

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО, КРИМІНОЛОГІЯ

УДК 349.2

DOI <https://doi.org/10.32782/pyuv.v4.2022.19>

Г. М. Андрусяк

orcid.org/0000-0003-1681-7384

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри кримінального права і процесу

Волинського національного університету імені Лесі Українки

**ВИПРАВДАНИЙ РИЗИК (СТАТТЯ 42 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ):
ДО ПРОБЛЕМИ ДОЦІЛЬНОСТІ ІСНУВАННЯ ЯК САМОСТІЙНОЇ ОБСТАВИНИ,
ЩО ВИКЛЮЧАЄ КРИМІНАЛЬНУ ПРОТИПРАВНІСТЬ ДІЯННЯ**

Постановка проблеми. У статті 42 Кримінального кодексу України (далі – КК України) передбачається така обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння, як виправданий ризик. Як передбачено у цій статті, не є кримінальним правопорушенням діяння (дія або бездіяльність), яке заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам, якщо це діяння було вчинене в умовах виправданого ризику для досягнення значної суспільно корисної мети. Ризик визнається виправданим, якщо мету, що була поставлена, не можна було досягти в даній обстановці дією (бездіяльністю), не поєднаною з ризиком, і особа, яка допустила ризик, обґрунтовано розраховувала, що вжиті нею заходи є достатніми для відвернення шкоди правоохоронюваним інтересам. Ризик не визнається виправданим, якщо він завідомо створював загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи інших надзвичайних подій. Вказана обставина, що виключає кримінальну протиправність діянь, у судовій практиці зустрічається вкрай рідко.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. У теорії кримінального права України проблема доктринального дослідження діяння, пов'язаного з ризиком, також не отримала належного розвитку. Виокремимо фактично лише три комплекси праці з відповідної проблематики, а саме дослідження О. І. Ющик («Кримінально-правове регулювання діяння, пов'язаного з ризиком, за законодавством України» (м. Одеса, 2004 р.)) [1], М. В. Анчукової «Виправданий ризик як обставина, що виключає злочинність діяння» (м. Харків, 2004 р.) [2], В. В. Бондарчук «Кримінально-правова характеристика діяння, вчиненого в умовах виправданого професійного ризику» (м. Київ, 2014 р.) [3]. Фундаментальне наукове дослідження всіх обставин, що виключають протиправність діяння, провів Ю. В. Баулін, приділивши серед них увагу й виправданому ризику [4].

Окрім комплексних досліджень проблеми діяння, пов'язаного з ризиком, як обставини,

що виключає протиправність діяння, у теорії кримінального права здійснювалося висвітлення, зокрема, окремих проблем, пов'язаних з характеристикою ознак виправданого ризику у кримінальному праві України (А. Я. Билиці [5]), характеристики такого виду виправданого ризику, як ризик у сфері медичної діяльності (Г. В. Чеботарьова [6], А. Байда, М. Пилипенко, В. Макітренко [7], кримінально-правових аспектів застосування інституту виправданого ризику при здійсненні оперативно-розшукової діяльності (С. А. Кузьмін [8], В. Ю. Артемов [9], О. В. Шамара, В. В. Комашко [10]). Проте зазвичай вказана обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння, характеризується у позитивному напрямку, тобто як така, що заслуговує на існування у КК України. До слова, у проєкті КК України, що на сьогодні розробляється в Україні, ця обставина також збережена у структурі обставин, що виключають протиправність діяння (ст. 2.9.7) практично дослівно з чинного КК України [11]. Водночас, на нашу думку, такий позитивний наратив стосовно виправданого ризику, як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, є сумнівним, про що йтиметься нижче.

Мета статті полягає у тому, що виявити доцільність існування виправданого ризику як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, у кримінальному законодавстві України.

Виклад основного матеріалу. О. І. Ющик, досліджуючи сучасну регламентацію діяння, пов'язаного з ризиком, у кримінальному законодавстві зарубіжних країн, виокремлює такі особливості регулювання вказаної обставини у ньому: 1) кримінальне законодавство англосаксонської сім'ї ризиковане діяння оцінюється виправдане, якщо воно не містить злочинної недбалості; 2) кримінальне законодавство романо-германської системи права регламентує ризик в межах такої обставини, що виключає протиправність діяння, як здійснення свого законного права чи

професійних обов'язків; 3) сучасне кримінальне законодавство держав Східної Європи містить окрему статтю про виправданий (обґрунтований) ризик [1, с. 5]. До аналогічного висновку дійшла й В. В. Бондарчук, на думку якої «нормативне закріплення виправданого ризику як обставини, що виключає злочинність діяння, характерне для кримінальних кодексів пострадянських держав та інших держав Східної Європи» [3, с. 8].

У теорії кримінального права України по-різному визначають відмінність між виправданим ризиком та крайньою необхідністю. Так, О. І. Ющик стверджує, що «більшість авторів не відносили діяння, пов'язане з ризиком, до обставин, що виключають злочинність діяння, вважаючи, що заходи, які застосовуються особою в умовах виправданого ризику, за правовою природою близькі до крайньої необхідності» [1, с. 7]. Проте ця вчена так не вважає та вказує на відмінність між цими обставинами, яка, на її думку, полягає в тому, що «при крайній необхідності в особи немає іншого вибору, крім як завдання певної шкоди, а в ситуації діяння, пов'язаного з ризиком, є вибір між традиційними і ризикованими засобами відвернення шкоди та ймовірність настання більшої шкоди, якщо буде обрано неризикований засіб» [1, с. 7]. На думку М. В. Анчукової, джерелом небезпеки за виправданого ризику є потенційна небезпека (небезпека втраченої вигоди – за термінологією авторки), тоді як джерелом небезпеки за крайньої необхідності є виключно реальна шкода. Окрім того, на її думку, відмінність між вказаними обставинами полягає ще й у тому, що заподіяння шкоди інтересам, що охороняються законом, у ситуації ризику лише можливе, однак не є неминучим, а відмова від ризикованого діяння не завжди пов'язана з настанням суспільно небезпечних наслідків. За крайньої необхідності наслідки повинні настати неминуче [2, с. 108]. На думку В. В. Бондарчук, «виокремлення діяння, пов'язаного з ризиком, в межах інституту обставин, що виключають злочинність діяння, насамперед, детерміновано спрямованістю застосовуваних діянь на досягнення значної суспільно корисної мети. Ця ознака компенсує заподіявану правоохоронюваним інтересам шкоду, незважаючи на те, що шкідливі наслідки є реальними, а бажані результати можуть бути досягнутими. Соціальним підґрунтям діяння, пов'язаного з ризиком, є необхідність забезпечення постійного суспільного розвитку, який може бути пов'язаний із заподіянням шкоди правоохоронюваним інтересам. ... Така природа не є характерною для жодної обставини, а тому може бути констатована як унікальна, що підкреслює доцільність її виокремлення як самостійного елементу аналізованого інституту, який не може бути охоплений жодним іншим елементом» [3, с. 172]. Ю. В. Бау-

лін пише про те, що підставами для кваліфікації діяння, вчиненого особою, як такого, що було здійснено в умовах виправданого ризику, є такі: 1) наявність об'єктивної ситуації, що свідчить про необхідність досягнення значної суспільно корисної мети (наприклад, – загроза життю хворого); 2) неможливість досягнення цієї мети неризикованим діянням; якщо буде встановлено, що особа, яка вчинила це діяння, мала реальну можливість досягти поставленої мети неризикованими діями, але цією можливістю не скористалася й заподіяла шкоду правоохоронюваним інтересам; 3) ужиття особою запобіжних заходів для відвернення шкоди правоохоронюваним інтересам; які повинні бути достатніми (з погляду суб'єкта) для відвернення шкоди правоохоронюваним інтересам і дозволяти особі обґрунтовано, а не легковажно розраховувати на відвернення шкоди [4]. М. Василенко та О. Козін більш детально розмежовують виправданий (за їх термінологією – обґрунтований) ризик та крайню необхідність. Так, за крайньої необхідності «для деяких категорій осіб їх дія у такому стані є обов'язком, а ризик виступає як виключно суб'єктивне право будь-якого суб'єкта; при крайній необхідності спонукальним мотивом дій суб'єкта є загрозна небезпека суспільно значущим інтересам, а при ризику – досягнення соціально значущої мети, небезпека в даному випадку може і не загрожувати; при крайній необхідності порівнянню підлягає тяжкість шкоди заподіяної і такої, що запобіг, а при ризику акцент робиться на порівняння ступеня вірогідності спричинення шкоди ...; при крайній необхідності відбувається свідоме спричинення шкоди, а при ризику шкода цілеспрямовано не заподіюється, враховується лише вірогідність його спричинення; коли мета крайньої необхідності – зберегти статус-кво (діючи систему суспільних цінностей), мета статична, а при ризику мета – досягнення розвитку суспільних відносин, мета динамічна; а також у разі, коли при крайній необхідності має місце зовнішня небезпека, а при ризику джерело небезпеки представляє сам суб'єкт» [12, с. 46–47].

Окремі науковці, як про це зазначає О. І. Ющик, насправді не вбачають відмінностей між виправданим ризиком та крайньою необхідністю. Наприклад, В. О. Навроцький вважає, що у разі, коли здійснюється кримінально-правова кваліфікація діяння як такого, що пов'язане з ризиком, слід виходити не лише з положень ст. 42 КК України, а й з тих умов, які вписані законодавцем для крайньої необхідності. Йдеться, зокрема, про визначення співрозмірності між фактично заподіяною шкодою та тим суспільно корисним результатом, який міг би бути досягнутий. На його думку, ризик є своєрідним способом запобігання ситуації крайньої необхідності, коли відвертається віддалена та абстрактна небезпека, щоб вона

не переросла у реальну. Окрім того, В. О. Навроцький вважає, що у разі, якщо ризиковане діяння не призвело до очікуваного результату, і виникла небезпека, що безпосередньо загрожує охоронюваним законом правам, то виникає стан крайньої необхідності, а заподіяна шкода оцінюється з урахуванням положень ст. 39 КК України [13, с. 507]. П. В. Мельник, характеризуючи виправданий виробничо-технологічний ризик, пише про те, що дія джерела підвищеної небезпеки за його наявності фактично подібна до крайньої необхідності, а саме мета на досягнення в конкретній обстановці реального усунення потенційної шкоди у вигляді техніко-технологічних недоліків або упущених можливостей; обґрунтований розрахунок відвернути таку шкоду (упущені можливості) навіть ціною складних, інколи небезпечних зусиль, але явно виправданого характеру [14, с. 287].

Аналіз судової практики за Єдиним державним реєстром судових рішень засвідчує, що така обставина, що виключає протиправність діяння, як виправданий ризик, застосовується вкрай рідко. Нам фактично вдалося віднайти лише одну справу, в якій касаційний суд напряму застосував до обвинуваченого норму, передбачену ст. 42 КК України. Йдеться про загальновідому справу генерал-майора В. Назарова. За вироком Павлоградського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 27.03.2017 ОСОБА_1 було засуджено за ч. 3 ст. 425 КК України на 7 років позбавлення волі [15]. Ухвалою Дніпровського апеляційного суду від 11.12.2020 цей вирок суду залишено без зміни [16]. Згідно з вироком суду першої інстанції недбале ставлення до військової служби полягало в тому, що 11.06.2014 був розроблений Замисел застосування сил та засобів Збройних Сил України (далі – ЗСУ), інших військових формувань щодо прикриття державного кордону, зокрема, щодо перевезення 13.06.2014 повітряним транспортом додаткових сил і засобів на аеродром м. Луганськ для посилення дислокованого на ньому підрозділу, а також забезпечення для цього зони ізоляції аеродрому для прийняття літаків транспортної авіації. Достовірно знаючи про те, що аеродром м. Луганська перебуває в оточенні сил противника, які регулярно здійснюють його обстріли, а також те, що противник має на озброєнні переносні зенітно-ракетні комплекси (далі – ПЗРК) і інші засоби ураження літаків із землі, та усвідомлюючи, що політ літаків на вказаний аеродром буде здійснюватися, в тому числі над територією противника на відстань понад 40 км, ОСОБА_1 будь-яких управлінських рішень не прийняв, наказів, директив, розпоряджень або вказівок щодо застосування підпорядкованих військ (сил) не віддав. З метою організації виконання вказаної частини Замислу та подолання (прориву) протиповітряної оборони противника не

спланував застосування та не організував управління військовими частинами (підрозділами) ЗСУ, не організував взаємодію між ними; не забезпечив для цього належну організацію та координацію діяльності структурних підрозділів штабу. Крім того, під час реалізації Замислу, 13.06.2014, отримавши зі штабу Антитерористичного центру при Службі безпеки України оперативну інформацію про дві групи бойовиків, озброєних ПЗРК, які мають намір збивати всі літаки при посадці чи зльоті з аеродрому м. Луганськ, та терористичну загрозу, ОСОБА_1 жодних заходів реагування на зазначену інформацію про підготовку вчинення терористичного акту не вжив, указані групи бойовиків як критичні об'єкти у складі угруповання військ противника для планування їх вогневого ураження не визначив, хоча зобов'язаний був та мав реальну можливість виконати свої службові обов'язки, що призвело до того, що 14.06.2014, один із літаків, на борту якого перебувало 40 військовослужбовців та 9 членів екіпажу, а також озброєння та інше військово майно, при заході на посадку на аеродром м. Луганськ був уражений невстановленими терористами, які перебували поблизу аеродрому, шляхом пострілу керованою ракетою ПЗРК, що призвело до його падіння та загибелі 40 військовослужбовців та 9 членів екіпажу [15; 16].

Вказані рішення судів першої та апеляційної інстанцій було оскаржено захисниками засудженого до Верховного Суду (далі – ВС), який ухвалив постанову від 21.05.2021, якою скасував ці рішення на підставі п. 2 ч. 1 ст. 284, ст. 440 КПК України і закрит кримінальне провадження за обвинуваченням ОСОБА_1 у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 425 КК України, у зв'язку з відсутністю в діянні складу кримінального правопорушення [17]. Приймаючи таке рішення, ВС виходив, зокрема, з того, що генерал В. Назаров діяв в умовах виправданого ризику. Як обґрунтовано у постанові касаційного суду, суб'єктивна сторона складу кримінального правопорушення, яка виражається у несумлінному ставленні службової особи до виконання службових обов'язків, виключається, зокрема, у разі, коли службова особа діє чи не діє неналежним чином у стані крайньої необхідності або в умовах виправданого ризику. На думку ВС, оцінюючи дії засудженого за ч. 3 ст. 425 КК України, слід було враховувати, що військовослужбовці ЗСУ вперше з часів незалежності України зіткнулися з посяганням на її територіальну цілісність. Відповідно протидія таким заходам потребувала додаткових знань і навичок, які ОСОБА_1, як і інші військовослужбовці ЗСУ до початку АТО не мали. Як вважає суд касаційної інстанції, дії ОСОБА_1 було вчинено за наявності виправданого ризику. Обставини, встановлені вироком місцевого суду, а також вироком

щодо організаторів і виконавців терористичного акту, вказують на те, що станом на початку червня 2014 р. Україна опинилася у складній ситуації. Значна територія Донецької та Луганської областей були захоплені ворогом, аеродром м. Луганська та військовослужбовці, які його обороняли, перебували в повному оточенні. Ці обставини судами оцінені не були, хоча вони безпосередньо впливають на висновки щодо наявності в діянні ОСОБА_1 складу злочину [17].

Ще у двох кримінальних провадженнях, які були предметом касаційного перегляду, стороною захисту порушувалося питання про неправильне застосування судами першої та апеляційної інстанцій закону про кримінальну відповідальність, оскільки, на думку сторони захисту, обвинувачений діяв за умов виправданого ризику.

Так, згідно з вироком Коростенського міськрайонного суду Житомирської області від 21.12.2019 ОСОБА_1, начальника управління житлово-комунального господарства (далі – УЖКГ) виконавчого комітету Малинської міської ради Житомирської області, визнано винуватим у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. 1 ст. 364, ч. 1 ст. 366 КК України. Згідно з вироком ОСОБА_1 уклав з директором ТОВ ОСОБА_2 договір про закупівлю товарів, за умовами якого ТОВ зобов'язувалося протягом 30 календарних днів із дня попередньої оплати в розмірі 60 000 грн, передати УЖКГ мулосос, вартістю 210 000 грн, який 07.11.2012 було зареєстровано в управлінні Державної казначейської служби України як бюджетне зобов'язання. За вказівкою ОСОБА_1 та за його підписом платіжного доручення Державна казначейська служба перерахувала ТОВ 60 000 грн як попередню оплату за мулосос. ТОВ не виконало у встановлені договором строки поставки мулососа, внаслідок чого до ТОВ мали б застосовуватися штрафні санкції, а сума попередньої оплати в розмірі 60 000 грн мала б бути повернута. Усвідомлюючи ці обставини, ОСОБА_1 склав завідомо неправдивий документ, а саме – акт прийому-передачі товару, до якого він завідомо неправдиві відомості про те, що він прийняв, як начальник УЖКГ від директора ТОВ в належному робочому стані, без наявних дефектів й пошкоджень мулососа, який власноручно підписав та посвідчив печаткою УЖКГ. Також ОСОБА_1 склав завідомо неправдивий документ-договір відповідального зберігання та акт приймання-передачі майна на відповідальне зберігання, куди він завідомо недостовірні відомості щодо передачі ним та прийняття директором ТОВ ОСОБА_2 на відповідальне зберігання мулососа, надав підроблений документ до Державної казначейської служби, якою на рахунок ТОВ було перераховано кошти місцевого бюджету в сумі 150 000 грн [18].

В апеляційній скарзі засуджений стверджував, що під час підписання актів приймання-передачі мулососа, платіжних доручень та договорів відповідального зберігання він діяв в умовах виправданого ризику для досягнення значної суспільно-корисної мети, яка була фактично досягнута, а тому суд при винесенні рішення безпідставно не застосував ст. 42 КК України. Обвинувачений стверджував, що, укладаючи договір відповідального зберігання, він знімав ризик можливих санкцій для міської ради. Вважає, що оскільки на сьогоднішній день мулосос перебуває на балансі ТОВ, то його діями не завдано будь-якої шкоди. Вважає свої дії виправданим ризиком, оскільки придбаний автомобіль запобіг загрозам виникнення екологічної катастрофи у місті. Також, показав, що подібна техніка, яка була потрібна місту у 2012 р. з інших міст не залучалася, спеціальних аварійних бригад для подолання наслідків ситуації, що була у м. Малин не утворювали та з інших міст не залучали, а також будь-які висновки екологічних інспекцій відсутні. Житомирський апеляційний суд ухвалою від 20.07.2020 залишив без зміни вирок місцевого суду та вважав безпідставними, зокрема, й доводи у касаційній скарзі про те, що ОСОБА_1 перебував у ситуації виправданого ризику, підписуючи акти приймання-передачі мулососа, платіжних доручень та договорів відповідального зберігання. Як місцевий, так і апеляційний суд, зазначили, що більшість свідків підтвердили той факт, що наприкінці 2012 р. та в подальшому в м. Малині надзвичайної ситуації чи глобальної катастрофи не було і не сталося, а існувала лише загроза у виникненні надзвичайної ситуації, а в експертних, нормативних, технічних даних були відсутні підтвердження таких умов, як необхідність ліквідації наслідків надзвичайних ситуацій техногенного характеру у м. Малині [19].

Оскаржуючи рішення судів першої та апеляційної інстанцій, засуджений вказав аналогічні аргументи стосовно вчинення дій в умовах виправданого ризику. Однак ВС залишив без зміни вирок місцевого суду та ухвалу апеляційного суду, вказавши на те, що вчинення дій обвинуваченим в умовах виправданого ризику не підтверджується жодним належним доказом, а ст. 42 КК України визнає правомірними лише ризиковані дії чи бездіяльність, вчинені з дотриманням установлених законом умов [20].

У другому випадку предметом касаційного перегляду були вирок Іллічівського районного суду м. Маріуполя від 17.09.2015, яким ОСОБА_2 засуджено за ч. 3 ст. 382 КК України із застосуванням ст. 75 цього Кодексу, а також вироком Апеляційного суду Донецької області від 11.04.2018, яким скасовано вирок місцевого суду в частині призначеного ОСОБА_2 покарання

з випробуванням на підставі ст. 75 КК України [21]. Згідно з вироком ОСОБА_2 визнано винуватим і засуджено за те, що він, перебуваючи на посаді директора ТОВ «Азовмашпром», у період часу з 05.07.2012 по 18.01.2013 з метою невиконання рішень Господарчого суду Донецької області про стягнення з ТОВ «Азовмашпром» на користь трьох ТОВ та ОСОБА_4 грошових коштів, маючи реальну можливість виконати їх, незважаючи на накладений арешт на кошти боржника, відкрив розрахункові рахунки у банках та здійснив за вказаними рахунками фінансові операції на загальну суму 564 823,24 грн, залишивши рішення судів без виконання, чим спричинив істотну шкоду стягувачам на загальну суму 835 133,25 грн [21].

У касаційній скарзі сторона захисту вказує, зокрема на неправильність кваліфікацій дій ОСОБА_1 через те, що апеляційний суд не зважив на конкретні обставини вчинення злочину, а саме на те, що ОСОБА_2 намагався забезпечити стабільну роботу підприємства, і хоча його дії заподіяли шкоду охоронюваним законом правам та інтересам стягувачів, однак вони вчинені в умовах виправданого ризику і для досягнення значної корисної мети, що виключає їх злочинність. Вказані доводи ВС визнав необґрунтованими, а тому вироки судів першої та апеляційної інстанцій було залишено ним без зміни [22].

Отже, якщо проаналізувати вказані кримінальні провадження, відповідно до фактичних обставин яких констатувалася наявність виправданого ризику або ставилося питання про це стороною захисту, то вбачається, що вочевидь у відповідних випадках можна вести мову не про виправданий ризик, а все ж про крайню необхідність. Наприклад, якщо взяти до уваги справу генерала В. Назарова та рішення у ній, то власне у цьому випадку варто було б оцінювати його дії крізь призму крайньої необхідності та визначити всі ті необхідні умови, що передбачені у ст. 39 КК України. Так, він ризикував, проте прийняття чи, вірніше, неприйняття ним певних управлінських рішень було зумовлено небезпекою, в якій опинилася фактично ціла країна, а конкретніше – Донецька та Луганська області, на території яких велися на час вчинення діяння військові дії щодо захоплення відповідних територій російськими військовими та бойовиками самопроголошених республік. Відтак і правомірність дій генерала В. Назарова, на нашу думку, доцільно було б оцінювати крізь призму крайньої необхідності, а саме що ця небезпека в даній обстановці не можна було усунути іншими засобами і якщо при цьому не було допущено перевищення меж крайньої необхідності.

Насамперед, визначимо значення слова «ризик». Термін «ризик» походить від грецьких слів *ridsikon*, *ridsa* «круча», «скеля» [23]. В іта-

лійській мові *risiko* означає небезпеку, загрозу, *risicare* – «лавірувати між скель», у французькій *risque* – це «загроза», а «ризикувати» (буквально) «об'їжджати кручу, скелю» [24, с. 47], характеризує загрозу та означає «ризикувати» [25, с. 28].

В українській мові «ризик» означає «усвідомлену можливість небезпеки, сміливий, ініціативний вчинок, дію з надією на успіх, позитивний результат; можливість збитку або невдачі в якій-небудь справі» [26]. Тобто, у словниках української мови слово «ризик» асоціюється виключно з небезпекою, яка з гносеологічного погляду завжди є усвідомленою суб'єктом. При цьому цей суб'єкт для її уникнення та недопущення спричинених наслідків ризикує з власної ініціативи, тим самим досягаючи позитивного результату.

Варто відзначити, що розуміння ризику є складною методологічною проблемою загальної теорії пізнання, зокрема, й соціальних явищ, яке ґрунтується на загальнофілософських підходах до розуміння ризику, ймовірності, невизначеності тощо. Уявлення про ризик, який характерний практично для всіх сфер людського життя, сформували таку науку, як ризикологія, у рамках якої існують різні підходи до розуміння ризику та його основних характеристик, а також видів. Зокрема, у межах як класичного, так і модерного підходу до розуміння ризику основними властивостями, що характеризують онтологічну та гносеологічну сторони ризику науковці називають такі поняття, як невизначеність, ймовірність, випадковість тощо. Водночас окремі науковці вбачають певні відмінності між вказаними поняттями та самим ризиком. Наприклад, американський економіст Ф. Найт наголошував на тому, що ризик та невизначеність не є тотожними, оскільки ризик є вимірюваним, а невизначеність – ні. Цей науковець відзначав, що ризиком називається невизначеність будь-якого виду, пов'язана з непередбачуваними обставинами [27, с. 225]. О. М. Орлова виокремлює такі властивості ризику, а саме невизначеність (ризик виникає за умови альтернативного розвитку подій), шкода (ризик існує тоді, коли результат може спричинити шкоду), наявність аналізу розвитку ситуації (ризик передбачає якісну чи кількісну оцінку та розуміння можливості негативних наслідків у майбутньому), приналежність конкретному суб'єкту (ризик виникає за практичної значущості для кого-небудь очікуваної події) [28, с. 132]. В юридичній енциклопедії ризик розглядається як небезпечність виникнення непередбачуваних витрат очікуваного прибутку, доходу, майна, коштів у зв'язку з випадковою зміною умов економічної діяльності, несприятливими обставинами або дією непереборної сили; ступінь ймовірності певної негативної події, яка може відбутися у певний час або за

певних обставин, тобто можлива подія, поява якої має ймовірний і випадковий характер та зумовлює небажані наслідки для учасника відповідних правовідносин [23].

Отже, попри велику кількість підходів до розуміння ризику, все ж у межах кожного з них підкреслюється наявність певної невизначеності, за якої передбачувані результати поведінки людини не є детермінованими, а ступінь можливого впливу на результат таких невизначених факторів – невідома. Сама ж невизначеність, вочевидь, може бути різною залежно від того, яку інформацію про певний предмет має суб'єкт, який приймає рішення в умовах ризику, а саме невідомість, недостовірність та неоднозначність. Окрім того, ризик практично всіма науковцями асоціюється з певною небезпекою, небезпечною ситуацією, яка зумовлює вчинення ризикованих діянь суб'єктом, а також з варіативністю його поведінки.

З огляду на викладене вважаємо спірним підхід В. В. Бондарчук, на думку якої виправданий ризик не завжди може бути зумовлений небезпекою. На її думку, небезпека не є причиною новаторського ризику, «при якому не існує ані конкретної, ані абстрактної небезпеки, яка б виступала рушійною силою такого ризику. Необхідність уникнення певної небезпеки, при якому ймовірним є заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам може бути тією суспільно корисною метою, яка фактично виправдовує ризиковане діяння, однак така мета не обов'язково полягає в усуненні певної небезпеки, оскільки може проявлятися і в одержанні нових знань, створенні нового продукту тощо» [3, с. 44–45].

На нашу думку, судячи з наукових праць, а також виходячи з тих прикладів судової практики, які аналізувалися вище, науковці вкладають у відповідну обставину, що виключає протиправність діяння, фактично дві нерівнозначні складові, а саме ризик, пов'язаний з небезпекою та ризик, не пов'язаний з нею. Хоча розглядати у рамках одного правового поняття, яким є виправданий ризик, вказані види ризику недоцільно. Такий дихотомічний підхід до розуміння поняття ризику зумовлює і підставу різного правового регулювання «небезпечного ризику» та «безпечного ризику». Перший з них, на наш погляд, є нічим іншим, як крайньою необхідністю, якою визнається заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам для усунення небезпеки, що безпосередньо загрожує особі чи охоронюваним законом правам цієї людини або інших осіб, а також суспільним інтересам чи інтересам держави, якщо цю небезпеку в даній обстановці не можна було усунути іншими засобами і якщо при цьому не було допущено перевищення меж крайньої необхідності (ч. 1 ст. 39 КК України).

Що ж стосується ризику, не пов'язаного з небезпекою, який, зокрема, В. В. Бондарчук називає новаторським, то, на нашу думку, він охоплюється таким поняттям, як експеримент. Вказане бачення реалізовано у кримінальному законодавстві окремих зарубіжних держав. Наприклад, згідно зі ст. 27 Кримінального кодексу Польщі обставиною, що виключає кримінальну відповідальність особи, передбачено експеримент. Як передбачено у § 1 цієї статті не вчиняє злочину особа, яка діє з метою проведення пізнавального, медичного, технічного або економічного експерименту, якщо очікувана користь від нього має суттєве пізнавальне, медичне або економічне значення, а очікування в досягненні такої користі, цілеспрямованість і спосіб проведення експерименту виправдані у світлі сучасного стану знань. Згідно з § 2 ст. 27 КК Польщі, експеримент не допускається без згоди учасника, над яким він проводиться, за наявності його належної поінформованості про очікувану користь від експерименту та можливі негативні наслідки і ймовірність їх виникнення, а також про можливість відмовитися брати участь в експерименті на будь-якому етапі його проведення. Окрім цього, § 3 цієї статті виокремлює такий вид експерименту, як медичний. У ньому передбачено, що принципи та умови допустимості медичного експерименту визначаються законодавством [29].

На наш погляд, саме така експериментальна частина ризику заслуговує на те, щоб передбачатися самостійною обставиною, що виключає кримінальну протиправність діяння, а інша частина ризику, який пов'язаний з небезпекою, слід відносити до крайньої необхідності та оцінювати власне крізь призму тих умов, що вписані у ст. 39 КК.

Висновки. Підводячи підсумки дослідження проблеми доцільності існування у КК України такої самостійної обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, як діяння, пов'язаного з ризиком (ст. 42 КК України), відзначаємо, що з огляду на дихотомічний підхід до поняття ризику у ризикології, а також у рідних суспільствознавчих науках, доцільно вирішити питання про розрізнення правової природи виправданого ризику, обумовленого певною небезпекою, яка загрожує правоохоронюваним інтересам та яку варто відносити до крайньої необхідності (ст. 39 КК України), а також ризику, джерелом якого виступає не небезпека, а необхідність проведення експерименту будь-якого виду, який завжди має новаторський характер та власне й спрямований на досягнення значної суспільно корисної мети. На прикладі відповідних норм кримінального законодавства зарубіжних держав запропоновано передбачити у КК України самостійною обставиною, що виключає протиправність діяння, проведення експерименту. Вказане є тим напрямком

перспективних наукових досліджень, який може бути розвинутий чи спростований у подальших наукових працях.

Література

1. Ющик О. І. Кримінально-правове регулювання діяння, пов'язаного з ризиком, за законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук; Одеська нац. юрид. академія. Одеса, 2004. 19 с.
2. Анчукова М. В. Виправданий ризик як обставина, що виключає злочинність діяння: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08; Нац. юрид. академія ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2004. 205 с.
3. Бондарчук В. В. Кримінально-правова характеристика діяння, вчиненого в умовах виправданого професійного ризику: дис. ... канд. юрид. наук; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Київ, 2014. 211 с.
4. Баулин Ю. В. Обстоятельства, исключают преступность деяния. Харьков: Основа, 1991. 360 с.
5. Билиця А. Я. Основные признаки понятия виправданого ризику. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України*. 2009. № 21. С. 164–172.
6. Чеботарьова Г. В. Виправданий ризик як обставина, що виключає злочинність діяння у сфері медичної діяльності. *Право і суспільство*. 2013. № 2. С. 330–333.
7. Байда А., Пилипенко М., Макітренко М. Особливості кваліфікації діяння, пов'язаного з ризиком, як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння в медичній сфері. *Наук. вісн. Дніпропетровського держ. ун-ту внутр. справ*. 2021. № 1. С. 221–228.
8. Кузьмін, С. А. Кримінально-правові аспекти застосування інституту виправданого ризику при здійсненні оперативно-розшукової діяльності стосовно учасників організованих груп корисливо-насильницької спрямованості. *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)* 2010. № 23. С. 216–223.
9. Артемов, В. Ю. Ризик прийняття рішень в оперативно-розшуковій діяльності. *Наук. вісн. Дніпропетровського держ. ун-ту внутр. справ*. 2012. № 1. С. 210–216.
10. Шамара, О. В., Комашко, В. В., Онофрейчук, А. Д. Виправданий оперативний ризик в оперативно-розшуковій діяльності спеціальних підрозділів по боротьбі з організованою злочинністю корисливо-насильницької спрямованості. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2014. № 3. С. 178–183.
11. Проект Кримінального кодексу України (текст станом на 29.09.2022). URL: <https://cutt.ly/0MIIJPI> (дата зверн. 14.11.2022).
12. Василенко В., Козін О. Право в теорії ризиків: генеза ризиків від інформаційної до правової складових (інституційний підхід). *Юридичний вісник*. 2014. № 4. С. 43–51.
13. Навроцький В. О. Основи кримінально-правової кваліфікації: навч. посібн. Київ: Юрінком Інтер, 2006. 704 с.
14. Мельник П. В. Кримінально-правова регламентація діянь, пов'язаних з професійним ризиком. *Наук. вісн. Нац. ун-ту ДПС України (економіка, право)*. 2011. № 1 (52). С. 283–288.
15. Вирок Павлоградського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 27.03.2017 у справі № 185/12161/15-к. URL: <https://cutt.ly/HMIIFTb> (дата зверн. 14.11.2022).
16. Ухвала Дніпровського апеляційного суду від 11.12.2020 у справі № 185/12161/15-к (провадження № 11-кп/803/13/20). URL: <https://cutt.ly/LMIAMH> (дата зверн. 14.11.2022).
17. Постанова Верховного Суду від 21.05.2021 у справі № 185/12161/15-к (провадження № 51-6169км20). URL: <https://cutt.ly/cMIOZO> (дата зверн. 14.11.2022).
18. Вирок Малинського районного суду Житомирської області від 10.12.2014 у справі № 283/2242/13-к (провадження № 1-кп/283/9/2014). URL: <https://cutt.ly/OMIYVu> (дата зверн. 14.11.2022).
19. Ухвала Житомирського апеляційного суду від 20.01.2020 у справі № 283/2242/13-к (провадження № 11-кп/4805/182/20). URL: <https://cutt.ly/SMITqr> (дата зверн. 14.11.2022).
20. Постанова Верховного Суду від 20.01.2021 у справі № 283/2242/13-к (провадження № 51-1319км20). URL: <https://cutt.ly/EMIQm9> (дата зверн. 14.11.2022).
21. Вирок Апеляційного суду Донецької області від 11.04.2018 к справі № 264/7044/13-к (провадження № 11-кп/775/30/2018). URL: <https://cutt.ly/qMIbTq> (дата зверн. 14.11.2022).
22. Постанова Верховного Суду від 06.12.2018 у справа № 264/7044/13-к (провадження № 51-5660 км 18). URL: <https://cutt.ly/vMIla5> (дата зверн. 14.11.2022).
23. Ризики у праві. Юридична енциклопедія [у 6 т.] / ред. кол. Ю. С. Шемшученко (відп. ред.). Київ: Українська енциклопедія ім. М. П. Бажана, 2003. Т. 5: «П–С». 736 с. URL: <https://cutt.ly/FMIh5m> (дата зверн. 14.11.2022).
24. Куташенко М. В. Сутність ризику і причини його виникнення. *Інвестиції: практика та досвід*. 2008. № 6. С. 45–48.
25. Мельник Я. М. Категорія «ризик» у цивільному процесі: сутність, момент виникнення та видова класифікація. *Цивільне право і процес*. 2018. № 12. С. 27–42.
26. Ризик: Словник української мови. Академічний тлумачний словник (1970–1980). Т. 8, 1977. URL: <http://sum.in.ua/s/ryzyk> (дата зверн. 14.11.2022).
27. Найт, Ф. Х. Риск, неопределенность и прибыль: пер. с англ. Мjcrdf: Дело, 2003. 360 с.
28. Орлова О. М. Ризики промислових підприємств в умовах пандемії COVID-19. *Бізнес-Інформ*. 2021. № 2. С. 131–137.
29. Kodeks karny: Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. URL: <https://cutt.ly/sMIIdII> (дата зверн. 14.11.2022).

Анотація

Андрусак Г. М. Виправданий ризик (стаття 42 Кримінального кодексу України): до проблеми доцільності існування як самостійної обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння. – Стаття.

У статті розглянуто проблему доцільності існування виправданого ризику як самостійної обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння. Проаналізовано основні підходи у науковій літературі приводу розуміння поняття виправданого ризику та його відмінності від інших обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння, зокрема з крайньою необхідністю. Також проаналізована судова практика, зокрема касаційної інстанції, в якій порушувалося питання стороною захисту про наявність у діях обвинувачених виправданого ризику, а також було позитивно вирішено питання про вчинення дій в умовах виправданого ризику, спрямованого на захист Вітчизни в умовах проведення військових дій на території Луганської області. Окрім того, здійснено дослідження наукової літератури суспільствознавчих наук, а також комплек-

сної теорії – ризикології, у межах яких виокремлено основні підходи до розуміння ризику та його ознак. Зроблено висновок, що загалом ризик пов'язується з невизначеністю ситуації, яка запускає ситуацію ризику та зумовлює усвідомлену поведінку суб'єкта, спрямовану на подолання ризикованої ситуації та досягнення у результаті цього значної суспільно корисної мети. Констатовано, що ризик як поняття слід розуміти дихотомічно, а саме як ризик, обумовлений певною небезпекою, яка загрожує правоохоронюваним інтересам та ризик, джерелом якого виступає не небезпека, а необхідність проведення експерименту будь-якого виду, який завжди має новаторський характер та власне й спрямований на досягнення значної суспільно корисної мети. У першому випадку ризиковані діяння особи слід відносити до крайньої необхідності (ст. 39 КК України) та оцінювати їх, відповідно, крізь призму тих умов, які виписані у вказаній статті. У другому ж випадку виправданий ризик трансформується в експеримент, який власне й доцільно передбачити у КК України як самостійну обставину, яка виключає злочинність діяння.

Ключові слова: виправданий ризик, ризик, крайня необхідність, обставина, що виключають протиправність діяння, кримінальна відповідальність.

Summary

Andrusiak G. M. Justified risk (Article 42 of the Criminal Code of Ukraine): to the problem of expediency of existence as an independent circumstance that excludes criminal unlawfulness of the act. – Article.

The article examines the problem of the expediency of the existence of a justified risk as an independent circumstance that excludes the criminal illegality of an act. The main approaches in the scientific literature to the understanding of the concept of justified risk and

its differences from other circumstances that exclude the criminal illegality of an act, in particular with extreme necessity, are analyzed. Judicial practice was also analyzed, in particular the case of the cassation instance, in which the defense raised the issue of the existence of a justified risk in the actions of the accused, and the issue of committing actions in conditions of justified risk, aimed at protecting the Motherland in the conditions of military operations in the territory of Luhansk region, was also positively resolved. In addition, a study of the scientific literature of the social sciences, as well as a comprehensive theory – riskology, was carried out, within which the main approaches to understanding risk and its signs were identified. It was concluded that, in general, risk is associated with the uncertainty of the situation, which triggers the risk situation and determines the conscious behavior of the subject, aimed at overcoming the risky situation and achieving a significant socially useful goal as a result. It was established that risk as a concept should be understood dichotomously, namely as a risk caused by a certain danger that threatens law-enforced interests and a risk whose source is not danger, but the need to conduct an experiment of any kind, which is always innovative in nature and actually aimed to achieve a significant socially useful goal. In the first case, a person's risky actions should be classified as absolutely necessary (Article 39 of the Criminal Code of Ukraine) and evaluated, accordingly, through the lens of the conditions specified in the specified article. In the second case, the justified risk is transformed into an experiment, which is actually appropriate to provide in the Criminal Code of Ukraine as an independent circumstance that excludes the criminality of the act.

Key words: justified risk, risk, extreme necessity, circumstances that exclude the illegality of an act, criminal liability.