

Національний університет
«Одеська юридична академія»
Кафедра кримінального права

Одеський місцевий осередок ГО
«Всеукраїнська асоціація кримінального права»

ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ КРИМІНАЛЬНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

Монографія



Одеса
«Юридична література»
2016

У монографії висвітлюються актуальні питання сучасного кримінального права України та інших країн, розвиток науки та законотворчості практики правозастосування.

Книга розрахована на науковців та практичних працівників, викладачів, докторантів, аспірантів, студентів вищих навчальних закладів, а також на всіх тих, хто цікавиться проблемами сучасної кримінальної юриспруденції.

Головні редактори:

С. В. Ківалов, В. О. Туляков

Рецензенти:

Рекомендовано до друку вченою радою
Національного університету «Одеська юридична академія»
(протокол № __ від _____ р.)

Матеріали видано в авторській редакції.
Повну відповідальність за достовірність та якість
поданого матеріалу несуть автори.

Вступ (С. В. Ківалов)	4
1. Теорія кримінальної законотворчості: перспективи новітніх підходів (В. О. Туляков)	9
2. Деякі проблеми вчення про злочин та склад злочину (Н. А. Мирошніченко)	18
3. Витоки кримінально-правової доктрини в традиціях континентального та загального права (Є. Ю. Полянський)	28
4. Філософсько-теоретична (ідеологічна) обумовленість методів наукового пізнання кримінального права (Ю. Ю. Коломієць)	49
5. Особливості процесу кримінальної законотворчості в сучасній Україні (Д. О. Балобанова)	65
6. Приватноправові засади (диспозитивність) в кримінальному праві, доктрині та законодавстві (концептуальний підхід) (О. М. Поліщук)	85
7. Динаміка охоронної функції кримінального права і сталий розвиток українського законодавства (А. С. Оцяця)	105
8. Багатомірність кримінального права: загальні застереження (Є. М. Вечерова)	131
9. Проступок у кримінально-правовій політиці (М. М. Дмитрук)	149
10. Покарання: поняття, цілі та класифікація (Н. Л. Березовська)	162
11. Інші заходи кримінально-правового характеру у кримінальному праві України (І. М. Горбачова)	199
12. Пеналізація злочинних діянь: нормативні засади та їх оптимізація (А. С. Макаренко)	219
13. Чорноморська синергія та політика індивідуалізації покарання (Ф. Ш. Іскендеров)	241
14. Відповідальність та покарання неповнолітніх осіб з ознаками вікової осудності (Н. М. Мирошніченко)	251
15. Історіографія охорони честі та гідності в доктрині кримінального права (В. М. Підгородинський)	271
16. Кримінальна політика у протидії злочинам проти моральності (В. П. Бойченко)	285
17. Криміналізація професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг (Р. О. Ніколенко)	291
18. Генезис норми про незаконне збагачення у контексті проблем кримінальної законотворчості (Д. Г. Михайленко)	297
Замість висновків (В. О. Туляков)	325
Авторський колектив	326

за вчинення кримінальних правопорушень, пропонуємо передбачити інші заходи, які не пов'язані з покаранням і стягненнями (заходи безпеки): 1) спеціальна конфіскація майна; 2) примусові заходи медичного характеру; 3) примусове лікування; 4) примусові заходи виховного характеру. Встановлено, що підстави застосування інших заходів, не пов'язаних із покаранням і стягненням, визначаються законом. Вищевказане є лише узагальненою позицією теоретичної моделі КК України, підготовленою фахівцями Національного університету «Одеська юридична академія», разом із тим і до сьогодні висловлюються достатньо суперечливі думки щодо природи інституту кримінального проступку, які часто за своїм змістом є протилежними. Отже, підхід комплексного моделювання й доктринального забезпечення розвитку кримінального та кримінального процесуального права в сучасних умовах є перспективним методом дослідження та, безумовно, має як теоретичне, так і практичне значення.

Вважаю за необхідне підкреслити, що наведений перелік проблем ніяким чином не обмежує можливості подальшого розвитку теорії кваліфікації злочину, аналізу конкретних випадків та окремих моментів правореалізації. Саме поєднання теоретичних розвідок та практики правозастосування характеризує сучасну кримінально-правову юриспруденцію. Сподіваюсь, на сторінках цієї книги зацікавлений читач знайде для себе значну частину ідей стосовно і подальшого наукового пошуку у сфері теорії сучасної законотворчості і у сфері корекції окремих елементів, інститутів та норм кримінального закону України.

Президент Національного університету
«Одеська юридична академія»,
академік

С. В. КИВАЛОВ

Відомо, що у сфері теорії кримінальної законотворчості виникла унікальна ситуація. Догматизм і формальне відношення до сенсів права, керування принципом політичної доцільності при криміналізації, як і безліч факторів, що розглянемо нижче, призвели до певної неефективності пропозицій підвищення якості кримінального законодавства.

Мова йде про стандартний процес наукового пошуку у кримінально-правових дослідженнях, згідно з яким накопичення емпіричної інформації давало позитивний результат у обмежених юрисдикційних рамках простору та часу, а подальший догматичний аналіз узагальнень практики розкривав політично детермінований шлях до конструювання нової нормативної моделі, будь це доповнення чи зміни діючого законодавства, чи інструктивний лист щодо узагальнення судової практики.

Причому, окрім методів формальної логіки та юридико-догматичного аналізу на тлі гегелівської діалектики не застосовується нічого. Більш того, з'являються твердження, що методологія кримінально-правового дослідження пов'язана виключно з аналізом позитивної форми його існування. Нормативізм у кубі є основою логіки існування кримінально-правової норми. Безумовно, кримінальне право як наука та як галузь повинно бути консервативним. Проте у такому сенсі питання динаміки права, правової ідеології та кримінально-правової політики практично перехреснюються. Характеристики ефективності та доцільності відповідних пропозицій зміни/доповнення норми практично не вивчаються. На засіданнях спеціалізованих вчених рад все частіше звучать фрази щодо існування чистої науки, за якою має право на існування кожна пропозиція, незалежно від того, який сенс та значення вона має та яку користь для практики несе. Відверто кажучи, дослідження досліджуються, дисертації захищаються, а злочинність зростає.

З методологічної точки зору виникає питання, яким чином наукові категорії, доктринальні положення перетворюються у від-

повідні норми права та імперативні максими, у динаміку судової практики, охоплюючись індивідуальною та груповою правосвідомістю, яка саме й є доктринальною, інституційною та нормативною передумовою формування концепції кримінального права, та яким чином ці концепти впливають на сучасне знання щодо протидії злочинності?

Відповідь на це, вважаємо, пов'язана із вирішенням деяких фундаментальних аспектів існування сучасної наукової теорії методології кримінального права.

Перше. Аналіз парадигмальних передумов попередження злочинності заснований на релятивізмі підходів та диверсифікації/диференціації моделей.

У кримінальному праві не може існувати єдиної моделі розвитку вчення про злочин та покарання, проте повинна бути єдина основа, побудована на приматі природних прав людини. Звідси універсальність захисту природних прав є науковою парадигмою, яка розвивається в атмосфері ідеологічних оцінок кожної держави (мирової чи регіональної спільноти) на рівні політичної, професійної та загальної нормосвідомості у галузі того, чим є та навіщо існує кримінальне право. Отже *формуванню сучасної концепції національного кримінального права передуює ідея побудови загальної основи формування парадигм універсальності кримінального права (захист природних прав та безпека носіїв) в контексті права на безпеку та безпеки права.*

Друге. Руйнування методології нормативної усталеності кримінально-правових досліджень не є відповідною рисою постмодерністської філософії (якщо загалом така існує). Цьому передувала комплекс еkleктичних досліджень соціальної форми. Деіфікація нормативистського підходу (віра в норму як в універсальний регулятор) обумовлювала протиріччя між сутністю права на безпеку та безпековими очікуваннями можновладців. Так, більшість із 17 видів економічних реформ виконавчої влади на шляху до руйни національної економіки та добробуту України додатково обґрунтовувалися дослідженнями необхідності криміналізації окремих видів економічної поведінки, боротьби з економічною злочинністю, детенізацією економіки, протидії корупційним практикам тощо. Відчуження капіталу від товаровиробників, інфляція та псевдоприватизація у дев'яності роки призвели до теоретичного обґрунтування необхідності диверсифікації відповідальності за правопорушення у сфері економіки. У 2005 р. після запуску державної економічної програми «Назустріч людям» було прийнято рішення про гуманізацію відповідальності за вказані злочини,

а пізніше через декілька років й декриміналізацію діянь (хоча, як відомо, каральні практики було замінено внесудовою дисциплінарною репресією).

Саме економічні злочини стали таким собі камікадзе від верховенства закону. Проте ще Генрі Стенлі Беккер, розглядаючи економіку злочину та покарання, вказував на раціональність ірраціонального вибору злочинної поведінки. *Звідси універсальність методу диверсифікації злочинного та караного обмежується економікою ринкових відносин та підтримується політикою економічних відносин. Тобто негативні аспекти криміналізації діяння повинні дорівнювати максимальним позитивним наслідкам від неї.* В іншому разі деіфікація кримінальної норми веде к розмиттю злочинного, неприйняттю останнього як регулятора суспільних відносин, а теорія (чи науковий концепт) перетворюється у науковий напрямок, який лише частково відображує істину та не буде життєздатним.

Компенсація та реституція, кримінально-правове поводження та компроміс, рівні можливості дисциплінарних практик та покарання, диференціація засобів впливу залежно від стану можливостей кримінально-виконавчої системи, — усі ці підходи, поруч із іншими, зазначають лише *тенденцію релятивізму кримінально-правового впливу та диференціації моделей (концептів) нормативної усталеності розвитку права.*

Виникає просте питання. Чому у сучасних кримінально-правових дослідженнях так багато аналізу питань криміналізації відповідних явищ та процесів та застосування новітніх (альтернативних) покарань та заходів впливу і так мало аналізу ефективності відповідних покарань чи прогнозу ефективності норми?

Можливо тому, що *еклектика кримінального права виконує позитивну функцію формування державного образу регулювання чогось sui generis, але не формування сенсу кримінального права?*

Третє. В останні десятиріччя традиційний метод редукції у пізнанні соціальних явищ та процесів (переносу закономірностей існування окремого на закономірності цілого загалом) було доповнено принципом елевації (піднесення), який заснований не стільки на механістичній дуальній, скільки на холистичній об'єднуючій методології.

Використовуючи метод холізму у кримінальному праві, є сенс розглядати світ (суспільство, індивіда) як неравновісну систему особливого роду, сталість якої забезпечується штучним опосередкуванням зовнішніх (із природною середою) та внутрішніх відносин.

Культуру у такому контексті формує комплекс усіх пов'язаних із розвитком механізмів: засоби та інші матеріальні продукти, мови, міфології, мораль, право тощо. Базовий принцип нормативної усталеності кримінального права встановлюється на основі компромісу у взаємовідносинах суспільства, природи та індивідів. Іншими словами, норма повинна бути зрозумілою та прийнятою суспільством та окремими громадянами і не тільки її розробниками та науковими радами.

Звідси кримінальне право сучасності не є правом антагонізму, але є правом компромісів між державою, правопорушником та жертвою, громадянським суспільством.

Це зазначає, що протягом ХХ століття, з одного боку, надзвичайно розширилися обсяг і зміст поняття «людство», а з іншого — небувало зросла ціна окремого людського життя. Вперше вже не теоретично, а на рівні буденної свідомості суспільство почало відчувати відповідальність за долю індивіда, незалежно від його віку, гендерної, класової, расової чи географічної приналежності. Звідси ми маємо певні перспективи щодо декриміналізації усіх насильницьких злочинів зі спеціальними потерпілими (оскільки навмисне вбивство повинне залишатися вбивством людини, а не функції). Можлива також постановка питання про декриміналізацію розбою та введення у відповідні норми щодо відповідальності за злочини проти здоров'я кваліфікуючої ознаки скоєння останніх за корисливим мотивом; ліквідацію усіх кваліфікованих складів, у яких насильство є способом злочинної дії, а особа та особиста недоторканність — додатковим об'єктом посягання.

У суспільстві, де права особи, її безпека та недоторканність є основою формування моделі кримінально правового впливу, це питання (примату захисту прав особи та її прав) носить методологічний характер.

Існують деякі інші сенси методологічної спрямованості наукових досліджень кримінального права (протиріччя між індетермінізмом ставлення до вини та детермінацією людської поведінки, фрагментарністю та універсальністю при конструюванні складів злочинів, протиріччя між сенсами мовних конструктів у різних реципієнтів норми). Але це питання іншого роду.

Четверте. Кримінально-правові сенси загалом засновані на приматі природних прав на щастя та на надію. На щастя жити у безпеці та протест проти правових дисфункцій/зловживань та на надію справедливої і легітимної кари, реституцію та ресоціалізацію у разі порушення закону. Розвиток інтегративної моделі криміналізації може бути розглянутим в контексті ідеології права

на злочин та права бути покараним. Сучасна методологія метамодерну¹ передбачає синергію окремих складових певного явища, взаємодію та перехід властивостей одне одного. Звідси переваги кримінально-правового регулювання у балансі легітимації заборони змінюються поширенням дисциплінарних практик та зловживань владою, чому кореспондує доцільність правопорушуючої поведінки. Дисциплінарні практики розчинюють у собі кримінальні правопорушення та покарання, право на самосуд кореспондує праву бути легітимно покараним. Так, наприклад, відомо, що право на розвиток може бути похідним від права на досягнення щастя (Декларація Незалежності США від 4 липня 1776 р.). Втім когнітивне розуміння права на отримання щастя передбачає можливість легітимації громадянським суспільством та індивідами протидії незаконним законам. Саме суспільний розвиток може носити як криміногенний, так і антикриміногенний характер в залежності від кількості можливостей індивідуальної легітимації протиправної поведінки. Звідси право на правопорушення є формою реалізації природних прав людини щодо досягнення добробуту та щастя проти незаконної легітимації суспільних відносин (право на повстання, право на протидію неправим законам). *Моральна адекватність кримінально-правової заборони кореспондує когнітивному, комунікаційному та мережевому розумінню норми та ступеню ефективності примусу у кримінальному праві.* Право на надію обумовлює право на справедливе та адекватне покарання. Переваги та недоліки порушення права співвідносяться з перевагами та недоліками покарання, громадського осуду чи підтримки небезпечної поведінки.

Гуманістична спрямованість правових позицій Європейського суду з прав людини надає цьому процесу динамічний характер. Але не завжди цей процес виконує позитивні функції. Наприклад, нормативна усталеність класичного кримінального права згідно з позицією диверсифікації образів кримінального у практиці ЄСПЛ (тобто і національній практиці кримінально-правового регулювання та судового тлумачення кримінального закону) стає юридичною фікцією.

Інфляція моделі прав людини у світі пост-правди, яка пов'язана із розвитком та інфляцією змістовної характеристики основних прав (поширене тлумачення ст. ст. 2–7 Європейської конвенції з захисту прав людини та основоположних свобод, обмеження використання ст. ст. 8–10) та неможливістю існування системи їхнього

¹ *Метамодерн* — новий спосіб поглядів на мир. URL: <https://newtonew.com/culture/wow-metamodern>.

надійного правового захисту, стає все більш вираженою. У справах *Vinter v. United Kingdom*, *Damjanovi and Maktouf v. Bosnia and Herzegovina*, *M. v. Germany*, *Del Rio Prada v. Spain*, та *Ocalan v. Turkey*, ця спрямованість судової практики не тільки на справедливість та легітимність, але на реабілітаційну зафарбованість кримінально-правового примусу особливо помітні. Європейський суд наголошує на праві на щастя та праві на надію як ландшафті каральних та дисциплінарних практик держави. Але це не завжди враховується громадянським суспільством, хоча активно (до зловживань і порушень) експлуатується.

П'яте. Кримінальне право у когнитивному розумінні та тлумаченні з точки зору пересічної людини є релігією. Держава надає перелік заборон, але наскільки цей перелік відповідає правосвідомості громадян — залежить від розуміння та ефективності соціальних комунікацій у процесі соціалізації. Комунікаційне суспільство сьогодення засноване на концепті *Societas Librum*, що, впродовж ідеям Гуґо Гроція, ставить необмежену свободу розвитку та комунікації поруч із прагненням щастя на перші місця. *Свобода комунікації є свобода поведінки; свобода поведінки визиває до життя свободу власної легітимності правопорушення. Відповідно у сучасній правовій атмосфері панування доцільного над законом, матеріальне кримінальне право стає інформаційним конструктом із вкрапленнями нормативного сенсу легітимності та справедливості кримінально-правового регулювання. Закон, що написано для правоохоронців, не спрацьовує.*

Окремим пунктом вивчення є модель кримінального права у нормосвідомості пересічних громадян. Враховуючи особливості соціальних комунікацій, мусимо виказати гіпотезу, що саме визначення злочинного та реакції на останнє у соціальних мережах не тільки формує образ ворога, але й каталізує агресію, розповсюджує патерни всюдозволеності, формує заміщення моделі законності доцільністю анархії та аномії у Європі та Україні сьогодення. Концепт суспільства постправди заснований на моделі, за якою реципієнти приймають рішення, засновані не на генеральному сенсі чи знаннях, але на емоціях та суб'єктивних оцінках.

Останнім часом ми все частіше звертаємося до необхідності визначення цього епістемологічного конфлікту у кримінально-правовому регулюванні також. Інтегративна соціальна функція кримінального права, що спрямована на протидію злочинності, не кореспондує охоронній та регулятивній: вона спрямовується на боротьбу з образами ворогів, яких обирають чи владні структури, чи медійні керівники (тобто влада у цілому).

Поруч з цим, інфляція моделі прав людини у світі постправди, яка пов'язана із подальшою диверсифікацією концептів прав та неможливістю існування системи їхнього надійного правового захисту, стає все більш вираженою. Відповідно, концепт кримінального правопорушення все більш неконкретним. Саме цим, можливо, викликаються парадокси кримінально-правового регулювання у світі.

Відповідно, примат дисциплінарної влади є виконавчою ідеологією, як і, наприклад, принцип невідворотності селективного покарання. Принцип рівності кримінально-правового впливу замінюється виправлювальною дискримінацією, яка заснована на необхідності кримінального впливу на окремі верстви населення та політичній доцільності застосування кримінального закону.

Звідси зростання числа заборон у процесі дисбалансів сталого розвитку держави обумовлює зниження їхньої значущості та отримання негативних сенсів закону з боку населення та громадянського суспільства. Мережеве спілкування та інші види комунікацій призвели до інформаційного вибуху та нехтування, фільтрування інформації. Реципієнт зосереджується на своїй окремій платформі, яка має своє право і свої санкції, свої цінності та пріоритети, які не завжди (інколи) не співпадають із загальнодержавними. Людям взагалі досить типове діяти девіантно, тим більше, коли ця дія підтримується/каталізується референтною групою. *Розмивання кримінально-правових сенсів у державних (квазікримінальна відповідальність) та державно-суспільних дисциплінарних практиках (люстрація, самосуди), кореспондує аномії, правовому нігілізму пересічного населення у мережевому спілкуванні та комунікаціях.* У сучасних умовах розвитку суспільства як актуальну визначено проблему сингулярності у кримінальному праві, тобто існування стану, за яким імперативний концепт публічно-правового захисту прав та свобод фізичних та юридичних осіб, громади, держави може бути вщент порушеним (нейтралізованим) за допомогою розповсюдження диспозитивної приватності паралельного регулювання кримінально-правових конфліктів не шляхом медіаційних процедур, а шляхом формування особистісних правил реагування на кримінально-правові заборони. За умов мережевої глобалізації стан сингулярності, поширюючись у мережевих гібридних формах нормосвідомості, стає все більш популярним, емоційно близьким, несуперечливим та економічно необхідним. *Кримінальне право як природне право злочину та покарання розмивається у ентропії сенсів як з боку держави так і з боку громадян та суспільства.*

Отже кримінально-правова заборона становиться ідеологічною фікцією, кримінально-правове реагування на посягання на особисту, соціальну, суспільну чи державну безпеку, встановлені кримінальним законом, — явищем. Проблематика системи кримінально-правових «заборон» є насправді системою дозволів для застосування правоохоронними органами відповідних заходів державного примусу за діяння, передбачені кримінальним законом. Тобто насамперед Кримінальний кодекс є системою дозволів та умов застосування публічної кари за поведінку, передбачену у ньому. Зміст кримінального права частково може бути вираженим у сукупності прав та обов'язків представників держави карати суб'єктів злочину за скоєння діянь, передбачених у законі.

Висловлені вище міркування призводять до висновку, що *усталена роками система правил криміналізації, відома за В. М. Кудрявцевим, С. Я. Келіною та ін. як «механізм кримінально-правової заборони», повинна бути певним чином змінена на де що інше, оскільки як ідеологія заборони, так і характеристики методології криміналізації суттєво змінилися задля ентропійного розмивання сенсів кримінального права та кримінально-правових відносин у комунікаційному суспільстві.*

Мова йде про те, що історичні, соціальні, соціально-психологічні, соціально-правові, міжнародно-правові підстави визначення необхідності та доцільності встановлення кримінально-правової заборони за класичною схемою поглинаються іншою матрицею. Матрицею визначення необхідності та доцільності *реагування на поведінку, що відхиляється*. Матрицею, що побудована не на експертних оцінках суспільної небезпечності, поширеності, розповсюдженості, процесуальної допустимості та доцільності, а на когнитивній оцінці сприйняття та відчуття необхідності існування кримінально-правової норми. Зрозуміло, що така оцінка вельми суб'єктивна.

Кримінально-правова норма — це текст, елемент культурного осередку, який, будучи визнаний державою, має бути певним чином інтерпретованим та інтеріорізованим у свідомості фахівців та громадян, відтворюючи відповідне правило поведінки, підкріплене відповідною санкцією.

З цього боку змінюється погляд на характеристики учасників кримінальних правовідносин. Держава в особі її органів, що повинні захистити безпеку громадян та у разі неможливості — знайти і покарати злочинця та повністю або частково компенсувати шкоду потерпілим; злочинець, потерпілий від злочину, треті особи та їх роль у механізмі кримінально-правового регулювання, —

усі ці особи, їх правовий стан та кримінально-правові обов'язки повинні знайти своє відображення у новій Загальній частині КК. Слід також не тільки в доктрині, але й в діючому законодавстві чітко визначити: порядок і межі, загальні засади притягнення до кримінальної відповідальності; непритягнення до кримінальної відповідальності; звільнення від кримінальної відповідальності; звільнення від покарання та його застосування; виключення кримінальної відповідальності та інших кримінально-правових заходів; призначення покарання; призначення інших заходів; інші (похідні) форми реалізації кримінальної відповідальності (судимість, адміністративний нагляд); державно-суспільні форми реалізації (люстрація, інші правообмеження); адміністративні, дисциплінарні та міжнародні практики на основі матриці оцінок учасників кримінальних правовідносин.

Диверсифікація учасників кримінальних правовідносин надає можливість висказати ще одну ідею. Кримінальна відповідальність має бути визнаною як сукупність правовідносин між державою, правопорушником, потерпілою особою та третіми особами (громадянське суспільство) у зв'язку і по поводу скоєння злочину. *Держава відповідальна за безпеку та порушення прав та майнового стану потерпілих (кримінально-правова реституція) водночас з пошуком, осудом, покаранням і ресоціалізацією кримінальних правопорушників; правопорушник підлягає індивідуальним заходам кримінально-правового впливу відповідно до вироку суду та зобов'язан компенсувати шкоду потерпілому, державі та третім особам, пов'язану із скоєнням злочину; потерпілі зобов'язані прийняти активну участь у забезпеченні діалогу (компромісу) та індивідуалізації покарання правопорушнику, треті особи забезпечують соціальний контроль за діяльністю держави та ресоціалізацією правопорушника.* Саме ця сукупність прав і обов'язків учасників кримінальної відповідальності є сенсом останньої. Каральна сутність покарання кореспондує безпековій практиці з боку держави, оскільки саме незабезпечення безпеки є центральним сенсом зловживання правом на сучасному етапі. Захист прав потерпілої особи та права на справедливий суд кримінального правопорушника є обов'язком та контрольною функцією громадянського суспільства.

Вказані положення, вважаємо, повинні знайти відображення у подальшій розробці теорії криміналізації та кримінальної відповідальності.