

Кримінально-правова ймовірність

Станіслав Євгенович Шептуховський*

Український науково-дослідний інститут спеціальної техніки
та судових експертиз Служби безпеки України,

Київ, Україна

*e-mail: nauka_ict@ssu.gov.ua

Анотація

З погляду вчення про склад злочину моменти вчиненням діяння і набуття ним ознаки суспільної небезпечності збігається не завжди. У кваліфікованих за наслідками правопорушеннях небезпечність виникає чи зростає лише з розвитком причинного зв'язку. При закінченому замаху склад правопорушення відсутній, попри завершеність діяння. Перетворенню діяння у подію передують щось, прямо не назване законом. В обох випадках має місце розбіжність у часі між діянням та виникненням його небезпечності. Актуальність дослідження зумовлена неможливістю пояснити таку розбіжність із позицій сучасних уявлень про склад кримінального правопорушення. Відповідно, мета – запропонувати доповнення таких уявлень. Спираючись на спеціально-юридичні методи, обґрунтовано гіпотезу про належність наслідків і причинного зв'язку не до складу кримінального правопорушення а до зовнішньої щодо нього ознаки – суспільної небезпечності. Виникнення стану небезпечності є наслідком, який, залежно від диспозиції норми про кримінальне правопорушення, може мати загальний характер, або ж бути спеціально визначеним (тобто конкретно вказаним у диспозиції кримінального правопорушення, зокрема із «матеріальним» способом конструкції об'єктивної сторони). Як таке діяння не має юридичного змісту без небезпечності; кримінальне правопорушення, як діяння завжди спричиняє її принаймні як «загальний» наслідок. У протилежному випадку йдеться про малозначність. Однак розвиток казуальності, зокрема, якщо він призводить лише до абстрактної небезпечності, залежить не лише від діяння, а й від багатьох інших причин. Звідси виходить відсутність підстав для втручання в діяння, момент суспільної небезпечності якого не настав. Імовірність такого настання є більш або менш обґрунтованою, але все ж прогнозом, оцінкою майбутнього. У низці конструкцій Кримінальний кодекс України вимагає такого прогнозу там, де ще немає події, – як від суб'єкта відповідальності, так і під час кримінально-правової оцінки діяння.

Ключові слова: склад кримінального правопорушення; імовірнісна оцінка; темпоральний розрив; криміналістичне прогнозування.

Probabilistic Criminal Law

Stanislav Ye. Sheptukhovskiy*

*Ukrainian Research Institute of Special Equipment and Forensic Science
of the Security Service of Ukraine,
Kyiv, Ukraine*

**e-mail: nauka_ict@ssu.gov.ua*

Abstract

From the standpoint of the doctrine of the elements of crime, the commission of an act and the moment it acquires the attribute of social dangerousness do not always coincide. In offences qualified by their consequences, dangerousness arises or increases only with the development of a causal link. In the case of a completed attempt, the elements of the offence are absent despite the act being complete. The act's transformation into a legally relevant event is preceded by something not explicitly named by law. In both situations, there is a temporal discrepancy between the act and the emergence of its dangerousness. The relevance of this study lies in the fact that such a discrepancy cannot be explained within existing conceptions of the elements of a criminal offence. Its aim is therefore to propose additions to those conceptions. The hypothesis advanced is that consequences and causality belong not to the elements of the offence but to an external attribute: social dangerousness. The emergence of dangerousness is itself a consequence which, depending on the statutory disposition, may be general in nature or specifically defined (particularly where the objective element is materially constructed). An act has no legal meaning without dangerousness; a criminal offence as an act always produces it, at least in a general form. Otherwise, the matter concerns triviality, i.e. the absence of social dangerousness. Yet the development of causality – even when it leads only to general dangerousness – depends not solely on the act but also on many external factors. Hence, there are no grounds for intervention before dangerousness arises. The likelihood of such emergence remains a forecast, an assessment of future events. Provisions of the Criminal Code of Ukraine demonstrate that the law requires such forecasting both by the liable subject and within legal qualification.

Keywords: social dangerousness; elements of a crime; probabilistic assessment; temporal gap.

Вступ

Законодавство про кримінальну відповідальність має охоронну, захисну функцію. На відміну від цивільного права, в якому деліктні зобов'язання виникають, за загальним правилом, внаслідок заподіяння шкоди, кримінальне правопорушення – це також, і насамперед, вже можливість такого заподіяння. Суспільна небезпечність як характеристика діяння є не власне шкодою, але здатністю її заподіяти. Покарання не зупиняється на відшкодуванні шкоди, воно має забезпечити втрату особою суспільної небезпечності

як результат виправлення засудженого. Йдеться про загрозу, ризик, а не про неминучість чи неодмінність. Тож, застосування кримінального права є оцінкою імовірності. Але, зокрема, в частині оцінки діяння, це означає припущення, гіпотезу, теорему про небезпечність як підставу правового реагування. Хоча критерії формування і правила доказування цього припущення є жорстко визначеними, а достовірність тверджень обвинувачення чи захисту зростає із кожною стадією кримінального провадження, самим предметом кримінально-правової оцінки, кримінального процесу є визначення рівня небезпечності діяння і спір про такий рівень. Така оцінка є нічим іншим, як вибором найбільш імовірного з припущень про зміни у стані загального об'єкта кримінально-правової охорони. Інструментами такої оцінки є визначення наслідків діяння, психічного ставлення особи до нього, порівняння діяння, як стверджуваної загрози, із юридичним складом – як законодавчо закріпленою моделлю загроз. У процесуальному вимірі це також, вельми імовірнісні, підозра, внутрішнє переконання та винуватість поза розумним сумнівом. Результатом стає заперечення чи ні (віднесеної до так званих спростовних) презумпції невинуватості – твердження невизначеної достовірності, яке замінює факт.

Норма прямої дії і вищої юридичної сили встановлює, що «[о]бвинувачення не може ґрунтуватися... на припущеннях» (ч. 3 ст. 62 Конституції України). Важливий із погляду системного тлумачення контекст цього припису є виразно процесуальним. Натомість розширювальний підхід до інтерпретації конституційних норм змушує придивитися на нього і під іншим кутом – як на заборону матеріально-правового припущення. Проведений із цією метою огляд доктринальних аксіом і безпосередньо норм КК України дає змогу дійти висновку, що підстава кримінальної відповідальності констатується як результат визначення суспільної небезпечності діяння, а міра покарання – вимірювання рівня створеної ним небезпеки, тобто імовірності, припущення.

У структурі підстави кримінальної відповідальності наявний об'єктивний чинник, не залежний від волі суб'єкта кримінальної відповідальності. Поведінка цього чинника докорінно впливає на питання про кримінальну відповідальність особи. Це перебіг подій у проміжок часу між діянням і завершенням формування будь-якого складу кримінального правопорушення. Такий перебіг є випадком, цілковито імовірнісним явищем, формою казусу. Заклавши його у згадану підставу, закон робить будь-яке інкриміноване діяння залежним від такого казусу, а вирок як висновок про суспільну небезпечність діяння – похідною презумпцією.

Актуальність обраної теми зумовлена інтересами подальшого розвитку вчення про склад кримінального правопорушення та інституту підстави

кримінальної відповідальності. Розроблення цих теоретичних напрямів стало предметом уваги багатьох вітчизняних вчених, свідченням чого є праці Д. О. Балобанової, І. Б. Газдайка-Василишиної [1], І. Чугуннікова [2], Л. П. Брич [3], П. А. Воробей [4], А. Ю. Строган [5].

Авторська мета полягає в обґрунтуванні ідеї про наділення у матеріальному кримінальному юридичного значення передбаченню (як не інтуїтивного, а раціонального гносеологічного, епістемологічного елемента позитивного і негативного аспектів кримінальної відповідальності), а також ймовірності як можливого, але непевного атрибуту ключових для кримінального права категорій суспільної небезпечності та загрози об'єктові кримінально-правової охорони. Досягнення поставленої мети вимагає вирішення завдання з переконання змісту і взаємозалежності ознак кримінального правопорушення і його складу, а саме – «діяння», «наслідки», «істотна шкода», «суспільна небезпечність» та «винуватість».

Матеріали та методи

Дослідження здійснено як ревізія в цілому консенсусних поглядів української науки кримінального права в частині структури і правового значення складу кримінального правопорушення, уявлень про казуальний зв'язок діяння і наслідку, про вину тощо.

Ідея імовірнісного підходу до оцінки суспільної небезпечності діяння має доктринальне підґрунтя. У багатьох підручниках і дослідженнях з кримінального права суспільна небезпечність подана як матеріальна ознака злочину, за якою діяння або заподіює шкоду відносинам, що охороняються кримінальним законом, або містить у собі реальну можливість заподіяння такої шкоди. Це і закріплена в законі нормативна абстракція (лише можливість (здатність) заподіяння шкоди), і небезпечність конкретно вчиненого злочину, яким ця можливість перетворюється в дійсність і характеризує суспільну небезпечність саме цього злочину [6, с. 77, 95]. Тож, у межах української доктрини вже наявна інтуїція щодо імовірнісної природи суспільної небезпечності, адже вона не зводиться до факту шкоди, а включає загрозу, ризик, імовірність тощо створення такої шкоди винним протиправним діянням. Однак як самостійний елемент кримінально-правової оцінки, що не обмежується моментом вчинення діяння і може існувати в майбутньому часі, суспільна небезпечність докладно не розглядалася. Окрім ізольованих вузьких аспектів (наприклад – дослідження діяння, пов'язаного із ризиком як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, ст. 42 КК України) не стала предметом наукового осмислення і ймовірність як один із параметрів визначення правомірності діяння.

Для досягнення дослідницької мети використано низку загальнофілософських (аналіз, синтез, індукція, абстрагування) і спеціально-юридичних методів (насамперед – догматичний і системного тлумачення). Додатково застосовано елементи кібернетичного підходу: інструмент Microsoft Copilot використано як модуль формалізованого зворотного зв'язку, що виконував функції допоміжного аналітичного контуру (логічна перевірка, пошук джерел, редакційна оптимізація). Імплементация алгоритмічних ефектів підпорядкована авторській дослідницькій логіці та когнітивному контролю.

Результати та обговорення

Ймовірність як підстава визначення обсягу правових обмежень для засудженого

Притягнення до відповідальності за вчинення суспільно небезпечного діяння, так само як і запобігання такому вчиненню, є намаганням відновити стан безпеки. Це управління ризиком. На це вказують приписи про призначення покарання (метою якого, за визначенням (ч. 2 ст. 50 КК України), є запобігання вчиненню правопорушень засудженим та іншими особами), визначення міри цього покарання (достатньої для виправлення та попередження нових кримінальних правопорушень – ч. 2 ст. 65 КК України), оцінка імовірності вчинення нових кримінальних правопорушень у разі звільнення від кримінальної відповідальності (наприклад, ч. 1 ст. 47 КК України – за умови, що особа «...виправдає довіру колективу, не ухилитиметься від заходів виховного характеру та не порушуватиме громадського порядку») чи від відбування покарання (можливість виправлення засудженого без відбування покарання – ч. 1 ст. 75, заміна невідбутої частини покарання більш м'яким «якщо засуджений став на шлях виправлення» – ч. 3 ст. 82 КК України). Це надія на ефективність заходів впливу. Те, що така надія буває марною, законодавець визнав у нормах про рецидив кримінальних правопорушень, відповідальність за невиконання угоди про примирення чи про визнання винуватості, скасування «привілейованого» покарання у разі порушення умов його призначення. Оцінка імовірності під час призначення покарання має і більш очевидне вираження – рекомендаційна для суду, але застосовна для індивідуалізації покарання досудова доповідь (представника) органу пробації містить як обов'язкову складову «оцінку ризиків вчинення повторного кримінального правопорушення» (абз. 3 ч. 3 ст. 9 Закону України «Про пробацію» [7]. Іронічною – і такою, що красномовно вказує на оцінку майбутнього, є назва використовуваної для підготовки зазначеної доповіді підсистеми «КАСАНДРА» [8, пп. 2 п. 3 розділу III] (у грецькій міфології – ім'я пророчиці, яка віщувала про нещастя). Логіка прогнозування небезпеч-

ності, хоч і становить наукову проблему (наприклад, у дослідженнях того, як оцінка ризику визначає обсяг правових обмежень для особи [9]), проте загалом визнається.

Суспільна небезпека як один із напрямів у межах віяла ймовірностей

Ймовірнісне начало стосується і значно більш раннього етапу кримінально-правових відносин, ніж призначення покарання. Закон про кримінальну відповідальність просякнутий ідеєю керування ймовірністю – від завдання із запобігання кримінальним правопорушенням (виключення можливості) до ідеї про суспільну небезпечність (реалізований або ні шкідливий потенціал) як невід’ємну характеристику кримінально караного діяння. Визначивши, які суспільно небезпечні діяння є кримінальними правопорушеннями, КК України став каталогом кримінальних загроз.

Стан захищеності від загроз – це безпека. Бінарні ці категорії – безпека і загроза, пролягають у площині ймовірності. Загроза, яка актуалізувалася, є шкодою. Ймовірність стає фактом – і припиняє свій вплив на майбутнє. Загроза життю є актуальною лише для живих істот; знищене майно втрачає статус об’єкта кримінально-правової охорони. Перехідні стани, в яких трансформація загрози у факт триває, роблять доцільними зусилля із «локалізації» шкоди, а також недопущення каскадного ефекту, коли певна шкода (наприклад, захворювання) сама по собі створює нову загрозу. Тому шкода об’єктові кримінально-правової охорони теж може бути саме суспільно небезпечною. Деякі загрози після свого прояву, реалізації у вигляді фактичної події, не втрачають свого потенціалу і зберігаються як такі.

Головним предметом кримінально-правової оцінки є діяння – вчинене повністю чи частково, особисто чи у співучасті, вперше чи повторно. Для визначення його небезпечності враховується багато ознак – форма вини, обстановка, вік, психічний стан, характер застосованих засобів чи знарядь, правовий статус потерпілого тощо. Надзвичайно важливою характеристикою діяння є його наслідки – можливі чи реальні. Але суттєво, що кримінальній відповідальності у відповідних випадках особа підлягає не за визначені законодавством (як неприпустимі) наслідки, а за діяння, яке їх спричинило. Щоправда, характер таких наслідків дуже часто є а posteriori-підтвердженням того, що діяння на час його вчинення все ж було небезпечним, а тому утворює підставу кримінальної відповідальності. Як пізнавальний акт, кримінально-правова оцінка є ймовірнісним аналізом, здебільшого ретроспективним. У такому аналізі значна увага приділяється встановленню вини – як уявлення самої особи про здатність її діяння створювати небезпеку. Фактична і юридична помилка, спрямованість умислу, евентуальний умисел, екс-

цес співучасника, заздалегідь обіцяне сприяння вчиненню діяння – приклади критеріїв, за допомогою яких визначається рівень суспільної небезпечності діяння як оцінки його шкідливого потенціалу.

У теорії кримінального права питання про підставу кримінальної відповідальності здається остаточно вирішеним. КК України чітко встановлює: такою підставою є «вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад кримінального правопорушення, передбаченого цим Кодексом» (ч. 1 ст. 2 КК України, тут і далі *курсив наш.* – С. III.) [10]. Зрозумілим і важливим є цей наголос: відповідальність настає за наділене ознаками протиправності і суспільної небезпечності діяння, а не за подібні за цими ознаками стан чи бажання. Дефініція кримінального правопорушення (ч. 1 ст. 11) також оперує категорією «діяння» як визначною: «Кримінальним правопорушенням є передбачене цим Кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом кримінального правопорушення». Діянням (дією чи бездіяльністю) є як кримінальний проступок (ч. 2 ст. 12), так і злочин (частини 4–6 ст. 12 КК України).

Поміщення діяння на центральне місце у питанні кримінально-правової кваліфікації підкреслюється і тими приписами КК України, які стосуються темпоральних аспектів, а саме:

- моменту, щодо якого здійснюється кримінально-правова оцінка – «Кримінальна протиправність і караність, а також інші кримінально-правові наслідки діяння визначаються законом про кримінальну відповідальність, що діяв *на час вчинення цього діяння*»; «часом вчинення кримінального правопорушення визнається *час вчинення* особою передбаченої законом про кримінальну відповідальність *дії або бездіяльності*» (відповідно, ч. 2 та ч. 3 ст. 4);
- умов ретроактивності закону про кримінальну відповідальність – ст. 5 КК України, зокрема, ч. 1: «Закон... що... поліпшує становище особи, має зворотну дію у часі, тобто поширюється на осіб, які вчинили відповідні діяння до набрання таким законом чинності»;
- стадій вчинення (умисного) кримінального правопорушення. Зокрема, діяння, «яке містить *усі ознаки складу* кримінального правопорушення, передбаченого відповідною статтею Особливої частини цього Кодексу», визнається закінченим кримінальним правопорушенням (ч. 1 ст. 13 КК України). Якщо особа вчинила *усі дії*, які вважала необхідними для доведення кримінального правопорушення до кінця, але кримінальне правопорушення *не було закінчено з причин, які не залежали від її волі*, має місце закінчений замах (ч. 2 ст. 15 КК Укра-

їни), якщо з причин, що не залежали від її волі, особа не вчинила усіх таких дій, – незакінчений замах¹.

Часом вчинення кримінального правопорушення визнається час вчинення дії або бездіяльності (ч. 3 ст. 4 КК України). У всіх кримінальних правопорушеннях цим моментом визнається *час вчинення діяння*. А от як такий час настання наслідків, якщо вони і підлягають кримінально-правовій оцінці, на визначення цього моменту не впливає. Наприклад, моментом вбивства слід вважати мить нанесення смертельного удару (введення отрути, закладення міни), а не припинення процесів життєдіяльності організму потерпілого. Але загальновідомо, що моментом, з якого вважається закінченим кримінальне правопорушення із матеріальним складом, є момент настання відповідних наслідків. Недбале діяння чи зловживання службовою особою (статті 367 та 364 КК України, відповідно) вважатимуться такими, що містять склад кримінального правопорушення тільки у разі досягнення певного накопичувального ефекту від такого діяння. Далеко не кожне діяння саме в момент свого вчинення, миттєво і одразу, утворює склад кримінального правопорушення. Але ж саме (і, за специфічним з погляду повноти такого складу замаху – лише) те діяння, що містить згаданий склад, є підставою кримінальної відповідальності. «Стоп-кадр» діяння, на якому не можна знайти цих наслідків, відображає щось подібне, але не еквівалентне складу кримінального правопорушення із матеріальним способом конструкції об'єктивної сторони.

Уявлення про розбіжність двох моментів – вчинення діяння і вчинення кримінального правопорушення – надає вчення про стадії кримінального правопорушення. На елементарному, так би мовити хрестоматійному, прикладі закінченого замаху – пострілі із осічкою – можна говорити, що діянням є дія чи бездіяльність особи, а не активованих ними процесів і механізмів. Згаданий невдалий постріл не утворює складу кримінального правопорушення, він є саме закінченим замахом, вчиненням *усіх діянь*, які особа вважала необхідними для доведення кримінального правопорушення до кінця (ч. 2 ст. 15 КК України). Натомість хронологічно близька, але юридично відмінна, наступна подія – осічка, помилка в роботі механізму – є ізольованою від

¹ Обидва види замаху, а також готування (ст. 14 – умисне створення умов для вчинення кримінального правопорушення) не містять усіх ознак складу кримінального правопорушення, тому притягнення до кримінальної відповідальності за їх вчинення потребувало спеціальної норми про настання кримінальної відповідальності щодо них (ст. 16 КК України). Вчинення замаху чи готування не є діянням, «яке містить склад кримінального правопорушення», тому слід говорити про наявність відмінної від згаданої у ч. 1 ст. 2 КК України підстави кримінальної відповідальності. Так само не можна спиратися на ч. 3 ст. 4 КК України для визначення часу вчинення саме готування чи замаху, а не кримінального правопорушення (яким визнається час вчинення особою передбаченої законом про кримінальну відповідальність дії або бездіяльності).

діяння подією в часі. І саме ця відмінність – між закінченим (вчиненням усіх охоплених умислом діянь) замахом і закінченим кримінальним правопорушенням – є ключовою для висновку про те, що склад кримінального правопорушення, зокрема – із формальним та усіченим складом, містить додатковий елемент, який і утворює підставу кримінальної відповідальності (але при цьому не належить до ознаки суспільної небезпечності, оскільки малозначне діяння може її не мати, проте містити такий склад).

Відокремлення у конструкції КК України про закінчений замах моменту вчинення усіх дій від доведення кримінального правопорушення до кінця та від діяння, яке містить усі ознаки складу кримінального правопорушення, означає, що:

- вчинення всіх необхідних дій саме по собі не утворює складу кримінального правопорушення;
- доведене до кінця кримінальне правопорушення означає наявність такого складу (відсутність замаху, наявність закінченого кримінального правопорушення).

Отже, між усіма необхідними діями і доведенням до кінця, між діями і закінченим кримінальним правопорушенням є певні ознаки складу, які можуть настати чи ні внаслідок причин, не залежних від волі особи. Здавалося б, йдеться саме про наслідки умисних дій. Але закон не називає форму вини їх як конкретну ознаку при такій відмінності і не вказує саме на наслідки як на те, чого бракує замаху для того, щоб стати закінченим кримінальним правопорушенням. Чому? Можливі принаймні такі невзаємовиключні пояснення, кожне з яких є відхиленням від сталих уявлень про склад кримінального правопорушення:

- законодавець не відносить наслідки до ознак складу;
- у рамках замаху на кримінальне правопорушення діяння є необхідною, втім, недостатньою умовою вчинення такого правопорушення;
- доведення кримінального правопорушення до кінця може залежати від зовнішніх обставин, і ці обставини враховуються під час кваліфікації кримінального правопорушення.

Зрештою законодавець не пов'язує закінчений замах із настанням наслідків, адже він не обмежує випадки замаху лише кримінальними правопорушеннями із матеріальним способом конструкції об'єктивної сторони. Чи є можливим закінчений замах на діяння із формальним чи усіченим складом? Теорія категоричної відповіді на це запитання не надає [11, с. 258–259], але зауважується, що у цій категорії кримінальних правопорушень виконання усіх діянь становить момент закінчення кримінального правопорушення,

отже, про закінчений замах вже не йдеться [12, с. 45–46, 62, 69]. Але закон, як зазначено вище, не вказує на настання наслідків, він відмежовує закінчений замах інакше – «кримінальне правопорушення не було доведено до кінця ...». Можна припустити, що таке доведення до кінця вимагає не самих лише дій. Або більш широко – що доведення кримінального правопорушення до кінця не визначається моментом завершення формування складу кримінального правопорушення, а залежить від іншої правостворюючої події?

Не наслідок як такий, але можливість чи факт заподіяння «істотної шкоди» дією та бездіяльністю, що формально містять «ознаки діяння, передбаченого цим Кодексом», є обов'язковою ознакою кримінального правопорушення. Без згаданої шкоди діяння є малозначним (ч. 2 ст. 11 КК України). КК України передбачає різні діяння, які заподіюють шкоду – в тому числі не кримінально карані (вчинені несуб'єктами кримінальної відповідальності) та правомірні (в умовах обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння). Утім насамперед КК України визначає, які суспільно небезпечні діяння є кримінальними правопорушеннями (ч. 2 ст. 1), тобто він містить перелік їх юридичних складів. У свою чергу, «істотна шкода», вказана як критерій відмежування від малозначності, є зовнішньою щодо цього складу – і при цьому у реальному чи потенційному заподіянні є ознакою без винятку всіх кримінальних правопорушень. Водночас низка юридичних складів уключає саме «істотну шкоду» як ознаку об'єктивної сторони чи кваліфікуючу ознаку. Що це є юридичний омонім, визначення одним словом чи конструкцією різних змістів: загальної ознаки кримінального правопорушення та одного з факультативних елементів об'єктивної сторони його юридичного складу? Видається, це не так, а йдеться про в цілому звичне співвідношення загального і конкретного.

Обґрунтування для виведення наслідків діяння за межі складу кримінального правопорушення надає сама дефініція останнього (ч. 1 ст. 11 КК України), яку зазвичай подають із описом протилежного явища – малозначного діяння. У силу ч. 2 ст. 11 КК України: «Не є кримінальним правопорушенням дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого цим Кодексом, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі» [10]. Згадаємо, що підстава кримінальної відповідальності є подвійною: діяння, з одного боку, є суспільно небезпечним, і з іншого – містить склад кримінального правопорушення. Тож, здатність заподіяти істотну шкоду все ще є характеристикою діяння і складовою підстави відповідальності, однак вже не його складу. Той

факт, що конкретні наслідки діянь визначені у диспозиціях статей (частин статей) Особливої частини КК України лише означає, що у законі про кримінальну відповідальність диспозиція як складова норми наводить ознаки, належні не лише до складу злочинів, а й до суспільної небезпечності. Так само, як відповідна структурна частина Особливої частини КК України описує караність, яка теж не є ознакою складу. У прикладі з «накопичувальним» ефектом можна говорити так: вчинене діяння є малозначним аж до того, як розвиток наслідкового зв'язку не досягне суспільно небезпечного рівня. Так само кваліфікуючі ознаки, якщо вони характеризуються наслідками (шкодою чи збитками), – не змінюють діяння (у диспозиціях таких частин бачимо *“Те саме діяння, якщо спричинило...”*), але збільшують його суспільну небезпечність, і, відтак – караність. Варто також згадати, що КПК України розглядає як різні обставини, що підлягають доказуванню у кримінальному провадженні «подія кримінального правопорушення (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення)» та «вид і розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням...» (відповідно, п. 1 та п. 3 ч. 1 ст. 91 КПК України) [13].

Чітко розводять «вчинення кримінального правопорушення» і його наслідки КПК України: *«Якщо ... вчинено за межами України, місце проведення досудового розслідування визначає відповідний прокурор з урахуванням місця виявлення ознак кримінального правопорушення, місця перебування підозрюваного чи більшості свідків, місця закінчення кримінального правопорушення або настання його наслідків тощо»* ([13], ч. 3 ст. 218). Легко помітити, що процесуальний закон, на відміну від ч. 2 ст. 6 КК України, допускає можливість розбіжності також між місцем вчинення і закінчення кримінального правопорушення.

Таким чином, оскільки часом і місцем саме діяння визначається склад кримінального правопорушення, виникає питання про належність до такого складу «наслідку», структурно відділеного від «діяння».

Розглянемо припущення, згідно з яким наслідки і причинно-наслідковий зв'язок взагалі не належать до ознак складу кримінального правопорушення. У науці кримінального права вважається, що там, де диспозиція юридичного складу кримінального правопорушення визначає настання наслідків, вони є обов'язковим елементом складу такого, конкретно визначеного юридичного складу. Це вже згадані кримінальні правопорушення із матеріальним способом побудови об'єктивної сторони, або, спрощено – кримінальні правопорушення з матеріальним складом. Але оскільки існують інші (т. зв. формальні та усічені) склади, в яких ці наслідки і зв'язок не є предметом кримінально-правової оцінки, вказані ознаки називають факультативними.

А втім, склад кримінального правопорушення не є його достатньою ознакою. Кримінальним правопорушенням (ст. 11 КК України) є суспільно небезпечне винне діяння, яке містить згаданий склад. Суспільну небезпечність визначають через її протилежність – малозначність: «Не є кримінальним правопорушенням дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого цим Кодексом, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто *не заподіяла і не могла* заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі» [10]. Заподіяння чи можливість заподіяння шкоди є ознакою суспільної небезпечності, тобто властивістю будь-якого кримінального правопорушення. Чи потребує така шкода встановлення причинно-наслідкового зв'язку? Ні, оскільки суспільна небезпечність має місце і тоді, коли діяння лише могло заподіяти істотну шкоду, але не заподіяло. Чи є таке заподіяння чи можливість заподіяння ознакою складу кримінального правопорушення? Ні, інакше не було би потреби виокремлювати їх у самостійну ознаку, суспільна небезпечність була би іманентна будь-якому складові кримінального правопорушення. Але це не так, і склад може не містити суспільної небезпечності (див. ч. 2 ст. 11 КК України). Проте деякі склади містять таку шкоду, як ознаку своєї об'єктивної сторони, тобто мають матеріальний спосіб побудови об'єктивної сторони. Чи можна говорити про те, що діяння, яке містить саме матеріальний склад кримінального правопорушення, в принципі не може бути малозначним? Позитивна відповідь на це питання не спростовує можливості виведення згаданих факультативних ознак за межі складу. Якщо ж шкода, наслідки входять до складу кримінального правопорушення, як вони співвідносяться із можливою чи дійсною «істотною шкодою» як синонім суспільної небезпечності у визначенні кримінального правопорушення? Напрощується думка, що наслідки і причинно-наслідковий зв'язок є ознакою не складу, а відокремленої від нього ознаки кримінального правопорушення. Таким чином, те, що наразі відомо під кримінальними правопорушеннями із матеріальним складом є нічим іншим, як кримінальними правопорушеннями зі спеціально визначеним видом, характером і розміром шкоди. Таке спеціальне визначення парадоксальним чином відмежовує кримінальні правопорушення від схожих за своїм складом, втім – не кримінально протиправними.

Наприклад, спеціальна норма уточнює, що (суспільно небезпечне в принципі) безгосподарське використання земель є кримінально протиправним лише у разі втрати родючості ґрунту, порушення його структури тощо (ч. 1 ст. 254 КК України), а забруднення чи псування земель – лише якщо воно становить небезпеку для життя чи здоров'я людей, чи довкілля (ст. 239 КК України).

Усталеним є погляд, згідно з яким будь-яке кримінальне правопорушення, будь-яке діяння у його складі є суспільно небезпечним, оскільки об'єкту кримінально-правової охорони, охоронюваним цінностям, відносинам завдається шкода, спотворюється встановлений у суспільстві і захищений кримінальним правом порядок. Таке спотворення і є шкодою. Тому джерелом шкоди є будь-який юридичний склад – формальний, матеріальний чи усічений – та будь-яке незакінчене кримінальне правопорушення (попри те, що воно, суворо кажучи, кримінальним правопорушенням не є, адже не містить його складу). Шкода може бути реальною (протилежне малозначності – дія чи бездіяльність заподіяла) чи потенційною (могла заподіяти), але в будь-якому разі – є істотною. Водночас, не суперечить приписам КК України теза про те, що так звані кримінальні правопорушення із матеріальним складом, визначаючи наслідки як обов'язкову ознаку, визначають за її допомогою не юридичний склад, а спеціальний припис стосовно характеру суспільної небезпечності діяння. Адже правоутворювальною подією, яка замикає фактичний склад, є діяння, а не наступний за ним наслідок.

Звідси інше питання: чи може наступна подія мати реверсивне значення, визначити юридичний зміст, характеристику діянь, через які вона настала? Можна стверджувати, що так, і причинно-наслідковий зв'язок є саме такою ретроспективою. Отже, нейтральне з кримінально-правового погляду діяння лишається байдужим до кримінального права явищем чи, навпаки, набуває ознак кримінальної протиправності вже потім – із настанням чи можливістю настання наслідків, зокрема істотної шкоди. Але для такої ретроспективи потрібна хронологічна відстань, довжиною щонайменше у час, необхідний для настання наслідку чи для формування умов такого настання. До його впливу має місце невизначеність. Якщо послуговуватися термінологією теорії імовірностей, таку невизначеність відображає віяло можливих варіантів розвитку – *дерево подій* – яке має своїм корінням (т. зв. *trial*, випробування) певну початкову точку – першопочаткова подія (метод аналізування дерева подій, англ. *Event tree analysis*) [14, с. 41]. У контексті суспільної небезпечності нею є діяння. Від цієї точки відходять гілки – альтернативні події, кожна з яких породжує наступні розгалуження (діапазон результатів). Такими подіями можуть бути охоплені чи такі, що перебувають за межами кримінальної протиправності, наслідки. Конкретний результат – «елементарна подія» не завжди є математично найбільш імовірним. У дереві подій завжди є гілки з дуже малою ймовірністю, відтинати які не можна. Користуючись метафорою дерева, зазначимо, що використовувати «елементарну подію» для однозначного опису *trial* можна лише за відсутності побічних впливів, в умовах жорсткої зумовленості, повністю контрольованого експерименту. Будь-яке

відгалуження свідчить про випадковість, наявність стохастичного елемента. Вага його впливу може бути мізерною – або визначальною. Такий вплив дійсно оцінюється, коли йдеться про дослідження причинно-наслідкового зв'язку. Але не слід забувати, що йдеться про оцінку саме діяння – початкової точки. Будь-яка ймовірність настання альтернативних подій за межами кримінальної протиправності породжує сумнів щодо абсолютності суспільної небезпечності діяння. З погляду іншої складової презумпції невинуватості, імперативу «Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь» (ч. 3 ст. 62 Конституції України [15]) стохастичність у момент розвитку ймовірностей мала би виключати обвинувачення.

Проте відбувається протилежне. *Event tree analysis* з погляду управління ризиками є лише одним із методів, який забезпечує переведення ймовірностей різних першоподій у можливі результати [14; 16]. Рухові оцінки від наслідків до першоподії відповідають інші методи. Так, рішення про криміналізацію перекликається із методом *аналізування дерева відмов* (англ. Fault tree analysis, FTA) [14, с. 37–39], для якого спочатку визначають небажану кінцеву подію (завершальна подія), а потім – усі способи, за якими вона може відбутися (причинні події). Натомість віднесення діяння до кримінально протиправних лише у випадку, коли настали наслідки, укладається у метод *аналізу першопричин* (англ. Root cause analysis, аналіз кореневих причин, аналіз основних причин) – аналіз окремої втрати, що сталася, з метою розуміння зумовлюваних чинників і того, як систему чи процес можна вдосконалити, щоб надалі уникнути аналогічних втрат. Лише усунення першопричини попереджає виникнення підсумкової небажаної події. Неосновні фактори мають вплив на проблему, але їх усунення, хоч і дає переваги у підсумку, не гарантує попередження виникнення проблеми [16]. Кримінальна відповідальність є засобом уникнення «втрат», тобто кримінальних правопорушень особою, яка їх вчинила. Кримінологія як наука про масові кримінальні правопорушення фокусується глибше, і в рамках такого підходу вважала би першоджерелом не засудженого, а детермінанти злочинності.

Однак у термінології ризик-менеджменту «завершальна подія» є саме тим об'єктом, який є результатом «причинних подій». Якщо діяння не завершує склад кримінального правопорушення, його не можна вважати «завершальною подією». Що саме є такою подією – належить з'ясувати. Але термінологічне позначення для нього може бути запозичене зі сфери знань, яка оперує ймовірностями. Так само, як це насправді робить і кримінальне право.

У будь-якому разі, момент вчинення діяння і момент його правової оцінки є розбіжними. Питання про суспільно небезпечний характер діяння вирішу-

ється попереднім числом, за фактом. Має місце явище інверсії спостерігача, для якого оцінка імовірності виглядає не так, як для суб'єкта вчинення діяння.

Та що, як чекати наслідків не можна, адже небезпеку слід відвернути? Негайна оцінка відбувається під час необхідної оборони, крайньої необхідності, визначення явної злочинності наказу чи розпорядження, затримання особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, тощо, а також у приєднанні до умислу під час виконання кримінально протиправних дій у випадках вчинення діяння групою осіб без попередньої змови (ч. 2 ст. 27 КК України). Очевидно, що йдеться про прогноз, висновок про подію, яка не настала. Такий висновок може ґрунтуватися на оцінці вже наявних наслідків – щодо подальших. Наприклад, особа завдає серію ударів, і висновок про небезпечність нових ударів, про їх можливу тотожну силу і кількість впливає з факту вже наявного нанесення. Прогноз може спиратися і звичайному розвитку подій: застосування вогнепальної зброї майже напевне спричинить пошкодження майна, тяжкі тілесні ушкодження чи смерть, тож, готовність певної особи до її застосування створює у потенційного потерпілого уявлення про небезпеку – і право на самозахист. Приписи КК України про критерії правомірності уявної оборони (ст. 37) та непадлягання кримінальній відповідальності за перевищення меж крайньої необхідності (ч. 3 ст. 39) та про відповідальність за поставлення (ч. 1 ст. 130, ст. 142) чи залишення (ст. 135) у небезпеці або ненадання допомоги особі, яка перебуває у небезпечному для життя стані (ст. 136), є прикладами того, що оцінка майбутнього наслідку під час вчинення діяння, тобто – оцінка небезпечності діяння – є обов'язком суб'єкта кримінальної відповідальності. Навіть більш наочно цей обов'язок – щодо оцінки суспільної безпечності власних діянь – закріплено у визначенні вини та її форм. Наприклад, прямий умисел – це коли особа, зокрема, усвідомлювала суспільно *небезпечний* характер свого діяння і *передбачала* суспільно небезпечні наслідки (ч. 1 ст. 24), кримінально протиправна недбалість – коли особа *не передбачала* можливості настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння (дії або бездіяльності), хоча *повинна була і могла їх передбачити*.

Повертаючись до питання про місце наслідків – у складі кримінального правопорушення чи за межами такого складу, – зауважимо, що вина у всіх її формах завжди стосується оцінювання небезпечності діяння та небезпечності наслідків, незалежно від того, в який спосіб побудовано об'єктивну сторону. Вочевидь, вина є психічним ставленням саме до «істотної шкоди» як загальної ознаки суспільної небезпечності дії чи бездіяльності, а не тільки як до факультативного елемента об'єктивної сторони складу кримінального

правопорушення. У такому разі встановлення вини передбачає доведення здатності особи до оцінки ймовірності, породженої її діянням. Так, ставленням не до діяння, а лише до наслідків характеризуються обидві форми необережності (ст. 25 КК України). Забігаючи дещо наперед, звернімо увагу, у разі помилки в оцінюванні ймовірності, яку становить кримінально протиправна самовпевненість (ч. 2 ст. 25 КК України), особа винна тому, що, передбачивши можливість настання суспільно небезпечних наслідків, легковажно розраховувала на їх відвернення. Хоча цей вид необережності і називається «самовпевненістю», закон ніяк не вказує, що згадане відвернення має бути результатом інших діянь цього ж суб'єкта. Йдеться про відвернення як ненастання через дію будь-яких сил ймовірного, але, на думку винного – не неодмінного.

Щодо цього доречно навести критику обвинувачень, які базуються на статистичному обґрунтуванні виключення малої ймовірної причини, зокрема, як виправдувальної обставини. Як зазначає Amit Pundik (2020), твердження про те, що результат був спричинений певною причиною, не повинно спиратися на статистичних доказах надзвичайно низької ймовірності альтернативної причини – незалежно від того, наскільки надійним є статистичний аналіз [17, с.97].

Спираючись на поданий у ч. 2 ст. 11 КК України опис суспільної небезпечності діяння, знову зауважимо – небезпечним є і те, що заподіяло, і те, що лише могло заподіяти істотну шкоду, тобто, власне, наслідки. Отже, йдеться про можливе, про прогноз, судження про ймовірне.

Також слід зазначити, що використання (у ч. 2 ст. 11 КК України) фактичного заподіяння шкоди, реального наслідку (діяння, яке (не) заподіяло істотну шкоду) для характеристики небезпечності суперечить буквальному значенню слова «небезпека», адже перехід загрози у реальність змінює ймовірне на дійсне, загроза стає подією. Настання смерті особи виключає можливість її повторної смерті, знищення майна – припиняє всі загрози його існуванню як нікчемні, позбавлені об'єкта, крадіжка – виключає нове незаконне заволодіння цим саме майном. Більш точним було би застосування для визначення кримінального правопорушення і малозначності таких ознак діяння, як його суспільна *шкідливість* та суспільна небезпека, тобто виведення заподіяної істотної шкоди за межі категорії «суспільна небезпека» (яка етимологічно відображає лише можливість [18, с. 81]). Але така чіткість зробила би більш помітною неналежність загрози, небезпеки, до дійсності. Адже виходить так, що через кримінальне правопорушення карається те, що було, – діяння – за те, у що воно може вилитися, – майбутній наслідок. Висновок про небезпеку – це припущення, а не констатація.

Юридичну значущість відмінності між (будь-яким, зокрема, закінченим) замахом і (закінченим) кримінальним правопорушенням позначають частини 3, 4 ст. 68 КК України (покарання не може перевищувати двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини цього Кодексу; за загальним правилом не застосовується довічне позбавлення волі). Згадані «причини, внаслідок яких кримінальне правопорушення не було доведено до кінця» підлягають врахуванню при призначенні покарання (ч. 1 ст. 68 КК України), причому – окремо від оцінювання «тяжкості вчиненого особою діяння» та «ступеня здійснення кримінально протиправного наміру». Отже, довершують правопорушення, надають його складу повноти ознак – незалежні від волі, такі, що не визначають тяжкості самого діяння, але юридично значущі «причини».

Темпоральний підхід дозволяє відчутти і іншу суперечливість у питанні про юридично значущий момент порушення кримінально-правової заборони і виникнення підстави для кримінальної відповідальності. Адже закінченим кримінальним правопорушенням є діяння, яке містить усі ознаки складу кримінального правопорушення; таке діяння і є підставою кримінальної відповідальності. Згідно з доктринальними поглядами щодо такого складу, його обов'язковою (присутнім у кожному правопорушенні) ознакою є, власне, діяння, а факультативними (обов'язково притаманними не всім, а деяким складам кримінальних правопорушень, передбачених Особливою частиною КК України) ознаками є суспільно небезпечні наслідки та їх причинно-наслідковий зв'язок з діянням. Згадаємо, що часом вчинення кримінального правопорушення *визнається* час вчинення діяння. Слово «визнається» вказує на певну розумову операцію, очевидною є юридична фікція – спеціальне правило, яке свідомо відходить від фактичної реальності, покликане спростити правозастосування. Дійсно, наявність усіх ознак складу кримінального правопорушення саме в час вчинення діяння є, радше, винятком (а саме – виникнення загрози громадській безпеці як наслідок терористичного акта, котрий вважається кримінальним правопорушенням із «матеріальним» складом об'єктивної сторони), ніж правилом. Причинно-наслідковий зв'язок потребує певного часу для розвитку; він може не призвести до суспільно небезпечного наслідку, що докорінно змінює кримінально-правову оцінку діяння. Згадаємо, що не всі діяння, які Особлива частина КК України вважає кримінально протиправними лише у разі настання визначених у диспозиції наслідків, характеризуються умисною формою вини. Отже, просто недбале діяння може бути – або ні – кримінально протиправним лише тоді і якщо настануть наслідки. Часовий розрив залишає самому суб'єкту, іншим осо-

бам чи навіть випадковому перебігу подій можливість відвернути можливі наслідки. Однак, чи можна у такому разі ігнорувати той факт, що діяння вже відбулося? Як охарактеризувати юридичний ефект втрати діянням, яке могло призвести до наслідків, отже, є суспільно небезпечним, але таких наслідків на момент кримінально-правової оцінки немає?

Наприклад, у ст. 251 КК України саме по собі порушення ветеринарних правил не містить складу кримінального правопорушення, поки не настануть подані в диспозиції як спричинені таким діянням наслідки: «поширення епізоотії або інші тяжкі наслідки». Йдеться не просто про, наприклад, інкубаційний період певної хвороби, а про перевищення визначеного ветеринарією певного кількісного порогу, облікованого кількістю вражених тварин залежно від небезпечності збудника, тобто про епізоотію. Інший, також медичний, приклад – група норм про зараження людини вірусом, невиліковною інфекційною хворобою, зокрема – небезпечною для життя людини (ст. 130 КК України), венеричною хворобою (ст. 133 КК України). Особливістю вірусних і інфекційних хвороб є те, що зараження залежить від багатьох чинників, які не можуть повністю контролюватися винним – гігієна, стан організму потерпілого, насамперед імунітет, умови навколишнього середовища тощо. Часом скоєнням таких кримінальних правопорушень є вчинення дії чи бездіяльності. Наслідок, якщо він настає, має місце пізніше. Коли він не настає, діяння – те саме з погляду суб'єктивних ознак і з «технічної» точки зору – не вважається суспільно небезпечним.

Таким чином, повністю завершене діяння може бути явищем, байдужим до кримінального права, до моменту епізоотії чи розвитку в організмі людини вірусу чи інфекції. Лише потім, «заднім числом» діяння підлягає кримінально-правовій оцінці як суспільно небезпечне на момент його вчинення, – лише у разі, якщо в подальшому воно призвело до суспільно небезпечних наслідків. Залежно від результату діяння, ретроспективна кримінально-правова оцінка (інкримінування *post factum*) можна розглядати двояко. Як «призначення винних», що містить елементи об'єктивного ставлення. Або діяння, яке за загальними ознаками (ч. 2 ст. 11 КК України) могло заподіяти істотну шкоду ігнорується і не визнається небезпечним лише тому, що не настали спеціально визначені наслідки. У будь-якому разі, як і в ситуації із закінченим замахом, у кримінальних правопорушеннях, які не характеризуються умислом, також є період часу, протягом якого технічно закінчена дія юридично ще не набула властивостей суспільно небезпечної. Так само формування складу кримінального правопорушення завершує більш або менш імовірна подія, випадковість. Цей період невизначеності залежить від зовнішніх щодо суб'єкта відповідальності обставин, тобто від взаємодії

імовірнісних процесів. Цілком подібна залежність існує і у кримінальних правопорушеннях, у яких фактичний наслідок як частина евентуального умислу є кваліфікуючою чи особливо кваліфікуючою ознакою діяння.

Доктрина кримінального права розглядає явище казусу – настання суспільно небезпечних наслідків у результаті діянь, які за звичайних обставин до нього не могли призвести; казус, або ж випадок не тягне кримінальної відповідальності. Як розглянуто вище, ситуація може бути дзеркально протилежною «безневинному» казусу – протиправне саме по собі діяння до небезпечного наслідку не призвело. Чому такий, щасливий для об'єкта кримінально-правової охорони, випадок також знімає питання про притягнення до кримінальної відповідальності за вчинені діяння? Адже, ані наприклад, недбала дія, ані легковажність у розрахунку на відвернення її наслідків нікуди не поділись і на момент свого вчинення створювали таку саме небезпеку, як і ті, що завершилися трагічно.

Втручання в імовірність

КК України має своїм завданням, зокрема, правове забезпечення охорони низки об'єктів від кримінально протиправних посягань, а також запобігання кримінальним правопорушенням (ч. 1 ст. 1 КК України), і для цього завдання КК України визначає, які суспільно небезпечні діяння є кримінальними правопорушеннями (ч. 2 ст. 1) [10]. Отже, з усієї множини суспільно небезпечних діянь деякі є кримінальними правопорушеннями, і перелік саме таких діянь визначає КК України. Вказане дозволяє розглядати останній якщо не як модель кримінально-правових загроз, то принаймні як правову основу такої моделі. Запобігання кримінальним правопорушенням як обов'язок держави², вимагає від неї проактивного втручання задля відвернення

² Термінологічна ремарка: роздільне застосування вказує на невзаємозамінність слів «запобігання» і «попередження», коли йдеться про завдання правоохоронних інституцій (ч. 1 ст. 1 Закону України «Про Національне антикорупційне бюро України»): «...покладається *попередження*, виявлення, припинення, розслідування та розкриття корупційних та інших кримінальних правопорушень, віднесених до його підслідності, а також *запобігання* вчиненню нових»; Закон України «Про Службу безпеки України»: «... *попередження*, виявлення, припинення та розкриття *кримінальних правопорушень* ... та інших протиправних дій, які безпосередньо створюють загрозу життєво важливим інтересам України» (ч. 2 ст. 2); «здійснювати контррозвідальні заходи з метою *попередження* ... будь-яких форм розвідально-підривної діяльності проти України» (п. 4 ч. 1 ст. 24); «здійснювати *попередження*... злочинів технологічного тероризму, *запобігання* вчиненню терористичних актів з використанням небезпечних хімічних речовин, диверсій у суб'єктів господарювання хімічної промисловості та на об'єктах критичної інфраструктури» (п. 22 ч. 1 ст. 24); ст. 1, ч. 1 ст. 5 Закону України «Про Державне бюро розслідувань»: «...покладаються завдання щодо *запобігання*, виявлення, припинення, розкриття та розслідування кримінальних правопорушень, віднесених до його компетенції», «... вирішує завдання із *запобігання*, виявлення, припинення, розкриття і розслідування... [злочинів...]»)

загроз, зокрема – реальних. Зрозумілим є кінцевий момент запобігання: залежно від успіху, це унеможливлення вчинення кримінального правопорушення, або, навпаки, момент такого вчинення.

Щоби не перетворитися на свавілля, втручання повинно мати правові підстави, юридичні критерії.

Коли для цілей кримінально-правової оцінки необхідно оцінити заподіяну шкоду, все здається доволі простим – провадиться оцінка збитків, досліджується характер тілесних ушкоджень, визначається глибина моральних страждань. Певні складнощі виникають під час доказування причинно-наслідкового зв'язку, адже йдеться про згаданий вище рух у зворотному напрямі детермінованості та імовірності: діяння має бути необхідним і достатнім, а залежно від наукових поглядів – також основною чи єдиною причиною наслідку. Але як визначати перспективну шкоду? Описати факт, який не став реальністю? Чи існують правові підстави для втручання, коли суспільна небезпека ще не впала з дерева можливостей у вигляді злочинного наслідку? Адже це втручання – це не тільки правообмеження щодо поведінки, яка формально не є кримінально протиправною, але також конкретні матеріально-технічні і фінансові ресурси. У розрізі згаданих вище прикладів – визначити і діагностувати контактну групу носія інфекції, провести ветеринарні заходи раннього попередження епізоотій (наприклад, забій худоби), здійснити своєчасну меліорацію ґрунту, скасувати рішення – з погляду презумпції невинуватості – (ще) не зловживаючої і не недбалोї – службової особи, які не призвели, але, ймовірно, призведуть до істотної

у близьких, але не тотожних запобіганням конструкціях сформульовано обов'язок підрозділів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність – «...вживати необхідних оперативно-розшукових заходів щодо *попередження*, своєчасного виявлення і припинення кримінальних правопорушень та викриття причин і умов, які сприяють вчиненню кримінальних правопорушень, здійснювати *профілактику* правопорушень»; п. 4 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про Бюро економічної безпеки України»: «забезпечення економічної безпеки держави шляхом *запобігання*, виявлення, припинення, розслідування кримінальних правопорушень, що посягають на функціонування економіки держави»). На підрозділи, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, покладено обов'язок «вживати необхідних оперативно-розшукових заходів щодо *попередження*, своєчасного виявлення і припинення кримінальних правопорушень та викриття причин і умов, які сприяють вчиненню кримінальних правопорушень, здійснювати *профілактику* правопорушень» (п. 1 ч. 1 ст. 7 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»), окремі права таких підрозділів можуть бути реалізовані «виключно з метою *запобігання вчиненню* тяжкого або особливо тяжкого злочину, *запобігання* і *припинення терористичних актів* та інших *посягань* спеціальних служб іноземних держав та організацій, якщо іншим способом одержати інформацію неможливо», «При застосуванні оперативно-розшукових заходів працівники оперативних підрозділів зобов'язані враховувати їх відповідність ступеню суспільної небезпеки кримінально протиправних посягань та загрозі інтересам суспільства і держави.» (ч. 3 ст. 8, ч. 7 ст. 9 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»).

шкоди чи тяжких наслідків? Перехідний, квазізлочинний чи квазіделіктний етап розвитку казуальності не може бути виправданням для пасивної, очікувальної поведінки органів, на які покладено, крім припинення, також попередження і запобігання кримінальним правопорушенням. Їхньою практикою вироблено широке коло підходів щодо припинення попередньої кримінально протиправної діяльності, коли реалізація умислу припиняється на стадіях готування чи замаху. Але не слід забувати і про потребу припинення необережних кримінальних правопорушень. Крім того, існують суцільні сфери, в яких суспільна небезпечність умисного діяння не є цілком очевидною, і оцінка шкідливого потенціалу діяння потребує спеціальних знань, відсутніх у слідчих чи оперативних працівників. Їх власні припущення щодо очікуваних збитків, імовірної шкоди, реальності загроз тощо чи відповідні повідомлення заявників, посадових осіб, потребують інструменту перевірки. Видається обґрунтованим, що таким засобом має бути криміналістика. Адже до предмета цієї сфери науки і практичної діяльності доволі одностайно відносять «криміналістичну» чи «експертну» профілактику, покладають завдання із забезпечення не лише розслідування, а й попередження та запобігання кримінальним правопорушенням та навіть усунення детермінант злочинності (наприклад, [19, с. 126]). Вочевидь, презумпція невинуватості створила своєрідну пастку для проактивної і предиктивної правоохоронної діяльності і її криміналістичного забезпечення – протидія діяння, суспільна небезпечність якого не є очевидною, ставить правоохоронців у юридично вразливе становище. У світлі наведених поглядів про імовірнісне начало у кримінальному праві можна запропонувати дві складові рішення цієї комплексної проблеми: методологічний розвиток криміналістичного прогнозування, *forensic forecast* як документального обґрунтування імовірності створення суспільно небезпечних наслідків та доповнити обвинувально-персональний спосіб захисту від кримінальних загроз превентивними механізмами.

Інакше кажучи – діяння чи суб'єкт його вчинення мають розглядатися не як першопричина імовірного кримінального правопорушення, а як відправна точка імовірності створення суспільно небезпечних наслідків, визначених у КК України. Явна чи констатована експертним висновком суспільна небезпечність діяння за такого підходу не зводиться до кримінального провадження, і потребуватиме інших організаційно-правових форм. Найближчим прикладом такої проактивності є процедура забезпечення безпеки особи, яка бере участь у кримінальному судочинстві – яка включає оцінку загрози як реальної, визначення об'єкта, способу і строків заходу. Кримінальне провадження щодо джерела загрози є в цій діяльності побічним аспектом. Цей

приклад показує, що правова система вже має досвід інституційності щодо превентивних заходів, які ґрунтуються на оцінці ймовірності загрози.

Підсумовуючи, зазначимо, що *forensic forecast* як принципово новий метод криміналістичного забезпечення має підстави стати документальною формою обґрунтування ймовірності суспільно небезпечних наслідків. Він дозволить легітимізувати проактивне втручання без підміни кримінального провадження і вивести запобігання кримінальним правопорушенням за межі суто обвинувально-персональної логіки.

Висновки

Суспільна небезпечність діяння як обов'язкова ознака кримінального правопорушення – це характеристика, яка формується поза складом такого правопорушення, тому не складається з його елементів і може не збігатися із ним у часових межах. Її змістом є істотна шкода. Вона буває дійсною і потенційною. Потенційне завжди ймовірніше, а дійсне може зберігати потенціал у каскадному розвитку. З погляду фактично запропонованої у статті ревізії доктринальної конструкції складу кримінального правопорушення (яка в цьому питанні не має чіткої опори в законі), наслідки і казуальний зв'язок слід вважати не ознакою складу, а загальними чи спеціальними (визначеними в диспозиції (частини) статті Особливої частини КК України) ознаками суспільної небезпечності діяння. Оскільки вони перебувають поза складом, формування останнього ще не означає закінчення кримінального правопорушення – із будь-якою формою об'єктивної сторони (матеріальна, формальна) чи формою вини (умисел, необережність). І навпаки, при несформованому складі діяння самі по собі набувають ознак небезпечності і тому настає відповідальність при незакінченому кримінальному правопорушенні. Таким чином, склад кримінального правопорушення слід розуміти як мінімальну юридичну модель діяння, тоді як суспільна небезпечність – як його зовнішню характеристику, що добудовується у часі. Всупереч положенням матеріального права про підставу кримінальної відповідальності як діяння, яке містить склад кримінального правопорушення, «заключним випадком», є набуття діянням достатньої суспільної небезпечності. Таке набуття може відриватися в часі від діяння. У такому разі кримінально-правова оцінка робиться пост-фактум і насправді є зворотною реконструкцією. Але в такій реконструкції рух від наслідків до причини має враховувати, чи вагомими є випадковості і чи містило «дерево можливостей» варіанти правомірного розвитку подій. Якщо так – має місце сумнів щодо вини, і він тлумачиться на користь особи.

Ймовірніше є припущенням. Тому можливість заподіяння діянням істотної шкоди як загальна ознака суспільної небезпечності (ч. 2 ст. 11 КК України),

а не спеціально визначений у диспозиції статті (частини статті) Особливої частини КК України наслідок, відкидається при правозастосуванні.

Юридично невизначений стан діяння, яке після його вчинення ще не призвело до суспільної небезпечності, гостро ставить питання втручання, зокрема, правоохоронного, у розвиток подій. Відвернення наслідків, локалізація шкоди до допорогового рівня має результатом істотне зниження суспільної небезпечності. Визначення підстав втручання вимагає доволі чіткого прогностичного висновку щодо питання про імовірний чи звичайний, або ж неодмінний розвиток подій. Формулювання такого висновку, вочевидь, має стати самостійним напрямком криміналістичної експертизи – але не для цілей обвинувачення, а задля запобігання і попередження кримінальних правопорушень. Цікаво, що згадане правоохоронне втручання і саме є випадковістю. Аналогічно до цивільно-правового поняття обставин непереборної сили, які уключають рішення органів влади. Такий «форс-мажор» не виключає можливості притягнення до відповідальності за закінчений замах – діяння, суспільно небезпечний потенціал якого не був насправді реалізований.

У цілому, оцінка імовірності, управління ризиками є повсякденністю у кримінально-правових відносинах. Наявні конституційні бар'єри – неприпустимість використання обвинувачення у припущенні та тлумачення сумнівів щодо вини на користь її відсутності – у світлі цього аспекту, схоже, відкидаються як практикою, так і теорією.

Список використаних джерел

- [1] Балобанова Д. О., Газдайка-Василишин І. Б. Кримінальна відповідальність та її підстава : навч. посіб. Львів : Львів. держ. ун-т внутр. справ, 2024. 52 с. URL: https://dspace.lvduvs.edu.ua/bitstream/1234567890/8094/1/balobanova-gazdajka_MAKET.pdf (дата звернення 09.10.2025).
- [2] Чугуніков І. Підстава кримінальної відповідальності та тенденції розвитку кримінального законодавства України. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 9. С. 223–233. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2018/9/42.pdf> (дата звернення 09.10.2025).
- [3] Брич Л. П. Теорія розмежування складів злочинів : монографія. Львів : Львів. держ. ун-т внутр. справ, 2013. 712 с.
- [4] Воробей П. А. Кримінально-правове ставлення в вину : монографія. Київ : Атіка, 2009. 176 с.
- [5] Строган А. Ю. Склад злочину як підстава кримінальної відповідальності : навч. посіб. Київ : Атіка, 2007. 424 с.
- [6] Кримінальне право України: Загальна частина : підручник / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов ; за ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. 2-ге вид., перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2005. 480 с. URL: <https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/309/1/Krym-Zagal.pdf> (дата звернення: 09.10.2025).
- [7] Про пробацію : Закон України від 05.02.2015 р. № 160-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/160-19#Text> (дата звернення 09.10.2025).

- [8] Про затвердження Порядку складення досудової доповіді : наказ М-ва юстиції України від 27.01.2017 р. № 200/5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0121-17#Text> (дата звернення 09.10.2025).
- [9] Yogev D. Attribution Matters: How Causal Explanations Influence Perceptions of Dangerousness and Racial Classification. *Criminal Justice and Behavior*. 2025 Vol. 52, No. 6. P. 916-936. <https://doi.org/10.1177/00938548241307234>.
- [10] Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 08.09.2025).
- [11] Павлів Н. Окремі питання замаху на злочин. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 5. С. 258–261. <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.45>.
- [12] Горностаї А. В. Кримінальна відповідальність за замах на злочин : монографія. Харків : Юрайт, 2013. 232 с. URL: https://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/MONOGRAFIJ_2016/Gornostay_mon_2013.pdf (дата звернення: 09.10.2025).
- [13] Кримінальний процесуальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 08.09.2025).
- [14] Керування ризиком. Методи загального оцінювання ризику (стандарт ІЕС/ISO 31010:2009). 2021. URL: <https://wiki.nazk.gov.ua/archive/print/page/3967/29.11.2023/> (дата звернення: 09.10.2025).
- [15] Конституція України : офіц. текст від 28.06.1996. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text> (дата звернення: 09.10.2025).
- [16] Аналіз першопричин. 22 серп. 2024 р. *Bikinedia*. URL: https://uk.wikipedia.org/w/index.php?title=%D0%90%D0%BD%D0%B0%D0%BB%D1%96%D0%B7_%D0%BF%D0%B5%D1%80%D1%88%D0%BE%D0%BF%D1%80%D0%B8%D1%87%D0%B8%D0%BD&oldid=43328453 (дата звернення: 09.10.2025).
- [17] Pundik A. Rethinking the Use of Statistical Evidence to Prove Causation in Criminal Cases: A Tale of (Im)Probability and Free Will. *Law and Philos*. 2021. No. 40. P. 97-128. <https://doi.org/10.1007/s10982-020-09389-0>.
- [18] Рудковська М. Р. Суспільна небезпека як ознака поняття злочину : дис. ... канд. юрид. наук / Львівський державний університет внутрішніх справ. Львів, 2017. URL: https://dspace.lvduvs.edu.ua/bitstream/1234567890/3533/1/rudkovska_d.pdf (дата звернення: 09.10.2025).
- [19] Батюк О. В., Новикова О. О. Методика криміналістичної профілактики злочинів проти основ національної безпеки. *Київський часопис права*. 2023. № 4. С. 123–131. <https://doi.org/10.32782/klj/2023.4.18>.

References

- [1] Balobanova, D.O., & Gazdajka-Vasylyshyn, I.B. (2024). Criminal Liability and Its Basis: A Textbook. Lviv: Lviv State University of Internal Affairs. Retrieved from https://dspace.lvduvs.edu.ua/bitstream/1234567890/8094/1/balobanova-gazdajka_MAKET.pdf.
- [2] Chuhunikov, I. (2018). Grounds of Criminal Liability and Trends in the Development of Ukraine's Criminal Legislation. *Entrepreneurship, Economy and Law*, 9, 223–233. Retrieved October 9, 2025, Retrieved from <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2018/9/42.pdf>
- [3] Brych, L.P. (2013). Theory of Differentiation of Crime Elements. Lviv: Lviv State University of Internal Affairs.
- [4] Vorobei, P.A. (2009). *Criminal-Law Attitude to Guilt*. Kyiv: Atika.
- [5] Strohan, A.Yu. (2007). *The Corpus Delicti as the Basis of Criminal Liability*. Kyiv: Atika.

- [6] Bazhanov M.I., Baulin, Yu.V., & Borysov, V.I. (2005). Criminal Law of Ukraine: General Part. M. I. Bazhanov, V. V. Stashys, V. Ya. Tatsii (Eds.). (2nd ed., revised and supplemented). Kyiv: Yurinkom Inter.
- [7] Law of Ukraine No. 160-VIII "On Probation". (February 5, 2015). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/160-19#Text>.
- [8] Order of the Ministry of Justice of Ukraine No. 200/5 "On Approval of the Procedure for Preparing a Pre-Trial Report". (January 27, 2017). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0121-17#Text>.
- [9] Yogeve, D. (2025). Attribution Matters: How Causal explanations influence Perceptions of Dangerousness and racial Classification. *Criminal Justice and Behavior*, 52(6), 916-936. <https://doi.org/10.1177/00938548241307234>.
- [10] Criminal Code of Ukraine No. 2341-III. (April 5, 2001). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>.
- [11] Pavliv, N. (2020). Separate issues of attempted crime. *Entrepreneurship, Economy and Law*, 5, 258-261. <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.45>.
- [12] Hornostay, A.V. (2013). Criminal liability for attempted crime. Kharkiv: Yurayt. Retrieved from https://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/MONOGRAFII_2016/Gornostay_mon_2013.pdf.
- [13] Criminal Procedure Code of Ukraine No. 2341-III. (April 5, 2001). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>.
- [14] Risk Management. Risk Assessment Techniques (IEC/ISO 31010:2009). 2021. Retrieved from <https://wiki.nazk.gov.ua/archive/print/page/3967/29.11.2023/>.
- [15] Constitution of Ukraine. (June 28, 1996). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text>.
- [16] Root Cause Analysis. (August 22, 2024). Wikipedia. Retrieved from https://uk.wikipedia.org/w/index.php?title=%D0%90%D0%BD%D0%B0%D0%B-B%D1%96%D0%B7_%D0%BF%D0%B5%D1%80%D1%88%D0%BE%D0%B-F%D1%80%D0%B8%D1%87%D0%B8%D0%BD&oldid=43328453.
- [17] Pundik, A. (2021). Rethinking the Use of Statistical Evidence to Prove Causation in Criminal Cases: A Tale of (Im)Probability and Free Will. *Law and Philos*, 40, 97-128. <https://doi.org/10.1007/s10982-020-09389-0>.
- [18] Rudkovska, M.R. (2017). Social dangerousness as a sign of the concept of crime. Ph.D. Thesis. Lviv: Lviv State University of Internal Affairs. Retrieved from https://dspace.lvduvs.edu.ua/bitstream/1234567890/3533/1/rudkovska_d.pdf.
- [19] Batyuk, O.V., & Novikova, O.O. (2023). Methodology of forensic prevention of crimes against the foundations of national security. *Kyiv Legal Journal*, 4, 123-131. <https://doi.org/10.32782/klj/2023.4.18>.

Станіслав Євгенович Шептуховський

кандидат юридичних наук

головний науковий співробітник

Український науково-дослідний інститут спеціальної техніки та судових експертиз

Служби безпеки України

03113, вул. М. Василенка, 3, Київ, Україна

e-mail: nauka_ict@ssu.gov.ua

ORCID 0009-0007-0087-1868

Stanislav Ye. Sheptukhovskiy

Ph.D. in Law

Chief Scientist

Ukrainian Research Institute of Special Equipment and Forensic Science
of the Security Service of Ukraine

03113, 3 Vasilenka Str., Kyiv, Ukraine

e-mail: nauka_ict@ssu.gov.ua

ORCID 0009-0007-0087-1868

Рекомендоване цитування: Шептуховський С. Є. Кримінально-правова ймовірність. *Проблеми законності*. 2025. Вип. 171. С. 137–162. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.171.342380>.

Suggested Citation: Sheptukhovskiy, S.Ye. (2025). Probabilistic Criminal Law. *Problems of Legality*, 171, 137-162. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.171.342380>.

Статтю подано / Submitted: 12.11.2025

Доопрацьовано / Revised: 12.12.2025

Схвалено до друку / Accepted: 18.12.2025

Опубліковано / Published: 29.12.2025