозиція ст. 300 КК безпосередньо зазначає на такий предмет злочину як твір, а ст. 301 КК встановлює підстави кримінальної відповідальності щодо незаконного обігу творів, зображень та інших предметів відповідного змісту.

Саме тому потребує додаткової аргументації питання про співвідношення зазначених об'єктів авторського права і суміжних прав – предметів злочину, передбаченого ст. 176 КК «Порушення авторського права і суміжних прав», з предметами злочинів, передбачених статтями 300 і 301 КК України. В Україні добре відомі факти викриття працівниками правоохоронних органів порностудій, порносайтів, вилучення примірників аудіовізуальних творів порнографічного характеру та таких, що пропагують культ насильства та жорстокості. Найбільш розповсюдженими є випадки вчинення таких незаконних дій щодо предметів, які були виготовлені іншими особами і, як правило, за межами України. Особливої актуальності питання про порушення авторського права і суміжних прав набуває й у випадку, коли ці предмети мають правову охорону за межами України саме як об'єкти авторського права або об'єкти суміжних прав. Так свого часу порностудія West Coast Productions подала до суду позов проти 9 729 користувачів, які скачали один з її фільмів через протокол BitTorrent у мережі Інтернет [12].

Дослідженнями питання предмету злочину, передбаченого ст. 176 КК України, займалися О. О. Коваленко [5, с. 101–105], В. Д. Гулкевич [2, с. 4], Н. Розенфельд [18, с. 105–108], А. М. Коваль [6, с. 42–49], А. С. Нерсисян [11, с. 71–77], але такий розгляд не пов'язувався з посяганнями на інші об'єкти кримінально-правової охорони. Особливу актуальність розгляду саме питання предмету злочину додає і та обставина, що суспільно небезпечні дії, передбачені статтями 300, 301 та 176 КК України, утворюють тотожні або однорядні дії – ввезення на територію України, переміщення, розповсюдження, публічне сповіщення, збут. За таких умов, питання предмету вказаних злочинів повинне бути вирішене з метою розмежування злочинів один від одного.

У теорії кримінального права предметом злочину визначається або матеріальний об'єкт [7, с. 119], або будь-які речі матеріального світу, з певними властивостями яких закон про кримінальну відповідальність пов'язує наявність у діях особи ознак конкретного складу злочину [20, с. 163], або речі матеріального світу, діючи на які особа посягає на блага, що належать суб'єктам суспільних відносин [8, с. 128], або предмети, з приводу яких чи у зв'язку з якими вчиняється злочин [22, с. 104].

Водночас, класичне визначення предмету злочину як будь-яких речей матеріального світу, з певними властивостями яких закон про кримінальну відповідальність пов'язує наявність у діях особи ознак конкретного складу злочину [9, с. 118], повною мірою задовольняє вимоги щодо ознаки складу злочину як типової, суттєвої, необхідної та достатньої юридично значущої властивості (якості), що має загальний характер. Крім того, таке визначення вирішує всі існуючі дискусійні питання щодо визнання предметами злочину заборонених до обігу чи шкідливих предметів, інформації, електричної та теплової енергії, комп'ютерної програми, творів у галузі науки, літератури і мистецтва (тобто нематеріальних явищ) та навіть людини, яка також є своєрідним, але предметом (явищем) матеріального світу.

Загально відомо, що основною функцією кримінального права як галузі права є охоронна функція, оскільки кримінальне право охороняє властивими йому заходами ті суспільні відносини, що регулюються іншими галузями права (ст. 1 КК України). Інститут права інтелектуальної власності на літературний, художній та інший твір (авторське право) і права інтелектуальної власності на виконання, фонограму, відеограму та програму (передачу) організації мовлення (суміжні права) натеper врегульований нормами Цивільного кодексу України (далі – ЦК України). Відповідно до цього і питання щодо вказаних об'єктів розглядаються саме наукою цивільного права на підставі чинних міжнародних угод і положень національного законодавства нашої держави.

Визначення твору як результату творчої діяльності людини виникло багато століть тому, але і до теперішнього часу не має чіткого законодавчого визначення. Так, В. І. Серебровський визначав, що твір – це сукупність ідей, думок та образів, що отримали у результаті творчої діяльності автора своє вираження у доступній для сприйняття людськими відчуттями конкретній формі, яка допускає можливість їх сприйняття [19, с. 32]. Бернська конвенція про

охорону літературних і художніх творів [1] визначає, що термін «літературні та художні твори» охоплює всі твори у галузі літератури, науки і мистецтва. Але зазначена класифікація реального змістовного навантаження не має на тій підставі, що теперішній стан розвитку суспільства засвідчує неможливість у більшості випадків віднести твір лише до однієї із зазначених категорій. Саме тому твори у галузі літератури, науки і мистецтва слід розглядати не окремо, намагаючись їх розмежувати, а у сукупності як певний орієнтир, що вказує на визначену сферу людської діяльності, виходячи із поєднання чотирьох ознак правової охорони твору як об'єкту авторського права: 1) творчого характеру; 2) об'єктивної форми вираження; 3) його змісту; 4) факту оприлюднення.

Наукою цивільного права зазначається, що правова охорона не залежить від змісту твору, тобто жанр, обсяг, мета і призначення твору жодного значення для визнання твору об'єктом авторського права та предметом злочину не мають. Існує думка, що ніхто не має права вимагати, щоб твір був заборонений, вилучений, знищений, навіть якщо його зміст суперечить інтересам таких осіб і груп чи ідеологічним поглядам політичних партій тощо [13, с. 122, 123]. Також вказується, що навіть якщо твір явно спричиняє шкоду суспільству (за певних історичних обставин), він тим не менш охороняється авторським правом [4, с. 34]. Зазначене обумовлене положеннями статей 15 і 54 Конституції України щодо заборони цензури та гарантій свободи літературної, художньої, наукової і технічної творчості, захисту інтелектуальної власності, їхніх авторських прав, моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної діяльності. Водночас, ч. 1 ст. 10 Закону України «Про авторське право і суміжні права» [14] містить вичерпний перелік творів, які не є об'єктами авторського права, який складається з шести пунктів. Такий самий перелік передбачений і ст. 434 ЦК України, але на відміну від вищезазначеного, він складається лише з чотирьох пунктів і не є вичерпним.

Таким чином, аналіз положень міжнародних договорів та національного законодавства про авторське право засвідчує ту обставину, що твори, які пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, а також твори порнографічного характеру, відповідають ознакам правової охорони творів як об'єктів авторського права та прямо не зазначені у законі як об'єкти, що не охороняються. Крім того, успіх тих чи інших творів не залежить від його змісту, а є індикатором духовного, інтелектуального й освітнього рівня суспільства і визначається насамперед пріоритетом тих чи інших цінностей у житті кожної людини [13, с. 123].

Разом з тим, 8 липня 1935 року Україна (ще у складі СРСР) приєдналася до Міжнародної конвенції про припинення обігу порнографічних видань та торгівлі ними [10], а 14 травня 1949 року – до Угоди щодо припинення обігу порнографічних видань [21], які на теперішній час є загальновизнаними нормами міжнародного права та закріплюють основні принципи щодо заборони обігу вказаних предметів. 27 квітня 1989 року Україна прийняла Рекомендації № R(89)7 Комітету міністрів Ради Європи «Про принципи поширення відеозаписів насильницького, жорстокого чи порнографічного змісту» [16], а 24 лютого 1994 року приєдналася до Європейської культурної конвенції 1954 року [17].

На адаптацію національного законодавства України до законодавства Європейського Союзу, 20 листопада 2003 року був прийнятий Закон України «Про захист суспільної моралі» [15], ч. 1 ст. 2 якого зазначає, що виробництво та обіг у будь-якій формі продукції порнографічного характеру в Україні забороняються. Крім того, ч. 3 цієї статті встановлює, що забороняються виробництво та розповсюдження продукції, яка пропагує національну та релігійну ворожнечу чи принижує або ображає націю чи особистість за національною ознакою. Тобто будь-які матеріальні об'єкти, предмети, друкована, аудіо-, відеопродукція, у тому числі реклама, повідомлення та матеріали, продукція засобів масової інформації, електронних засобів масової інформації, змістом яких є вищезазначена інформація, знаходяться за рамками українського авторського права і суміжних прав, а твори, виконання, фонограми, відеограми, передачі (програми) організацій мовлення такого змісту не є об'єктами авторського права і суміжних прав. Одночасно слід враховувати позицію О. О. Штефан, яка стверджує, що поняття «об'єкт авторського права» не співпадає за обсягом з поняттям «твір», яке законодавець визначає як родове поняття, а відтак «твір» за своєю суттю є більш широким поняттям, ніж «об'єкт авторського права» [13, с. 119].

Таким чином, створення або виготовлення в Україні творів, виконань, фонограм, відеограм, передач (програм) організацій мовлення порнографічного характеру або таких, що

пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, не є інтелектуальною діяльністю та реалізацією конституційної гарантії громадян на свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості, передбаченої ст. 54 Конституції України. Отже, продукція такого змісту не є і не може бути об'єктами авторського права і суміжних прав, а загальноновизнана позиція в теорії авторського права України та інших держав щодо незалежності правової охорони об'єктів авторського права і суміжних прав від їх змісту (жанру, мети і призначення твору) є хибною та такою, що суперечить положенням міжнародних угод та чинному національному законодавству нашої держави.

У разі ввезення в Україну з метою збуту чи розповсюдження, виготовлення, зберігання, перевезення чи іншого переміщення з тією самою метою, або збут чи розповсюдження, а також примушування до участі в створенні творів, виконань, фонограм, відеограм, передач (програм) організацій мовлення порнографічного характеру або таких, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, вчинене слід кваліфікувати виключно за ст. 300 або 301 КК України відповідно. Складу злочину, передбаченого ст. 176 «Порушення авторського права і суміжних прав», такі дії не утворюють навіть за наявності правової охорони зазначених предметів за законодавством іншої країни як об'єктів авторського права і суміжних прав.

З метою дотримання принципу єдності термінології, вважаємо за доцільне в статтях 300 та 301 КК терміни «твір», «зображення» та «інші предмети» слід змінити на термін «продукція», який не лише є більш змістовним, доречним та відповідає термінології Закону України «Про захист суспільної моралі», а й визначатиме, що вказані предмети злочинів не є творами чи іншими об'єктами авторського права і суміжних прав.

Список бібліографічних посилань

1. Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів : від 24.07.1971 // База даних (БД) «Законодавство України» / Верховна Рада (ВР) України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_051 (дата звернення: 17.03.2019).
2. Гулкевич В. Д. Кримінально-правова охорона авторського права і суміжних прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Львів, 2008. 20 с.
3. Зінченко І. О., Тютюгін А. І. Множинність злочинів: поняття, види, призначення покарання : монографія / за заг. ред. В. І. Тютюгіна. Харків : Фінн, 2008. 336 с.
4. Калятин В. О. Интеллектуальная собственность (Исключительные права) : учеб. М. : Норма, 2000. 480 с.
5. Коваленко А. А. Уголовно-правовая охрана авторских и смежных прав : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. М., 2001. 202 л.
6. Коваль А. М. Кримінальна відповідальність за порушення авторського права і суміжних прав: теорія та практика. Київ : Юстініан, 2005. 320 с.
7. Коржанський М. Й. Об'єкт і предмет злочину : монографія. Дніпропетровськ : Ліра ЛТД, 2005. 249 с.
8. Кримінальне право України. Загальна частина : підручник / Г. В. Андрусів, П. П. Андрушко, В. О. Беньківський та ін. ; за ред. П. С. Матишевського. Київ : Юрінком Інтер, 2000. 506 с.
9. Кримінальне право України. Загальна частина : підручник / В. І. Борисов, В. Я. Тацій, В. І. Тютюгін та ін. ; за ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. 5-те вид., перероб. і допов. Харків : Право, 2015. 528 с.
10. Міжнародна конвенція про припинення обігу порнографічних видань та торгівлі ними : від 12.09.1923 // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_592 (дата звернення: 17.03.2019).
11. Нерсисян А. С. Кримінально-правова охорона прав інтелектуальної власності : монографія. Хмельницький : Хмельн. ун-т управління та права, 2010. 192 с.
12. Порностудия подала иск против 9,7 тысяч файлообменщиков // SecurityLab.ru : сайт. URL: <http://www.securitylab.ru/news/399348.php>. <http://www.securitylab.ru/upload/iblock/be1/be12d946ef0cab011e1e29fc32a07cdc.jpg> (дата звернення: 17.03.2019).
13. Право інтелектуальної власності: академічний курс : підручник / О. П. Орлюк, Г. О. Андрощук, О. Б. Бутнік-Сіверський та ін. ; за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. Київ : Ін Юре, 2007. 696 с.
14. Про авторське право і суміжні права : закон України від 23.12.1993 № 3792-XII // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12> (дата звернення: 17.03.2019).

15. Про захист суспільної моралі : закон України від 20.11.2003 № 1296-IV // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1296-15> (дата звернення: 17.03.2019).
16. Про принципи поширення відеозаписів насильницького, жорстокого чи порнографічного змісту : рекомендація № R (89) 7 К Ради Європи від 27.04.1989 // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_723 (дата звернення: 17.03.2019).
17. Про участь України в Європейській культурній конвенції 1954 року : постанова Верховної Ради України від 24.02.1994 № 4030-XII // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4030-12> (дата звернення: 17.03.2019).
18. Розенфельд Н. Віртуальний предмет злочинів, пов'язаних з порушенням авторського права і суміжних прав. *Право України*. 2008. № 5. С. 105–108.
19. Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права / ред. П. Е. Орловский. М. : АН СССР, 1956. 283 с.
20. Тацій В. Я. Об'єкт і предмет злочину в кримінальному праві : монографія. Харків : Право, 2016. 256 с.
21. Угода стосовно припинення обігу порнографічних видань : від 04.05.1910 // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_591 (дата звернення: 17.03.2019).
22. Уголовное право Украины. Общая часть : учеб. / Ю. В. Александров, В. И. Антипов, Н. В. Володько и др. ; за ред. Я. Ю. Кондратьева. Киев : Атика, 2002. 448 с.

Одержано 19.03.2019

УДК 343.35

Артем Олександрович ХЛОПОВ,

аспірант Харківського національного університету внутрішніх справ

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ НЕЗАКОННОГО ПРИДБАННЯ, ЗБУТУ АБО ВИКОРИСТАННЯ СПЕЦІАЛЬНИХ ТЕХНІЧНИХ ЗАСОБІВ ОТРИМАННЯ ІНФОРМАЦІЇ В УМОВАХ РОЗВИТКУ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ

На сьогодні склалася складна ситуація у сфері придбання, збуту або використання спеціальних технічних засобів отримання інформації (далі – СТЗ).

Однією з головних проблем є те, що Служба безпеки України, у підслідності якої перебуває зазначена категорія справ, до СТЗ відносить товари побутового призначення. Така практика призводить до порушення прав і свобод пересічних громадян та стримує науково-технічний прогрес, тим самим поглиблює відставання України в цій галузі порівняно з іншими країнами.

Внести конкретику мала Постанова Кабінетом Міністрів України від 22 вересня 2016 р. № 669 «Деякі питання щодо спеціальних технічних засобів для зняття інформації з каналів зв'язку та інших технічних засобів негласного отримання інформації». У ній визначено, що висновок щодо належності або неналежності засобів до СТЗ надає Служба безпеки України [3].

Якщо зазначити точніше, то право на проведення судових експертиз, експертних досліджень технічних засобів на віднесення їх до СТЗ проводиться – Українським науково-дослідним інститутом спеціальної техніки та судових експертиз Служби безпеки України.

У той же час, здійснення досудового розслідування кримінального правопорушення, передбаченого ст. 359 Кримінального кодексу України також покладається на оперативні підрозділи Служби безпеки України.

Виникає ситуація, коли одноособово за Службою безпеки України визначена виключна підслідність і надання висновку щодо належності засобів до СТЗ. Таке поєднання повноважень є порушенням права особи на справедливий судовий розгляд та принципу змагальності сторін, що закріплено на національному та міжнародному рівні.

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод одним з принципів ч. 1 ст. 6 Визначає принцип «рівності можливостей», у відповідності до якого кожна з сторін під час розгляду справи повинна володіти рівними можливостями та не мати якихось вагомих переваг над опонентом. В основі даного пункту лежить принцип змагальності [5, с. 41].