

### ТЕМА 3. СТАДІЇ ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ

1. Відповідальність за підготовчі дії та замах по кримінальному праву Англії. Добровільна відмова і діяльне каяття.
2. Відповідальність за підготовчі дії та замах по кримінальному праву США. Добровільна відмова і діяльне каяття.
3. Відповідальність за підготовчі дії та замах по кримінальному праву Франції. Добровільна відмова і діяльне каяття.
4. Відповідальність за підготовчі дії та замах по кримінальному праву ФРН. Добровільна відмова і діяльне каяття.

1. Кримінальне право Англії навіть в період Середньовіччя виходило з того, що кримінальна відповідальність не повинна наступати тільки при наявності одного злочинного наміру. Настільки ж необхідною її передумовою вважалася злочинна поведінка. Така поведінка мала виражатися у дії або бездіяльності, тобто повинна була відповідати всім вимогам поняття «overt act» (явної дії) і в результаті вести до заподіяння реальної шкоди. Загально кримінальні злочини по загальному праву каралися тільки у випадках, коли було очевидним поєднання злочинної поведінки, яка завдала реальної шкоди, і злочинного наміру. Правило про обов'язкове поєднання наміру і злочинної поведінки не поширювалося на політичні злочини, і тому починаючи з XIV ст. встановлювалася кримінальна відповідальність за один тільки умисел незалежно від заподіяння реальної шкоди.

Подальший розвиток цих двох способів виникнення кримінальної відповідальності (за загально кримінальні і політичні злочини) призвело до того, що суди загального права сприйняли з області переслідування політичних злочинів практику покарання будь-яких дій, що свідчать про злочинний намір, і створили кілька норм про відповідальність за *окремі види попередньої злочинної діяльності – підбурювання, змову і замах*.

I. До видання Закону про серйозну злочинність 2007 р., який встановив статутну відповідальність за *підбурювання* і сприяння злочину, всяке підбурювання або «схиляння» до злочину було місдімінором по загальному праву. Суть його полягала в тому, що обвинувачений усно або письмово намагався схилити іншу особу до вчинення злочину. Причому малося на увазі тільки підбурювання, яке не мало наслідків і не привело в дійсності до скоєння злочину. За загальним правом підбурювання могло приймати різні форми, але воно відрізнялося від співучасті в злочині і від замаху тим, що підбурювач не приймав фізичної участі в злочині.

Тим часом, на думку англійських юристів, підбурювання чи спонукання іншої особи вчинити злочин, саме по собі вже є дією, і тому його важко відрізнити від замаху. Різниця полягає, мабуть, в тому, що оскільки воно завжди передбачає наявність іншої особи, яка може протистояти підбурюванню, остільки воно рідше, ніж замах в звичайному сенсі слова, завершується вчиненням закінченого злочину.

Починаючи з XVII ст. існувала думка про те, що особа, безуспішно підбурюючи іншу вчинити злочин, має бути покарана за саме підбурювання. У цей період караною дією визнавалося, наприклад, підбурювання когонебудь придбати за гроші підроблені документи для подання до суду (правда, такі діяння розглядалися як замах на схиляння до лжесвідчення). В іншому випадку, прикладом якого було справа Вагана (1769 р.), в рішенні суду зазначалося, що підбурювання чи порада вчинити злочин також є злочинними.

*У справі йшлося про пропозицію якимсь Ваганом хабара герцогові Графтон (який на той час був міністром і членом Таємної Ради) за надання посади на Ямайці. Лорд Менсфілд при розгляді цієї справи зазначив, що дії обвинуваченого були підбурюванням герцога до скоєння серйозного злочину проти його обов'язків перед королем і суспільством.*

Ідея про відповідальність за кримінальне підбурювання оформилася на початку XIX ст. в рішенні Суду Королівської лави по справі Хіггінса (1801 р.).

*Хіггінс підбурював Діксона, колишнього слугу, вкрасти майно, що належало його господарям. Слуга повідомив про це владі, в результаті чого Хіггінс був притягнутий до кримінальної відповідальності. У рішенні суду по справі Хіггінса було відзначено, що мова йде не про простий намір або бажання, щоб слуга скоїв крадіжку у свого господаря, а про скоєні дії, що реально виразилися в підбурюванні до крадіжки.*

Судді, які виносили рішення по справі Хіггінса, не сумнівалися, що дії Хіггінса були закінченим злочином, а не простим безкарним діянням. В результаті було сформульовано наступне правило: *«Мова йде про звинувачення в скоєнні дії, тобто в дійсно здійсненому підбурюванні, а не про простий намір, щоб слуга скоїв крадіжку у свого господаря. Схиляння або підбурювання іншої особи незалежно від того, якими засобами воно реалізується, є завершеною дією. Те, що така дія, здійснена за злочинним наміром, є караною за обвинувальним актом, було ясно встановлено... деякими прецедентами»*. Таким чином, підбурювання іншої особи незалежно від того, якими засобами воно реалізується, було проголошено закінченим злочином.

Слід зазначити, що при розгляді підбурювання в якості попередньої злочинної діяльності завжди мається на увазі невдале підбурювання. На

відміну від нього підбурювання до злочину, яке потім було скоєно, являє собою різновид співучасті.

*Отже, до кінця XIX ст. склався інститут підбурювання, характерними рисами якого є встановлення кримінальної відповідальності за схилення іншої особи до вчинення злочину і принципова незавершеність злочину.*

Звертає на себе увагу і той факт, що підбурювання, що не має конкретного адресата, карається аналогічно підбурюванню конкретної особи.

*Класичним прикладом такого роду є справа Моста (1881 р.), який був звинувачений в підбурюванні до вбивства. Суть звинувачення полягала в тому, що він опублікував в газеті статтю, в якій висловлював радість з приводу вбивства російського імператора Олександра II, і закликав революціонерів у всьому світі наслідувати приклад народовольців. Газета, в якій була опублікована стаття, вийшла в Лондоні тиражем 1200 примірників. У рішенні по справі Моста було зазначено, що покаранню підлягає підбурювання, звернене «до всього світу взагалі, будучи досконалим шляхом публікації в революційній газеті».*

Якщо в результаті підбурювання було скоєно злочин, то підбурювання поглинається більш серйозним злочином і винний несе відповідальність за вчинення даного злочину як співучасник.

Слід зазначити, що **підхід до визначення і покарання за підбурювання**, вироблений в нормах загального права, зберігся і в наші дні, після того як даний інститут отримав своє статутне оформлення. Законом про серйозну злочинність 2007 р. норми загального права про відповідальність за підбурювання були замінені новими складами про умисне підбурювання або сприяння вчиненню злочину. Зокрема, відповідно до Закону винна особа, яка вчиняє дію, здатна підбурити іншого до вчинення злочину або посприяти в його скоєнні, і в намір якого входить підбурювання іншої особи до вчинення злочину або сприяння в його здійсненні (ч. 1 ст. 44). При цьому для настання кримінальної відповідальності недостатньо простого передбачення того, що підбурювання або сприяння призведе згодом до скоєння злочину (ч. 2 ст. 44). Отже, особа може бути притягнута до кримінальної відповідальності лише тоді, коли вона не тільки навмисно прагне до підбурювання або допомагає в скоєнні злочину, а й саме робить будь-яку дію з наміром, щоб інша особа вчинила злочинні дії як виконавець злочину. Винний повинен вірити, що його дія спрямована на підбурювання або допомогу в скоєнні злочину в якості його виконавця і що підбурювана ним особа вчинить злочинне діяння як виконавець.

Законом також передбачено ряд випадків звільнення від кримінальної відповідальності за названі злочини, покладаючи тягар доведення своєї невинності на обвинуваченого (ст. 50). При розгляді питання про прийнятність захисту суд, як сказано в Законі, враховує такі фактори – серйозність злочину, мету, досягнення якої спонукало обвинуваченого до вчинення незаконних дій, а також повноваження, якими він керувався.

*Кримінальної відповідальності не підлягає і жертва злочину (ст. 51), навіть якщо нею були вчинені дії, що підпадають під визначення злочину. Дане правило відтворює норму загального права, закріплену в рішенні по справі Тіррел (1894 р.), відповідно до якої відповідальності не підлягає особа, що захищається за законом, – так, дівчина у віці 12 років не підлягає кримінальній відповідальності за підбурювання сорокарічного чоловіка до вступу з нею в статевий зв'язок (склад «згвалтування дитини»), оскільки є жертвою цього злочину.*

**II.** Як і підбурювання, **інститут змови** в англійському кримінальному праві бере свої витoki в Середньовіччі. Перший, так званий Статут про осіб, що вступають у змову 1293 р. (*Ordinatio de Conspiratoribus*), передбачав видачу судових наказів про переслідування осіб, винних у змові з метою незаконного підкупу або фінансування чужого судового процесу. Другим статутом з'явився *Articuli Super Cartas* 1300 р. котрий дозволив видачу судових наказів канцелярії для кримінального переслідування змови. Пізніше всім суддям було віддано розпорядження розглядати з присяжними скарги на такого роду дії і без судових наказів.

*Слід зазначити, що по середньовічному загальному праву судові накази про кримінальне переслідування змови видавалися тільки після здійснення дій, спрямованих на досягнення незаконної угоди. Таке положення існувало аж до 1611 р., коли у справі Поултер суд Зоряної палати ухвалив, що проста угода про скоєння злочину має вважатися завершеним злочином і каратися навіть у тих випадках, якщо ніяких подальших дій для досягнення мети змови не було вчинено. Справа Поултер стала поворотним пунктом в історії кримінально караної змови, і подальший розвиток доктрини змови ґрунтувався на цьому рішенні.*

В остаточному вигляді **змова по загальному праву** має наступну конструкцію. Змова полягає в угоді двох або більше осіб вчинити незаконну дію або зробити законну дію незаконними засобами. За загальним правом даний злочин переслідується за обвинувальним актом і карається на розсуд суду тюремним ув'язненням або штрафом, або тим і іншим разом. Цей злочин є закінченим в момент досягнення сторонами угоди. Той факт, що сторони ніколи не приведуть свою угоду в дію, є несуттєвим.

В системі англосаксонського права змова займає проміжне місце між підбурюванням і замахом. Більшість злочинів такого роду починаються з підбурювання однією особою іншої до вчинення злочину. Коли інша особа погоджується на цю пропозицію, виникає змова, а потім ці дії можуть перерости в замах. Змова відрізняється від інших незакінчених злочинів тим, що в інших незакінчених злочинах мета діяння повинна бути сама по собі злочинною, однак при змові по загальному праву це не обов'язково.

Цікавим є і більш розгорнуте формулювання змови: змовою є домовленість двох або більше осіб, досягнута з наміром його здійснити, якщо вона є угодою про:

- вчинення злочину;
- заподіяння шкоди правосуддю;
- здійснення цивільного правопорушення, такого як порушення приватного володіння;
- здійснення обманних дій;
- здійснення будь-якої дії, яка аморальна або направлена на порушення публічної благопристойності.

Зазвичай при аналізі *actus reus* змови англійські юристи в своїх працях розглядають різні типи незаконних дій. Деякі, наприклад, як можна бачити з наведеної вище формулювання, виділяють, по-перше, як вид змови угоду з метою вчинити злочин. Як уже згадувалося раніше, той факт, що злочин, який задумали зробити обвинувачені, насправді ніколи не може бути скоєно, не має значення. *Всі автори робіт з англійського кримінального права як класичний приклад такої змови приносять справу Вітчерч і ін. (1890 р.), коли суд визнав жінку винною у змові з іншими особами зробити аборт, хоча ні в момент угоди, ні пізніше вагітності не було.*

По-друге, злочином за загальним правом є змова про вчинення цивільного правопорушення проти третьої сторони. Сюди ставилися всі угоди про вчинення цивільного правопорушення зловмисного або обманного характеру (до цього ж виду злочинів іноді відносили і змова про порушення договору при таких обставинах, які роблять ці порушення особливо шкідливими для суспільства).

До третього виду змови по загальному праву ставилися змови з метою вчинити дію аморальну або спрямовану на порушення публічної благопристойності. Типовим прикладом змови про здійснення аморального дії є змова з метою зваблювання жінки.

Змови, спрямовані на заподіяння «громадського шкоди», завжди вважалися більш складними для розгляду в суді. *До найбільш відомих справ, пов'язаних зі змовою про заподіяння громадського шкоди, відноситься,*

*наприклад, справа Беренджерера (1814 р.), який був визнаний винним у змові зробити неправдиве повідомлення про смерть Наполеона Бонапарта під час війни з ним з метою викликати паніку на біржі. У 1961 р. Палата лордів визнала Шоу винним у змові з метою скоєння аморальних дій, спрямованих на заподіяння громадської шкоди. Шоу звинувачувався в тому, що вступив в угоду з іншими особами про опублікування довідника, який тримав імена і адреси лондонських повій.*

Як відзначають англійські юристи, одним з найважчих питань кримінального права є питання про те, що вважається достатнім для визнання угоди змовою по загальному праву, оскільки прямі докази угоди існують дуже рідко. Найбільш часто обвинувач намагається довести, що сторони угоди діяли спільно в досягненні загальної мети, показавши, що їх дії були скоординовані заздалегідь шляхом угоди. При цьому немає необхідності доводити, що особи, обвинувачені в змові, знаходилися один з одним в прямому зв'язку.

Іноді при розгляді справи про змову судді керуються наступним принципом: для доказування змови необхідно показати, які дії були вчинені обвинуваченими для досягнення злочинної мети. Цей принцип суди стали застосовувати починаючи з 1929 р.

*Два власника нічних клубів в Лондоні звинувачувалися в змові про дачу хабара поліцейському з тим, щоб змусити його порушити законодавство про ліцензії. Кожен з них запропонував поліцейському хабар окремо, але вони були визнані винними в змові про порушення ліцензійного законодавства і «заподіяння громадської шкоди шляхом протидії поліції, а також шляхом підкupu службовців поліції». Присяжні визнали їх винними, вказавши в вердикті, що у обвинувачених було спільне бажання. При винесенні вердикту присяжні керувалися тим, що нічні клуби були розташовані по сусідству і їх власники внаслідок цього були добре обізнані про все, що пов'язано з поліцією.*

Саме найменування злочину показує, що в ньому повинні брати участь щонайменше дві людини. Тим часом відомі випадки, коли дві людини і більше не можуть бути звинувачені в змові, незважаючи на наявність загального незаконного наміру. Такими особами з англійського кримінального права є чоловік і дружина, які на підставі християнської доктрини подружньої єдності вважаються однією особою. Отже, протиправна угода чоловіка і дружини не розглядається в якості змови. Цей же принцип англійські суди застосовували і щодо мусульман, які перебувають в полігамних шлюбах.

У 1977 р. Парламент Великобританії схвалив Закон про кримінальне право, відповідно до якого змова стала злочином не тільки за загальним правом, але і по статутному праву. За загальним правом продовжують переслідуватися:

- змова з метою обману, що охоплює велику кількість діянь, пов'язаних з вчиненням шахрайських або обманних дій;

- змова про заподіяння шкоди інтересам публічної моралі, якщо дії, проти яких була прийнята угода, не є злочином у разі вчинення їх однією особою;

- змова про грубе порушення публічної благопристойності, якщо дії, проти яких була прийнята угода, не є злочином у разі вчинення їх однією особою.

**Статутною змовою** є домовленість двох або більше осіб про вчинення дій, які є злочином або повинні привести до вчинення будь-якого злочину або злочинів одним або більше з учасників угоди, якщо останнім здійснено відповідно до їх намірів. Формулювання статутної змови в основному повторює норму загального права, за тим винятком, що мета змови повинна бути кримінально караною. При цьому в Законі передбачено, що його дія не поширюється на угоду, що є змовою з метою обману по загальному праву. З цього випливає, що змова з метою вчинення будь-якого статутного злочину, що включає обманні або шахрайські дії, не є статутним злочином.

Закон 1977 р. був доповнений в 1981 р. становищем, відповідно до якого неможливість виконати угоду не перешкоджає кримінальній відповідальності за змову і сторони можуть бути засуджені незалежно від реально існуючих обставин.

Відносно змов, за які відповідальність встановлена за загальним правом, застосовуються покарання, передбачені загальним правом: позбавлення волі і штраф на розсуд суду. Змова з метою обману згідно ст. 12 Закону про кримінальну юстицію 1987 р. переслідується за обвинувальним актом і підлягає покаранню у вигляді тюремного ув'язнення на термін до 10 років або штрафу, або того й іншого разом.

Особа, визнана винною в скоєнні статутної змови, карається позбавленням волі на строк, що не перевищує максимуму, передбаченого за основний злочин, тобто на вчинення якого був спрямований змову. Якщо змова припускала вчинення більше одного злочину, призначається покарання більш суворе з встановлених в Законі за вчинення цих злочинів.

Довічне тюремне ув'язнення передбачено в разі змови про здійснення:

- вбивства чи іншого злочину, покарання за яке точно визначено в законі;

- злочину, за яке передбачено покарання аж до довічного тюремного ув'язнення;

- злочину, переслідуваного з обвинувальним актом і за яке передбачено покарання у вигляді тюремного ув'язнення без вказівки максимального терміну.

**III. Доктрина замаху** була сформульована Зоряною палатою у справі про дуелі, яке розглядалося 1615 р., де в ролі Генерального атторнея виступав Френсіс Бекон. Описуючи шкоду дуелей, Бекон запропонував з метою їх припинення встановити відповідальність за всі дії, пов'язані з підготовкою дуелей. Він вказав, що «в тих випадках, коли діяння карається смертною карою або є фелонією, якщо воно не було скоєно, практика схиляється до того, щоб такі діяння каралися як місдімінор. Так, замах на отруєння, хоча і не мав наслідків, засідка з метою вбивства, що також не мала наслідків, тощо визнається тяжким місдімінором, караним в суді. Подібним чином повинні каратися судом дії, спрямовані на вчинення і менш тяжких злочинів, що не караються стратою ...». У своєму аналізі Бекон випередив майже на два століття суди загального права і теорію кримінального права в обґрунтуванні необхідності переслідування в кримінальному порядку замаху на злочин. Однак до тих пір, поки була остаточно сформульована доктрина кримінальної замаху, пройшов досить тривалий період.

В остаточному вигляді по загальному праву була сформульована наступна **норма про відповідальність за замах**. Замахом є навмисна явна дія, безпосередньо пов'язана з вчиненням злочину і представляє собою складову частину серії дій, які, якщо вони не перервані або якщо від здійснення яких винний не відмовиться, повинні привести до вчинення закінченого злочину. Відповідно до цих правил дії, віддаленні від вчинення замаху, не можуть скласти замах. З цієї точки зору готування до вчинення злочину, так само як і просте придбання засобів, за допомогою яких вчиняється злочин, не є достатньо наближеною дією. Слід зазначити, що в даному визначенні полягало правило «близькості», вироблене загальним правом, суть якого полягає в тому, що особа винна в замаху, якщо вона здійснює навмисну дію, що веде до скоєння злочину і представляє собою частину серії дій, які, будь вони вчинені, привели б до злочину.

Отже, для того щоб особа була звинувачена у вчиненні замаху на злочин, вона, по-перше, має мати намір вчинити злочин і, по-друге, має вчинити будь-яке діяння, спрямоване на здійснення цього наміру.

За Законом про кримінально карний замах 1981 р. в замаху на вчинення злочину винною є особа, яка з наміром вчинити злочин здійснює дію, що є більшою, ніж просто готування до злочину. При цьому неможливість скоєння злочину не є захистом від кримінального переслідування. Як видно, законодавче формулювання замаху практично відтворює норму загального



права, як і раніше, не даючи розмежування простого приготування і замаху. Вирішення цього питання як і раніше залишено на розсуд суду. Саме тому вироблений загальним правом підхід до визначення дій, що становлять замах, як і раніше, продовжує залишатися тією відправною точкою, на яку орієнтується судова практика.

Обов'язковим елементом замаху, як і будь-якого іншого злочину, є *actus reus*. Найскладнішою проблемою *actus reus*, на думку англійських юристів, є розмежування дій, складових злочину, і дій, які є простим безкарним приготуванням, і визначення моменту, з якого дії обвинуваченого, спрямовані на досягнення злочинної мети, тягнуть за собою кримінальну відповідальність.

*У всіх роботах, присвячених проблемам кримінально караного замаху, зазвичай підкреслюється принципова некараність приготування, яке може оцінюватися лише в етичному плані. Зазвичай в якості прикладу першої справи, в якій була застосована доктрина про розмежування приготування і замаху, згадується справа Іглтон (1855 р.). Іглтон був звинувачений у замаху на отримання грошей як неможливий за фальшивими документами. Гроші він отримати не встиг, оскільки обман був розкритий раніше, проте був визнаний винним у зв'язку з тим, що зробив останню дію, спрямовану на досягнення своєї мети, залежну від нього самого. У рішенні суду по даній справі, крім іншого, було відзначено, що простий намір здійснити місдімінор не є злочином – для цього потрібно певним чином впливати, і всі дії, спрямовані на вчинення місдімінору, повинні переслідуватися в кримінальному порядку. Як замах на вчинення злочину повинні розглядатися тільки дії, тісно пов'язані зі злочином, а не віддалені від нього.*

Проте в ряді статутів прямо встановлена відповідальність за приготування, наприклад, в законах про шпигунство і тероризм, а в Законі про статеві злочини 2003 р. є розділ про злочини підготовчого характеру.

*Класичним прикладом в області англійського кримінального права є рішення суду 1915 р. у справі ювеліра Робінса, який з метою отримання страховки за вкрадене майно, заявив в поліцію про пограбування, хоча коштовності він сховав сам. Поліція, перевіряючи його заяву, виявила сховане, в зв'язку з чим Робінсу було пред'явлено звинувачення в замаху на шахрайство. Судом, проте, він був визнаний невинним на тій підставі, що його дії були тільки приготуванням до злочину і ним не було зроблено «найближчого кроку» до скоєння злочину. Таким «найближчим кроком» у випадку з Робінсом, на думку суду, мало стати звернення в страхову компанію для отримання грошей.*

Визначити, яка саме дія є таким «найближчим кроком» або «останнім кроком», цілком залишено на розсуд суду. Іноді в судовій ухвалі йдеться про передостанні дії, направлені на вчинення злочину, або про дії, що є кроком у напрямку до конкретного злочину в його остаточному вигляді.

Іншою важливою проблемою *actus reus* замаху є дотримання вимоги про обов'язкову наявність у винних діях очевидної можливості вчинити злочин. Спочатку в англійському кримінальному праві будь-який замах на негідний об'єкт або з непридатними засобами не карався. Згодом це положення зазнало змін, і якщо в 1865 р. у справі Колінса замах на крадіжку з порожньої кишені не вважався кримінально караним діянням, то вже в 1892 р. суд у справі Рингу і інших прийняв рішення, відповідно до якого спроба крадіжки з порожньої кишені була визнана злочинним замахом.

Прикладом розгляду справи про замах з непридатними засобами є справа Уайта (1910 р.), якого звинувачували у вбивстві матері. Уайт поклав невелику кількість ціаніду в напій для хворої матері, але померла вона не від отрути, а від серцевої недостатності. Крім того, було встановлено, що такою кількістю отрути взагалі неможливо було кого-небудь убити. Уайт був визнаний винним у замаху на вбивство, а Апеляційний суд вказав у своєму рішенні, що особа може бути засуджена за замах на вбивство шляхом повільного отруєння після того, як спробував дати першу дозу отрути.

У різний час судами **питання про відповідальність за замах на негідний об'єкт або з непридатними засобами** вирішувалося по-різному, проте багато англійських юристів схилилися до думки про необхідність підтримання обвинувачення при таких обставинах хоча б тому, що дана особа так само соціально небезпечна, як і та, яка вчинила злочин. Випадковістю є те, що злочин не було скоєно, а кримінальна відповідальність не повинна залежати від випадку. Ця думка отримала своє втілення в Законі 1981 р., згідно з яким неможливість скоєння злочину не є захистом від кримінального переслідування.

Суттєвою складовою частиною замаху, так само як і закінченого злочину, є *mens rea*. Для настання кримінальної відповідальності особи за злочинний замах необхідний спеціальний умисел на вчинення конкретного злочину. Вважається, що в тих випадках, коли визначення злочину вимагає настання певного результату, в обвинуваченні також має бути вказано, що винний прагнув до настання саме цього результату, хоча судова практика і не завжди дотримується цього принципу. Оскільки елементом провини, як вона розуміється в загальному праві, є уявлення обвинуваченим тих наслідків, які будуть імовірним наслідком його поведінки, то ж вимога поширюється і на замах.

Подання про наслідки трактується в англійському кримінальному праві з позиції теорії «звичайного розумної людини». Презюмується, що наслідки, які повинна була очікувати будь-яка нормальна розсудлива людина, входять в передбачення і в конкретному випадку. У тому випадку, коли мова йде про необережність як форму вини, якщо необережність щодо обставин є достатньою *mens rea* для закінченого злочину, вона буде достатньою і для замаху на злочин. Крім того, якщо законом встановлена «сувора відповідальність» як обставина для звинувачення в скоєнні закінченого злочину, то вона є такою ж обставиною для звинувачення в замаху і при відсутності *mens rea*.

За загальним правом замах зазвичай карався тюремним ув'язненням на розсуд суду. Однак Законом про кримінальне право 1967 р. було введено правило, за яким покарання за замах не могло перевищувати покарання, передбаченого за вчинення злочину, на яке винний зазіхав.

Що ж стосується покарання за замах на статутний злочин, то і тут законодавець використовував досвід загального права. Так, в Законі 1981 р. передбачено, що особа, винна в замаху на вбивство чи інший злочин, покарання за яке суворо визначено в законі, підлягає покаранню у вигляді довічного тюремного ув'язнення.

2. На відміну від кримінального права континентальної Європи попередня злочинна діяльність в американському праві не пов'язана зі стадіями розвитку злочину. Більш того, там навіть немає цього поняття. Така діяльність, як правило, знаходить вираз у трьох вироблених ще англійським загальним правом самостійних зазіхань – підбурюванні, змові і замаху, що характеризуються незавершеністю реалізації злочинного задуму, які в зв'язку з цим нерідко в доктрині іменуються незакінченими злочинами (*inchoate offenses*). Необхідно підкреслити, що тут маються на увазі зовсім різні за своїм змістом злочини, спільною рисою яких є лише те, що вони належать до попередньої діяльності, реального збитку ще не завдали. Вони являють собою в цьому відношенні певний виняток з системи англосаксонського права, що в принципі вимагає від злочину заподіяння реальної шкоди охоронюваним правом цінностям.

Якщо за загальним правом і *підбурювання*, і *змова*, і *замах* – це місдімінор, то за законодавством – у багатьох випадках фелонії, що вже саме по собі свідчить про посилення кримінальної репресії в США.

Про те, що цим трьома інститутами в американському кримінальному праві приділяється велика увага, говорить той факт, що і в Модельному КК, і в КК ряду штатів (Нью-Йорк, Кентуккі і ін.) є спеціальні розділи, присвячені

незакінченим зазіханням. Серед останніх особливо виділяється змова – тим, що інкримінована діяльність не обов’язково повинна бути спрямована на вчинення злочину.

*За Модельним КК для настання відповідальності за підбурювання або змову не має значення, що ні обвинувачений, ні особа, яку він підбурював або з якими він був у змові, в силу якихось обставин не може зробити основний злочин, або що саме ця особа не несе відповідальності за вчинення такого злочину, або звільнена від кримінального переслідування, або засудження за нього. Приблизно таке ж становище повністю або частково закріплено в кодексах деяких штатів, зокрема, КК штату Нью-Йорк, а стосовно змови – в КК штату Огайо.*

Підбурювання, змова і замах Модельний КК пропонує карати, як і основний злочин, за винятком того, що якщо основний злочин є фелонією I ступеня, то незакінчений злочин є фелонією II ступеня.

Якщо основний злочин скоєно, то за загальним правом та законодавством ряду штатів воно поглинає незакінчений злочин. Але в окремих штатах може виникати відповідальність за обидва злочини. У цьому випадку або призначається одне покарання, або, якщо призначається кілька покарань, вони виконуються одночасно. Особа, чия діяльність здійснюється на території декількох штатів, може бути звинувачена у вчиненні незакінченого посягання відповідно в одному або декількох штатах, і закінченого – в тому штаті, де воно було вчинено.

I. При розгляді питань **підбурювання** американські суди і автори відповідних робіт до сих пір часто використовують рішення англійського суду 1801 р. по справі Хіггінса, яке оформило ідею про відповідальність за кримінальне підбурювання.

Таким чином, підбурювання як самостійний злочин – це діяння, яке не мало своїм продовженням вчинення підбурюваного злочину; в іншому випадку воно кваліфікувалося б як співучасть у злочині.

Відносно підбурювання до місдімінору в американському загальному праві єдиної точки зору немає: в одних штатах воно карається, в інших – ні. Причому обґрунтування і критерії використовуються найрізноманітніші. В цілому можна сказати, що кримінально караним є підбурювання до таких місдімінорів, як перешкоджання здійсненню правосуддя, створення загрози громадському благополуччю або порушення громадського порядку.

В американській юридичній літературі зазначається, що в окремих штатах в області інституту підбурювання з’явилася певна прогалина: там були скасовані норми загального права про відповідальність за підбурювання, але не було введено відповідне законодавство. Однак такий стан – виняток із

загального правила, так як в більшості штатів підбурювання – злочин, передбачений статутним правом. Причому в багатьох з них пішли шляхом кодифікації норм загального права, які були доповнені законодавством.

КК деяких штатів не містять загального визначення підбурювання, а передбачають відповідальність за підбурювання до окремих зазначених в них злочинів. *Наприклад, відповідно до КК штату Каліфорнія підбурювання до таких фелоній, як хабарництво, викрадення людини, пограбування, крадіжка у великих розмірах і деякі інші, карається позбавленням волі з утриманням в окружній в'язниці терміном до одного року, або у в'язниці штату, або штрафом до 10 тис. дол., або і тим і іншим одночасно. Підбурювання до тяжкого вбивства – позбавленням волі з утриманням у в'язниці штату терміном в три, шість або дев'ять років, а до звалтування – в два, три або чотири роки.*

Вищевикладене в значній мірі доповнює законодавчу прогалину з цього питання, зокрема, в даному штаті. Одночасно воно дозволяє зробити висновок про те, що підбурювання карається саме по собі, причому навіть якщо підбурювана особа відмовилася від виконання будь-якої дії. Але якщо воно здійснює дію, спрямовану на досягнення злочинної мети, підбурювач може бути визнаний винним у замаху. Взагалі, слід відзначити, що підбурювання в США, зокрема, в штаті Нью-Йорк, нерідко розглядалося як діяння, що близько примикає до замаху.

Відмінність підбурювання від змови полягає в тому, що суть змови – в угоді з іншою особою, а підбурювання – у схиланні іншої особи вчинити злочин.

Модельний КК містить таке визначення підбурювання: «Особа винна в підбурюванні до скоєння злочину, якщо з метою сприяти його здійсненню або полегшити його вчинення вона наказує іншій особі, заохочує її або просить її здійснити певну поведінку, яка склала б цей злочин або замах на вчинення цього злочину, або утворила б його співучасть в скоєнні цього злочину або замаху на його вчинення». Причому не має значення, що підбурювач не зміг довести своє підбурювання до свідомості підбурюваної особи, якщо її поведінка була розрахована на доведення такого підбурювання до свідомості цієї особи. Іншими словами, карається також замах на підбурювання.

Як зазначалося вище, підбурювання в Модельному КК в принципі пропонується карати так само, як основний, тобто закінчений злочин.

Відносно **покарання за підбурювання** в основному спостерігаються два підходи: в одних штатах воно карається на одну ступінь нижче, ніж підбурюваний злочин, в інших – однаково.

Зазвичай добровільна і повна відмова від злочинної мети (від наміру, щоб підбурюваний злочин було скоєно) є підставою для звільнення підбурювача від кримінальної відповідальності. Разом з тим слід зазначити, що законодавство деяких штатів (Іллінойс, Вісконсін і ін.) взагалі не передбачає захист в разі «відмови від злочинної мети».

На відміну від КК багатьох штатів федеральне законодавство США (ч. 1 розд. 18 ФЗЗ) не містить загальної норми або, як, наприклад, в КК штату Нью-Йорк, загальних норм про відповідальність за підбурювання. Але там є чимало статей, які передбачають відповідальність за підбурювання до окремих злочинів. Наприклад, підбурювання до вчинення насильницьких злочинів карається в межах половини максимального покарання, передбаченого за підбурюваний злочин, за підбурювання до здійснення незаконних пожертвувань на політичні цілі, за підбурювання моряків до повстання або заколоту.

При певних умовах підбурювання може кваліфікуватися як співучасть (якщо підбурюваний злочин скоєно), або як змова (якщо підбурюваний злочин скоєно, але була угода його зробити і в більшості штатів здійснено «явну дію»), або як замах на змову.

II. Як і щодо підбурювання при розгляді питань, що стосуються **змови**, в американському кримінальному праві нерідко посилаються на старі англійські прецеденти, зокрема, в даному випадку на його визначення, дане англійським суддею лордом Денманом в 1832 р. Змова – це угода про те, щоб здійснити протиправну дію, або про те, щоб зробити правомірну дію протиправними засобами. Як видно, ця вже стала класичною дефініція змови характеризується надзвичайно великою широтою і невизначеністю.

На відміну від підбурювання, змова – це обов'язково угода або об'єднання двох або більше осіб із загальним наміром або метою. Але для змови необов'язково, щоб дії обвинуваченого були близькі до досягнення мети, як це вимагається при замаху.

У Модельному КК змова визначається наступним чином: «Особа винна в змові з іншою особою або іншими особами про вчинення злочину, якщо з метою сприяти його здійсненню або полегшити його вчинення вона:

а) домовляється з такою іншою особою або іншими особами про те, що ці особи, або одна з них, або більш ніж одна з них здійснять поведінку, що складає такий злочин, або замах на його вчинення, або підбурювання до його здійснення;

б) домовляється допомогти такій іншій особі або таким іншим особам в плануванні або здійсненні такого злочину, або замаху на його вчинення, або підбурюванні до його скоєння».

Широта трактування змови по Модельному КК абсолютно очевидна. При цьому необов'язково, щоб всі учасники змови знали один одного. Однак особа не може бути засуджена за змову про вчинення злочину (за винятком фелонії I або II ступеня), якщо не доведено вчинення відповідно до цього змовою «явної дії» їм самим або іншою особою, з яким вона знаходилося в змові. Вимога «явного дії» є дуже широкою, так як в якійсь мірі обмежує можливість залучення до відповідальності і покарання за змову.

Відносно тривалості змови в Модельному КК сказано: змова є триваючим злочином, яка припиняється в момент скоєння основного злочину або в момент відмови обвинуваченого або особи, яка перебувала з ним у змові, від домовленості про його скоєння; відмова презюмується, якщо ні обвинувачений, ні зазначена особа не робить протягом строку давності кримінального переслідування ніякої «явної дії» в просування такої змови; якщо має місце відмова від домовленості, змова вважається такою, що припинилася щодо обвинуваченого тільки в тому випадку, якщо він повідомив особі, яка перебувала з ним у змові, про свою відмову або довів до відома відповідних органів про існування такої змови і про свою в ній участь. Однак підставою для звільнення від відповідальності за участь в змові є те, що особа, яка вступила в змову, потім завадила її здійсненню при обставинах, що показують її повну і добровільну відмову від злочинної мети.

Учасник змови несе відповідальність за дії будь-якого іншого учасника і всіх разом незалежно від його участі в цих діях або присутності під час їх здійснення. Більш того, навіть якщо учасники змови не розробили всіх деталей угоди, їх спільна участь у такому об'єднанні робить кожного з них винним за нього. Особа, що приєдналася до вже існуючої змови, стає її учасником нарівні з іншими членами і має рівну з ними відповідальність не тільки за дії, вчинені після її вступу в змову, але і за саму угоду. Але федеральної судової практиці, наприклад, відомі випадки визнання особи винною за дії, скоєні раніше (тобто до його приєднання до змови) іншими його учасниками в просування загального задуму.

Свідома допомога в здійсненні мети змови без наміру увійти до складу його учасників розглядається як повноцінна співучасть у змові. Змова в залежності від переслідуваної мети може бути спрямована на вчинення злочину, перешкоджання здійсненню правосуддя, вчинення аморальної дії чи заподіяння приватної шкоди.

Регулювання інституту змови, запропоноване Модельним КК, в тій чи іншій мірі було сприйнято законодавством багатьох штатів країни. Досить значний вплив цього документа випробували, наприклад, КК штату Нью-

Джерсі, КК штату Пенсільванія і КК штату Кентуккі, де по суті відтворюється формулювання змови, що міститься в Модельному КК.

*Крім того, відповідальність за змову передбачається в ряді інших статей розд. 18 ФЗЗ, які спеціально присвячені їй («Змова, спрямована на порушення прав громадян», «Змова, спрямована на перешкодження виконання обов'язків посадовою особою або заподіяння йому шкоди», «Змова з метою завдати шкоди майну іноземної держави», «Змова з метою вчинення тяжкого вбивства», «Змова з метою знищення судів» і ін.). Як правило, для відповідальності за змову, передбачену зазначеними статтями, також досить скоєння «будь-якої дії», і карається так само, як основний злочин.*

**III.** Найважливіша відмінність нового американського кримінального законодавства від раніше діючих правових положень полягає в тому, що **замах** тепер став інститутом лише Загальної частини кримінального права.

З точки зору *mens rea* замах характеризується наміром, тобто умислом, спрямованим на вчинення конкретного злочину. Причому нерідко в американській судовій практиці і законодавстві з суб'єктивної сторони замаху пред'являються більш високі вимоги в порівнянні з закінченим злочином. Так, за КК штату Іллінойс для визнання особи винною у тяжкому вбивстві досить довести, що вона усвідомлювала високу ступінь ймовірності заподіяння смерті або тяжких тілесних ушкоджень, в результаті яких настала смерть, або довести, що вбивство мало місце в ході здійснення насильницької фелонії, а для визнання її винним у замаху на тяжке вбивство необхідно встановити умисел (намір) на вчинення такого злочину.

*Для вирішення проблеми розмежування цих двох стадій в судовій практиці використовуються різні теорії.*

**Теорія «останнього найближчого кроку»** (last proximate step): якщо особа зробила все, що, як вона вважала, необхідне для настання конкретного результату, і якщо, будь воно завершено, склало б злочин, то це, по поширеній думці, замах. Ця теорія в даний час серйозних заперечень в США не викликає.

**Теорія «фізичної близькості»** (physical proximity theory) виходить з того, наскільки близькою є дія, що становить замах, по відношенню до закінченого злочину. Поведінка діяча розглядається з точки зору часу, відстані, дій, які ще потрібно зробити, і здатності діяча самостійно вчинити злочин.

**Теорія «небезпечної близькості»** (dangerous proximity theory), що включає попередню, йде далі: вона виходить з небезпечності посягання, яке мають намір вчинити. При цьому враховуються такі чинники, як близькість небезпеки і ступінь її передчуття, а також розмір можливої шкоди. Якщо поведінка стає досить небезпечною, вона повинно бути припинена.



**Теорія «обов'язкового елемента»** (indispensable element theory): якщо діяч не встановив контроль над суттєвим елементом злочинного діяння, він не підлягає відповідальності за замах; якщо для реалізації свого плану діяч потребує допомоги іншої особи або в інших додаткових коштах, то замаху також ще немає.

**Теорія «можливої відмови»** (probable desistance theory): якщо в ході нормального розвитку подій без втручання ззовні і з урахуванням того, як далеко діяч вже зайшов, він, ймовірно, завершив би вчинення злочину, то він винний у замаху. В даному випадку порушується проблема добровільної відмови. Відзначається, що ця теорія близька до теорії «фізичної близькості» і при проведенні тесту основна увага приділяється особистості діяча.

**Теорія «анормального кроку»** (abnormal step theory): замах – це такий крок за певними межами, який звичайна людина не зробила би. На підставі цієї теорії важко встановити те місце на шляху розвитку попередньої діяльності, де зупинилася б звичайна нормальна людина.

Відсутність чітких і єдиних критеріїв нерідко призводить до того, що одне й те саме діяння судами оцінюється по-різному.

Кримінальне право США передбачає відповідальність за замах на будь-яке злочинне діяння незалежно від його категорії. За федеральним кримінальним законодавством в більшості випадків воно може каратися так само, як закінчений злочин. Обов'язкове пом'якшення покарання за замах в порівнянні з закінченим злочином є законодавчим правилом в ряді штатів США.

Цілями розширення сфери кримінальної репресії служать не тільки інститути підбурювання і змови, про які говорилося вище, але і конструювання так званих «усічених складів», коли підготовчі дії, а іноді просто виявлення наміру оголошуються законодавцем закінченим злочином. Таких норм у американському кримінальному законодавстві доволі багато. Вони, наприклад, передбачають відповідальність за участь в «об'єднаннях злочинців», за володіння зброями злочину та інші дії.

Інша проблема, пов'язана з actus reus замаху, стосується так званої «неможливості» скоєння злочину. Фактична неможливість є наслідком якихось фізичних чи фактичних умов, невідомих обвинуваченому. Вона може бути у вигляді замаху на негідний об'єкт або замаху з негідними засобами.

Слід зазначити, що тільки легальна неможливість нейтралізує замах і становить захист. Так, спроба «підкупити» присяжного засідателя, який, як виявилось, таким не є, не рахується замахом. Фактична неможливість, хоча і повна, сама по собі не становить захисту, якщо тільки вона не супроводжувалася попереднім знанням такої фактичної неможливості.

І нарешті, в зв'язку з відповідальністю за замах необхідно торкнутися питання про так звану **добровільну відмову**. Загальному праву цей інститут невідомий, так як вважається, що якщо дія, що становить замах, здійснена, то подальша поведінка особи не має значення. Однак законодавством деяких штатів, при певних умовах передбачається можливість звільнення від відповідальності за відмову від доведення злочину до кінця.

3. У французькому кримінальному праві виділяють кілька видів незакінченого діяння: **замах на злочинне діяння** (*l'infraction tentee*), **невчинене злочинне діяння** (*l'infraction manquée*) і **неможливе злочинне діяння** (*l'infraction impossible*).

Простий намір вчинити злочинне діяння і підготовчі дії в принципі по французькому кримінальному праву не караються. На думку французьких юристів, законодавець враховує, що на стадії підготовчих дій небезпека останніх для суспільства ще незначна, і розумний політик не повинен втручатися: публічний порядок ще не порушений, як це буває при закінчених злочинних діяннях, і можна розраховувати на те, що виконавець відмовиться від свого злочинного наміру. Однак з цього правила існує ряд винятків.

У французькому кримінальному праві існує інститут, подібний з інститутом змови в англо-американському праві. У Франції він отримав назву «організація зловмисників». Навіть термінологія, яка використовується в даному випадку законодавцем, свідчить про те, що він встановлює кримінальну відповідальність за «злий умисел», звичайно, за певних умов. Кримінальна відповідальність настає за участь в групі або змові, які створені для підготовки одного або декількох злочинів або таких проступків, які за КК караються п'ятьма роками тюремного ув'язнення. При цьому підготовка повинна знайти вираз в одній або декількох об'єктивних діях.

У Франції існує поняття змови як різновиду розглянутої «організації зловмисників». Специфіка цього інституту полягає в тому, що змовою визнається така угода декількох осіб, що знайшла об'єктивне вираження в конкретних діях, які спрямовані на вчинення політичного (державного) злочину – посягання на республіканські інститути державної влади або цілісність національної території.

У Франції встановлено відповідальність як за самостійний злочин, так і за невдале підбурювання до вчинення деяких політичних злочинів: зради, шпигунства, здачі всієї або частини національної території, саботажу і деяких інших. Так, згідно з КК пряме підбурювання шляхом обіцянок, пропозицій, тиску, погроз або насильницьких дій до вчинення перелічених злочинів в разі, якщо це підбурювання не спричинило наслідків через незалежні від волі

виконавця обставини, карається тюремним ув'язненням і штрафом. Отже, мова йде саме про невдале підбурювання. Підбурювання, яке призвело до свого результату, розглядається відповідно до КК як вид співучасті.

**I. Замах на злочинне діяння** визначається в теорії французького кримінального права як початок виконання злочинного діяння при відсутності добровільної відмови. Будь-який замах, таким чином, характеризується двома обов'язковими елементами: початком виконання злочинного діяння (матеріальний елемент) і відсутністю добровільної відмови від завершення злочинного діяння (моральний елемент).

Перехід від підготовчих дій до початку виконання за часом встановити складно, тому в теорії французького кримінального права з цього питання існують дві протилежні точки зору. Згідно так званої об'єктивної теорії, що враховує тільки об'єктивно вчинені дії, початком виконання визнаються такі дії, які являють собою головні складові елементи злочинного діяння в тому їх визначенні, яке дано в диспозиції кримінально-правової норми, і за таких обставин, які є підставою для кримінального переслідування. Всі інші дії повинні розглядатися як підготовчі.

Згідно суб'єктивної теорії, що враховує умисел виконавця, початок виконання існує при наявності зовні виражених об'єктивних дій, коли це діяння з точки зору психологічної ознаки досить близько до злочинного і особа бажала досягти своєї мети, хоча матеріальна ознака злочинного діяння і не може бути встановлена.

Практична реалізація об'єктивної теорії має, однак, ряд недоліків. Так, крадіжка, яка полягає в незаконному вилученні чужої речі, може згідно названої теорії переслідуватися, тільки якщо викрадач «наклав руку» на предмет, тобто вчинив дії, безпосередньо складові крадіжки, і не може переслідуватися, якщо ця особа зробила у стіні отвір, щоб проникнути в кімнату, де знаходиться банківський сейф. Судова практика, враховуючи реальність, досить широко використовує суб'єктивну теорію. Початком виконання вона визнає такі дії, які очевидно і тісно пов'язані з злочинним діянням і прямо ведуть до делікту, коли виконавець вже знаходиться на стадії, що безпосередньо веде до скоєння злочинного діяння, коли між досконалими діями і злочинним діянням не існує великого психологічного «розриву» і коли вчинені дії дають всі підстави вважати, що особа буде прагнути своєї мети.

Однак судова практика досить заплутана. Так, вона визнала замахом на вчинення крадіжки очікування на сходах інкасатора і на вулиці – машини, що перевозить грошові цінності, проникнення вночі без взуття в житловий будинок, проникнення в будинок незвичайним способом і навіть неможливість людини пояснити свою присутність в чужому житловому

приміщенні. Замах на крадіжку автомобіля вона побачила в проникненні в автомобіль, залишений відкритим, і знаходженні за кермом. Замахом на кримінально карану втечу практика визнала перепилування ґрат камери; замахом на крадіжку – приховування будь-якого товару в упаковку іншого в магазині самообслуговування; замахом на сутенерство – ізоляцію жінки; замахом на обман щодо якості товару – відправку потенційним покупцям зразків з неправильною вказівкою їх походження. Навпаки, судова практика відмовилася визнати замахом на шахрайство в області страхування навмисний підпал свого власного автомобіля і замахом на умисне вбивство найманого вбивці.

Крім початку виконання караний замах вимагає відсутності добровільної відмови. Ця ознака, згідно з французьким кримінальним правом, характеризує суб'єктивну сторону замаху.

За КК карається замах на будь-який злочин, однак замах на проступок карається тільки в тих випадках, коли це прямо передбачено кримінальним законом. До караних відносяться замах на такі проступки, як сексуальні агресії, що не становлять зґвалтування, незаконне ввезення або вивезення наркотиків, шантаж, вимагання і ін.

Будь-який замах, що відповідає перерахованим вище умовам, розглядається французьким кримінальним правом як «сам злочин». Це відноситься і до замахів на проступки, зазначених в кримінальному законі. Отже, виконавець замаху підлягає таким самим покаранням, що і виконавець закінченого злочину або проступку. Тотожність кримінального переслідування замаху і закінченого злочинного діяння стосується не тільки основних покарань, а й додаткових.

**II. Не вчинене злочинне діяння** має місце тоді, коли виконавець зробив все, що було необхідно для вчинення злочинного діяння, але не досяг своєї мети через помилку або в силу будь-якої іншої подібної причини, тоді як шукана мета була реальна. Французькі юристи спеціально виділяють такий вид незакінченого діяння, оскільки вважають, що це щось більше, ніж просто замах, так як виконавець вчинив всі дії, які залежать від нього, і при цьому не відмовився добровільно від них, його не зупинено будь-якими зовнішніми силами (поліцією, свідками тощо). Отже, є всі підстави для твердження, що особа мала намір вчинити злочинне діяння і рішучість довести його до кінця. Однак, вважають французькі юристи, це щось менше, ніж закінчений делікт, оскільки шкідливі наслідки не настали і вже не настануть.

**III. Неможливе злочинне діяння** – це делікт, який був спочатку неможливий в силу непридатності предмета посягання, використовуваних засобів або способів скоєння злочину, про що виконавцю не було відомо:

«вбивство» померлої людини, «аборт» невагітній жінці, «отруєння» за допомогою нетоксичних речовин, постріл з незарядженого рушниці. При цьому шукані наслідки були об'єктивно неможливі.

Протягом довгого часу теорія і судова практика не могли однозначно відповісти на питання: чи слід карати такі діяння і яким повинен бути обсяг покарання? Теорія пропонувала розрізняти неможливість абсолютну, що повністю виключає кримінальне переслідування, і неможливість відносну, що передбачає кримінальну відповідальність і прирівняну до звичайних замахів. Така позиція була відкинута рішенням Касаційного суду Франції 1928 р., який погодив обвинувальний вирок, винесений за проведення абортів при абсолютній неможливості (невагітна жінка). Тоді теорія запропонувала ввести відмінність між юридичною неможливістю, коли відсутній будь-який елемент, що входить в структуру злочинного діяння, встановлену законом (наприклад, «вбивство» померлого, де відсутній сам предмет злочину, а без цього елемента за змістом закону вбивство взагалі не може відбутися), і неможливістю фактичною (стрільба з незарядженої рушниці). Кримінальна відповідальність наступала б тільки у випадках фактичної неможливості. У разі юридичної неможливості діяння зовсім позбавлене тих необхідних ознак, які вказані в кримінальному законі, а отже, й самого злочинного діяння.

В даний час судова практика в деяких випадках ототожнює неможливі злочинні діяння з замахами. Палата у кримінальних справах Касаційного суду у своїй постанові 1986 р. зазначила, що для характеристики замаху на умисне вбивство неважливо, помер потерпілий чи ні, ця обставина не залежить від волі виконавця і названі насильницькі дії характеризують початок виконання. Однак така позиція не є загальновизнаною. Існують численні судові рішення, які звільняють осіб, притягнутих до відповідальності за вбивство через необережність або за ненадання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному стані, якщо потерпілий виявився мертвим.

Спеціальної норми про *добровільну відмову* або *дійове каяття* в КК немає. Згідно КК особа, яка намагається вчинити злочин або у випадках, передбачених законом, проступок (тобто почала здійснювати злочин або проступок), вважається виконавцем злочинного діяння. У теорії кримінального права відсутність добровільної відмови від вчинення злочину (проступку) являє собою суб'єктивну сторону караного замаху. Норма про замах передбачає переривання злочинного діяння з незалежних від особи обставин. Отже, замахом можна визнати випадок, коли особа намагалася вчинити злочинне діяння, але потім добровільно відмовилося від його завершення. Разом з тим французький законодавець в ряді норм Особливої частини спеціально обумовлює звільнення від покарання в разі добровільної

відмови особи. Так, згідно з КК будь-яка особа, що намагалася вчинити терористичний акт, звільняється від покарання, якщо, попередивши адміністративні або судові органи влади, це дозволило уникнути вчинення діяння і в разі необхідності встановити інших учасників. Якщо ж діяння вже скоєно, покарання може бути скорочено наполовину в разі, коли винний припинив злочинні дії, повідомив правоохоронним органам про злочин і тим самим дозволив уникнути заповідання смерті або тяжкої шкоди здоров'ю людей і встановити інших винних у скоєнні злочину. У другому випадку очевидно, що мова йде про дійове каяття, оскільки злочин вже закінчено. Спеціально омовляється звільнення від покарання і в разі спроби вчинити деякі політичні (державні) злочину: саботаж, посягання на республіканські інститути державної влади, здачу національної території іншої держави і ін.

4. КК не містить визначення приготування до злочинного діяння. По німецькому КК готування до злочину карається лише тоді, якщо це спеціально передбачено нормою Особливої частини КК, що є своєрідним відступом від принципу некараності приготування, що впливає із Загальної частини КК. Таким шляхом здійснюється серйозне посилення кримінальних репресій. По-перше, тому, що виключається застосування інституту добровільної відмови, можливого при приготуванні, але неприпустимого в закінченому злочині. По-друге, закінчені злочини завжди караються суворіше, ніж приготування або замах на злочини. Прикладами норм Особливої частини, які встановлюють кримінальну відповідальність за підготовчі дії, можуть стати приготування до державної зради (§ 83), приготування до злочинних дій, які полягають у вивідуванні державної таємниці (§ 96, абз. 1), підготовка підробки грошей або знаків оплати (§ 149).

I. Німецька кримінально-правова доктрина і судова практика виходять з того, що замах має місце, якщо особа безпосередньо здійснила початок виконання складу умисного злочину або проступку, але ще не закінчила його.

На відміну від приготування *інститут замаху* детально регулюється Загальною частиною КК. § 22 дає визначення поняття замаху: «посягає на злочинне діяння той, хто за своїм уявленням про діяння безпосередньо починає здійснювати склад діяння». Таким чином, дана норма ґрунтується переважно на суб'єктивних уявленнях особи про здійснення злочинного діяння. При цьому є несуттєвим, чи може дана дія взагалі привести до бажаного результату.

§ 23 встановлює межі караності замаху: замах на злочин карається завжди, замах на проступок – лише у випадках, коли це передбачено законом, тобто в конкретних складах, передбачених Особливою частиною КК.

При такій законодавчій конструкції інститутів незакінченого злочинного діяння на практиці іноді виникають складності з розмежуванням замаху і підготовчих дій. Звісно ж, що про перехід суб'єкта злочинного діяння до стадії замаху можна говорити тільки в тому випадку, якщо здійснюється безпосередній вплив на правове благо – об'єкт злочинного діяння або для нього існує реальна загроза.

Наприклад, якщо особа купує пістолет, маючи намір вбити людину, то він робить підготовчі дії до вбивства. На думку німецької кримінально-правової доктрини, ніякої шкоди життю людини ці дії не завдають. Тому підготовчі дії, як правило, не є кримінально караними, з огляду на викладені вище зауваження.

За загальним правилом замах карається м'якше, ніж закінчене діяння (§ 23).

Для німецької кримінально-правової доктрини є байдужим, з якої причини не настав злочинний результат: передбачений складом закону і за загальним правилом кримінально караним є замах з так званими негідними засобами та на негідний предмет. При цьому вирішальним є те, що особа усвідомлювала можливість здійснення складу злочину і діяла відповідним чином.

II. Специфікою німецького кримінального права є також і те, що в ньому виділяються *дві стадії закінченого злочинного діяння: завершення* (Vollendung) і *фактичне закінчення* (Beendigung). Якщо виконані всі ознаки складу злочину, то діяння вважається завершеним і при цьому не є необхідним, щоб воно було фактично закінченим. Завершення і фактичне закінчення можуть збігатися.

*Наприклад, А здійснює постріл в Б для того, щоб його вбити. В результаті цього настає смерть Б. З настанням смерті вбивство вважається завершеним і фактично закінченим.*

Такий збіг характерно не для всіх складів. Приміром, в деліктах, які тривають, і в деліктах, що складаються з декількох тотожних дій, фактичне закінчення злочинного діяння настає значно пізніше. Це відноситься, наприклад, до випадку, пов'язаному з катуванням потерпілого тривалий час. Дане злочинне діяння вважається фактично закінченим з моменту нанесення останнього удару, хоча шкода заподіяна здоров'ю вже в результаті першого удару.

Слід мати також на увазі, що в ряді складів не потрібне настання злочинних наслідків взагалі.

§ 24 КК передбачає можливість добровільної відмови від замаху. У цьому випадку виконавець не карається. КК виділяє різні види добровільної

відмови від замаху. Основним критерієм їх класифікації є специфіка самого замаху.

По-перше, виконавець не карається тоді, коли він добровільно перериває ще не закінчений замах, тобто відмовляється від подальшого виконання дії. Така ситуація має місце, якщо особа ще не все зробила, що, за його поданням, могло б привести до настання злочинного результату.

*Наприклад, А обливає бензином будинок Б для того, щоб його спалити. А запалює сірник, але потім гасить її і більше не робить ніяких дій, щоб підпалити будинок.*

Замах є закінченим, якщо виконавець зробив все, що, за його поданням, було необхідно для виконання складу злочину.

*Наприклад, браконьєр поставив капкан, призначений для браконьєрського лову звіра.*

Добровільність відмови передбачає те, що виконавець не хоче доводити до кінця виконання складу діяння, хоча, за його поданням, це було б можливим.

По-друге, виконавець не карається також тоді, коли він при закінченому замаху перешкоджає настанню злочинного результату. Причому ці дії повинні бути здійснені до виявлення злочинного діяння. Така ситуація має місце, якщо особа виконала усі дії, які, за його поданням, повинні привести до настання злочинного результату, після чого вона починає активні дії щодо його запобігання. При цьому потрібна добровільність дій винного.

§ 24 містить також припис щодо некараності виконавця тоді, коли діяння доводиться до кінця без його сприяння, але у нього є «добровільні і наполегливі зусилля перешкодити доведенню цього діяння до кінця».

Ця ж норма встановлює правила некараності **добровільної відмови** при замаху для інших співучасників (співвиконавців, підбурювачів і пособників). Будь-який з них повинен добровільно перешкоджати доведенню злочинного діяння до кінця. Якщо діяння все ж залишилося не доведеним до кінця без сприяння співучасника, то для добровільної відмови є достатнім добровільне і наполегливе зусилля цього співучасника перешкодити доведенню злочинного діяння до кінця.