

## РОЗДІЛ 8. КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ; КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

УДК: 343.222

DOI <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2023.79.2.20>

### ДО ПИТАННЯ ПРАВИЛ КВАЛІФІКАЦІЇ ФАКТИЧНОЇ ПОМИЛКИ ЗА ПРОЄКТОМ НОВОГО КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ (В РЕДАКЦІЇ СТАНОМ НА 22.05.2023)

**Айдинян А.В.,**  
*кандидат юридичних наук, асистент кафедри  
кримінально-правової політики та  
кримінального права Київського національного  
університету імені Тараса Шевченка,  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2097-370X>,  
e-mail: [angela.aydinyan@gmail.com](mailto:angela.aydinyan@gmail.com)*

**Айдинян А.В. До питання правил кваліфікації фактичної помилки за проєктом нового Кримінального кодексу України (в редакції станом на 22.05.2023).**

У статті аналізуються окремі правила кваліфікації фактичної помилки згідно з проєктом нового Кримінального кодексу України в редакції станом на 22.05.2023.

Автор робить висновок, що регламентація фактичної помилки у проєкті Кримінального кодексу України має як позитивні, так і негативні аспекти. Серед позитивних, зокрема, сам факт появи положень про фактичну помилку та спроба розробників законопроєкту сформулювати принаймні основні правила кримінально-правової кваліфікації ситуацій, пов'язаних з фактичною помилкою.

Досліджуються конкретні положення проєкту Кримінального кодексу України. Сформульовано ряд конкретних зауважень та пропозицій. Зокрема, на думку авторів, формулювання ч. 2 ст. 2.4.6 проєкту «безпідставно вважав» потребує уточнення, оскільки воно не має чітко визначеного змісту.

У статті також обґрунтовано необхідність внесення змін до положення, передбаченого у п. 1 ч. 2 ст. 2.4.6 проєкту Кримінального кодексу України, оскільки чинна його редакція викликає серйозні питання за змістом.

На думку автора наукової публікації, невиправданим також є формулювання «безпідставно вважав», що використовується у п. 2 ч. 2 ст. 2.4.6 проєкту Кримінального кодексу України, оскільки в даному разі безпідставність чи обґрунтованість не впливає на кримінально-правову оцінку ситуації.

Як висновок, у статті зазначається, що різноманіття фактичних помилок та їх правових наслідків, виключає можливість формулювання двох узагальнених категоричних правил кваліфікації (як це пропонується у ч. 2 ст. 2.4.6 проєкту КК). За допомогою конкретних прикладів доводиться, що таких правил має бути значно більше.

Сформульовано висновок, що правило кваліфікації вибачливих фактичних помилок, передбачене у ч.3 ст. 2.4.6 проєкту Кримінального кодексу України, потребує приведення у відповідність з положеннями про недбалість та пропонується варіант такого узгодження. Запропонований варіант: «При кримінально-правовій кваліфікації не враховується ознака складу кримінального правопорушення, яку особа не розуміла і не мала обов'язку або не могла розуміти».

**Ключові слова:** фактична помилка, кваліфікація, кримінальне правопорушення, правило, стаття.

**Aidynian A. On the question of qualification rules of factual error in the draft of the new Criminal code of Ukraine (updated as of 05/22/2023).**

The article analyzes separate rules for the qualification of a factual error in accordance with the draft of the new Criminal Code of Ukraine as of May 22, 2023.

The author concludes that the regulation of factual error in the draft Criminal Code of Ukraine has both

positive and negative aspects. Among the positives, in particular, the very fact of the appearance of provisions on factual error and the attempt of drafters of the draft law to formulate at least the basic rules of criminal-legal qualification of situations related to factual error.

Specific provisions of the draft Criminal Code of Ukraine are being studied. A number of specific comments and proposals have been formulated. In particular, according to the authors, the wording of part 2 of Art. 2.4.6 of the project «unreasonably believed» needs to be clarified, since it does not have a clearly defined content.

The article also substantiates the need to make changes to the provisions provided for in Clause 1, Part 2 of Art. 2.4.6 of the draft Criminal Code of Ukraine, as its current edition raises serious questions regarding its content.

In the opinion of the author of the scientific publication, the wording «unreasonably believed» is also unjustified, which is used in paragraph 2 of part 2 of Art. 2.4.6 of the draft Criminal Code of Ukraine, since in this case groundlessness or reasonableness does not affect the criminal-legal assessment of the situation.

As a conclusion, the article notes that the variety of factual errors and their legal consequences excludes the possibility of formulating two generalized categorical rules of qualification (as proposed in Part 2 of Article 2.4.6 of the draft CC). With the help of specific examples, it is proved that there should be many more such rules.

The conclusion was formulated that the rule of qualification of excusable factual errors provided for in Part 3 of Art. Article 2.4.6 of the draft Criminal Code of Ukraine needs to be brought into line with the provisions on negligence, and an option for such coordination is offered. The proposed version: «The criminal law qualification does not take into account the elements of the criminal offense that the person did not understand and did not have the obligation or could not understand.»

**Key words:** factual error, qualification, criminal offense, rule, article.

**Постановка проблеми.** 30.01.2023 опубліковано текст нового Кримінального кодексу України (контрольний текст) [1]. Станом на дату підготовки даної публікації проєкт перебуває на стадії доопрацювання робочою групою. З огляду на зазначене, вважаємо, що наукові дослідження такого проєкту в цілому та/або окремих його положень є актуальними і можуть мати практичне застосування.

**Стан опрацювання.** Деякі питання правової кваліфікації фактичної помилки в кримінальному праві досліджувались у працях таких вчених, як Вапсва Ю.А., Зеленов Г.М., Кириченко В.Ф., Комаров О.Д., Кузнецов В.В., Рарог О.І., Якушин В.А. та ін. Однак, вважаємо, що ряд питань щодо кваліфікації ситуацій, пов'язаних з фактичною помилкою, зберігають дискусійність, а тому потребують подальшого наукового дослідження.

**Метою статті** є аналіз окремих правил кримінально-правової кваліфікації фактичної помилки, що пропонуються у проєкті нового Кримінального кодексу України (далі – проєкт, проєкт КК).

**Виклад основного матеріалу.** Задля досягнення поставленої мети пропонуємо **наступний алгоритм даного наукового дослідження:**

- загальні (вихідні) положення;
- аналіз норм проєкту КК України, в яких наведені правила кримінально-правової кваліфікації фактичної помилки;
- власні висновки та пропозиції.

**Загальні (вихідні) положення.** Згідно Ст. 2.4.6 проєкту КК України «*Фактичною помилкою є неправильне неправильне розуміння суб'єктом кримінального правопорушення наявності або відсутності у вчиненому ним діянні певної ознаки складу кримінального правопорушення*». В межах однієї з публікацій ми піддавали визначення фактичної помилки достатньо ретельному аналізу та дійшли висновку, що дефініція фактичної помилки потребує удосконалення шляхом уточнення «родового» поняття, що її визначає та/або, принаймні, шляхом уніфікації підходу до розуміння фактичних та юридичних у кримінальному праві (йдеться про вживання таких «родових» понять – «неправильне уявлення», «неправильну оцінку», «неправильне розуміння») [2].

Ще одне важливе застереження: жодна фактична помилка напряду не стосується ознаки складу кримінального правопорушення (це певне «спрощення»). Насправді фактична помилка стосується фактичної обставини, що, в свою чергу, кореспондує певній ознаці складу кримінального правопорушення. Якщо сприймати положення проєкту КК буквально, може виникнути питання щодо критерію розмежування фактичної і юридичної помилок, адже обидві з них – за визначенням, наданим у проєкті КК, – стосуються юридичних характеристик.

Разом з тим, варто відмітити такі позитивні аспекти регламентації фактичної помилки:

- 1) фактична помилка знаходить своє відображення у законі про кримінальну відповідальність;
- 2) фактична помилка «звужена» до помилок, що кореспондують ознакам складу кримінального правопорушення; при цьому розрізняються позитивні і негативні (впливає з аналізу ст. 2.4.6 проєкту), вибачальні та невибачальні (ст. 2.9.16 проєкту);
- 3) пропонуються окремі правила кримінально-правової кваліфікації ситуацій, що включають фактичну помилку.

Незважаючи на змістовні недоліки, про яку будемо вести мову далі, вважаємо, що сам факт появи норм про фактичну помилку у КК України вже є важливим позитивним зрушенням у даному напрямку.

Отже, регламентація фактичної помилки має як негативні, так і позитивні аспекти. В межах даної публікації ми зосередимось на аналізі правил кваліфікації ситуацій, пов'язаних з фактичною помилкою, які запропоновані у даному проєкті.

#### **Аналіз норм проєкту КК України, в яких наведені правила кримінально-правової кваліфікації фактичної помилки.**

Відповідно до ч. 2 ст. 2.4.6 проєкту *«Дія або бездіяльність суб'єкта кримінального правопорушення кваліфікується як замах на вчинення того кримінального правопорушення, яке він мав намір вчинити, якщо:*

- 1) існувала обставина, яку суб'єкт кримінального правопорушення безпідставно не вважав ознакою складу кримінального правопорушення, або
- 2) була відсутня обставина, яку суб'єкт кримінального правопорушення безпідставно вважав ознакою складу кримінального правопорушення».

По-перше, виникає питання, що автори законопроєкту мають на увазі під формулюванням «безпідставно». Існує сумнів щодо доречності вжиття такого формулювання, адже воно характеризується певною невизначеністю, а отже, суперечить принципу правової визначеності, який у практиці Конституційного Суду України традиційно вважається елементом принципу верховенства права [3].

По-друге, на наш погляд, правило, передбачене у п. 1 ч. 2 ст. 2.4.6, викликає серйозні питання «по суті». Так, наприклад, якщо особа безпідставно не вважала під час скоєння згвалтування, що потерпіла особа є неповнолітньою, то така фактична помилка (формулювання «безпідставно» дозволяє дійти висновку, що така помилка не є вибачливою) у судовій практиці України не перешкоджає інкримінуванню суб'єкту закінченого злочину – згвалтування неповнолітньої. Пригадаємо абз. 2 п. 10 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності особи» № 5 від 30.05.2008, де зазначено, що кримінальна відповідальність за вчинення згвалтування неповнолітньої чи малолітньої особи або насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом щодо такої особи настає лише за умови, якщо винна особа усвідомлювала (достовірно знала чи припускала), що вчиняє такі дії щодо неповнолітньої або малолітньої особи, а так само, *коли вона повинна була і могла це усвідомлювати.*

Отже, правило, закладене у п. 1 ч. 2 ст. 2.4.6 проєкту, яке пропонує кваліфікувати такі ситуації з урахуванням інституту стадій кримінального правопорушення, зонайменше не є універсальним і потребує уточнення.

Щодо правила, передбаченого п. 2 ч. 2 ст. 2.4.6 проєкту, то для його аналізу пропонуємо розглянути конкретний приклад – кримінально-правова кваліфікація фактичної помилки щодо розмірів вилученого майна при крадіжці. Наприклад, суб'єкт вважав, що вартість викраденого експонату з музею досягає 1000 неоподаткованих мінімумів доходів громадян (далі – НМДГ), однак насправді викрадений експонат не був оригінальним і його реальна вартість становить 280 НМДГ. Дійсно, за традиційним підходом доктрини і практики кримінального права в подібних ситуаціях кваліфікація дій винного здійснюється з урахуванням стадій кримінального правопорушення, а саме – як закінчений замах на крадіжку, вчинену у особливо великих розмірах. Отже, в цій частині фактично діє правило, запропоноване у п. 2 ч. 2 ст. 2.4.6 проєкту КК. Однак наскільки коректним і виправданим є формулювання «безпідставно вважала»? Зокрема, у даному прикладі розрахунок був достатньо обґрунтованим, оскільки викрадення відбувалося з місця, де мав зберігатись оригінал картини, тому формулювання «безпідставно вважала» в даному разі навряд чи доречне. І взагалі, хіба безпідставність чи, навпаки обґрунтованість, для даного виду помилок відіграє ключову роль при кримінально-правовій кваліфікації таких ситуацій?

Наведемо іншу ситуацію, яка видається безспірною з точки зору її кримінально-правової оцінки. Дії покупця, якому під виглядом наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів умисно збувають інші засоби чи речовини з метою заволодіння грошима чи майном такої особи,

кваліфікуються як замах на вчинення злочинів, передбачених статтею 307, або статтею 309, або статтею 311 КК (така позиція наведена у абз. 3 п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів»). Отже, в даному разі реально предмет кримінального правопорушення відсутній, однак особа помилково вважала його наявним. У даному разі ані безпідставність, ані обґрунтованість такої помилки до уваги не беруться, як і у наведеному вище прикладі з фактичною помилкою щодо вартості вилученого майна.

Таким чином, вважаємо, що формулювання «безпідставно вважала» є не зовсім вдалим.

Крім того, як видається, під час конструювання ч. 2 ст. 2.4.6 проєкту КК допущена логічна помилка, оскільки на початку сформульоване загальне імперативне правило «*дія або бездіяльність суб'єкта кримінального правопорушення кваліфікується як замах...*», а далі наводяться два випадки, коли таке правило застосовується, при цьому за змістом ці випадки є прямо протилежними – «*існувала обставина...*», «*була відсутня обставина...*». Іншими словами, на думку авторів законопроєкту, позитивна і негативна фактична помилка породжують єдиний кримінально-правовий наслідок – обумовлюють кваліфікацію діяння як замаху на вчинення кримінального правопорушення. Вважаємо, що позитивна і негативна фактична помилка обумовлюють різні підходи до їх врахування під час кримінально-правової кваліфікації, адже велику «питому вагу» має те, чого саме стосується відповідна фактична помилка, тому, в силу різноманіття фактичних помилок та їх правових наслідків, формулювання таких узагальнених і категоричних (інколи відверто некоректних) правил кваліфікації передбачає більше ретельного аналізу і, як мінімум, має передбачати варіанти кримінально-правової кваліфікації (він точно не один).

Наступне правило кваліфікації фактичної помилки передбачене у ч. 3 ст. 2.4.6 проєкту. Тут зазначено: «*При кримінально-правовій кваліфікації не враховується ознака складу кримінального правопорушення, яку особа не розуміла і не могла розуміти*» (в редакції від 30.01.2023 «не усвідомлювала і не могла усвідомлювати» – А.А.).

В даному разі прослідковується спроба авторів законопроєкту диференціювати так звані вибачливі та невибачливі фактичні помилки. Така диференціація традиційно також проводиться на рівні правозастосовної практики України і в цій частині дане положення викликає схвалення, однак вважаємо, що ч. 3 ст. 2.4.6 проєкту потребує уточнення з огляду на таке.

Аналізуючи суб'єктивну сторону кримінального правопорушення за наявності фактичної помилки, можна дійти узагальненого висновку, що фактична помилка змінює зміст вини, інколи змінює форму вини, може виключати вину в цілому, однак, якщо не виключає останню, то має «узгоджуватись» з нормативним змістом відповідної форми вини. Невибачлива фактична помилка, як правило, «вписується» в юридичну конструкцію кримінально-протиправної недбалості. Натомість вибачлива фактична помилка, навпаки, не «вписується» в нормативний зміст кримінально-протиправної недбалості.

До прикладу, відповідно до абз. 1 п. 6 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» від 07.02.2023 № 2 під убивством малолітньої дитини (п. 2 ч. 2 ст. 115 КК) розуміється умисне позбавлення життя особи, якій не виповнилося 14 років. Ця кваліфікуюча ознака наявна тоді, коли винний достовірно знав, що потерпілий є малолітнім, або припускав це, або за обставинами справи повинен був і міг це усвідомлювати (звертаємо увагу на вживання єдиного сполучника «і»). Отже, якщо суб'єкт не усвідомлював малолітній вік потерпілої особи, але за обставинами справи повинен був і міг усвідомлювати дану обставину, тобто наявна невибачлива фактична помилка щодо віку потерпілої особи, практика орієнтує вбачати при кваліфікації дій суб'єкта за ч. 2 ст. 115 КК кваліфікуючу ознаку «малолітньої дитини». В даному разі має місце невибачлива фактична помилка щодо віку потерпілої особи, яка відповідає нормативному змісту кримінально-протиправної недбалості (хоча в цілому кримінальне правопорушення залишається умисним, це так звані «елементи необережності» в межах умисного кримінального правопорушення).

Натомість (за правилом від зворотного) – якщо суб'єкт не усвідомлював (сьогодні автори законопроєкту замінили «усвідомлення» на «розуміння») малолітній вік потерпілої особи і за обставинами справи не повинен був або міг усвідомлювати дану обставину (звертаємо увагу на вжиття розділового сполучника «або») кваліфікуюча ознака «малолітньої дитини» не інкримінується.

Аналіз правила кваліфікації, закладеного у ч. 3 ст. 2.4.6 проєкту, свідчить про те, що в даному разі автори законопроєкту закріплюють усталене правило правозастосовної практики, коли вибачлива фактична помилка виключає врахування певної ознаки складу кримінального правопорушення (вище



наводився абз. 2 п. 10 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності особи» № 5 від 30.05.2008 щодо фактичної помилки стосовно віку неповнолітньої особи). Однак вважаємо, що правило кваліфікації, передбачене у ч. 3 ст. 2.4.6 проєкту також варто уточнити з огляду на таке.

Вище вже зазначалося, що невивабачлива фактична помилка повинна «вписуватися» у нормативний зміст необережної вини, в даному разі – недбалості. Пригадаємо, що відповідно до ст. 2.4.5 проєкту необережність є недбалістю, якщо особа:

- 1) розуміла фактичні обставини своєї дії чи бездіяльності,
- 2) не передбачала настання її наслідку,
- 3) але мала обов'язок передбачити такий наслідок і могла його передбачити.

Зі змісту слідує, що наявними мають бути усі три ознаки, інакше недбалості немає. Принагідно відмітимо, що в останній оприлюдненій редакції проєкту в тексті КК «усвідомлювала» замінено на «розуміла» (питання доцільності і обґрунтованості такої заміни потребує окремого наукового дослідження).

Також звертаємо увагу, що фактична помилка тісно пов'язана з виною, може виключати вину або умисну її форму, але фактична помилка не пропонує «свій» варіант суб'єктивного ставлення, а «вписується» в юридичні конструкції вже існуючих форм вини (якщо, звісно, фактична помилка, не виключає вину).

Відповідно до ч. 3 ст. 2.4.6 проєкту КК при кримінально-правовій кваліфікації не враховується ознака складу кримінального правопорушення, яку особа *не розуміла і не могла розуміти*.

Співставляючи зміст недбалості та зміст вибачливої фактичної помилки, можна помітити, що недбалість «вимагає» не лише можливість передбачити наслідок, але і наявність обов'язку його передбачити. Натомість відсутність обов'язку передбачити такий наслідок виключає недбалість в цілому.

Отже, з метою «узгодження» змісту вибачливої фактичної помилки, передбаченої ч. 3 ст. 2.4.6 проєкту КК, та змісту недбалості, закладеного у ч. 1 ст. 2.4.5 проєкту (оскільки вибачлива фактична помилка виключає недбалість), перше правило має бути уточнено. Варіант уточнення: «При кримінально-правовій кваліфікації не враховується ознака складу кримінального правопорушення, яку особа *не розуміла і не мала обов'язку або не могла розуміти*». У редакції проєкту від 30.01.2023 це правило могло б мати такий зміст: «При кримінально-правовій кваліфікації не враховується ознака складу кримінального правопорушення, яку особа *не усвідомлювала і не повинна була або не могла усвідомлювати*». Саме про наявність обов'язку і можливості усвідомлювати малолітній вік потерпілої особи (увага на єднальному сполучнику), зокрема, йдеться у абз. 1 п. 6 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» № 2 від 07.02.2003, абз. 2 п. 10 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності особи» № 5 від 30.05.2008 (наразі редакції статей 152, 153 КК змінено, однак підхід до кваліфікації зберігається).

**Висновки.** Таким чином, узагальнюючи викладене вище, вважаємо за можливе сформулювати такі висновки.

Регламентация фактичної помилки у проєкті КК має як позитивні, так і негативні аспекти. Разом з тим, вважаємо, що сам факт спроби врегулювати принаймні окремі кримінально-правові ситуації, пов'язані з фактичною помилкою, має сприйматися схвально.

Щодо правила, передбаченого у ч. 2 ст. 2.4.6 проєкту КК, то, на наш погляд:

- а) потребує уточнення формулювання «безпідставно вважав» (питання що означає «безпідставно», а що виключає таку безпідставність);
- б) потребує внесення змін правило, передбачене у п. 1 ч. 2 ст. 2.4.6 проєкту КК, оскільки чинна його редакція викликає питання «по суті» (в ряді ситуацій дане правило «не працює»);
- в) формулювання «безпідставно вважав» у п. 2 ч. 2 ст. 2.4.6 проєкту КК також видається невинуватим, оскільки в даному разі безпідставність чи обґрунтованість не впливає на кримінально-правову оцінку ситуації;
- г) різноманіття фактичних помилок та їх правових наслідків, виключає можливість сформулювати два узагальнені категоричні правила кваліфікації, як це пропонується у ч. 2 ст. 2.4.6 проєкту КК.

Правило кваліфікації щодо вибачливих фактичних помилок, передбачене у ч. 3 ст. 2.4.6 проєкту КК, потребує приведення у відповідність з положеннями про недбалість, оскільки вибачливі фактичні помилки виключають останню. Варіант уточнення: «При кримінально-правовій кваліфікації не враховується ознака складу кримінального правопорушення, яку особа *не розуміла і не мала обов'язку*

*або не могла розуміти». У редакції від 30.01.2023 проєкту це правило могло б мати такий зміст: «При кримінально-правовій кваліфікації не враховується ознака складу кримінального правопорушення, яку особа не усвідомлювала і не повинна була або не могла усвідомлювати».*

*Незважаючи на проведені дослідження, вважаємо, що ряд запитань стосовно регламентації фактичних помилок у проєкті КК залишаються дискусійними та такими, що потребують подальших наукових досліджень.*

**Список використаних джерел:**

1. Кримінальний кодекс України (контрольний текст проєкту станом на 22.05.2023). URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/05/22/kontrolnyj-tekst-proektu-kk-22-05-2023.pdf> (дата звернення 20.08.2023).
2. Айдинян А.В. Фактична помилка та її різновиди за проєктом нового кримінального кодексу України: аналіз окремих нормативних характеристик. Всеукраїнська науково-практична конференція до Дня науки та 30-річчя Національної академії правових наук України «Актуальні питання юридичної науки в дослідженнях молодих вчених» (Київ, 18 травня 2023). С. 790–794.
3. Рішення Великої палати Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців тринадцятого, чотирнадцятого пункту 32 розділу I Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо податкової реформи» та Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення абзацу першого підпункту 164.2.19 пункту 164.2 статті 164 Податкового кодексу України (справа про оподаткування пенсій і щомісячного довічного грошового утримання) від 27 лютого 2018 року № 1-п/2018. URL: [https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/1-p\\_2018.pdf](https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/1-p_2018.pdf).