

Теоретичні аспекти кримінальної юриспруденції



Теоретичні аспекти
кримінальної
юриспруденції

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. Мирошниченко)	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. Мирошниченко)	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

ВСТУП

Совершенство преступления заключается в том, что оно всегда уже совершено. Даже еще до того, как оно родится, оно — обходной путь мира как такового. Уже поэтому никогда не будет окончательно приговора и наказания. Конца не будет, потому что все уже случилось. Ни решения, ни прощения — только неизбежное распутывание последствий.

Жан Бодрийяр

Робота, яку сьогодні ми надаємо увазі читача, є результатом плідної праці вчених Національного університету «Одеська юридична академія» з питань ідеології формування нового Кримінального кодексу України. Тема «Теорія кримінальної законотворчості: концептуальні основи», № держреєстрації: 0115U002494, є фундаментальною науковою роботою, що виконується в університеті протягом декількох років. Результатом цього була розробка проекту нового Кримінального кодексу України¹ та предметно-практичних ідей інтерпретаційного, інноваційного, легітимізаційного та проблематизаційного сенсу, який характеризує сучасну юриспруденцію².

Кримінальна, точніше, кримінально-правова юриспруденція сьогодення отримує нові сенси. Це робиться вкрай обережно, проте українські вчені, представники різних шкіл та напрямків, плідно працюють над цією проблемою зв'язку теоретичних, доктринальних видатків, практичної діяльності та нормотворчості як у галузі формування кримінального закону, так і у галузі правозастосовної діяльності, праворозуміння і інтерпретації. Право, концепт прав людини — це новітня релігія сучасності. На цьому форматі охорони та захисту загальнолюдських цінностей побудовано ландшафт сучасної кримінально-правової юриспруденції. Легіти-

¹ Кримінальний проступок у доктрині та законодавстві: монографія / за заг. ред. В. О. Тулякова. Одеса: Юрид. літ., 2012. 424 с.

² Кримінальне право України. Загальна частина: текст лекцій: Закон. Злочин. Відповідальність / В. О. Туляков, Н. А. Мирошніченко, Д. О. Балобанова; НУ ОЮА. Одеса: Юрид. літ., 2014. 128 с.; *Наукове та законодавче забезпечення реалізації концепції кримінальних проступків: монографія* / С. В. Ківалов, В. О. Туляков, Н. А. Мирошніченко [та ін.]; за заг. ред. С. В. Ківалова, В. О. Тулякова; НУ ОЮА. Одеса: Юрид. літ., 2014. 176 с.

мація заборони задля безпеки особи, суспільства держави залежить від значної кількості факторів та загальних проблем та ідей. І саме ідеї щодо монолітності системи кримінально-правового регулювання в Україні, наступності законодавства та обережності в застосуванні новітніх методів кримінально-правового впливу все більше поєднують юридичну спільноту. Відомо, що кримінальне право України в сучасних умовах зазнало багато змін, обумовлених політичною волею, хаотичною динамікою суспільних процесів, системною соціально-економічною кризою, характеристиками розвитку громадянського суспільства, глобалізаційними та ентропійними за основою фрагментаційними процесами, особливостями та потребами реагування на актуальні загрози безпеці особистості, суспільству, державі.

Окрема хаотичність деяких доктринальних досліджень вочевидь підкреслюється орієнтацією на диверсифіковану джерельну базу: від міжнародних договорів, актів м'якого права, до інструктивних листів органів правосуддя. Системна криза, що, на жаль, має місце у суспільстві у сфері реалізації законодавства, підтверджує прислів'я про те що «Суддя обирається для служіння закону, а не закон приймається для використання суддею». Впевнений, що часи аномії та правового нігілізму минуть, революційна доцільність не буде панувати над законністю, а телефонне право залишиться хімерою минулого. На цьому шляху, шляху до законності та верховенства права існують певні передумови.

Передумови запровадження закону. Встановлення того факту, що категорія злочину й необхідність наукового пошуку в дослідженні цього питання обумовлені як зовнішніми, так і внутрішніми обставинами розвитку правової системи. До внутрішніх системно-правових передумов можна віднести питання надмірної криміналізації, а до зовнішніх — позитивний досвід країн Європи. З позиції методології юридичної науки саме КК України має визначати, які суспільно небезпечні діяння є кримінальними правопорушеннями (злочинами або кримінальними проступками); які покарання, інші заходи кримінально-правового впливу застосовуються до осіб, що їх вчинили. Підставою кримінальної відповідальності має бути вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад кримінального правопорушення, передбаченого законом. Такий підхід дозволить залишити в силі всі попередні напрацювання в галузі кримінально-правової догматики. Ми пропонуємо збереження логіки побудови КК України, виділяючи в Особливій частині деякі основні склади кримінальних правопорушень як проступки. Вважаємо, таке бачення

трансформації злочинів невеликої тяжкості й адміністративних деліктів, які не є управлінськими, в інститут кримінальних проступків забезпечить наступність подальшого розвитку кримінального законодавства України.

Передумови моделювання кримінального закону. Сенси права на державному, соціальному, індивідуальному рівні диференціюються одне одним. Вважаємо, під час визначення критерію криміналізації необхідно враховувати узагальнене бачення наукового середовища щодо співвідношення таких підсистем кримінального правопорушення, як кримінальний проступок і злочин, а сам критерій повинна підтримувати більшість представників галузі кримінального права, експерти громадянського суспільства, потерпілі та правопорушники. Так, *кримінальне правопорушення ми пропонуємо визначати як суспільно небезпечне, винне, кримінально протиправне діяння (дія або бездіяльність) суб'єкта кримінального правопорушення, а кримінальний проступок — як вид кримінального правопорушення, що має знижений ступінь суспільної небезпеки, яке не зумовлює судимості.* У такому сенсі ознаки кримінального проступку обумовлені поглинанням не просто багатьох складів (дисциплінарних, адміністративних, цивільно-правових) правопорушень складами злочинів, а й соціальними характеристиками посягань на основні суспільні цінності. Кримінальний проступок характеризується тим, що його об'єктивна сторона охоплює ознаки адміністративних, дисциплінарних і/або цивільно-правових правопорушень, а конструкція об'єкта проступку сформульована таким чином: основний безпосередній об'єкт діяння — порушення певного порядку діяльності та/або управління (виконання цивільно-правових зобов'язань тощо); безпосередній обов'язковий додатковий об'єкт діяння — здоров'я, психіка та інші об'єкти, які умовно можна віднести до «вертикальних суспільних відносин», тобто об'єкти злочинів, які належать до природних прав і порушуються опосередковано. Поруч з цим у структурі Особливої частини моделі КК України перш за все повинні бути відокремленими кримінальні правопорушення проти життя та здоров'я особи, її волі, честі й гідності, статевої свободи та статевої недоторканості тощо.

Стосовно правової природи заходів кримінально-правового впливу, що мають застосовуватися за кримінальні проступки, то на підставі аналізу наукових позицій інших науковців і проектів щодо внесення змін до КК України отримано такі висновки: як міра відповідальності не може виступати покарання, оскільки вказаний захід стягнення може застосовуватися лише за вчинен-

ня злочину. Більш обґрунтованим і таким, що узгоджується з положеннями Конституції України, є поняття «кримінального стягнення». У зв'язку із цим під час реформування системи злочинів у кримінальні правопорушення поряд із поділом кримінальних правопорушень на злочини та кримінальні проступки необхідно передбачити поділ заходів впливу на «кримінальні стягнення» й «покарання», які повинні застосовуватися за різні види кримінальних правопорушень. За кримінальні проступки повинні застосовуватися кримінальні стягнення, а за злочини — покарання.

Тобто в моделі КК України, яка була розроблена у Національному університеті «Одеська юридична академія», відстоюється позиція щодо недоцільності вживання терміна «покарання» як форми реалізації кримінальної відповідальності за кримінальні проступки. Обґрунтовується, що більше відповідає стану розвитку сучасної кримінально-правової доктрини термін «кримінальне стягнення», що не пов'язано з обмеженням або позбавленням волі. Покарання в модельному КК України пропонується визначати як захід примусу, що застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні злочину, і полягає в передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого та зумовлює судимість. Стягнення є заходом примусу, що застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні кримінального проступку, і полягає в передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого. Стягнення не має тягнути судимості.

Обґрунтованою є система кримінальних стягнень. До осіб, визнаних винними у вчиненні кримінального проступку, судом можуть бути застосовані такі види стягнень: 1) штраф; 2) позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю; 3) громадські роботи; 4) виправні роботи; 5) арешт. Під час призначення покарання та стягнення суд враховує ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, виходячи з: 1) класифікації кримінальних правопорушень; 2) особливостей конкретного кримінального правопорушення й обставин його вчинення: форма вини, час, місце, спосіб, стадія вчинення, кількість епізодів кримінальної діяльності, роль кожного із співучасників, якщо кримінальне правопорушення вчинено групою осіб, поширеність кримінального правопорушення; 3) наявності характеру та ступеня тяжкості наслідків, що спричинені потерпілому, державі та третім особам у результаті вчинення кримінального правопорушення; 4) характеру відносин винної особи з потерпілим. Враховуючи новітні тенденції в кримінально-правовому реагуванні

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 поведіння 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.

Кримінальне право звертається до вчення про злочин протягом ряду століть. Проблема поняття злочину приділяв увагу Чезаре Беккарія у роботі «Про злочини і покарання». Він наголошував, що злочин — це тільки діяння, тобто вчинок людини, виражений зовні. Ч. Беккарія один з перших дав матеріальне визначення злочину, вважаючи, що їм є тільки дія, що заподіює ту чи іншу шкоду суспільству, він відкидав відповідальність за думки і слова¹. У працях А. А. Піонтковського, Н. Ф. Кузнецової, Л. М. Кривоченко та інших детально досліджувалися поняття і ознаки злочину, їх класифікація.

Вчені досі продовжують сперечатися про те, яка з ознак злочину є основною: суспільна небезпека або кримінальна протиправність. Однак в чинному кримінальному законодавстві закріплено матеріально-формальне визначення злочину, робиться акцент на вчинення особою суспільно небезпечного і кримінально-протиправного діяння. Таким чином, ознака суспільної небезпеки є первинною, а кримінальна протиправність є юридичним вираженням (закріпленням) суспільної небезпеки. Суспільна небезпека полягає в тому, що діяння заподіює шкоду або створює реальну загрозу заподіяння шкоди охоронюваним кримінальним законом суспільним відносинам. Поняття злочину об'єднує в собі соціальну та юридичну характеристики. Суспільна небезпека відноситься до оціночних понять, її визначають характер і ступінь суспільної небезпеки. Характер суспільної небезпеки — це її якісний критерій, а ступінь суспільної небезпеки — кількісний критерій суспільної небезпеки. Ступінь суспільної небезпеки визначається характеристикою конкретного посягання, а саме місцем, способом, обстановкою його вчинення, ступенем реалізації злочинного наміру, особливу роль відіграють заподіяні злочином наслідки. Встановлення протиправності відбувається під час правотворчості, тому

¹ Беккариа Ч. О. О преступлениях и наказаниях. Москва, 2000. 289 с.

визнання певного діяння протиправним являє собою офіційне визнання діяння суспільно небезпечним з боку держави.

В кримінально-правовій літературі продовжується дискусія стосовно малозначності діяння (ч. 2 ст. 11 КК), якщо це не є злочином, то виникає питання, що ж це таке? Законодавець вказує на «формальні ознаки будь-якого діяння», що через малозначність не становить суспільної небезпеки. Тобто це діяння не є злочином, тому що немає не тільки необхідного рівня суспільної небезпечності, але і кримінальної протиправності. Це може бути якесь інше правопорушення (проступок).

Ступінь суспільної небезпеки дозволяє класифікувати злочини за їх тяжкості, дає можливість розмежувати злочин з іншими видами правопорушень. Проблема класифікації злочинів досі актуальна.

У теорії кримінального права і в законодавстві виділяють кілька критеріїв класифікації (категоризації) злочинів, кожен з яких має певне значення для диференціації кримінальної відповідальності і покарання. Так, більшість вчених стверджують, що Особлива частина кримінального кодексу України побудована за родовим об'єктом. Однак ряд розділів Особливої частини КК об'єднують в собі не тільки однорідні, а й тотожні злочини, що посягають на охоронювані законом відносини. Тому можна стверджувати, що злочини в Особливій частині КК поряд з родовим об'єктом систематизовані в деяких розділах і за видовим об'єктом. Наприклад, на особистість (родовий об'єкт) посягають злочини, включені законодавцем у розділи 2, 3, 4 Особливої частини КК, кожен з розділів має свій видовий об'єкт. На громадську безпеку (родовий об'єкт) посягають злочини, включені законодавцем у розділи 9, 10, 11 Особливої частини КК також за видовим об'єктом. У більшості розділів Особливої частини вказано родовий об'єкт, наприклад, злочини проти власності (розділ 6), проти довкілля (розділ 8) та інші. Класифікація за родовим і видовим об'єктами надає можливість правильно визначити коло порушених суспільних відносин, відшукати необхідну кримінально-правову норму і кваліфікувати злочин за безпосереднім об'єктом, який є складовою частиною видового чи родового об'єктів.

Злочини можна класифікувати за суб'єктами: злочини, що вчиняються загальним або спеціальним суб'єктом. Спеціальним суб'єктом визнається особа, наділена додатковими ознаками поряд з віком і осудністю. Наприклад, службова особа, яка вчинила злочин у сфері службової діяльності, або військовослужбовець, який вчинив злочин проти встановленого порядку несення військової

служби (відповідно розділи 17 і 19 Особливої частини КК). Спеціальних суб'єктів можна класифікувати за різними підставами, найчастіше виділяють спеціальних суб'єктів за їх соціальною роллю і правовим становищем, за фізичними властивостями суб'єкта і його демографічними ознаками, за стосунками суб'єкта з потерпілим, за родинними стосунками, за службовим становищем і професійною діяльністю. Однак законодавець, поряд із загальним визначенням спеціального суб'єкта, виділяє лише один вид спеціального суб'єкта — службову особу (ч. 3 та ч. 4 ст. 18 КК). Крім того, враховуються вікові особливості суб'єкта злочину (ст. 22 КК), звертається увага на повнолітніх і неповнолітніх суб'єктів злочину при індивідуалізації відповідальності і покарання. При характеристиці потерпілого враховується не тільки неповнолітній (до 18 років), але і малолітній вік (до 14 років) потерпілого. В літературі обговорюється питання про визнання юридичних осіб суб'єктами злочинів. КК України доповнений новим розділом «Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб». Але положення цього розділу не узгоджені із ст. 18 КК.

За формою вини злочини класифікують на умисні та необережні. Умисними визнаються злочини, при здійсненні яких суб'єкт усвідомлює суспільно небезпечний характер своїх дій, передбачає можливість чи неминучість настання наслідків, бажає або свідомо допускає їх настання. Умисні злочини класифікують і за видами вини, вони можуть бути вчинені з прямим або непрямим умислом. За ступенем конкретизації злочинних намірів умисел може бути визначеним, невизначеним або альтернативним, а за часом виникнення — заздалегідь обдуманим, раптово виниклим або афектованим. Ці різновиди умислу впливають на кваліфікацію злочину, тому їх також слід визначити в КК. Необережними визнаються злочини, що здійснюються особами, які передбачають суспільно небезпечні наслідки своїх дій, але легковажно розраховують на їх ненастання або запобігання (злочинна самовпевненість), або не передбачають наслідки від своїх дій, хоча повинні були і могли їх передбачити (злочинна недбалість), тобто виділяється два види необережної форми вини. Крім того, слід визначити казус — невинне заподіяння шкоди. У теорії кримінального права виділяють групу злочинів, які можуть бути вчинені зі складною (подвійною) виною. У цьому випадку відношення суб'єкта до діяння і наслідків не збігаються, особа вчиняє навмисне діяння, а ставлення її до наслідків є необережним. Видається доцільним закріпити на законодавчому рівні поняття складної (подвійної) вини, яка також впливає на кваліфікацію злочинів.

Злочини можна класифікувати за ступенем їх завершеності на незакінчені і закінчені злочини. У процесі кваліфікації незакінчених злочинів необхідно посилання на ст. 14 (готування до злочину) або ст. 15 КК (замах на злочин) та на відповідну статтю Особливої частини КК.

Найбільш поширеною є класифікація за ступенем суспільної небезпеки, яка закріплена в ст. 12 КК України 2001 р. Критеріями цієї класифікації є ступінь суспільної небезпеки злочину і типова санкція. У КК РФ поряд зі ступенем суспільної небезпечності звертається увага і на характер суспільної небезпеки (форму вини)¹.

У чинному КК України виділені злочини невеликої, середньої тяжкості, тяжкі та особливо тяжкі, кожна із зазначених груп має свою типову санкцію. Однак ця класифікація зазнала певних змін в 2011 р. у зв'язку з гуманізацією відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності. Позитивно оцінюючи гуманізацію законодавства у сфері господарської діяльності, не можемо погодитися із змінами, внесеними до ст. 12 КК, тому що ця стаття Загальної частини КК про класифікацію злочинів має відношення до всіх розділів Особливої частини КК, а не тільки до злочинів у сфері господарської діяльності. Законодавець доповнив типові санкції таким видом покарання, як штраф. Але штраф є найменш суворим видом покарання, тому в системі покарань він вказаний першим, тоді як позбавлення волі — найбільш суворий вид покарання, розташований в самому кінці системи покарань, їх не можна об'єднувати в одній типовій санкції в якості основних альтернативних видів покарання, як це зроблено в типових санкціях за тяжкі та особливо тяжкі злочини (у редакції 2011 р.).

У зв'язку з набранням чинності нового Кримінально-процесуального кодексу України, нарізла необхідність у подальшому реформуванні кримінального законодавства України. Необхідно внести зміни до ст. 11 КК, перейменувавши її в «Поняття кримінальних правопорушень і їх види», визначити поняття кримінального правопорушення та його види: злочин і проступок.

Щодо кримінального проступку можна зазначити наступне, до кримінальних проступків слід віднести деякі види злочинів невеликої тяжкості, а також деякі адміністративні делікти, що мають судову юрисдикцію і не є управлінськими. Отже, під кримінальним проступком слід розуміти вид кримінального правопорушення,

¹ Кривоченко Л. М. Класифікація злочинів за ступенем тяжкості у Кримінальному кодексі України: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2010. 120 с.

який має знижений рівень (ступінь) суспільної небезпеки, за який може бути призначено покарання, не пов'язане з обмеженням або позбавленням волі, а засудження за кримінальний проступок не тягне за собою судимості. Впровадження категорії кримінального проступку дозволило би спростити конструкцію багатьох інститутів кримінального права, уточнити підстави їх застосування, а також спростити процесуальний порядок розслідування і розгляду у суді цієї категорії правопорушень. Ця категорія кримінального правопорушення не увійде в класифікацію злочинів, тому що має самостійне значення.

Відповідно під злочином слід розуміти такий вид кримінального правопорушення, що характеризується підвищеним рівнем (ступенем) суспільної небезпеки, за який може бути призначено покарання у вигляді обмеження або позбавлення волі і при засудженні за цей вид правопорушення (злочин) настає такий негативний наслідок, як судимість.

Поряд з введенням у КК України поняття кримінального проступку необхідно внести зміни і в класифікацію злочинів (ст. 12 КК). Так, злочином невеликої тяжкості слід визнавати діяння, що мають невеликий ступінь суспільної небезпеки, за які може бути призначено покарання у вигляді штрафу в розмірі від трьох до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, арешту, обмеження волі або позбавлення волі строком до двох років. За злочини середньої тяжкості можливе призначення покарань у вигляді штрафу від п'яти до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, обмеження або позбавлення волі строком до 5 років. Тяжкі та особливо тяжкі злочини у типовій санкції повинні містити лише такий основний вид покарання, як позбавлення волі, відповідно за тяжкі злочини — до 10 років позбавлення волі, а за особливо тяжкі злочини — понад 10 років позбавлення волі або довічне позбавлення волі. Останні дві категорії злочинів (тяжкі та особливо тяжкі), що мають підвищений ступінь суспільної небезпеки, не повинні допускати застосування штрафу як основного виду покарання, оскільки цей вид покарання є найменш суворим і може бути призначений лише за злочини невеликої або середньої тяжкості, як альтернативний іншим видам основних покарань. Відносно ж тяжких та особливо тяжких злочинів штраф може бути лише додатковим видом покарання, що призначається поряд з таким основним видом покарання, як позбавлення волі. Таким чином, класифікація злочинів за ступенем суспільної небезпеки має велике значення для формування окремих інститутів кримінального права, для кваліфікації зло-

чинів та визначення видів і розмірів покарань у санкціях статей Особливої частини КК¹.

Класифікація і кваліфікація злочинів не тотожні поняття, але тісно пов'язані між собою.

Під кваліфікацією злочинів розуміють точне встановлення відповідності вчиненого винним суспільно небезпечного діяння ознакам конкретного складу злочину, закріпленого в кримінальному законі. Правильна кваліфікація злочинів забезпечує реалізацію принципу законності в боротьбі зі злочинністю. Злочин має безліч ознак, однак не всі вони враховуються при кваліфікації злочинів. Значення мають лише ті юридично значимі ознаки, які входять до складу конкретного злочину. Тому законодавець закріплює підставу притягнення особи до кримінальної відповідальності (ч. 1 ст. 2 КК), нею є вчинене особою суспільно небезпечне діяння, що містить склад злочину, передбачений Кримінальним кодексом. Це визначення потребує уточнення. Представляється необхідним вказати на те, що підставою кримінальної відповідальності є вчинене особою суспільно небезпечне діяння, що містить склад кримінального правопорушення (проступку або злочину), передбаченого кримінальним законом. А. А. Піонтковський зазначав, що визнання складу злочину єдиною підставою кримінальної відповідальності означає, що лише в межах складу злочину можливо виділити об'єктивні й суб'єктивні підстави кримінальної відповідальності².

Склад злочину включає в себе сукупність об'єктивних і суб'єктивних ознак, які характеризують елементи складу (об'єкт, об'єктивну сторону, суб'єкта і суб'єктивну сторону). В. О. Навроцький зазначає, що склад злочину виступає знаряддям, яке використовується при кваліфікації в ході зіставлення факту та норми, слугує проміжною ланкою, що допомагає встановити відповідність фактичних і юридичних ознак. В. М. Кудрявцев стверджував, що склад злочину є інформаційною моделлю злочину, тому поряд із розмежувальною виділяв інформаційну функцію складу злочину. М. І. Бажанов, поряд із вказаними функціями складу злочину, виділяв фундаментальну, гарантійну, процесуальну, інтегративну, дескриптивну, реструктивну, аксіологічну, догматичну, кваліфікаційну функції³.

¹ Кримінальне право України. Загальна частина: текст лекцій: Закон. Злочин. Відповідальність / В. О. Туляков, Н. А. Мирошниченко, Д. О. Балобанова; НУ ОЮА. Одеса: Юрид. літ., 2014. 128 с.

² Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений. 2-е изд. Москва: Юрист, 2001. 304 с.

³ Бажанов М. И. К вопросу о функциях состава преступления. Избранные труды (тезисы). Харьков: Право, 2012. С. 450—451.

Об'єктивні і суб'єктивні ознаки тісно між собою взаємопов'язані і знаходяться в нерозривній єдності. Склад злочину завжди чотирьохелементний. Однак ознаки елементів складу злочину можуть бути не тільки обов'язковими, але й факультативними. Для правильної кваліфікації злочинів перш за все необхідно визначитися з видами складів.

За ступенем суспільної небезпеки виділяють склади: основний, кваліфікований і привілейований. Основний склад містить у собі обов'язкові (конструктивні) ознаки без пом'якшуючих і без обтяжуючих обставин, він зазвичай закріплений в частинах перших статей Особливої частини КК, наприклад, ч. 1 ст. 115 КК (умисне вбивство). Привілейований склад включає в себе пом'якшувальні обставини, які знижують ступінь суспільної небезпеки даного виду злочину, наприклад ст. 118 КК (вбивство при перевищенні меж необхідної оборони). Склади з кваліфікуючими ознаками (з обтяжуючими і особливо обтяжуючими обставинами) включають в себе додаткові ознаки, які підвищують суспільну небезпеку даного злочину, наприклад ч. 2 ст. 115 КК. Класифікація складів за ступенем суспільної небезпеки впливає не тільки на кваліфікацію конкретних злочинів, а й на вид і розмір покарання, що вказується в санкціях статей Особливої частини КК.

За способом опису ознак складу злочину в законі виділяють прості і складні склади. До простих складів відносять такі їх види, в яких вказується лише один об'єкт, одне діяння, настає один наслідок, суб'єктивну сторону характеризує одна форма вини (наприклад, крадіжка). У складних складах який-небудь елемент або ознака складу ускладнений, це можуть бути склади з декількома об'єктами, наприклад, хуліганство, з декількома діями, наприклад, розбій, з двома формами вини, наприклад, умисне тяжке тілесне ушкодження, в результаті якого настала смерть потерпілого (ч. 2 ст. 121 КК). Як зазначалося раніше, склад злочину і злочин тісно пов'язані між собою, тому при кваліфікації злочинів необхідно звертати увагу і на класифікацію злочинів. Так, одиничні злочини поділяються на прості і ускладнені одиничні злочини. До простих одиничних злочинів відносять і злочини з альтернативними діями, хоча не всі автори з цим згодні. До ускладнених злочинів відносять триваючі, продовжувані, складені (складні), а також злочини, що кваліфікуються за наслідками. Доцільно закріпити в кримінальному законі поняття триваючих, продовжуваних, складних (складених) злочинів.

За особливостями конструкції виділяють матеріальні, формальні і усічені склади.

Матеріальним складом прийнято вважати такий склад, при конструюванні якого обов'язковими ознаками об'єктивної сторони є не тільки суспільно небезпечне діяння, а й суспільно небезпечний наслідок і причинний зв'язок між ними. При цьому зазначені ознаки закладені в конструкцію кримінально-правової норми. Тому якщо з яких-небудь причин не настане зазначений в законі наслідок, злочин буде вважатися незакінченим, що відіб'ється на кваліфікації злочину і мірі покарання. У таких випадках, поряд зі статтею Особливої частини КК, слід вказувати ст. 14 (готування до злочину) або ст. 15 (замах на злочин) Загальної частини КК.

Формальним складом злочину називають склади, які визнаються закінченими з моменту вчинення суспільно небезпечного діяння, наслідки та причинний зв'язок в таких складах є факультативними ознаками.

Усічений склад є різновидом формального складу, він також не вимагає настання суспільно небезпечних наслідків, але в усіченому складі момент закінчення злочину переноситься на стадію готування або замаху, прикладами злочинів з усіченим складом можуть бути розбій, бандитизм, погроза вбивством.

Отже, в залежності від виду складу по конструкції такі ознаки об'єктивної сторони, як суспільно небезпечні наслідки і причинний зв'язок, можуть бути обов'язковими або факультативними ознаками конкретного складу злочину. Суспільно небезпечне діяння (дія або бездіяльність) завжди є обов'язковою ознакою складу злочину. Такі ознаки об'єктивної сторони, як місце, час, спосіб, обстановка, знаряддя, засоби вчинення злочину, стають обов'язковими лише при прямому вказуванні на них у законі (в диспозиції конкретної статті Особливої частини КК). У цих випадках їх встановлення є обов'язковим і впливає на кваліфікацію злочину. Наприклад, без встановлення способу вчинення розкрадання неможливо визначити кваліфікацію за формами розкрадання (крадіжка — таємне заволодіння майном, грабіж — відкрите заволодіння майном, шахрайство здійснюється шляхом обману або зловживання довірою і т. д.).

Об'єкт злочину не тільки дозволяє класифікувати злочини у розділах Особливої частини КК (родовий і видовий об'єкти), а й визначає кваліфікацію злочинів (безпосередній об'єкт). Як зазначалося раніше, особа може посягати відразу на декілька об'єктів, але правильно кваліфікувати вчинене можливо лише при уточненні, який з безпосередніх об'єктів є основним, а який — додатковим. Так при розбій основним об'єктом є відносини власності,

а додатковим — здоров'я потерпілого, тому розбій віднесений до злочинів проти власності. При вбивстві з корисливих мотивів основний об'єкт — життя людини, а додатковий — відносини власності, оскільки вбивство віднесено до злочинів проти життя та здоров'я особи.

Важливе значення для кваліфікації ряду злочинів має і предмет злочину, хоча він може бути і відсутнім. Якщо ж предмет зазначений у диспозиції статті, то його необхідно встановлювати, оскільки він може істотно вплинути на кваліфікацію злочину. Наприклад, якщо предметом контрабанди є отруйні або сильнодіючі речовини, вчинене кваліфікується за ст. 201 КК, якщо ж предметом контрабанди будуть наркотичні засоби або психотропні речовини, то ці дії кваліфікуються за ст. 305 КК. Це положення також потребує уточнення, хоча йдеться про конкуренцію загальної та спеціальної норм. Але слід звернути увагу на те, що всі інші злочини, де предметом є отруйні чи сильнодіючі речовини (крім ст. 201 КК), знаходяться в розділі 13 Особливої частини КК, тобто за місцем знаходження злочинів, де предметом є наркотичні, психотропні речовини, їх аналоги та прекурсори.

На кваліфікацію злочину впливають і суб'єктивні ознаки складу. Так якщо в кримінально-правовій нормі вказано спеціальний суб'єкт, то встановлення його ознак є обов'язковим. Наприклад, підrobка документів приватною особою кваліфікується за ст. 358 КК, а вчинення подібних дій службовою особою тягне відповідальність за ст. 366 КК (службове підроблення). Поряд із загальним віком, по досягненні якого може наставати кримінальна відповідальність, за деякі злочини передбачений підвищений вік. Так, за втягнення неповнолітнього у злочинну діяльність в якості суб'єкта злочину, передбаченого ст. 304 КК, може притягатися до кримінальної відповідальності тільки повнолітній.

Ознаки суб'єктивної сторони складу злочину (вина, мотив, мета і емоції) також впливають на кваліфікацію злочинів. Вина завжди є обов'язковою ознакою будь-якого складу злочину. Вітчизняне законодавство стоїть на позиціях суб'єктивного ставлення. Як зазначалося раніше, злочини можна класифікувати на навмисні і необережні, а також такі, що здійснюються зі складною (подвійною) виною. Коли вирішується питання про кваліфікацію злочинів, необхідно, насамперед, визначити, як впливає форма вини на кваліфікацію злочинів. У КК є такі норми, в яких можуть бути присутніми відразу дві форми вини або тільки одна форма вини. Наприклад, суб'єктивна сторона розголошення державної таємниці (ст. 328 КК) може характеризуватися як умисною (пря-

мий і непрямий умисел), так і необережною (злочинна самовпевненість або злочинна недбалість) формою вини. Такі злочини, як крадіжка, грабїж, розбїй, здійснюються тільки з умисною формою вини. Вбивство може бути як умисним (ст. 115 КК), так і необережним (ст. 119 КК), службова недбалість (ст. 367) — тільки необережним злочином. У деяких злочинах іноді присутні відразу дві форми вини. Так суб'єкт може навмисне порушити правила безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту, але при цьому з необережності поставитися до настання наслідків у вигляді смерті (ст. 286 КК). Мотив, мета і емоції частіше виступають в якості факультативних ознак суб'єктивної сторони злочину, однак якщо вони прямо вказані в законі або мають на увазі (впливають зі змісту закону при його тлумаченні), їх також необхідно встановлювати. Наприклад, у кваліфікованому складі умисного вбивства вказані корисливі та хуліганські мотиви, расова, національна або релігійна нетерпимість (мотиви) або мета приховування іншого злочину, тому їх встановлення обов'язково для кваліфікації за ч. 2 ст. 115 КК. У ст. 116 КК законодавець звертає увагу на вчинення вбивства у стані сильного душевного хвилювання (емоційний стан суб'єкта).

Викладене підтверджує те, що об'єктивні і суб'єктивні ознаки складу злочину мають значення для кваліфікації кожного окремо взятого злочину. Класифікація і кваліфікація злочинів доповнюють одна одну, сприяючи правильному застосуванню кримінального закону.

Правова доктрина будь-якої держави проходить довгий шлях історичного розвитку. Державні утворення виникають на певних територіях, згодом змінюються чи поглинаються іншими державними утвореннями, чи припиняють своє існування в цілому. Воєнні експансії завжди приводили до культурних та правових інтервенцій в суспільство завойованих народів, тобто право держави-завойовника поширювалося на анексовані території. Навіть якщо такі території і зберігали свою правову автономію, то в будь-якому разі потрапляли під вплив правових традицій домінуючої держави. Звичайно, мав місце і зворотний вплив, який призводив до поступової конвергенції правових систем, але ступінь впливу залежав від низки чинників, у тому числі і географічного віддалення територій. Так, колонії Британської імперії жодним чином не впливали на право їхнього домініону, адже їхні географічне положення та ізолюваність такий вплив автоматично виключали. В найбільшому ступені взаємний вплив проявлявся при об'єднанні територій різних державних утворень. Наслідки такого двостороннього впливу можна бачити в сучасному праві на прикладі окремих інститутів, що явно не вписуються в певну правову традицію.

Такий шлях розвитку права та правової доктрини можна охарактеризувати як еволюційний. Втім можливим є і інший — революційний варіант. Однак він далеко не завжди пов'язується з революційними подіями в суспільстві, але завжди носить «штучний» характер. Яскравим прикладом може стати спроба запровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб в українському праві. Такий підхід є цілком нетиповим для вітчизняної правової доктрини і був реалізований лише завдяки представникам законодавчої влади, для яких інтереси політики опинилися вище інтересів правової системи та доктринальної культури. До

речі, треба зупинитися на конструкції «доктринальна культура». Виведення цього поняття є надзвичайно важливим саме у світлі дослідження питання генезису правової доктрини. Очевидно, що однією з її природних ознак є здатність до резистентності проти асиміляції її іншими правовими доктринами. При цьому носієм знання, яким є доктрина, була, є і буде людина, незважаючи на писемний характер такого знання. Все залежить від тлумачення доктринальних положень науковцями, і як ми бачимо — воля законодавця також має на них безпосередній вплив. Кожний з цих суб'єктів має додержуватися доктринальної культури, тобто оберігати самостійність та унікальність правової системи своєї держави, щоб захистити її від негативного впливу неприйнятних для неї ідей.

На сучасному етапі суспільно-правового розвитку існує чимало систем правових доктрин. Вони є сталими в процесі історичного розвитку і їхня класифікація може бути зіставлена з типологізацією правових сімей. Отже, можна, перш за все, виокремити доктрину загального права, доктрину континентального права та доктрину традиційного та релігійного права, але ще точніше буде говорити про систему доктрин, так як і правові системи були та залишаються внутрішньо неоднорідними¹. Так, система загального права охоплює чимало країн, які є культурно різноманітними, а самі ідеї англійського загального права зазнали докорінних змін протягом періоду історичного розвитку, тому навряд чи можна ставити поряд у порівнянні право США, Англії та Ірландії та право інших колишніх англійських колоній. Вони мають єдині витоки, схожість в основних принципах, але відмінностей в них вже за багато. Дещо більш інтегрованими є правові системи континентального права, але, як вже було зазначено, — це є результатом географічно близького розташування та взаємного культурного впливу. В той самий час системи традиційного та релігійного права об'єднані лише назвою та основною ідеєю, в іншому вони мають небагато спільного.

Правова доктрина знаходиться в постійному розвитку, переживає етапи розвитку та занепаду під час трансформацій права та держави, але в цілому вона лише збагачується новим знанням та удосконалюється відповідно до рівня розвитку суспільства. Вона завжди існує поряд з правом. Розуміння права є більш-менш універсальним всередині систем, тому напрошується висновок, що

¹ Класифікації правових сімей в науці достатньо диверсифіковані. В даному випадку ми дотримувалися класифікації Х. Бехруза: Бехруз Хашиматулла. Сравнительное правоведение. Москва, 2008. С. 104.

кожна система права як сукупність певних норм та традицій має свою правову доктрину. У світі можна було б налічити безмежну кількість правових доктрин, втім, на наш погляд, слід все ж таки виокремлювати найвищий рівень узагальнення це «правова сім'я — доктрина», ніж «система законодавства — доктрина». Наприклад, кримінальне законодавство України відрізняється від кримінального законодавства Російської Федерації та Республіки Білорусь, втім дані законодавчі системи побудовані на єдиній «пострадянській» правовій доктрині, а загалом вони відносяться до системи континентального права.

Як ми можемо побачити, правова доктрина може набувати цікавих форм. В залежності від рівня деталізації дослідження вона може сприйматися як система поглядів на право в цілому, тоді вона є універсальною та всеохоплюючою, а може розглядатися в межах специфіки та унікальності певної правової системи. Про окремі наукові погляди при такому зіставленні краще взагалі не вести мови. Отже, ступінь узагальнення при дослідженні доктринальних засад має неоціненне значення, і лише від дослідників залежить, де потрібно поставити «межі», в підсумку чого ми отримаємо частку загального наукового знання про певні прояви права. Іншими словами, є певні детермінанти, які дозволяють відрізнити англійську правову доктрину від американської. Ці ознаки були визначені та сформульовані, без них такого поділу б не було. Взагалі, якщо б теорія права не виокремлювала правові сім'ї, правова доктрина залишалась би неподільною та універсальною.

Дослідження генезису кримінально-правової доктрини США можна проводити в двох напрямках: хронологічному та соціокультурному. Почнемо з першого. Пропонується періодизація генезису за принципом переходу від права одного державного утворення до іншого. В цьому контексті пропонується історичний «ланцюг» Стародавній Рим — Англія — англійські колонії — Сполучені Штати Америки.

Виникнення правової доктрини можна цілком та повністю поєднати зі становленням філософії в грецьких демократичних державоутвореннях, а також найдавнішими пам'ятками права, тексти яких вимагали тлумачення для правильного застосування. Втім право того періоду залишалось суплементарним регулятором суспільних відносин, та і їхня регламентація була недостатньою. Першоджерела американського права та його правової доктрини (як і інших правових доктрин) слід шукати ще в античному періоді розвитку історії людської цивілізації. «Попередником» американського права є англійське загальне право, яке було на

свій час унікальним, але засновувалося на «залишках» римського права, англосаксонських та норманських правових традиціях. Можна було би шукати і глибше коріння американського права, але дослідження вимагає фокусування уваги на правовій доктрині, отже, розгляд її генезису слід розпочинати з етапу її історичного становлення. Достатнього розвитку набула правова доктрина в Стародавньому Римі, і, на наш погляд, саме вона є далеким прашуром сучасної правової доктрини США.

Римське право пройшло чималий шлях розвитку та трансформації за більш ніж тисячолітню історію держави. Спочатку сакральне право, недосяжне для пересічних членів суспільства, згодом змінюється правом кодифікованим, але надзвичайно формалізованим за процедурою та щирим на прогалини, навіть в найзагальніших засадах. Правова доктрина в Стародавньому Римі бере свій початок в той час, коли у праві величезну роль відіграє релігія. Щоправда, римляни в історичну епоху вже чітко розмежовують дві сфери: *jus*, як право світського походження, за порушення норм якого покарання застосовує світська влада, та *fas*, як право божої настанови, порушник якого накликає на себе гнів богів. Сфера застосування *fas* досить широка. У давнину релігійний елемент пронизує собою всі сфери права. Державний та суспільний устрій Риму освячений богами та не може бути змінений без їхньої згоди; релігійна церемонія займає провідне місце в міжнародних відносинах; чимало деліктів носять сакральний характер; найважливіші акти цивільного права вчинюються за участі жерців та підпадають під охорону релігії. Існують думки стосовно того, що в давній період все право мало релігійний характер та вважалось божою настановою, тому сам розподіл *jus* та *fas* був вже наслідком історичного розвитку¹. Більше того, воно було дуалістичним, так як фактично складалося з *Jus civile* та *Jus gentium*, тобто цивільного права, яке розповсюджувалося на громадян Риму, та права народів, яке регламентувало відносини між іншими особами². Право народів по суті було преторським правом (тобто в значному ступені — судовим правом), при цьому воно перейняло багато рис іноземного права, зокрема єгипетського, грецького, фінікійського та ін. Хоча правила судового прецеденту в праві народів не існувало, але певна аналогія може бути знайдена вже в тому, що претори створювали це право, здійснюючи правосуддя. Цілком зрозуміло, що виробилися певні єдині підходи, яких

¹ Кармаліта М. В. Правова доктрина — джерело (форма) права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Кармаліта Марія Володимирівна. Київ, 2011. С. 29.

² Bederman D. International Law in Antiquity. London, 2004. P. 85.

додержувалися в подальшій практиці. Отже, правотворчість пре-торів в Стародавньому Римі започатковує засади практичної доктринальності у праві, тобто обумовлює доктринальний характер значення судових рішень для подальшої практики правозастосування.

Римське право дало сучасній науці і набагато яскравіше та повне розуміння правової доктрини крізь призму теоретичного рівня правосвідомості та системності. В Стародавньому Римі юридичне знання було віддалено від народу, тому зрозуміло, наскільки важливим було мистецтво тлумачення права, складання позовів та формування угод та володіння цим де-факто таємним знанням. З VI ст. до н. е. римляни з метою захисту майнових та немайнових прав мали звертатись до жерців з проханням скласти позов з урахуванням фактичних обставин чи надати консультацію з юридичних питань. Формалізм права, недосяжність юридичного знання для пересічних осіб обумовили великий вплив практичної діяльності жерців на формування самого права. Формально жерці не здійснювали правосуддя, їхня діяльність зводилась до надання юридичних консультацій, складання позовів та посвідчення правочинів. Своїми формулярами жерці часто обмежували зміст правочинів навіть в тих випадках, коли законодавство таких обмежень не містило. Як влучно зауважив з цього приводу В. Хвостов, «...вони зуміли поповнити право новими інститутами, що не були передбачені законом, мистецьки обґрунтовуючи дані інститути на таких нормах, які жодного відношення до них не мали»¹.

Лише в період імперії право стало повністю публічним, тобто кожен громадянин Риму отримав змогу безпосередньо використовувати його для самостійного захисту власних інтересів. Запровадження світської юриспруденції пов'язується з ім'ям жерця Тиберія Корункарія, який першим почав викладати право, а також з діяльністю Гнея Флавія, який активно впроваджував юридичні знання в широкі кола населення². Пізнання права більше не було монополією пануючого класу, та з цих пір кожен мав змогу вільно вчитись мистецтву тлумачення законів та складання формул позовів. Разом з тим безпосереднє застосування правових приписів було надто ускладнено специфічними ритуалами, а також в цілому було надто складним для розуміння пересічними особами. Низька якість законодавства породжувала професійне протисто-

¹ Хвостов В. М. История римского права. Москва: Университет. тип., 1905. С. 14.

² Gary Forsythe. A Critical History of Early Rome: From Prehistory to the First Punic War. University of California Press, 2005. P. 319.

яння юристів, які досить різноманітно тлумачили норми закону в різних ситуаціях, що в цілому не сприяло універсальності та одноманітності його застосування. Недостатня інформативність законодавства компенсувалася завдяки його поширювальному тлумаченню з боку правників. Отже, масив доктринальних праць наприкінці республіканського періоду Риму був вражаючим. За часів імператора Адріана (117–138 рр. до н. е.) було впроваджено правило, що в разі наявності суперечностей між думками римських юристів суду надавалося право обирати з них найбільш правильну позицію для вирішення справи. Так римський юрист Гай свого часу писав: «Відповіді фахівців права — це думки та судження юристів, яким було дозволено встановлювати та творити право. Якщо позиції цих осіб збігаються, те, в чому вони згодні, набуває сили закону. Якщо ж вони не згодні, то це право судді додержуватися тієї позиції, яку він вважатиме найбільш правильною в конкретному випадку, що безпосередньо визначається в рескрипті блаженної пам'яті Адріана»¹.

Навіть поверхневий аналіз законодавства Римської імперії свідчить, наскільки воно було фрагментарним і наскільки номінально виконувало свою центральну — регулятивну функцію. Такий стан речей лише підштовхував величезну армію юристів до творчості з тлумачення, роз'яснення, доповнення, що в цілому перевантажувало правову доктрину та ускладнювало практичне застосування права. Лише впорядкування та обмеження доктринальних джерел мало змогу змінити ситуацію на краще. В 321 р. нашої ери імператор Костянтин заборонив суддям при розгляді справ керуватися критичними зауваженнями до праць Павла. Через декілька років, в 327 р. нашої ери, той самий імператор вказав суддям, що з усіх відомих юристів пріоритет залишається за Павлом. На думку А. Васильєва, такі рішення імператора Костянтина цілком свідчили про втрату авторитету римськими юристами часів занепаду імперії, адже на той час Павла не було в живих вже понад сто років. Але можна уявити і протилежне: це також свідчило про завершення формування та сталість наукової доктрини в римському праві.

Завершенням активної фази розвитку римської правової доктрини стало видання нормативного акта, який в підсумку був названий дослідниками «Закон про цитування»². Він обмежував

¹ Гай. Институции / [пер. с лат. Ф. Дадынского]; под ред. В. А. Савельева, Л. Л. Кофанова. Москва, 1997. 368 с.

² Петерский И. С. Дигесты Юстиниана. Очерки по истории составления и общая характеристика. Москва, 1956. С. 17.

коло авторів, працями яких суд мав керуватися під час розгляду справ. Так до п'ятірки авторів входили Папініан, Ульпіан, Павел, Модестин та Гай¹. Крім того, судам дозволялося використовувати ідеї інших юристів, але лише в разі, якщо на них посилалися представники «п'ятірки». Цікавим залишається той факт, що судді мали керуватися або ж загальною думкою даних авторів, або ж позицією більшості з них. При цьому працям Гая, Папініана та Павла надавалася перевага — їхні судження завжди мали пріоритет. Велика п'ятірка римських коментаторів увійшла в історію під сумною назвою «сенат мертвих», але сам факт надання такого екстраординарного значення працям юристів залишається безпрецедентним в історії людства.

В праві Стародавнього Риму доктрина посідала практично центральне місце, багато в чому замінюючи собою законодавство, яке регламентувало лише основи суспільних правовідносин. Напевно, ні в які інші часи праці вчених-юристів не мали такого значення у суспільстві. Такий ступінь розвинення правової доктрини пояснюється, в першу чергу, саме недостатньою якістю законодавства. Римські пам'ятки права були далеко не найстародавнішими та значно поступалися у віці законам Хамурапі та іншим історичним законодавчим документам часів Єгипетської та Грецької цивілізацій. Інші пам'ятки права також вирізняються низькою якістю правового регулювання відносин, але вони були позбавлені такого «доктринального доповнення», як в римському праві. До речі, поняття «право» вперше можна застосувати до системи юридичних норм Римської республіки, адже до цього часу зустрічалися лише окремі прояви законодавства. Доктринальні роботи римських авторів, у першу чергу, також мали саме прикладний зміст, тобто були безпосередньо спрямовані на правозастосування та позбавлені глибокої теоретизації. Як і у випадку з преторським правом, праці визнаних римських юристів реалізують ідеї практичної доктринальності. Тобто в першому випадку правова доктрина формувалася в суді, в другому випадку — на сторінках наукових праць.

Рішучий крок в історії становлення всесвітньої юриспруденції був зроблений саме в римському праві, яке першим перетворилося з позитивного законодавства та звичаїв у динамічну категорію — в систему, яка створила сама себе та надалі визначала свій розвиток та буття. Саме в системі римського права і визначилися два чинники, які в подальшому посіли місце доктриноут-

¹ Jolowicz H. F., Nicholas B. Historical Introduction to the Study of Roman Law. 3rd ed. New York: Cambridge Univ. Press, 1972 (reprint 2008). XXVI, 528 p.

ворюючих джерел: наукова позиція та судова практика. Крім того, плюралізм наукових думок також сприяв можливості пошуку тієї наукової позиції, яка б більш за все влаштувала особу, яка здійснювала правосуддя. Втім, вадою римського права була характерна його «наддоктринальність», так як правова доктрина не може включати в себе абсолютну сукупність наукових поглядів, виражених в працях, доктрина не є сукупністю творів — вона перш за все є системою. Таким чином, остаточне становлення доктрини римського права слід пов'язувати з періодом імперії та актами імператорської влади, які обмежували коло цитування юридичних творів, у такий спосіб наділяючи останніх де-факто статусом доктринальних джерел в чистому вигляді, в результаті доктрина перейшла в нову якість: з різноманіття поглядів до сталої теорії, хоча це позбавило її минулого динамічного розвитку.

Згодом традиції доктрини римського права значним чином вплинули на становлення права держав, які виникли на території сучасної Європи, та мали далекі наслідки й для майбутніх імперських колоній. Хоча цей процес відбувся з величезною затримкою, адже падіння Римської імперії під тиском варварів наприкінці V ст. зумовило регрес юриспруденції на довгі часи. Феодальне законодавство Європи відрізнялося своєю примітивністю, роздрібненістю та невизначеністю, врегульовувало лише деякі відносини, які існували в державах того періоду, і частіше за все було традиційним та неписаним. У цей період часу про розвиток права не могло бути і мови.

Наприкінці XI — початку XII ст. у Західній Європі виникли перші університети, в стінах яких набули обертів вивчення та розробка правових пам'яток минулого. Європейська школа наукового правознавства в XI ст. в основному вивчала тексти Дигестів Юстиніана, що на той час збереглися. Втім навряд чи дослідники намагалися створити базу для підготовки майбутніх юристів-практиків і ще менше — сформувати право, яке б задовольняло потреби суспільства. Типова програма юридичного навчання у XII ст. полягала перш за все у читанні тексту Дигестів. Вчитель зачитував та інтерпретував рукописні тексти, а студенти слідували за ним по своїх (за звичай взятих в оренду) рукописних копіях та робили необхідні поправки. До цього заняття застосовувався термін «лекція», що означав «читання». Оскільки текст був досить складним, його необхідно було пояснювати. Таким чином, після читання тексту вчитель глосував його, тобто розтлумачував його слово за словом, рядок за рядком. (По-грецьки glossa означає «мова» та «незвичне слово»). Студенти записували глоси, що

диктував вчитель, між рядками тексту, довші заходили на поля. З плином часу письмові глоси набули майже такого ж авторитету, як і сам глосований текст¹.

Таким чином, відбувалася так звана «рецепція римського права», яка стала можливою в результаті викладання римського права в італійських, французьких, німецьких університетах, які створили єдину «університетську науку». Як зазначає А. Саїдов, спочатку рецепція носила доктринальні форми, так як саме римське право не застосовувалося, а вивчалися лише його теоретичні набутки, структура, внутрішня логіка та юридична техніка². Р. Давід стверджує, що романо-германська правова сім'я була продуктом виключно культури, незалежним від політики, та в цьому полягала її відмінність від англійського загального права, яке було набуток феодальних порядків у суспільстві³.

Втім неможливо розділити думку авторів у повному обсязі, адже англійське загальне право, про яке далі буде йти мова, має дуже тісний зв'язок з римським правом. Слід цілком погодитися з К. Осаке в тому, що «...в англо-американській літературі часто зустрічається думка про те, що англійське право не перейняло римське право, що римське право не вплинуло на англійське право, навіть за умов того, що Англія довгий час входила до складу Римської імперії. З таким твердженням неможливо погодитися. Континентально-європейські вчені вважають, і ми погоджуємося, що римське право вплинуло на розвиток англійського права не в меншому ступені, ніж на розвиток континентального. Англійське право багато чого перейняло від римського: термінологію, правові методи, загальні поняття, загальні принципи, загальні цінності»⁴.

На наш погляд, сучасне англо-американське право завдячує саме римському праву ступенем своєї доктринальності, а саме: відносним практичним значенням законодавства та високим авторитетом науки, нероздільно пов'язаної з професійною діяльністю суддів чи признаних «коментаторів» — класиків юридичної думки. І якщо континентальна правова сім'я успадкувала від римського права розвинену систему регулювання цивільно-правових відно-

¹ Кармаліта М. В. Правова доктрина — джерело (форма) права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Кармаліта Марія Володимирівна. Київ, 2011. С. 49.

² Саїдов А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): учебник. Москва, 2000. С. 206.

³ Давид Р. Основные правовые системы современности (сравнительное право). Москва, 1988. С. 58.

⁴ Осаке К. Сравнительное правоведение в схемах. Общая и Особенная части: учеб.-практ. пособие. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: Дело, 2002. 464 с.

син, то англійському праву залишився принцип *naturalis ratio*, відповідно до якого справи вирішувалися судом на засадах справедливості, доцільності, власного досвіду та розсуду суддів. Як влучно зауважує Б. Мак Найер, «...між римським юристом і юристом загального права більше спорідненості, ніж між римським юристом та його наступником — сучасним цивілістом. Як юрист загального права, так і римський юрист уникають узагальнень та визначень. Їхній метод — активна казуїстика. Вони переходять від одного конкретного випадку до іншого та не намагаються створювати певну логічну систему, а лише належним чином працюючий механізм регулювання для кожного з них, не боячись логічних невідповідностей, які рано чи пізно можуть призвести до ускладнень»¹.

Становлення концепту загального права в Англії стало наступним кроком генезису американської правової доктрини, яка від початку сформувалася на засадах своєї «старшої сестри». Необхідною передумовою виникнення англійського загального права стало вторгнення в країну норманських військ, до складу яких входили норманські, бретонські та французькі загони під загальним керівництвом герцога Вільяма Третього Нормандського, надалі відомого як Вільям Завойовник. Вторгнення в Англію відбулося наприкінці вересня 1066 р., а вже в грудні цього ж року Вільяма було короновано як монарха Англії². Втім запровадження нового ладу на англійських землях було ускладнено триваючим спротивом англійської владної еліти, яка не бажала втрачати домінуюче становище в англійському суспільстві. Суспільно-політичні, економічні та юридичні зміни в Англії не вимагали багато чекати на себе. Новий монарх прийняв чимало радикально-прогресивних рішень, зокрема, відійшло в минуле рабство, старі англосаксонські інститути державного управління, англосаксонське право, активно впроваджувалася норманська мова³. До речі, еволюція мови має багато спільного з еволюцією правової системи Англії. Так, вплив завоювання на мову виявився найбільш помітним, адже завоювальники активно впроваджували свою рідну давньофранцузьку мову, точніше її північний діалект, яка згодом трансформувалася в так звану англо-норманську мову. Ця мова так і не стала єдиною мовою англійського народу, так як нею розмовляла переваж-

¹ McNair B. Roman Law and Common Law. London, 1952. P. 14.

² Chibnall M. The Debate on the Norman Conquest. Issues in Historiography. Manchester, UK: Manchester University Press, 1999.

³ Huscroft R. Ruling England, 1042–1217. London, 2005. 264 p.

но владна еліта¹. Сучасна ж англійська мова має у своїх витоках як базис англосаксонських мов, так і лексику англо-норманської мови. І що є найбільш показовим: в англійській мові більшість слів мають синоніми саксонського чи кельтського та французького походження, тобто майже завжди існують два варіанти, які виникли під впливом цих мов². Генезис англійського права періоду після норманського завоювання відбувався аналогічно: на засадах як старих традицій, так і новацій. До норманського завоювання на території тогочасної Англії застосовувалися писані законодавчі збірники та традиційне право, цілком типові для Європи «варварського періоду». Римська колонізація Англії остаточно завершилася після 400 р. нашої ери, коли, швидко втрачаючи свою могутність, імперія була змушена відступити з завойованих земель. Незважаючи на досить довге перебування на англійських землях, римська культура та право не стали панівними в англійському суспільстві. Можна вважати, що основними набутками від колонізації залишилися релігія та латинська писемність, які значно наблизили Англію до найвищих стандартів тогочасного розвитку. Проте правова система, звільнившись від впливу римської правової ідеології, швидко пристосувалася до нових порядків³.

Разом з тим виникає і певний сумнів, що процес регресу римських правових традицій відбувався достатньо активно. Тогочасне «європейське» право залишалося переважно примітивним, тому не мало змоги суттєво впливати, скоріше на англійське право впливали його ж давні традиції, актуальність яких різко підвищилася. Що ж стосується паралельного розвитку «германського права» в цілому (а разом з ним — розвитку права англійських племен), то воно відчувало прямий вплив римської спадщини, проекція якої чітко відобразилася на всіх змінах, які відбувалися в суспільстві германців. Чимала кількість найдавніших писемних кодексів права германських народів прямо успадкували частину римської правової ідеології, наприклад, багато в чому повторювали Кодекс Юстиніана, при цьому самі були написані латиною, що було безперечним підтвердженням спорідненості.

Вплив римської культури залишив англійські землі не на дуже тривалий час. Залишення цих земель Римською імперією та на-

¹ Higham N. The Death of Anglo-Saxon England. Stroud, UK: Sutton, 2000. 256 p. ISBN 978-0-7509-2469-6.

² Crystal D. The story of Middle English. The English Language: A Guided Tour of the Language. Penguin Global, 2004.

³ Vinogradoff P. Transfer of Land in Old English Law // Harvard Law Review. 1907. Vol. 20, N 7. P. 532–548.

віть її швидка загибель не завадили реінкарнації певних елементів римської культури через поширення християнства. Також простежується певний зв'язок між просвітницькою роботою в Англії місії Августина, яка була надіслана Папським престолом з місіонерськими завданнями, та виданням першої англосаксонської збірки законів королем Етельбертом Кентським¹. Яскравим є той факт, що збірка законів була видана латинською мовою. Крім того, в документі фігурує фраза «відповідно до римських прикладів», тобто зрозуміло, що при розробленні збірки її творці вивчали та застосовували досвід та традиції римського права. Кодекс Етельберта докорінно змінював традиції давньоанглійського права: неписане кентське звичаєве право було замінено системним законодавством. Збірка законів Етельберта стала першою ластівкою, за нею слідували численні англосаксонські кодекси, що побачили життя в наступні чотириста років. Втім надалі творці збірок законодавства використовували більш традиційну давньоанглійську мову, яка була рідною для населення країни. Систематизація англосаксонського законодавства не була в змозі створити єдиний і сталий правовий простір, так як збірники законів часто переписувалися зі зміною правителя земель, і що головне — на території тогочасної Англії паралельно діяла чимала кількість законодавчих збірок, а також неписане традиційне право — причиною цього була роздробленість та автономія англосаксонських племен².

Після захоплення норманами Англії в 1066 р. постало питання уніфікації законодавства та загальних юридичних підходів. Право Нормандії було поганим прикладом для відтворення, адже воно залишалося переважно неписаним та традиційним, отже було значно нижчої якості, ніж англосаксонське законодавство. Втім, на наш погляд, саме воно відіграло значну роль у виникненні та становленні загального права. За задумом нового монарха право мало стати загальним для усіх англійських земель. Для реалізації цього завдання він обрав екстенсивний шлях: замість видання єдиного зводу законів було вирішено уніфікувати судову практику. Для такого рішення були суттєві політичні передумови: король-завойовник відчував себе надто невпевнено на англійському троні, вірогідно, саме тому утримувався від радикальних змін у правовому просторі. Судове загальне право кардинально відріз-

¹ Essays on Anglo-Saxon Law / ed. by H. Adams, H. C. Lodge, J. L. Laughlin and E. Young. Boston; London, 1876. XII, 392 p.

² Tucker Ch. Anglo-Saxon Law: Its Development and Impact on the English Legal System // USAFA J. Leg. Stud. 1991. Vol. 2. P. 127–202.

нялося від традиційного права, але багато в чому засновувалося саме на ньому, втім роль численних англосаксонських усних та писемних джерел права залишалася провідною.

Таким чином, висловлювання про те, що римське право не вплинуло на становлення загального права, слід вважати безпідставними. По-перше, римська окупація англійських земель в I–IV ст. безумовно свідчить про вплив їхньої культури та права на суспільство англосаксів. По-друге, поширення християнства також привносило елементи римської культури, мови та навіть права в життя англосаксів. По-третє, норманське завоювання встановило певний культурний міст між сучасним Британським півостровом та континентальною Європою, хоча дещо пізніше цей міст був зруйнований і під час розквіту рецесії римського права в Європі Англія була відрізана від неї Столітньою війною з Францією та іншими негараздами. Тому можна дійти висновку, що римське право впливало на майбутнє англійського права таким чином: а) прямо — в період римського панування на Британському півострові; б) опосередковано — через закони, прийняті на основі римського права в V–XI ст. В подальшому зв'язок переривається і англійське загальне право переходить в період самостійного та відокремленого розвитку, і відмінності від права континентальної Європи згодом лише посилюються.

Втім загальне право не отримало виключної монополії на правовому просторі країни. Цікавою особливістю англійської правової системи стало так зване «право справедливості». Воно не було частиною загального права, а натомість виступало в ролі його безпосереднього конкурента. Основною передумовою виникнення цього квазіюридичного феномена стала несправедливість, яка часто мала місце при бездумному застосуванні англійськими судами загального права. Відповідно до принципу *stare desisis*, суди мали слідувати наявним прецедентам, в той час як обставини конкретних життєвих ситуацій, які ставали юридичними фактами для початку судового процесу, природно не могли бути ідентичними. Так справедливе рішення в одному випадку вже могло стати несправедливим за юридично схожих, проте фактично різних обставин¹. Також суди загального права відрізнялися дуже повільною роботою, від чого слухання справи розтягувалося на довгий строк. У результаті незадоволені піддані зверталися безпосередньо до англійського монарха з проханням про відновлен-

¹ *Carne William Lindsay*. A Sketch of the History of the High Court of Chancery from Its Origin to the Chancellorship of Wolsey // *Virginia Law Register* (*Virginia Law Review*). 1927. Vol. 13, N 7. P. 403.

ня справедливості. Зважаючи на те, що кількість таких прохань була чималою, був створений Суд справедливості, якому і була делегована функція розглядати відповідні скарги¹. В результаті сформувалася юрисдикція Суду, яка була досить обмеженою та поширювалася на земельні питання, питання спадщини, а також опіки над малолітніми та хворими. Сфера кримінально-правових відносин не підпадала під юрисдикцію Суду справедливості, втім його діяльність мала певний вплив на всю систему права в цілому, відповідно — і на розвиток кримінально-правової доктрини. Згодом роль Суду справедливості зменшується та робляться спроби об'єднати його з системою судів загального права. Ці спроби тривали з середини XIX ст., нарешті в 1875 р. Суд як самостійний орган був розпущений та включений до складу Високого суду в якості одного з його трьох відділень².

Складно оцінити реальне значення права справедливості для подальшого розвитку англійського та колоніального права. Воно цілком відрізнялося від загального права, зовсім іншим чином вирішувало ті ж самі проблеми, було побудовано на практично протилежних ідеях. Втім в діяльності Суду справедливості не було жодного порядку, процедура як така була відсутня, а рішення часто змінювалися по кілька разів. В результаті право справедливості не створювало єдиної системи, як то було з загальним правом, адже за самою ідеєю Суд справедливості мав вирішувати спори лише з позицій здорового глузду, тобто не був зв'язаний у своїй діяльності попередніми рішеннями. Що ж стосується вимог законодавства, то в Англії воно завжди було надто фрагментарним, що залишало широкі можливості для «юридичних маневрів».

До XVIII ст. право в англійських університетах не викладалось. Підготовка юристів була практичною та зводилась переважно до відвідування судових засідань, нерегулярних інструкцій у формі вільного обговорення прецедентів та лекцій зі статутів. Існували окремі видання, в яких автори намагались дати загальну характеристику праву, а також висвітлити окремі питання. Такі підручники складались переважно суддями, їхня цінність полягає у посиланнях на статuti та юридичні джерела, якими користувався автор. Такі книги повідомляли про існуюче право, але не змінювали його. Підручники представляли право в чіткій систематизованій формі. Як правило, вони використовувались для навчання

¹ *Parkes J.* A History of the Court of Chancery... London, 1828. P. 28.

² *Kerly D.* An historical sketch of the equitable jurisdiction of the Court of Chancery / *Duncan Kerly*. Cambridge Univ. Press, 1890. P. 294.

студентів, проте не були авторитетом для суду. Виключенням були випадки, коли вони розглядалися в якості доказів, якщо інші докази були відсутніми¹.

Як відомо, від початку загальне право створювалося виїзними судьями, які узагальнювали отриманий досвід та в майбутній діяльності дотримувалися принципів, вже використаних при розгляді аналогічних справ. Прецедентне право випрацьовувало певні сталі правила, які ставали непорушними аксіомами, були загальновідомими та безоглядно використовувалися в судовій практиці. Такі правила і стають першими доктринами англійського права, при цьому слід повторитися — саме доктринами практичного плану, що були створені в процесі правозастосування, а не теоретизації. В якості прикладу можна навести доктрину причинного зв'язку між злочинними діями та наслідками (так звана «доктрина одного року та однієї доби»), відповідно до якої дії визнавались такими, що безпосередньо потягли наслідки, якщо останні наступали протягом року та однієї доби з моменту вчинення злочину. Ця доктрина сама собою була непорозумінням та цілком суперечить здоровому глузду, адже «контрольний» період часу є надто тривалим та не виключаються інші — сторонні причини, що унеможлиблює встановлення зв'язку в разі наявності «конкуренції» причин та ін. Втім на цьому прикладі цілком зрозумілий хід юридичної думки суддів того часу: рішення по справі стало прецедентом в частині підходу до встановлення причинного зв'язку, систематичне застосування відпрацьованого правила створює аксіому правозастосування, яка де-факто і стає доктриною.

Якщо в наш час поняття доктрини є багатоаспектним та включає в себе і теоретичні і практичні елементи, то за часів раннього загального англійського права поняття теорії, напевно, в юриспруденції не існувало. Якщо казати точніше, то юридична наука сформована ще не була, мала місце лише практична складова юриспруденції. Прояви теоретичних складових можна було знайти в творчості філософів права, але аж ніяк у правозастосовувачів. Наприклад, відомий схоласт Фома Аквінський (а точніше — Томас Аквінський), хоча і був відносно віддалений від проблем юриспруденції, але бачив її крізь призму теоретико-філософських підходів. До речі, єдина доктрина, яка в той період часу носила суто теоретичний характер, була релігійною. Саме тому і погляди Ф. Аквінського яскраво відрізнялися від догматичних підходів тогочасних правознавців.

¹ Кармаліта М. В. Правова доктрина — джерело (форма) права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Кармаліта Марія Володимирівна. Київ, 2011. С. 64.

Приблизно в цей період часу в Англії видається перша відома монументальна праця з загального права: «Трактат про закони та звичай Англії», авторство якого визнається за Р. Гленвілом¹. Трактат складався з чотирнадцяти книг та охоплював усі сфери законодавства тогочасної країни. Найбільша увага автора була присвячена не кримінальному переслідуванню, а земельним правовідносинам. Як зазначає А. Васильєв, «...закономірно, що з точки зору суспільної необхідності, з урахуванням визначеності та передбачуваності її положень, праця Гленвіла була санкціонована королівськими судами як джерело права». Сучасний спеціаліст з англійського права Р. Уолкер вказує, що «на книгу Гленвіла ще посилаються (хоча минуло сім століть) як на авторитетне джерело права»². В цілому ж зазначена праця є каузальною, створена на засадах практичного застосування загального права та заради нього. Праці наступників Р. Гленвіла також були виконані в практично-прикладному руслі. До низки найвідоміших трактатів з англійського права відноситься, зокрема, праця «Про закони та звичай Англії», яка належала перу Г. Бректона і побачила світ у середині XIII ст. Протягом наступного століття побачили світ трактати відомих англійських юристів Фостера, Хокінса, Хейла. Особливе значення цих праць полягає в їхній спеціалізації саме у сфері кримінального права. Напрацювання даних правників часто цитують американські фахівці, та взагалі — саме ці трактати зробили чималий внесок у становлення американської кримінально-правової доктрини в майбутньому. Цікаво, що назви зазначених трактатів збігалися та були типовими для тогочасної юриспруденції. Так *Pleas of the Crown* слід перекладати як «тяжби Корони», або ж «справи Корони» (другий варіант перекладу вільний, проте все ж таки більш доречний).

Неоціненним для англо-американської кримінально-правової доктрини є внесок, який був зроблений видатним юристом XVII—XVIII ст. Едвардом Куком. Перш за все, слід звернути увагу на факт отримання Е. Куком юридичної освіти, яка в тогочасній Англії не була обов'язковою для суддів, більше того — така освіта була досить рідкісним явищем. «Англійські юристи ніколи не отримували освіти в університетах, і в наші часи немає потреби закінчувати університет, щоб стати адвокатом чи суддею. Юристи

¹ Гленвилл Р. Трактат о законах и обычаях английского королевства // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. Древность и средние века / сост. В. А. Томсинов. Москва, 2004. С. 323—330.

² Уолкер Р. Английская правовая система. Москва: Междун. отношения, 1980. 326 с.

традиційно формувалися практикою» — саме так Р. Давід характеризує тогочасну юриспруденцію¹. Втім кваліфікація тогочасного правника ніяк не відповідала сьогоденним уявленням про стандарти навчання, які не відрізнялися вимогливістю. По-друге, Кук певний час посідав посаду Головного судді Суду Королівської Лави, з чого можна зробити висновок про складність та юридичне значення справ, що попадали на розгляд до суду. По-третє, Кук видав тринадцять збірок судових звітів, які відігравали і досі відіграють неабияку роль в англійському праві. «Звіти» були по суті архівом судових рішень по справах, в яких або ж сам Кук приймав участь, або ж записував зі слів інших осіб. Прийнято вважати, що перші нариси такого плану були зроблені Куком ще під час навчання праву, а початок звітування датується 1679 р. Звіти були складені в хронологічному порядку, перемішувалися з особистими спогадами, думками та замітками автора. Втім було і порушення хронології, так як пізніше Кук повертався до справ, яким раніше він не приділяв уваги.

Звіти викликали широкий позитивний резонанс в юридичній літературі. Так, роботи Кука були охарактеризовані як «незрівнянно насичені» та «що мали неогіненний вплив на літературу та на сутність самого англійського права», «єдині найвпливовіші судові звіти» та ін. Навіть його опоненти були змушені визнати тріумф автора. Втім «Звіти» майже не застосовувалися на практиці за життя Кука, крім того, він не встиг видати єдину збірку, яка об'єднувала в собі всі роботи даного циклу та побачила світ вже після смерті автора.

Разом з тим значно більшу цінність мали інші праці Кука — «Інституції англійського права» в чотирьох томах. Перший том Інституцій був цілком присвячений аналізу праць Літлтона, а саме його трактату «Про земельні ділянки», тобто не виходив за межі правовідносин у сфері землекористування. Останні ж три книги «Інституцій» були видані вже після смерті автора та охоплювали різноманітні аспекти англійського права, в тому числі — і кримінального. За своєю сутністю «Інституції» являли собою навчальний посібник для студентів та пояснювали систему тогочасного права. Можна було би охарактеризувати ці праці як теоретичні, але в них викладався здебільше позитивний матеріал, притому крізь призму авторського бачення. Втім це була одна з небагатьох «доктринальних праць» в англійському праві на той період часу, адже Кук систематизував та дещо привів на папері до ладу

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: пер. с фр. Москва: Междунар. отношения, 1996. 400 с.

загальні засади права та зробив його зрозумілим та більш-менш доступним. «Інституції» були основним англійським юридичним твором, який видавався на той час в американських колоніях та користувався там високим авторитетом, що підтверджує основну ідею прямого зв'язку між американською та англійською правовими доктринами, зв'язку, який завдяки американській революції частково обірвався, але потім був дещо відновлений завдяки популярності і високому авторитету праць англійських юристів. Як «Інституції», так і «Звіти» Кука стали типовими підручниками з права в США та вплинули на свідомість цілих поколінь американських юристів та політиків. Як і на історичній батьківщині, його праці мали найвищі оцінки фахівців, що підтверджується їхніми схвальними відгуками. Чого варта лише фраза Дж. Ратледжа «Інституції Кука видаються практично витоками нашого права»¹, таким чином їхній вплив на американську кримінально-правову доктрину є неогіненним, можна навіть вважати, що вони стали її основою, так як впорядкували весь досвід англійського права за шість століть і поступилися лише перед працями У. Блекстона.

Не слід обходити стороною і ту наукову спадщину Кука, в якій він відстоює та укріплює позиції загального права. Так, він завжди підтримував ідею, що судді є найближчими до права (так званого «живого права») і в найбільшому ступені розуміють нагальні потреби правозастосування, тому є в цих питаннях більш компетентними, ніж монарх чи парламент. Думки Е. Кука були досить сміливими для його часів, адже він ставив під сумнів юридичну силу законодавства країни, натомість підвищуючи роль правової доктрини: «...як слідє із наших книг, в багатьох справах загальне право контролює Акти Парламенту і іноді визнає їх такими, що не мають юридичної сили. Так коли Акт Парламенту не відповідає загальноновизнаній справедливості та розуму, містить протиріччя та не може бути виконаний, загальне право має пріоритет та визнає такий Акт, не маючим юридичної сили».

В часи абсолютизму такі категоричні висловлювання були достатньо небезпечними з політичних позицій, до речі, саме категоричність суджень і змусила Кука залишити посаду та зайнятися опозиційною діяльністю в парламенті. Що ж до його абсолютизації загального права, то він мав як однодумців, так і непримирених опонентів. Так на підтримку Кука виступав Дж. Селден, який відстоював позиції сильного загального права. Втім рішуче проти висловлювалися відомі філософи, зокрема Ф. Бейкон, Т. Гоббс.

¹ Rutledge J. L. Century of Conflict: The Struggle between the French and British Colonial America. Toronto, 1956.

Вони відстоювали природно-правові позиції та вбачали усю повноту влади за монархом. На їхню думку, юристи не мали жодних переваг над іншими членами суспільства і не мали жодних прав на законодавчі функції, так як їх природним покликанням було забезпечення дотримання законів, а не їхнє створення. Така полеміка не мала під собою реального підґрунтя, так як законодавчі можливості загальних судів та монарха пролягали в дещо різних площинах. Суди завжди зіткалися з конкретними життєвими ситуаціями, які вони мали вирішувати, в той час як саме королівська влада встановлювала «правила гри» для суспільства в цілому. Таким чином, суперечка про пріоритет рішень загальних судів над королівською владою була цілком безпідставною, адже в епоху англійського абсолютизму відповідь була очевидною.

В історії юриспруденції є визнаним факт, що найвидатнішим англійським юристом та науковцем всіх часів вважається Уільям Блекстон. У своїй кар'єрі він пройшов крізь різні форми юридичної діяльності: отримав величезний практичний досвід як суддя та обіймав найвищі суддівські посади, займався викладацькою роботою, що, безумовно, вплинуло на його професійну правосвідомість — адже він мав узагальнити систему своїх знань таким чином, щоб зробити їх доступними для студентів, тобто для широкого загалу слухачів. Саме такі якості допомогли його майбутнім працям стати бестселерами по обидва боки Атлантичного океану. Квінтесенцією наукових здобутків Блекстона є трактат «Коментарі до законів Англії». Відповідно до стандартів тогочасних наукових творів, Коментарі охоплюють широке коло правовідносин у суспільстві, іншими словами, не мають спеціалізації на певні галузі права, але окремі їхні томи все ж таки спеціалізовані. Так в 1770 р. був виданий четвертий том Коментарів, який був цілком присвячений кримінальному праву. Характерним був той факт, що американське видання Коментарів вийшло вже в 1770 р. і було надзвичайно популярним в американських колоніях¹.

Роль праць У. Блекстона в процесі генезису американського права є неоціненною. Як свого часу зауважив С. Холдсворф, «...якщо б Коментарі не були написані свого часу, то було б дуже сумнівно, що Сполучені Штати та інші англійські країни пішли б шляхом загального права». Л. Фрідмен пояснює ажіотажний попит на Коментарі тим, що «було б щось подібне працям Блекстона по американському праву, то навряд чи він був би популяр-

¹ John H. Langbein, Renée Lettow Lerner, and Bruce P. Smith. History of the Common Law: The Development of Legal Institutions, New York: Aspen, 2009. P. 977.

ним в США»¹. Втім дещо скептичний погляд Фрідмена на триумф «Коментарів» Блекстона спростовується вже тим, що як такого американського права на той момент просто ще не було. Американська революція ще більше посилює інтерес до Коментарів: адже американське право надалі мало розвиватися самостійно, а підхід Блекстона та подача матеріалу в його працях були новаторськими та прогресивними. Крім того, Блекстон мав репутацію поважної людини та розважливого судді, адже ще за часів його життя став популярним висловлений ним принцип: «Хай краще десять злочинців втечуть від кари, ніж один невинуватий буде несправедливо покараний». Нове американське суспільство бачило в блекстоновських працях демократизм та служіння справедливості, що робило їх гідним прикладом майбутнього права. Сприяли цьому і юридико-політичні погляди автора, який висловлювався проти абсолютизації державної влади.

Усі історичні американські юридичні документи, в тому числі Декларація незалежності та Конституція, були написані під впливом праць Блекстона. Цілі покоління американських юристів та політиків вважали його своїм ідейним вчителем та наставником, зокрема Абрахам Лінкольн, Джон Адамс, Джон Маршал, Джон Джей та інші. І що суттєве: Верховний Суд США звертається до Коментарів не менше десяти разів на рік, що знов-таки свідчить про їхнє величезне значення та авторитет, а також актуальність в умовах сьогодення.

Продовжувати хвалебні оди працям Блекстона можна нескінченно. Але слід зробити акцент на найважливішому: Коментарі до законів Англії розділили історію загального права на «до» та «після». Його попередники, в тому числі і Е. Кук, дивилися на загальне право під зовсім іншим кутом зору, в їхній свідомості воно залишалося зібранням судових прецедентів та ідей щодо їхнього трактування і по суті не було правом як таким. Якщо чіткіше формулювати думку, то Блекстон додав до англійського права той самий теоретичний елемент, який простежувався в застосуванні загальних підходів до проблематики, в той час як його попередники досліджували лише каузальні аспекти правозастосування. Праці Блекстона сприяли структуризації права, адже матеріал був викладений в певній послідовності, що обумовлювало певну «теоретичну систематизацію».

Таким чином, історія американської правової кримінально-правової доктрини невід'ємно пов'язана з юридичною думкою

¹ Фридман Л. Введение в американское право : пер. с англ. / под ред. М. Калантаровой. Москва: Прогресс-Универс, 1993. 286 с.

правників Великої Британії, адже до середини XVIII ст. американське право було не більше ніж проекцією права країни-домініону, хоча поступово розвивало свої відмітні риси. В цілому в XVII–XVIII ст. були видані праці низки авторитетних англійських юристів, на творчості яких завершується єдність англійської та американської правових доктрин, які будуть остаточно роз'єднані з 1776 р., тобто з проголошення незалежності американських колоній. З закінченням війни за незалежність почалася побудова нової американської держави. Даний процес виявився достатньо тривалим і закінчився значно пізніше ніж з набуттям юридичної сили Конституцією США в 1787 р. Становлення єдиної правової системи також відбувалося повільно та було пов'язано з необхідністю розв'язувати концептуальні проблеми.

4

ФІЛОСОФСЬКО-ТЕОРЕТИЧНА (ІДЕОЛОГІЧНА) ОБУМОВЛЕНІСТЬ МЕТОДІВ НАУКОВОГО ПІЗНАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

Система методів наукового пізнання, яка використовується вченими, прямо або опосередковано впливає на право, програмує і аргументуючи його існування. Невдало обрана система методів наукового пізнання права може перетворити його в безсистемну хаотичну сукупність правових норм, яку ми спостерігаємо на сучасному етапі розвитку держави та суспільства.

Наукова теорія набуває цінності тільки тоді, коли вона вписується в цілісну картину світу, є достовірною і загальновизнаною. Тому дуже важливо з'ясувати, в чому полягає ідеологічна обумовленість методів наукового пізнання. Висновки, отримані тільки логічним шляхом, є формальними і нічого не говорять про дійсність.

Досить часто фахівці у сфері кримінального права як галузі, що має безпосередній зв'язок з практикою, до методології ставляться формально. Вона виступає або прикрасою наукових текстів, або є необхідною її частиною при написанні кандидатських і докторських дисертацій.

Методологічним основам наукового пізнання права в юридичній літературі перестали приділяти належної уваги. Дослідження в цій сфері в основному носять мозаїчний, безсистемний характер. Від методологічного плюралізму вчені часто переходять до методологічного анархізму. Не заглиблюючись в ідеологічну сутність методів наукового пізнання права, вони не створюють загального уявлення про методи правової теорії.

Аналізом ідеологічної зумовленості методів наукового пізнання права займалися головним чином радянські вчені: С. С. Алексєєв, Д. А. Керімов, В. П. Казімірчук, Є. А. Лукашова, П. О. Недбайло, М. Ф. Орзіх, П. М. Рабінович, О. М. Січівіца, В. С. Стьопін, М. С. Строгович, В. О. Тененбаум та ін. В незалежній Україні, яка закріпила у своїй Конституції, що жодна ідеологія не може визнаватися державою обов'язковою, займатися цим питанням ста-

ло немодно. Тим часом відсутність офіційного визнання будь-якої ідеології не виключає її існування.

Впродовж усього періоду існування Радянського Союзу методологія юридичної науки була зумовлена виключно марксистсько-ленінською ідеологією, тому в сучасній літературі виділяється кілька підходів щодо методологічних основ кримінального права: 1) критика марксистсько-ленінської ідеології і заснованої на ній методології, яка супроводжується закликами переходу до інших філософських ідей; 2) визнання марксизму єдиною методологічною основою кримінального права (при цьому слід враховувати те, що книжковий марксизм не збігається з уявленнями про нього громадян колишнього Радянського Союзу); 3) поєднання першого і другого підходу, яке виражається в розумному використанні як методів марксизму, так і інших методів, розроблених на сучасному етапі розвитку.

Проаналізуємо кожен з перерахованих підходів окремо.

Критика марксистсько-ленінської ідеології зводиться до того, що за радянських часів створювалася видимість наявності права там, де його немає і бути не може. Так, В. С. Нерсисянц переконаний в тому, що «історія правової та політичної думки радянського періоду — це історія боротьби проти державності і права в їх некомуністичному сенсі і значенні, проти юридичного світогляду, історія заміни правової ідеології ідеологією пролетарською, комуністичною, марксистсько-ленінською, історія інтерпретації установ та встановлень тоталітарної диктатури як «принципово нової» держави і «відмираючих» в міру такого просування до об'єктного майбутнього»¹.

Більш об'єктивною та обґрунтованою здається позиція тих вчених, які, оцінюючи марксистський підхід до держави і права, враховують те, з якою метою К. Маркс висунув свою теорію.

Можна погодитися з тим, що право, згідно з вченням К. Маркса, є всього лише зведеною в закон волею панівного класу. Він дійсно пророкував падіння капіталістичного устрою шляхом революції пригнобленого пролетаріату. Ця революція мала привести до виникнення безкласового суспільства, а держава і право мали «відмерти» через відсутність необхідності підтримувати режим придушення. Як справедливо зауважила В. В. Дудченко, «погляд марксиста спрямований в майбутнє, коли соціальна гармонія буде висловлювати первинне добро, яке закладено в людину, прояв якого не буде знищуватися інститутом приватної власності. Од-

¹ *История политических и правовых учений: учеб. для вузов / под общ. ред. В. С. Нерсисянца. Москва: Изд. группа НОРМА–ИНФРА.М, 1999. С. 641.*

нак такий соціальний рай не може виникнути відразу — звідси отримуємо парадокс у вигляді перехідного — а насправді нескінченного — періоду, коли роль держави, а разом з ним і апарату примусу, непомірно зростає»¹.

Перш ніж перейти до аналізу марксистського підходу до права, необхідно з'ясувати, в чому полягає філософська основа його теорії.

Філософською методологією марксистсько-ленінського вчення є матеріалістичне розуміння історії. Суть «історичного матеріалізму» К. Маркса можна звести до двох аспектів: 1) історизму — твердження про те, що галузь науки про суспільство збігається з галуззю історичного і еволюціоністського методу і, зокрема, історичного пророцтва; 2) еволюціонізм (або «матеріалізм») — твердження про те, що економічна організація суспільства, організація нашого обміну речовин з природою, є фундаментальною для всіх інших соціальних інститутів і, зокрема, для їх історичного розвитку².

Карл Поппер, визначаючи аспекти історичного матеріалізму К. Маркса, не випадково робить акцент на еволюціонізмі, вказуючи матеріалізм в лапках. Ми повністю підтримуємо позицію вченого щодо безглуздості твердження про те, що К. Маркс не визнавав нічого за межами «низинних», або «матеріальних» аспектів людського життя. Як справедливо зауважив К. Поппер, «Маркс любив свободу, справжню свободу (а не гегелівську «дійсну свободу»), і ... дотримувався відомого гегелівського принципу тотожності свободи і духу, бо вірив у те, що ми можемо бути вільними тільки як істоти духовні. У той же час на практиці (як практичний дуаліст) він визнавав, що ми — дух і плоть і досить реалістично вважав плоть фундаментальнішою.... Однак хоча він і визнавав матеріальний світ і його необхідність фундаментальнішими, проте не відчував ніякої любові до «царства необхідності» — як сам називав суспільство, яке знаходиться в полоні власних матеріальних потреб»³.

Карл Маркс показав всьому світу несправедливість і жорстокість необмеженої «капіталістичної системи», яка призводить до парадоксу свободи. Юридично людина вільна, фактично — ні.

У капіталістичному суспільстві робоча сила перетворюється на товар, люди змушені продавати себе на ринку. Така система на-

¹ *Дудченко В. В. Традиція правового розвитку: плюралізм правових вчень: [монографія]. Одеса: Юрид. літ., 2006. С. 228.*

² *Поппер К. Відкрите суспільство та його вороги / пер. з англ. О. Буценка. Київ: Основи, 1994. Т. 2. С. 117.*

³ Там само. С. 113.

гадувала К. Марксу рабство, яке можна подолати тільки за допомогою соціальної революції.

На думку К. Маркса, соціальна революція розвивається за такою схемою: матеріальні умови виробництва плачуть і визрівають до тих пір, поки не вступають в конфлікт з соціальними і правовими відносинами, виростаючи з них, як з одягу, в кінці кінців, розриваючи її. «Тоді, — писав К. Маркс, — настає епоха соціальної революції. Зі зміною економічної основи більш-менш швидко відбувається переворот в усій найвеличнішій надбудові... Нові вищі виробничі відносини ніколи не з'являються раніше, ніж дозрівають матеріальні умови їх існування в надрах самого старого суспільства»¹.

При цьому помилково було б вважати, що марксистки не враховували юридичний, політичний, релігійний, художній або філософський вплив на розвиток суспільства. У своєму зверненні до В. Боргіусу Ф. Енгельс писав: «Політичний, правовий, філософський, релігійний, літературний, художній і т. ін. розвиток заснований на економічному розвитку. Але всі вони також впливають один на одного і на економічний базис. Насправді все зовсім не так, що тільки економічне становище є причиною, що тільки воно є активним, а все інше — лише пасивне слідство. Ні, тут взаємодія на основі економічної доцільності, в кінцевому рахунку, завжди прокладає собі шлях»².

Деякі сучасні мислителі категоричні у своїх висновках щодо вчення К. Маркса. Так, за твердженням О. А. Омельченко, «історичний результат повністю дискредитував вчення (марксизм), яке ще недавно здавалося найважливішим філософським завоюванням світової думки»³.

З такою позицією вчених не можна погодитися. Події, які зараз відбуваються в усьому світі, свідчать про те, що до сих пір всі революції відбуваються під гаслом: «Власність, родина, релігія, порядок!». Як приклад можна навести оцінку червневих подій, які відбулися в 1848 р. в Парижі, зроблену К. Марксом. «Всі класи і партії під час червневих днів згуртувалися в партію порядку проти класу пролетарів — партії анархії, соціалізму, комунізму. Вони «врятували» суспільство від «ворогів суспільства». Вони обрали

¹ Поннер К. Відкрите суспільство та його вороги / пер. з англ. О. Буценка. Київ: Основи, 1994. Т. 2. С. 120.

² Маркс К., Энгельс Ф. Избранные произведения. В 3 т. Т. 3. Москва: Политиздат, 1979. С. 555.

³ Омельченко О. А. История политических и правовых учений. Москва: Эксмо, 2006. С. 516.

паролем для своїх військ девіз старого суспільства: «Власність, родина, релігія, порядок» і підбадьорювали контрреволюційних хрестоносців словами: «Сім перемігши!».... Суспільство виявляється врятованим кожен раз, коли звучується коло його повелителів, коли більш вузькі інтереси беруть гору над більш загальними інтересами. Будь-яка вимога найпростішої буржуазної фінансової реформи, самого шаблонного лібералізму, самого формального республіканізму, самого плоского демократизму одночасно карається як «замах на суспільство» і клеймується як «соціалізм». Під кінець самих верховних жерців «релігії і порядку» стусанами зганяють з їх пифійських триніжків, серед ночі стягують з ліжка, впихають в арештантську карету, кидають до в'язниці або відправляють у вигнання, їх храм порівнюють із землею, їм затикають рот, ламають їх пір'я, рвуть їх закон — в ім'я релігії, власності, сім'ї та порядку. П'яні натовпи солдатів розстрілюють буржуа, які стоять на своїх балконах, — фанатиків порядку, оскверняють їх сімейну святиню, бомбардують для забави їхні будинки — в ім'я власності, сім'ї, релігії і порядку. На довершення всього покидьки буржуазного суспільства утворюють священну фалангу порядку і герой Крапюлінський вступає в Тюльрійський палац як «рятівник суспільства»¹.

Примітним є той факт, що аналогічного сценарію дотримувалися більшовики в Росії, беручи участь у революційних подіях починаючи з 1917 р. Очевидно, подібний сценарій буде повторюватися ще не один раз. Помилка К. Маркса полягала в тому, що егоїзм людини контролювати шляхом знищення приватної власності можна тільки шляхом застосування насильства. Люди за своєю природою недосконалі, багато хто з них не бачать «далі свого носа» і лише деякі намагаються зрозуміти справжню сутність того, що відбувається. Інстинктивно людина прагне бути власником, через те що матеріальна свобода для неї важливіше духовної.

Заслугою К. Маркса і Ф. Енгельса є те, що критика економіки капіталізму і становища робітничого класу в той історичний період була частково врахована політиками і економістами країн Західної Європи. Більш того за весь час існування Радянського Союзу комуністичне суспільство було основним стримуючим фактором негативних проявів капіталізму.

Щодо революційної ролі буржуазії в історії людства К. Маркс писав: «У крижаній воді егоїстичного розрахунку потопила вона

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Избранные произведения. В 3 т. Т. 1. Москва: Политиздат, 1979. С. 431.

священний трепет релігійного екстазу, рицарського ентузіазму, міщанської сентиментальності. Вона перетворила особисту гідність людини в мінову вартість і поставила на місце незліченних подарованих і сприятливих свобод одну безсовісну свободу торгівлі. Словом, експлуатацію, прикриту релігійними і політичними ілюзіями, вона замінила експлуатацією відкритою, безсоромною, прямою, черстою.

Буржуазія позбавила священного ореолу всі роди діяльності, які до тих пір вважалися почесними і на які дивилися з побожним трепетом. Лікаря, юриста, священика, поета, людину науки вона перетворила на своїх платних найманих працівників»¹.

Карл Маркс був реалістом. Його економічний детермінізм і історичне пророцтво мають раціональне зерно. Безперечним є той факт, що К. Маркс і Ф. Енгельс «...поставили соціалізм на міцний фундамент і перетворили його з прекрасної мрії доброзичливих мрійників в предмет серйозної боротьби, довели, що соціалізм є природно-необхідним наслідком економічного розвитку. ...пролетаріату вони дали ясне усвідомлення його історичних завдань...»².

Однак зі своїм завданням пролетаріат не впорався. К. Маркс і Ф. Енгельс не врахували того, що особисті інтереси для людини важливіші громадських. Як справедливо зауважив свого часу Арістотель, «люди дбають більш за все про те, що належить особисто їм; менше піклуються вони про те, що є загальним, або піклуються в тій мірі, в якій це стосується кожного»³.

Гасло «Від кожного за здібностями, кожному за потребами!» призвело до зрівняльно-утриманських відносин. Менше ніж за два роки до розпаду Радянського Союзу в газеті «Правда» два доктори філософських наук Е. Андрєєв і Б. Славик опублікували статтю «Чи повинні розібратися...», в якій змушені були констатувати: «Немає спору і щодо того, що причинами виникнення негативних явищ в нашому суспільстві виступають незацікавленість людей в роботі, їх відчуженість від вирішення загальнодержавних справ, слабка ефективність матеріальних і моральних стимулів»⁴. Вчені помітили появу серйозних симптомів формування в суспільній свідомості розуміння, що за різноманіттям нових проблем і різ-

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Избранные произведения. В 3 т. Т. 1. Москва: Политиздат, 1979. С. 109–110.

² Каутский К. Эрфуртская программа (Комментарий к принципиальной части). Москва: Госполитиздат, 1959. С. 218–219.

³ Аристотель. Политика. Афинская полития / предисл. Е. И. Темнова. Москва: Мысль, 1997. С. 61.

⁴ Андреев Э., Славик Б. Должны разобраться... // Правда. 1989. 2 дек. (№ 336). С. 3.

ними причинами кризових явищ при соціалізмі стоїть найбільш глибока, загальна основа його внутрішнього руху: система громадської організації праці.

Е. Андрєєв і Б. Славик закликали до створення нової ідеології, що відповідає творчому духу марксизму-ленінізму і сучасним реаліям. Вони намагалися пояснити і запобігти шараханням з однієї крайності в іншу: від повної всюдозволеності до тотальної заборони, від надії на голий ентузіазм до абсолютизації ринкових відносин.

Запобігти абсолютизації ринкових відносин не вдалося, найбільш поширеною стала приватна форма власності. Відібрати її у населення і зробити загальною можна тільки за допомогою насильства, зберегти державну і суспільну власність на засоби виробництва можна тільки за допомогою командно-адміністративної системи управління.

К. Маркс і Ф. Енгельс мали рацію в тому, що обстановка в державі і суспільстві залежить від стану економіки. Проте державна і суспільна власність на засоби виробництва є не найкращою її руйнівною силою.

Другий підхід щодо методологічних основ кримінального права зводиться до того, що марксизм є єдиною методологічною основою кримінального права. Так, Н. Ф. Кузнецова пише: «Методологія являє собою систему категорій діалектичного та історичного матеріалізму, що дозволяє досліджувати і практично застосовувати пізнані закономірності, сутність, зміст кримінально-правової боротьби зі злочинністю»¹.

Думка про те, що до марксизму треба, переважно, відноситься як до методу, в літературі є досить поширеною. У відповідь на критику своїх теорій марксистів часто говорять: навіть якщо окремі положення теорій Маркса або деяких його послідовників виявилися помилковими, його метод в цілому залишається незаперечним. Перед нами стоїть завдання з'ясувати чи так це насправді.

Загальновідомо, що методологічну базу марксизму становить історичний матеріалізм. Досить поширеною є думка про те, що К. Маркс зробив переворот у всьому розумінні всесвітньої історії.

Оцінюючи його відкриття для науки, Ф. Енгельс писав: «В основі всіх колишніх поглядів на історію лежало уявлення, що причину всіх історичних змін слід шукати в кінцевому рахун-

¹ Курс уголовного права. Общая часть. Т. 1. Учение о преступлении: учеб. для вузов / под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. Москва: Зерцало-М, 2002. С. 8.

ку в ідеях людей, які змінюються, і що з усіх історичних змін найважливішими, які визначають всю історію, є політичні. Але звідки з'являються у людей ідеї і які рушійні причини політичних змін — про це не замислювалися.... Маркс же довів, що вся попередня історія людства є історією боротьби класів, що у всій різноманітній і складній політичній боротьбі йшлося завжди саме про суспільне і політичне панування тих чи інших класів суспільства, про збереження панування з боку старих класів, про досягнення панування з боку нових, які піднімаються»¹.

На основі подібних роздумів виникла марксистська теорія суспільно-економічних формацій, яка означала послідовну зміну одна одною первіснообщинної, рабовласницької, феодальної, капіталістичної, соціалістичної, комуністичної формацій. Основним критерієм класифікації у формаційному підході є економічні відносини, а все інше називається надбудовою.

Після розпаду СРСР багато з тих, хто дотримувався формаційного підходу, відмовилися від нього і звернулися до пошуку інших теоретичних підходів до історичного процесу. Одним з таких підходів є цивілізаційний підхід.

На відміну від формаційного підходу цивілізаційний вважає, що держави розвиваються по-різному, а не йдуть за загальним шляхом розвитку. У цивілізаційному підході основним критерієм виступає культурний фактор (релігія, світорозуміння, світогляд, історичний розвиток, особливості, які вміщує ландшафт, своєрідність звичаїв та ін.)².

Впродовж ХХ ст. цивілізаційний підхід інтенсивно розроблявся в «противагу» марксистському формаційному підходу. У теперішній же час на Заході даний підхід пережив пік своєї популярності. Тоді як в країнах колишнього Радянського Союзу його рейтинг продовжує зростати.

Вивчаючи історичний розвиток суспільства, не можна обмежуватися розглядом ідейних мотивів людської діяльності і не досліджувати того, чим викликаються ці мотиви, якими матеріальними причинами вони породжуються.

Наукові дослідження в пострадянських державах ґрунтуються головним чином на тому, що люди в більшості випадків є розумними. Таке переконання виникло під впливом марксистсько-ленінської ідеології, суть якої полягала в тому, щоб на основі створення матеріально-технічної бази комунізму, розвитку комуністич-

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Избранные произведения. В 3 т. Т. 3. Москва: Политиздат, 1979. С. 89.

² Типы государства. URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki>.

них суспільних відносин і здійснення культурної революції сформувати нову людську особистість, яка гармонійно поєднує в собі духовне багатство, моральну чистоту і фізичну досконалість¹.

Перехід до ринкової економіки показав, що більшість людей розумними не тільки не є, але і не хочуть бути. Вони більше тяжіють до матеріальних благ, ніж до духовних. З цього випливає, що Ф. Енгельс, підтримуючи матеріалістичне розуміння історії К. Маркса, справедливо зауважив, що кінцеві причини всіх суспільних змін і політичних переворотів треба шукати не в головах людей, не в зростаючому розумінні ними вічної істини і справедливості, а в змінах способу виробництва; їх треба шукати не у філософії, а в економіці відповідної епохи².

Дану істину давно засвоїли і враховують в ході наукових досліджень американські і європейські університети. Так, німецький вчений В. Вайгель доцільним вважає проведення економічної експертизи з метою виявлення економічних наслідків нормативно-правових актів. Основну причину неефективності правових норм він бачить в тому, що правознавство не володіє теорією людської поведінки і економікою впровадження норм³.

При цьому слід враховувати, що методи наукового дослідження також залежать від економічної моделі суспільства. Або ми виходом з того, що окремий індивід завжди стоїть в центрі уваги, а раціональність людини зводиться до прагнення максимізувати отримання задоволення від товарів, якими він володіє, або — в центрі уваги стоїть суспільство, а раціональність людини зводиться до усвідомлення необхідності діяти на благо всього соціуму з метою знайти духовне багатство, моральну чистоту і фізичну досконалість.

Професор С. Ф. Денісов, вивчаючи періодизацію вітчизняної кримінально-правової науки, прийшов до висновку про можливість об'єднання формаційного і цивілізаційного підходів, а також досягнення таким чином необхідної об'єктивності під час дослідження історичного шляху, пройденого людиною⁴.

¹ *Философский словарь* / под ред. М. М. Розенталя. Москва: Полит. лит., 1975. С. 208.

² Маркс К., Энгельс Ф. Избранные произведения. В 3 т. Т. 3. Москва: Политиздат, 1979. С. 147.

³ Вайгель В. Економічний аналіз права: чому він водночас необхідний та спірний // Вісник Львівського університету. Серія юридична. 2007. Вип. 45. С. 34.

⁴ Денісов С. Ф. Періодизація вітчизняної кримінально-правової науки // Актуальні проблеми кримінального права (пам'яті професора П. П. Михайленка). 2014. С. 162.

Об'єднати формаційний і цивілізаційний підходи досить складно. Йдеться про різні підстави періодизації історії, які обираються вченими в залежності від мети і завдань дослідження. Наприклад, М. Е. Котельников у своїй докторській дисертації «Діалектика науки і ідеології в історичному розвитку марксизму (соціально-філософський аналіз)» робить акцент на тому, що «якщо формаційна теорія зорієнтована на логічну процедуру типологізації суспільства шляхом зведення індивідуального до соціального, то цивілізаційний підхід, навпаки, базується на зведенні соціального до індивідуального, визначенні міри соціальності в людині»¹.

Кожний підхід має право на існування, так як: по-перше, жодна теорія не може бути абсолютною; по-друге, вибір того чи іншого підходу залежить від мети і завдань дослідження; по-третє, як справедливо зауважив К. Ясперс², сучасна наука ні до чого не ставиться байдуже, для неї все має науковий інтерес; вона займається одиничним і дрібним, будь-якими фактичними даними як такими.

Що стосується історичного матеріалізму як методу пізнання, запропонованого К. Марксом, то його цілком можна використовувати в ході наукових досліджень. При цьому слід мати на увазі, що, розкриваючи матеріальну обумовленість суспільно-історичного процесу, історичний матеріалізм не заперечує роль суб'єктивного фактора — дій людей, класів, партій, свідомості і організованості мас — і підкреслює їх зворотний, активний вплив на базис, який їх породив. Навряд чи можна заперечити проти твердження К. Маркса про те, що люди самі роблять свою історію, але вони її роблять не так, як їм заманеться, за обставин, що не самі вони обрали, а які безпосередньо є в наявності, надані їм і перейшли від минулого³.

Спираючись на історичний досвід людства, К. Маркс і Ф. Енгельс довели, що науковим і до кінця послідовним матеріалізм може бути, лише ставши діалектичним, а справді науковою діалектикою може бути, лише ставши матеріалістичною. В результаті синтезу навчань матеріалістів і діалектики ідеалістів К. Маркс і Ф. Енгельс розробили матеріалістичну діалектику, засновану на

¹ Котельников М. Е. Диалектика науки и идеологии в историческом развитии марксизма (социально-философский анализ): автореф. дис. ... д-ра филос. наук: 09.00.11 / Котельников Михаил Евгеньевич; Ин-т философии РАН. Москва, 2009. С. 25.

² Ясперс К. Смысл и назначение истории: пер. с нем. Москва: Политиздат, 1991. С. 102.

³ Маркс К., Энгельс Ф. Избранные произведения. В 3 т. Т. 1. Москва: Политиздат, 1979. С. 422.

наступних принципах: 1) загальність розвитку на основі законів переходу кількісних змін у якісні, заперечення заперечення, єдності і боротьби протилежностей; 2) залежність свідомості від буття; 3) практика — як критерій і мета пізнання.

Завдяки матеріалістичній діалектиці: 1) радянське право розглядалося у взаємозв'язку з усіма соціальними відносинами, які існують в суспільстві; 2) розкривалася залежність правових відносин від виробничих відносин (економічних); 3) підкреслювалося, що класові суперечності, що існують в суспільстві, породжують своєрідні функції права (право розглядалося як можливість пануючого класу керувати діями соціальних груп і класів, а також насильно видозмінювати деякі соціальні інститути).

Врахування економіко-матеріалістичної основи права, соціально-класової природи права, а також діалектичного взаємозв'язку права з усіма соціальними відносинами дозволило створити реально діючий механізм реалізації норм права і включити радянське право в єдиний механізм державного регулювання.

Єдиним недоліком марксистського підходу до права є можливість насильницької видозміни деяких соціальних інститутів за допомогою права. На наш погляд, будь-які соціальні зміни мають відбуватися в суспільстві поступово, а право має відповідати потребам як окремо взятої особистості, так і суспільства в цілому. Основною функцією права є забезпечення громадського порядку на підставі принципів гуманізму, справедливості, рівності.

Для більшої об'єктивності слід зазначити, що марксистів можна поділити на дві групи — радикальне і помірковане крило, які в загальних рисах відповідають комуністичній і соціал-демократичній партіям.

Радикальне крило виходило з того, що будь-яка класова влада є диктатурою, отже, досягти справжньої демократії можна тільки шляхом створення безкласового суспільства. Вважалося, що в разі необхідності повалити диктатуру капіталістів можна за допомогою насильства.

Помірковане крило наполягало на тому, що демократія в певній мірі може здійснюватися і в умовах капіталізму, тому соціальну революцію можна провести шляхом мирних і поступових реформ.

Обидва крила сформувалися під впливом вчення К. Маркса, який впродовж життя змінював свою позицію (починав він як радикал, в подальшому став на більш помірковану позицію).

Насильницьке впровадження марксистського підходу до держави і права привів до марної загибелі мільйонів людей. Ми спо-

діваємося, що майбутнє покоління врахує зроблені помилки і не допустить їх повторення.

Що стосується класового підходу до права, то в певному сенсі К. Маркс був правий. Деякі сучасні вчені беруть на себе сміливість і відкрито заявляють про це.

Так, професор Я. Гишинський, відповідаючи на питання: в чиїх інтересах встановлюється кримінальний закон, прийшов до наступних висновків: «Хоча влада всіх країн стверджує, що кримінальний закон охороняє інтереси всіх громадян, в дійсності він в першу чергу служить інтересам правлячої верхівки і лише в другу — інтересам населення»¹.

За словами професора А. Е. Жалінського, при бізнес-парадигмі кримінальне право перетворюється в ресурс, засіб, за допомогою якого можна встановити владу над людиною і розмінити її на компетенцію, повноваження, права, авторитет, вплив, прямі майнові вигоди та ін. Бізнес реалізується як в рамках закону, так і з його порушенням. Але у всіх випадках головним є досягнення власних цілей².

Право (в тому числі і кримінальне право) не повинно, але може і навіть служить інструментом політичної боротьби в руках представників певної соціальної групи. Державний діяч, який прийшов до влади шляхом підкупу виборців (безпосередньо або шляхом фінансування передвиборної агітації), зробить все, щоб повернути і примножити витрачені ресурси. З цією метою він буде відстоювати в першу чергу свої інтереси і інтереси тієї соціальної групи, яка його спонсорувала.

Тому дуже важливо забезпечити громадянське суспільство правовими способами захисту своїх інтересів у тих випадках, коли вони порушуються тими, хто стоїть при владі. При цьому слід пам'ятати, що усвідомлення факту зловживання владою з боку певної соціальної групи не має стати підставою для абсолютизації класового підходу до права.

Ще одним важливим і прогресивним методологічним відкриттям К. Маркса є те, що істотна риса науки полягає не в придбанні знань про минуле, а в передбаченні — майбутнього.

Маючи у своєму розпорядженні фактичну даність можливого майбутнього, можна запланувати еволюцію розвитку суспільства, метою якого є ідеальна людина. Проте історичні події не один раз

¹ Гишинский Я. Уголовное право: кому оно нужно? URL: crimpravo.ru/blog/386.html.

² Жалинский А. Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. Москва: Проспект, 2009. С. 71.

були підтвердженням того, що ідеальна людина, ідеальне суспільство, ідеальна держава можуть існувати лише у фантазії.

Ідею К. Маркса про створення ідеального суспільства, а разом з ним і ідеальної людини К. Ясперс назвав гординою, в якій людина ставить себе над людиною¹. Виникає питання: чи зобов'язана і може наука передбачити майбутнє? На це питання можна відповісти, з'ясувавши значення методу пророцтва К. Маркса для науки.

Щодо пророцтва К. Маркса про пришествя соціалізму в літературі немає єдиної думки. Ми навіть не можемо точно сказати, чи вдалося створити соціалізм в СРСР. Існуючі точки зору з цього приводу можна поділити на кілька груп: перша група авторів вважає, що соціалізм в СРСР існував, але за збігом історичних обставин з'єднався з елементами тоталітаризму і адміністративно-командною системою; друга група авторів переконана в тому, що ідея побудови соціалізму сама по собі утопічна і нереальна; третя група авторів звернула увагу на те, що лад, побудований в СРСР, не мав нічого спільного з марксистським розумінням соціалізму, тому що при ньому не було ні самоврядування трудящих, ні «відмирання» держави, ні громадської (а не державної) власності на засоби виробництва; четверта група авторів вважає, що радянський лад не вийшов за межі капіталізму як способу виробництва і по суті являв собою державно-монополістичний капіталізм².

Безперечно, створити соціалізм у тому вигляді, в якому його розумів К. Маркс, не вдалося, але багато його ідей були реалізовані на практиці. У нього було і залишається багато послідовників, які по-різному інтерпретують розроблене їм вчення. Марксизм можна оцінювати як позитивно, так і негативно, але правда залишається правдою, часткове пророцтво зробити К. Марксу вдалося.

Він мав рацію щодо того, що системі не обмеженого капіталізму не судилося існувати дуже довго. Він мав рацію, вважаючи, що саме «класова боротьба» призведе до перетворення старої економічної системи в нову економічну систему.

Часткове втілення в життя пророцтва К. Маркса дає нам підстави для подальшого використання методу пророцтва, але з урахуванням існування безлічі шляхів історичного розвитку. При цьому слід враховувати, що жодна теорія не може вважатися абсолютною, інакше ми втрачаємо здатність до об'єктивності і са-

¹ Ясперс К. Смысл и назначение истории: пер. с нем. Москва: Политиздат, 1991. С. 200.

² Социализм. URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki>.

мокритики, що в кінцевому підсумку призводить до гальмування процесу розвитку науки.

Примітним є той факт, що однією з причин кризи марксистсько-ленінської ідеології в Радянському Союзі є надмірна її догматизація.

У той час як сам К. Маркс відстоював метод діалектичного розвитку, а основною його метою було створення істинної свободи для більшої частини населення, на основі його теорії в радянських республіках була створена парадигма кримінально-правового придушення. Властивостями даної парадигми були: 1) історичний оптимізм (віра у світле майбутнє, обов'язковою умовою настання якого вважалося знищення «ворогів народу»); 2) відсутність свободи слова (суспільству нав'язуються ідеї, потрібні владі, при цьому воно позбавляється можливості обговорювати їх правоту, наприклад, «марксистське вчення всесильне, тому що воно вірне»).

Парадигма придушення здатна забезпечити порядок у державі і суспільстві лише на певний час ціною колосальних жертв, пом'якшення ж придушення призводить до ліквідації штучно створених бар'єрів, а суспільство виявляється в умовах вседозволеності і хаосу.

Щоб не допустити подібного, жодне вчення не має сприйматися як щось застигле у часі, що не підлягає обговоренню і критиці. В цьому відношенні ми є прихильниками гегелівської діалектики.

Процес розвитку Гегель описав у вигляді тріади: «Лише за цим першим розумовим моментом, коли окреме поняття затверджується у своїй обмеженості як позитивне або істинне (теза), може виявитися другий, негативно-діалектичний, момент — самозаперечення поняття внаслідок внутрішніх суперечностей між його обмеженістю і тієї істиною, яку воно повинно представляти (антитеза), та тоді вже, з руйнуванням цієї обмеженості, поняття примиряється зі своїм протилежним в новому, вищому, тобто більш змістовному, понятті, яке по відношенню до перших двох представляє третій, позитивно-розумний, або власне умоглядний, момент (синтез)»¹.

Фрідріх Енгельс критикував гегелівську діалектику за те, що вона ґрунтувалася на ідеї про розумність всього дійсного. З умовиводу Гегеля про те, що «все дійсне в області людської історії стає згодом нерозумним, воно, отже, нерозумно вже за самою

¹ Гегель, Георг Вільгельм Фридрих. URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki>.

своєю природою, заздалегідь обтяжене нерозумністю; а все, що є в людських головах розумного, призначене до того, щоб стати дійсним, як би не суперечило воно існуючій уявній дійсності», Ф. Енгельс зробив іронічний висновок: «Гідне загибелі все те, що існує»¹. Незважаючи на іронічні висловлювання на адресу деяких положень гегелівської діалектики, загибель радянського ладу, заснованого на марксистсько-ленінській ідеології, є підтвердженням того, що всі громадські порядки, які змінюють одне одного в ході історії, є лише скороминущими ступенями нескінченного розвитку людства.

Однак якщо справедливого світоустрою не існує, якщо не можна дати стовідсоткових гарантій щодо того, що наукові дослідження в майбутньому стануть реальними і призведуть до позитивного результату, то чи є сенс в науці?

На жаль, можливості науки, як і самої людини, обмежені. Зважаючи всі «за» і «проти», людина планує своє життя, намагаючись знайти правильне вирішення поставлених перед ним проблем, але все одно припускається помилок.

Наука йде тим самим шляхом, тільки наслідки помилок носять більш глобальний характер. Наукові пророцтва часто ризикують стати планованою метою, як це було з пророцтвом К. Маркса, і тоді у всіх бідах починають звинувачувати вчених з їх науковим підходом до вирішення життєвих проблем.

Можливо, не варто забувати про те, що справжній учений займається розробкою ідеї з метою створення кращого життя для людей, тоді як втіленням цих ідей займаються люди, які прагнуть отримати максимальну користь для себе, спонукувані нестримним прагненням до життя і влади.

Наукове пророцтво не повинно реалізовуватися за допомогою насильства. Дуже точно з цього приводу висловився К. Ясперс: «Справедливість залишається завданням, що не має остаточного вирішення. Вона не може бути вирішена насильницьким фіксуванням запланованих даних в якості уявного засобу встановлення справедливого миру. Бо там, де немає свободи, неможлива і справедливість»².

З метою мінімізації негативних наслідків використання методу пророцтва в ході наукових досліджень можна дати наступні рекомендації:

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Избранные произведения. В 3 т. Т. 3. Москва: Политиздат, 1979. С. 375.

² Ясперс К. Смысл и назначение истории: пер. с нем. Москва: Политиздат, 1991. С. 202–203.

1) наука пізнає те, що може бути пізнане, але завжди залишається щось, що знаходиться за межами її можливостей;

2) по-справжньому наукова теорія заслуговує на критику, ні одна з них не є абсолютною;

3) цінність має лише те пророцтво, яке може стати загально-значущим;

4) насильство не має бути способом реалізації наукового пророцтва, бо, як свідчать історичні події, це часто загрожує настанням негативних наслідків.

З вищесказаного випливає, що з метою наукового пізнання кримінального права доцільно було б використовувати такі методи: економічний детермінізм, історичний матеріалізм, діалектику і пророцтво. Іншими словами, ми допускаємо можливість використання методів марксизму в поєднанні з іншими методами, розробленими на сучасному етапі розвитку суспільства.

Досліджуючи динаміку кримінального права, не можна оминати увагою процес кримінальної законотворчості. Його сучасний стан та особливості відтворення в Україні дозволяють виокремити декілька проблем, які викликають занепокоєння, оскільки впливають не тільки на якість прийнятих кримінальних законів, а й на подальшу правореалізацію.

Перша найбільш наочна проблема полягає в кількості змін, що вносяться до Кримінального кодексу України. Окремі кримінально-правові норми за часи їх існування з моменту прийняття КК України 5 квітня 2001 р. й до теперішнього часу (1 грудня 2015 р.) змінювалися вже декілька разів, інколи менш ніж з інтервалом в один рік. Таким «славнозвісним» прикладом є зміни ст. 127 КК «Катування», яка зазнавала їх тричі (закони: № 2322-IV від 12 січня 2005 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо посилення правового захисту громадян та запровадження механізмів реалізації конституційних прав громадян на підприємницьку діяльність, особисту недоторканність, безпеку, повагу до гідності особи, правову допомогу, захист)», № 270-VI від 15 квітня 2008 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності», № 1707-VI від 5 листопада 2009 р. «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за злочини з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості»). Окреме місце серед таких прикладів посідає розділ XVII Особливої частини КК «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг», статті якого змінювалися положеннями 13 законів за період з 2008 по 2015 р. Бували дні, коли приймалося два-три закони, які стосувалися Кримінального кодексу, або такі зміни відбувалися день за днем поспіль. Так, наприклад, 12 лютого 2015 р. було прийнято чотири закони, якими вносилися зміни до КК (закони: № 186-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України», № 191-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення умов ведення бізнесу (дерегуляція)», № 194-VIII

«Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за окремі військові злочини», № 198-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції») або 18 червня 2014 р. приймається Закон № 1519-VII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвалідів» та 19 червня 2014 р. Закон № 1533-VII «Про внесення зміни до Кримінального кодексу України щодо кримінальної відповідальності за фінансування сепаратизму».

Цей процес триває, оскільки зберігається підхід законодавця до кримінального закону як до засобу вирішення усіх проблем в державі, майже кожний «негаразд» викликає бажання «поборотися» з ним за допомогою посилення (переважно. — *Прим. авт.*), а інколи (дуже рідко. — *Прим. авт.*) пом'якшення кримінальної репресії. Зміни в КК багато в чому обумовлюються існуючим в нашій державі змішанням правового волюнтаризму, правового фетишизму та правового нігілізму¹. Вчені наголошують на тому, що існує хибна тенденція вирішувати складні економічні, політичні, соціальні, культурні, етнографічні, інформаційні, ідеологічні та інші проблеми сучасного життя шляхом встановлення та посилення кримінальної відповідальності, тобто шляхом застосування Кримінального кодексу України².

В той же час науковці неодноразово звертали увагу, що однією з умов побудови якісного, стабільного та дієвого кримінального закону є заборона внесення змін, наприклад, частіше одного разу на рік³, або взагалі введення «мораторію» на виправлення діючого кримінального законодавства на певний час⁴.

¹ *Навроцкий В. А.* Факторы нестабильности украинского уголовного законодательства // Уголовное право: истоки, реалии, переход к устойчивому развитию: материалы VI Рос. конгр. уголов. права (26–27 мая 2011 г.). Москва, 2011. С. 760.

² *Баулін Ю. В.* Кримінальний кодекс України: сучасний стан та перспективи // Проблеми науки кримінального права та їх вирішення у законотворчій та правозастосовній діяльності: матеріали міжнар. наук-практ. конф., 8–9 жовт. 2015 р. Харків, 2015. С. 8.

³ *Лопашенко Н. А.* Разумная уголовная политика и завтрашний Уголовный кодекс России: идеи и идеалы // Современная уголовная политика: поиск оптимальной модели: материалы VII Рос. конгр. уголов. права (31 мая — 1 июня 2012 г.). Москва, 2012. С. 154–155; *Навроцкий В. А.* Факторы нестабильности украинского уголовного законодательства // Уголовное право: истоки, реалии, переход к устойчивому развитию: материалы VI Рос. конгр. уголов. права (26–27 мая 2011 г.). Москва, 2011. С. 760.

⁴ *Иногамова-Хегай Л. В.* Реалии уголовной политики // Уголовное право:

А. Е. Жалінський вказував, що з методичних та змістовних міркувань слід відмовитися від практики частих змін кримінального закону, які відображають миттєву й навіть інколи розумну реакцію на події. Він наполягав на проектуванні кримінальної правотворчості, що має призвести до оптимально побудованого (наскільки це є можливим) цілісного механізму дії кримінального права¹.

Суспільство та держава зацікавлені, перш за все, в стабільності КК, тобто в його постійності, що свідчить про стійку та прогнозовану кримінально-правову політику держави, дає можливість уповноваженим державним органам та службовим особам належним чином засвоїти положення кримінального закону, сформувані стабільну практику його застосування, а окремим громадянам — ознайомитися зі змістом КК, певним чином контролювати діяльність органів кримінальної юстиції, узгоджувати свою поведінку з вимогами КК тощо².

Іншою пов'язаною з численністю змін, які вносяться до Кримінального кодексу України, є проблема їх хаотичності та безсистемності. Окреме місце серед прикладів таких явищ посідають останні два закони щодо змін в інститут спеціальної конфіскації. Так, 8 жовтня 2015 р. був прийнятий Закон України № 731-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запобігання і протидії політичній корупції», основним завданням якого, згідно з пояснювальною запискою до нього, є зменшення ризиків політичної корупції шляхом внесення комплексних змін до законодавства України у сфері фінансування політичних партій та передвиборної агітації, у тому числі шляхом встановлення ефективних, пропорційних та дієвих санкцій за порушення у сфері фінансування партій та передвиборної агітації³. Цим законом вносилися зміни до переліку злочинів, за які передбачена спеціальна конфіскація, шляхом вказівки на ст. 159¹ КК «Порушення порядку фінансування політичної партії, передвиборної агітації, агітації з всеукраїнського або місцевого референдуму», яка надавалась

истоки, реалии, переход к устойчивому развитию: материалы VI Рос. конгр. уголов. права (26–27 мая 2011 г.). Москва, 2011. С. 433.

¹ *Жалинский А. Э.* Уголовное право в эпоху перемен: ситуация обновления // Уголовное право: истоки, реалии, переход к устойчивому развитию: материалы VI Рос. конгр. уголов. права (26–27 мая 2011 г.). Москва, 2011. С. 431.

² *Баулін Ю. В.* Предпосылки перехода уголовного права к устойчивому развитию // Уголовное право: истоки, реалии, переход к устойчивому развитию: материалы VI Рос. конгр. уголов. права (26–27 мая 2011 г.). Москва, 2011. С. 406.

³ *Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запобігання і протидії політичній корупції.* URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=55653.

в новій редакції. Закон набрав чинності 26 листопада 2015 р. шляхом публікації в офіційному виданні «Голос України» від 25 листопада 2015 р. № 221-222¹.

В той же день, 26 листопада 2015 р., набирає чинності Закон України від 10 листопада 2015 р. № 770-VIII «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо вдосконалення інституту спеціальної конфіскації з метою усунення корупційних ризиків при її застосуванні», яким також вносяться зміни до переліку злочинів, за які передбачена спеціальна конфіскація. Цим переліком ст. 159¹ КК вже не передбачена².

На перший погляд може скластися хибне враження, що цілі, які були поставлені перед законом від 8 жовтня 2015 р. № 731-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запобігання і протидії політичній корупції», вже досягнуті, хоча ми розуміємо, що єдиною причиною такої ситуації є неузгодженість дій законодавця та відсутність обґрунтованого підходу до процесу законотворчості.

Причини такої нестабільності вітчизняного кримінального законодавства різноманітні. Деякі з них випливають ще з часів розробки та прийняття діючого Кримінального кодексу, інші виникли вже після набрання ним чинності 1 вересня 2001 р.

Так, В. О. Навроцький зазначає, що КК України 2001 р. виявився «сирим», оскільки готувався без належно сформульованої концепції реформування кримінального законодавства. Крім того, незважаючи на багаторічну підготовчу роботу, завершення кодифікації відбулося в умовах поспіху. В самому КК відсутні такі стабілізуючі фактори, як термінологічний розділ, не передбачений особливий порядок внесення змін та доповнень в цей особливий закон (наприклад, не частіше одного разу на рік), не було чіткого співвідношення між загальними та спеціальними нормами, тощо³.

Прийняття КК випередило прийняття багатьох базових законів країни — Цивільного, Господарського, Податкового кодексів, досі

¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запобігання і протидії політичній корупції: Закон України від 8 жовт. 2015 р. № 731-VIII // Голос України. 2015. 25 листоп. (№ 221-222).

² Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо вдосконалення інституту спеціальної конфіскації з метою усунення корупційних ризиків при її застосуванні: Закон України від 10 листоп. 2015 р. № 770-VIII // Голос України. 2015. 25 листоп. (№ 221-222).

³ Навроцький В. А. Факторы нестабильности украинского уголовного законодательства // Уголовное право: истоки, реалии, переход к устойчивому развитию: материалы VI Рос. конгр. уголов. права (26–27 мая 2011 г.). Москва, 2011. С. 760.

не прийнятого Трудового кодексу. Це призвело до неузгодженості їх положень, що унеможливило правильне їх застосування. Так, КК 2001 р. передбачав кримінальну відповідальність за привласнення знайденого скарбу (ст. 193 КК в редакції до прийняття Закону України № 270-VI від 15 квітня 2008 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності»), тоді як Цивільним кодексом України від 16 січня 2003 р., який набрав чинності з 1 січня 2004 р., за загальним правилом встановлювалася правомірність одержання у свою власність скарбу особою, яка виявила його (ст. 343 ЦК)¹. Таким чином, з 1 січня 2004 р. по 7 травня 2008 р. (дата набрання чинності законом № 270-VI від 15 квітня 2008 р.), майже 4,5 року, одне й те ж саме діяння визнавалося правомірним та злочинним, що відбулося через порушення логіки прийняття законів — спочатку слід врегулювати певні відносини, а потім їх охороняти шляхом встановлення певних заборон.

Подібна неузгодженість має місце й при визначенні такої підстави звільнення від відбування покарання з випробуванням, що застосовуються до жінок, які мають дітей віком до семи років (ст. 79 КК), яка передбачає звільнення тільки жінки за наявності в неї дитини відповідного віку на строк, на який згідно з законом її може бути звільнено від роботи до досягнення дитиною семирічного віку. Тоді як Закон України «Про відпустки» від 15 листопада 1996 р. № 504/96-ВР передбачає можливість використання відповідної відпустки також батьком дитини, бабою, дідом чи іншими родичами, які фактично доглядають за дитиною, або особою, яка усиновила чи взяла під опіку дитину, та одним із прийомних батьків (ч. 3 ст. 18)².

Перелік факторів, що дестабілізують кримінальний закон від початку його існування, можна продовжувати, тому слід зробити висновок, що ціла низка змін КК була об'єктивно обумовлена необхідністю усунення виявлених недоліків.

Не можна оминати увагою при аналізі чинників, що дестабілізують кримінальне право та законодавство, вплив міжнародно-правових зобов'язань України. Підписання міжнародних актів та взяття на себе обов'язку імплементувати їх в чинне законодавство часто призводить до суттєвих змін існуючої правової системи, визнаних принципів права та правозастосовного досвіду.

¹ Цивільний кодекс України: прийнятий Законом України від 16 січ. 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40–44. Ст. 356.

² Про відпустки: Закон України від 15 листоп. 1996 р. № 504/96-ВР // Відомості Верховної Ради. 1997. № 2. Ст. 4.

Під час прийняття будь-якого закону, яким вносяться зміни до Кримінального кодексу України, в пояснювальній записці до законопроекту завжди зазначається, що ці закони необхідно прийняти задля приведення національного законодавства у відповідність до світових стандартів та вимог. Але, крім того, за роки існування КК України (2001–2015) було прийнято 8 законів, в назвах яких безпосередньо відображаються ті міжнародні акти або зобов'язання України, на приведення у відповідність з якими спрямовані саме ці зміни. До них належать закони: 1) від 24 травня 2007 р. № 1071-V «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо боротьби з ядерним тероризмом у зв'язку з ратифікацією Міжнародної конвенції про боротьбу з актами ядерного тероризму»; 2) від 31 травня 2007 р. № 1111-V «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо правової охорони інтелектуальної власності стосовно виконання вимог, пов'язаних із вступом України до СОТ»; 3) від 18 квітня 2013 р. № 221-VII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією»; 4) від 18 квітня 2013 р. № 222-VII «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України»; 5) від 14 травня 2013 р. № 228-VII «Про внесення змін до статті 263¹ Кримінального кодексу України у зв'язку з приєднанням України до Протоколу проти незаконного виготовлення та обігу вогнепальної зброї, її складових частин і компонентів, а також боєприпасів до неї, який доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності»; 6) від 23 травня 2013 р. № 314-VII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності юридичних осіб»; 7) від 21 лютого 2014 р. № 746-VII «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції»; 8) від 13 травня 2014 р. № 1261-VII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України».

Хоча деякі зауваження викликають майже всі ці закони¹, необхідно зупинитися на тих, які призводять до суттєвих змін в доктрині кримінального права, в першу чергу. До них відносяться: 1) Закон України № 314-VII від 23 травня 2013 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності юридичних осіб»; 2) Закон України № 222-VII від 18 квітня 2013 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України»; 3) Закон України № 1261-VII від 13 травня 2014 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України».

Фактично ці закони пов'язані між собою дуже тісно, оскільки законом № 1261-VII від 13 травня 2014 р. вносилися зміни в положення КК, запроваджені як законом № 314-VII від 23 травня 2013 р., так й законом № 222-VII від 18 квітня 2013 р.

Процес внесення та закріплення в КК України положень щодо застосування заходів кримінально-правового впливу до юридичних осіб був непростим та ці положення вже неодноразово зазнавали змін. Так, введення відповідного інституту було передбачено Законом України № 314-VII від 23.05.2013 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності юридичних осіб»² шляхом доповнення Загальної частини КК України розділом XIV¹ «Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб». Набрати чинності цей розділ мав з 1 вересня 2014 р. Але 27 квітня 2014 р. набирає чинності Закон України «Про забезпечення прав та свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України», яким вносяться зміни до попереднього закону,

¹ Балобанова Д. О. Щодо новел кримінально-правового регулювання безпеки поведінки з вогнепальною зброєю // Актуальні проблеми кримінальної відповідальності: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., 10–11 жовт. 2013 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків, 2013. С. 419–422.

² Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності юридичних осіб: Закон України від 23 трав. 2013 р. № 314-VII // Голос України. 2013. 22 черв. (№ 116).

як редакційні, так й зміна дати набрання ним чинності — 27 квітня 2014 р.¹

Й, нарешті, 13 травня 2014 р. приймається Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» (набрав чинності 4 червня 2014 р.)², яким новий розділ XIV¹ «Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб» суттєво змінюється.

Необхідно проаналізувати значення цих новел для доктрини кримінального права України. Оскаржувати доцільність введення інституту заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб не має сенсу, оскільки це викликано сучасними політичними тенденціями (входження до європейського співтовариства *de facto* та *de jure* вимагає виконання тих вимог, які ставляться Європейським Союзом, приведення законодавства у відповідність до поставлених вимог тощо, про що прямо вказується в пояснювальній записці до проекту цього закону — «метою проекту Закону є виконання рекомендацій експертів Європейської Комісії щодо удосконалення положень антикорупційного законодавства, наданих у рамках переговорів щодо лібералізації ЄС візового режиму для України»³), хоча уявляється, що протидіяти різним проявам незаконної діяльності юридичних осіб можна з більшим успіхом за допомогою заходів цивільно-правового (штрафні санкції) та адміністративного характеру (тимчасове призупинення діяльності, ліквідація юридичної особи та ін.), які, до речі, вже передбачені діючим законодавством України. Але проблеми, пов'язані з тлумаченням норм кримінального закону та практикою їх застосування, безсумнівно, виникли.

По-перше, у КК України ніяк не визначається статус юридичних осіб як учасників кримінальних правовідносин. Не внесені зміни в розділ IV Загальної частини «Особа, яка підлягає кри-

¹ Про забезпечення прав та свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України: Закон України від 15 квіт. 2014 р. № 1207-VII // Відомості Верховної Ради України. 2014. № 26. Ст. 892.

² Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України: Закон України від 13 трав. 2014 р. № 1261 // Голос України. 2014. 3 черв. (№ 105).

³ Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України»: від 25 трав. 2014 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50403.

мінальний відповідальності (суб'єкт злочину)»: у ст. 18 КК, як і раніше, мова йде про суб'єкта злочину як про фізичну особу. Так само й положення Кримінального процесуального кодексу України 2012 р. «розраховані» тільки на фізичних осіб, які вчинили злочини. Ні в якому іншому нормативно-правовому акті не закріплюється (та й не може бути закріплена) процедура притягнення до кримінальної відповідальності та застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру, навіть відмінних від покарання.

По-друге, в доктрині кримінального права не переглянуті положення щодо принципів кримінального права, в першу чергу, галузевих (спеціальних), які також «зорієнтовані» на фізичну особу як суб'єкта злочину (принцип особистої (індивідуальної) відповідальності особи, яка вчинила злочин; принцип винної відповідальності та ін.). Не вирішено питання про можливість колективної кримінальної відповідальності, яка вже багато років після сумних історичних подій відкидається наукою та практикою як на законодавчому, так й на правозастосовному рівнях.

По-третє, крім цих загальних положень, які викликають занепокоєння через втрату логічних системно утворюючих зв'язків між Загальною та Особливою частинами КК, всередині самих цих частин, можна висловити зауваження й щодо окремих положень Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України».

Так, при встановленні кримінально-правової заборони «пропозиції», «обіцянки» надати неправомірну вигоду або їх прийняття (ст. ст. 368, 368³, 368⁴, 369, 369² КК України) порушується така підстава криміналізації, як урахування можливостей системи кримінальної юстиції в протидії тим або іншим формам антигромадської поведінки, оскільки кримінальний закон може бути практично функціональний і досить ефективний лише в тому випадку, якщо всі передбачені нормою ознаки складу злочину нормально доказові. Поки дії того, хто пропонує неправомірну вигоду, та того, хто її обіцяє прийняти, не знаходять будь-якого зовнішнього виразу, тобто поки сторони не досягли хоча б домовленості про вчинення зазначених дій (готування до злочину), можна вести мову тільки про вияв наміру або так званий «голий умисел», які не є стадією вчинення злочину та не тягнуть за собою кримінальну відповідальність. Виключення з цього правила становить вчинення діянь особливої суспільної небезпечності (наприклад, публічні заклики

до насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або до захоплення державної влади (ч. 2 ст. 109 КК), погроза вбивством (ст. 129 КК), публічні заклики до вчинення терористичного акту (ст. 258² КК) та деякі інші), які не можна порівнювати з пропозицією/обіцянкою надати/отримати неправомірну вигоду за тією шкодою, яку вони завдають. Крім того, законодавець закріпив для них таку ознаку, як «публічність», що дозволяє встановлювати та фіксувати їх законними способами. Окрім цього вбачається й порушення вимог пеналізації, оскільки аналізовані діяння передбачені в одній частині із закінченими даванням/отриманням неправомірної вигоди, що передбачає застосування однієї й тієї ж санкції, а також віднесення всіх цих діянь до однієї категорії злочинів за ступенем тяжкості, передбаченим ст. 12 КК.

Законом України № 222-VII від 18 квітня 2013 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України»¹ були внесені зміни в розділ XIV Загальної частини КК, який отримав назву «Інші заходи кримінально-правового характеру» та в який був запроваджений такий «інший захід», про необхідність законодавчого визначення якого писалося протягом багатьох років, як спеціальна конфіскація. *De facto* інститут спеціальної конфіскації існував й в Кримінальному кодексі 1960 р. (ст. 80 «Порушення правил про валютні операції», ст. 80¹ «Приховування валютної виручки», ст. 161 «Незаконне полювання» тощо), й в КК 2001 р. (ст. 201 «Контрабанда», ст. 204 «Незаконне виготовлення, зберігання, збут або транспортування з метою збуту підакцизних товарів», ст. 244 «Порушення законодавства про континентальний шельф України» тощо). Але настав час закріпити його легально, що й було зроблено законом № 222-VII від 18 квітня 2013 р. Згідно зі ст. 96¹ КК у її первинній редакції під спеціальною конфіскацією розумілося примусове безоплатне вилучення за рішенням суду у власність держави грошей, цінностей та іншого майна за умови вчинення злочину у випадках, передбачених в Особливій частині Кримінального кодексу. Таке визначення спеціальної конфіскації викликало певні зауваження через те, що обмежувало її застосування «випадками, передбаченими в Особливій частині цього

¹ Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України: Закон України від 18 квіт. 2013 р. № 222 // Відомості Верховної Ради України. 2014. № 11. Ст. 131.

Кодексу», в той час як ст. 96-2 КК «Випадки застосування спеціальної конфіскації» значно розширювала їх коло¹.

Але редакція, запропонована законом № 1261-VII від 13 травня 2014 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України»², виявилася ще більш алогічною, оскільки вона обмежувала можливість застосування спеціальної конфіскації тільки за злочини, передбачені ст. ст. 354, 364, 364¹, 365², 368–369² розділу XVII Особливої частини КК. Тобто ми знову повернулися до ситуації, коли в санкціях багатьох статей Особливої частини КК (ст. ст. 201, 203, 203-1, 203-2, 204, 209, 229 та ін.) фактично була передбачена спеціальна конфіскація, але формально вона нею не є тому, що законодавець обмежив визначення спеціальної конфіскації.

Нарешті 10 листопада 2015 р. був прийнятий Закон України № 770-VIII «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо вдосконалення інституту спеціальної конфіскації з метою усунення корупційних ризиків при її застосуванні»³, яким положення щодо розбіжностей між легальним визначенням спеціальної конфіскації в нормах Загальної частини КК та її наявністю в окремих нормах Особливої частини КК були частково усунені шляхом виключення відповідних вказівок у санкціях ст. ст. 201, 209, 301, 305, 306, 354, 361, 361¹, 361², 362, 363¹, 364, 364¹, 365², 368, 368², 368³, 368⁴, 369, 369² КК, але в той же час можливість спеціальної конфіскації залишається у ст. ст. 176, 177, 203¹, 203², 204, 216, 229, 239¹, 239², 240, 244, 246, 248, 249, 300, 321¹, 332, 332¹, 334 КК.

Крім того, продовжує викликати здивування нова редакція переліку злочинів, за вчинення яких передбачена спеціальна кон-

¹ Балобанова Д. О. Впровадження інституту інших заходів кримінально-правового характеру як тенденція сучасної динаміки кримінального права // Заходи кримінально-правового впливу: проблеми нормативної регламентації та ефективності застосування: матеріали Всеукр. наук.-практ. конф., Одеса, 7 лют. 2014 р. / відп. ред. С. В. Ківалов; редкол.: В. Д. Берназ, Є. Л. Стрельцов, Н. А. Орловська. Одеса, 2014. С. 66–68.

² Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України: Закон України від 13 трав. 2014 р. № 1261 // Голос України. 2014. 3 черв. (№ 105).

³ Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо вдосконалення інституту спеціальної конфіскації з метою усунення корупційних ризиків при її застосуванні: Закон України від 10 листоп. 2015 р. № 770-VIII // Голос України. 2015. 25 листоп. (№ 221-222).

фіскація. Якщо можна зрозуміти відповідне вилучення грошей, цінностей, іншого майна при вчиненні злочинів, передбачених ст. ст. 146–150¹, 190–192, 198, 201, 209–212¹, 222, 233, 255–260, 301–320 КК, то що буде підлягати вилученню при вчиненні, наприклад, злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності особи (ст. ст. 152–156 КК)? Чому в цьому переліку немає інших злочинів проти власності, окрім шахрайства (ст. 190 КК), привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем (ст. 191 КК), заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою (ст. 192 КК), придбання, отримання, зберігання чи збуту майна, одержаного злочинним шляхом (ст. 198 КК)? Якщо через те, що таке майно підлягає поверненню законному власникові, тоді й в передбачених злочинах може бути аналогічна ситуація.

Не можна визнати беззаперечним й наступне положення закону № 1261-VII від 13 травня 2014 р.: «спеціальна конфіскація застосовується також у разі, коли особа не підлягає кримінальній відповідальності у зв'язку з недосягненням віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, або неосудністю, або звільняється від кримінальної відповідальності чи покарання з підстав, передбачених цим Кодексом, крім звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності» (ч. 3 ст. 96² КК). Якщо застосування спеціальної конфіскації, як іншого заходу кримінально-правового характеру, при недосягненні віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, або неосудності, тобто за відсутності належного суб'єкта злочину, а отже й складу злочину як єдиної підстави кримінальної відповідальності (ч. 1 ст. 2 КК), ще можна порівняти із застосуванням примусових заходів виховного характеру (ч. 2 ст. 97 КК) та примусових заходів медичного характеру (ч. 2 ст. 19, п. 3 ч. 1 ст. 93 КК), то звільнення особи від кримінальної відповідальності скасовує її реалізацію в будь-яких формах, що виключає й застосування спеціальної конфіскації. Крім того, виникає питання: чому при впливі строків давності застосування спеціальної конфіскації виключається, а за інших підстав звільнення від кримінальної відповідальності є можливим?

Критично оцінюючи результати законотворчої діяльності вітчизняного законодавця та аналізуючи досвід уже чотирнадцятирічного функціонування Кримінального кодексу України, який був прийнятий 5 квітня 2001 р. та набрав чинності з 1 вересня 2001 р., можна все ж таки стверджувати, що за минулі роки він пройшов в основному перевірку на міцність і довів свою здатність

вирішувати основні завдання протистояння злочинності, яка змінила свої характеристики (поява нових видів суспільно небезпечних діянь (кіберзлочини, економічні, екологічні злочини), транснаціональний, організований характер багатьох суспільно небезпечних проявів тощо). Але поряд з цим, ті зміни та доповнення, яких він зазнав та продовжує зазнавати, не можна охарактеризувати однозначно (не всі з них є доцільними, виправданими та такими, що відповідають правилам законодавчої техніки), як такі, що коливаються в руслі двох напрямів «гуманізація — репресія».

Концептуальні основи чинного кримінального законодавства базуються на відмові від переваги охорони державних інтересів, врахування класового розуміння поняття злочину і означають поворот до визнання пріоритетності інших цінностей, пов'язаних з гуманістичним підходом до захисту безпеки особистості, охорони прав і свобод громадян, затвердження ринкових економічних та інших соціальних відносин. КК України 2001 р. зафіксував у своїй структурі і змісті більшості норм Загальної та Особливої частин ідеологічний поворот від переважаючого кримінально-правового захисту державних інтересів, інших проявів тоталітарної організації громадського устрою до висунення на перше місце задач охорони визнаних міжнародним співтовариством прав і свобод людини і громадянина, безпеки особи, недоторканності житла, власності, таємниці особистих відносин, свободи політичних, релігійних та інших переконань. Цей поворот знайшов своє відображення в концептуальних основах Кримінального кодексу, в побудові його структури, встановленні пріоритетних завдань та засобів кримінально-правового впливу: «Кримінальний кодекс України має своїм завданням правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від злочинних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання злочинам. Для здійснення цього завдання Кримінальний кодекс України визначає, які суспільно небезпечні діяння є злочинами та які покарання застосовуються до осіб, що їх вчинили» (ст. 1 КК). При побудові Особливої частини в ієрархії суспільно небезпечних посягань перше місце відводиться забороні посягань на життя і здоров'я громадян, на їх майнові інтереси, на недоторканність особи. Разом з тим очевидно, що зазначене переміщення пріоритетів у виборі об'єктів кримінально-правового захисту і конструюванні системи їх ієрархії не повинно вести до зниження ефективності державної протидії злочинності. Конституційний статус громадян може бути в повній мірі забезпечений

тільки авторитетними державними органами, які володіють необхідними правовими інструментами у вигляді кримінального законодавства та здатні дати адекватну відповідь злочинним проявам. Ця вимога проявилася в тому, що першим розділом Особливої частини КК України залишається розділ «Злочини проти основ національної безпеки», крім того, особлива увага посяганням на державні інституції приділена в розділах XIV «Злочини у сфері охорони державної таємниці, недоторканності державних кордонів, забезпечення призову та мобілізації», XV «Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян та злочини проти журналістів», XVIII «Злочини проти правосуддя», XIX «Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини)», не забуваючи про окремі посягання, передбачені в інших розділах КК України. Ефективна протидія злочинності вимагає наступності, використання всіх можливостей кримінально-правових заборон, санкцій та інших засобів кримінально-правового та кримінально-процесуального впливу для попередження і припинення злочинних посягань.

Загальне посилення кримінально-правової охорони безпеки особистості знайшло своє вираження в створенні майже кожного року нових складів злочинів та підвищенні рівня відповідальності за їх вчинення шляхом прийняття відповідних законів: 1) «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо посилення правового захисту громадян та запровадження механізмів реалізації конституційних прав громадян на підприємницьку діяльність, особисту недоторканність, безпеку, повагу до гідності особи, правову допомогу, захист)» від 12 січня 2005 р. № 2322-IV; 2) «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо вдосконалення відповідальності за торгівлю людьми та втягнення в заняття проституцією» від 12 січня 2006 р. № 3316-IV; 3) «Про внесення змін до статей 155 та 156 Кримінального кодексу України щодо відповідальності за розбещення неповнолітніх» від 25 вересня 2008 р. № 600-VI; 4) «Про внесення змін до статей 304 та 323 Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за злочини проти сім'ї та дітей» від 1 жовтня 2008 р. № 616-VI; 5) «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо використання дитини для жебракування» від 15 січня 2009 р. № 894-VI; 6) «Про внесення змін до Кримінального та Сімейного кодексів України щодо усиновлення» від 4 червня 2009 р. № 1452-VI; 7) «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за злочини

з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості» від 5 листопада 2009 р. № 1707-VI; 8) «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо протидії розповсюдженню дитячої порнографії» від 20 січня 2010 р. № 1819-VI; 9) «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності особи» від 1 червня 2010 р. № 2295-VI; 10) «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за неналежне виконання обов'язків стосовно охорони життя та здоров'я дітей, а також за зловживання опікунськими правами» від 23 вересня 2010 р. № 2556-VI; 11) «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення відповідальності за порушення законодавства про захист персональних даних» від 2 червня 2011 р. № 3454-VI; 12) «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо злочинів проти волі, честі та гідності особи» від 5 липня 2011 р. № 3571-VI; 13) «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвалідів» від 18 червня 2014 р. № 1519-VII.

Ця тенденція у розвитку кримінального законодавства викликана, зокрема, об'єктивною необхідністю реагувати на кількісне зростання обсягу злочинних проявів, зміною якісної характеристики кримінальної злочинності в бік переважання насильницьких посягань та інших злочинів підвищеної суспільної небезпеки, поширеності особливо цинічних проявів низинної мотивації багатьох злочинів. Судова статистика свідчить, що в 2011 р. кількість розглянутих справ з постановленим вироком тільки про злочини проти життя та здоров'я особи, не враховуючи інші посягання на особистість, становила 7,7 % від загальної кількості справ, в 2012 р. — 7,3 %, в 2013 р. — 13,7 %, в 2014 р. — 12,6 %¹. Аналогічна ситуація спостерігається й в інші роки.

У КК України оцінка ступеня суспільної небезпеки діяння визначається, перш за все, властивостями самого діяння, а потім характеристикою суб'єкта, який його вчинив. Такий підхід обумовлений встановленням законом категорій злочинів та критеріїв їх суспільної небезпеки (ст. 12 КК), намаганням скоротити «розрив» між верхньою і нижньою межами санкцій у більшості складів злочинів, насиченням диспозицій більшості складів кваліфікуючими ознаками об'єктивної сторони злочину, які розширюють коло злочинних діянь (криміналізують їх) і підсилюють відповідальність за їх вчинення. Так, наприклад, 2 червня 2011 р. був прийнятий

¹ Аналітичні огляди щодо стану здійснення правосуддя. URL: http://www.court.gov.ua/sudova_statystyka.

Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення відповідальності за порушення законодавства про захист персональних даних», яким була розширена диспозиція ст. 182 КК України за рахунок таких видів діянь, як незаконне знищення конфіденційної інформації про особу або незаконна зміна такої інформації, підвищений розмір штрафу за такий злочин (замість «до 50 неоподаткованих мінімумів доходів громадян (далі — н.м.д.г.)» встановлено «від 500 до 1000 н.м.д.г.»), введена кваліфікуюча ознака — заподіяння істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам особи¹. Законом України № 4838 від 24 травня 2012 р. «Про внесення змін до статті 292 Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за втручання в роботу об'єктів трубопровідного транспорту» була розширена диспозиція ст. 292 КК України за рахунок таких видів діянь, як незаконне втручання в роботу технологічного обладнання, доповнений перелік предметів цього злочину, суттєво підвищений розмір штрафу (замість «до 100 н.м.д.г.» встановлено «від 100 до 1000 н.м.д.г.»)².

З прийняттям діючого КК України законодавець намагався провести послідовну диференціацію відповідальності за ступенем суспільної небезпеки злочинних діянь. Ідея встановити класифікацію злочинів за допомогою ознаки їх караності неоднозначно сприймається вітчизняними вченими. Одні автори класифікацію злочинів за санкціями відповідних статей КК вважають помилкою законодавця³. Інші погоджуються з такою класифікацією з застереженням. Так, Л. М. Кривоченко зазначає, що така класифікація прийнятна лише за умови, що санкції статей Особливої частини відповідатимуть об'єктивній суспільній небезпечності злочинів⁴. Зрозуміло, що досягти цього дуже важко — загальновідомо, що караність злочинів, так само як й їх визначеність в цілому, сьогодні встановлюється за кон'юнктурою, політичними чинниками,

¹ *Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення відповідальності за порушення законодавства про захист персональних даних*: Закон України від 2 черв. 2011 р. № 3454 // Відомості Верховної Ради України. 2011. № 50. Ст. 549.

² *Про внесення змін до статті 292 Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за втручання в роботу об'єктів трубопровідного транспорту*: Закон України від 24 трав. 2012 р. № 4838 // Відомості Верховної Ради України. 2013. № 15. Ст. 114.

³ *Чубарев В. Л.* Тяжесть преступного деяния: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / Валентин Леонидович Чубарев; КНУ им. Т. Шевченко. Київ, 1992. С. 10—11.

⁴ *Кривоченко Л. М.* Класифікація злочинів за ступенем тяжкості у Кримінальному кодексі України. Київ: Юрінком Інтер, 2010. С. 46—48.

особистими уподобаннями і оцінками, а не на основі об'єктивних чинників, що неодноразово відзначалося в літературі¹.

В той же час ніякого іншого загальноприйнятого критерію поділу злочинів на певні види за їх суспільною небезпечністю крім санкцій статей КК у теорії не запропоновано і цей підхід є абсолютно логічним, хоча й вимагає від законодавця зваженого підходу до формулювання не тільки диспозицій норм кримінального закону (ознак складів злочинів), а й санкцій.

Традиційно в основу класифікації покладался найбільш суворий вид покарання — позбавлення волі. Але Законом України № 4025 від 15 листопада 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності»² було передбачено, що критерій визначення ступеня тяжкості злочину має охоплювати також найм'якший вид покарання — штраф. І хоча ч. 6 ст. 12 КК вказує, що «ступінь тяжкості злочину, за вчинення якого передбачене одночасно основне покарання у виді штрафу та позбавлення волі, визначається виходячи зі строку покарання у виді позбавлення волі, передбаченого за відповідний злочин», видається абсурдним, коли одночасно особливо тяжким злочином визнається, наприклад, умисне вбивство (ст. 115 КК) та зайняття гральним бізнесом (ст. 203³ КК).

Хоча не слід забувати, що диференціація кримінальної відповідальності забезпечується не тільки категоризацією злочинів, але й вказівкою на кваліфікуючі обставини, ознаками ієрархії у визначенні ступеня суспільної небезпеки злочинних діянь у структурі самого КК, вираженої в послідовності викладу змісту його розділів.

Проблема категоризації злочинів набула нової якості з прийняттям 13 квітня 2012 р. Кримінального процесуального кодексу України³, який передбачив поділ кримінальних правопорушень на злочини та кримінальні проступки. Для доктрини кримінального права ця ідея не є новою та досліджувалася такими вченими, як П. П. Андрушко, В. І. Борисов, Г. Б. Віттенберг, М. М. Дмитрук, М. Д. Дурманов, Л. М. Кривоченко, Г. А. Кригер, Н. Ф. Кузнецова,

¹ *Хавронюк М. І.* Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. Київ: Істина, 2004. С. 98—109.

² *Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності*: Закон України від 15 листоп. 2011 р. № 4025 // Відомості Верховної Ради України. 2012. № 25. Ст. 263.

³ *Кримінальний процесуальний кодекс України*: прийнятий Законом України від 13 квіт. 2012 р. № 4651 // Голос України. 2012. 19 трав. (№ 90—91).

Н. А. Мирошниченко, В. О. Навроцький, М. С. Таганцев, В. О. Туляков, П. А. Фефелов, В. Ф. Фефілова, П. Л. Фріс, М. І. Хавронюк та ін.

Вже досить давно вчені пропонують об'єднати кримінальне законодавство та законодавство про адміністративні правопорушення «під однією обкладинкою Кримінального кодексу», хоча немає єдності думок щодо зовнішнього вираження цієї сукупності норм: чи слід говорити про окремих нормативних актів (Кодекс кримінальних проступків)¹, або це має бути самостійна частина в чинному КК України 2001 р., поряд з існуючими Загальною та Особливою частинами², або у разі, якщо у статті Особливої частини КК України кримінальний проступок межує із злочином, пропонується в першій частині статті КК передбачити склад кримінального правопорушення як кримінального проступку, у другій частині статті КК — основний склад злочину, наступні частини можуть містити опис кваліфікованих складів злочинів³. Останній підхід видається некоректним через те, що порушується правило законодавчої техніки, за яким частини перші відповідних статей Особливої частини КК містять основні склади злочинів, а частини другі та подальші — кваліфіковані (особливо кваліфіковані) склади злочинів, а оскільки не всі статті КК будуть містити склади проступків, виникне плутанина.

На думку прихильників введення інституту кримінальних проступків до кримінального законодавства України, його запровадження дасть можливість комплексно застосовувати весь арсенал засобів (норм) протидії публічно-правовим деліктам, проводити гнучку кримінальну політику, забезпечити наповнення новим змістом ідеї кримінально-правового попередження, більш зважено вирішуватимуться питання криміналізації та декриміналізації. Ці-

¹ Фріс П. Л. Питання запровадження інституту карної провини // Основні напрямки розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 11–12 жовт. 2012 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків, 2012. С. 186–192.

² Навроцький В. О. Кримінальний кодекс України 2001 р.: підсумки та перспективи: Інтернет-вид. «Юриспруденція on-line» опубліковано 21.05.2006 р. URL: <http://www.lawyer.org.ua/?w=r&i=13&d=673>; Хавронюк М. І. Концепцією визначено: адміністративні проступки, кримінальні проступки, злочини. Навстав час розмежувати // Основні напрямки розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 11–12 жовт. 2012 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків, 2012. С. 182–186.

³ Дмитрук М. М. Кримінальний проступок: правова природа та ознаки: монографія. Одеса: Юрид. літ., 2014. С. 161.

кавим є факт, виявлений опитуванням експертів, проведеним Луганським державним університетом внутрішніх справ ім. Е. О. Дідоренка спільно з луганським місцевим осередком громадської організації «Всеукраїнська асоціація кримінального права», про те, що відсутність закону про кримінальні проступки не дозволяє ефективно використовувати ресурси правоохоронних органів для проведення якісного розслідування кримінальних правопорушень на думку більшості практичних працівників (МВС — 72 %: так — 43 %, скоріше так аніж ні — 29 %; прокуратура — 83 %: так — 50 %, скоріше так аніж ні — 33 %; суд — 83 %: так — 33 %, скоріше так аніж ні — 50 %) та меншості науковців (ВНЗ, НДІ — 40 %: так — 20 %, скоріше так аніж ні — 20 %)¹. Крім того, навіть Головне науково-експертне управління Верховної Ради України виказує думку щодо відсутності «нагальної необхідності у запровадженні інституту кримінальних проступків»².

До категорії кримінальних проступків за законодавством України, відповідно до Концепції реформування кримінальної юстиції України, затвердженої Указом Президента України від 8 квітня 2008 р. № 311/2008, мають бути віднесені:

1) окремі діяння, які за чинним КК України відносяться до злочинів невеликої тяжкості і які у відповідності з політикою гуманізації кримінального законодавства будуть визнані законодавцем такими, що не мають значного ступеня суспільної небезпеки;

2) діяння, передбачені чинним Кодексом України про адміністративні правопорушення, що мають судову юрисдикцію і не є управлінськими (адміністративними) за своєю суттю (дрібне хуліганство, дрібне розкрадання і т. п.)³.

М. М. Дмитрук розширив перелік діянь, які пропонується віднести до кримінальних проступків, за рахунок:

1) неуправлінських проступків, які посягають на найважливіші цінності, проте заподіювана ними шкода є не істотною, зокрема,

¹ Карчевський М. В. Ефективність кримінально-правового регулювання в Україні: інформаційно-аналітичні матеріали за результатами опитування експертів / МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка. Суми, 2015. С. 32.

² Висновок Головного науково-експертного управління Верховної Ради України від 21.02.2014 р. на проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо запровадження інституту кримінальних проступків» № 3438 від 17.10.2013 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=48706.

³ Про рішення Ради національної безпеки та оборони України від 15.02.2008 р. «Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів»: затв. Указом Президента України від 8 квіт. 2008 р. № 311/2008 // Урядовий кур'єр. 2008. 17 квіт. (№ 72).

передбачені ст. ст. 44, 51, 51-2, ч. ч. 1–2 ст. 104, 173, ч. 2 ст. 173-2, 180, 181-1, 185, 185-9, 185-10 КУпАП;

2) злочинів невеликої тяжкості, основним безпосереднім об'єктом яких є здоров'я, майно, психіка, безпека, проте їм заподіюється незначна злочинна шкода, у зв'язку із чим вказані діяння за об'єктом посягання володіють невисоким ступенем суспільної небезпеки;

3) злочинів невеликої та окремих злочинів середньої тяжкості, основним безпосереднім об'єктом яких є суспільні відносини у сфері регуляції певних правил (охорона праці, сфера господарської діяльності, безпека руху та експлуатації транспорту тощо), а обов'язковим додатковим об'єктом є здоров'я, майно, психіка, безпека тощо (переважно норми з бланкетними диспозиціями. — *Прим. авт.*)¹.

Отже, підсумовуючи все вищевикладене, можна зазначити, що сучасний процес кримінальної законотворчості в Україні характеризується наступними особливостями, тісно пов'язаними між собою:

1) надмірною та необґрунтованою кількістю змін, що вносяться до Кримінального кодексу України;

2) безсистемністю та хаотичністю зазначених змін;

3) неузгодженістю змін та взагалі тексту КК України з іншими нормативно-правовими актами, які повинні утворювати єдину систему;

4) наявністю міжнародно-правових зобов'язань України, що викликає необхідність імплементувати відповідні положення до законодавства України, але цей процес відбувається без врахування єдності кримінального законодавства, теорії кримінального права та практики їх застосування;

5) тенденцією до загального посилення кримінально-правової охорони безпеки особистості, яка знайшла своє вираження в створенні майже кожного року нових складів злочинів та підвищенні рівня відповідальності за їх вчинення;

6) введенням нових для законодавства, але не для науки кримінального права, інститутів (кримінальні проступки, спеціальна конфіскація, заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб).

¹ Дмитрук М. М. Кримінальний проступок: правова природа та ознаки: монографія. Одеса: Юрид. літ., 2014. С. 119.

6

ПРИВАТНОПРАВОВІ ЗАСАДИ (ДИСПОЗИТИВНІСТЬ) В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ, ДОКТРИНИ ТА ЗАКОНОДАВСТВІ (КОНЦЕПТУАЛЬНИЙ ПІДХІД)

Зацікавленість проблематикою приватноправових засад у кримінальному праві України останніми роками значно зросла. Це обумовлено зниженням ефективності існуючих кримінально-правових заходів у протидії злочинності та необхідністю переосмислення співвідношення традиційного публічного карального підходу та акцесорного приватноправового. Відомо, що кримінальне право «зросло» з приватного переслідування за злочини/проступки до публічного від імені держави, а відтак питання про обсяг дискреції приватних осіб у сфері кримінальної юстиції з огляду на рівень політико-правової думки, місце та роль приватної особи в системі об'єктів кримінально-правової охорони залишається актуальним.

За своєю сутністю приватноправові елементи кримінального права не є новелою діючого Кримінального кодексу України. Незважаючи на ймовірну дискусійність поняття та змісту диспозитивності в кримінальному праві з огляду на традиційний підхід визначення кримінального права як галузі публічного права, заперечити її існування в цілому складно. Згадане насамперед мотивоване концептом дихотомічного поділу права на публічне та приватне та поєднання у галузях права елементів кожного з них.

Публічна інтервенція держави у кримінальну сферу є особливо помітною в аспекті вирішення питання про притягнення до кримінальної відповідальності та звільнення від неї, призначення відповідної міри покарання, звільнення від відбування покарання тощо. Гіпертрофована публічність у кримінальному праві України з огляду на статистичні показники рівня злочинності в Україні з часів проголошення незалежності свідчить про її невисокий регулятивний потенціал, а отже, і про низьку ефективність.

За останні декілька років збільшився приватноправовий (диспозитивний) обсяг кримінального законодавства (а також і кримі-

нального процесуального законодавства), надаючи приватним особам (потерпілим, третім особам) окреслену законом міру вільного волевиявлення на прийняття кримінально значущих рішень. Отже, передумови для удосконалення та розширення приватних засад у кримінальному праві створено, втім залишається все ще відкритим питання про їх раціональний обсяг та коефіцієнт ефективності.

У багатьох європейських країнах кримінальне законодавство має звужений публічний характер за рахунок поширення приватноправових механізмів, які дозволяють значно посилити ефективність кримінально-правового регулювання. Оскільки права та інтереси осіб визнані найвищою соціальною цінністю, то реалізація їх волевиявлення заснована на нормах кримінального закону, сприятиме ефективнішому захисту їх прав та свобод у рамках системи кримінальної юстиції.

У зв'язку із цим дослідження феноменології приватних засад у кримінальному праві, будучи актуальним та обґрунтованим, дозволить дійти теоретичних висновків щодо їх змісту, місця та ролі у кримінальному праві, прослідкувати динаміку, окреслити можливий розвиток *de lege ferenda*.

Доповнення механізму кримінально-правового регулювання приватноправовими елементами, що надають окреслену законом свободу на прийняття кримінально значущих рішень, дають змогу, зокрема, враховувати інтерес приватних осіб при вирішенні питання про притягнення або відмову від притягнення до кримінальної відповідальності, звільнення від кримінальної відповідальності, забезпечення індивідуалізації покарання, звільнення від відбування покарання. Формалізація та оптимізація балансу між публічними та приватними засадами у кримінальному праві, створення чіткої межі між публічними та приватними інтересами дозволять з більшою ефективністю досягати цілей кримінального законодавства, зокрема захисту прав осіб, часткового розвантаження системи правоохоронних органів.

Приватноправові (диспозитивні) засади у традиційних галузях публічного права не оминалися увагою науковців за різних періодів.

У сфері кримінальної юстиції дорядянського періоду характерним було дослідження приватних та публічних засад у правовому регулюванні (М. В. Духовський, П. І. Люблінський, С. В. Познішев, Г. С. Фельдштейн, І. Я. Фойницький та ін.).

За радянського періоду про приватний характер кримінального права фактично мова не йшла. Точніше, науковці розвинули

певний критицизм приватних аспектів галузей соціалістичного/комуністичного права на користь їх публіцизації (М. М. Агарков, А. Г. Гойхбарг, К. Д. Кавелін, С. А. Муромцев, І. Г. Наумов, Є. Б. Пашуканіс, В. М. Савицький, М. С. Строгович та ін.), хоча окремі аспекти диспозитивності продовжували залишатися у фокусі наукового інтересу ряду дослідників-процесуалістів (В. П. Божьєв, В. М. Бояринцев, І. М. Гальперін, М. М. Полянський, А. М. Ципкін та ін.).

Після розпаду СРСР питання приватних засад у праві, зокрема у сфері кримінальної юстиції, набуло свого подальшого розвитку. Втім процесуальне кримінальне право стало розвиватися стрімкіше, аніж матеріальне кримінальне право, і саме тому про приватні засади (диспозитивність) писали знову ж таки процесуалісти (О. С. Олександров, С. О. Касаткіна, П. А. Кругліков, Л. М. Масленнікова, І. Л. Петрухін, О. А. Седаш та ін.).

Розуміючи змістовну синонімічність приватних засад та диспозитивності, науковці останніх двох десятиліть також охочіше оперують терміном «диспозитивність», хоча заміна терміна у сучасний період не змінила того, що наукові роботи з приводу сутності диспозитивності традиційно належать до кримінально-процесуальної сфери (С. Л. Дерев'янкін, М. О. Ноздріна, В. В. Навроцька).

Проте у вітчизняній науці кримінального права проблематика приватноправових засад ще не була предметом спеціального комплексного дослідження, а в періодиці кримінально-правова диспозитивність зачіпається опосередковано. Тематика диспозитивних норм, звуження публічно-правового регулювання за рахунок поширення приватних елементів зачіпаються опосередковано в рамках досліджень поняття потерпілого та його ролі у сфері кримінальної юстиції (наприклад, Ж. В. Мандриченко, Т. І. Присяжнюк, М. В. Сенаторов, В. О. Туляков та інші). Окремо слід назвати дослідження В. А. Єлеонського, І. Е. Звечаровського, Г. О. Усатого, П. В. Хряпінського, присвячені заохочувальним або компромісним нормам кримінального права, які у цілому мають диспозитивні ознаки.

У Росії цій тематиці присвячено більше уваги як на монографічному рівні (О. В. Сумачьов, Е. Л. Сидоренко та М. А. Карабут), так і в періодиці.

В цілому більшість літературних джерел з окресленої проблематики ґрунтується на ідеї амбівалентності кримінального права, тобто дихотомічного поєднання публічних та приватних (диспозитивних) засад, публічних та приватних інтересів. Втім багато аспектів приватних засад у кримінальному праві не мають належ-

ного теоретичного обґрунтування в літературі, залишаються недостатньо дослідженими, що може бути наслідком дискусійності проблематики, тобто теоретичне дослідження приватних засад в українському кримінальному праві є актуальним, необхідним та нагальним.

Кримінальне право як галузь матеріального права містить у собі переважно публічно-правові елементи та певні окремі приватноправові (диспозитивні) елементи, що у своєму поєднанні формують відносно ефективний механізм кримінально-правового регулювання. Диспропорція публічних та приватних засад у кримінальному праві є динамічною з огляду на історичну ретроспективу та сучасні тенденції. Диспозитивні елементи кримінального права, втілені, зокрема, у диспозитивних нормах, дозволяють неспецифічно для кримінального права врегулювати відносини між сторонами кримінально-правового конфлікту. За термінологією І. Я. Фойницького, ці елементи є «приватними засадами» у праві¹.

Приватноправові засади, що проникли у кримінально-правову матерію, здебільшого пов'язані з урахуванням волі/інтересу потерпілого, що має юридичне значення та впливає на підставу та міру кримінальної відповідальності. У сучасний період розвитку правової думки при характеристиці приватних засад у сфері кримінальної юстиції автори, мабуть, за прикладом процесуалістів здебільшого використовують термін «диспозитивність» як синонім «приватноправових засад». У цілому жодної термінологічної конфронтації у цьому не вбачається, адже, дійсно, «приватноправові засади» відображають підставу появи «диспозитивності» у писаному праві, а без «диспозитивності» як способу втілення «приватноправових засад» вони не знаходили б свого втілення. Отже, фактично можна говорити про співвідношення «приватноправових засад» та «диспозитивності» як синонімічних, що змістовно-формально відображають місце приватного інтересу у кримінально-правовому регулюванні.

Спектр сучасних поглядів на наявність, необхідність, життєздатність та ефективність поширення приватних засад у праві є різноманітним, утім домінуючою є точка зору про їх перспективність для сфери кримінальної юстиції. Одні автори, спостерігаючи перспективність приватних засад для кримінально-правового регулювання, висловлюються про їх розширення у сфері кримінальної юстиції. Так, Ю. В. Баулін та Л. В. Головкин одностайні щодо наявного відходу від класичного реагування держави на злочин

¹ Фойницький І. Я. Курс уголовного судопроизводства. В 2 т. Т. 1. Санкт-Петербург: Альфа, 1996. С. 11.

та необхідності розвитку інших форм реагування держави на злочин¹. Т. І. Присяжнюк визначає, що однією із сучасних тенденцій розвитку галузей кримінального циклу є звуження публічної та розширення приватноправової складової у кримінально-правовому та кримінально-процесуальному регулюванні. Навіть «Енциклопедія кримінального права» згадує про наявність приватноправових елементів в ареалі кримінального права². С. Г. Келіна, будучи прибічником приватних засад, втім робить ремарку про їх неординарність та неможливість їх безконтрольного поширення та застосування³. В. О. Туляков влучно підкреслює, що парадокс сучасної публічно-правової доктрини полягає у поступовому розмиванні публічності, у поверненні резюмування примата індивідуального, особистого, приватного над державним, публічним, суспільним; або ж пошуку балансу рівноважного захисту приватних та публічних інтересів⁴.

Буде справедливим також сказати, що суттєве посилення приватних засад спостерігається не тільки у кримінальному законодавстві України, але й у кримінальному законодавстві країн СНД⁵. Більше того, гуманізація кримінального законодавства в аспекті поширення приватноправових засад — звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням сторін, медіація, а також інші елементи «відновного правосуддя», збільшення меж необхідної оборони — видається однією із глобальних тенденцій⁶. Правова презумпція *jus publicum privatorum pactis mutari non potest* (публічне право не може бути змінено за угодою приватних осіб) має у цих аспектах кримінального права виключення, що стає підтвердженням іншої презумпції — *non est regula quin fallat* (немає правил без виключень)⁷.

¹ Баулін Ю. В. Звільнення від кримінальної відповідальності: монографія. Київ: Атіка, 2004. С. 11.

² Энциклопедия уголовного права. Т. 1. Понятие уголовного права / [Г. Ю. Лесников, Н. А. Лопашенко, Ю. Е. Пудовочкин и др.]; под ред. В. Б. Малинина. Санкт-Петербург: Изд. проф. Малинина, 2005. С. 491.

³ Курс российского уголовного права. Общая часть / под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова. Москва: СПАРК, 2001. С. 640.

⁴ Туляков В. А. Уголовный кодекс для потерпевших // Новітні наукові дослідження держави і права: зб. наук. пр. / за ред. С. В. Ківалова, В. О. Тулякова, О. В. Козаченка. Миколаїв, 2011. Т. 1. С. 13–15.

⁵ Михайлов В. И. Обстоятельства, исключающие преступность деяния, в уголовном законодательстве стран СНГ. URL: <http://megabestref.ru/03/dok.php?id=0093>.

⁶ Додонов В. Н. Сравнительное уголовное право. Общая часть: монографія. Москва: Юрлитинформ, 2009. С. 11–17.

⁷ Анощенко С. В. Уголовно-правовое учение о потерпевшем. Москва: Волтерс Клувер, 2006. С. 73–74.

Синтезуючи вказані погляди у сфері наявності та поширення приватних засад кримінального права, слід погодитися з думкою А. В. Залозного про те, що проблематика юридичних можливостей потерпілого впливати на підставу та міру кримінальної відповідальності умовно складається з двох основних питань:

1) чи допустимо враховувати волю потерпілого при визначенні законодавцем підстав кримінальної відповідальності особи, винної в порушенні прав та законних інтересів іншої особи та охоронюваних законом інтересів суспільства;

2) чи є доцільним забезпечення у кримінальному законодавстві впливу потерпілого на міру кримінальної відповідальності¹.

Вирішення цих питань насамперед пов'язано з роллю потерпілого у кримінальному праві, оскільки в останньому спостерігається очевидна нормативна економія щодо цієї проблематики.

Наявність приватних засад у кримінальному праві, що базуються на врахуванні волі потерпілого, та її вплив на підставу, умови та міру кримінальної відповідальності іде у розріз із традиційною класичною кримінальною доктриною, сприйманням покарання як найбільш ефективної реакції на злочинне діяння, визначенням об'єкта злочину як суспільного відношення, реалізацією кримінальної відповідальності в рамках охоронних кримінально-правових відносин тощо.

Ефективність та спроможність подальших наукових досліджень у цій сфері є неможливою без перспективного реформування існуючих та введення до кримінального законодавства деяких нових категорій. У протилежному випадку обґрунтування присутності та ефективності приватних засад у праві, їх удосконалення буде вочевидь важким завданням.

Диспозитивність як правова категорія була, залишається і, з великою вірогідністю, залишиться актуальним предметом дослідження науковців.

Термін «диспозитивність», незважаючи на широку загальноживаність та сучасну актуалізацію, в рамках наукових досліджень залишається на повною мірою дослідженим. Цікавим є також той факт, що змістовних загальноправових досліджень категорії диспозитивності автором дослідження не виявлено. Про диспозитивність у загальноправовому аспекті йдеться при характеристиці: 1) поділу права на публічне та приватне; 2) відповідних особливостей, норм окремої галузі права; 3) або лише обходиться конфірмацією наявності такої в законодавстві. Для подальшого

¹ Залозный А. В. Современные проблемы учения о потерпевшем // Вестник Самарского государственного университета. 2006. № 10/3 (50). С. 143.

обґрунтування змісту диспозитивності у кримінальному праві необхідно звернутися спочатку до основоположної теорії права.

Дослідження релевантної наукової літератури свідчить про те, що питання існування та співвідношення приватного та публічного права цікавили науковців регулярно і за різних історичних епох, проте їх безпосереднє втілення у правовому матеріалі зазвичай зводилося до безпосередньої ілюстрації конкретними прикладами диспозитивних та імперативних норм галузевого законодавства в аспектах *de lege lata* та *de lege ferenda*¹.

Упродовж XIX — початку XX ст. робилися перші спроби наукового осмислення поділу права на публічне та приватне, підстав такого поділу, обґрунтування у зв'язку із цим віднесення перших галузей права до винятково публічних або приватних. Так, виключно до сфери публічного права професор І. Нейман зарахував кримінальне право, розрізняючи в цілому загальне (публічне) право та приватне (цивільне). На його думку, охорона безпеки в державі є справою всього суспільства, відповідно і правила, що передбачають розсуд діянь її порушуючих, хоча б і злочини були вчинені проти особи або власності однієї особи, мали предметом відносини поєднаних у державі людей у ціле суспільство, а не тільки відносини між собою як приватними особами. За цим кримінальні закони становлять частину публічного права². Дещо пізніше М. С. Таганцев розкритикував позицію І. Неймана та підкреслив, що кримінальна відповідальність призначається в інтересах суспільних, але з виключеннями³. На такого роду виключення звертав увагу і сучасник І. Неймана П. А. Фейербах, включаючи до приватноправової сфери приватні права особи від деліктів (злочинів), на прикладі приватної сатисфакції у разі крадіжки, зґвалтування або спричинення вагітності жінки (стосовно Німеччини)⁴.

Диспозитивність в українському праві, як уже зазначалося, досліджено вибірково, і в основному у взаємозв'язку з відповідним галузевим поділом права. Значний обсяг наукових робіт із приводу сутності диспозитивності належить до сфери цивільно-правової, цивільно-процесуальної, кримінально-процесуальної (з певною

¹ Герваген Л. Л. На чем основано разделение права на публичное и частное, гражданское? Петроград: Тип. М. А. Александрова, 1915. С. 1–23.

² Нейман И. Е. Начальные основания уголовного права. Санкт-Петербург: Тип. Иос. Иоаннесова, 1814. С. 3–4.

³ Таганцев Н. С. Неправда гражданская и неправда уголовная // Уголовное право (общая часть). Ч. 1. По изданию 1902 года. § 22. URL: <http://www.al-pravo.ru/library/doc101p0/instrum105/print761.html>.

⁴ Фейербах П. А. Уголовное право. Санкт-Петербург: Мед. тип., 1810. С. 1.

історією наукових досліджень). Проблематиці інституту диспозитивності присвячено теоретико-правове дослідження російського автора О. Ю. Глухової¹.

Заслужують на увагу деякі сучасні дослідження приватних засад у галузях права, що іманентно сприймаються як публічні², зокрема і у кримінальному праві³. Слушно із цього приводу вказав А. В. Сапій, що вивчення методу правового регулювання у сфері кримінального права потребує додаткового дослідження⁴, адже у цій сфері в Україні взагалі відсутні монографічні роботи, а в періодиці зачіпаються лише опосередковано⁵. У цілому більшість літературних джерел з окресленої проблематики ґрунтується на ідеї амбівалентності кримінального права, тобто дихотомічного поєднання публічних та приватних засад.

У доктринальних джерелах диспозитивність розуміється виключно широко, що відображає багатозначність цієї категорії. У залежності від наукової позиції вона розглядається і як принцип, і як метод, і як основоположна засада діяльності, і як ознака одного з різновидів юридичних норм, і як суб'єктивне право, і як юридичний режим, і як ідеологічний фактор, що зумовлює розвиток законодавства⁶.

Сутність диспозитивності як прояву приватних засад у праві, уявляється, є дійсно багатогранною, може бути зведеною умовно до трьох компонентів. Тож слід звернутися предметно до поняття та сутності диспозитивності.

Термін «диспозитивність» є похідним від латинського іменника *dispositio*, що означає «розпорядження», та за компілятивним тлумаченням ряду енциклопедичних словників⁷ означає:

¹ Глухова О. Ю. Інститут диспозитивності в праві: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Тамбов. гос. ун-т ім. Г. Р. Державина. Тамбов, 2009. 219 с.

² Дорохин С. В. Деление права на публичное и частное (конституционно-правовой аспект): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / Моск. гос. ун-т ім. М. В. Ломоносова, юрид. фак. Москва, 2002. 182 с.

³ Сумачев А. В. Публичность и диспозитивность в уголовном праве: монография. Москва: Юрист, 2003. 331 с.

⁴ Сапий А. В. Развитие понятия «Метод правового регулирования» в общей теории права // Закон и право. 2008. № 1. С. 47–49.

⁵ Навроцька В. В. Диспозитивність у визначенні порядку та способів відшкодування завданої злочином шкоди при звільненні від кримінальної відповідальності // Вісник Львівського університету. Серія юридична. 2006. Вип. 42. С. 339–347.

⁶ Дёмин А. В. Диспозитивные нормы налогового права (общие подходы и отраслевая специфика) // Современное право. 2009. № 8. С. 1. URL: <http://ko-teh.ru/component/content/article/63/10698.html>.

⁷ Юридический энциклопедический словарь. Москва: Сов. энцикл., 1984. С. 85.

а) в теорії права сутнісну характеристику, особливість методу правового регулювання, що застосовується в різних галузях права як матеріальних, так і процесуальних;

б) властивість норми права щодо встановлення правила поведінки, яке конкретизується та уточнюється за згодою сторін правовідносин або за вибором суб'єкта права;

в) принцип (засаду), що передбачає вільне розпорядження стороною об'єктом процесу, тобто матеріальним правом, та можливість розпоряджатися процесуальними засобами захисту.

Згадані три компоненти цілком органічно вписуються в юридичну конструкцію юридичного режиму правового регулювання, або інакше «правового режиму», як відокремленого комплексу юридичних засобів, що виникають для досягнення певної мети.

Дослідження Е. Л. Сидоренко та М. А. Карабута привели їх у цілому до справедливого висновку, що диспозитивність у кримінальному праві можна визначити як юридичний режим правового регулювання, обумовлений специфікою кримінальних правовідносин у сфері реалізації приватних інтересів потерпілого, та ґрунтується на особливих принципах, засобах та методах¹.

Втім не можна погодитися з обґрунтуванням авторами цієї позиції, оскільки вони вважають, що визначення диспозитивності як принципу правового регулювання не є безумовним. Крім того, на їхню думку, не слід розглядати диспозитивність як метод правового регулювання. При розумінні під ним «засобу розширення приватних засад у праві» оминається підстава застосування цього засобу. Між тим саме підставою і є, на їхню думку, диспозитивність². З огляду на основоположні теоретичні положення з приводу дихотомії права, наявності первинних типів та методів правового регулювання, класифікації норм, видається, що дослідження диспозитивного правового режиму є неможливим, якщо оминати такі його елементи, як принцип, метод та норму. Крім того, цього вимагає основоположна теорія права.

Основним позитивним моментом позиції згаданих авторів є акумулювання змісту диспозитивності ємним терміном, що відображає його системний контент.

О. В. Сумачов, аналізуючи диспозитивність як системне явище, без використання згаданого юридичного конструкту, більш точно та наглядно з правової точки зору проілюстрував елементи диспозитивності у кримінальному праві. З нашої точки зору, ці

¹ Сидоренко Э. Л., Карабут М. А. Частные начала в уголовном праве. Санкт-Петербург: Юрид. Центр Пресс, 2007. С. 23.

² Там само. С. 21–23.

позиції не є суперечливими і варто проілюструвати це надалі в рамках авторського наративу.

Правовий вплив на суспільні відносини, зокрема і кримінально-правові, здійснюється на основі певних принципів, певного методу правового регулювання — імперативного та диспозитивного, на підставі окремих правових норм. Як підкреслює О. Пакус, усім галузям права тією чи іншою мірою притаманні публічний та диспозитивний методи регулювання, втілені у принципи¹. Згадані методи/принципи мають загальний, або універсальний характер, можуть бути на розсуд законодавця скомбіновані у позитивному законодавстві для досягнення правопорядку, що буде свідчити про ефективність відповідного механізму правового регулювання. Безпосереднім втіленням певного методу/принципу у праві є зміст окремої правової норми. Адже будь-яка правова норма — це владний припис, веління держави; у той же час вона дає суб'єктам відомо альтернативну можливість вибору варіантів поведінки у межах закону². У цьому сенсі, слушно продовжує О. В. Сумачов, наявність альтернативних варіантів поведінки передбачає можливість вибору, а вибір — відмову від одного та віддання переваги іншому варіанту акту поведінки. При цьому відмова від певного варіанта поведінки не повинна тягти для суб'єкта права негативних правових наслідків. Останнє є свого роду гарантією можливості вибору суб'єктом права передбаченого законом варіанта поведінки³.

Таким чином, змістом диспозитивності як правового режиму в загальному вигляді є певна свобода дій суб'єкта щодо розпорядження своїми матеріальними або процесуальними правами у певній сфері. У такому разі для диспозитивності як категорії характерними стають такі ознаки, що у своїй сукупності становлять її формулу:

формально-юридична рівність суб'єктів правовідношення;
існування варіантів поведінки серед тих, що передбачені законом (вибірковість);

опція вибору варіанта поведінки належить суб'єкту правовідношення (автономія волі та правова ініціативність);

¹ Пакус О. Правопорядок как единство публичного и диспозитивного интересов // *Философия права*. 2006. № 3 (19). С. 87.

² Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права: курс лекций. Москва: Юрист, 1999. С. 356.

³ Сумачев А. В. Диспозитивность в уголовном праве: теоретико-прикладной анализ: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08 / Урал. гос. юрид. акад. Екатеринбург, 2006. С. 21.

гарантованість вибору поведінки без негативних наслідків для суб'єкта права.

Згадане є цілком наочним на прикладі диспозитивної норми як специфічної норми кримінального права, яка надає формально-юридично рівним суб'єктам права можливість самим вирішувати питання про об'єм та характер своїх прав та обов'язків (суб'єкт права може реалізувати своє певне право або утриматися від його реалізації на власний розсуд без негативних наслідків), а за відсутності такої домовленості вступає в дію альтернативний припис, що в ній міститься.

Погоджуючись з окресленими О. В. Сумачовим¹ концептуальним та інструментальним підходами до визначення сутності диспозитивності, окремо слід зазначити, що в цілому вони є ланками системного підходу до розуміння змісту диспозитивності. Крім того, на наше переконання, концептуальний підхід у загальному вигляді дозволяє розглянути диспозитивність як принцип кримінального права.

Приватноправові засади у кримінальному праві є динамічним явищем. Дослідити втілення цієї керівної ідеї дозволяє інструментальний підхід, визначаючи спосіб реалізації цієї засади в рамках тріади: принципу диспозитивності, диспозитивного методу правового регулювання та фінальне їх втілення у відповідних диспозитивних нормах. О. Пакус з цього приводу зазначає, що всім галузям права тією чи іншою мірою притаманні публічний та диспозитивний методи регулювання, втілені у принципи². Таким чином, приватноправові засади в рамках системного та інструментального підходу втілені як диспозитивний правовий режим (що об'єднує диспозитивні принцип, метод та норму), а отже фактично співвідносяться як зміст і форма. Для дослідження приватноправових засад такий інструментально-формальний підхід, на нашу думку, є адекватним та виправданим. Обумовлено це тим, що сутнісні ознаки, зокрема, диспозитивного методу правового регулювання є відносно статичними.

Багатоаспектність поняття «диспозитивність» як правового режиму у кримінальному праві зумовлює необхідність детального розгляду її змісту (сутності). Для виявлення змісту диспозитивності у праві слід поступово та більш детально зупинитися на

¹ Сумачев А. В. Диспозитивность в уголовном праве: теоретико-прикладной анализ: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08 / Урал. гос. юрид. акад. Екатеринбург, 2006. С. 24.

² Пакус О. Правопорядок как единство публичного и диспозитивного интересов // *Философия права*. 2006. № 3 (19). С. 87.

характеристиках кожної з граней розуміння сутності диспозитивності в рамках системного підходу. Врешті-решт, це уможливить виявлення елементів змісту диспозитивності та їх взаємозв'язку у кримінальному праві.

В юридичній літературі термін «юридичний режим правового регулювання» або інакше «правовий режим», запропонований С. С. Алексєєвим¹, знайшов своє закріплення, в основному, на рівні курсів з теорії держави і права. Найбільш вдале, як здається, визначення правового режиму належить М. І. Матузову та О. В. Малько². Так, правовий режим — це особливий порядок правового регулювання, який має вираження у певному поєднанні юридичних засобів та який створює бажаний соціальний стан та конкретний ступінь сприятливості чи несприятливості для задоволення інтересів суб'єктів права. І далі, слід погодитися з С. С. Алексєєвим, що передусім правовий режим можна розглядати як «укрупнений блок» у загальному арсеналі правового інструментарію, що поєднує в єдину конструкцію певний комплекс правових засобів. Із цієї точки зору, ефективне використання правових засобів при вирішенні тих чи інших правових завдань значною мірою полягає в тому, щоб обрати оптимальний для вирішення відповідного завдання правовий режим, майстерно відпрацювати його згідно із специфікою цього завдання та змісту регульованих відносин³. У цьому сенсі насамперед слід окреслити більшу релевантність терміна «правовий режим» у порівнянні з можливим терміном «механізм регулювання», оскільки ці терміни не є тотожними, співвідносяться як зміст-завдання та форма-інструментарій. Правовий режим є змістовною характеристикою нормативного інструментарію, що має впорядкувати певну сферу відносин, зокрема кримінально-правових. Як із цього приводу підсумовують М. І. Матузов та О. В. Малько, правовий режим являє собою особливий порядок, націлений на конкретні види суб'єктів та об'єктів, «прив'язаний» не стільки до окремих ситуацій, скільки до більш широких загально важливих соціальних про-

¹ *Теория государства и права* / С. С. Алексеев, С. И. Архипов, В. М. Корельский и др. Москва: Норма, 2005. 496 с. URL: <http://www.lawbook.by.ru/theory/Alexeev/18.shtml>.

² *Матузов Н. И., Малько А. В. Правовые режимы: Вопросы теории и практики* // Правоведение. 1996. № 1. С. 16–29. URL: <http://www.law.edu.ru/article/article.asp?articleID=141915>.

³ *Теория государства и права* / С. С. Алексеев, С. И. Архипов, В. М. Корельский и др. Москва: Норма, 2005. 496 с. URL: <http://www.lawbook.by.ru/theory/Alexeev/18.shtml>.

цесів (станів), у рамках яких ці суб'єкти та об'єкти взаємодіють¹. Цілком очевидно, що кримінально-правове регулювання в цілому потребує поєднання засобів, методів, типів правового регулювання, що можуть бути об'єднані у правові режими. В жовтні 2013 р. Е. Л. Сидоренко (РФ, Москва, МГЮА) захистила дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук, присвячену безпосередньо дослідженню диспозитивності як режиму кримінально-правового регулювання², що свідчить про підвищений інтерес до цієї проблематики і на теренах Російської Федерації.

У теорії права прийнято виокремлювати різні правові режими, що відповідають системі права та принципам правового регулювання (приватноправові та публічно-правові, галузеві, спеціальні, режими підгалузей та інституціональні)³. Своєрідність кримінально-правового регулювання полягає у тому, що, крім звичного публічно-правового режиму, у ньому присутній і приватноправовий (диспозитивний).

Можна виокремити чотири основні ознаки диспозитивного правового режиму (на підставі загальної характеристики О. С. Родионова)⁴:

- встановлюється та забезпечується державою;
- має на меті регулювання конкретних суспільних відносин на законодавчому рівні (примирення та приватне кримінальне переслідування);
- являє собою специфічну сукупність правових засобів, що реалізуються шляхом надання суб'єктивних прав та покладення юридичних обов'язків;
- скеровує суспільні відносини на задоволення інтересів окремих суб'єктів права шляхом стимулювання необхідних сторін їх діяльності та обмеження небажаних.

За санкціонованого державою диспозитивного правового режиму, на підставі принципу диспозитивності, шляхом використання диспозитивного методу та засобів дозволу, заборони та заохочення, на підставі конкретних кримінально-правових диспозитивних

¹ *Матузов Н. И., Малько А. В. Правовые режимы: Вопросы теории и практики* // Правоведение. 1996. № 1. С. 16–29. URL: <http://www.law.edu.ru/article/article.asp?articleID=141915>.

² *Сидоренко Э. Л. Диспозитивность как режим уголовно-правового регулирования: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2013. 52 с.*

³ *Курбатов А. Я. Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности. Москва: ЮрИнфоР, 2001. С. 47–50.*

⁴ *Родионов О. С. Правовые режимы как важнейший элемент юридической политики* // Правоведение. 1997. № 4. С. 157–158.

норм врегульовано диспозитивні кримінально-правові відносини, що складаються між вільними у волевиявленні та формально рівноправними суб'єктами кримінально-правового конфлікту, та спрямовані на ефективне досягнення завдань кримінального законодавства при дотриманні його основних принципів.

Обраний термін «диспозитивний правовий режим» як змістовна системна характеристика приватноправових засад має як теоретичну, так і практичну цінність. З теоретичної точки зору, він дозволяє прослідкувати логічний системний зв'язок із кримінально-правовою політикою; принципами кримінально-правової політики та кримінального законодавства; окреслити диспозитивність як системну тріаду: принцип — метод — норма, акцентуючи увагу на використанні відповідних правових засобів — дозвіл, заборона, заохочення.

Російський правник Є. М. Трубецький писав, що при створенні та розвитку права необхідно враховувати два фактора: з одного боку, історичний досвід правового життя суспільства, а з іншого — ідеї розумного впливу на соціальні процеси, і тоді будуть підбрані найбільш ефективні методи, засоби, типи та режими правового регулювання¹.

Сучасною тенденцією розвитку кримінально-правової політики є її гуманізація², тобто створення найбільш сприятливого режиму для забезпечення прав і свобод осіб, які стали учасниками кримінально-правового конфлікту. Ефективне кримінально-правове регулювання, що включає в себе диспозитивний правовий режим, у змозі служити реалізації принципів кримінально-правової політики та законодавства.

На нашу думку, приватноправові засади у кримінальному праві України представлено диспозитивним правовим режимом як специфічним комплексом юридичних засобів — диспозитивних норм (або інститутів), побудованих на підставі диспозитивних методу та принципу, — які передбачають кримінально значуще волевиявлення приватних осіб (зокрема, потерпілого), спрямованих на задоволення їх прав та інтересів, а також на підвищення ефективності виконання завдань кримінального законодавства. Диспозитивний правовий режим у кримінальному праві — це системна тріада диспозитивних: 1) принципу; 2) методу право-

¹ Теория государства и права / С. С. Алексеев, С. И. Архипов, В. М. Корельский и др. Москва: Норма, 2005. С. 224–227.

² Книженко О. О. Кримінально-правова політика України на початку XXI століття // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. 2011. № 2 (53). С. 1–6.

вого регулювання; 3) норми, — надає формально рівноправним суб'єктам кримінально-правових відносин можливість вільно та правомірно встановлювати взаємні права та обов'язки, а також дискреційно обирати суб'єкту альтернативно указаний у кримінальному законі варіант поведінки (реалізовувати певне право або утримуватися від його реалізації на власний розсуд без негативних наслідків).

Міра диспозитивності як закріпленої законодавством свободи волевиявлення учасників кримінально-правового конфлікту, що має кримінально-правове значення, може бути різною. У зв'язку із цим пропонується авторська класифікація диспозитивності у чинному законодавстві:

матеріальна та процесуальна. У залежності від того, чи диспозитивна норма законодавства міститься в матеріальному чи процесуальному законі, слід виокремлювати диспозитивність матеріальну (наприклад, примирення за ст. 46 КК України) та процесуальну (ст. 26 КПК України 2012 р.). Приватне кримінальне переслідування на теперішній час *de jure* належить до сфери процесуального кримінального закону, а разом із тим — до процесуальної диспозитивності, втім необхідним є її закріплення *de lege ferenda* у кримінальному законодавстві;

абсолютна та відносна. Диспозитивність може бути абсолютною або відносною з огляду на характер наявності або відсутності законодавчого обмеження волевиявлення учасників кримінально-правового конфлікту. З огляду на положення чинного законодавства у сфері кримінальної юстиції, диспозитивність кримінальних норм є тільки відносною;

статична та динамічна. У залежності від обсягу правомочностей, що надаються учасникам кримінально-правового конфлікту, зокрема, на ініціювання приватного кримінального переслідування (нині це можливо лише за чотирнадцятьма складами злочинів), а також при примиренні (нині це можливо при скоєнні злочинів невеликої тяжкості або необережних злочинів середньої тяжкості), слід виокремлювати статичну та динамічну диспозитивність. Право на ініціювання потерпілим приватного кримінального переслідування в українському законодавстві залишалося завжди (справи приватного обвинувачення), тобто в цілому воно є відносною константою. За останні два роки кількість таких справ було збільшено. У свою чергу, новим КПК України 2012 р. перелік справ приватного обвинувачення значно розширено, чіткіше окреслено права на примирення, а отже, можна говорити про сучасний динамічний розвиток диспозитивних норм;

одностороння та двостороння. У залежності від того, чи один суб'єкт реалізує диспозитивну правомочність, чи йому для цього потрібен суб'єкт злочину як учасник кримінально-правового конфлікту, слід розрізняти односторонню диспозитивність (право потерпілого на приватне кримінальне переслідування) або двосторонню диспозитивність, що передбачає вільне волевиявлення потерпілого та суб'єкта злочину (угода про примирення);

умовна та безумовна. У разі, якщо для прийняття уповноваженим органом кримінально значущого рішення самого лише факту волевиявлення учасників кримінально-правового конфлікту недостатньо, а потрібні ще й і додаткові дії (наприклад, для звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим, самого лише факту примирення недостатньо, необхідно також відшкодування збитків або усунення завданої шкоди), можна виокремити умовну диспозитивність. Якщо ж самого факту волевиявлення достатньо (реалізація права на приватне кримінальне переслідування), то можна говорити про безумовну диспозитивність;

регулятивна та охоронна. Диспозитивні норми можуть бути реалізовані як в регулятивних кримінально-правових відносинах (зокрема, відносинах особистої безпеки) — необхідна оборона, затримання особи, що вчинила злочин, виправданий ризик, так і в рамках охоронних кримінально-правових відносин (примирення, приватне кримінальне переслідування).

Таким чином, з огляду на різні критерії, можна представити таку класифікацію диспозитивних проявів у чинному кримінальному законодавстві.

Розширення диспозитивних засад кримінального законодавства сприймається багатьма вченими як позитивна та актуальна тенденція¹.

На теперішній час такий погляд на розширення приватноправових засад кримінального законодавства скоріше сприймається як науковий неологізм, хоча, насправді, він є верифікованим часом, та на теперішній час спостерігається його реінкарнація та переосмислення для цілей підвищення ефективності кримінально-правового регулювання в рамках диспозитивного правового режиму. Згадане є вірним не тільки для ряду європейських країн,

¹ Залозный А. В. О некоторых вопросах законодательной регламентации диспозитивных начал уголовного права // Российская юстиция. 2007. № 9. С. 55.

де диспозитивність апробовано, зокрема, будучи представленою ідеями відновного правосуддя¹, але й для країн СНД.

Важливим аспектом диференціації приватного та публічного права є інституціоналізація його основних ідей, засад та принципів у нормах, що містяться в законодавчих актах.

Слід наголосити на тому, що диспозитивна норма та диспозитивний правовий режим не є тотожними поняттями, співвідносяться як частина та ціле. Інструментальний підхід до розуміння диспозитивності у кримінальному праві в системі диспозитивного правового режиму допомагає виокремити її утилітарний матеріалізований прояв — диспозитивну кримінально-правову норму.

Як слушно зазначає А. А. Гаджієва, природа диспозитивних норм у кримінальному праві найбільш ясно видима крізь призму кримінально-правових відносин². На її думку, диспозитивні норми опосередковують автономність суб'єктів кримінально-правових відносин, характеризують певну міру свободи волевиявлення суб'єктів та можливості встановити певне правило поведінки у кожному окремому випадку. Аналогічної точки зору на цю проблематику дотримується і О. В. Сумачьов³.

Релевантним визначенням диспозитивної норми може бути таке: диспозитивна норма (відновлювальна) — це норма права, що дозволяє сторонам регульованого нею правовідношення певну самостійність у визначенні їх взаємних прав та обов'язків⁴, тобто при визнанні за потерпілим статусу суб'єкта кримінально-правових відносин останньому надається певний спектр правомочностей, окреслених кримінальним законом, які можуть бути ним вільно реалізованими на власний розсуд. Крім того, логічним та обґрунтованим видається, що під диспозитивною правовою нормою також розуміють санкціонований державою припис, що надає право його адресатам обрати найбільш доцільний з їхньої точки зору варіант поведінки (дій) у конкретній ситуації та в межах, окреслених законодавством⁵. За класифікацією І. І. Митрофанова диспозитивні норми слід відносити до норм дискретної дії, так як

¹ Gavrielides Theo. Restorative Justice Theory and Practice: Addressing the Discrepancy. Finland, Helsinki, 2007. 301 p.

² Гаджієва А. А. Диспозитивные нормы в уголовном праве // Государство и право. 2003. № 11. С. 97–98.

³ Сумачев А. В. Диспозитивность в уголовном праве: теоретико-прикладной анализ: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08 / Урал. гос. юрид. акад. Екатеринбург, 2006. С. 34–35.

⁴ Велика радянська енциклопедія. URL: <http://bse.sci-lib.com/article029161.html>.

⁵ Договор и правила его заключения. URL: <http://sklad-zakonov.narod.ru/ar-enda/dogovor.htm>.

вони упорядковуюють відносини, що багаторазово виникають, змінюються і припиняються залежно від конкретних волевиявлень певних осіб¹.

Іншими словами, норми кримінального права, що мають диспозитивний характер, або ті, що, на нашу думку, мають бути перенесені з кримінального процесуального до матеріального права, в цілому можна умовно поділити на ті, що: 1) надають окреслену свободу волевиявлення із встановлення взаємних прав та обов'язків; та ті, що: 2) пропонують альтернативні опції вибору поведінки для суб'єктів.

З аналізу українського законодавства кримінального циклу до першої групи норм можна віднести норми глави 36 нового КПК України 2012 р. (кримінальне провадження у справах приватного обвинувачення), ст. 46 КК України («Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим»), ст. 47 (у частині права на поруку колективного суб'єкта), ч. 5 ст. 65 (призначення судом покарання, узгодженого потерпілим та суб'єктом злочину в угоді про примирення), а також ч. 2 ст. 75 КК України (звільнення від відбування покарання з випробуванням на підставі угоди про примирення), а до другої — ряд норм про обставини, що виключають злочинність діяння (ст. ст. 36, 38, 42 КК України).

Таким чином, можна сформулювати визначення диспозитивної кримінально-правової норми. **Диспозитивна кримінально-правова норма** визначається як така, що надає формально рівноправним суб'єктам кримінально-правових відносин можливість вільно та правомірно встановлювати взаємні права та обов'язки, а також дискреційно обирати суб'єкту альтернативно указаний у кримінальному законі варіант поведінки (реалізовувати певне право або утримуватися від його реалізації на власний розсуд без негативних наслідків).

В умовах транзитного стану української системи кримінальної юстиції з перевтіленням основних інститутів кримінального права, неефективності наявного кримінально-правового арсеналу для боротьби зі злочинністю приватноправові засади можуть бути фактором поліпшення статистичної картини зареєстрованої злочинності та більш ефективного захисту права потерпілих від кримінальних правопорушень.

¹ Митрофанов І. І. Теоретичні проблеми механізму реалізації кримінальної відповідальності: монографія. Кременчук: Вид. ПП Щербатих О. В., 2010. С. 115–116.

КК України після вступу в силу з 1 вересня 2001 р. з диспозитивною нормою про примирення виявився відносно ефективним засобом у боротьбі зі злочинністю з огляду на зниження в наступному році (–12,4 %) рівня злочинності;

із вступом у силу Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності» від 15 квітня 2008 р. рівень злочинності наступного року збільшився на 13,1 %, що може свідчити про його низько ефективний регулятивний потенціал;

Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» від 7 квітня 2011 р., яким перелік справ приватного обвинувачення було розширено уперше за останнє десятиріччя після прийняття нового КК України, є умовно ефективним. Після вступу цього закону в силу та за наявної статистики за період до 20 листопада 2012 р. можна говорити про зниження рівня злочинності на 6,6 %;

регулятивний ефект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» від 15 листопада 2011 р., яким кількість справ приватного обвинувачення було повторно і значно збільшено, виявився також таким, що характеризує збільшення рівня злочинності близько на 12 %.

На підставі здійсненого дослідження приватноправових засад у кримінальному праві, доктрині та законодавстві можна дійти таких теоретичних узагальнюючих висновків:

1) наявність приватних засад у кримінальному праві, що базується на врахуванні волі потерпілого та її впливові на підставу, умови та міру кримінальної відповідальності, іде врозріз із традиційною класичною кримінальною доктриною;

2) сутність диспозитивності як прояву приватних засад у кримінальному праві є багатогранною. Диспозитивність слід розглядати як правовий режим у кримінальному праві — системну триаду: 1) принципу; 2) методу правового регулювання; 3) норми;

3) диспозитивна кримінально-правова норма визначається як така, що надає формально рівноправним суб'єктам кримінально-правових відносин можливість вільно та правомірно встановлювати взаємні права та обов'язки, а також дискреційно обирати суб'єкту альтернативно вказаний у кримінальному законі варіант поведінки (реалізовувати певне право або утримуватися від його реалізації на власний розсуд без негативних наслідків);

4) залежно від обраного критерію класифікації диспозитивності у кримінальному законодавстві можна виокремити такі її види: матеріальну та процесуальну; абсолютну та відносну; статичну та динамічну; односторонню та двосторонню; умовну та безумовну; регулятивну та охоронну;

5) поширення приватних засад у кримінальному праві (приватне кримінальне переслідування та примирення) зазвичай є характерним для періодів з високим рівнем злочинності в суспільстві та для сучасного періоду розвитку українського законодавства і суспільства;

6) статистичні дані свідчать про незначне зменшення рівня злочинності в Україні після прийняття законів з диспозитивним потенціалом, а подекуди і збільшення. Таким чином, лише системне та зважене розширення та удосконалення диспозитивних засад кримінального законодавства в результаті може вести до зниження рівня злочинності і є перспективним.

7

ДИНАМІКА ОХОРОННОЇ ФУНКЦІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА І СТАЛИЙ РОЗВИТОК УКРАЇНСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Чинний Кримінальний кодекс України не виправдав одне з основних сподівань, що покладалося на нього — він не став стабільним. І, як правильно зазначає В. О. Навроцький, — за змінами в КК не встигають стежити не лише пересічні громадяни, працівники правозастосовчих органів, але і науковці¹.

Будь-які зміни, які вносяться до Кримінального кодексу України, безпосередньо характеризують динаміку охоронної функції кримінального права.

Динаміка — це стан руху, хід розвитку, зміна якого-небудь явища під впливом діючих на нього факторів². Звідси слідує, що динаміка охоронної функції кримінального права є процесом розвитку і зміни кримінально-правової заборони.

Кримінальний кодекс — це об'єднання всієї сукупності кримінально-правових норм в єдиний кодифікований закон, який призначений посідати центральне місце в системі нормативних актів кримінального законодавства, очолювати ієрархію актів відповідної галузі, встановлюючи ті принципові положення, які повинні складати основу всієї подальшої правотворчої діяльності.

Для сучасного українського кримінального права це правило не характерне. Своєрідність полягає в тому, що нові закони, які створюються в процесі поточного кримінально-правового регулювання, не взаємодіють з ККУ як самостійні складові кримінального законодавства, а включаються до Кодексу без структурного відокремлення в ньому. Ці закони можна назвати і фрагментарними, але не тому, що вони встановлюють приватні або спеціальні правові положення та регулюють найбільш рухливі області суспільних відносин, оскільки стають фрагментом Кодексу.

¹ Навроцький В. Чи перебуває українське кримінальне право в стані кризи? // Юридичний вісник України. 2009. 12–18 верес. (№ 37). С. 6.

² Динаміка. URL: <http://ru.wikipedia.org/wiki/%C4%E8%ED%E0%EC%E8%EA%E0>.

А. С. Піголкін пише про кодифікацію і прийняття поточних законів як про взаємодіючі способи систематизації нормативно-правових актів і пояснює їх затребуваність наступним чином: «Кодифікаційний акт юридично оформлює і закріплює найбільш суттєві і стійкі відносини в суспільстві. З цього випливає, що кодифікаційний акт повинен містити стабільні норми, розраховані на досить тривалий період (на певну перспективу). Більш рухливі області суспільних відносин регулюються нормативними актами, що створюються в процесі поточної правотворчості»¹.

Розвиток, зміна ККУ залежать, в першу чергу, від кримінальної політики та від кримінально-правового регулювання.

Взаємозв'язок кримінально-правового регулювання та кримінальної політики відноситься до числа найбільш перспективних напрямів вдосконалення вітчизняного кримінального закону. Уявляється, що в цьому тандемі політика повинна відігравати роль організатора. Регулюванню ж необхідно відвести функцію, пов'язану з практичним втіленням у реальну дійсність перспективних ідей, що розробляються в надрах кримінальної політики, а також координатора кримінального законодавства та регулятивних галузей законодавства.

Однак до цього часу два зазначених вектора науково-практичного пошуку спрямовані не в одну сторону і навіть не на зустріч один одному. Політика більшою мірою тяжіє до осмислення кримінологічних аспектів протидії злочинності. Її розробники на підставі кваліфікації будови, що має односторонній і суто суб'єктивний характер кримінально-правової статистики, роблять спроби визначення найбільш актуальних точок правового впливу на злочинність. Кримінально-правове регулювання як більш молодий напрям наукової думки включає формування теоретичних основ свого існування, визначення свого місця в системі кримінально-правової науки і практики.

Така роз'єднаність призвела до того, що кримінальна політика як вузькопрофільний погляд на проблеми реформування кримінального законодавства в рамках існуючої форми в даний час стала чинити істотний вплив на законотворчий процес. У зв'язку з цим з прикрістю доводиться констатувати, що більшість її пропозицій відірвані від реального стану справ у суміжних галузях права.

¹ *Общая теория права: учебник* / под общ. ред. А. С. Пиголкина. Москва: Изд-во МГТУ им. Н. Э. Баумана, 1995. С. 287.

Більше того, до цього часу сучасна вітчизняна кримінальна політика не виробила певної стратегії протидії злочинності¹. Фактично можна говорити не просто про різні погляди, але в одному напрямку розвитку, а про альтернативний розвиток кримінального законодавства, так би мовити «від протилежного» або «методом тити», тобто проб і помилок. Результатом подібної необґрунтованої політики є внесення до кримінального закону практично взаємовиключних змін і доповнень. Так, наприклад, Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» від 15 листопада 2011 р. виключити ст. ст. 202, 203, 207, 208, 214, 215, 217, 218, 220, 221, 223, 225, 226, 228, 234 і 235 з ККУ та помістити їх в Кодекс України про адміністративні правопорушення. А згодом після прийняття нового Кримінально-процесуального кодексу України до Верховної Ради України народний депутат України В. Швець вніс законопроект № 10146 про внесення змін до Кримінального кодексу у зв'язку з введенням поняття «кримінальний проступок»², де вищенаведені статті знову пропонуються внести до ККУ як кримінальні проступки.

Дійсно, створюється враження, що кримінальне законодавство стало ареною для експериментів у сфері правового регулювання. Одні автори пропонують пом'якшити кримінальну відповідальність і звужувати сферу кримінально-правового впливу. Інші — навпаки, виходячи з благих спонукань, вважають, що за допомогою активізації кримінальної репресії³ можливо досягти позитивних результатів у плані правового регулювання суспільних відносин в цілому⁴. Основи цих переконань кореняться в 30-х рр. минулого століття, коли кримінальне право перетворилося в надзначиму і самодостатню політико-правову категорію. З його допомогою дійсно на певний період вдалося зняти соціальну напруженість. Засуджені, яких у країні налічувалося понад 2 млн, рили канали, прокладали шляхи, будували заводи, одним словом, створювали

¹ *Милуков С. Ф.* О некоторых параметрах современной уголовно-правовой политики // Вестник Нижегородского университета им. Н. И. Лобачевского. Серия «Право». 2001. Вып. 2: Государство и право: итоги XX века. С. 177–183.

² *В парламент* внесен очередной проект изменений в Уголовный кодекс, связанных с определением уголовного проступка. URL: http://aliasua.com/novosti_zakonodatelstva1.php.

³ Тут термін «репресія» вживається нами тільки в значенні покарання, що застосовується до особи, винної у вчиненні злочину.

⁴ Аналіз подібних точок зору наводиться, зокрема, в роботах: *Босхолов С. С.* Основы уголовной политики. Москва, 1999. С. 15; *Алексеев О. И., Овчинский В. С., Побегайло Е. Ф.* Российская уголовная политика: преодоление кризиса. Москва, 2006. С. 27.

економічний базис першої у світі соціалістичної держави. Здавалося, сталося чудо — кримінальна репресія дала свої позитивні і стабільні результати, оскільки кількісні та якісні показники реєстрованої злочинності стали змінюватися у сприятливий бік. Проте це враження було оманливим. При ослабленні державного натиску на злочинність ситуація в країні відразу починала погіршуватися¹. Тому Кримінальний закон є інструментом, за допомогою якого законодавець шляхом його прийняття і зміни, а правоохоронні органи шляхом застосування такого впливають на суспільні відносини у сфері боротьби зі злочинністю, проводять у життя прийняту кримінальну політику. Остання являє собою «генеральну лінію, що визначає основні напрями, цілі і засоби впливу на злочинність шляхом формування кримінального, кримінально-процесуального, виправно-трудоного законодавства, регулювання практики його застосування». При цьому домінує положення у структурі кримінальної політики займає політика кримінально-правова, оскільки вона дуже тісно пов'язана з кримінальним правом, яке займає провідне місце в системі правової основи боротьби з злочинністю.

Більшість визначень кримінально-правової політики, представлених у науковій літературі, зводиться до того, що це «частина кримінальної політики, яка виробляє основні завдання, принципи, напрями і цілі кримінально-правової дії на злочинність, засоби їх досягнення, що виражається в нормах кримінального права, акти тлумачення цих норм і практики їх застосування». У зміст кримінально-правової політики входить не тільки *правотворчість*, але і *правозастосовна практика*, однак головним є виявлення тих негативних явищ, з якими треба боротися кримінально-правовими засобами, та встановлення кримінальної відповідальності за них (криміналізація). Тому правотворчість є основною формою вираження кримінально-правової політики.

Так, як вже вказувалося вище, єдиним джерелом правових норм, що регулюють суспільні відносини у зв'язку з вчиненням злочинів, що загрожують кримінальним покаранням, повинен бути кримінальний закон. Вища юридична сила і особливий порядок прийняття, властиві закону, сприяють стабільності і імперативності кримінально-правових норм, що гарантують від свавілля при вирішенні питань, пов'язаних із застосуванням кримінального покарання — державного примусу найбільшої репресивної сили.

¹ Радченко В. Хорошо сидим // Российская газета. 2008. № 4741. С. 5.

Схема «зміст — форма» підходить до співвідношення понять як кримінально-правової норми і нормативного акта (його статей), так і кримінально-правового регулювання та кодифікації. Природною формою кримінально-правового регулювання є кодифікація.

Кодифікація характеризує правове регулювання в стадії правотворчості. Вона виконує завдання галузевого забезпечення норм національного права, коли система норм однієї галузевої приналежності зводиться в загальний нормативний акт¹.

Деякі автори не відносять правотворчість до процесу правового регулювання, вважаючи, що правотворення, а значить, і правотворчість є тільки передумовою і нормативною основою впливу права на суспільні відносини і не включається в механізм правового регулювання. На думку Л. С. Явича, «крім здійснення права (об'єктивного та суб'єктивного) немає правового регулювання»². Однак якщо під механізмом правового регулювання розуміти не правозастосування та його наслідки, а процес взаємодії всіх структурних компонентів права (правові принципи, норми, правовідносини, юридичну відповідальність тощо), а саме так в теорії права зазвичай розуміють механізм правового регулювання, то надання правовим нормам законодавчої форми (правотворчість) слід визнати частиною цього механізму. Крім того, закон як продукт правотворчості протягом усього процесу своєї дії навіть без застосування чинить стабілізуючий вплив на суспільні відносини, що регулює відносини у зв'язку із загальним попередженням злочинів.

Кодифікація — не єдина форма правового регулювання. Правові норми однієї галузевої належності можуть бути виражені в множинності галузевих законів та інших нормативних актів, додатково — в міжгалузевих нормативних актах. Іншим можливим джерелом правових норм є судова практика. У правозастосовній діяльності формою правового регулювання виступають акти застосування норм права, що приймаються уповноваженими органами і посадовими особами з конкретних питань. Їх вивчення складає задачу процесуального права, зокрема кримінального процесу.

¹ Про кодифікацію як правотворчість, але не форму кримінально-правового регулювання див.: Алиев Н. Б. Теоретические основы советского уголовного правотворчества. Ростов-на-Дону: Изд-во Ростов. ун-та, 1986. С. 45; Лопашенко Н. А. Принципы кодификации уголовно-правовых норм. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1989. С. 87.

² Явич Л. С. Общая теория права. Ленинград: Изд-во ЛГУ, 1976. С. 178.

Еволюція у правотворчості пов'язується з кодифікацією. В існуванні кодифікованих актів, зведених у єдиний збір законів як «кодекс кодексів», багатьом вченим-юристам і практичним працівникам бачиться ідеал законодавства.

На думку деяких закордонних експертів, наприклад П. Дешекса, в даний час спостерігаються ознаки падіння довіри до кодифікації¹. Норбер Рулан вважає неминучим у розвитку права обмеження області втручання держави у врегулювання конфліктів і кодифікацію визначає як операцію «символічного упорядкування, яка випадає частіше всього на частку вищої державної бюрократії». На підтвердження висновку про необов'язковість законодавчої форми для норм права цей автор посилається на слова Порталіса, що входив до складу укладачів Цивільного кодексу Франції, про те, що «хід правосуддя було б знищено, якби судді не було дозволено виносити постанови, коли закон вже сказав своє слово»². К. Осаке наводить аргументацію не тільки «за», але і «проти» кодифікації: «Кодекс не може передбачити всі можливі випадки, які виникнуть у реальності. Кодекс побудований на логіці і вимагає бездумного підпорядкування їй, але природний розвиток права залежить від життєвого досвіду, а не від логіки. Отже, за своєю природою кодекс суперечить суті закону. Кодекс перебільшує роль парламенту в законотворчості. Кодекс стримує судову правотворчість і відповідно перетворює суд на слухняного (пасивного) виконавця»³.

Однак у правотворчому процесі зарубіжних держав і в підручниках зарубіжного права, навпаки, підтверджується посилююча роль державних законодавчих органів у формуванні права. Кодифікація визнається необхідною, з її використанням пов'язується утвердження принципу законності в системі правосуддя. Так, в американському кримінальному праві, яке більше 200 років розвивалося у відповідності з принципами англійського загального права, заснованого на судовій практиці, здійснюється реформування системи джерел (форм вираження правових норм). Державні законодавчі органи вважали за необхідне перетворити англійське загальне право, оскільки згідно з громадською думкою, для американців потрібно американське право. Крім того, оскільки

¹ Decheix P. Le Congres de Louisiane II Independance et Cooperation. 1986. № 3–4.

² Норбер Рулан. Юридическая антропология: учеб. для вузов / отв. ред. В. С. Нерсисянц. Москва: Норма, 1999. С. 287.

³ Осаке К. Сравнительное правоведение в схемах. Общая и Особенная части: учеб.-практ. пособие. Москва: Дело, 2000. С. 364.

в Сполучених Штатах є письмова Конституція, судовій владі не потрібно змінювати право, вона може оголосити неконституційним закон, який порушує права людини¹.

Загальне право в США було в черговий раз засуджено при розгляді в 1972 р. в штаті Нью-Джерсі справи про «сварливу дружину»². По загальному праву вважалося, що бути сварливою дружиною — це злочин, оскільки вона порушує громадський порядок сварками і приріканнями з сусідами. Верховний Суд заявив, що бути сварливою дружиною — більше не злочин в штаті Нью-Джерсі, так як таке звинувачення застаріле, не відповідає Конституції і є очевидною дискримінацією за ознакою статевої приналежності.

Алан Б. Моррісон пише, що сьогодні американське кримінальне право незалежне та встановлено законом. У Сполучених Штатах немає злочинів, які визначаються по загальному праву. Дві третини штатів повністю або частково взяли Модельний кримінальний кодекс, проект якого в 1950-х і 1960-х рр. був підготовлений Американським юридичним інститутом. Цей автор визначив Модельний кримінальний кодекс як найвидатніше явище в сучасному американському кримінальному праві³.

У кримінальному праві України як основна форма врегулювання суспільних відносин кодифікація утвердилася в ХІХ ст. В даний час кодифікований кримінальний закон є єдиним діючим кримінальним законом. Крім того, правотворчість здійснюється у формі його вдосконалення, тобто як поточне регулювання. Згідно з ч. 2 ст. 3 ККУ, Закону України про кримінальну відповідальність, прийняті після набрання чинності діючим Кодексом, включаються до нього після набрання ними чинності.

Особливий предмет вимагає відповідної форми кримінально-правового регулювання. Владовідносини, будучи сферою суттєвого обмеження конституційних прав осіб, визнаних судом винними у вчиненні злочину, обумовлюють використання кодифікації як найбільш повної, з високою концентрацією державної влади фор-

¹ Детальніше про особливості сучасного законодавства зарубіжних країн див: Уголовное законодательство зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии, Японии): сборник законодательных материалов / под ред. И. Д. Козочкина. Москва: Зерцало, 1998. С. 188; Крылова Н. Е., Серебренникова А. В. Уголовное право зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии): учеб. пособие. Москва: Зерцало, 1998. С. 86.

² Gardner Thomas J., Marian Victor. Criminal law: principles, cases and readings. New York, 1980.

³ Fundamentals of American law / gen. ed. Alan B. Morrison. New York Univ. School of Law: Oxford Univ. Press, 1996.

ми правового регулювання, результатом якої є прийняття єдиного нормативного акта, в рамках якого визначається система галузевих принципів та правових норм. Надаючи останній законодавчу форму, держава використовує правовий засіб максимальної сили впливу на суспільні відносини, встановлюючи юридичні права та обов'язки їх учасників, формуючи правосвідомість.

Процес кодифікації підпорядкований задачі повного галузевого забезпечення. Коли система кримінально-правових норм визначається в одному законі, властивість системності поширюється і на закон. Підготовлений в обмежений період, без істотних перерв, коли могла б змінитися кримінальна політика, одним авторським колективом, він, як правило, відрізняється концептуальною єдністю. Законодавчі приписи взаємодіють, оскільки співвідносяться: злочини класифіковані по тяжкості та з урахуванням об'єкта посягання, через приблизно рівні за характером суспільної небезпеки злочину передбачені приблизно рівні покарання, сумісна термінологія у визначеннях складів злочинів, санкції сформульовані у відповідності з загальними правилами Загальної частини.

Поточна правотворчість спрямована на доповнення і зміну статей кодифікованого закону у зв'язку з виявленими прогалинами, а також з урахуванням мінливої або нової ситуації, але без суттєвих структурних перетворень кодексу в цілому. Завдання приведення в систему кримінально-правових норм при поточній правотворчості не досягається. Навпаки, прийняття законів про внесення змін і доповнень в ККУ зазвичай призводить до неузгодженості тієї системи норм, яка була виражена в Кодексі на момент його прийняття. Поточне регулювання не завжди має результатом визначення кримінально-правових норм як завершених систем.

Н. А. Лопашенко вважає інакше. На її думку, від кодифікованої поточна правотворчість і відрізняється тим, що вона не повторює зі старого нормативного матеріалу і не додає кримінально-правові норми, а створює окремі норми права «від початку до кінця», заповнюючи прогалини у кримінально-правовому регулюванні¹. Однак практика правотворчості, яка мала місце і до останньої кодифікації, і після, це судження не підтверджує. Наприклад, ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо діяльності Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України» (Відомості Верховної Ради України, 2009, № 32–33, ст. 485), **ч. 2 ст. 57 Кримінального кодексу Украї-**

¹ Лопашенко Н. А. Российский уголовный закон // Уголовное право Российской Федерации. Общая часть: учеб. пособие / под ред. Р. Р. Галиакбарова. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1997. С. 55.

ни (2341-14) (Відомості Верховної Ради України, 2001, № 25–26, ст. 131) від 19 березня 2009 р., після слів «до військовослужбовців» доповнити словами: «осіб рядового і начальницького складу Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України». Тут без явної необхідності за відсутності проблемної правотворчої ситуації була проведена у формі окремого закону уточненої обробки статті ККУ, не супроводжується створенням відповідної нової кримінально-правової норми.

Законодавче визначення кримінально-правової норми як завершеної системи передбачає повну регламентацію правових приписів, які складають її зміст: умов застосування, необхідних правил поведінки, правил призначення покарання. Механізм взаємодії з іншими кримінально-правовими нормами задано включенням у зміст норми приписів про умови застосування загальних для всієї сукупності кримінально-правових норм і загальні правила призначення покарання. Для вираження кримінально-правової норми в повному обсязі найбільш зручною є форма кодифікованого закону, розділеного на Загальну і Особливу частини.

Законодавче оформлення нової норми в умовах поточної правотворчості зводиться, як правило, до введення у Кримінальний кодекс окремої статті, в якій не можуть бути в повному обсязі визначені всі структурні частини кримінально-правової норми. Окремою статтею кримінально-правова норма визначається, як правило, не «від початку до кінця», а в частині диспозиції без повторення вже вираженого нормативного матеріалу про умови застосування норми і загальні правила призначення покарання, або достворюються гіпотеза та санкція. Форма поточного кримінально-правового регулювання відповідає завданню вдосконалення Особливої частини Кодексу. **Здійснюється криміналізація одних діянь і декриміналізація.**

Особлива частина ККУ: доповнюються або конкретизуються ознаки складів злочинів у диспозиціях статей або у примітках до них, санкції визначають нові види та межі покарання, вказується на альтернативні або додаткові види покарань.

Зміна або доповнення статей Загальної частини та виключення з неї колишніх є виправданими в рідкісних випадках, коли виявлені прогалини та суперечності в правилах призначення покарання або звільнення від нього породжують по ходу проблеми правозастосовної практики. У більшості випадків зміна приписів Загальної частини пов'язана з визначенням нових умов застосування кримінально-правових норм, тобто з концептуальною зміною Кодексу.

У правотворчості об'єктивні і суб'єктивні моменти можуть співвідноситися на користь останніх. Правові норми приймаються у відповідності із загальним рівнем правосвідомості суспільства і самі утворюють особливу форму суспільної свідомості. Встановлення змісту та вибір форми правових норм безпосередньо залежать від волі і професійних якостей депутатів Верховної Ради України, які приймають закон, і авторів законопроектів. Політично, а не науково обґрунтовані приписи можуть стати частиною кодифікованого кримінального закону. Форма поточної правотворчості більш зручна для вираження в законодавстві волі окремої соціальної групи, політичної партії або руху і навіть окремого громадського чи державного діяча.

Історія кримінального законодавства показує, що каральна ідея у кримінальній політиці держави реалізовувалася в основному не в період кодифікації, а в умовах поточного регулювання. Наприклад, в 30-ті і 40-ві роки у відповідності з директивами правлячої партії приймалися нормативні акти з вкрай репресивним змістом, де складі злочину та санкції за них передбачалися з порушенням **приписів Загальної частини КК РРФСР 1926 р.**

Якщо в КК РРФСР 1926 р., на час його прийняття, позбавлення волі встановлювалося на строк від одного року до десяти років, а згодом — до двадцяти п'яти, то в КК РРФСР 1960 р., станом на час прийняття, позбавлення волі допускалося до п'ятнадцяти років — за особливо тяжкі злочини, що спричинили особливо тяжкі наслідки, у тому числі і вчинені з необережності, і для особливо небезпечних рецидивістів. Не свідчить про безумовне звуження сфери застосування кримінального покарання історія визначення в радянському законодавстві кримінальної відповідальності за так звані звичайні кримінальні злочини, такі як вбивство, розбій та крадіжку. Так, наприклад, в КК РРФСР 1922 р. передбачалося покарання за просту крадіжку у приватної особи у вигляді примусових робіт чи позбавлення волі на строк до шести місяців. При цьому в санкції позбавлення волі вказувалося у другу чергу, слідом за примусовими роботами. У КК РРФСР 1926 р. для аналогічного злочину верхня межа строків позбавлення волі та примусових робіт обмежувалася трьома місяцями.

У КК РСФРР 1960 р. проста крадіжка каралася позбавленням волі вже на строк до трьох років або виправними роботами на строк до двох років, а за крадіжку, поєднану з проникненням у житло, приміщення або інше сховище, допускалося позбавлення

волі до семи років. За КК 1922 р. і 1926 р. ці крадіжки — з ознакою проникнення — вважалися простими. У разі розбійного нападу без обтяжуючих обставин у ч. 1 ст. 146 КК РСФРР 1960 р. передбачалося покарання у вигляді позбавлення волі на строк від трьох до десяти років, тобто вдвічі суворіше, ніж у КК РСФРР 1926 р., де в подібному випадку застосовувалася санкція у вигляді позбавлення волі на строк до п'яти років. Показовий у цьому відношенні приклад з вбивством. Якщо в КК РСФРР 1926 р. за умисне вбивство з обтяжуючими обставинами допускалося позбавлення волі до десяти років, а без обтяжуючих — до восьми років, то в КК РСФРР 1960 р. відповідно до п'ятнадцяти років або смертна кара (ст. 102) та до десяти років (ст. 103), а якщо смерть заподіяна з необережності внаслідок умисного тяжкого тілесного ушкодження — до дванадцяти років позбавлення волі (ч. 2 ст. 108).

Необережне вбивство в КК РСФРР 1922 р. каралося позбавленням волі або примусовими роботами на строк до одного року, якщо воно не було результатом свідомого недотримання правил обережності. У КК РСФРР 1960 р. за необережні вбивства визначена санкція у вигляді позбавлення волі на термін до трьох років чи виправних робіт на термін до двох років (ст. 106).

Особливе місце в історії зайняв Закон від 7 серпня 1932 р. «Про охорону майна державних підприємств, колгоспів і кооперації і зміцнення суспільної (соціалістичної) власності»¹, прийняття якого обґрунтовувалося тезою, що громадська власність (державна, колгоспна, кооперативна) є основою радянського ладу, вона священна і недоторкана, і люди, які вчиняють замах на неї, повинні бути розглянуті як вороги народу, через що рішуча боротьба з розкрадачами громадського майна є найпершим обов'язком органів радянської влади. Суперечила принципу індивідуалізації покарання і санкція, що встановлює за розкрадання соціалістичної власності розстріл або позбавлення волі не нижче 10 років, в той час як ст. 28 КК РСФРР 1926 р. допускала можливість призначення позбавлення волі на термін до 10 років. Причому цей закон застосовувався не тільки в разі розкрадань державного та громадського майна, але і при посяганнях на колгоспну і кооперативну власність. Постановою третьої сесії ЦВК СРСР шостого скликання від 30 січня 1933 р. було визнано необхідним застосовувати Закон від 7 серпня 1932 р. до осіб, викритим у сабота-

¹ Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР 1917–1952 гг. / под ред. И. Т. Голякова. Москва: Госюриздат, 1953. С. 402.

жі сільськогосподарських робіт, крадіжці насіння, у шкідливому зменшенні норм висіву, нанесенні шкоди під час оранки та сівби, що веде до псування полів і зниження врожаю, в умисному псуванні тракторів і машин, у знищенні коней.

Особливо політична упередженість державної влади у кримінально-правовому регулюванні висловилося при визначенні 18 варіантів ст. 58 КК 1926 р., яка визначає кримінальну відповідальність за контрреволюційні злочини. Зокрема, в ст. 58-1в, введений в КК 20 липня 1934 р. у відповідності з постановою ЦВК і РНК СРСР від 8 червня 1934 р., відносно повнолітніх членів сім'ї військовослужбовця, який вчинив втечу або переліт за кордон, якщо вони чим-небудь сприяли підготовці або зраді, або хоча б знали про неї, але не довели про це до відома влади, — передбачалося покарання у вигляді позбавлення волі строком до 10 років з конфіскацією всього майна; а для решти повнолітніх членів сім'ї зрадника, що спільно з ним проживали або перебували на його утриманні на момент вчинення злочину, покарання визначалося у вигляді позбавлення виборчих прав і висилання у віддалені райони Сибіру на 5 років. Коментуючи цю норму, М. С. Гринберг назвав її прикладом кримінально-правових норм про заручництво, раніше відомих лише законодавству циньського Китаю (III століття до н. е.)¹.

Після наступної кодифікації (прийняття 27 жовтня 1960 р. КК РСФРР) теж приймалися політично мотивовані рішення про поточну правотворчість у кримінальному праві. Показовим є казус у зв'язку з введенням у Кримінальний кодекс РСФРР і виключенням з нього ст. 74-1. Стаття 74-1 «Образа або дискредитація державних органів і громадських організацій» була введена в Кримінальний кодекс Указом Президії Верховної Ради РСФРР від 8 квітня 1989 р., а 5 липня 1989 р. Указом тієї ж Президії Верховної Ради РСФРР вже була виключена з Кодексу. Таке рішення послідувало у відповідь на вимогу громадськості скасувати цю статтю і відповідало постанові З'їзду народних депутатів СРСР. Поспішне прийняття та наступна швидка відміна ст. 74-1 КК РСФРР свідчать про те, що виражена в ній норма не прижилася, оскільки порушувала баланс інтересів особистості і держави і не була соціально необхідною. Навпаки, сам закон в даному випадку послужив причиною виникнення в суспільстві певного соціального напруження.

¹ Гринберг М. С. Уголовное право и массовые репрессии 20-х и следующих годов // Государство и право. 1993. № 1. С. 63–73.

Порівняльний аналіз радянських кримінальних законів показує, що прийняття кодифікованих законів не було підпорядковано завданню посилення кримінальної репресії, навпаки, визначальним був вплив просвітницьких, гуманітарних ідей. Каральна ідея в кримінальній політиці реалізувалася в основному не в період кодифікації, а в умовах поточного регулювання.

Перебільшення ролі заборонних норм у регулюванні суспільних відносин не сприяє повазі до закону. Виховання поваги до кримінального закону, в тому числі з боку осіб, які вчинили злочин, можливо лише за умови стабільного і справедливого законодавства, а цим умовам відповідає законодавство, що приймається не під впливом короткочасних поточних потреб, без свавілля законодавця. Негативні наслідки поточної правотворчості зобов'язують законодавця контролювати його темп, не допускаючи принципових змін у Загальній частині кримінального законодавства і відмовляючись від випереджального розвитку соціальної ситуації та неадекватної її криміналізації та декриміналізації.

Склалася традиція інтенсивного внесення змін і доповнень до кодифікованого кримінального закону. Вже сам факт великої кількості змін свідчить, що темп законотворчих робіт перевершує зміни суспільних відносин, якщо, звичайно, не розуміти під останніми відносини між певними суб'єктами з конкретних приводів. Так було і до останньої кодифікації (прийняття 5 квітня 2001 р. ККУ). Переписування з внесенням змін і доповнень кримінального закону триває і сьогодні.

Якщо повернутися до Кримінального кодексу РСФРР 1922 р., то день його вступу в законну силу — 1 червня 1922 р., а перші зміни в нього були внесені вже 11 листопада 1922 р. Це означає, що саме п'ять з половиною місяців КК знаходився в стані стабільності.

Кримінальний кодекс РСФРР 1927 р. вступив у законну силу з 1 січня 1927 р., а перші зміни були внесені вже 6 червня 1927 р., через 6 місяців. Можна спостерігати майже однаковий період, але для точного визначення періоду стабільності потрібно навести приклади й інших кримінальних кодексів.

КК РСФРР 1960 р. діяв 36 років, з 1 січня 1961 р. по 31 грудня 1996 р. включно. Зміни в нього були внесені вже 27 жовтня 1960 р., тобто раніше, ніж закон був введений в дію. Всього змінам і доповненням були піддані 282 статті, з них багато — по 3 і більше разів. Інтенсивним був процес криміналізації. КК РСФРР був доповнений 129 статтями, з них 119 статей Особливої частини. У той же час були виключені 49 статей, при цьому

21 — з числа включених до КК додатково, вже після введення його в дію¹.

Якщо звернутися до сучасного Кримінального кодексу України 2001 р., то з дня його вступу в законну силу (1 вересня 2001 р.) і днем, коли було внесено перші зміни (згідно із Законом № 2953-III від 17 січня 2002 р., Відомості Верховної Ради України, 2002, № 17) до нього, пройшло три з половиною місяці. Взагалі, з 17 січня 2002 р. по 15 квітня 2014 р., тобто за 12 років його існування, Верховною Радою було внесено 128 змін².

Досліджуючи питання періоду стабільності та динаміки, ми звернулися також до кримінальних кодексів Російської Федерації, Республіки Білорусь та Республіки Узбекистан.

Відповідно до Кримінального кодексу Російської Федерації процес стабільності можна спостерігати майже півтора роки, так як КК РФ вступив в силу з 1 січня 1997 р., а перша зміна була внесена до нього Федеральним законом від 27 травня 1998 р. № 77-ФЗ. За життя даного КК, станом на травень 2014 р., тобто за 17 років було внесено 153 зміни.

Кримінальний кодекс Республіки Білорусь не зазнав такої кількості змін, як КК України 2001 р. та КК РФ 1996 р. Діалектичного розвитку не спостерігається майже 2 роки. Так як він був прийнятий Палатою представників 2 червня 1999 р. та схвалений Радою Республіки 24 червня 1999 р. і першу зміну до нього було внесено Законом Республіки Білорусь від 8 травня 2002 р. № 98-3 (Національний реєстр правових актів Республіки Білорусь, 2002, № 55, 2/847)³. За 15 років до даного КК було внесено 55 змін.

Кримінальний кодекс Республіки Узбекистан затверджений Законом РУз від 22 вересня 1994 р. № 2012-XII та вступив у силу з 1 квітня 1995 р. У процесі стабільності перебував рік і чотири місяці, так як перша зміна до нього була внесена Законом РУз від 30 серпня 1996 р. № 281-I⁴. За період 1995–2009 рр. (14 років) до нього вносились 43 зміни.

¹ Келіна С. Г. всебічно проаналізувала зміни Кримінального кодексу РРФСР 1960 р. за станом на 1 січня 1978 р. Див.: *Основания уголовного-правового запрета: криминализация и декриминализация*. Москва, 1982. С. 102–118.

² *Кримінальний кодекс України*: прийнятий 5 квіт. 2001 р. № 2341-III. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1382715665364362>.

³ *Уголовный кодекс Российской Федерации*: принят Государственной Думой Российской Федерации 24 мая 1996 г. URL: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody&nd=102041597>.

⁴ *Уголовный кодекс Республики Беларусь*: принят Палатой представителей 2 июня 1999 г. Минск: Нац. центр правовой информ. РБ, 1999. С. 111.

⁵ *Уголовный кодекс Республики Узбекистан*: принят 24 сент. 1994 г. URL: http://www.lex.uz/pages/GetAct.aspx?lact_id=111457.

Наведені дані свідчать про те, що процес стабільності в кожний період і в кожній країні є різним, але він все ж таки міститься у кримінальних кодексах.

Як нам добре відомо з філософії, для вивчення закономірностей динаміки використовується система показників, які характеризують напрям та інтенсивність зміни¹.

Показниками динаміки кримінального законодавства є *зміни*, які вносяться Верховною Радою України; *бланкетність норм*, за умови частішої зміни бланкетної бази ККУ (так як при частій зміні бланкетної бази змінюється і об'єм заборон, тобто охоронна функція кримінального права); *рішення* Конституційного Суду України; *постанови* Пленуму Верховного Суду України, *роз'яснення* Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ.

Зміни мають різний характер, але особливо потрібно відмітити ті зміни, які суттєвим чином позначились на кримінально-правовій забороні. До таких слід віднести зміни на підставі Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності» від 15 квітня 2008 р., яким суттєво змінено Загальну частину КК України, черговий раз змінено ст. 127 КК України «Катування», виключено ст. 188 та внесено інші зміни.

До Загальної частини Кримінального кодексу України було внесено більше 20 поправок. У Загальній частині зміни були внесені майже до кожної п'ятої статті.

У Загальній частині найбільших змін зазнав другий та одинадцятий розділи. У розділі II «Закон про кримінальну відповідальність» зміни стосуються чинності кримінального закону у часі, просторі та за колом осіб. Зокрема, була абсолютно змінена стаття про зворотну силу закону в напрямку її пом'якшення.

Розділ XI «Призначення покарання» також зазнав численних змін. Змінено 80 % норм розділу, більшість з них було спрямовано на реалізацію принципів гуманізму та соціальної справедливості.

Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» від 15 листопада 2011 р. став продовженням політики гуманізації кримінального права. Відповідно до Закону 16 складів злочину було виключено, також змінено вид покарання у вигляді штрафу. Штраф як вид основно-

¹ Аналітичні показники динаміки. URL: <http://pulib.if.ua/part/11256>.

го покарання став застосовуватися до осіб, які вчиняють злочини невеликої, середньої тяжкості, тяжкі та особливо тяжкі злочини.

У руслі відповідної політики підготовки і проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо запровадження інституту кримінальних проступків». Положення проекту Закону ґрунтуються на Концепції реформування кримінальної юстиції України, затвердженій Указом Президента України від 8 квітня 2008 р. № 311. Під час підготовки проекту були враховані положення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, відповідні вимоги Європейського суду з прав людини, досвід країн Західної Європи (ФРН, Австрія, Швейцарія, Франція, Бельгія, Голландія, Італія, Іспанія) і Східної Європи (Естонія, Литва, Латвія, Польща, Словаччина)¹.

Однак слід відмітити, що відповідна гуманізація кримінальної політики може мати й іншу сторону, а саме це стосується кримінально-правової заборони, яка має тенденцію до поширення та ускладнення. Як справедливо зазначає В. О. Туляков, «спрощення структури веде до зниження якості правового регулювання. З цього боку, прийняття закону про кримінальні проступки не понизить тиск кримінальності, а, навпаки, може зробити поле для погіршення криміногенної ситуації у державі»².

Окрім цього, в діючий Кримінальний кодекс України вносяться також несуттєві зміни, тобто ті, які носять редакційний характер, такі собі редакційні зміни, які не впливають на практику застосування кримінального закону³.

¹ Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо запровадження інституту кримінальних проступків». URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/GF7TA00A.html.

² Туляков В. О. Дія кримінального права: динамічні аспекти // Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». Одеса, 2012. Т. 11. С. 389–394.

³ Наприклад, ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо діяльності Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України» (Відомості Верховної Ради України, 2009, № 32–33, ст. 485) ч. 2 ст. 57 Кримінального кодексу України (2341-14) (Відомості Верховної Ради України, 2001, № 25–26, ст. 131) від 19 березня 2009 р., після слів «до військовослужбовців» доповнити словами: «осіб рядового і начальницького складу Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України»; ЗУ «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України щодо діяльності Державної кримінально-виконавчої служби України» від 14 квітня 2009 р. ч. 1 ст. 63 доповнити словами: «закритого типу»; Закону України «Про внесення змін до статті 153 Кримінального кодексу України» від 21 грудня 2004 р., абзац перший ч. 3 відповідної статті Кримінального кодексу України (2341-14) (Відомості Верховної Ради України, 2001, № 25–26, ст. 131) після слова «малолітнього» доповнити словом «або»; ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Закону

Що стосується *бланкетного показника* динаміки кримінального законодавства України, то сьогодні мало в кого викликає сумнів твердження про те, що бланкетна основа наповнює положення кримінального закону конкретним змістом і зміна цього змісту завжди «неминуче змінює і саму бланкетну ознаку, а разом з нею і склад злочину в цілому»¹, через що зміна реального змісту бланкетної основи кримінального закону, який в силу цього стає більш сприятливим для винного, вимагає застосування положень ст. 5 ККУ.

Потрібно зазначити, що динамічність кримінального законодавства України має високий темп правотворчості й тому, що відсутня практика застосування значної кількості статей Особливої частини кримінальних кодексів, у тому числі знову введених.

Відповідно до нашого дослідження, характер змін, внесених до Кримінального кодексу України, такий: суттєвий, тобто кардинальний і несуттєвий — інтерпретаційний. До суттєвих змін слід відносити: а) доповнення ККУ новими статтями; б) підвищення санкцій за окремі злочини; в) лібералізація відповідальності за деякі діяння; г) часткове розширення кваліфікованих видів складів.

України «Про вибори народних депутатів України» від 15 травня 2003 р., абзац перший ч. 3 після слів «завідомо неправильно» доповнити словами: «встановлення чи»; ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (Відомості Верховної Ради України, 2005, № 16, ст. 260) від 3 березня 2005 р. абзац перший ч. 1 ст. 384, 385 ККУ після слів «досудового слідства» доповнити словами: «здійснення виконавчого провадження»; ЗУ «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо захисту прав інтелектуальної власності» (Відомості Верховної Ради України, 2006, № 26, ст. 211) від 9 лютого 2006 р., у ст. ст. 176, 177, 229 ККУ: в абзаці першому частини першої слова «у великому розмірі» замінити словами «у значному розмірі»; ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо правової охорони інтелектуальної власності стосовно виконання вимог, пов'язаних із вступом України до СОТ» (Відомості Верховної Ради України, 2007, № 44, ст. 512) від 31 травня 2007 р., абзац другий частин першої, другої та третьої ст. ст. 176, 177, 229 ККУ після слів «з конфіскацією» доповнити словами «та знищенням»; ЗУ «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо боротьби з ядерним тероризмом у зв'язку з ратифікацією Міжнародної конвенції про боротьбу з актами ядерного тероризму» (995_d68), (Відомості Верховної Ради України, 2007, № 34, ст. 447) від 24 травня 2007 р., в абзаці першому ч. 1 ст. 201 ККУ слова «радіоактивних або вибухових речовин» замінити словами «вибухових речовин, радіоактивних матеріалів»; Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом» (Відомості Верховної Ради України, 2010, № 29, ст. 392) від 18 травня 2010 р., у ст. 209: в абзаці першому ч. 1 слова «чи укладення угоди» замінити словами «чи правочину» та інші.

¹ Наумов А. Нормы других отраслей права как источник уголовного права // Законность. 2002. № 7. С. 38–42.

До несуттєвих: а) виправлені помилки, допущені при розробці Кримінального кодексу; б) зроблені редакційні уточнення.

Запропоновані депутатами Верховної Ради України зміни і доповнення до КК мають два напрями. Одне традиційне — розширення та посилення або пом'якшення кримінальної відповідальності. Інше — спеціалізація відповідальності шляхом виділення із загальних складів спеціальних, іншими словами, збільшення казуїстичності Кодексу.

Аналіз практики правотворчості показує, що проведення кодифікації не зупиняє правотворчої активності держави. Зміна законодавства часто проводиться без накопичення емпіричної бази, достатньої для обґрунтування висновку про необхідність вдосконалення законодавства. Державі буває зручніше вирішувати поточні проблеми не у відповідності з чинною редакцією кримінального закону, а вносячи зміни і доповнення до нього.

Установка на інтенсивне вдосконалення кодифікованого кримінального закону отримує обґрунтування в юридичній літературі. Наприклад, Н. Б. Алієв вказував на необхідну безперервність правотворчого процесу. Причому аргумент своїх можливих опонентів про дестабілізацію законодавства автор вважав спрямованим на підтримку власного висновку: «...необхідність постійного здійснення правотворчого процесу цілком поєднується з можливістю створення стабільності кримінального закону. Більш того, вона забезпечує йому стабільність»¹. Мабуть, мають на увазі законодавця зі здоровим глуздом, який стане змінювати законодавство саме тоді, коли це необхідно, і тільки з метою стабілізації ситуації.

І тим не менш повторюваність прийняття чергових законів про зміну й доповнення ККУ, навіть коли кожен з них окремо продиктований необхідністю вирішення якої-небудь соціально напруженої ситуації, яка в цілому має негативні наслідки. Руйнується створена при кодифікації система законодавства, впроваджується свідомо звичайність динамічного розвитку, а не стабільного законодавства. Кодифікований кримінальний закон, недосконалість якого підтверджується при обґрунтуванні внесених змін, втрачає свою авторитетність. Держава може тим чи іншим чином відреагувати на зміни в суспільних відносинах, але не обов'язково і не в першу чергу визначаючи нові правила кримінальної відповідальності. Логічними та обґрунтованими видаються судження Г. А. Злобіна про неможливість змінювати кримінальне законодавство «методом проб і помилок, спираючись виключно на

¹ Алієв Н. Б. Теоретические основы советского уголовного правотворчества: [монография]. Ростов-на-Дону: Изд-во Ростов. ун-та, 1986. С. 89.

здоровий глузд», і що «в результаті розвитку системи права, ускладнення регульованих відносин і зростання обсягу нормативного матеріалу подальше вдосконалення законодавства вимагає системного підходу і міцної наукової основи»¹.

Адже правильно вносити зміни і доповнення до ККУ у міру виявлення такої необхідності, а не пізніше, коли буде накопичена в достатньому обсязі правозастосовна практика.

Незважаючи на те, що кодифікована правотворчість має переваги перед поточною, обидві форми необхідні у кримінально-правовому регулюванні. Змінюючи законодавство з урахуванням реально мінливої ситуації, заповнюючи виявлені прогалини, законодавець свідомо допускає порушення створеної при кодифікації системи законодавства, щоб уникнути більшої загрози дестабілізації суспільних відносин в умовах повторення кодифікації. Разом з тим спрямованість зусиль держави на вдосконалення кримінального законодавства не повинна поєднуватися з установкою на безперервний правотворчий процес.

Недостатня наукова обґрунтованість практики законотворчості має історичні передумови. Довгі роки наукові рекомендації залишалися незатребуваними в законотворчому процесі, вченим відводилася роль виконавців: втілювати чужу політичну волю при створенні нормативних актів і коментаторів кодексів. Сприятлива обстановка для розробки теоретичних основ правотворчого процесу склалася в кінці 50-х рр., коли готувалася загальна кодифікація правової системи, принципами якої були заявлені демократизм і наукова обґрунтованість. Протягом десяти років була забезпечена наукова база для підготовки законопроектів. Слід зазначити, що дослідження здійснювалися без урахування галузевої своєрідності законопроектів. Існує багато робіт, присвячених науковому обґрунтуванню конкретних кримінально-правових норм, але до цих пір не створена загальна теорія кодифікації стосовно всієї системи норм кримінального права.

У загальній теорії права правотворчість зазвичай визначається як форма державної діяльності, спрямованої на створення правових норм, а також їх подальше вдосконалення, зміну або скасування. Відповідно до предмета теорії правотворчості належать

¹ Злобин Г. А. Научное обоснование уголовного правотворчества // Основания уголовно-правового запрета (криминализация и декриминализация). Москва: Наука, 1982. С. 211.

його поняття і принципи, види правотворчої діяльності, стадії правотворчого процесу, законодавча техніка¹.

Н. Б. Алієв до предмета правотворчості у кримінальному праві включив «діяльність різних органів і громадських організацій щодо пошуку оптимальних кримінально-правових правил і створення кримінально-правових норм щодо вдосконалення і розвитку кримінального законодавства і окремих його галузей, а також процес вироблення елементів суспільної та групової правосвідомості, що мають відношення до законодавчої діяльності, організаційні, інформаційні, ресурсні та правові основи функціонування громадської думки, методику розробки кримінально-правових норм»².

Уявляється, що основним завданням правотворчого процесу є втілення державної волі в правові норми, створення системи правових відносин і активний правовий вплив на поведінку їх суб'єктів. Названі завдання передбачають широкий підхід до визначення предмета теорії правотворчості, в який повинні включатися не тільки знання про законодавче вираження правових норм, про організаційно-процесуальні норми підготовки і прийняття законопроектів, але і фундаментальні знання про механізм правового регулювання. Правотворчість є частиною правового регулювання та основні характеристики механізму правового регулювання важливі для розуміння основ і закономірностей правотворчості.

Головні завдання кодифікації — зведення правових норм галузі права в єдиний законодавчий акт, надання йому властивостей системності, стійкості та ефективності.

Проблема законодавчої форми кримінально-правової норми не зводиться до проблеми тексту закону і має швидше фундаментальний характер, ніж прикладний. На ефективності правових норм неминуче позначається те, наскільки повно і адекватно у процесі законодавчої регламентації враховані обсяг і специфіка відносин, що регулюються, оптимальний вибір способів правового регулювання. Суть кодифікації точніше відображається терміном «правотворчість», а не «законотворчість», стосовно основ теорії кодифікації **повинні визначатися**, виходячи з фундаментальних, а не прикладних проблем правового регулювання.

Проблема сталого розвитку є достатньо новою конструкцією, а тому в межах сучасних дослідницьких підходів немає належної

¹ *Общая теория права: учебник* / под общ. ред. А. С. Пиголкина. Москва: Изд-во МГТУ им. Н. Э. Баумана, 1995. С. 303.

² *Алиев Н. Б. Теоретические основы советского уголовного правотворчества: [монография]*. Ростов-на-Дону: Изд-во Ростов. ун-та, 1986. С. 91.

розробки, що тим самим обумовлює доцільність її методологічного обґрунтування в межах сучасної кримінально-правової науки.

Почнемо з того, що вперше поняття сталого розвитку почали досліджувати як оптимізаційну модель суспільного розвитку, це обґрунтував у 1971 р. **Дж. Форрестер у своїх працях, присвячених** дослідженням кризи соціально-економічних та екологічних систем, представлених в математичній моделі глобального розвитку «Світ–2»¹. Пізніше ці дослідження мали продовження у працях вчених під керівництвом Д. Медоуза, у яких було розроблено модель «Світ–3», яка безпосередньо стосувалась утвердження стабілізаційних принципів розвитку сучасного суспільства шляхом досягнення «глобальної рівноваги»². Ця ідея також мала розвиток у концепціях вчених Римського клубу, під керівництвом американського вченого М. Месаровича та німецького вченого Е. Пестеля, які проводили дослідження в межах проекту «Стратегія виживання», безпосередньо досліджуючи критерії розвитку розвинутих держав та тих, які перебувають на етапі розвитку³. Окреслені вченими проблеми також мали широку розробку у багатьох країнах світу, в тому числі і радянськими⁴.

Як видно з наведених даних, сталий розвиток включав у себе стабілізаційні принципи розвитку (динаміку і статику) для утримання рівноваги розвитку розвинутих держав.

Вперше конкретизовано проблема сталого розвитку була озвучена у 1992 р. **на конференції ООН з питань природного середовища та розвитку в Ріо-де-Жанейро**, тут же представниками 179 держав було прийнято програму економічного та соціального розвитку людства у майбутньому столітті, сформульовану у документі «Порядок денний на XXI століття». В основі цієї програми лежала концепція сталого розвитку, яка передбачала «модифікацію біосфери та застосування людських, фінансових, живих та неживих ресурсів для задоволення людських потреб та покращення якості життя»⁵. Логічним продовженням цього документа стало

¹ *Форрестер Дж.* Мировая динамика. Москва: Мир, 2007. С. 511.

² *Working group on California earthquake probabilities. Seismic hazard in Southern California: probable earthquakes (1994 to 2024)* // Bull. Seism. Soc. Amer. 1995. Vol. 85, N 2. P. 379–439.

³ *Strategies for Sustainable Development: editor Steve Maguire / an explanatory Handbook 276-440/640, McGill University, Faculty Management. Montreal, Canada, 2001. P. 289.*

⁴ *Математические модели глобального развития* / В. А. Егоров, Ю. Н. Каллистов, В. Б. Митрофанов, А. А. Пионтовский. Ленинград: Гидрометеиздат, 1980. С. 168.

⁵ *Порядок дій «Порядок денний на XXI століття»: прийнятий Генеральною Асамблеєю ООН («Agenda 21»)*. Київ: Інтелсфера, 2000. С. 156.

прийняття на Всесвітньому саміті по сталому розвитку в Йоганнесбурзі у 2002 р. «Плану виконання рішень на найвищому рівні», у якому були визначені конкретні заходи та часові інтервали їх реалізації: 2005–2015 рр. оголошувались декадою переходу світу до сталого розвитку¹.

Звідси слідує, що, коли розвивається суспільство — погіршується природне середовище з різних причин, тому потрібно було знайти **баланс** між природою та економічним, соціальним розвитком людства, що і відобразилося в Концепції сталого розвитку ООН.

Прийняття Концепції сталого розвитку має три визначальні **складові**: екологічну, економічну та соціальну, недооцінення рівнозначності кожної із яких може призвести до певних перекосів у забезпеченні сталого розвитку сучасного суспільства. З огляду на це, «активний розвиток економіки при слабкому розвитку екологічного та соціального напрямів призведе до порушення сталості розвитку... неможливо забезпечити покращення умов життя, якщо нарощення могутності економіки не буде супроводжуватись скороченням техногенного навантаження на людину та вирішенням соціальних проблем у житті суспільства»². Звідси випливають три основні задачі реалізації Концепції — забезпечення росту економіки за умови одночасного покращення екологічної ситуації та вирішення соціальних питань.

У такий спосіб нами було наведено поняття, складові та задачі Концепції сталого розвитку з питань природного середовища.

У межах сучасних дослідницьких підходів поняття «сталий розвиток» («sustainable development») є предметом окремого аналізу вчених у сфері природничих і гуманітарних наук і буквально перекладається як «тривалий розвиток на власній основі», «сам себе підтримуючий тривалий розвиток». У межах аналізу даного поняття сформувалась значна кількість визначень сутності поняття «сталий розвиток», якими вчені описали процеси розвитку та рівні організаційних систем (біологічних, соціально-економічних, політичних, географічних). На думку З. Греффа, «сталий розвиток — це концепція, ідеологія, реакція світового співтовариства на кризові явища у біосфері, економіці, сфері міжнародних відно-

¹ План дій на XXI в.: декларація, прийнята на Всесвітній зустрічі на вищому рівні по усталому розвитку (Йоганнесбург, Южна Африка, 26 авг. — сент. 2002 г.). URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/decl_wssd.shtml.

² Стратегія усталого розвитку: прийнята на самміте ООН 3–14 июня 1992 г. в г. Рио-де-Жанейро. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/riodecl.shtml.

син»¹. З огляду на це, сталий розвиток як нова форма соціальної динаміки стосується всіх сфер життєдіяльності людини і потребує науково-методологічної розробки проблем її запровадження. Не розробленим її аспектом залишається аналіз кримінальної науки, а саме охоронної функції кримінального права в умовах сталого розвитку, принципів сталого розвитку, доцільність обґрунтування яких і визначила методологічний інтерес даного дослідження.

Для більшості вчених у контексті дослідження проблеми сталого розвитку першочергове значення посідало обґрунтування та розробка відповідних сценарних методик переходу до умов сталого розвитку. Важлива роль у даному напрямі належить «базовому сценарію інерційного розвитку», який включає обґрунтування конкретних заходів для забезпечення умов сталого розвитку. У протилежному випадку відсутність такого «сценарію» призведе до кризи.

Х. А. Барлібаєв має власне бачення та підходи до поняття «сталий розвиток», під яким розуміє концепцію, теорію про можливість збалансованого, динамічного стану та розвитку світового співтовариства у єдності з оточуючим середовищем у межах соціоприродної системи, який оцінюється за певними критеріями чи індикаторами². Це свідчить про те, що сталий розвиток є концепцією, яка усуває будь-які прояви нестабільності системи.

Подібна думка щодо сутності поняття сталого розвитку також була висловлена П. Самуельсоном, під яким він розумів урівноважений розвиток, при якому зберігається здатність суспільства до саморегуляції³. Тому, виходячи із цього, ми можемо розуміти під сталим розвитком збалансовану динаміку системи.

Цікавим також у методологічному відношенні є підхід Д. Стигліца, в межах якого сталий розвиток розглядається як «розвиток, який має дозволити людству уникнути можливого передчасного зникнення з Землі в результаті самознищення під впливом власних варварських дій стосовно оточуючої дійсності»⁴. На думку експертів ООН, сталий розвиток являє собою «такий розвиток,

¹ Transparency International по Индексу неспрозрачности 2010. URL: <http://transparency.org.ru/CENTER/DOC/OpacityIndex2001.doc>.

² Барлібаєв Х. А. Глобализация: за или против устойчивого развития? Москва: Изд-во РАГС, 2005. С. 200.

³ Reduction and predictability of natural disaster / eds. J. B. Rundle, D. L. Turcotte, W. Klein // Proceedings of the workshop «Reduction and predictability of natural disasters». Santa Fe, New Mexico, 2005. January.

⁴ Западная экономическая социология: хрестоматия современной классики / сост. и науч. ред. В. В. Радаев; пер. М. С. Добряковой и др. Москва: Рос. пол. лит. энцикл. (РОССПЭН), 2004. 711 с.

який задовольняє потреби теперішнього часу, але й не ставить під загрозу здатність майбутніх поколінь задовольняти свої власні потреби»¹. Таке розуміння змісту також підтверджується програмними документами ЮНЕСКО, де чітко сформульовано основні завдання сталого розвитку: «розквіт, справедливість та здорове оточуюче середовище, що є мрією для кожної сучасної людини... сталий розвиток робить можливим реалізацію цієї мети за допомогою правильно здійсненого вибору та правильної політики держав, спрямованих на вирішення трьох взаємопов'язаних завдань: досягнення економічного росту, охорону оточуючого середовища; досягнення соціальної справедливості»².

Одним із найбільш відомих на пострадянському просторі ідеологів утвердження концепції сталого розвитку В. І. Даниловим-Данільяном запропоновано визначення сталого розвитку як «такого розвитку, який не виводить глобальну цивілізацію за межі господарчої ємкості біосфери... він не викликає у біосфері процесів руйнування, результатом якого може стати виникнення умов, для людини принципово неприйнятних»³.

З вищенаведених понять нами сформульоване власне бачення даного поняття: сталий розвиток — це керований системно-збалансований розвиток, який не руйнує, а збалансовує ту чи іншу систему.

Якщо взяти за основу дане визначення і застосувати його до норм кримінального законодавства, то сталим розвитком кримінального законодавства слід вважати розвиток, узгоджений із кримінальною політикою, панівною ідеологією та законами України.

Може постати питання — навіщо ж кримінальному законодавству потрібен сталий розвиток? Для відповіді на це запитання ми знову повернемося до тезису В. О. Навроцького, а саме того, що за змінами в ККУ не встигають стежити не лише пересічні громадяни, працівники правозастосовчих органів, але і науковці. Можливо, з першого погляду, здається, що вдосконалення кримінального законодавства є благим помислом законодавця. І не-

¹ *Наше общее будущее: доклад Междунар. комиссии по окружающей среде и развитию (МКОСР): пер. с англ. / под ред. и с послесл. С. А. Евтеева и Р. А. Перелета. Москва: Прогресс, 1989. С. 315.*

² *Education for Sustainable Development (ESD). URL: <http://www.unesco.org/new/en/education/themes/leading-the-international-agenda/education-for-sustainable-development>.*

³ *Данилов-Данильян В. И., Лосев К. С. Экологический вызов и устойчивое развитие. Москва: Прогресс—Традиция, 2000. С. 401.*

має сумніву, що даний процес буде продовжуватися і надалі, так як суспільство розвивається, має різні потреби і т. ін.

Адже ми добре розуміємо, що не всі ці зміни мають об'єктивні підстави, тобто пов'язані із змінами у кримінальній політиці, були соціально обумовлені. Деякі з них можна розглядати як виправлення раніше допущених законотворчих помилок, інші пояснюються змінами умов життя і динамікою суспільно-економічних реалій. Однак останні роки криміналізації і декриміналізації діянь відбувалися дуже часто спонтанно і імпульсивно.

Очевидно, що однією з причин частих змін у кримінальному законодавстві слід розглядати його недостатню повноту і визначеність, які є важливим чинником функціонування будь-якої галузі законодавства. Недотримання цих вимог у сфері кримінального законодавства об'єктивно сприяє появі в ньому дефектів. Тому, звичайно воно буде і надалі змінюватися та доповнюватися. Але наша задача полягає в тому, щоб підвищити якість кримінального законодавства України. Тобто щоб ККУ характеризувався не динамікою чи статикою окремо, а діалектично поєднував у своєму розвитку зазначені два процеси, що можна назвати сталим розвитком, за наявності якого ККУ хоча і змінюється, але це відбувається відповідно до кримінальної політики та панівної ідеології, прогнозовано та не порушує кодифіковану систему кримінального закону та процесів його реалізації.

При сталому розвитку текст КК не змінюється, проте є динаміка.

Ціллю концепції сталого розвитку є якісне покращення кримінального законодавства, його адекватність актуальним кримінальним загрозам і провідним тенденціям у розвитку злочинності та відродження авторитету кримінального закону.

Задачу концепції сталого розвитку повинна становити нечаста, нехаотична, виправдана зміна Кримінального кодексу України.

Основну роль в концепції сталого розвитку відіграє кримінальна політика.

За останні роки зміни до ККУ відбувалися, як можна спостерігати з попередніх досліджень питання динаміки охоронної функції кримінального права, на потребу кримінальної політики, але остання, що не є секретом, прямолінійно залежить від державної політики. І яка з приходом до влади нового керівника держави динамічно змінюється. Що свідчить про незрозумілий вектор її впливу. У свою чергу, як справедливо зазначає у своїх дослідженнях В. О. Туляков, «динамічністю кримінальної політики, що забезпечує хаос правової регуляції кримінально-правових відносин,

є тенденції неузгодженого з потребами практики внесення змін та доповнень до діючого КК (категоризація злочинів), введення інституту кримінальних проступків, по-перше, до нового КПК України, без відповідного вирішення питання у матеріальному праві, що нівелює принцип стабільності кримінально-правових відносин та послідовності законотворчої діяльності»¹.

Тому, в першу чергу, умовою ефективності кримінально-правової політики повинна бути її стабільність, яка передбачає правову визначеність і прогнозованість кримінального законодавства і практики його застосування. Стабільність державної оцінки суспільно небезпечної поведінки та підходів до визначення заходів кримінально-правового впливу не повинна протирічити вимогам відповідності кримінального законодавства соціальним умовам, що динамічно змінюються. Тому дотримання балансу між стабільністю і динамікою становить важливий аспект і для кримінально-правової політики.

¹ Туляков В. А. Генезис уголовного права и диалектика рекодификации // Правове життя сучасної України: матеріали Міжнар. наук. конф. проф.-викл. складу (м. Одеса, 20–21 квіт. 2012 р.). / відп. за вип. В. М. Дрьомін; НУ ОЮА. Одеса, 2012. Т. 2. С. 211–213.

Традиційно термін «кримінальне право» вживається у трьох контекстах: як галузь права, галузь законодавства (кримінальний закон) та напрям знань (відповідна наука і навчальна дисципліна)¹.

Хоча останнім часом можна зустріти й принципово інакший погляд на сутність кримінального права.

Так, М. І. Хавронюк робить сміливу і абсолютно безпрецедентну в науковій літературі заяву про те, що кримінальне право є фікцією і як галузь права не існує взагалі².

Аргументи «рго», з точки зору вченого, дослівно є такими: «Поняття «кримінальне право» загалом стає нонсенсом, оскільки воно не має жодного відношення до прав людини, які є основою і змістом природного Права. Замість того, щоб створювати, наповнювати і вивчати систему знань про те, що є злочином, а що ним не є, про покарання та інші правові наслідки вчинення особою злочину і про альтернативні можливості розв'язання кримінального конфлікту, ми говоримо про безглуздий феномен, дефініція якого складається з двох слів, які в принципі не повинні поєднуватись — «злочин» і «право». Що передбачає таке їх протиприродне поєднання? Право вчиняти злочин? Право не вчиняти злочин? Право захищатися від злочину? Ні, ні і ще раз ні. Якщо йдеться про привласнене державою «право» карати за злочин, то нагадаємо: на відміну від людини держава не має жодних прав — виключно завдання, обов'язки та повноваження, необхідні для виконання цих завдань й обов'язків. Єдині права, які передбачені «кримінальним правом» — це право необхідної оборони, право заподіяти певну шкоду в умовах затримання зло-

¹ Уголовное право России. Общая часть: учебник / под ред. Н. М. Кропачева, Б. В. Волженкина, В. В. Орехова. Санкт-Петербург: Изд. дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2006. С. 11.

² Хавронюк М. Дещо про сутність кримінального права (інакший погляд) // Юридичний вісник України. 2013. № 12. С. 4.

чинця, крайньої необхідності, виконання наказу тощо, а також право бути звільненим за певних умов від кримінальної відповідальності, від покарання чи його відбування. Але зміст цих прав, очевидно, не є основним змістом цієї галузі юриспруденції. Основним її змістом є положення, що визначають, що саме є злочинами і які покарання можуть бути призначені за злочини»¹.

На думку М. І. Хавронюка, існує лише кримінальне законодавство (кримінальний закон) як галузь законодавства та відповідна наука і юридична навчальна дисципліна².

Вважаємо, що точка зору такого авторитетного вченого, як М. І. Хавронюк, безперечно заслуговує на повагу. Вона підтверджує те, що усталений зміст, який вкладається у термін «кримінальне право», дещо неспівпадає з його етимологічним звучанням.

Однак якщо підходити до інтерпретації галузей права з суто етимологічних позицій, то можна поставити під сумнів їх переважну більшість. У всякому разі ті з них, що відносяться до сфери публічного права і включають елементи державного примусу у якості базового засобу впливу на суспільні відносини (наприклад, адміністративне право), що саме по собі є алогічним.

Тому далі ми дозволимо собі відштовхуватися від «тримірного» бачення сутнісних параметрів кримінального права.

Продовжуючи розмірковування в межах заявленої тематики, слід зазначити, що найбільш дискусійним аспектом у цій сфері залишається питання про розрізнення кримінального права як галузі права та кримінального права як галузі законодавства (кримінального закону).

Загалом же проблематика співвідношення права і закону має важливе значення не лише в теорії держави та права, а й на галузевому рівні. Адже від формату її вирішення багато в чому залежить якість та сфера наукових пошуків у кримінально-правовій площині, а отже і контекстність кримінального права як напряму знань (його третій вимір).

Якщо ж охарактеризувати ситуацію з точки зору наявних проблем сьогодення, то має рацію В. А. Навроцький в тому, що панівна більшість опублікованих з кримінального права наукових праць написана з позитивістських позицій, вони полягають переважно у коментуванні чинного законодавства та незчисленних пропозиціях щодо змін, доповнень, уточнень тих чи інших статей КК України. Водночас майже не аналізуються концептуальні

¹ Хавронюк М. Дещо про сутність кримінального права (інакший погляд) // Юридичний вісник України. 2013. № 12. С. 4.

² Там само.

кримінально-правові положення, продовжується багато схоластичних спорів при вирішенні часткових аспектів, які стосуються злочинності і караності, дослідники повсякчас натрапляють на невирішені загальні питання¹.

Ми також вже писали про те, що «...на фоні постійного збільшення кількості наукових публікацій із кримінального права спостерігається відсутність сучасної парадигми кримінально-правової науки, втрата її філософського підґрунтя, поверхневність і безсистемність наукових пошуків, панування в них юридичного позитивізму, методологічна невизначеність»².

Тривалий час вітчизняна кримінально-правова доктрина стояла на позиціях юридичного позитивізму у сфері праворозуміння. Більшість спеціалістів розглядали кримінальне право як систему кримінально-правових норм.

До прикладу, А. А. Пионтковський вважав, що кримінальне право — це «...галузь радянського права, котра визначає, які діяння визнаються Радянською державою злочинами і які покарання можуть бути застосовані за їх вчинення»³.

На думку М. Д. Шаргородського, кримінальне право являє собою систему встановлених і санкціонованих соціалістичною державою норм, які визначають найбільш небезпечні для трудящих і соціалістичного правопорядку діяння (злочини) та умови призначення і застосування заходів покарання за їх вчинення»⁴.

З точки зору М. І. Ковальова, кримінальне право є сукупністю норм (правил поведінки), встановлених вищими органами державної влади СРСР в інтересах усього радянського народу, та таких, що визначають найбільш суспільно небезпечні діяння (злочини), умови і порядок застосування покарань до осіб, що їх вчинили»⁵.

¹ Навроцький В. Кримінальне право і кримінальне законодавство: співвідношення понять // Право України. 2011. № 9. С. 20.

² Вечерова Є. М. «Науковий супровід» кримінальної законотворчості: сучасний стан і перспективи подальшого розвитку // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція». 2015. Вип. 15, т. 2. С. 88.

³ Пионтковский А. А. Предмет, метод и содержание науки советского уголовного права // Курс советского уголовного права / под ред. А. А. Пионтковского, П. С. Ромашкина, В. М. Чихвадзе. Москва: Юрид. лит., 1970. Т. 1. С. 7.

⁴ Шаргородский М. Д. Введение. Предмет, система и метод науки уголовного права // Курс советского уголовного права (часть Общая). Ленинград, 1968. Т. 1. С. 8.

⁵ Ковалев М. И. Советское уголовное право. Курс лекций. Вып. 1. Введение в уголовное право. Свердловск. 1971. С. 18.

П. І. Грішаєв та Б. В. Здравомислов визначали кримінальне право як «...сукупність встановлених кримінальним законодавством СРСР та союзних республік юридичних норм, що виражають волю тринадцяти, мають своїм завданням охорону радянського суспільного та державного устрою, соціалістичної власності, особистості і прав громадян, усього соціалістичного правопорядку, що визначають злочинність і караність суспільно небезпечних діянь, підстави, правила та умови притягнення до кримінальної відповідальності, призначення покарання та звільнення від нього, а також регулюючих участь радянської спільноти у боротьбі із злочинними правопорушеннями, в перевихованні та виправленні злочинців»¹.

Як це не парадоксально, але підходи до визначення кримінального права за останні десятиліття практично не змінилися².

Так, П. Л. Фріс під кримінальним правом розуміє «...сукупність кримінально-правових норм, що визначають загальні принципи, умови та підстави кримінальної відповідальності; коло діянь, які внаслідок високого рівня суспільної небезпеки визнаються злочинами, види і розміри покарання та інші види кримінально-правового впливу, що застосовуються до осіб, які визнані винними у їх скоєнні, а також підстави та умови звільнення від відповідальності та від покарання»³.

Колектив харківських вчених криміналістів Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого (Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін.) також дефінують кримінальне право виключно через систему (сукупність) правових норм, які встановлюють правила поведінки людей у суспільстві⁴.

А. В. Наумов хоча й пов'язує кримінальне право із правом на свободу, однак обмежує її кримінально-правовими нормами — дозволами⁵. Загалом же вчений вважає, що кримінальне право — це «...галузь права, що об'єднує правові норми, котрі встановлюють, які діяння є злочинними та які покарання або інші заходи кримінально-правового впливу застосовуються до осіб, що їх вчинили,

¹ Грішаев П. И., Здравомыслов Б. В. Понятие, предмет, метод и система советского уголовного права. Москва, 1961. С. 7.

² Кауфман М. Уголовное право и уголовный закон (вопросы теории) // Уголовное право. 2001. № 4. С. 33.

³ Фріс П. Л. Кримінальне право України. Загальна частина: підруч. для студентів вищ. навч. закл. 2-ге вид., допов. і перероб. Київ: Атіка, 2009. С. 4.

⁴ Кримінальне право України. Загальна частина: підручник / Ю. В. Баулін та ін.; за ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. 4-ге вид., перероб. і допов. Харків: Право, 2010. С. 10.

⁵ Наумов А. В. Российское уголовное право: курс лекций. В 3 т. Т. 1. Общая часть. 5-е изд., перераб. и доп. Москва: Волтер Клувер, 2011. С. 20.

визначають підстави кримінальної відповідальності та звільнення від кримінальної відповідальності і покарання»¹.

А. Е. Жалінський впевнений, що кримінальне право — це «...сукупність, сума приписів, закріплених в законі або іншому тексті, який визнається джерелом права, та таких, що визначають, які діяння визнаються злочинними, які заходи кримінально-правового характеру і при наявності яких передумов можуть призначатися при вчиненні окремою особою забороненого кримінальним правом діяння»².

Н. О. Лопашенко характеризує кримінальне право як «...сукупність норм про злочин та кримінально-правові наслідки його вчинення — кримінальну відповідальність та інші заходи кримінально-правового впливу, за допомогою яких здійснюється регулювання кримінально-правових відносин, пов'язаних із охороною важливих для особистості, суспільства і держави суспільних відносин від злочинних посягань, із попередженням останніх, і з регламентацією відносин, порушених вчиненням злочином, із урахуванням особистості винного та обставин справи»³.

О. І. Бойцов з приводу визначення кримінального права резюмує, що воно охоплює собою всю сукупність кримінально-правових норм, які виражаються в законах та інших, що визнаються державою джерелах, які утворюють цілісність внаслідок якісної однорідності суспільних відносин, котрі ними регулюються, та єдиного методу регулювання⁴.

Ю. В. Голік, аналізуючи структуру кримінального права, стверджує, що воно містить 1) поняття та види злочинів; 2) поняття та види покарань, які накладаються за вчинення злочинів; 3) загальні засади і правила призначення покарання; 4) суб'єкт злочину — особа, яка вчинила злочин та може бути піддана кримінальному покаранню; 5) порядок та види звільнення від кримінальної відповідальності та (або) покарання; 6) підстави та порядок застосування заходів кримінально-правового впливу, не пов'язаних із покаранням»⁵.

¹ Наумов А. В. Российское уголовное право: курс лекций. В 3 т. Т. 1. Общая часть. 5-е изд., перераб. и доп. Москва: Волтер Клувер, 2011. С. 17.

² Жалинский А. Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: Проспект, 2009. С. 13.

³ Лопашенко Н. А. Основы уголовно-правового воздействия: уголовное право, уголовный закон, уголовно-правовая политика. Санкт-Петербург: Юрид. центр Пресс, 2004. С. 43—44.

⁴ Уголовное право России. Общая часть: учебник / под ред. Н. М. Кропачева, Б. В. Волженкина, В. В. Орехова. Санкт-Петербург, 2006. С. 12.

⁵ Уголовное право Российской Федерации. Общая часть: учебник / под ред. О. Н. Ведерниковой, С. И. Никулина. Санкт-Петербург, 2005. С. 10.

В підручнику з кримінального права України за редакцією А. С. Беніцького, В. С. Гуславського, О. О. Дудорова, Б. Г. Розовського під останнім пропонується розуміти «...сукупність систематизованих однорідних правових норм, покликаних забезпечити охорону людини, суспільства й держави від найнебезпечніших деструктивних посягань — злочинів»¹.

Перелік визначень кримінального права, сформульованих у подібному ключі, можна продовжувати й далі.

Як бачимо, основний масив існуючих дефініцій кримінального права обмежений параметрами кримінального законодавства.

Однак, якщо виходити із того, що право і закон хоча б чимось різняться, то логічно випливає висновок, що такі визначення кримінального права не в повній мірі розкривають його зміст².

Право значно ширше за колом охоплюваних явищ та багатше за змістом, ніж закон, як формальне джерело права. Це було помічено ще багато століть тому.

Зокрема, один із найбільш універсальних мислителів в історії, Арістотель (384–322 рр. до н. е.), виступаючи проти зведення усього права до права волеустановленого (умовного права), під останнім розумів усе те, що в послідуєчому слововжитку стало позначатися як позитивне (писане та неписане) право³.

І. Кант розрізняв у праві три категорії: природне право, що має своїм джерелом самоочевидні апріорні принципи; позитивне право, джерелом якого є воля законодавця; справедливість — домагання, не передбачене законом і тому не забезпечуване примусом. Природне право він розглядав як моральний ідеал, що існує над позитивним правом (законом)⁴.

Концепції диференціації права і закону дотримувався й Гегель. Законодавство, на його думку, може спотворити зміст права. Те, що є законом, може бути відмінним від того, що є правом⁵.

В умовах посткласичної раціональності, яка характеризує особливості розвитку науки на сучасному етапі, принципово змінюється відношення до наукового пізнання. Стосовно правової сфери це означає суттєве розширення предметного, міжпредметного

¹ Кримінальне право. Загальна частина: підручник / за ред. А. С. Беніцького, В. С. Гуславського, О. О. Дудорова, Б. Г. Розовського. Київ: Істина, 2011. С. 7.

² Мальцев В. В. Понятіе и место уголовного права в системе отраслей права // Государство и право. 2000. № 5. С. 50.

³ Аристотель. Этика. Политика. Риторика. Поэтика. Категории. Минск: Литература, 1998. С. 346.

⁴ Нерсесянц В. С. История политических и правовых учений: учеб. для вузов. Москва: Норма, 2007. С. 431–432.

⁵ Гегель Г. В. Ф. Философия права. Москва: Мысль, 1990. С. 250.

та метапредметного поля досліджень, формування принципово нової, нетрадиційної для правознавства наукової проблематики, проникнення в юриспруденцію теоретичних проблем та методологічних підходів, розроблених в інших гуманітарних науках¹. Низка проблем взаємозв'язку права із суміжними суспільними явищами, які традиційно вивчалися в соціальній філософії, соціології та культурології, поступово входять в предмет юриспруденції. Одночасно посилюється вплив гуманітарної методології на правові дослідження. Під впливом лінгвістичного та антропологічного повороту в гуманітарних науках основну увагу вчених стало займати вивчення проблем взаємовпливу права та людини (суспільство все більше стало сприйматися лише як сукупність окремих особистостей). Право стало вивчатися не стільки з точки зору його еталонної ролі, скільки в контексті значення для формування правомірної поведінки людини, але не в абсолюті, а лише в розумінні конкретного суб'єкта². Нормативне право, законодавство все більше стало сприйматися лише як міф³.

Інакше кажучи, на перший план в методології сучасної юриспруденції впевнено виходить аксіологічний (ціннісний) підхід, який являє собою загальну стратегію дослідження, що визначає розгляд права крізь призму його відповідності певним цінностям, що можуть забезпечуватися правом та бути його основою⁴. Згідно із даним підходом, цінності — це структурна першооснова права⁵.

На те, що концепт «право» в сучасному юридичному дискурсі є багатовимірним та не обмежується вузькими нормативними рамками, вказують і основні моделі праворозуміння (соціологічна, юснатуралістична, інтегративна, постмодерністська)⁶.

Вихідним постулатом соціологічної моделі праворозуміння є теза про те, що право формується в процесі життєдіяльності суспільства. Ефективність норм, що видаються державою, визначається їх соціальним попитом. Для соціологічної теорії права характерні: функціональний підхід до права; виокремлення пра-

¹ Скоробогатов А. В. Концепт «право» в российском юридическом дискурсе // Актуальные проблемы экономики и права. 2013. № 4. С. 233–234.

² Там само. С. 234.

³ Малахов В. П. Мифы современной общеправовой теории. Москва: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2013. С. 26–35.

⁴ Фальковський А. О. Аксіологічний підхід у методології сучасної юриспруденції: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.12. Одеса, 2011. С. 8.

⁵ Горобець К. В. Аксиосфера права: философский и юридический дискурс: монография. Одесса: Фенікс, 2013. С. 86.

⁶ Скоробогатов А. В. Концепт «право» в российском юридическом дискурсе // Актуальные проблемы экономики и права. 2013. № 4. С. 236–237.

вовідносин у якості основних найбільш суттєвих елементів права; «нетотожність» права закону (нормативно-правовому акту)¹.

Центральною ідеєю юснатуралістичної моделі праворозуміння є конституційні положення про пріоритет принципів міжнародного права та прав людини. При цьому перші ототожнюються з природним правом в об'єктивному сенсі, а другі — із природним правом в суб'єктивному сенсі. Зміст і легітимність позитивного, державно встановленого права визначається його відповідністю первинним наддержавним нормам (природному праву)². Звідси випливає два висновки: 1) державний примус виступає лише як додатковий та вторинний забезпечувач дії права; 2) позитивне право (законодавство) є лише частиною природного, в систему якого входять, окрім норм, правосвідомість та правовідносини³.

Квінтесенцією інтегративної моделі праворозуміння є синтез класичних моністичних теорій. Вона виходить з того, що право являє собою втілені в юридичних нормах і фактичних правових діях правові цінності, котрі визначають їх ефективність. Сучасне інтегративне праворозуміння передбачає поєднання нормативізму з природно-правовою та соціологічною юридичною доктриною⁴. Право, на думку прихильників інтегративного праворозуміння, не можна ототожнювати із його окремою складовою: із галуззю, із законом, із розумінням добра та зла, справедливостю та несправедливостю. Право — це інструментальна система, що має в достатній мірі нейтральний характер, в залежності від того, в яких історичних умовах відбувається застосування права, якими цільовими установками керується суб'єкт, результати правового впливу будуть різними⁵.

Базовим модусом постмодерністської моделі праворозуміння є уявлення про право як про багатомірне, багаторівневе явище, пізнати яке можливо лише на основі звернення до сучасних філософських концепцій (феноменології, герменевтики, екзистенціалізму), які дозволяють зрозуміти не лише онтологічні характеристики права, а й його глибинну сутність, гносеологічне,

¹ Скоробогатов А. В. Концепт «право» в российском юридическом дискурсе // Актуальные проблемы экономики и права. 2013. № 4. С. 236.

² Шафиров В. М. Естественно-позитивное право: введение в теорию. Красноярск: УЦ КрасГУ, 2004. С. 199.

³ Лукьянова В. М. Теория государства и права. Введение в естественно-правовой курс: учеб. пособие. Москва: Норма: ИНФРА-М., 2013. С. 53.

⁴ Честнов И. Л. Методология и методика юридического исследования: учеб. пособие. Санкт-Петербург, 2004. С. 32.

⁵ Скоробогатов А. В. Концепт «право» в российском юридическом дискурсе // Актуальные проблемы экономики и права. 2013. № 4. С. 237.

деонтологічне та аксіологічне значення для окремого індивіда та соціальної реальності в цілому¹.

Не вдаючись до абсолютизації переваг та недоліків кожної із вищенаведених моделей праворозуміння, лише зазначимо, що ми в жодному разі не протиставляємо право і закон, а радше констатуємо їх дуальну природу. У свою чергу, як вірно підкреслює С. І. Максимов, «...визнання дуальної природи права не є визнанням дуалізму права, тобто існування двох самостійних реальностей (природного і позитивного права), а являє собою визнання двох вимірів єдиного феномена права»².

Варто звернути увагу й на те, що ідея розрізнення права і закону знайшла підтримку не лише у науковому середовищі, й у правозастосовчій діяльності вищих судових національних та наднаціональних інстанцій.

Зокрема, із абз. 1 підп. 4.1 п. 4 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 69 КК України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 вбачається, що «...право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства...Таке розуміння права не дає підстав для його ототожнення із законом, який іноді може бути й несправедливим»³.

Крім того, своєрідним трендом в діяльності Європейського суду з прав людини як однієї з основних міжнародних правозахисних інституцій загальноєвропейської системи захисту прав людини є чітка позиція з розрізнення аспектів права у якості загальнолюдської цінності та оцінка певних ситуацій з точки зору національного законодавства (мова йде про якість національних законів)⁴.

¹ Честнов И. Л. Что есть право // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2013. № 3. С. 229–237.

² Максимов С. И. Что есть право? // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2013. № 1. С. 245.

³ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 КК України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004. URL: http://www.zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v491_323-10.

⁴ Тимченко Г. Практика Європейського суду з прав людини в аспекті реалізації принципу верховенства права // Право України. 2014. № 5. С. 203–212.

Це наочно видно на прикладі аналізу окремих категорій справ, розглянутих Європейським судом з прав людини.

Так, у справі «Хуттен-Чапска проти Польщі» Суд зазначив, що констатоване порушення є результатом структурної проблеми, пов'язаної з дисфункцією внутрішнього законодавства, для усунення якого держава-відповідач повинна передбачити у своєму внутрішньому правовому порядку законодавчі та/або інші заходи, які мають на меті створення механізму, що забезпечує справедливу рівновагу між інтересами власників, надавши їм можливість отримувати дохід від своєї власності, та загальним колективним інтересом, відповідно до норм про захист прав власності, що закріплені в Конвенції¹.

У Рішенні у справі «Церква Бессарабської митрополії та інші проти Молдови» від 13 грудня 2001 р. Суд наголосив, що поняття «встановлене законом» та «відповідно до закону» у ст. ст. 8–11 Конвенції вимагають не тільки того, щоб оскаржувані заходи мали певну підставу у внутрішньому праві, але і якість такого права, яке має бути належним чином доступним та передбачуваним за своєю дією та сформульованим з належною чіткістю, що дає можливість особам, у разі потреби, з належною правовою допомогою регулювати свою поведінку². Іншими словами, обмеження певного права, навіть у разі, коли воно відбувається відповідно до національного законодавства, може бути визнано неправовим, якщо визначені у законі підстави обмеження викладено таким чином, що це позбавляє особу можливості прогнозувати свою поведінку та передбачати її наслідки³.

Зі змісту справи «Круслен проти Франції» (Рішення Європейського суду з прав людини від 24 квітня 1990 р.) вбачається, що словосполучення «згідно із законом» ...передбачає певну якість такого закону, вимагаючи, щоб він був доступний для особи і вона могла передбачити наслідки його застосування до неї та щоб закон не суперечив принципам верховенства права⁴.

¹ *Хуттен-Чапска* проти Польщі: постановление Европейского суда по правам человека от 22 февр. 2005 г. // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2005. № 7. С. 41–45.

² *Коруц У. З.* Принцип правової визначеності як елемент права на справедливий судовий розгляд у контексті практики Європейського суду з прав людини // Часопис Київського університету права. 2012. № 3. С. 396.

³ Там само.

⁴ *Рішення* Європейського суду з прав людини у справі «Круслен проти Франції» від 26 квітня 1990 р. (заява № 11801/85). URL: <http://www.nsj.gov.ua/files/1384158454>.

Щодо рішень Європейського суду з прав людини стосовно України, то необхідно визнати, що Суд неодноразово звертав увагу на невідповідність чинного національного законодавства духові права як загальнолюдській цінності.

Наприклад, у Рішенні у справі «Слоєв проти України» від 6 листопада 2008 р. Суд визначив важливість «критерію передбачуваності» національного законодавства. Суд також нагадує, що «...практика, яка виникла у зв'язку із законодавчою прогалиною і яка зумовлює тримання особи під вартою протягом необмеженого і непередбачуваного строку за обставин, коли таке тримання не передбачається ні конкретним положенням законодавства, ні будь-яким судовим рішенням, сама по собі суперечить принципу юридичної визначеності»¹.

У Рішенні від 18 грудня 2008 р. в справі «Новік проти України» Європейський суд звернув увагу на вимогу «якості закону». Це означає, що коли національний закон передбачає можливість позбавлення свободи, то такий закон має бути достатньо доступним, чітко сформульованим і передбачуваним у своєму застосуванні для того, щоб виключити будь-який ризик свавілля².

Як ми вже зазначали, в науці кримінального права ідея широкого розуміння права, на жаль, покищо належного визнання так і не отримала.

Можна навести лише декілька поодиноких авторських позицій, що є трансцендентними по відношенню до нормативістської моделі праворозуміння.

Зокрема, відстоюючи постулати соціально-натуралістичної доктрини кримінального правознавства³, О. Костенко пише про те, що вона є протилежною «соціально-позитивістській» юриспруденції, котра культивує правову сваволу і правові ілюзії, сприяючи таким чином поширенню у суспільстві діянь, що руйнують соціальний (в тому числі правовий) порядок — основу людського благополуччя⁴. Під кутом зору соціального натуралізму, на його думку, право має розумітися як «...засіб узгодження суспільного

¹ *Рішення* Європейського суду з прав людини у справі «Слоєв проти України» від 6 листопада 2008 р. (заява № 17283/02). URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/974_433.

² *Рішення* Європейського суду з прав людини у справі «Новік проти України» від 18 грудня 2008 р. (заява № 48068/06). URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/974_433.

³ *Костенко О.* Злочин і відповідальність за нього у світлі соціального натуралізму (щодо соціально-натуралістичної доктрини кримінального правознавства) // Право України. 2010. С. 31–39.

⁴ *Костенко О.* Світоглядні основи кримінальної юстиції // Право України. 2014. № 5. С. 161.

життя людей із законами соціальної природи. У цьому — призначення права. А суть його полягає у визначених законами соціальної природи «природних свободах» і «природних обов'язках» людей, закріплених у формі писаного чи неписаного законодавства, звичаїв, релігійних норм, табу та інших соціальних правил, виконання яких забезпечується суспільними засобами»¹.

В. В. Мальцев переконаний, що кримінальне право як соціальне явище, на відміну від кримінального законодавства (лише одного із елементів предмета кримінального права), не може бути визначене без зв'язку із факторами, які його обумовлюють, без вказівки на його соціальне призначення та на реальні форми його суспільного існування². Продовжуючи свої розмірковування, автор додає, що при визначенні кримінального права, поряд із посиленням на нормативний блок, слід обов'язково робити вказівку на його функції (завдання) та принципи³.

М. Кауфман, погоджуючись із тим, що кримінальне право — це соціальне явище, яке значно ширше кримінального законодавства, до реальних форм його існування, крім кримінального закону, відносить правосвідомість, правотворчість та правозастосування⁴.

Ю. Є. Пудовочкін пише про те, що сучасне розуміння кримінального права повинно передбачати єдність трьох його компонентів: аксіологічного, інституційного та функціонального — та включати в себе кримінально-правові ідеї (принципи), кримінально-правові норми та кримінально-правові відносини⁵. У відповідності із цим, на його думку, в загальному вигляді кримінальне право може бути визначене, як «...заснована на ідеях законності, рівності, вини, справедливості та гуманізму система правових норм, що визначають злочинність та караність суспільно небезпечних діянь, а також кримінально-правових відносин, які виникають на їх основі»⁶.

М. С. Жук, в контексті аналізу утилітарності системного підходу для дослідження інститутів кримінального права, доходить

¹ Костенко О. Світоглядні основи кримінальної юстиції // Право України. 2014. № 5. С. 161.

² Мальцев В. В. Понятие и место уголовного права в системе отраслей права // Государство и право. 2000. № 5. С. 50.

³ Там само.

⁴ Кауфман М. Уголовное право и уголовный закон (вопросы теории) // Уголовное право. 2001. № 4. С. 34.

⁵ Энциклопедия уголовного права. Т. 1. Понятие уголовного права. Санкт-Петербург: Изд. Малинина, 2005. С. 157.

⁶ Там само.

обґрунтованих висновків про те, що логіка такого дослідження має йти не за лінією «від кодексу — до права», а, навпаки, «від права — до кодексу» з тим, щоб оцінити ступінь адекватності вмісту та структури кримінального закону вмісту і структурі кримінального права¹. Слідуючи логіці автора, «...у будь-який момент існує якби дві системи інститутів кримінального права: система, що закріплена в законі, та система, представлена у правосвідомості, відзеркалена, перш за все, в наукових публікаціях з проблем кримінального права» (мова йде про нормативно закріплене і ідеальне кримінальне право)².

З одного боку, наведені визначення об'єднує те, що всі вони позиціонують нетотожність понять «кримінальне право» і «кримінальний закон». А з іншого — ці визначення свідчать про наявність розбіжностей в поглядах на структуру змістовного поля кримінального права.

В даному випадку нам імпонує позиція теоретиків права, які вважають, що базові змістовні характеристики права виражаються через багатомірну єдність трьох його компонентів: функцій (цінностей), принципів (ідей) та норм³. При цьому, на наш погляд, функції, забезпечують динамізм кримінального права, принципи відповідають за його стабільність⁴, а нормативний блок є його зовнішнім проявом (формою/засобом об'єктивації в реальній дійсності).

Все вищенаведене ще раз підтверджує, що право не зводиться до закону, а має два рівні виміру: нормативний (закон) та ненормативний, який є більш глибинним та знаходить свій прояв у його функціях та принципах.

Визнання нетотожності категорій «кримінальне право» та «кримінальний закон» актуалізує постановку питання про їх відмінні риси.

Одним із перших українських вчених-криміналістів, який чітко поставив питання про необхідність розрізнення цих двох понять, був М. Й. Коржанський⁵. Він вказував, що:

¹ Жук М. С. Методология системного анализа институтов российского уголовного права // Общество и право. 2012. № 1. С. 133.

² Там само.

³ Гаврилова Ю. А. Методологические проблемы изучения смыслового поля права // Lex Russica. 2013. № 11. С. 1177.

⁴ Вечерова Є. М. Функції і принципи як категорії, що опосередковують динаміку та статичку кримінального закону // Науковий вісник Херсонського державного університету. 2014. Вип. 1, т. 3. С. 14—19.

⁵ Коржанський М. Й. Уголовное право Украины. Частина загальна: курс лекцій. Київ: Наук. думка, Укр. вид. група, 1996. С. 15.

— ототожнення права і закону — характерна ознака тоталітарної держави, у якій визнавалося, що особа має лише ті права і в тому обсязі, які дарує їй держава;

— уже римські юристи розрізняли «*jus*» — право та «*lex*» — закон;

— право існує окремо, незалежно від закону, і є первинним суспільним феноменом щодо закону, який є похідним від права;

— закон не створює права, причому не тільки несправедливий закон, а й будь-який. Право — це природне явище. У законі право набуває лише державно-офіційну форму;

— право існувало вже тоді, коли закону ще не існувало;

— сутністю права є не воля панівного класу, а суспільні уявлення про справедливість та прагнення до неї¹.

Під кутом зору різних пар філософських категорій блискуче зіставляє кримінальне право і кримінальний закон В. О. Навроцький.

На його переконання, кримінальне право як галузь права є змістом положень, які становлять його предмет, а кримінальний закон — формою, в якій вони отримали юридичну обов'язковість. При цьому зміст не може існувати без відповідної форми, а форма не може бути беззмістовною. Оскільки форму (закон) створюють люди з їх інтересами, уподобаннями, помилками, то форма в певний момент часу може не повністю відповідати змісту. Отже, існує діалектична суперечність між формою і змістом, яка зникає у процесі як вдосконалення законодавства, так і зміни уявлень суспільства про добро і зло, про суворість репресій, які припустимо застосовувати до злочинців, тощо².

Співвідношення кримінального права і кримінального закону, на думку вченого, яку ми цілком підтримуємо, може, і має розглядатися і під кутом аналізу таких співвідносних філософських категорій, як сутність і явище, необхідність і випадковість, можливість і дійсність. У кожній із пар названих категорій право відображається першою, а законодавство — другою³.

Відповідно, кримінальне право відображає внутрішню сутність явищ і процесів, які існують у сфері протидії злочинам, єдність усіх її властивостей і зв'язків, а кримінальне законодавство є пев-

¹ Коржанський М. Й. Уголовне право України. Частина загальна: курс лекцій. Київ: Наук. думка, Укр. вид. група, 1996. С. 15–19.

² Навроцький В. Кримінальне право і кримінальне законодавство: співвідношення понять // Право України. 2011. № 9. С. 21.

³ Там само.

ним зовнішнім відображенням (виявленням) протидії злочинам, є явищем, доступним безпосередньому сприйняттю і аналізу¹.

Водночас кримінальне право є виявом закономірностей, які існують з приводу визначення злочинного і незлочинного, наслідків вчинення відповідних діянь. А кримінальний закон у цьому аспекті є виявом випадковості — нестійких зв'язків, результатом пересічення чи збігу незалежних процесів або подій у сфері законотворчості, які доповнюють і не завжди адекватно відображають існуючі закономірності².

Взаємодію кримінального права і кримінального законодавства характеризує їхній розвиток і рух, що відображається у діалектиці можливості і дійсності. Будь-які ідеї, суспільні вимоги у сфері протидії злочинності і караності, як і їх унормування та практичне втілення, мають своє зародження, розвиток, розквіт, занепад та відмирання. Можливості, які закладені у праві, мають втілюватися у дійсність, тобто закон. Відповідно, дійсність (кримінальний закон) є реалізованою можливістю, яка була закладена у праві. Це знову ж таки підтверджує тезу про те, що кримінальне право не може бути втілене у життя саме собою, без того, щоб його вимоги не набули законодавчої форми. Зміна закономірностей, які лежать в основі можливостей, призводить до того, що й дійсність втрачає свою «розумність» і має замінюватися новою. А в аспекті співвідношення кримінального права і кримінального закону тенденції їх взаємодії і розвитку мають один вектор — право детермінує закон, а не навпаки³.

Підбиваючи підсумки своїх філософських розмірковувань, до найважливіших рис, які характеризують співвідношення кримінального права як галузі права і кримінального закону, В. О. Навроцький справедливо відносить наступне:

1) право — інструмент суспільства, а закон — держави. Кримінальне право виражає уявлення суспільства про злочинність, караність та суміжні поняття, а закон — вимоги держави в цій сфері;

2) галузь права — це система положень, які виробляються у суспільстві впродовж усього його розвитку. Закон — виражає волю та інтереси законодавця на конкретному етапі існування держави;

3) право більш стабільне і не прив'язане до сьогочасних потреб. Закон динамічний — він постійно змінюється, відображаю-

¹ Навроцький В. Кримінальне право і кримінальне законодавство: співвідношення понять // Право України. 2011. № 9. С. 21–22.

² Там само. С. 22.

³ Там само.

чи інтереси політично панівних законодавців чи лобістських груп щодо протидії певним посяганням. Водночас право (його принципи, основні аксіоми та постулати, які загалом є незмінними впродовж десятиліть і віків) є засобом стабілізації законодавства, убезпечує закон від необґрунтованих, волюнтаристських, зумовлених цьогохвилинними потребами змін;

4) закріплення в законі принципів, дефініцій є засобом втілення у ньому положень права, доказом того, що законодавець не свавільний при створенні законодавчих приписів, а обмежений правом;

5) джерелами кримінального права є багато актів, як писаних, так і неписаних. Джерелами кримінального закону — лише відповідний юридичний акт (на сьогодні в Україні — лише КК);

6) право складається з норм, а закон — зі статей, об'єднаних у більші структурні одиниці — розділи, частини. На загальну і особливу частини поділений закон, а не право. Неточно говорити про норми загальної чи особливої частини;

7) наявність суперечностей між правом і законом (коли з'являються «неправові закони») має зніматися у процесі законотворчості, а не застосування закону;

8) під час застосування кримінально-правових норм положення права (його принципи, положення, які закріплені в інших джерелах) можуть втілюватися лише в межах та в спосіб, який передбачений законом;

9) чим вищий рівень правозастосування, тим більшу роль у ньому відіграють положення права, а не закону;

10) у праві важливий «дух», який виводиться з системи положень, а в законі — «буква» — формулювання, яке дав законодавець;

11) не існує людей чи груп людей, які нав'язували б як обов'язкові положення права. Закон — це воля людей, зокрема окремих осіб;

12) принцип верховенства права адресований насамперед законодавцю.

При правозастосуванні головне — принцип законності. Кримінальний закон може містити положення, які суперечать вимогам права (бути неправовим). Злочинність і караність діяння можуть бути встановлені тільки в кримінальному законі. Право ж уточнює і конкретизує положення закону, в певних випадках перешкоджає їх застосуванню, але саме по собі не може «оголосити» діяння злочинним у юридичному розумінні¹.

¹ Навроцький В. Кримінальне право і кримінальне законодавство: співвідношення понять // Право України. 2011. № 9. С. 22–23.

Логічним продовженням міркувань з приводу багатомірності кримінального права є звернення уваги на його наукову складову (мова йде про погляд на кримінальне право як на науку та навчальну дисципліну)¹.

Як резонно констатує з цього приводу В. О. Навроцький, «...в українській юридичній літературі відповідні питання розкриваються зазвичай лише в підручниках та навчальних посібниках, їм не присвячені не те що монографії, а навіть спеціальні статті в періодичних виданнях та збірниках наукових праць»².

Побічним результатом такого стану справ, крім усього іншого, є певна «хаотичність» у використанні понятійно-категоріального апарату, яким оперують для позначення кримінального права як напряму знань.

До прикладу, в одному із останніх підручників з кримінального права за загальною редакцією М. І. Хавронюка пропонується досить екстраординарний підхід. На думку його розробників, «...те, що ми наразі називаємо «кримінальним правом» як наукою і навчальною дисципліною, насправді треба називати кримінальною доктриною чи скорочено — кримінодоктриною»³.

З даною позицією можна погодитися лише частково.

Як відомо, наука — це сфера людської діяльності, функція якої — вироблення та теоретична систематизація об'єктивних знань про дійсність; одна з форм суспільної свідомості⁴.

Терміни «наука» і «доктрина» за обсягом і функціями не збігаються, взагалі не є тотожними⁵. Не вся наука — доктрина, і не вся доктрина — наука⁶. Самі по собі результати науки, втілені в певних творах, ще не становлять доктрини. Для доктрини принципове значення має її дієвість, визнаність, авторитетність, широта розповсюдження та впливовості на суспільні відносини. Становлення певних наукових ідей до доктринального рівня являє собою дуже тривалий та багатоетапний процес. Крім того, доктрини, на відміну від наукових праць, як правило, представлені школами,

¹ Уголовное право России. Общая часть: учебник / под ред. Н. М. Кропачева, Б. В. Волженкина, В. В. Орехова. Санкт-Петербург, 2006. С. 14.

² Навроцький В. О. Предмет, завдання та функції науки кримінального права // Вісник Асоціації кримінального права України. 2013. № 1. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/wp-content/uploads/2015/07/1_1.pdf.

³ Дудоров О. О., Хавронюк М. І. Кримінальне право: навч. посіб. / за заг. ред. М. І. Хавронюка. Київ: Ваїте, 2014. С. 77.

⁴ Советский энциклопедический словарь. Москва, 1980. С. 876.

⁵ Євграфова Є. Доктринальне тлумачення норм права (законів): природа і здійснення // Вісник Академії правових наук України. 2010. № 2. С. 43.

⁶ Бошно С. В. Доктрина как форма и источник права // Журнал российского права. 2003. № 12. С. 73.

ідеями, а не особистостями. Навіть якщо вони й зберегли імена своїх легендарних авторів, це не має принципового значення¹.

Таким чином, підбиваючи загальні підсумки проведеного дослідження, представляється можливим резюмувати наступне.

Широкий погляд на кримінальне право як галузь права, що явно не обмежується нормативними приписами (кримінальним законом), значно розширює діапазон кримінального права як на пряму знань, дозволяє ввести в його орбіту у принципово новому ракурсі вчення про джерела кримінального права та ефективність кримінально-правового впливу (мова йде про такі аспекти даної проблематики, як, наприклад, криминогенність кримінального закону², провокативна роль кримінального закону³, мертві норми кримінального закону⁴ тощо). Адже, як резонно підкреслює з цього приводу В. О. Навроцький, «...визнання того, що право і закон — це не одне й те саме, що закон повинен бути правовим, означає зростання ролі правової науки»⁵, яка повинна не лише пояснити, витлумачити чинний закон, а й з'ясувати, у якій мірі він відповідає вимогам права (його функціям та принципам), оцінити якість закону.

¹ Бошно С. В. Доктрина как форма и источник права // Журнал российского права. 2003. № 12. С. 73.

² Вечерова Є. М. Криминогенність кримінального закону як наслідок необгрунтованої криміналізації діянь: окремі проблемні аспекти питання // Порівняльно-аналітичне право. 2013. № 2. С. 288–290. URL: http://pap.in.ua/2_2013/Vecherova.pdf.

³ Бабаєв М. М., Пудовочкин Ю. Е. Провокативная роль уголовного закона // Общественные науки и современность. 2013. № 4. С. 78–89.

⁴ Дмитрук М. М. «Мертві» норми КК України: спроба наукового пояснення поняття та причин виникнення // Право України. 2010. № 6. С. 226–233.

⁵ Навроцький В. Кримінальне право і кримінальне законодавство: співвідношення понять // Право України. 2011. № 9. С. 23.

9

ПРОСТУПОК У КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІЙ ПОЛІТИЦІ

Пріоритетними напрямками протидії злочинності у кримінально-правовій політиці України у 2014–2015 рр. були протидія корупційним злочинам, злочинам проти основ національної безпеки та злочинам проти громадської безпеки. Напрямки реформування кримінального законодавства України, передбачені в «Концепції реформування кримінальної юстиції», затвердженій Указом Президента України від 8 квітня 2008 р. № 311/2008, та розпочаті прийняттям Кримінального процесуального кодексу України, **відкладені до «кращих часів»**. Інститут кримінального проступку є одним із таких напрямків реформування кримінального законодавства України.

Стосовно інституту кримінального проступку опубліковано багато наукових праць, проведено численну кількість наукових заходів (у містах Одесі, Харкові, Львові, Луганську, Києві), розроблено до десяти проектів законів щодо запровадження вказаного поняття у деліктне законодавство, проте поступово вказана категорія втрачає актуальність.

Сьогодні історична мінливість зосередження уваги з боку вчених кримінально-правових наук щодо цього поняття повторюється так, як і на початку 60-х та 80-х рр. минулого століття. Єдину надію на законодавче запровадження вказаного інституту залишає закріплення його в Кримінальному процесуальному кодексі України 2012 р. та декількох профільних законах. У зв'язку із цим висвітимо деякі результати проведених досліджень проступку у кримінально-правовій політиці, які не було висвітлено раніше.

Під кримінально-правовою політикою розуміють самостійний напрямок внутрішньої правової політики України, який, на підставі загальної теорії боротьби зі злочинністю розробляє стратегію і тактику, формулює основні задачі, принципи, напрями і цілі кримінально-правової дії на злочинність, засоби їх досягнення, і виражається в нормах кримінального закону, практиці їх застосування, актах офіційного тлумачення кримінально-правових норм та постановях Пленуму Верховного Суду України (складові

кримінально-правової політики). П. Л. Фріс виділяє такі рівні кримінально-правової політики України: доктринальний, програмний, законодавчий, науковий, правовиконавчий та правозастосувальний¹.

Запровадження інституту кримінального проступку на законодавчому рівні дасть можливість визначати його правовиконавчий та правозастосувальний рівні, проте до такого закріплення про вказані рівні кримінально-правової політики не може йти й мови. На програмному рівні прийнято декілька нормативних актів, які є орієнтиром для інших рівнів кримінально-правової політики.

Згідно з положеннями Концепції реформування кримінальної юстиції, схваленої Рішенням Ради національної безпеки та оборони України від 15 лютого 2008 р. «Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів» та затвердженої Указом Президента України від 8 квітня 2008 р. № 311/2008 (далі — Концепція), одним із шляхів виходу із такої колізійної ситуації є запровадження у кримінальне законодавство України кримінального (підсудного) проступку².

При цьому основними критеріями такого запровадження, згідно з положеннями Концепції, мають бути: 1) ступінь тяжкості та правові наслідки кримінально караного діяння для особи, суспільства та держави; 2) практика застосування кримінального та адміністративного законодавства; 3) міжнародний досвід захисту людини, суспільства і держави від злочинів і проступків.

До того ж, як зазначають більшість вчених, саме стан застосування та дії Кримінального кодексу України (далі — КК України), досвід інших держав щодо диференціації кримінального діяння, акти інституцій Ради Європи обумовили актуальність підготовки проектів та моделювання на теоретичному рівні законодавчих та доктринальних понять щодо реформування кримінального законодавства у світлі запровадження інституту кримінальних проступків.

Свого часу було висловлено багато думок про необхідність теоретичного моделювання нормативних актів як доктринальної передумови розвитку деліктного законодавства³. Саме цим шляхом, відповідно, й має йти сучасна кримінально-правова наука.

¹ Фріс П. Л. Кримінально-правова політика України: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2005. С. 9–10.

² Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів: указ від 8 квіт. 2008 р. № 311/2008 // Офіційний вісник України. 2008. № 27. С. 20–23.

³ Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования / Г. З. Анашкин и др.; отв. ред.: С. Г. Келина, В. Н. Кудрявцев. Москва: Наука, 1987. 276 с.; Ко-

Необхідність більш «оперативної» наукової розробки цієї категорії пов'язана із прийняттям Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 р., який набрав чинності 19 листопада 2012 р. (далі — КПК України).

В результаті прийняття цього кодифікованого законодавчого акта постала необхідність приведення у відповідність до КПК України багатьох нормативно-правових актів, зокрема, таких як: Кримінального, Кримінально-виконавчого, Господарського процесуального, Цивільного процесуального, Митного кодексів України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів, частина яких вже приведена.

З цієї метою Кабінетом Міністрів України був розроблений та схвалений на засіданні 28 травня 2012 р. План організації підготовки проектів актів, необхідних для забезпечення реалізації Кримінального процесуального кодексу України, який також передбачає питання запровадження кримінальних проступків у діюче законодавство.

Так, згідно з п. 7 ч. 1 ст. 3 КПК України «закон України про кримінальну відповідальність — це законодавчі акти України, які встановлюють кримінальну відповідальність (Кримінальний кодекс України та закон України про кримінальні проступки)». Положення КПК України передбачають за своїм змістом особливості процесуального порядку встановлення ознак і щодо кримінальних проступків. У зв'язку із цим кримінальними правопорушеннями, щодо яких здійснюється кримінальне провадження, є злочини та кримінальні проступки. Тому в положеннях КК України мова має йти не тільки про злочини, а й про кримінальні проступки, тобто про кримінальні правопорушення, що буде відповідати положенням КПК України. Звичайно, дещо дивною є ситуація, коли процесуальне законодавство визначає поняття, які повинні спочатку бути визначені в матеріальному законодавстві, проте засади запровадження інституту кримінальних проступків було запроваджено за чотири роки до прийняття нового КПК України, тому прийняття КПК України не визначило необхідність запровадження інституту кримінальних проступків, а лише прискорило та актуалізувало вказане питання.

У зв'язку із цим нами разом із іншими вченими в межах теми фундаментального дослідження «Наукове та законодавче забезпечення реалізації концепції кримінальних проступків у криміналь-

пиленко О. Л., Мурашин Г. О. Правове моделювання як ефективний засіб нормативно-правової уніфікації у правотворчості // Університетські наукові записки. Часопис Хмельницьк. ун-ту упр. та права. 2002, 2005. № 1–2. С. 24–31.

ному праві України» (ДРН 011211000690) пропонувалась теоретична модель нового КК України та наукове обґрунтування інституту кримінального проступку¹, разом із тим маємо намір висловити власний погляд щодо особливостей запровадження цього інституту у кримінально-правовій політиці, дещо відмінний від погляду колективу вчених, що працювали над вказаною темою.

У Верховній Раді України знаходяться декілька законопроектів з цього приводу, але усі вони побудовані на інших системних передумовах запровадження інституту кримінального проступку у кримінальне законодавство України² та за наслідками розгляду Верховної Ради України на сьогоднішній день вказані проекти законів були відхилені.

Запровадження інституту проступку у кримінально-правовій політиці спрямовано на реалізацію положень п. 1 розділу II Концепції, підп. 2 п. 2 «Плану заходів щодо реалізації Концепції реформування кримінальної юстиції України», затвердженого Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 27 серпня 2008 р. № 1153-р., підп. «а»), п. 1 розділу II Рекомендацій № 6 R (87) 18 Комітету міністрів Ради Європи «Стосовно спрощення кримінального правосуддя»³.

Серед найбільш значущих теоретичних здобутків, які треба покласти в основу запровадження інституту кримінального проступку, слід відзначити наступні:

1. *Щодо передумов запровадження.* Встановлення факту, що категорія кримінального проступку та необхідність наукового пошуку у дослідженні цього питання обумовлені як зовнішніми, так й внутрішніми обставинами розвитку правової системи. До внутрішніх системно-правових передумов можна віднести питання надмірної криміналізації, а до зовнішніх — позитивний досвід

¹ Кримінальний проступок у доктрині та законодавстві / В. О. Туляков, Г. П. Пімонов, Н. І. Мітрицян; за заг. ред. В. О. Тулякова; НУ ОЮА. Одеса: Юрид. літ., 2012. 423 с.; *Наукове та законодавче забезпечення реалізації концепції кримінальних проступків*: монографія / [С. В. Ківалов та ін.]; за заг. ред. С. В. Ківалова, В. О. Тулякова; НУ ОЮА. Одеса: Юрид. літ., 2014. 174 с.

² Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо запровадження інституту кримінальних проступків: проект Закону України № 10126 від 28 лют. 2012 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=42706; Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо введення інституту кримінальних проступків: проект Закону України № 10146 від 3 берез. 2012 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=42733.

³ Рекомендація № 6 R (87) 18 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам «Щодо спрощення кримінального правосуддя» від 17.09.1987р. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_339.

країн Європи щодо диференціації кримінального правопорушення на декілька видів.

В якості центрального стрижневого елемента теоретичної моделі КК України вводиться поняття «кримінальне правопорушення», що має об'єднувати кримінальні проступки та злочини. Із позиції методології юридичної науки, саме КК України має визначати, які суспільно небезпечні діяння є кримінальними правопорушеннями (злочинами або кримінальними проступками) та які покарання, інші заходи кримінально-правового впливу застосовуються до осіб, що їх вчинили. Підставою кримінальної відповідальності має бути вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад кримінального правопорушення, передбаченого законом.

Такий підхід дозволить залишити у силі усі попередні напрацювання у галузі кримінально-правової догматики. Відомо, що більшість авторів відображають необхідність розробки окремих КК України та Кодексу про кримінальні проступки. Деякі фахівці стверджують про необхідність виділення двох книг у Особливій частині КК (Книги про злочини та Книги про кримінальні проступки)¹. Остання модель відповідно існує у законодавстві Франції, Румунії. На нашу думку, більш доцільним є збереження логіки побудови КК України, виділяючи в Особливій частині основні склади кримінальних правопорушень у якості проступків. Вважається, що саме таке бачення трансформації злочинів невеликої тяжкості та адміністративних деліктів, які не є управлінськими, в інститут кримінальних проступків забезпечить наступність подальшого розвитку кримінального законодавства України.

2. *Щодо поняття кримінального проступку та його ознак.* Система суспільно небезпечних діянь, які за діючим КК України визнаються як злочин, пропонується змінити на поняття «кримінальне правопорушення», при цьому вказаний вид діяння пропонується поділити на два підвиди — кримінальний проступок та злочин. При визначенні вказаних видів кримінальних правопорушень пропонується використати ознаки злочину, які виділено у положеннях ст. 11 КК України, із урахування деяких особливостей.

¹ Хавронюк М. І. Концепцією визначено: адміністративні проступки, кримінальні проступки, злочини. Настав час розмежувати // Основні напрямки розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 11–12 жовт. 2012 р. / редкол.: В. Я. Ташій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків, 2012. С. 182–186.

Кримінальне правопорушення необхідно визначати як суспільно небезпечне, винне, кримінально протиправне діяння (дія або бездіяльність) суб'єкта кримінального правопорушення, а кримінальний проступок — як вид кримінального правопорушення, що має знижений ступінь суспільної небезпеки, яке не тягне судимості. Тобто злочином є такий вид кримінального правопорушення, який має підвищений ступінь суспільної небезпеки, що може спричинити значну шкоду охоронюваним відносинам та тягне за собою судимість, а кримінальний проступок — знижений ступінь суспільної небезпеки та не має тягнути судимість.

У такому сенсі ознаки кримінального проступку обумовлені поглинанням не просто багатьох складів (дисциплінарних, адміністративних, цивільно-правових) правопорушень складами злочинів, але й соціальними характеристиками посягань на основні суспільні цінності, що охороняються галузями законодавства суміжними із кримінальним законодавством. Вчені відстоюють позицію, що своїми ознаками кримінальний проступок характеризується тим, що його об'єктивна сторона охоплює ознаки адміністративних, дисциплінарних та/або цивільно-правових правопорушень, а конструкція об'єкта проступку сформульована таким чином: основний безпосередній об'єкт діяння — порушення певного порядку діяльності та/або управління (виконання цивільно-правових зобов'язань та ін.), безпосередній обов'язковий додатковий об'єкт діяння — здоров'я, психіка та інші об'єкти, які умовно можна віднести до «вертикальних суспільних відносин», тобто об'єкти злочинів, які належать до природних прав і порушуються опосередковано через інші горизонтальні відносини¹.

3. *Щодо моделі та системи кримінального проступку.* У питанні запровадження інституту кримінальних проступків сформувалось декілька підходів, які визначають різні «моделі» систем кримінальних проступків та особливості цього діяння як інституту кримінального права України.

Першою є модель, згідно з якою основою для визначення системи кримінальних проступків є неуправлінські проступки, а також управлінські правопорушення. При такому розумінні в систему діянь пропонується включати багато управлінських правопорушень, зокрема, адміністративних та митних.

Наприклад, М. І. Хавронюк, проаналізувавши деліктне законодавство України, запропонував віднести до системи кримінальних проступків такі діяння, як: 1) приблизно 90 простих складів про-

¹ Дмитрук М. М. Кримінальний проступок: правова природа та ознаки: монографія. Одеса: Юрид. літ., 2014. С. 100–133.

ступків, які передбачені КУпАП і Митним кодексом України та мають бути криміналізовані з установленням за їх вчинення суворих кримінальних покарань; 2) приблизно 100 простих складів проступків, які наразі є злочинами невеликої тяжкості згідно з діючим КК України. При цьому вчений одним із основних доводів трансформації такої кількості складів адміністративних правопорушень розглядає те, що чинний КУпАП передбачає можливість застосування за адміністративні правопорушення: арешт — у 24 випадках; виправні роботи — у 13 випадках; громадські роботи — у 17 випадках; конфіскація — у 75 випадках; великого розміру штраф (від 1,3 та до 5 тис. неоподаткованих мінімумів доходів громадян) — у 40 випадках; судову юрисдикцію щодо понад 150 складів адміністративних проступків¹.

М. І. Хавронюк, при визначенні системи діянь, які необхідно трансформувати до кримінальних проступків, застосовує підхід виокремлення за «формальними критеріями», тобто за видом заходів стягнення, які за своїм змістом та характером можна віднести до кримінально-правових. Разом із тим вважаємо, що вказаний підхід не повинен застосовуватись як «абсолютний» критерій трансформації адміністративних правопорушень та злочинів невеликої тяжкості у кримінальні проступки, тобто за окремі адміністративні правопорушення стягнення можуть бути надмірно жорсткими (при передбаченні адміністративного арешту) і фактично можуть на практиці не застосовуватись, проте автоматична трансформація їх як кримінальних проступків, вважаємо, призведе до надмірної криміналізації та матиме зворотний ефект (замість гуманізації кримінального законодавства відбудеться розширення сфери його регулювання).

Другою є модель, відповідно до якої трансформації у кримінальні проступки підлягають лише ті із правопорушень, які за природою є неуправлінськими проступками, а також й окремі злочини невеликої тяжкості, тобто злочини, за які передбачено покарання до 2 років позбавлення волі згідно з КК України. Вказану модель частково було закладено в Концепції². Щодо кри-

¹ Хавронюк М. І. Концепцією визначено: адміністративні проступки, кримінальні проступки, злочини. Настав час розмежувати // Основні напрямки розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 11–12 жовт. 2012 р. Харків, 2012. С. 182–186.

² Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів: указ від 8 квіт. 2008 р. № 311/2008 // Офіційний вісник України. 2008. № 27. С. 20–23.

теріїв трансформації злочинів невеликої тяжкості, в рамках другої моделі, то їх пропонувалось декілька.

Так, на думку В. О. Навроцького, до кримінальних проступків необхідно віднести злочини, за які передбачено покарання, не пов'язані з позбавленням волі¹. П. Л. Фріс пропонував віднести до кримінальних проступків як злочини невеликої тяжкості, так і окремі злочини середньої тяжкості, за які передбачалось покарання до 3 років позбавлення волі².

Вважаємо, що при визначенні критерію необхідно не лише вказати, що критерієм має бути «ступінь та характер суспільної небезпеки», а й узгодити, що властиве для суспільної небезпечності кримінального проступку та в чому полягає його відмінність від ступеня суспільної небезпеки злочину.

Аналіз Особливої частини КК України щодо природи злочинів, співвідношення об'єктивно-суб'єктивних ознак, які впливають на ступінь його суспільної небезпеки, а також міри та видів покарань вказує на існування невеликої кількості злочинів середньої тяжкості, за які передбачено покарання у вигляді позбавлення волі до трьох років, при цьому ступінь суспільної небезпеки вказаних злочинів середньої тяжкості є незначним. Тому, на нашу думку, критерій, запропонований П. Л. Фрісом, є найбільш вдалим.

У зв'язку із трансформацією окремих злочинів середньої тяжкості пропонується провести депеналізацію, тобто пониження верхньої межі такого покарання, як позбавлення волі, в злочинах середньої тяжкості, а у випадках необхідності також нижньої межі вказаного покарання. У положеннях ст. 118 «Умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця» КК України підвищити верхню межу санкції кримінально-правової норми для віднесення вказаного діяння до злочинів.

Аналіз положень Особливої частини діючого КК України через призму вищевказаних об'єктивно-суб'єктивних ознак пропонованого виду кримінального діяння дає можливість запропонувати чітку систему діянь за родовими об'єктами складів неуправлінських проступків, злочинів невеликої тяжкості та окремих злочинів середньої тяжкості (їх помітно додатково літерами — ср. т.), до якої належать такі діяння, як:

¹ Навроцький В. О. Кримінальний кодекс України 2001 р.: підсумки та перспективи. URL: <http://www.lawyer.org.ua/?w=r&i=13&d=673>.

² Фріс П. Л. Ознаки та склад кримінального проступку // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності: зб. наук. пр. 2007. № 2. С. 166–171.

— злочини проти життя та здоров'я: ст. 123, ст. 124, ст. 125, ч. 1 ст. 126, ст. 128, ч. 1 ст. 129, ч. 1 ст. 130 (ср. т.), ст. 132, ч. 1 ст. 134, ч. 1 ст. 135, ч. 1–2 ст. 136, ч. 1 ст. 137, (ср. т.), ч. 1 ст. 139, ч. 1–2 ст. 140, ст. 141 (ср. т.), ч. 1 ст. 142, ч. 1 ст. 143, ч. 1 ст. 144, ст. 145;

— злочини проти волі, честі та гідності особи: ч. 1 ст. 150, ч. 1 ст. 151, ч. 1 ст. 150-1 (ср. т.);

— злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності особи: ст. 154;

— злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав, свобод людини: ч. 1 ст. 157, ч. 1–2 ст. 158-1, ст. 158-2 (ср. т.), ч. 1–2 ст. 159 (ср. т.), ч. 1–2 ст. 159-1 (ср. т.), ч. 1 ст. 160, ч. 1 ст. 161, ч. 1 ст. 162, ч. 1 ст. 163, ч. 2 ст. 163 (ср. т.), ст. 164, ст. 167, ч. 2 ст. 168 (ср. т.), ст. 170 (ср. т.), ст. 171, ст. 172, ст. 173, ст. 174, ч. 1 ст. 175, ч. 2 ст. 175 (ср. т.), ч. 1 ст. 176, ч. 2 ст. 176 (ср. т.), ч. 1 ст. 177, ст. 178 (ср. т.), ст. 179 (ср. т.), ст. 180, ст. 182, ч. 1–2 ст. 183, ст. 184 (ср. т.);

— злочини проти власності: ч. 1 ст. 188-1, ч. 1 ст. 190, ст. 192, ст. 193, ст. 195, ст. 197, ч. 1–3 ст. 197-1, ст. 198 (ср. т.);

— злочини у сфері господарської діяльності: ст. 200, ст. 203-1, ст. 203-2, ч. 1 ст. 204, ч. 1 ст. 205, ч. 1 ст. 206, ч. 1 ст. 209-1, ч. 1 ст. 210, ч. 1 ст. 211 (ср. т.), ч. 1–2 ст. 212, ч. 1–2 ст. 212-1, ст. 213, ч. 1 ст. 216, ст. 219, ч. 1 ст. 222, ст. 223-1, ч. 1 ст. 224, ст. 227, ч. 1 ст. 229, ст. 232, ст. 232-1;

— злочини проти довкілля: ч. 1 ст. 238, ч. 1 ст. 239, ст. 239-1, ст. 239-2, ч. 1–2 ст. 240 (ср. т.), ч. 1 ст. 241, ч. 1 ст. 242, ст. 244, ст. 247, ч. 1 ст. 248, ч. 1 ст. 249, ст. 252, ч. 1 ст. 253, ст. 254;

— злочини проти громадської безпеки: ч. 1 ст. 259, ст. 263 (ср. т.), ст. 266 (ср. т.), ст. 267 (ср. т.), ч. 1–3 ст. 267-1 (ср. т.), ч. 1 ст. 268, ч. 1 ст. 269, ч. 1 ст. 270, ч. 1–2 ст. 270-1 (ср. т.);

— злочини проти безпеки виробництва: ч. 1 ст. 271, ч. 1 ст. 272, ч. 1 ст. 273 (ср. т.), ч. 1 ст. 275;

— злочини проти безпеки руху та експлуатації транспорту: ч. 1 ст. 276, ч. 1 ст. 279, ч. 1 ст. 280, ч. 1 ст. 281, ч. 1 ст. 282, ч. 1 ст. 283, ст. 284, ст. 285, ч. 1 ст. 286, ст. 290;

— злочини проти громадського порядку та моральності: ст. 293, ст. 295, ч. 1 ст. 296, ч. 1 ст. 297 (ср. т.), ч. 1 ст. 298, ч. 1 ст. 298-1, ст. 299, ч. 1–2 ст. 300, ч. 1 ст. 301, ч. 1 ст. 302;

— злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів та інші злочини проти здоров'я населення: ч. 1 ст. 310, ч. 1 ст. 311, ч. 1 ст. 313, ч. 1 ст. 318, ч. 1 ст. 319, ч. 1–2 ст. 323, ч. 1 ст. 325, ч. 1 ст. 326, ч. 1 ст. 327;

— злочини у сфері державної таємниці, недоторканності кордонів, призову та мобілізації: ст. 335, ст. 337;

— злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян та злочини проти журналістів: ч. 2 ст. 338, ст. 339, ч. 1 ст. 342, ст. 343, ч. 1 ст. 344, ч. 1 ст. 347, ч. 1 ст. 350, ст. 351, ст. 353, ч. 1 ст. 355, ст. 356, ч. 1 ст. 357, ч. 1 ст. 358, ст. 360;

— злочини у сфері використання ЕОМ (КС та КМ) і мереж електрозв'язку: ч. 1 ст. 361-1, ч. 1 ст. 361-2, ч. 1 ст. 362, ст. 363, ч. 1 ст. 363-1;

— злочини у сфері службової діяльності: ч. 1 ст. 364, ч. 1 ст. 364-1, ч. 1 ст. 365-2, ч. 1 ст. 366, ч. 1 ст. 366-1, ч. 1 ст. 367, ч. 1 ст. 368-2, ч. 1 ст. 368-3, ч. 1 ст. 368-4, ч. 1 ст. 369, ч. 1 ст. 369-3 (ср. т.);

— злочини проти правосуддя: ст. 371, ч. 1 ст. 374, ч. 1 ст. 376, ч. 1 ст. 381, ч. 1 ст. 383, ч. 1 ст. 384, ст. 386, ст. 387, ч. 1 ст. 388, ст. 389, ч. 2 ст. 390, ст. 394, ст. 395, ст. 397;

— військові злочини: ч. 1 ст. 403, ч. 1 ст. 405, ч. 1 ст. 409, ч. 1 ст. 412, ч. 1–2 ст. 413, ст. 435;

— злочини проти безпеки людства та міжнародного правопорядку: ст. 436-1, ч. 2 ст. 444, ст. 445 КК України.

Одночасно із цим запропоновано нову редакцію статей 24, 121, 122-4, 123, 140, 178, 185-1, 204-1 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

До об'єктів кримінально-правової охорони чинного адміністративного регулювання, на думку науковців, слід віднести об'єкти, що ставляться під охорону таких статей КУпАП, як: ст. 44 «Незаконне виробництво, придбання, зберігання, перевезення, пересилання наркотичних засобів...», ст. 51 «Дрібне викрадення чужого майна», ст. 51-2 «Порушення прав на об'єкти права інтелектуальної власності», ч. 1–2 ст. 104 «Потрава посівів, зіпсуття або знищення зібраного врожаю сільськогосподарських культур, пошкодження насаджень колективних сільськогосподарських підприємств, інших державних і громадських чи фермерських господарств», ст. 173 «Дрібне хуліганство», ч. 2 ст. 173-2 «Вчинення насильства в сім'ї або невиконання захисного примусу», ст. 180 «Доведення неповнолітнього до стану сп'яніння», ст. 181-1 «Заняття проституцією», ст. 185 «Злісна непоко́ра законному розпорядженню або вимозі працівника міліції, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону, військовослужбовця», ст. 185-9 «Злісна непоко́ра законному розпорядженню або вимозі працівника транспорту, який здійснює контроль за перевезенням пасажирів», ст. 185-10 «Злісна непоко́ра законному розпорядженню чи вимозі військовослужбовця або працівника ДПС України. Тобто за основу пропонується обрати

не такі види правопорушень, як управлінські правопорушення, що пропонувалось М. І. Хавронюком, а лише окремі найнебезпечніші делікти із положень Кодексу України про адміністративні правопорушення, які за змістом своїм не є управлінськими.

Вказані делікти, поруч із злочинами невеликої тяжкості та деякими злочинами приватного обвинувачення, пропонується трансформувати у кримінальні проступки¹.

4. *Щодо наслідків кримінального проступку, їх системи, а також інших заходів кримінально-правового впливу.* Стосовно заходів кримінально-правового впливу, що мають застосовуватись за кримінальні проступки, на підставі аналізу наукових позицій інших науковців та проектів щодо внесення змін до КК України отримано висновок, що в якості міри відповідальності не може виступати покарання, оскільки вказаний захід стягнення може застосовуватись лише за вчинення злочину. Більш обґрунтованим і таким, що узгоджується із положеннями Конституції України, є поняття «кримінальне стягнення».

У зв'язку з цим слід погодитись із Н. М. Мирошниченко, що під час реформування системи злочинів у кримінальні правопорушення, поряд із поділом кримінальних правопорушень на злочини та кримінальні проступки, необхідно передбачити поділ заходів впливу на «кримінальні стягнення» та «покарання», які повинні застосовуватись за різні види кримінальних правопорушень. За кримінальні проступки повинні застосовуватись кримінальні стягнення, а за злочини — покарання².

Підтримується позиція вченої щодо недоцільності вживання терміна «покарання» як форми реалізації кримінальної відповідальності за кримінальні проступки. Обґрунтовується, що більше відповідає стану розвитку сучасної кримінально-правової доктрини термін «кримінальне стягнення», яке не пов'язане з обмеженням або позбавленням волі.

Покарання пропонується визначати як захід примусу, що застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні злочину, і полягає в передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого і тягне судимість. Стягнення

¹ *Кримінальний проступок у доктрині та законодавстві* / В. О. Туляков, Г. П. Пімонов, Н. І. Мітріцан; за заг. ред. В. О. Тулякова. Одеса, 2012. 423 с.; *Наукове та законодавче забезпечення реалізації концепції кримінальних проступків*: монографія / за заг. ред. С. В. Ківалова, В. О. Тулякова. Одеса, 2014. С. 122.

² *Мирошниченко Н. М.* Правові наслідки кримінального проступку // Політика в сфері боротьби зі злочинністю: матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. м. Івано-Франківськ, 1–2 берез. 2013 р. С. 185–188.

є заходом примусу, що застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні кримінального проступку, і полягає в передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого. Стягнення не має спричиняти судимості.

Обґрунтовується наступна система кримінальних стягнень. До осіб, визнаних винними у вчиненні кримінального проступку, судом можуть бути застосовані такі види стягнень: 1) штраф; 2) позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю; 3) громадські роботи; 4) виправні роботи; 5) арешт; 6) обмеження волі; 7) позбавлення волі строком до 2 років (у рідких випадках).

При призначенні покарання та стягнення суд враховує ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, виходячи з: 1) класифікації кримінальних правопорушень; 2) особливостей конкретного кримінального правопорушення та обставин його вчинення: форма вини, час, місце, спосіб, стадія вчинення, кількість епізодів кримінальної діяльності, роль кожного із співучасників, якщо кримінальне правопорушення вчинено групою осіб, поширеність кримінального правопорушення; 3) наявності характеру і ступеня тяжкості наслідків, що спричинені потерпілому, державі та третім особам у результаті вчинення кримінального правопорушення; 4) характеру відносин винної особи з потерпілим.

Вищевказані основні положення є узагальненням положень інституту кримінального проступку, разом із тим й до сьогодні висловлюються достатньо суперечливі погляди на природу інституту кримінального проступку, які часто за своїм змістом є протилежними. Із цих обставин у науковому середовищі пропонується ідея розробки певного програмного документа, який би визначив засади запровадження інституту кримінального проступку та деталізував окремі положення Концепції.

Так, слушною є пропозиція В. Борисова, В. Тація, В. Тютюгіна щодо розробки «Концепції запровадження інституту кримінальних проступків» з метою вирішення принципових питань, зокрема, таких, як: яким має бути місце розташування відповідних норм у системі національного законодавства, якою має бути форма закону про кримінальні проступки та його орієнтовний зміст, які необхідно брати критерії для розмежування видів кримінальних правопорушень (кримінальних проступків та злочинів), якими повинні бути правові наслідки (їх природа та види) за вчинення кримінальних проступків та злочинів¹.

¹ Борисов В. Проблеми запровадження у законодавство України інституту кримінального проступку // Підприємництво, господарство і право. 2012.

Отже, запровадження інституту проступку в кримінально-правовій політиці свідчить про відсутність єдності поглядів у науковому середовищі із концептуальних засад запровадження цього інституту (акт запровадження, критерії, система кримінального проступку), що відбивається на законодавчому рівні кримінально-правової політики.

№ 9. С. 104–107; Тацій В., Борисов В., Тютюгін В. Стабільність як умова ефективності законодавства про кримінальну відповідальність // Голос України. 2013. № 66. С. 4–5.

10 ПОКАРАННЯ: ПОНЯТТЯ, ЦІЛІ ТА КЛАСИФІКАЦІЯ

Політика держави включає комплекс заходів політичного, правового, соціального, економічного, культурно-освітнього, виховного характеру. Серед них певна роль належить покаранню як превентивному або реальному інструменту боротьби з проявами злочинної поведінки.

Значний масив наукових досліджень присвячений покаранню як центральному інституту кримінального права, де покарання розглядається у наукових дослідженнях на рівні монографій, кандидатських та докторських дисертацій, статей, тез доповідей.

Покарання — фундаментальний інститут кримінального права, що займає центральне місце у кримінальному законодавстві, науці кримінального права.

Дослідження покарання є однією із головних тем кримінального права, так як цей інститут має велике значення для правильного застосування кримінального закону, перспектив його розвитку.

Покарання є одним із заходів кримінально-правового впливу, по суті є однією з найсуворіших форм реалізації кримінальної відповідальності.

Проте, незважаючи на значний масив наукових розробок проблем покарання, більшість досліджень присвячена розробці певних видів покарання, менша частина — аналізові поняття, цілям та класифікації покарань. До того ж і на сьогодні не існує єдності та достатньої аргументації щодо певних питань покарання, що мають суттєве значення для встановлення сутності та у подальшому правильного застосування даного інституту, а саме щодо змісту поняття, встановлення у законі його цілей. Названі питання викликають спірні, інколи діаметрально протилежні думки.

Визначення покарання розглядалось у теорії кримінального права значно раніше його прийняття у кримінальному законі.

Це, як правило, було в рамках дослідження інших питань. І. М. Гальперін, наприклад, розглядав соціальні функції та прак-

тику застосування покарання і зазначав, що «...покарання спричиняє найбільше у порівнянні з іншими санкціями позбавлення, моральні страждання, переживання, які розглядались не як ціль, але одним із засобів морального удосконалення винного»¹; або як теоретичне положення, висловлене автором. Наприклад, можна знайти поняття покарання у підручнику з кримінального права 1972 р.: «Покарання — це особлива міра державного примусу, що застосовується на підставі кримінального закону судом до осіб, винуватих у вчиненні злочинів, у цілях їх виправлення і перевиховання, а також попередження вчинення нових злочинів як самим засудженим, так і іншими особами»². Або у монографії М. О. Беляєва: «Покарання... виступає як один із додаткових, але необхідних засобів вирішення задачі скорочення, а потім і повного викорінення злочинності в нашому суспільстві»³.

У кримінальному ж законодавстві не давалося визначення покарання. Визначення покарання вперше дається у діючому кримінальному законі. Але наукова література висказувала свої позиції раніше. Дефініція покарання вироблялася поступово в теорії кримінального права⁴.

І. С. Ной зазначав, що уявна ясність того чи іншого поняття аж ніяк не виключає необхідності його наукового визначення⁵, адже, як зауважує Л. М. Сумарокова, будь-які суспільні відносини є багатограничними, динамічними, тому і юридичні поняття, що відображають ці відносини, повинні бути системними і такими, що розвиваються, повинні постійно уточнюватись⁶. Наведене в повній мірі стосується і необхідності уточнення поняття та змісту покарання.

Вперше законодавче визначення поняття покарання було дано в ст. 50 КК України 2001 р. «Поняття покарання та його мета»: «Покарання є заходом примусу, що застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні

¹ Гальперин И. М. Наказание: социальные функции, практика применения. Москва: Юрид. лит., 1983. С. 43.

² Советское уголовное право. Часть общая. Москва: Юрид. лит., 1972. С. 305.

³ Беляев Н. А. Цели наказания и средства их достижения в исправительно-трудовых учреждениях. Ленинград: Изд-во Ленингр. ун-та, 1963. С. 21.

⁴ Призначення покарання: навч.-метод. посіб. / відп. ред. В. О. Туляков. Одеса: Фенікс, 2011. С. 13.

⁵ Ной И. С. Вопросы теории наказания в советском уголовном праве. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1962. С. 107.

⁶ Сумарокова Л. М. Основы логики: навч. посіб. 2-ге вид., перероб. та допов. Одеса: Юрид. лит., 2003. С. 56.

злочину, і полягає в передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого»¹.

Не всі ознаки покарання закріплені у його визначенні, їх доповнення знаходимо в літературі. Коротко зупинимось на ознаках покарання: 1) покарання має певну міру державного примусу. Тобто кожен конкретний вид покарання має свій зміст і кількісні межі, які встановлюються у кримінальному законі (як правило, це санкція Особливої частини, або ж — положення щодо даного виду покарання у Загальній частині Кримінального кодексу України — у разі відсутності верхньої чи нижньої межі покарання у санкції Особливої частини; в разі переходу до більш легкого виду покарання); 2) державний характер примусового заходу. У будь-якому вирокі суду міститься вказівка про засудження від імені держави України. Це публічно-правова оцінка всією державою вчиненого діяння (так як кримінальний закон містить діяння, що визнані більшістю населення самостійно (ще такої практики в Україні не було) чи через своїх представників як злочинні; 3) примусовий характер покарання. Положення кримінального права належать до публічно-правової сфери, тобто усі учасники зобов'язані користись приписам закону, що відображені у вирокі суду, що вступив у законну силу. При цьому компетентні органи держави вправі застосовувати відповідні заходи примусу для реалізації вироку суду; 4) закон містить чітке посилання на застосування покарання до особи, визнаної винною у вчиненні злочину. Отже, покарання має особистісний характер і може бути застосоване лише до винної особи. Не можуть підлягати покаранню близькі родичі (напевне, тому законодавець передбачає штраф як вид покарання неповнолітніх, лише якщо вони мають самостійний дохід, власні кошти або майно, на яке може бути звернене стягнення). Тому кримінальний закон України не містить переліку видів покарань, які можуть бути застосовані до юридичних осіб, вину яких взагалі, зрозуміло, встановити не можна; 5) покарання признається тільки за вироком суду. Стаття 62 Конституції України закріпила положення, згідно з яким особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду². Також в Основному Законі, у ст. 124, міститься вказівка, що правосуддя в Україні

¹ Верховна Рада України. Кодекс України. Закон від 05.04.2001 № 2341-III // Відомості Верховної Ради України. 2001. № 25–26. Ст. 131.

² Конституція України // Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

здійснюється виключно судами¹. Отже, лише суд є тим єдиним державним органом, який призначає винуватій особі покарання; б) покарання, на відміну від інших заходів кримінально-правового впливу, спричиняє такий правовий наслідок, як судимість. В. В. Голина вказує на інститут судимості². А. М. Ященко зазначив, що «судимість є предметним кримінально-правовим інститутом»³. С. О. Маратова називає судимість інститутом Загальної частини кримінального права України⁴. Уявляється, позиція авторів, які висловлюються про судимість як про інститут кримінального права, є не вірною, хоча б з огляду на те, що судимість без покарання неможлива. Тому визнавати її окремим видом інших заходів кримінально-правового характеру⁵ недоречно. Видається вірним стверджувати, що судимість є невідокремленою від покарання, а не «притаманною частиною кримінальної відповідальності»⁶, так як не є формою реалізації кримінальної відповідальності, а лише правовим наслідком однієї з його форм — покарання. В літературі судимість визначають як особливий правовий стан особи, засудженої за вчинення злочину, який визначає кримінально-правові та деякі загальноправові негативні наслідки такого засудження⁷. Є. О. Письменський описує судимість як правовий стан особи, засудженої за вчинений злочин із призначенням покарання, що передбачає можливість настання для неї установлених законом наслідків соціально-адаптаційного та правообмежувального характеру⁸. Судимість може бути знята чи погашена за умов, вказаних у Кримінальному кодексі, у ст. 88. Сьогодні судимість відрізняє покарання від інших засобів державного примусу. Планується

¹ Конституція України // Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

² Голина В. В. Судимість: монографія. Харків: Харків юрид., 2006. С. 8, 67, 341; Голина В. В. Погашение и снятие судимости по советскому уголовному праву. Харьков: Вища шк., 1979. 137 с.

³ Ященко А. М. Заходи кримінально-правового характеру: теорія та практика застосування: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2014. 36 с.

⁴ Келина С. Г. Наказание и иные меры уголовно-правового характера // Государство и право. 2007. № 6. С. 51–58; Филимонов В. Понятие и классификация мер уголовно-правового характера // Уголовное право. 2012. № 4. С. 35–40; Муратова С. О. Судимість в системі інститутів Загальної частини Кримінального права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2015. С. 2.

⁵ Муратова С. О. Судимість в системі інститутів Загальної частини Кримінального права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Нац. акад. прав. наук України. Харків, 2015. С. 13.

⁶ Голина В. В. Судимість: монографія. Харків: Харків юрид., 2006. С. 17.

⁷ Юридична енциклопедія. В 6 т. Т. 5. П–С / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: Укр. енцикл., 2003. С. 694.

⁸ Письменський Є. О. Інститут судимості в кримінальному праві України: монографія. Луганськ, 2008. С. 51.

введення кримінальних проступків, які, як одностайно вказують у літературі, також не будуть тягнути за собою судимість. За змістом судимість є правовим статусом засудженого, що пов'язаний з певними негативними наслідками, що зазнає особа в строки, вказані у законі. Судимість є ознакою, яка впливає на призначення покарання; при призначенні покарання за новий злочин є обставиною, що обтяжує покарання (п. 1 ч. 1 ст. 67 КК України); судимість впливає на кваліфікацію — діяння може бути кваліфіковане як вчинене повторно і кваліфіковане не як основний склад злочину, а як кваліфікований (наприклад, не за ч. 1 ст. 185 КК України, а за ч. 2 ст. 186 КК України); є обставиною, що може обмежувати звільнення від кримінальної відповідальності і покарання, виключати його; наявність попередньої судимості може збільшити мінімальний розмір покарання при вирішенні питання про умовно-дострокове звільнення особи від покарання та заміну невідбутої частини покарання більш м'яким (п. 2 ч. 3 ст. 81 КК України; п. 2 ч. 4 ст. 82 КК України). Судимість може погашатись автоматично (коли неповнолітній відбув покарання у виді громадських чи виправних робіт) або у строки, вказані в законі. Поки є судимість, за особою зберігаються певні правообмеження, які мають кримінально-правовий і загальноправовий характер (наприклад, особа не може займатися певними видами професійної діяльності: не може бути суддею [Закон України «Про судоустрій та статус суддів»¹], адвокатом [Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»²]); 7) покарання за своїм змістом є карою. А. А. Березовський вказує, що саме карний характер відрізняє покарання від інших заходів кримінально-правового характеру, виражаючи найвищу міру інтенсивності, сили та тривалості кримінально-правового впливу на особу³. Хоча сам термін «кара» відсутній у визначенні покарання, даному в КК. Каральний характер покарання передбачається в обмеженні прав і свобод особи, визнаної винною у вчиненні злочину. Кара є складовою ознакою будь-якого кримінального покарання. Вона визначається строками покарання, наявністю фізичних і моральних страждань та позбавлень, різного роду правообмеженнями. Залежно від конкретного виду покарання певні позбавлення чи обмеження мо-

¹ Про судоустрій і статус суддів // Відомості Верховної Ради України. 2010. № 41–42, 43, 44–45. Ст. 529.

² Про адвокатуру та адвокатську діяльність // Відомості Верховної Ради. 2013. № 27. Ст. 282.

³ Березовський А. А. Кримінально-правовий вплив: проблеми визначення. URL: <http://www.pravoznavec.com.ua/period/article/20716/%C1>.

жуть стосуватись особистих, політичних, майнових та інших прав і свобод людини та громадянина, передбачених Конституцією і іншими законами України. В одних покараннях вона виражена більшою мірою, наприклад, у таких видах покарання, як довічне ув'язнення, позбавлення волі на певний строк, в інших меншою — обмеження волі, арешт. В кожному покаранні, звичайно, присутні ще й моральні страждання — ганьба, сором перед суспільством, рідними та близькими людьми.

Покарання існує для досягнення конкретних цілей. Цілі покарання — одне з найбільш важливих питань кримінального права. Цілі, які ставить законодавець перед покаранням, відображають і побажання до всього кримінального закону — щоб особи, які вчинили злочинні діяння, виправились, а інші — і не вчиняли їх. Закріплюючи в законі ті або інші приписи — щодо захисту найбільш важливих, в цю пору, суспільних відносин, народ, його більшість (безпосередньо чи через своїх представників — депутатів Верховної Ради), бажав би, щоб саме ті діяння, які закріплені у КК, не вчинялись. І вимушений лише в разі порушення закріплених заборон застосувати кару до винної особи, але знову ж таки для виправлення засудженого, щоб повернути у суспільство корисного його члена.

Ч. М. Токтоназарова вказує, що цілі покарання становлять основу кримінальної політики держави, оскільки їх зміст визначає ідеологічну і функціональну спрямованість як діяльності правоохоронних органів, так і інших інститутів державної влади у сфері боротьби із злочинністю. Історичний розвиток будь-якого з цивілізованих держав показує, що цілі покарання, закріплені законодавцем у кримінальному законі, відображають ціннісні орієнтири державної кримінальної політики. У них простежується ставлення до особливо цінних благ суспільства і, особливо, до прав та інтересів особистості. У випадках, коли при реалізації цілей покарання спотворюються їх сутність і спрямованість (як правило, це особливо явно відбивається у сфері виконання покарань), даний процес веде до нехтування основних правових принципів (законності, справедливості, гуманізму, рівності громадян перед законом) і разом з тим сигналізує про внутрішні, антидемократичні зміни політики держави, що призвели до даної неузгодженості¹.

¹ Токтоназарова Ч. М. Цели уголовного наказания: теоретические и правоприменительные проблемы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Санкт-Петербург, 2005. С. 6–7.

Питання цілей покарання має важливе теоретичне та практичне значення, особливо стосовно засуджених неповнолітніх.

Як відомо, мета — категорія не кримінально-правова, а філософська. У філософії під метою розуміється передбачення у свідомості результату, на досягнення якого спрямовані дії. Вона завжди пов'язана зі здатністю людини передбачати майбутнє і результати своїх дій. З одного боку, мета — модель майбутнього, те, що потрібно ще досягти, майбутній результат діяльності, з іншого — вже існуючий образ бажаного результату¹.

Погоджуємося із думкою А. А. Березовського, який, розглядаючи цілі покарання за кримінальним правом XVII ст., доходить висновку, що «дотепер не створено моделі «ідеального» покарання. В залежності від світогляду суспільства формується певна система покарань, визначаються види покарань, їх форма та зміст; незважаючи на задекларовані у кримінальному законодавстві загальні цілі, окремі види покарань володіють певною специфікою; виходячи із об'єктивних реалій, каральний елемент змісту певних видів покарань доповнюється іншими елементами некарального характеру»².

Є науковці, які розглядають спеціальну превенцію як пріоритетну серед цілей покарання: «як чинне кримінальне (ст. 1, ч. 2 ст. 50 КК), так і кримінально-виконавче законодавство України (ст. 1 КВК) визначило одне із ключових завдань, що стоїть перед органами та установами виконання покарань (УВП), а саме по запобіганню вчиненню нових злочинів засудженими»³.

А. А. Березовський стверджує, що «цілі покарання багато в чому визначали власне зміст та форми певних видів покарань»⁴.

Як вказували О. С. Пашков та Д. М. Чечот, «правильне визначення цілі — найважливіша умова забезпечення ефективності правового регулювання»⁵. Однак, незважаючи на законодавче закріплення цілей покарання, що це «не тільки кара, а й виправлення засуджених, а також запобігання вчиненню нових злочинів

¹ Кримінальне право: навч.-метод. посіб. / відп. ред. В. О. Туляков; Одес. нац. юрид. акад. Одеса, 2010. С. 58.

² Березовський А. А. Цілі покарання за кримінальним правом XVII ст. // Актуальні проблеми політики. 2009. Вип. 37. С. 40.

³ Кондратішина В. В. Щодо співвідношення заходів, спрямованих на виправлення та ре соціалізацію засуджених і запобігання злочинам // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право. 2012. Вип. 20, ч. 1, т. 4. С. 48.

⁴ Березовський А. А. Цілі покарання за кримінальним правом XVII ст. // Актуальні проблеми політики. 2009. Вип. 37. С. 39.

⁵ Пашков А. С., Чечот Д. М. Эффективность правового регулирования и методы ее выявления // Советское государство и право. 1965. № 8. С. 3.

як засудженими, так і іншими особами» (ч. 2 ст. 50 КК України), в теорії кримінального права немає єдності щодо їх кількості та змісту.

Як відомо, під метою розуміють передбачення у свідомості результату, на досягнення якого спрямовані дії особи; ідеальний образ і модель життєвих ситуацій людини, найвища форма інтеграції приватних людських дій, зусиль у складі культурних цінностей, в межах яких вони набувають свого сенсу та призначення¹; предмет прагнення (устремління), те, що потрібно, бажано здійснити²; кінечне бажання, прагнення (устремління), намір, чого хто намагається досягти³, кінцевий результат, до досягнення якого прагне держава шляхом встановлення і застосування покарання⁴. Мета завжди пов'язана зі здатністю людини передбачати те, що буде у майбутньому, майбутні результати своїх діянь. З одного боку, мета — проект майбутнього результату діяльності, який ще потрібно досягти, з іншого — вже існуючий проект бажаного для особи результату.

У кримінально-правовій літературі формують поняття цілі покарання так: «Ціль покарання — це той кінцевий результат, до досягнення якого прагне ... держава шляхом встановлення і застосування покарання»⁵. «Мета покарання — це кінцеві фактичні результати, які бажає досягти держава, встановлюючи кримінальну відповідальність, засуджуючи винного у вчиненні злочинів до тієї чи іншої міри кримінального покарання і застосовуючи цю міру»⁶.

Мета покарання впродовж тривалого часу залишається актуальною та спірною проблемою, наріжним каменем для вчених кримінального спрямування.

Практика по-різному ставиться до цієї проблеми. Трапляються випадки, коли суд взагалі не акцентує уваги на досягненні цілей

¹ Краткий философский словарь / под ред. А. П. Алексеева. Изд 2-е, перераб. и доп. 2001. С. 435.

² Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеол. выражений. 4-е изд., доп. С. 873.

³ Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка. Современное написание. В 4 т. Т. 4. Р—Я. Москва, 2001. С. 948.

⁴ Советское уголовное право. Часть общая. Москва, 1972. С. 311.

⁵ Там само.

⁶ Карпец И. И. Наказание: социальные, правовые и криминологические проблемы. С. 288; Уголовный закон: опыт теоретического моделирования. Москва: Наука, 1987. С. 140—141; Чучаев А. А. Цели наказания в советском уголовном праве. Москва, 1989. С. 9; Курс советского уголовного права. В 5 т. Т. 2. Часть Общая / под ред. Н. А. Беляева, М. Д. Шаргородского. Ленинград, 1970. С. 201; Беляев Н. А. Уголовно-правовая политика и пути ее реализации. Ленинград, 1986. С. 176.

покарання. Так, Ковельський міськрайонний суд Волинської області¹ не вказує на цілі покарання. Або вказує на незазначені у законі цілі покарання. Так, Чаплинський районний суд Херсонської області², Маловисківський районний суд Кіровоградської області³, Ковельський міськрайсуд Волинської області⁴, Крижопільський районний суд Вінницької області⁵, Тальнівський районний суд Черкаської області⁶ та ін. вказали на перевиховання як цілі покарання.

У той же час проблемою мети покарання займалися криміналісти, філософи, політики, соціологи, психологи протягом багатьох століть, в результаті чого з'явилась безліч концепцій і теорій розуміння цілей покарання, які так і не призвели до однозначного розуміння цієї складної проблеми, яка і сьогодні викликає спори. Н. Д. Сергієвський ще в XIX ст. з цього приводу писав, що цілям покарання присвячені 24 філософських та більш як 100 юридичних концепцій⁷.

Як відомо, більшість авторів, які досліджували проблему, визнають метою покарання загальну і спеціальну превенції.

Питання попередження злочинів розглядалися у роботах Г. А. Аванесовим, А. Е. Жалінським, В. К. Звирбуль, К. Е. Ігошевим та І. В. Шмаровим, Л. Л. Каневським, С. В. Познишевим, М. Д. Шаргородським, М. О. Стручковим⁸.

¹ Архів Ковельського міськрайонного суду Волинської області. Кримінальна справа № 159/1247/13-к. Провадження № 1-кп/159/69/2013 р.

² Архів Чаплинського районного суду Херсонської області. Кримінальні справи № 1-204/2011 р., № 1-151/12 та № 1-83/2012 р.

³ Архів Маловисківського районного суду Кіровоградської області. Кримінальна справа № 1-108/2008 р.

⁴ Архів Ковельського міськрайонного суду Волинської області. Кримінальна справа № 1-111/2011 р.

⁵ Архів Крижопільського районного суду Вінницької області. Кримінальна справа № 1-51/2009 р.

⁶ Архів Тальнівського районного суду Черкаської області. Кримінальна справа № 704/36/13-к р./2013 р.

⁷ Сергієвський М. Д. Наказание в русском праве XVII в. Санкт-Петербург, 1887. С. 88, 113, 126.

⁸ Аванесов Г. А. Криминология и социальная профилактика. Москва: Изд-во акад. МВД СССР, 1980. 526 с.; Жалинский А. Э. Специальное предупреждение преступлений в СССР: Вопросы теории. Львов: Вища шк., 1976. 212 с.; Звирбуль В. К. Предупреждение преступлений средствами общего надзора прокуратуры // Вопросы борьбы с преступностью. 1973. № 19. С. 63–87; Игошев К. Е., Шмаров И. В. Социальные аспекты предупреждения правонарушений. Проблема социального контроля. Москва: Юрид. лит., 1980. 176 с.; Каневский Л. Л. Расследование и профилактика преступлений несовершеннолетних. Москва: Юрид. лит., 1982. 112 с.; Познышев С. В. Основные вопросы учения о наказании. Москва: Унив. тип., 1904. 447 с.; Шаргородский М. Д. Избранные работы по уголовному праву. Санкт-Петербург: Юрид. центр Пресс,

Ряд авторів взагалі вважали попередження єдиною метою покарання. Так, Чезаре Беккарія зазначав, що мета покарання полягає тільки в тому, щоб перешкодити винному знову завдати шкоду суспільству і утримати інших від вчинення того ж¹. С. В. Познышев вказував, що покарання має лише одну мету — попередження злочинів². Аналогічну позицію займав і М. І. Федоров, який стверджував, що мета покарання одна і тільки одна — попередження (загальне та спеціальне) злочинів як з боку засудженого, так і інших нестійких осіб³. М. Д. Шаргородський в роботі «Покарання, його цілі та ефективність» приходить також до висновку, що «цілі покарання в самому широкому плані — це попередження вчинення суспільно небезпечних діянь»⁴. Таким же чином він висловився і в підручнику з радянського кримінального права: «Кінцевою ціллю покарання є попередження злочинів (загальне та спеціальне)»⁵.

Н. Ф. Кузнецова, вказуючи на цілі покарання, зазначила, що «одна ціль — попередження нових злочинів з боку засудженого шляхом його виправлення та перевиховання призначенням та виконанням покарання. Вона називається спеціальною превенцією або спеціальним попередженням. Інша ціль покарання — попередження вчинення злочинів іншими особами. Вона називається загальною превенцією (загальним попередженням)»⁶. Таким чином, Н. Ф. Кузнецова також вважала попередження єдиною ціллю покарання. Такої ж думки дотримувався і М. О. Стручков⁷.

Аналізуючи наведені позиції та порівнюючи їх із змістом ч. 2 ст. 50 КК України, вкажемо, що зменшення кількості цілей, що ставляться перед кримінальним покаранням, до загальної та спеціальної превенції необґрунтовано звужує концептуальні засади кримінально-правового впливу на особистість засудженого в за-

2003. 434 с.; Стручков Н. А. Советская исправительно-трудовая политика и её роль в борьбе с преступностью. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1970. 191 с.

¹ Беккария Чезаре. О преступлениях и наказаниях. Москва, 1939. С. 234, 316, 319.

² Познышев С. В. Основные вопросы учения о наказании. Москва, 1904. С. 262–263.

³ Федоров М. И. О критериях исправления и перевоспитания осуждённых // Ученые записки Томского университета. 1966. № 50. С. 68.

⁴ Шаргородский М. Д. Избранные работы по уголовному праву. Санкт-Петербург, 2003. С. 247, 260.

⁵ Советское уголовное право. Общая часть. Москва, 1977. С. 315.

⁶ Советское уголовное право. Общая часть: учебник / под ред. Г. А. Кригера, Н. Ф. Кузнецовой, Ю. М. Ткачевского. 2-е изд., доп. и перераб. Москва: Изд-во МГУ, 1988. С. 213.

⁷ Стручков Н. А. Советская исправительно-трудовая политика и её роль в борьбе с преступностью. Саратов, 1970. С. 169.

значеній частині. З іншого боку, розширення певними науковцями змісту зазначених цілей не відповідає правовій дійсності та напрямам кримінально-правової політики держави.

Вважаємо, покарання, безумовно, має за мету запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами, але цим не вичерпуються.

Стосовно мети виправлення деякі автори висловлювали думку, що її взагалі не існує як мети покарання¹. Але М. С. Таганцев свого часу зазначав, що «...покарання повинно бути направлено, наскільки це може бути досягнуто, до відродження у злочинцеві людини і корисного члена суспільства, направлено на розвиток і укріплення у ньому моральних начал, викорінення у ньому поганих звичок, приучення його до праці та порядку»².

Визнання виправлення метою покарання разом з тим породжує дискусію стосовно його змісту. Так, наприклад, Ю. Б. Меньковська вважає, що виправлення досягається тоді, коли людина, піддана покаранню, розуміє негідну свою поведінку, недопустимість вчинення злочинів і не вчиняє їх хоча б уже тому, що боїться покарання³. А. Х. Степанюк і І. С. Яковець вказують, що цілі виправного впливу на засуджених полягають у тому, щоб зберегти їх здоров'я та гідність, сприяти формуванню у них почуття відповідальності та вироблення навичок, які допомагають реінтегруватися у суспільстві, допомагають виконувати вимоги законності та задовольняти свої життєві потреби власними силами після звільнення⁴. А. Е. Жалінський же зазначав, що виправлення досягається, коли засуджений не вчиняє нових злочинів. На що

¹ Ремонсон А. Л. Теоретические вопросы исполнения лишения свободы и перевоспитания заключенных: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Томск, 1965. С. 19; Трубников Н. Н. О категории «цель», «средство», «результат». Ленинград, 1968. С. 65; Шаргородский М. Д. Избранные работы по уголовному праву. Санкт-Петербург, 2003. С. 257; Зубкова В. И. Уголовное наказание и его социальная роль: теория и практика. Москва, 2002. С. 78; Полубинская С. В. К вопросу о целях наказания // Проблемы совершенствования уголовного закона. Москва, 1984. С. 102; Усс А. Допустимо ли исправлять осуждённых? // Человек: преступление и наказание. 1994. № 1–2. С. 29; Минин А. В. О социальной справедливости как цели уголовного наказания // Власть. Криминологические и правовые проблемы. Москва, 2000. С. 201; Козаченко И. Я. Понятие уголовного наказания // Реализация уголовной ответственности: материально-правовые и процессуальные аспекты: межвуз. сб. науч. ст. Самара, 1992. С. 72 (текст. сноски).

² Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Лекции. Часть Общая. В 2 т. Т. 2. Москва, 1994. С. 98.

³ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. В 2 кн. Кн. 1 / под ред. О. Ф. Шишова. Москва: Новая Волна, 1998. С. 135.

⁴ Кримінально-виконавчий кодекс: наук.-практ. комент. / А. Х. Степанюк, І. Р. Яковець; за заг. ред. А. Х. Степанюка. Харків, 2005. С. 29.

І. В. Шмаров вказував, що важко розмежувати, коли один звільнений не вчиняє нового злочину із-за страху покарання, а інший — в результаті зміни поглядів і переконань¹.

В руслі наведеної дискусії А. М. Рейтборт писав: «Під виправленням розуміються такі зміни в поглядах і звичках засудженого, які, по крайній мірі, виключають можливість вчинення ним нового злочину»².

І. Г. Богатирьов та С. С. Сергеев визначають виправлення як внутрішній процес позитивних змін в особистості засудженого та його спільну діяльність з персоналом органів і установ виконання покарань³.

В науковій літературі також висловлюється думка, що головне тут не в тому, щоб застосуванням покарання формувати нову особистість, а в тому, щоб засуджений в подальшому утримався від злочинних діянь. Ця ціль, тобто виправлення, цілком реальна, і при цьому не важливо, не вчиняє засуджений нові злочини із-за страху повторення покарання чи в силу внутрішньої моральної переорієнтації⁴.

Чинний КК України не розкриває зміст виправлення як мети покарання, хоча його законодавча дефініція все ж таки існує. Так, згідно з ч. 1 ст. 6 КВК України під виправленням засудженого розуміється процес позитивних змін, які відбуваються в його особистості та створюють у нього готовність до самокерованої правослухняної поведінки.

Порівнюючи позиції науковців стосовно змісту виправлення як мети покарання із його законодавчим визначенням, а також висловлюючи свою думку з проблеми, зазначимо, що ми розділяємо ті позиції, які близькі до законодавчого концепту, в якому реалізовано не спрощене розуміння змісту виправлення, як не вчинення злочинцем нових злочинів не залежно від причин такої поведінки, а більш глибоке, пов'язане з необхідністю при застосуванні покарання досягти позитивних змін у свідомості засудженого, його критичного ставлення до своєї діяльності в минулому, самокерованої правослухняної поведінки в майбутньому.

Таким чином, визнання виправлення метою покарання в теоретичному та практичному плані має важливе значення. Підтвер-

¹ Шмаров И. В. Критерии и показатели эффективности наказания // Советское государство и право. 1968. № 6. С. 61.

² Советское уголовное право. Общая часть. Москва, 1972. С. 312.

³ Кримінально-виконавче право України: підручник / О. М. Джужа та ін.; за заг. ред. О. М. Джужа. Київ: Атіка, 2010. С. 595–596.

⁴ Велиев С. А. Принципы назначения наказания. Санкт-Петербург: Юрид. Центр Пресс, 2004. С. 63.

дженням цього є і положення дисертаційних досліджень останнього часу. В. А. Бадира зазначає: «Виправлення засуджених, як мета покарання, відіграє інтегруючу роль у системі усіх цілей покарання, оскільки є запорукою їхньої ресоціалізації, а відтак, найбільшої ефективності покарання»¹.

На цілі покарання, у тому числі виправлення, вказує Т. І. Іванюк: «Покарання... покликане виступати засобом охорони найбільш важливих суспільних відносин від злочинних посягань шляхом здійснення карального впливу на засудженого з метою його виправлення, а також запобігання вчиненню нових злочинів як засудженим, так і іншими особами»².

Ч. М. Токтоназарова, розглядаючи теоретичні та правозастосовні проблеми цілей покарання, зазначає, що зміст принципу справедливості, відображеного в ст. 6 КК РФ, і обсяг поняття соціальної справедливості — не однакові. Зміст останнього значно ширше і глибше, оскільки вимагає врахування не тільки вимог закону, а й справедливості соціальної, загальнолюдської, тобто розцінюється вже як моральна, етична категорія. Вимогу відновлення соціальної справедливості звернено до декількох об'єктів. По-перше, до держави. Очевидна несправедливість покарання, а відповідно, явне недосягнення мети кримінального покарання вже при його призначенні тягне за собою не тільки негативну оцінку діяльності суду, але й негативне ставлення до держави та її органів у цілому. Таким чином, відносно соціальної справедливості, в першу чергу, — це справа державної ваги. Оскільки тільки суд має право призначити кримінальне покарання особі, що вчинила злочин, то, по-друге, вимога відновлення соціальної справедливості (як мети покарання) відноситься до нього як органу, що уособлює в даному випадку волю і правомочність держави. Щоб вирок суду задовольняв таку мету покарання, як відновлення соціальної справедливості, він повинен відповідати, поряд з правовими принципами, і вимогам моральності. Третьою особою, яка вкрай зацікавлена в цілі відновлення соціальної справедливості і правомочна вимагати її реалізації, є потерпілий. Потерпілий, як особа, якій злочинем заподіяно моральну, фізичну або майнову шкоду, існує далеко не у всіх злочинах, але, на жаль, мета відновлення всіх аспектів соціальної справедливості в частині захисту його прав та інтересів не може бути визнана забезпеченою реальними гарантіями.

¹ Бадира В. А. Виправлення жінок, засуджених до позбавлення волі, як мета покарання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2006. С. 3.

² Іванюк Т. І. Обставини, які пом'якшують покарання, за кримінальним правом України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2006. С. 3.

Нарешті, слід вказати, що головна особа, до якої звернена мета покарання у вигляді відновлення соціальної справедливості, — це особа, яка вчинила злочин. Покарання як міра державного примусу полягає в комплексі поневірянь і обмежень прав і свобод засудженого, які він має зазнати, що дає психологічне задоволення для потерпілого та інших громадян, що спостерігають за процесом правосуддя; потім в багатьох випадках він ізолюється від суспільства (позбавлення волі, арешт, смертна кара) або істотно обмежується у своїх правах (обов'язкові роботи, виправні роботи тощо), чим забезпечується безпека оточуючих від подальших його посягань, що також тягне відновлювальний ефект для суспільства; крім того, реалізація цілі відновлення соціальної справедливості в економічному плані явно простежується у випадках відшкодування засудженим заподіяної злочином шкоди¹.

Найбільша дискусія в науковому середовищі притаманна проблемі визнання кари сутністю чи однією із цілей покарання².

У тлумачному словнику сучасної української мови кару розуміють як «суворе покарання, відплату за що-небудь; катування»³. Кара (здійснення на когось якогось засуду) — покарання, покута, (жорстока) розправа⁴.

М. І. Бажанов, М. О. Беляєв, М. М. Ісаєв, І. І. Карпець, В. А. Ломако, В. Г. Смирнов, В. В. Сташис, П. П. Осипов, Б. С. Утевський та деякі інші криміналісти вважали, що кара є метою покарання, та обґрунтовували свою позицію тим, що покарання є актом відплати за вчинений злочин.

І. М. Рагімов вказував, що поняття кари може відповідати поняттю відплати⁵.

І. І. Карпець зазначав, що важко уявити собі застосування покарання без цілі покарати⁶.

¹ Токтоназарова Ч. М. Цели уголовного наказания: теоретические и правоприменительные проблемы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Санкт-Петербург, 2005. С. 14–15.

² *Энциклопедия уголовного права*. Т. 8. Уголовная ответственность и наказание. Санкт-Петербург, 2007. С. 139.

³ *Тлумачний словник сучасної української мови* / уклад.: Л. П. Коврига, Т. В. Ковальова, В. Д. Пономаренко; за ред. В. С. Калашника. Харків: Белкаркнига, 2005. С. 421.

⁴ *Полюга Л. М.* Словник синонімів української мови. 3-тє вид. Київ: Довіра, 2007. 477 с.

⁵ *Рагімов И. М.* Философия наказания и проблемы его назначения. Баку, 1998. С. 17.

⁶ *Карпец И. И.* Индивидуализация наказания в советском уголовном праве. Москва: Госюриздат, 1961. С. 38; *Карпец И. И.* Наказание. Социальные, правовые и криминологические проблемы. Москва: Юрид. лит., 1973. С. 57.

А. А. Березовський вказує на кару як на ціль покарання, але не розкриває значення терміна «кара»¹.

І. І. Митрофанов серед виправлення, спеціальної превенції (автор взагалі не зазначає загальну превенцію), виконання в цілому завдань Кримінального закону вказує і на мету кари².

М. О. Беляєв, розглядаючи кару як мету покарання, під нею розумів завдання правопорушникові страждань і позбавлень як відплату за вчинений ним злочин³.

На «...відплату у формі кари...» як одну з цілей покарання вказують й інші автори⁴.

В. А. Ломако зазначав, що «кара як відплата засудженому за вчинене діяння» чітко визначена у ч. 2 ст. 50 КК України як мета покарання (правда, автор вважав кару і ознакою покарання, пояснюючи це тим, що «кара виступає в двох іпостасях, що перебувають у діалектичній єдності»⁵).

Кару як одну із цілей покарання називали і ряд інших криміналістів⁶.

А. Н. Павлушин додавав до цього: «Держава, застосовуючи покарання поряд з іншими цілями, ставить і ціль справедливої кари»⁷.

¹ Березовський А. А. Зміст покарання як заходу кримінально-правового впливу // Правове життя сучасної України: тези доп. Міжнар. наук. конф. проф.-викл. і аспірант. складу / відп. ред. Ю. М. Оборотов; Одес. нац. юрид. акад. Одеса, 2009. С. 609.

² Митрофанов І. І. Система покарань у механізмі реалізації кримінальної відповідальності // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: юриспруденція. 2013. Вип. 5. С. 194.

³ Беляєв Н. А. Цели наказания и средства их достижения в исправительно-трудовых учреждениях. Ленинград: Изд-во Ленингр. ун-та, 1963. С. 25.

⁴ Житинигор Б. С. Сравнительный анализ родственных уголовно-правовых систем России, Украины и уголовного законодательства государства Израиль. Кн. 2 / науч. рук. Л. В. Багрий-Шахматов. Тирасполь, 2003. С. 93.

⁵ Кримінальний кодекс України: наук.-практ. комент. / Ю. В. Баулін та ін.; за заг. ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. Київ: Ін Юре, 2003. С. 190.

⁶ Смирнов В. Г. Функции советского уголовного права. Ленинград, 1972. С. 37; Беляев Н. А. Цели наказания и средства их достижения. Ленинград, 1963; Загородников Н. И., Якубович М. И., Демидов Ю. А. Советское уголовное право. Москва, 1971. С. 135; Шнейдер М. А., Раишкова Ш. С. Учебно-методические указания по изучению Общей части советского уголовного права. Москва, 1960. С. 64; Уголовное право. Общая часть. Москва, 1948. С. 452–453; Уголовное право. Общая часть. Москва, 1943. С. 221; Советское уголовное право. Общая часть / под ред. В. М. Чиквадзе. Москва, 1959. С. 260.

⁷ Павлушин А. Н. О целях наказания в советском уголовном праве // Цели уголовного наказания: учеб.-метод. материалы по итогам межфаедр. теорет. семинара, сост. в дек. 1989 г. / под ред. В. А. Елеонского. Рязань, 1990. С. 7–8.

Але така точка зору не видається вірною, тому що кара — відплата за вчинене у минулому і направлена в минуле, а мета — це те, що досягається в майбутньому.

О. М. Зайцева, захищаючи кандидатську дисертацію на тему «Цілі покарання та засоби їх досягнення у виправних установах», приходять до висновків, що «цілями покарання повинні бути юридичне виправлення засудженого і попередження вчинення ними нових злочинів»¹.

І. А. Сперанський, М. О. Стручков, Ю. М. Ткачевський та І. В. Шмаров вказували, що приєднуються до тих радянських юристів, які обмежують зміст покарання лише карою².

Вважаємо, що законодавець не може застосовувати покарання заради завдання особі певних страждань, які полягають у обмеженні її прав та свобод. Обмеження прав і свобод повинне застосовуватися лише для досягнення таких цілей покарання, як виправлення злочинця та попередження вчинення нових злочинів засудженим та іншими особами. Ми згодні з І. С. Ноем, що «кара — не самоціль покарання» та «...карати заради кари — безглуздо»³.

І практика йде шляхом визнання цілями покарання лише виправлення і попередження. Так, Черкаський районний суд Черкаської області у вироку зазначає про виправлення особи та запобігання вчиненню нею нових злочинів⁴. Таке ж формулювання цілей є і у вироках Воловецького районного суду Закарпатської області⁵, Тальнівського районного суду Черкаської області⁶, Роменського міськрайонного суду Сумської області⁷, Великоберезнянського районного суду Закарпатської області⁸, Новоукраїнського район-

¹ Зайцева Е. Н. Цели наказания и средства их достижения в исправительных учреждениях: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Краснодар, 1998. С. 7.

² Советское исправительно-трудовое право: учебник / И. А. Сперанский, Н. А. Стручков, Ю. М. Ткачевский, И. В. Шмаров; под ред. Н. А. Стручкова, Ю. М. Ткачевского. Москва: Юрид. лит., 1983. С. 106.

³ Ной И. С. Вопросы теории наказания в советском уголовном праве. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1962. С. 29.

⁴ Архів Черкаського районного суду Черкаської області. Кримінальна справа № 1-163/11/2012 р.

⁵ Архів Воловецького районного суду Закарпатської області. Кримінальна справа № 300/751/13-к/2013 р.

⁶ Архів Тальнівського районного суду Черкаської області. Кримінальні справи № 1-127/12 р. та № 704/36/13- к р./2013 р.

⁷ Архів Роменського міськрайонного суду Сумської області. Кримінальна справа № 1-160/11/2011 р.

⁸ Архів Великоберезнянського районного суду Закарпатської області. Кримінальна справа № 298/903/13-к/2013 р.

ного суду Кіровоградської області¹, Крелевецького районного суду Сумської області², Калуського міськрайонного суду Івано-Франківської області³, Зарічного районного суду м. Суми⁴, Краснодонського міськрайонного суду Луганської області⁵, Снігурівського районного суду Миколаївської області⁶, апеляційного суду Запорізької області⁷ та ін.

Про виправлення і попередження зазначається і при узагальненні судової практики Верховним Судом України⁸.

Про таку ціль, як кара, не зазначається у проаналізованих нами вироках⁹.

Тому, на наш погляд, є більш логічним визначення кари сутністю покарання¹⁰.

О. М. Омельчук, займаючись проблемою призначення покарання, зазначав, що «суть покарання полягає в тому, що засуджений зазнає кари за вчинений злочин, тобто фактичних втрат і обмежень»¹¹.

Покарання застосовується до винної особи саме заради досягнення стабілізації суспільних відносин, які були порушені в результаті вчинення злочину. А для цього не достатньо лише завдати у відповідь злочинцю певних моральних страждань та поз-

¹ Архів Новоукраїнського районного суду Кіровоградської області. Кримінальна справа № 1-217/11 р./2011 р.

² Архів Крелевецького районного суду Сумської області. Кримінальна справа № 1809/1354/2012 р., 1/1809/103/2012 р.

³ Архів Калуського міськрайонного суду Івано-Франківської області. Кримінальна справа № 1-246/2009 р.

⁴ Архів Зарічного районного суду м. Суми. Кримінальна справа № 1805/11622/2012, провадження № 1/1805/543/2012 р.

⁵ Архів Краснодонського міськрайонного суду Луганської області. Кримінальна справа № 412/4276/13-к/ 2013 р.

⁶ Архів Снігурівського районного суду Миколаївської області. Провадження № 1/1422/99/2012 р.

⁷ Архів апеляційного суду Запорізької області. Кримінальна справа № 11-57/2010 р.

⁸ Судова практика у справах про злочини неповнолітніх і втягнення їх у злочинну діяльність. URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/3adf2d0e52f68d76c2256c080037bac9/2279ace32118fde9c22576070039bc38?OpenDocument>.

⁹ Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua>.

¹⁰ Березовська Н. Л. Цілі покарання неповнолітніх // Правове життя сучасної України: тези доп. Всеукр. наук. конф. / відп. ред. Ю. М. Оборотов; Одес. нац. юрид. акад. Одеса, 2008. С. 362.

¹¹ Омельчук О. М. До питання про загальні засади призначення покарання // Університетські наукові записки. 2007. № 2 (22). С. 344; Омельчук О. М. Проблеми законодавчого регулювання призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом // Університетські наукові записки. 2006. № 3—4 (19—20). С. 330.

бавлень аби відплатити йому за вчинений злочин. Цим суспільство не буде кращим за злочинця. Держава повинна піклуватися про виправлення такої особи, про попередження у майбутньому вчинення злочинів цією та іншими особами. Лише таким чином можна сподіватися на відновлення правопорядку.

Правильне вирішення порушеного питання, як уявляється, залежить від визначення основного змісту поняття кари. Якщо розуміти кару як будь-яке позбавлення чи обмеження прав і свобод злочинця, абстрагуючись від можливих відмінностей за характером, змістом або обсягом такого позбавлення чи обмеження, то очевидно кара є властивістю будь-якого покарання. До прихильників визнання кари сутністю покарання належать М. П. Мелентьев, А. С. Міхлін, С. В. Полубинська, М. О. Стручков, М. Д. Шаргородський, В. А. Шкурко, І. В. Шмаров та ін., які вважають, що кара — це сутність покарання, яке виражається в позбавленні засуджених певних благ (матеріальних, вибору місця проживання, свободи пересування, вільного вибору кількості побачень з рідними та близькими тощо).

Отже, покарання є карою за вчинений винуватим злочин, так як за своїм змістом завжди пов'язане з застосуванням до засудженого по вироку суду певних страждань. Це необхідна властивість будь-якого покарання. Нерідко використовуються як синоніми терміни «покарання» і «кара». В. І. Зубкова вказує, що поняття «покарання» і «кара» є тотожними і термін «кара» слід вилучити з кримінального законодавства і законодавчої лексики¹.

М. Д. Шаргородський вказував: «Кара направлена в минуле, і вона у суспільному відношенні не має тому ніякої цінності. Спрямовані в майбутнє теорії, що керуються свідомим процесом суспільного розвитку, неминуче повинні відкинути кару як мету покарання»², «покарання є кара тому, що воно: 1) призначається за вчинення діяння; 2) знаходиться у відповідності зі вчиненим діянням; 3) є примусом і спричиняє страждання»³.

С. В. Полубинська кару розуміє як сутність покарання, передумову досягнення мети покарання — запобігання злочинам⁴.

¹ Зубкова В. И. Уголовное наказание и его социальная роль: теория и практика. Москва: НОРМА, 2002. С. 47.

² Шаргородський М. Д. Наказание, его цели и эффективность. Ленинград, 1973. С. 28.

³ Шаргородський М. Д. Наказание по уголовному праву. Ч. 2. Наказание по советскому уголовному праву. Москва, 1958. С. 18.

⁴ Полубинская С. В. К вопросу о целях наказания // Проблемы совершенствования уголовного закона. Москва, 1990. С. 100.

На думку М. О. Беляєва, «покарання — це кара за вчинення злочину... без каральних елементів, міра, яка застосовується до правопорушників не є покаранням»¹.

Т. А. Денисова вказує, що «покарання є карою (заходом примусу), яке застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні злочину, і полягає в обмеженні прав і свобод засудженого»², а також, що «кара — це таке позбавлення чи обмеження прав і свобод злочинця, яке є необхідним для захисту суспільства та для задоволення почуття обурення й справедливості потерпілого, його близьких і суспільства в цілому»³.

Д. А. Шестаков також розуміє кару як відплату, тому вважає, що слід відмовитися від поняття кари, так як відплатний підхід суперечить цивілізованому суспільству⁴.

В. А. Шкурко зазначає, що «...кара є лише необхідною ознакою покарання, його неминучим засобом, а не ціллю»⁵.

Отже, кара, як сутність покарання, полягає в конкретному обмеженні прав і свобод засудженого. Обсяг кари диференційований в кожному покаранні в залежності від характеру і тяжкості злочину. Чим тяжчий злочин вчиняє особа, тим суворіше і покарання. Характер благ, якими обмежується засуджений у зв'язку із призначенням покарання, — різний і визначається якісною своєрідністю кожного окремого виду покарання.

Так, М. Д. Шаргородський писав: «Покарання є позбавленням злочинця певних приналежних йому благ і виражає негативну оцінку злочинця і його діяння державою. Покарання заподіює страждання тій особі, до якої воно застосовується. Саме ця властивість, будучи необхідною ознакою покарання, робить його карою»⁶.

Є. М. Вечерова також приходить до висновку, що сутністю покарання є кара⁷.

¹ Беляев Н. А. Уголовно-правовая политика и пути ее реализации. Ленинград, 1986. С. 64.

² Денисова Т. А. Кримінально-правовий, кримінологічний та кримінально-виконавчий аналіз. Запоріжжя: КПУ, 2007. С. 61.

³ Денисова Т. А. Покарання: кримінально-правовий, кримінологічний та кримінально-виконавчий аналіз. Запоріжжя: КПУ, 2007. С. 67.

⁴ Шестаков Д. А. Криминология. Краткий курс. Преступность как свойство общества. Санкт-Петербург: Лань, 2001. С. 147–148.

⁵ Уголовное право БССР. Часть Общая / под общ. ред. И. И. Горелина и И. С. Тишкевича. Минск, 1973. С. 201.

⁶ Шаргородский М. Д. Наказание, его цели и эффективность. Ленинград, 1973. С. 16.

⁷ Вечерова Е. М. Покарання, кара та кримінально-правовий вплив: питання співвідношення // Південноукраїнський правничий часопис. 2008. № 4. С. 95;

У КК України 1960 р., як відомо, поняття покарання не давалося, але були встановлені цілі покарання. Зазначалося, що покарання є не лише карою за вчинений злочин, але і має на меті виправлення, перевиховання засуджених у дусі чесного ставлення до праці, точного виконання законів, поваги до правил соціалістичного співжиття, а також попередження здійснення нових злочинів як засудженими, так і іншими особами. Тобто кара визнавалася сутністю покарання.

Без кари, тобто без визначеного законом обмеження правового статусу засудженого, не може бути покарання. Однак виховний потенціал кари об'єктивно обмежений. «Кара не виправляє і не може виправити людину...» — зазначає С. А. Велієв¹.

Можна погодитися і з тим твердженням, що хоча моральні страждання і є неминучим результатом злочину, тим самим вони застерігають від вчинення нового злочину, кара здатна викликати лише конформістську поведінку².

Таким чином, кара — це не відплата за вчинений злочин, а певні обмеження примусового характеру, що покликані сприяти досягненню мети виправлення злочинця, а також загальної та спеціальної превенції, тому не може значитись у законі серед цілей покарання³.

О. М. Зайцева також прийшла до висновку, що «кара, яка міститься в покаранні, є не ціллю, а засобом досягнення цілей покарання»⁴.

Проаналізувавши цілі покарання у теорії, законодавстві та практиці застосування кримінально-правових норм, пропонуємо ч. 2 ст. 50 КК України викласти у наступній редакції:

«...ч. 2. Покарання має на меті виправлення усіх засуджених та запобігання вчиненню злочинів».

Класифікація допомагає з'ясувати сутність того, що розглядається. Звернемося до поняття класифікації, так як поняття висту-

Вечерова Е. Н. Некарательное уголовно-правовое воздействие на несовершеннолетних: аналитический дискурс. Николаев: ИЛИОН, 2012. С. 29.

¹ Велієв С. А. Принципы назначения наказания. Санкт-Петербург: Юрид. центр Пресс, 2004. С. 38.

² Советское исправительно-трудовое право / под ред. Н. А. Беляева, В. С. Прохорова. Ленинград: Изд-во ЛГУ, 1989. С. 61; Осипов П. П. Теоретические основы построения и применения уголовно-правовых санкций: аксиологические аспекты. Ленинград: Изд-во ЛГУ, 1976. С. 68.

³ Березовська Н. Л. Кара в теорії і практиці кримінального права // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: юриспруденція. Херсон, 2013. № 6-1, т. 2. С. 150.

⁴ Зайцева Е. Н. Цели наказания и средства их достижения в исправительных учреждениях: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Краснодар, 1998. С. 7.

пає однією з основних форм мислення, що відтворює предмети і явища в їхніх істотних ознаках; це — узагальнене відображення у свідомості людини основних уявлень про реальність світу, що пізнається у процесі суспільної діяльності. Поняття також — це результат глибокого пізнання предметів чи явищ. Вироблення того чи іншого поняття завжди є кроком уперед у пізнанні навколишнього світу, шаблоном у розвитку науки¹.

Л. М. Кривоченко виділяє зовнішній і внутрішній бік класифікації. Під зовнішнім боком класифікації вчена розуміє певну систематизацію знань щодо об'єктів, які класифікуються, а під внутрішнім — певний етап у пізнанні сутності об'єктів, що класифікуються, у виявленні їх суттєвих ознак².

В. О. Шинкарьов зазначає, що «деякі проблеми щодо системи покарань досі залишилися не вирішеними у повному обсязі. Одним з таких питань є класифікація покарань»³.

В. І. Зубкова вказує на те, що чітка класифікація покарань є допоміжним засобом для законодавця при побудові системи покарань у законі, по-друге, класифікація покарань слугує для законодавця допоміжним засобом і при формуванні ряду найважливіших інститутів та понять, по-третє, класифікація покарань дає судовим органам широкі можливості для строго диференційованого, індивідуального підходу до призначення кримінальних покарань різним категоріям злочинців з урахуванням їх особи, характеру та ступеня суспільної небезпеки вчинених ними злочинів, обставин, при яких вони мали місце⁴.

Критеріями класифікації покарань можуть виступати: а) їх юридична значущість; б) зв'язок з ізоляцією від суспільства; в) наявність чи відсутність обмежень майнового характеру; г) суб'єкт, до якого застосовується покарання; ґ) можливість чи неможливість призначення певного виду покарання у випадках, коли воно не передбачене санкцією статті Особливої частини КК, тощо.

У законі передбачений ще один поділ покарань, критерієм якого у літературі називають юридичну значущість покарання. В залежності від нього, покарання діляться на: 1) покарання, які можуть застосовуватися лише як основні (основні покаран-

¹ Жеребкін В. Є. Логіка: підруч. для юрид. вузів. 2-ге вид., стереотип. Харків: Основа; Київ: Знання, 1998. 256 с.

² Кривоченко Л. М. Класифікація злочинів за ступенем тяжкості у Кримінальному кодексі України. Київ: Юрінком Інтер, 2010. С. 14.

³ Шинкарьов Ю. В. Щодо класифікації покарань у кримінально-виконавчому кодексі України. URL: <http://www.pravoznavec.com.ua/period/article/35462/%DE>.

⁴ Зубкова В. И. Уголовное наказание и его социальная роль: теория и практика. Москва, 2002. С. 192–193.

ня); 2) покарання, які можуть застосовуватися лише як додаткові (додаткові покарання); 3) покарання, які можуть застосовуватися як основні і як додаткові. Така класифікація покарань має суттєве кримінально-правове значення, насамперед, для реалізації принципу індивідуалізації покарання.

За зв'язком з ізоляцією від суспільства покарання можна поділити на дві групи: 1) покарання, пов'язані з ізоляцією від суспільства (арешт, тримання в дисциплінарному батальйоні військово-службовців, позбавлення волі на певний строк, довічне позбавлення волі); 2) покарання, не пов'язані з ізоляцією від суспільства (усі інші, крім зазначених, види покарань). Ця класифікація покарань має першочергове значення для кримінально-виконавчого права.

Також слід вказати як критерій поділу покарань наявність або відсутність обмежень майнового характеру. За цим критерієм всі покарання діляться на: 1) покарання, пов'язані з обмеженнями майнового характеру (штраф, виправні роботи, службові обмеження для військовослужбовців, конфіскація майна); 2) покарання, не пов'язані з такими обмеженнями (усі інші, крім зазначених, види покарань).

Також критерієм поділу покарань є їх поділ в залежності від суб'єкта, до якого може бути застосоване покарання, на: 1) загальні (можуть бути застосовані до будь-якої особи); 2) спеціальні (можуть бути застосовані до певної особи). При цьому серед загальних покарань виділяються покарання, які: а) можуть бути застосовані до будь-яких осіб, визнаних винними у вчиненні злочинів; б) не можуть застосовуватися до певних категорій осіб.

Критерієм поділу покарань також можна назвати досягнення повноліття (згідно зі ст. ст. 51 та 98 КК України покарання перераховуються для таких категорій окремо): 1) покарання, які можуть бути застосовані до осіб, що досягли повноліття; 2) покарання, які можуть бути застосовані до осіб, що не досягли повноліття; 3) покарання, які можуть бути застосовані і до повнолітніх, і до неповнолітніх осіб.

Тобто покарання можна класифікувати за різними критеріями.

За характером впливу на засудженого (в залежності від змісту покарання) покарання класифікуються на пов'язані з виправно-трудовим впливом на засуджену особу та на покарання, які не пов'язані з виправно-трудовим впливом на засуджену особу.

На нашу думку, праві ті автори, які стверджували, що найбільший ефект у виправленні засуджених можна досягти лише при поєднанні каральних і виховних заходів впливу. Особливе місце

серед виховних заходів, що застосовуються до засуджених, належить виправно-трудовому впливу, заснованому на суспільно корисній праці.

Праця переслідує економічну, оздоровчу, виховну та педагогічну цілі. Без неї немислимі виробничі відносини і, як наслідок, саме життя суспільства. Саме працею створюються всі матеріальні і культурні цінності людства. Праця також використовується і в педагогічних цілях. Є суспільним фактором всебічного розвитку особистості. Праця формує особистість, виховує її волю, характер, моральні якості, розвиває здібності. Саме в процесі праці виробляються такі риси особистості, як свідоме ставлення до дорученої справи, бережливе ставлення до власності, дисциплінованість, працелюбство тощо.

Важливу роль відіграє праця в умовах виховних установ. Праця є важливим засобом виправлення та підготовки засуджених до життя на волі¹. Повністю підтримуємо цю точку зору: однією ізольцією від суспільства не досягнути цілей покарання.

Якщо до моменту відбування покарання засуджений не займався будь-яким видом діяльності, то відбування покарання, пов'язаного з виправно-трудовим впливом, не тільки позбавить його беззмістовного проведення часу, а й дозволить оволодіти навиками певної роботи, яка, після відбування покарання, допоможе йому влаштуватись у житті не як небажаному члену суспільства, який виконує злочинну роль, а бути корисним, приносити користь собі та іншим членам суспільства, діяти на благо своїх і громадських інтересів. При цьому засуджений отримує і моральне задоволення від праці, хоча до цього, можливо, не був навчений працювати, вів паразитичний спосіб життя.

Праця засуджених у кримінально-виконавчій теорії традиційно відноситься до найбільш важливих засобів виправного впливу. У літературі неодноразово підкреслювалося, що використання праці пов'язується насамперед з її соціальною природою — бути матеріальною основою виховання особистості. На цю обставину вказував М. П. Мелентьев: «Діяльність органів, що виконують покарання, показує, що, як правило, не можна виправити... осіб, не залучаючи їх до суспільно корисної праці»².

¹ *Забезпечення дотримання прав людини в установах державної кримінально-виконавчої служби*: прес-реліз Державного департаменту України з питань виконання покарань від 16 черв. 2006 р. URL: http://www.kmu.gov.ua/punish/control/uk/publish/article?jsessionid=037663BC9F90B6966C16579B6A0163EE?art_id=47144&cat_id=47123.

² *Мелентьев М. П. Функции советского исправительно-трудового права*: учеб. пособие. Рязань, 1984. С. 34.

На жаль, як справедливо відзначається останнім часом, роль праці на практиці в значній мірі було гіпертрофовано: праця розглядалася як основа виправлення засуджених, а виправні установи виступали, по суті, як промислові підприємства, які зобов'язані були виконувати план і приносити прибуток¹. Тюремна промисловість завжди була важливою частиною радянської економіки і приносила щорічно дохід до мільярда карбованців, а Головне управління виконання покарань МВС СРСР входило до числа найбільших виробників валового національного продукту². Праця засуджених використовувалась для вирішення державних економічних задач, що нерідко знаходило вираз у відкритій експлуатації засуджених як безкоштовної або дешевої робочої сили³.

На сучасному етапі в теорії і на практиці відбувся відхід від такої позиції. Використання праці засуджених повинно служити досягненню цілі виправлення засудженого — ця теза відображається і в літературі.

Так, А. А. Рябинін зазначає, що праця засуджених, хоча і є економічною категорією, переслідує насамперед педагогічні цілі, і виробничо-технічна діяльність виправних установ повинна бути підлегла меті виправлення засуджених⁴.

Нерозривно пов'язана із працею, її завданнями і формами соціально-виховна робота, як цілеспрямована діяльність персоналу органів і установ виконання покарань і інших соціальних інституцій для досягнення мети виправлення засуджених (ст. ст. 123 і 124 КВК України). Праця й соціально-виховна робота є невіддільними одна від одної.

Також велике значення в законодавстві та практиці відбування покарань, пов'язаних з виправно-трудовим впливом, обґрунтовано відводиться загальноосвітньому та професійно-технічному навчанню.

Загальноосвітнє й професійно-технічне навчання засуджених у відповідності з ст. ст. 125 і 126 КВК України здійснюється від-

¹ *Уголовно-исполнительное право России: учебник* / под ред. В. И. Селиверстова. Москва: Юрист, 2000. С. 92.

² *Зубков А. И.* Карательная политика России на рубеже тысячелетий. Москва, 2000. С. 24–25; *Кристи Н.* Борьба с преступностью как индустрия. Вперед, к Гулагу западного образца: пер. с англ. Москва: Центр содействия реформе уголов. правосудия, 2001. С. 76.

³ *Человек и тюрьма*: сб. информационных материалов. Москва: Изд-во Обществ. центра содействия реформе уголов. правосудия, 2002. С. 7.

⁴ *Рябинин А. А.* Исправительно-трудовое (уголовно-исполнительное) право Российской Федерации. Москва: Юрист, 1995. С. 65–66.

повідно до законів України «Про освіту»¹, «Про загальну середню освіту»², «Про професійно-технічну освіту»³ та в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України. Міжнародно-правові акти навчанню й професійній підготовці засуджених приділяють особливу увагу, розглядаючи їх як складовий елемент виховання. Так, це питання виділене як самостійний розділ у Мінімальних стандартних правилах поводження з ув'язненими.

Важливим моментом при відбуванні покарань, пов'язаних з виправно-трудовим впливом, є громадський вплив, особливо при відбуванні таких видів покарань, як громадські та виправні роботи. Громадський вплив, здійснюваний місцевою громадою та трудовими колективами, потенційно наділений великими виправними та виховними можливостями.

В розрізі досліджуваних проблем на особливу увагу заслуговує проблема визначення каральних та виправних сторін режиму відбування покарань.

Як відомо, режим відбування покарань є одним із найвпливовіших засобів виправлення засуджених. Термін «режим» (з фр. *regime*) використовується в українській мові в декількох значеннях, в тому числі: точно встановлений розпорядок життя; система правил, заходів, необхідних для тієї чи іншої мети⁴. Часто даний термін використовується у вітчизняному кримінально-виконавчому законодавстві.

В 50-ті рр. XX ст. режим розглядався у широкому та вузькому значенні. У вузькому значенні під ним розуміється один із основних методів виправно-трудового впливу на засуджених, в широкому — «діяльність виправно-трудової установи, яка здійснювала визначені законом цілі»⁵. Можна погодитися із твердженням про те, що в самому широкому значенні режим відбування покарання охоплює всю сукупність матеріальних і процедурних норм,

¹ *Про освіту*: Закон України від 23 трав. 1991 р. № 1060-XII // Відомості Верховної Ради України. 1991. № 34. Ст. 451.

² *Про загальну середню освіту*: Закон України від 13 трав. 1999 р. № 651-XIV // Відомості Верховної Ради України. 1999. № 28. Ст. 230; 2000. № 27. Ст. 213; 2002. № 12–13. Ст. 92; 2003. № 10–11. Ст. 86; 2004. № 17–18. Ст. 250; 2005. № 7–8. Ст. 162; 2005. № 17, 18–19. Ст. 267; 2006. № 9, 10–11. Ст. 96; 2007. № 7–8. Ст. 66; 2008. № 5–6, 7–8. Ст. 78; 2008. № 27–28. Ст. 253.

³ *Про професійно-технічну освіту*: Закон від 10 лют. 1999 р. № 103/98 ВР // Відомості Верховної Ради України. 1998. № 32. Ст. 215.

⁴ *Словарь иностранных слов*. Москва: Рус. яз., 1982. С. 423; *Ожегов С. И.* Словарь русского языка. Москва: Рус. яз., 1990. С. 672.

⁵ *Раскин К. С.* Режим в исправительно-трудовых учреждениях и предупреждение преступлений среди заключенных // *Вопросы исправительно-трудового права*: сб. ст. Москва, 1957. С. 48–49.

що регламентують діяльність адміністрації органів і установ, на які законом покладене виконання покарання, а також сукупність умов і правил відбування покарання засудженими¹, що відповідає законодавчій дефініції.

Оскільки режим є порядком виконання покарання, то в ньому, у першу чергу, виражений весь комплекс правообмежень і позбавлень².

Режим містить у собі всі елементи кари й несе каральну функцію. У той же час режим містить і ряд елементів, які за своїм характером не є каральними. Зокрема, у літературі обґрунтовано вказується, що, поряд з каральною, режим виконує також виховну функцію тощо³.

Власне, та частина об'єму режиму, що не виражає кару і направлена на виправлення засудженого, включається в зміст виправно-трудового впливу (С. В. Познишев, І. С. Ной, М. Я. Гінзбург, М. О. Стручков, М. О. Беляєв та інші)⁴.

В залежності від виду покарання ступінь правової регламентації розглянутих засобів виправно-трудового впливу є різним, оскільки виховний процес — творчий, не терпить шаблонів і повинен бути досить самостійним та передбачати свободу у виборі конкретних форм, методів і прийомів впливу на засуджених. Найбільш повно регулюється нормами права режим і праця засуджених (за винятком питань моральної й психологічної підготовки засуджених до участі в праці). У той же час соціально-виховна робота із засудженими, загальноосвітнє й професійно-технічне навчання регламентуються нормами кримінально-виконавчого права в основних рисах, надаючи необхідний простір у реалізації методів психології й педагогіки⁵.

До покарань, пов'язаних з виправно-трудовим впливом, з урахуванням діючого законодавства ми відносимо: громадські роботи, виправні роботи, службові обмеження для військовослуж-

¹ *Уголовно-исполнительное право России*: учебник / под ред. В. И. Селиверстова. Москва: Юристъ, 2000. С. 90; *Курс криминально-виконавчого права України*. Загальна та Особлива частини: навч. посіб. / за заг. ред. О. М. Джужи. Київ: Юрінком Інтер, 2000. С. 68.

² *Рябинин А. А.* Исправительно-трудовое (уголовно-исполнительное) право Российской Федерации. Москва: Юристъ, 1995. С. 65.

³ *Курс криминально-виконавчого права України*. Загальна та Особлива частини: навч. посіб. / за заг. ред. О. М. Джужи. Київ, 2000. С. 68.

⁴ *Велько Н. В.* Режим виконання та відбування покарання у виді позбавлення волі (історія та сьогодення) // *Держава і право*. 2007. Вип. 38. С. 587–589.

⁵ *Березовська Н. Л.* Сутність та види покарань, пов'язаних з виправно-трудовим впливом, що застосовуються до неповнолітніх // *Актуальні проблеми політики*. 2007. Вип. 32. С. 159–167.

бовців, обмеження волі, тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців, позбавлення волі на певний строк, довічне позбавлення волі.

При цьому до законодавчих видів покарань, пов'язаних з виправно-трудовим впливом, ми відносимо: громадські роботи, виправні роботи та позбавлення волі на певний строк.

Покарання, пов'язані з виправно-трудовим впливом, є найбільш доцільними для застосування, особливо до неповнолітніх злочинців, коли особистість знаходиться ще на стадії формування та можливе її виправлення, яке виражається у ставленні з повагою до людей, суспільства, праці, норм та традицій людського співжиття та у правослухняній поведінці.

До покарань, які не пов'язані з виправно-трудовим впливом, відносяться: штраф, позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину, кваліфікаційного класу; позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю; конфіскація майна, арешт. До покарань, які не пов'язані з виправно-трудовим впливом та можуть бути застосовані до неповнолітніх, слід віднести: штраф, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, арешт.

Сучасне кримінальне законодавство України, як і кримінально-виконавче законодавство України, не містить визначення поняття покарань, пов'язаних з виправно-трудовим впливом, хоча зазначена проблема має певну генезу доктринального обґрунтування та правового регулювання.

Виникнення та реалізацію ідеї поєднання покарання з виправно-трудовим впливом слід пов'язувати з радянською добою генезису держави і права в нашій країні. Як зазначали А. Є. Наташев та М. О. Стручков, покарання, пов'язані з виправно-трудовим впливом, входять до загальної системи покарань за радянським кримінальним правом. Ними визнаються ті покарання, при відбуванні яких засуджений зазнає особливий виправний вплив, заснований на обов'язковій участі у суспільно корисній праці¹. Аналогічні точки зору дещо раніше висловлювали Б. С. Утевський, Е. Г. Ширвіндт та деякі інші вчені.

Аналіз наукової літератури з проблеми кримінального та виправно-трудового законодавства того часу свідчить про необхідність виділення двох, хоча і взаємопов'язаних, аспектів:

1) дослідження генезису проблеми у кримінально-правовій літературі і законодавстві;

¹ Наташев А. Е., Стручков Н. А. Основы теории исправительно-трудового права. Москва: Юрид. лит., 1967. С. 37.

2) дослідження генезису проблеми у роботах з виправно-трудового права і виправно-трудовому законодавстві.

У підручниках з кримінального права кінця 40-х — початку 50-х рр. XX століття не порушуються проблеми визначення поняття, ознак та змісту покарань, пов'язаних з виправно-трудовим впливом. Взагалі, у цих джерелах відсутня класифікація покарань на пов'язані та не пов'язані з виправно-трудовим впливом.

Міри соціального захисту судово-виправного характеру¹, тобто власне покарання за кримінальним законодавством того часу, у підручнику з кримінального права, виданого колективом авторів, до якого входили А. А. Герцензон, М. М. Ісаєв, А. А. Піонтковський, Б. С. Утевський (1948), поділялись на: а) покарання, які можуть призначатись тільки як основні; б) покарання, які можуть призначатись в якості самостійних мір, але можуть й поєднуватись з основними мірами покарання як додаткові². Тільки на основні та додаткові класифікувались покарання у підручниках з радянського кримінального права за редакцією В. Д. Меньшагіна і З. А. Вышинської (1950)³ та за редакцією В. М. Чиквадзе (1952)⁴.

У кримінальному законодавстві того часу термін «покарання, пов'язані з виправно-трудовим впливом» теж не вживався.

Реформа кримінального та виправно-трудового законодавств кінця 50-х — початку 70-х рр. XX ст. та наукові роботи певним чином спричинили і зміну уявлень про класифікацію покарань: у науковій літературі здійснюється не тільки поділ на покарання, пов'язані та не пов'язані з виправно-трудовим впливом, а й відмічається спроба обґрунтування необхідності такої класифікації, визначення ознак, видів та змісту покарань, пов'язаних з виправно-трудовим впливом.

Так, в «Основах теорії виправно-трудового права» (А. Е. Наташев, М. О. Стручков, 1967) науковці, взявши за критерій зміст певних видів покарань, в межах загальної системи покарань виділяють покарання, пов'язані з виправно-трудовим впливом на засуджених. «Виділення в межах загальної системи покарань тих

¹ Уголовный кодекс УССР: офиц. текст с изм. на 1 июля 1950 г. и с прил. общесоюз. актов уголов. законодательства. Москва: Гос. изд-во юрид. лит., 1950. С. 4.

² Уголовное право. Общая часть / А. А. Герцензон, М. М. Исаев, А. А. Пионтковский, Б. С. Утевский; под ред. В. Д. Меньшагина. Изд. 4-е, перераб. Москва: Юрид. изд-во М-ва юстиции СССР, 1948. С. 497.

³ Советское уголовное право / ред.: В. Д. Меньшагин, З. А. Вышинская. Москва: Гос. изд-во юрид. лит., 1950. С. 165.

⁴ Советское уголовное право. Часть общая / под ред. В. М. Чиквадзе. Москва: Гос. изд-во юрид. лит., 1952. С. 329–330.

покарань, виконання яких пов'язане з виправно-трудовим впливом, — зазначали А. Е. Наташев та М. О. Стручков, — дозволяє визначити сферу застосування положень тієї частини радянської політики, яка носить назву виправно-трудової політики. Положення радянської виправно-трудової політики знаходять свій вираз та закріплення в правових нормах, наявність яких дозволяє говорити про існування виправно-трудового права»¹.

У зв'язку з наведеним актуальною є теза Л. В. Багрій-Шахматова, висловлена ним стосовно змісту системи покарань: «Зміст системи покарань визначається тими головними задачами, які вирішує соціалістична держава на тому чи іншому етапі свого розвитку»². Припускаємо, що поряд із виправленням та перевихованням злочинців, приватною та загальною превенцією, велике значення для радянської держави мали і задачі розвитку економіки. До аналогічного висновку приходять і дослідники історії розвитку пенітенціарних установ³. З іншого боку, за світоглядом радянських людей у соціалістичній державі праця займала особливе місце. Тому не дивно, що ідеологічно вірним вважалося впровадження у суспільне життя в частині виправлення злочинців власне «трудового» елемента. Це знайшло свій вираз і в назві галузі законодавства та її змісті, де каральний і трудовий елементи були тісно пов'язані як засоби досягнення однієї мети — виправлення засуджених.

Підґрунтям для наведених висновків науковців стосовно необхідності виділення в системі покарань таких, що пов'язані з виправно-трудовим впливом, також став генезис виправно-трудового законодавства. Так, у першому виправно-трудовому законі — Виправно-трудовому кодексі РРФСР 1924 р. — вказувалося, що кодекс регулює порядок і умови виконання покарань у виді позбавлення волі і застосування мір виправно-трудового впливу на засуджених до даного виду покарання, а також виконання покарання у виді примусових робіт (в подальшому — виправні роботи). Поряд з правовим регулюванням виконання покарань у виді

¹ Наташев А. Е., Стручков Н. А. Основы теории исправительно-трудового права. Москва: Юрид. лит., 1967. С. 5–6.

² Багрий-Шахматов Л. В. Совершенствование системы наказаний в связи с изменениями в уголовном законодательстве // Теоретические и практические проблемы нового уголовного законодательства: сб. науч. тр. Москва, 1985. С. 56.

³ До аналогічного висновку приходять і дослідники історії розвитку пенітенціарних установ. Див., наприклад: Ягунов В. Д. Пенітенціарна система України: історичний розвиток, сучасні проблеми та перспективи реформування. Одеса, 2006. С. 45, 46.

позбавлення волі та виправно-трудових робіт, у Виправно-трудовому кодексі РРФСР також здійснювалося правове регулювання виконання таких видів покарання, як заслання, поєднане з виправно-трудовими роботами. Згідно зі ст. 24 КК Казахської РСР і ст. 25 КК Узбецької РСР, після реформи 1959–1961 рр., виконання заслання (а згідно зі ст. 24 КК Казахської РСР ще й вислання) поєднувалось з обов'язковим залученням до праці. В подальшому виправно-трудове законодавство СРСР та союзних республік визнало заслання та вислання покараннями, пов'язаними з виправно-трудовим впливом¹.

Таким чином, у нормах виправно-трудового права як галузі законодавства знайшла реалізацію ідея поєднання покарання з виправно-трудовим впливом. Зокрема, у радянському виправно-трудовому законодавстві покарання у виді позбавлення волі, виправні роботи без позбавлення волі, заслання та вислання обов'язково поєднувались з виправно-трудовим впливом.

Однак, незважаючи на істотне значення, яке надавалось виправно-трудовому впливу під час виконання покарань, а згідно з ч. 2 ст. 1 Основ виправно-трудового законодавства це були, як вже визначено раніше, позбавлення волі, виправні роботи без позбавлення волі, заслання та вислання, подальше розширення предмета правового регулювання виправно-трудового законодавства призвело до необхідності виділення і покарань, виконання яких не було пов'язано з виправно-трудовим впливом (Положення про порядок і умови виконання кримінальних покарань, не пов'язаних з мірами виправно-трудового впливу на засуджених)², а також інших заходів — умовного засудження до позбавлення волі з обов'язковим залученням засудженого до праці та умовного звільнення з місць позбавлення волі з обов'язковим залученням засудженого до праці, — що в кінцевому підсумку викликало дискусію, а потім і перейменування галузі у кримінально-виконавче право³.

Отже, на підставі наведеного можна зробити висновок, що генезис кримінального та виправно-трудового (кримінально-виконавчого) законодавств як взаємопов'язаних категорій однієї нор-

¹ Стручков Н. А. Исправительно-трудовое или уголовно-исполнительное право // Советское государство и право. 1979. № 1. С. 68.

² Положения про порядок і умови виконання кримінальних покарань, не пов'язаних з мірами виправно-трудового впливу на засуджених // Ведомости Верховного Совета СССР. 1983. № 12. Ст. 175.

³ Журавлев М. П. О взаимосвязи уголовного и исправительно-трудового законодательства // Теоретические и практические проблемы нового уголовного законодательства: сб. науч. тр. Москва, 1985. С. 54.

мативної системи призвів до розділення покарань на пов'язані та не пов'язані з виправно-трудовим впливом. При цьому важливою є та обставина, що саме у виправно-трудовому законодавстві містилася вказівка на застосування виправно-трудового впливу до засуджених при відбуванні ними певних видів покарань.

Разом з цим формування і назва виправно-трудового права як галузі законодавства з наголосом на виправно-трудовий вплив не залишили поза увагою науковців проблеми покарань, не пов'язаних з виправно-трудовим впливом на засуджених. Зокрема, Л. В. Багрій-Шахматов у роботі «Система кримінальних покарань та виправно-трудове право» частково звертає увагу і на необхідність узгодження концептуальних аспектів впливу на засуджених при відбуванні покарань, не пов'язаних з виправно-трудовим впливом¹, що в подальшому мало істотне значення для процесу реформування виправно-трудового права як галузі законодавства.

Аналізуючи підстави (критерії) класифікації покарань, Л. В. Багрій-Шахматов і В. І. Гуськов вказують, що із системи покарань необхідно виділяти ті, котрі при виконанні поєднуються з виправно-трудовим впливом, при цьому в основу поділу покладено педагогічні критерії. Педагогічні критерії розуміються співавторами в тому сенсі, чи пов'язане те або інше покарання з процесом виховного впливу з боку держави (державний виховний вплив, що умовно іменується виправно-трудовим впливом), чи з процесом виховного впливу з боку радянської громадськості, її органів, організацій колективів трудящих та їх представників (громадський вплив і виховання).

Процеси виправно-трудового впливу та громадського впливу і виховання, маючи багато спільного за цілями і задачами, основними засобами та методами здійснення в той же час, на думку вчених, суттєво відрізняються:

— процес державного (виправно-трудового) впливу припускає застосування до засуджених певними державними органами за участю громадськості таких основних засобів, як праця, режим, політико-виховна робота, загальноосвітнє та професійне навчання з використанням при цьому напрацьованих виправно-трудовою педагогікою і практикою методів;

— процес громадського впливу і виховання є також особливим педагогічним процесом, але таким, що припускає застосування

¹ Багрій-Шахматов Л. В. Система уголовных наказаний и исправительно-трудовое право: учеб. пособие. Москва: Высш. шк. МВД СССР, 1969. С. 62–64

громадськістю різних мір громадського впливу та виховання стосовно засуджених та звільнених¹.

Наведені тези не позбавлені протиріч, не є безспірними, зокрема, аналогічна позиція Л. В. Багрій-Шахматова була піддана критиці А. А. Піонтковським², А. Е. Наташевим та М. О. Стручковим³, але практичне їх значення вбачається у тому, що висловлені думки обумовили необхідність приділення більшої уваги дослідженню власне змісту покарань, пов'язаних з виправно-трудовим впливом.

Класифікуючи покарання на пов'язані та не пов'язані з виправно-трудовим впливом, А. А. Піонтковський в основу класифікації ставив критерій характеру здійснюваного ними впливу. До покарань, пов'язаних з виправно-трудовим впливом, вчений відносив: позбавлення волі, заслання, вислання та виправні роботи без позбавлення волі.

Загальними ознаками цих покарань науковець визначав такі: всі вони є, як і будь-яке покарання, карою за вчинений злочин і переслідують загальні цілі, поставлені радянським законом перед покаранням. Як і будь-яке покарання, вони призначаються з урахуванням характеру і ступеня суспільної небезпечності вчиненого діяння, особистості винного і обставин, що пом'якшують або обтяжують відповідальність.

Разом з тим, на думку А. А. Піонтковського, покарання, пов'язані з виправно-трудовим впливом, особливо позбавлення волі, є більш суворими порівняно з іншими покараннями. Крім того, вони супроводжуються особливим педагогічним впливом, що посилює їх виховні можливості. В силу цього такі покарання застосовуються тоді, коли вчинений злочин, обставини справи і особистість злочинця свідчать про необхідність в той чи інший спосіб обмежити його права та піддати його саме такому впливу. Особливістю покарань, пов'язаних з виправно-трудовим впливом, є те, що при їх виконанні здійснюється постійний систематичний і специфічний — виправно-трудовий — вплив на засудженого. Складовою частиною виправно-трудового впливу є праця засуджених.

Процес виправно-трудового впливу, згідно з уявленнями вченого, базується на тих же принципових основах, що й будь-який

¹ Багрій-Шахматов Л. В., Гуськов В. И. Теоретические проблемы классификации уголовных наказаний. Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1971. С. 78–81.

² Курс советского уголовного права. В 6 т. Т. 3 / редкол.: А. А. Пионтковский, П. С. Ромашкин, В. М. Чиховадзе. Москва: Наука, 1970. С. 62–63.

³ Наташев А. Е., Стручков Н. А. Основы теории исправительно-трудового права. Москва: Юрид. лит., 1967. С. 36.

інший виховний процес, але в той же час володіє певною специфікою:

— цей процес передбачає здійснення виховання при відбуванні покарання. В процесі виправно-трудового впливу примус виступає у формі, специфічній для кримінального покарання. Особливо чітко це проявляється в умовах відбування покарання у виді позбавлення волі — ізоляції засудженого від суспільства. При цьому виховання, переконання обов'язково пов'язуються з примусом, який іноді стоїть на першому місці. У певних випадках використання засобів виховання забезпечується заходами примусу;

— виховний процес при виконанні покарання здійснюється відповідно до норм кримінального та виправно-трудового права, в поєднанні цих правових норм і педагогіки тощо¹.

В цілому погоджуючись із справедливістю наведених А. А. Піонтковським тез, разом з цим вважаємо за необхідне внести деякі уточнення.

При аналізі покарань, пов'язаних з виправно-трудовим впливом, здійсненого науковцем, має місце констатація факту їх більшої суворості порівняно з покараннями, не пов'язаними з виправно-трудовим впливом. Складається думка, що власне виправно-трудовий вплив є тією ознакою, що визначає більшу суворість покарань, пов'язаних з виправно-трудовим впливом, аніж покарань, не пов'язаних з виправно-трудовим впливом. Однак, вважаємо, що у даному випадку не виправно-трудовий вплив визначає більшу суворість певних видів покарань у порівнянні з іншими, а власне сутність, зміст та властивості цих покарань дозволяють їх характеризувати як більш суворі.

Стосовно суворості тих чи інших видів покарань у залежності від пов'язаності їх з виправно-трудовим впливом, також зазначимо, що в радянський період та й в період незалежності України в систему покарань входила смертна кара. Зрозуміло, що смертна кара ніяким чином не поєднувалась ні реально, ні потенційно з виправно-трудовим впливом, хоча була найбільш суворим видом покарання. Тому пов'язування більшої суворості покарань власне з обставиною поєднання їх з виправно-трудовим впливом вважаємо безпідставним.

Ми приєднуємося до позиції А. А. Піонтковського в тій частині, що покарання, пов'язані з виправно-трудовим впливом, будучи карою за вчинений злочин і, відповідно, маючи цілі, призначені іншим видам покарання, поряд з цим володіють певною

¹ Курс советского уголовного права. В 6 т. Т. 3 / редкол.: А. А. Пионтковский, П. С. Ромашкин, В. М. Чихиквадзе. Москва: Наука, 1970. С. 64–66.

специфікою, пов'язаною з особливостями впливу на злочинця — це специфічний, заснований на праці, виправно-трудовий вплив, у зміст якого включаються і виховання, і навчання тощо.

Також І. А. Сперанський, М. О. Стручков, Ю. М. Ткачевський та І. В. Шмаров вказували, що приєднуються до тих радянських юристів, які обмежують зміст покарання лише карою, вважаючи, що заходи виправно-трудового впливу доповнюють її¹.

Слід зазначити, що наведені тези, як впливає із наведеного вище, розділялись більшістю авторів. Особливо, що стосується праці — одного з основних елементів виправно-трудового впливу.

Разом з тим необхідно вказати, що у кримінально-правовій і кримінально-виконавчій (виправно-трудовій) науках досить довгий час триває дискусія стосовно того, чи включати виправно-трудовий вплив у зміст покарання, чи ні. Більшість авторів дотримуються точки зору, відповідно до якої зміст покарання обмежується однією лише карою, у той час як виправно-трудовий вплив знаходиться за межами його змісту².

Суть міркувань прихильників цієї позиції полягає в тому, що покарання (кара) і виправно-трудовий вплив є відносно самостійними суспільними явищами, що мають різну правову природу; покарання повністю вичерпується каральними елементами, вип-

¹ Советское исправительно-трудовое право: учебник / И. А. Сперанский, Н. А. Стручков, Ю. М. Ткачевский, И. В. Шмаров; под ред. Н. А. Стручкова, Ю. М. Ткачевского. Москва: Юрид. лит., 1983. С. 106.

² Ременсон А. Л. Теоретические вопросы исполнения свободы и перевоспитания заключенных: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Томск, 1965. С. 12–18; Наташев А. Е. Новые работы по исправительно-трудовому праву // Социалистическая законность. 1963. № 10. С. 93; Стручков Н. А., Наташев А. Е. Основы теории исправительно-трудового права. Москва, 1967. С. 16–18; Багрий-Шахматов Л. В., Гуськов В. И. Теоретические проблемы классификации уголовных наказаний. Воронеж, 1971. С. 85; Стручков Н. А. Проблемы науки исправительно-трудового права в свете нового исправительно-трудового законодательства. Москва, 1972. С. 34–35; Стручков Н. А. Уголовная ответственность и ее реализация в борьбе с преступностью. Саратов, 1978. С. 112–117; Свиридов С. К. Сущность и предмет стадии исполнения приговора. Томск, 1978. С. 28–30; Смирнов Л. Н., Новиков С. Г. К вопросу о теоретических основах советского исправительно-трудового законодательства // Советское государство и право. 1964. № 4. С. 74, 77; Советское исправительно-трудовое право. Общая часть. Москва, 1977. С. 5–8; Уголовно-исполнительное право (теоретические и практические аспекты исполнения наказаний в отношении некоторых категорий осужденных): учеб. пособие / сост. В. А. Сушко. Одесса, 1998. С. 48–49; Уголовно-исполнительное право России: учебник / под ред. В. И. Селиверстова. Москва: Юрист, 2000. С. 89; Курс кримінально-виконавчого права України. Загальна та Особлива частини: навч. посіб. / за заг. ред. О. М. Джужи. Київ, 2000. С. 69–75 та ін.

равно-трудоий вплив є супутнім покаранню виховним, педагогічним процесом, що як би підсилює покарання при досягненні поставленої перед ним мети виправлення. В. О. Уткін, у зв'язку з наведеним, визначав заходи виправно-трудоого впливу як застосовувані до засуджених (судимих) некаральні виховні заходи, що мають на меті безпосереднє їх виправлення¹.

Таким чином, покарання і виправно-трудоий вплив є хоча й взаємопов'язаними, але різними правовими категоріями:

1) змістом покарання не охоплюється виправно-трудоий вплив;

2) покарання реалізується на підставі норм кримінального права, а виправно-трудоий вплив регламентовано кримінально-виконавчим (раніше — виправно-трудоим) правом. І хоча, на перший погляд, є певна «схожість» «у формі» примусу при застосуванні виправно-трудоого впливу та покарання (А. А. Піонтовський), однак різна правова природа виправно-трудоого впливу та покарання не дозволяє ототожнювати ці явища як за формою, так, очевидно, і за змістом;

3) за допомогою виправно-трудоого впливу не вирішується питання завдання кари злочинцеві і не досягаються цілі покарання, крім мети виправлення засудженого.

Ми розділяємо наведені тези, тим більше що у чинному Кримінально-виконавчому кодексі України² (далі — КВК України) вони знайшли, хоча і з певними відмінностями, своє відображення. Так, згідно зі ст. 5 КВК України, одним із принципів кримінально-виконавчого законодавства, виконання і відбування покарань є поєднання покарання з виправним впливом, а відповідно до ч. 3 ст. 6 КВК України порядок відбування та виконання покарання, суспільно корисна праця, соціально-виховна робота, загальноосвітнє і професійно-технічне навчання, громадський вплив визнані основними засобами виправлення засуджених.

Отже, кримінально-виконавче законодавство України однозначно вирішує проблему розмежування покарання і виправного впливу. Разом з тим визнання суспільно-корисної праці, поряд з іншими, що охоплюються змістом виправно-трудоого впливу, засобом виправлення засуджених та обов'язкове застосування праці при відбуванні певних видів покарань, свідчить про доречність та необхідність вживання поняття та здійснення класифікації пока-

¹ Уткін В. А. Наказание и исправительно-трудовое воздействие. Томск: Изд-во Томск. ун-та, 1984. С. 64.

² Кримінально-виконавчий кодекс України: від 11 лип. 2003 р. № 1129-IV // Вісності Верховної Ради України. 2004. № 3—4. Ст. 21.

рань на пов'язані та не пов'язані з виправно-трудоим впливом. Виконання засудженими при відбуванні певних видів покарань суспільно корисної праці та застосування до них інших засобів виправно-трудоого впливу направлені на досягнення мети їх виправлення.

Стосовно критеріїв (підстав) класифікації покарань на пов'язані та не пов'язані з виправно-трудоим впливом, зазначимо, що ні зміст цих покарань (А. Е. Наташев, М. О. Стручков), ні характер здійснюваного ними впливу (А. А. Піонтовський), ні так звані «педагогічні критерії» (Л. В. Багрий-Шахматов, В. І. Гуськов), а власне застосування виправно-трудоого впливу при відбуванні засудженими певних видів покарань є основним критерієм (підставою) класифікації покарань на пов'язані та не пов'язані з виправно-трудоим впливом.

В. К. Гришук, визначаючи види покарань, пов'язані з виправно-трудоим впливом, передбачені чинним КК України, вказує на громадські роботи, виправні роботи, службові обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців, позбавлення волі на певний строк, довічне позбавлення волі¹. Засновуючись на переліку покарань для неповнолітніх злочинців, до покарань, пов'язаних з виправно-трудоим впливом, слід віднести: громадські роботи; виправні роботи; позбавлення волі на певний строк.

Перелічені види покарань володіють всіма ознаками, що притаманні й іншим видам покарань, але виконання цих покарань обов'язково поєднується із виправно-трудоим впливом, заснованим на суспільно корисній праці в поєднанні з іншими передбаченими чинним кримінально-виконавчим законодавством України засобами. Вважаємо, що, виходячи із особливостей засуджених неповнолітніх та суспільної небезпечності вчинених злочинів, застосування виправно-трудоого впливу сприяє підсиленню виправного потенціалу зазначених видів покарань².

Виходячи із законодавчої дефініції покарання (ч. 1 ст. 50 КК України), покараннями, пов'язаними з виправно-трудоим впливом, що застосовуються до неповнолітніх, є заходи примусу, передбачені ст. ст. 100, 102 КК України, що застосовуються від імені держави за вироком суду до неповнолітньої особи, визнаної вин-

¹ Гришук В. К. Кримінальне право України. Загальна частина: навч. посіб. для студентів юрид. ф-тів вищ. навч. закл. Київ: Ін Юре, 2006. С. 445.

² Березовська Н. Л. Виникнення та розвиток поняття покарань, пов'язаних з виправно-трудоим впливом, що застосовуються до неповнолітніх // Актуальні проблеми держави і права. 2008. Вип. 44. С. 289—295.

ною у вчиненні злочину, і полягають в передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого в поєднанні з виправно-трудовим впливом, заснованим на встановленому порядку виконання та відбування покарання (режимі), суспільно корисній праці, соціально-виховній роботі, загальноосвітньому та професійно-технічному навчанні, громадському впливі.

Отже, сучасний стан законодавства, теорії та практики, видається, вимальовує таке ставлення до поняття, цілей та класифікації покарань. Поняття покарання, вказане законодавцем, сутнісно обґрунтоване, при цьому у теорії допускаються різні тлумачення кари. Редакція закону щодо цілей покарання потребує корегування. Проаналізувавши цілі покарання у теорії, законодавстві та практиці застосування кримінально-правових норм, пропонуємо ч. 2 ст. 50 КК України викласти у наступній редакції: «...ч. 2. Покарання має на меті виправлення усіх засуджених та запобігання вчиненню злочинів». Щодо класифікації, то це питання представлене у законі і більше у науці кримінального права. З урахування позицій різних авторів, можемо сказати, що критеріями класифікації покарань є їх юридична значущість; зв'язок з ізоляцією від суспільства; наявність чи відсутність обмежень майнового характеру; суб'єкт, до якого застосовується покарання; можливість чи неможливість призначення певного виду покарання у випадках, коли воно не передбачене санкцією статті Особливої частини КК, характер впливу на засудженого (зміст покарання).

Діюче кримінальне законодавство України містить норми, санкції яких передбачають застосування специфічних заходів (наприклад, вилучення та знищення майна), «інших заходів кримінально-правового характеру», які за своїм змістом не є покаранням, а порядок та підстави призначення частини з них практично не врегульовані Загальною частиною КК України. Така неврегульованість питання призначення «інших заходів кримінально-правового характеру», які можуть суттєво обмежувати права та свободи людини і громадянина, дає підстави говорити про наявність практичної та наукової проблеми.

Вагомий внесок у розвиток ідей правової природи та порядку застосування інших заходів кримінально-правового характеру було зроблено в теорію кримінального права зарубіжними вченими різних століть: Ч. Беккаріа, І. Беніамом, Р. Гарофало, Е. Гарсоном, Ф. Граматикою, Ф. Листом, Ч. Ломброзо, А. Принсом, Е. Феррі та ін. В Україні окремим аспектам цієї проблеми присвятили свої роботи Л. В. Багрій-Шахматов, С. Н. Баліна, В. П. Бахін, А. С. Беніцький, Т. А. Денисова, О. В. Козаченко, В. О. Меркулова, А. В. Савченко, В. О. Туляков, М. І. Хавронюк, С. С. Яценко та ін.

Сучасні реалії (стан злочинності, розвиток міжнародного законодавства, намір України вступити до ЄС, для чого необхідно гармонізувати та удосконалити вітчизняне законодавство¹) вимагають від України переосмислення сутності кримінальної відповідальності, розмежування покарання та кримінальної відповідальності, «інших кримінально-правових наслідків», перегляду негативного ставлення до інших заходів кримінально-правового характеру в кримінальному праві як додаткових заходів кримінально-правового впливу.

¹ Про загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Закон України від 18 берез. 2004 р. № 1629-IV // Відомості Верховної Ради України. 2004. № 29. Ст. 367.

Положення ч. 3 ст. 3 КК України, по-перше, зобов'язує державні органи влади й посадових осіб суворо додержуватись норм кримінального закону при вирішенні питання про притягнення до кримінальної відповідальності, застосування покарання та інших кримінально-правових наслідків; і по-друге, виключає застосування кримінального закону за аналогією, що прямо заборонено ч. 4 ст. 3 КК України¹. Разом із тим у деяких випадках практика кримінального законодавства фактично допускає застосування аналогії права. Це в першу чергу стосується застосування такого інституту, як спеціальна конфіскація. До введення до КК України спеціальної конфіскації як «іншого заходу кримінально-правового характеру» її безпосередньо передбачали санкції більше тридцяти норм Особливої частини Кримінального кодексу України. В усіх цих випадках (окрім ч. 1 ст. 244 КК України) спеціальна конфіскація була названа як обов'язковий примусовий захід. І незважаючи на введення до КК України ст. 961 КК, в Україні ця проблема залишається відкритою, адже підстави та порядок застосування цього кримінально-правового заходу в Загальній частині КК України не врегульовано.

Поставлене наприкінці 2007 р. завдання щодо уніфікації норм Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів (лист № 22-52/451 від 25 вересня 2007 р.), які регулюють питання так званої «спеціальної конфіскації», було відпрацьовано в законопроекті Міністерства юстиції України. В ньому автори запропонували визнати заходи «спеціальної конфіскації» «іншими заходами» кримінально-правового характеру. Пропонувалося норми про спеціальну конфіскацію передбачити розділом «XIV-А. Спеціальна конфіскація», який мав слідувати за розділом «Примусові заходи медичного характеру». Втім в остаточному підсумку Законом України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» від 18 квітня 2013 р. № 222-VII до чинного КК України було введено новий захід кримінально-правового характеру — спеціальну конфіскацію (зміни набули чинності 1 грудня 2013 р.). При цьому у Законі акцент робився на запровадженні можливостей застосування спеціальної конфіскації за вчинення виключно злочинів, передбачених ст. ст. 364, 366, 368, 368-2, 369 та 369-2 КК України.

¹ Яценко С. С. Ніякого покарання без закону (стаття 7 Конвенції про захист прав людини і основних свобод): аспекти реалізації // Вісник Конституційного Суду України. 2000. № 5. С. 80.

Втім введення до КК України спеціальної конфіскації об'єктивно були обумовлені не тільки вищевказаними чинниками. Ряд міжнародних конвенцій, зокрема конвенції ООН «Про боротьбу з фінансуванням тероризму» (2000), «Проти транснаціональної організованої злочинності» (2000), Європейська конвенція «Про відмивання, виявлення, вилучення й конфіскацію доходів від злочинної діяльності» (1990), також передбачають необхідність застосування заходів спеціальної конфіскації. Тобто випадки застосування заходів спеціальної конфіскації більш широкі, аніж сфера корупційних правопорушень.

В цілому оцінюючи позитивно вказані зміни в частині передбачення в КК України спеціальної конфіскації, слід вказати, що запропоноване регулювання не було повним та обґрунтованим. Так, назву розділу XIV Загальної частини було викладено в такій редакції: «Інші заходи кримінально-правового характеру», втім таке положення не отримує узгодження зі ст. 1 КК України. Доцільно було також внести зміни до ч. 2 ст. 1 КК України, вказавши на те, що для здійснення цього завдання Кримінальний кодекс України визначає, які суспільно небезпечні діяння є злочинами та які покарання і інші заходи кримінально-правового характеру застосовуються до осіб, що їх вчинили.

В ст. 96-1 вказаного Закону непослідовно та нелогічно спочатку визначалося, що спеціальна конфіскація застосовується лише у випадках, передбачених в Особливій частині цього Кодексу, а далі в ч. 1 ст. 96-2 в декількох пунктах конкретизується вичерпний перелік випадків застосування спеціальної конфіскації. Сфера дії норми, передбаченої ст. 96 1 КК, в редакції Закону від 18 квітня 2013 р. № 222-VII обмежена вузькою сферою злочинних правопорушень — корупційних (тому таке вирішення питання є однобічним); по-друге, ані вказаним Законом, ані іншими положеннями КК не охоплюються всі реальні випадки застосування спеціальної конфіскації (згідно з ч. 1 ст. 96-2 КК). Так, виходячи з окреслених випадків застосування спеціальної конфіскації, її потрібно було ввести до норм, що передбачають відповідальність за ст. 185 КК, ст. 186 КК, ст. 198 КК, ст. 200 КК, ст. 203-1 КК, ст. 212 КК (спеціальна конфіскація прибутку, отриманого з вказаних коштів), ст. 213 КК (конфіскація коштів, отриманих від реалізації металобрухту та самого металобрухту) та ін.

Ще більше незрозумілою є остання редакція ст. 961 КК України, в редакції Закону № 770-VIII від 10 листопада 2015 р. Згідно з останньою редакцією цієї статті спеціальна конфіскація застосовується у випадках, визначених цим Кодексом, за вчинення зло-

чину, передбаченого ст. ст. 146–150-1, 152–156, 190–192, 198, 201, 209–212¹, 222, 233, 255–260, 301–320, 354, 361–365-2, 368–369-3 КК України. В такому випадку виникає питання, а що ж тоді має підлягати спеціальній конфіскації у випадках вчинення згвалтування чи іншого статевого злочину(?), або, наприклад, у випадку викрадення людини або незаконного позбавлення волі, чи підміни дитини?

Більш того, в останні редакції КК, в редакції Закону № 770-VIII від 10 листопада 2015 р., виключено з санкцій окремих статей Особливої частини КК вказівку на обов'язкове застосування спеціальної конфіскації. Вважається, що це теж не є обґрунтованим кроком, адже фактично знімає з судді обов'язок мотивувати своє рішення не застосовувати до особи обов'язкових заходів спеціальної конфіскації. А ще враховуючи той факт, що в КК фактично залишилося не визначеним питання порядку та наслідків застосування спеціальної конфіскації (аналогічно як це передбачено — правила призначення покарання, застосування примусових заходів медичного характеру тощо), в остаточному підсумку це призведе до того, що норми про спеціальну конфіскацію будуть «мертвими».

Зазвичай спеціальній конфіскації підлягають речі, які використовувалися для вчинення злочину, за допомогою яких злочин було вчинено, або майно, здобуте внаслідок вчинення злочину і яке може знаходитися як у власності винної у вчиненні злочину особи, так само може перебувати у власності третіх осіб. Головне для спеціальної конфіскації — пов'язаність майна або предметів з механізмом певного злочину.

При врегулюванні такого заходу слід було б уточнити, що основна особливість таких заходів кримінально-правового характеру полягає в тому, що вони не містять у собі каральної сутності, «не застосовуються як реакція на вчинений злочин, а тому не вимагають встановлення відповідності такого заходу ступеню тяжкості вчиненого злочину, а отже такі заходи не мають бути передбачені в санкціях Особливої частини КК»¹. Це заходи обмежувального характеру, що застосовуються від імені держави за мотивованим рішенням суду та спрямовані на попередження і припинення порушення права або на припинення дій, що порушують (або здатні порушити) інтереси інших осіб, суспільства, держави, усунення передумов криміногенної ситуації, попередження вчинення такою особою нових суспільно небезпечних діянь з використан-

¹ Волков К. А., Семикина М. С. Конфискация имущества как иная мера уголовно-правового характера: pro et contra // Российский следователь. 2007. № 21. С. 11.

ням певних предметів. Отже випадки застосування спеціальної конфіскації мають бути передбачені в Загальній частині КК, а не санкціями статей Особливої частини. Але при цьому в тій же Загальній частині КК має бути врегульований порядок і наслідки застосування заходу.

Пропонується до предметів спеціальної конфіскації віднести: обладнання, знаряддя та засоби, виготовлені, переобладнані для вчинення суспільно небезпечного діяння, передбаченого КК, або які було використано при його вчиненні; речовини та/або предмети, які можна набувати тільки за спеціальним дозволом, за відсутності в особи такого дозволу, та володіння якими створює небезпеку вчинення нового злочину; майно, гроші, або інші кошти, одержані злочинним шляхом, а також доходи та прибуток, отримані за рахунок цього майна; предмети та майно або права на майно, передані з метою схилання до вчинення злочину або як винагорода за його вчинення; гроші, цінності, речовини та інше майно, здобуті внаслідок вчинення суспільно небезпечного діяння, якщо вони не підлягають поверненню потерпілому і не призначені для відшкодування йому шкоди. Спеціальна конфіскація застосовується щодо творів та копій творів, які пропагують культ насильства і жорстокості, а також порнографічного змісту, засобів їх виготовлення та розповсюдження. Обов'язковій спеціальній конфіскації підлягають майно та цінності, використані або призначені для фінансування діяльності організованих злочинних груп, тероризму, незаконного воєнізованого формування або інших злочинів.

Доцільно також передбачити, що спеціальна конфіскація може бути застосована судом: при винесенні обвинувального вироку, при звільненні особи від покарання та його відбування у випадках, встановлених цим Кодексом; при звільненні особи від кримінальної відповідальності у випадках, встановлених цим Кодексом; при застосуванні до особи примусових заходів медичного характеру. Спеціальна конфіскація може бути призначена тільки за мотивованим рішенням суду. Одночасно слід погодитися з пропозицією М. І. Хавронюка, що при конфіскації майна необхідно у першу чергу враховувати інтереси потерпілого¹. З огляду на це варті запозичення положення іноземного законодавства, згідно з якими спеціальній конфіскації підлягають речі, які служили і були призначені для вчинення злочину або які явно здобуті шляхом вчи-

¹ Хавронюк М. І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: монографія. Київ: Юрисконсульт, 2006. С. 657.

нення злочину, а так само вигода, отримана від злочину, — тільки якщо вони не призначені для відшкодування шкоди потерпілому або ж тільки після того, як буде відшкодована заподіяна злочином шкода (кримінальні кодекси Швейцарії, Молдови, Польщі, Болгарії).

Варто також відмітити, що крім спеціальної конфіскації норми Особливої частини КК України передбачають застосування таких заходів, як вилучення та знищення вилучених предметів. У найбільш загальному вигляді це питання вирішене в Конституції України. Визначені наступні випадки вилучення: а) при зверненні стягнення на це майно за зобов'язаннями власника у випадках і порядку визначених законодавством (найбільш повно це визначено в Цивільному, Цивільно-процесуальному кодексах, Законі України «Про виконавче провадження»); б) вилучення майна за обставин надзвичайного характеру може здійснюватися за рішенням органів державної влади з наступною компенсацією вартості; в) в інших випадках, чітко визначених законодавчими актами, виходячи з суспільної необхідності таке вилучення можливе за умови повного попереднього відшкодування вартості; г) вилучення (конфіскація) майна за рішенням суду як санкція за вчинене правопорушення (наприклад, заходи адміністративного впливу — спеціальна конфіскація за КУпАП)¹. Однак цей перелік не є вичерпним, оскільки законодавство містить інші випадки вилучення, наприклад норми Особливої частини КК України, в яких цей захід лише називається, але не регламентований. Так, ч. 3 ст. 204 КК України за незаконне виготовлення товарів з недоброякісної сировини (матеріалів), що становлять загрозу для життя і здоров'я людей, а так само незаконний збут таких товарів, що призвело до отруєння людей чи інших тяжких наслідків, окрім покарання та спеціальної конфіскації передбачено в якості обов'язкового кримінально-правового заходу — вилучення та знищення таких товарів. Ще один приклад — санкція ч. 2 ст. 203¹ КК України — «зі знищенням дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання чи сировини для їх виробництва». Оскільки в Загальній частині КК України такого виду покарання законодавець не передбачив, то знищення та вилучення товарів, виготовлених із недоброякісної сировини (матеріалів), що становлять загрозу для життя і здоров'я людей, можна також відносити до інших кримінально-правових заходів, які спрямовані на усунення подальшої загрози для безпеки життя і здоров'я людей.

¹ Ярошенко М. Чи завжди правомірні вилучення й конфіскації товарно-матеріальних цінностей у підприємців? // Юридична практика. 2005. № 17. С. 11.

Щодо врегулювання в Загальній частині КК України питання застосування заходів вилучення та знищення предметів, їх також пропонується передбачити в якості інших заходів кримінально-правового характеру (до того ж розділу XIV, наприклад). Причому вилученню та знищенню за рішенням суду мають підлягати предмети, речі або майно, створені, виготовлені або придбані за відсутності спеціального на то дозволу, встановленого чинним законодавством України, а також обладнання, за допомогою якого воно було виготовлено та/або створено; небезпечні для здоров'я людини, навколишнього середовища, суспільства предмети, речовини, сировина, які внаслідок вчинення суспільно небезпечного діяння особою, були незаконно випущені у вільний обіг.

Вилучення предметів може бути застосовано судом у випадках: якщо ці предмети несуть загрозу для суспільства або існує небезпека використання їх для вчинення суспільно небезпечних діянь; письмових матеріалів або певних видів носіїв інформації, розповсюдження яких становить склад певного злочину, передбаченого КК України. Знищення вищезазначених предметів здійснюється для досягнення мети вилучення у спосіб: приведення вилучених предметів у непридатність для їх цільового використання; усунення з вилучених предметів певних пристроїв, речовин, які становлять небезпеку для особи, суспільства, держави; приведення вилучених предметів у стан, що виключає можливість розпоряджатися предметами за цільовим призначенням.

Кримінальними кодексами багатьох держав континентальної Європи як окремий вид покарання або заходи безпеки визначається обмеження (позбавлення) певних прав, яке, на відміну від КК України, не зводиться лише до позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю. Воно може включати також і обмеження: права на обрання чи призначення на посади в державних органах та комерційних структурах (КК Литви, КК Швейцарії, КК Сан-Марино та ін.); батьківської чи опікунської влади (КК Швейцарії, КК Іспанії, КК Сан-Марино); права на перебування у певних районах, у певній місцевості (КК Швейцарії); права на отримання дозволу чи прав, передбачених спеціальним законом (права керувати транспортними засобами — КК Франції, Іспанії, Італії, ФРН та ін.).

В Україні порушення правил дорожнього руху спричиняє тяжкі наслідки здоров'ю та життю, вагомі матеріальні збитки (приблизно 16 млрд грн на рік). Тому проблема відпрацювання ефективних та дієвих кримінально-правових заходів попередження порушення правил дорожнього руху потребує нагального дослідження та роз-

в'язання¹. У першу чергу, для визначення ефективних заходів проти певного виду злочинності необхідно виділити основні чинники вчинення правопорушень у сфері безпеки дорожнього руху: надмірна й неадекватна умовам руху швидкість; вживання алкоголю та інших хімічних речовин, що знижують спроможність водія керувати; участь у дорожньому русі молодих і малодосвідчених водіїв та ін.

Діючий КК України передбачає можливість позбавлення особи водійських прав на строк до 3 років лише у випадку вчинення злочину з матеріальним складом, передбаченого ст. 286 КК України — порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами (і це обмеження застосовується по аналогії в аспекті застосування покарання у вигляді позбавлення права займати певні посади або займатися певною діяльністю, для якого передбачено строк від 1 до 3 років — в якості додаткового покарання і від 2 до 5 років — в якості основного покарання). Причому, законодавець передбачає лише можливість застосування такого заходу на розсуд суду, а не ставить розв'язання цього питання за обов'язок суду в кожному конкретному випадку. Тобто особа, керуючи транспортним засобом та умисно порушивши правила дорожнього руху, після розгляду справи в суді має можливість знову сісти за кермо. Втім особа може вчинити умисне тяжке тілесне ушкодження або позбавити людину життя шляхом здійснення умисного наїзду транспортним засобом. Отже, особа, одночасно, реалізуючи умисел на вбивство, умисно порушує правила дорожнього руху. Однак, оскільки в цьому випадку має місце умисне спричинення тілесних ушкоджень або загрози смерті особі шляхом наїзду транспортним засобом (як знаряддя вчинення умисного злочину), суд може кваліфікувати лише як злочин проти життя, здоров'я особи, санкції за вчинення яких не передбачають позбавлення водійських прав. Втім це не є правильним, адже особа навмисно використовує джерело підвищеної небезпеки та порушує правила дорожнього руху для спричинення тяжких наслідків.

Враховуючи вищевикладене та досвід зарубіжних країн, пропонується в Загальній частині КК України передбачити порядок та умови застосування позбавлення права на керування транспортними засобами в якості іншого кримінально-правового заходу (що не має на меті кари та не є покаранням). Причому варто

¹ *Европейская конвенция о международных последствиях лишения права управления автотранспортными средствами: от 3 июня 1976 г. // Сборник документов Совета Европы в области защиты прав человека и борьбы с преступностью. Москва: Спарк, 1998. С. 336.*

враховувати такі положення: позбавлення особи права керування транспортними засобами на строк до трьох років можливе у випадку вчинення особою суспільно небезпечного діяння у зв'язку з керуванням транспортним засобом або при порушенні обов'язків водія автотранспортного засобу, з одночасною заборобою видачі такій особі нових водійських прав на строк до 5 років (а за необхідності — безстроково). Якщо ж в особі відсутні права на управління транспортним засобом, то має призначатися лише заборона на їх видачу на певний строк. У випадку, коли є підстави вважати, що непридатність особи керувати автотранспортним засобом вже відпала, суд може скасувати заборону на управління транспортним засобом і/або заборону на видачу водійських прав достроково, але не раніше ніж після сплину 3 місяців застосування такого заходу. Строк застосування цього виду заходу слід обчислювати з моменту відбування покарання.

Чинне кримінальне законодавство України відносить до інших заходів кримінально-правового характеру, крім спеціальної конфіскації, примусові заходи медичного характеру, примусове лікування — в межах розділу XIV КК України та примусові заходи виховного характеру. Позитивним, порівняно з положеннями щодо спеціальної конфіскації, є те, що чинне законодавство визначає порядок призначення примусових заходів медичного характеру, примусового лікування, примусових заходів виховного характеру. Хоча і в їх врегулюванні залишаються певні прогалини.

Загальновизнаним є положення, відповідно до якого примусові заходи медичного та виховного характеру вільні від елементів кари і не тягнуть судимості і на відміну від покарання засновані не на факті вчинення злочину, а на властивостях особи винного, які перебувають за межами ознак суб'єкта злочину і тому не впливають на кваліфікацію. Кримінальний закон не вимагає від суду встановлення причинної обумовленості між захворюванням винного і вчиненням злочином. У цих випадках примусовість лікування виправдовується не стільки виразом, що формує правовий статус засудженого, скільки юридичною природою заходів, які пропонують обмежувати деякі права і свободи особи в тих ситуаціях, коли це сприяє збереженню суспільних цінностей. А. Н. Тарбагаєв і А. В. Усс проводять аналогію з існуючим у кримінальному праві інститутом крайньої необхідності, яка правомірна лише в тому випадку, якщо шкода, заподіяна правоохоронюваним інтересам, в результаті виявляється менше шкоди відверненого¹.

¹ *Тарбагаев А. Н., Усс А. В. Правовая природа принудительных мер медицинского характера, применяемых к осужденным // Правоведение. 1992. № 3. С. 115.*

Здійснення психіатричної допомоги у примусовому порядку — складна політична і правова проблема у зв'язку із забезпеченням прав та законних інтересів хворих, що є показником рівня гуманізації та демократизації суспільства. У п. 1 Постанови Пленуму Верховного Суду України (далі — ВСУ) від 3 червня 2005 р. № 7 «Про практику застосування судами примусових заходів медичного характеру та примусового лікування»¹ зазначено, що метою примусових заходів медичного характеру згідно зі ст. 92 КК є вилікування чи поліпшення стану здоров'я осіб, названих у ст. ст. 19, 20, 76, 93 та 96 КК України, запобігання вчиненню цими особами нових суспільно небезпечних діянь (злочинів), відповідальність за які передбачена КК України. Досягнення зазначеної мети пов'язане з комплексом заходів соціальної реабілітації та з медикаментозним й іншим медичним впливом на здоров'я осіб, до здійснення якого зобов'язують судові рішення². Відповідно до ст. 93 КК примусові заходи медичного характеру застосовуються до неосудних, обмежено осудних осіб або таких, які вчинили злочин у стані осудності, але захворіли на психічну хворобу до постановлення стосовно них вироку чи під час відбування покарання. Примусові заходи медичного характеру можуть бути застосовані тільки у випадку вчинення особою суспільно небезпечного діяння, чим може обумовлюватися на майбутнє небезпечність поведінки такої особи для суспільства.

Заходи медичного характеру, що застосовуються в примусовому порядку до осіб, які вчинили суспільно небезпечне діяння у стані неосудності (п. 1 ч. 1 ст. 93), спрямовані на надання амбулаторної медичної допомоги таким особам та захист суспільства від небезпечних посягань на майбутнє з боку цієї особи, тобто від небезпечного стану такої особи. Особа, яка вчиняє суспільно небезпечні діяння у стані неосудності, не може підлягати кримінальній відповідальності, тобто не може бути піддана заходам кримінально-правового впливу. Отже, примусові заходи, що застосовуються згідно з п. 1 ч. 1 ст. 93 КК України, слід визнавати в

¹ Про практику застосування судами примусових заходів медичного характеру та примусового лікування: постанова Пленуму Верховного Суду України від 3 черв. 2005 р. № 7 // Постанови Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах (1973–2006): зі змінами та доповненнями станом на 25 серп. 2006 р. Київ: ІнЮре, 2006.

² Верещак В. М. Про практику застосування судами примусових заходів медичного характеру та примусового лікування. URL: <http://www.scour.gov.ua/clients/vs.nsf/0/361D1422D08A1E6DC32570BD0023782B?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=361D1422D08A1E6DC32570BD0023782B&Count=500&>.

якості заходів соціального захисту, що передбачені в КК України, а не заходів кримінально-правового характеру. Цей вид примусових заходів Л. В. Багрій-Шахматов називає засобами медичної та спеціальної профілактики, які пов'язані з різного роду каральними обмеженнями¹. Він зазначає, що примусові заходи медичного характеру не можна визнати формою реалізації кримінальної відповідальності, оскільки мова йде про неосудних осіб, які не можуть бути визнані суб'єктами кримінальних правовідносин². Із цим положенням можна погодитися частково, оскільки в частині застосування цих заходів до обмежено осудних та осіб, які вчинили злочин у стані осудності, але на момент винесення вироку захворіли на психічне захворювання, у цьому випадку примусові заходи медичного характеру застосовуються до осіб, які вчинили злочин, усвідомлюючи свої дії (частково усвідомлюючи), і підлягають кримінальній відповідальності. В останніх двох випадках застосування примусових заходів медичного характеру реалізується в межах притягнення особи до кримінальної відповідальності, і їх можна розцінювати як захід кримінально-правового характеру до осіб, які своїми злочинними діяннями створюють небезпеку для суспільства.

Ще одним ключовим питанням є застосування заходу примусового лікування щодо осіб, які страждають на алкоголізм і наркоманію, оскільки норми КК, що стосуються примусового лікування, мають неконкретний характер. Згідно з ч. 1 ст. 96 КК примусове лікування може бути застосовано судом, незалежно від призначеного покарання, до осіб, які вчинили злочини та страждають на хворобу, що становить небезпеку для здоров'я інших осіб.

Буквальний аналіз змісту ст. 96 КК України дозволяє прийти до висновку, що застосування примусового лікування обумовлюється наявністю у особи, яка вчинила злочин, хвороби, що становить небезпеку для здоров'я інших осіб, тобто конкретно констатованим «небезпечним» станом особи. Підставою для застосування примусового лікування, передбаченого ст. 96 КК, є сукупність юридичного і медичного критеріїв — встановлення у діянні винного складу злочину та наявності у нього хвороби, що становить небезпеку для здоров'я інших осіб³. Тобто примусове

¹ Багрій-Шахматов Л. В. Социально-правовые проблемы уголовной ответственности и формы ее реализации. Ч. 2. Одесса, 2000. С. 72.

² Там само. С. 69.

³ Про практику застосування судами примусових заходів медичного характеру та примусового лікування: постанова Пленуму Верховного Суду Укра-

лікування застосовується до осіб, які визнані суб'єктом злочину та можуть нести кримінальну відповідальність.

Метою застосування цього заходу є захист інших осіб від небезпеки зараження небезпечною хворобою, захист прав та інтересів особи, суспільства та держави від суспільно небезпечних посягань з боку такої особи у майбутньому. Примусове лікування не переслідує кари за вчинений злочин.

Як вже вище зазначалося, однією з підстав застосування примусового лікування є наявність у особи хвороби, що становить небезпеку для здоров'я інших осіб. Аналіз досліджень свідчить про протилежні точки зору щодо того, чи вважає законодавець алкоголізм і наркоманію хворобами, що становлять небезпеку для здоров'я інших осіб. Зокрема, у п. 5 ч. 1 ст. 76 КК розрізняються алкоголізм і наркоманія, з одного боку, та захворювання, що становлять небезпеку для здоров'я інших осіб, з іншого. Виходячи з такого формулювання, алкоголізм і наркоманія (які є психічними розладами¹) не належать до захворювань, що становлять небезпеку для здоров'я інших осіб.

В Основах законодавства України про охорону здоров'я № 2801-ХІІ передбачено дві категорії хвороб: ті, що становлять небезпеку для здоров'я інших осіб — карантинні захворювання і соціально небезпечні захворювання, тобто небезпечні для суспільства². Згідно зі ст. 53 Закону № 2801-ХІІ хронічний алкоголізм і наркоманія є соціально небезпечними захворюваннями, крім того, це — СНІД, лепра, психічні та венеричні захворювання, туберкульоз. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про захист населення від інфекційних хвороб» із змінами, інфекційні хвороби — розлади здоров'я людей, що викликаються живими збудниками (вірусами, бактеріями, рикетсіями, найпростішими, грибами, гельмінтами, кліщами, іншими патогенними паразитами), продуктами їх життєдіяльності (токсинами), патогенними білками (пріонами), передаються від заражених осіб здоровим і схильні до масового поширення³. Отже, такі захворювання, як:

¹ Іні від 3 черв. 2005 р. № 7 // Постанови Пленуму ВСУ у кримінальних справах (1973—2006): зі змінами та доповненнями станом на 25 серп. 2006 р. Київ: ІнЮре, 2006.

² Бородин Ю. М., Антонян Ю. М. Преступное поведение и психические аномалии / под ред. В. Н. Кудрявцева. Москва: Спарк, 1998. С. 62.

³ Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19 листоп. 1992 р. № 2801-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. 1993. № 4. Ст. 19.

⁴ Про захист населення від інфекційних хвороб: Закон України від 6 квіт. 2000 р. № 1645-ІІІ // Відомості Верховної Ради України. 2000. № 29. Ст. 228.

чума, холера, жовта гарячка, вірусні геморагічні гарячки (Ласса, Ебола, хвороба Марбург, та ін.), є небезпечними інфекційними захворюваннями вірусної етіології, вони охоплюють групу хвороб, «що становить небезпеку для здоров'я інших осіб». СНІД, лепра, психічні та венеричні захворювання, туберкульоз, згідно з галузевим законодавством є соціально небезпечними хворобами, але вони одночасно є небезпечними інфекційними захворюваннями вірусної етіології, що, попри неоднозначність спеціальної термінології, також дозволяє з певною долею умовності їх віднести до групи хвороб, «що становить небезпеку для здоров'я інших осіб». Інша справа, коли мова йде про алкоголізм та наркоманію.

Виникає питання, на яких підставах та чи може взагалі в межах ст. 96 КК до особи застосовуватися примусове лікування від алкоголізму та наркоманії. Пленум ВСУ у п. 24 Постанови від 3 червня 2005 р. № 7 роз'яснив, що лікування від алкоголізму і наркоманії одночасно з постановленням вироку застосовуватися не може (алкоголізм та наркоманія до цих хвороб не належать, оскільки вони є соціально небезпечними захворюваннями). Перелік їх визначений у відомчих нормативних актах, що встановлені Міністерством охорони здоров'я України. Крім того, позиція ВСУ щодо застосування лікування від алкоголізму і наркоманії в порядку ст. 76 КК зводиться до того, що таке лікування не вважається примусовим, оскільки обов'язок його пройти покладається безпосередньо на засуджену особу, а не на орган охорони здоров'я.

Однак не можна нівелювати значення алкоголізму та наркоманії в механізмі злочинної поведінки. Алкоголь, поряд з іншими одурманюючими речовинами, має неабияке значення в порушенні балансу сил збудження і гальмування, що створює у результаті психічні аномалії, що обумовлюють агресивні реакції. Згідно з даними МВС України, число виявлених осіб, які вчинили злочин у стані алкогольного сп'яніння, в середньому складає від 10 до 16 % від питомої ваги злочинності¹. Отже врегулювання на законодавчому рівні можливості застосування примусового лікування і у випадку наявності такої хвороби, як алкоголізм та наркоманія, до особи, яка вчинила злочин, вважається необхідним, в першу чергу, виходячи з превентивних цілей.

Примусове лікування як кримінально-правовий захід пропонується розглядати як захід, спрямований на нейтралізацію криміногенних ситуацій від поведінки осіб, які страждають на соціально небезпечні захворювання або хвороби, які небезпечні

¹ Стан та структура злочинності в Україні. URL: <http://mvs.gov.ua/mvs/control>.

для здоров'я інших осіб, попередження вчинення ними нових суспільно небезпечних діянь, передбачених КК України, та захист прав і інтересів особи, суспільства та держави.

Потребує доопрацювання ст. 96 КК України, оскільки законодавець, визначивши одну з підстав застосування примусового лікування — «хвороби, що становлять небезпеку для здоров'я інших осіб» в кримінальному законодавстві (враховуючи бланкетний характер ст. 96 КК), фактично нівелював можливість застосування цих заходів до осіб, хворих на соціально небезпечні хвороби (серед інших це алкоголізм і наркоманія, венеричне захворювання — наприклад, при вчиненні злочину, передбаченого ст. 133 КК України). Також слід дотримуватися такої позиції, що тривалість примусового лікування має визначатися станом здоров'я особи, а не тяжкістю вчиненого злочину. Позитивним моментом є положення, що застосування примусового лікування до даної категорії осіб має здійснюватися незалежно від того, чи вчинено злочини у стані алкогольного або наркотичного сп'яніння чи ні, а обумовлено наявністю такого захворювання.

КК України передбачає застосування до неповнолітніх осіб, які скоїли суспільно небезпечне діяння, примусових заходів виховного впливу. За своєю юридичною природою примусові заходи виховного впливу є заходами виховання, переконання і спрямовані на забезпечення правильного формування особистості неповнолітніх, виключення антисоціальних властивостей і навичок, попередження вчинення ними правопорушень. Підставою звільнення з застосуванням примусових заходів виховного характеру є можливість виправлення неповнолітнього без призначення покарання¹. У цьому випадку такі заходи застосовуються до неповнолітніх, що виступають суб'єктом вчинення злочину. Можливість такого виправлення повинна впливати з оцінки поведінки неповнолітнього до і після вчинення злочину, його ставлення до навчання, роботи та інших обставин, що свідчать про невелику небезпечність особи неповнолітнього. Примусові заходи виховного характеру, що застосовуються до неповнолітніх, які не досягли віку кримінальної відповідальності, тобто примусові заходи виховного характеру, у випадках, передбачених ч. 2 ст. 97 КК України, за своєю природою та характером примусу слід віднести до

¹ Про практику розгляду судами справ про застосування примусових заходів виховного характеру: постанова Пленуму Верховного Суду України від 15 трав. 2006 р. № 2 // Постанови Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах (1973–2006): зі змінами та доповненнями станом на 25 серп. 2006 р. Київ: ІнЮре, 2006.

заходів соціального захисту, оскільки, захищаючи суспільство від суспільно небезпечної поведінки неповнолітнього, у першу чергу, вони спрямовані на ресоціалізацію, виправлення та виховання неповнолітнього та захист суспільства від злочинної поведінки неповнолітніх, які не є суб'єктами кримінальної відповідальності. Отже, є доцільним віднесення примусових заходів виховного характеру до кримінально-правових заходів безпеки, однак за певними виключеннями.

Ще хотілося б звернути увагу на ряд невідомих кримінальному праву України заходів. Наприклад, опублікування вироку. За даними ВСУ рівень повторної злочинності є високим та стабільним протягом більше ніж п'яти років і становить приблизно чверть від загальної кількості засуджених¹. Окрім власне статистичних показників можна навести приклади сумнозвісних злочинців, які після засудження та відбування покарання знову вчиняли тяжкі та особливо тяжкі насильницькі злочини. В першу чергу варто згадати В. Чернега (дрібний крадій, який ніде не працював та приїхав до Одеси після двох строків відбування покарання у виді позбавлення волі, який вчинив близько 10 вбивств та згвалтувань); сумнозвісно відомі С. Ткач, Р. Хамаров та ін. Користуючись необізнаністю оточуючих, вони холоднокрівно вчиняли новий насильницький злочин. Така необізнаність оточуючих людей щодо потенційної «небезпеки», що виходить від особи, яка вже була засуджена за насильницький злочин, позбавляє їх можливості упередити порушення своїх прав, не допустити вчинення злочину цією особою, що фактично призводить до порушення права особи на особисту безпеку.

Так із правом на свободу природного існування та правом на особисту недоторканність пов'язується таке особисте немайнове право — як право на особисту безпеку. Воно становить вищу соціальну цінність, як різновид загальної безпеки людини (ст. 3 Конституції України). Зокрема, В. П. Васьковська вважає, що поняття «безпека людини» в узагальненому вигляді розуміється як такий ступінь захищеності особи, що забезпечує її сталий розвиток та базується на діяльності суспільства, гарантується державою, її органами та посадовими особами для виявлення, попередження, припинення та ліквідації наслідків загроз інтересам людини. А у вузькому розумінні безпека людини являє собою стабільний стан надійної захищеності життєво важливих (життя і здоров'я людини), законних і приватних інтересів людини, її прав, свобод та

¹ Судова статистика. URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu>.

ідеалів, цінностей від протиправних зазіхань, загроз шкідливих впливів будь-якого роду (фізичного, духовного, майнового, інформаційного, соціального, економічного, політичного, екологічного, військового тощо) за умов збереження і розвитку людського потенціалу та підтримання ефективного стимулювання діяльності особи¹. Непоінформованість особи про наявність загрози насильством з боку іншої особи (раніше засудженої за насильницький злочин) позбавляє її можливості самостійно не допустити посягання на її життя, здоров'я, ін.

Слід згадати, що до прийняття КПК 2012 р. згідно з ч. 3 ст. 404 КПК України 1963 р. існував процесуальний захід, який застосовувався з метою забезпечення виховного впливу — суд надсилав копію вироку в необхідних випадках підприємству, установі, організації за місцем роботи засудженого². Мета його застосування відповідала меті перевиховання засуджених, яка була проголошена у ст. 22 КК України 1960 р. як одна з цілей покарання. Діючий КПК України не передбачає такого заходу, як опублікування вироку.

Зарубіжному законодавству відомий такий захід, що дозволяє повідомити оточуючих про можливу загрозу з боку особи, засудженої за насильницький злочин. Це — опублікування (оприлюднення, афішування) вироку суду, який в Республіці Польщі, Сан-Марино, Швейцарії, ФРН, США (Закон Меган) застосовується у вигляді заходу безпеки або інших заходів. В той же час опублікування вироку відноситься до покарання за КК Франції, Голландії, Італії.

Досліджуючи питання підвищення ефективності покарання за злочини у сфері економіки, Р. Г. Гриневський, на підставі вивчення зарубіжного досвіду, запропонував ввести новий вид додаткового альтернативного покарання — «опублікування або афішування вироку»³. На його думку, опублікування вироку суду полягає в опублікуванні за рахунок засудженого в засобах масової інформації вироку суду; афішування вироку — у виготовленні за рахунок засудженого афіш з текстом вироку суду та розміщенні їх на строк

¹ Васильовська В. П. Право людини на безпеку та конституційно-правовий механізм його забезпечення: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / Ін-т законодавства Верховної Ради України. Київ, 2006.

² Кримінально-процесуальний кодекс України: від 28 груд. 1960 р. // Відомості Верховної Ради України. 1961. № 2. Ст. 15.

³ Гриневський Р. Г. Уголовно-правовая оценка обмана в сфере продажи товаров, выполнения работ и оказания услуг: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2010. 26 с.

від двох до трьох місяців за місцем роботи та проживання засудженого. З такою думкою слід погодитися.

М. І. Хавронюк також зазначає, що опублікування вироку застосовується тільки у разі вчинення злочину і має значний каральний (злочинець карається тим, що громадськість починає ставитися до нього з природною недовірою, засуджує його, відсторонюється від нього), а також виховний (частина громадськості схильна до застосування виховних заходів щодо нього) та превентивний (кожен ставить себе на місце засудженого, а також посилюється контроль за засудженим з боку громадськості) ефект¹. Внаслідок чого, на його думку, опублікування вироку має відноситися до видів покарання.

Метою опублікування вироку є створення умов безпеки для суспільства, попередження вчинення особою злочину на майбутнє. Тому доцільним представляється віднесення опублікування вироку до інших заходів кримінально-правового характеру, аніж до покарання.

Слід також відмітити, що опублікування вироку як кримінально-правовий захід не можна ототожнювати з його оприлюдненням на офіційному веб-порталі судової влади. Згідно із Законом України «Про доступ до судових рішень» від 22 грудня 2005 р. № 3262-IV, кожен має право на доступ до судових рішень. Однак у текстах судових рішень, що відкриті для загального доступу через оприлюднення на офіційному веб-порталі судової влади або офіційне опублікування, не можуть бути розголошені відомості, що дають можливість ідентифікувати фізичну особу.

Враховуючи вищевикладене, актуальним з точки зору забезпечення особистої безпеки людей є інформування оточуючих щодо можливої небезпеки, яка виходить від особи, яка відбувала покарання за тяжкий або особливо тяжкий насильницький злочин. Перспективним у попередженні злочинності вбачається застосування в якості кримінально-правового заходу, відмінного від покарання, опублікування вироку. Опублікування вироку суду має здійснюватися у встановлений судом строк за власний кошт засудженої особи через визначені судом загальнонаціональні чи місцеві (за місцем вчинення злочину і/або за місцем винесення вироку) періодичні видання. Опублікування вироку суду має застосовуватися у випадках засудження особи за тяжкий чи особливо тяжкий умисний насильницький злочин, якщо особа раніше вже була за-

¹ Хавронюк М. І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: монографія. Київ: Юрисконсульт, 2006. С. 678.

суджена за умисний злочин (насильницький рецидив). Не може бути застосовано опублікування вироку у випадках, якщо це суперечить інтересам таємниці, захищеної чинним законодавством.

Слід також звернути увагу на ще один «кримінально-правовий захід» — встановлення нагляду за особами, умовно засудженими або достроково звільненими, а також особами, звільненими з місць позбавлення волі після відбуття призначеного покарання (ст. 76 КК України та Закон України «Про адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі»).

Стаття 76 КК України передбачає встановлення судом певних обов'язків на особу, звільнену від відбування покарання з випробуванням¹. За своїм змістом та характером правових обмежень особи у свободі вибору місця проживання, свободі пересування такі заходи-обов'язки мають попереджувальне та стримувальне забарвлення і за своєю сутністю схожі із заходами безпеки (КК Республіки Сан-Марино, Великобританії, США, ФРН, Італії, Іспанії, Швейцарії, Республіки Польща) та заходами соціально-судового нагляду (КК Франції) та ін. Схожими з означеними заходами нагляду є обов'язки та обмеження дій піднаглядних, щодо яких встановлюється адміністративний нагляд.

Відповідно до ст. 9 Закону України «Про адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі», особи, щодо яких встановлено адміністративний нагляд, зобов'язані вести законослухняний спосіб життя, не порушувати громадський порядок, перебути у визначений установою виконання покарань термін в обране ним місце проживання і зареєструватися в органах внутрішніх справ ін.² Стаття 10 цього Закону встановлює, крім того, обмеження дій піднаглядних, як-от: заборона виходити з будинку (квартири) у визначений час, який не може перевищувати восьми годин на добу; заборона перебування у визначених місцях району (міста); заборона виїзду чи обмеження часу виїзду в особистих справах за межі району (міста); реєстрація в міліції від одного до чотирьох разів на місяць³. Обов'язки (заходи впли-

¹ Кримінальний кодекс України: від 5 квіт. 2001 р. № 2341-III // Відомості Верховної Ради України. 2001. № 25–26. Ст. 131.

² Про практику застосування судами України законодавства у справах про порушення правил адміністративного нагляду: постанова Пленуму Верховного Суду України від 28 берез. 1986 р. № 3 // Постанови Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах (1973–2004): зі змінами та доповненнями станом на 25 трав. 2004 р. Київ: ІнЮре, 2004.

³ Про адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі: Закон України від 1 груд. 1994 р. № 264/94 // Відомості Верховної Ради України. 1994. № 52. Ст. 455.

ву), передбачені ст. 79 КК України і ст. ст. 9, 10 Закону, якими особа суттєво обмежується в правах на вільне пересування, вибір місця проживання та перебування, встановлюються з метою запобігання вчиненню нових злочинів окремими повнолітніми особами, звільненими з місць позбавлення волі, і здійснення виховного впливу на них. Тобто знову йде мова про профілактичну спрямованість цих заходів, основна мета яких — не допустити вчинення злочину особою, яка раніше вже скоювала злочинне діяння, та захист суспільства від такої особи, що обумовлено «суспільною небезпечністю такої особи», про що зазначено у ч. 2 ст. 6 цього закону.

Аналіз кола осіб, щодо яких може бути застосований адміністративний нагляд, показав, що його застосування обумовлюється схильністю особи до вчинення злочинів, в якому виражається суспільна небезпека особи: засуджені до позбавлення волі за тяжкі, особливо тяжкі злочини або засуджені два і більше разів до позбавлення волі за умисні злочини, якщо під час відбування покарання їх поведінка свідчила, що вони вперто не бажають стати на шлях виправлення і залишаються небезпечними для суспільства; засуджені до позбавлення волі за тяжкі, особливо тяжкі злочини або засуджені два і більше разів до позбавлення волі за умисні злочини, якщо вони після відбування покарання або умовно-дострокового звільнення від відбування покарання, незважаючи на попередження органів внутрішніх справ, систематично порушують громадський порядок і права інших громадян, вчиняють інші правопорушення.

Пропонується передбачити встановлення нагляду в якості іншого кримінально-правового заходу. При цьому суд може встановити щодо визначених осіб нагляд та покласти конкретні зобов'язання з метою недопущення можливості вчинення особою нового злочину і сприяти її відновленню до суспільного життя. Нагляд слід встановлювати щонайменше на один рік, він не може перевищувати термінів, передбачених законом для погашення або зняття судимості.

Проаналізовані заходи обумовлені вчиненням особою суспільно небезпечного діяння та виникненням необхідності нейтралізації суспільної небезпеки такої особи або певних предметів. Кінцевою метою застосування таких заходів можна визначити створення певних профілактичних умов, за яких унеможливується вчинення нового злочину і таким чином відбувається захист суспільства. До інших заходів кримінально-правового характеру слід віднести спеціальну конфіскацію, примусове лікування, вилучення та

знищення майна, примусові заходи медичного характеру, окрім заходів, що застосовуються до осіб, визначених п. 1 ч. 1 ст. 93 КК України; примусові заходи виховного характеру, визначені ст. 105 цього Кодексу, крім випадків їх застосування, передбачених ч. 2 ст. 97 цього Кодексу, встановлення нагляду; позбавлення права керування транспортними засобами; опублікування вироків.

12 ПЕНАЛІЗАЦІЯ ЗЛОЧИННИХ ДІЯНЬ: НОРМАТИВНІ ЗАСАДИ ТА ЇХ ОПТИМІЗАЦІЯ

У загальному вигляді пеналізація злочинів — це процес визначення караності діянь, передбачених Кримінальним кодексом України (далі — КК України). Однак зрозумілим є те, що процес реалізації кримінальної заборони передбачає, з одного боку, закріплення потенційно тих мір реагування держави на девіантні прояви поведінкових актів, які можуть бути застосовані, а з іншого боку, — діяльність конкретну, що має місце при застосуванні тих заходів кримінально-правового характеру, що закріплені на теоретично-законодавчому рівні. У зв'язку з цим можливим є розгляд питання про виділення видів пеналізації злочинів у залежності від суб'єкта (рівня) її здійснення.

Власне термін «пеналізація» (від лат. poena — «покарання» і action — «дія») вживається у науковому обігу і не є законодавчим. Це і зумовлює відсутність єдності у підходах до його визначення. На думку, зокрема, Ю. А. Пономаренка та ще деяких науковців, пеналізацією є визначення видів і розмірів покарань, що можуть бути застосовані за їх вчинення¹. Деякі вчені до цього ще й включають процес призначення покарання². А тому в науці визначення того, які саме органи здійснюють пеналізацію злочинів, є дискусійним.

Одні вчені вважають, що пеналізація здійснюється виключно законодавцем, інші ж вважають, що її здійснює ще й суд, призначаючи покарання. Так, Ю. А. Пономаренко дотримується першої позиції. Підкреслюючи відмінні ознаки процесу пеналіза-

¹ Дагель П. С. Проблемы советской уголовной политики. Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1982. С. 60; Панченко П. Н. Советская уголовная политика. Общетеоретическая концепция борьбы с преступностью: ее становление и предмет. Томск: Изд-во Томск. ун-та, 1988. С. 123.

² Антонов И. М. Пенализация преступлений, причиняющих вред здоровью: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Дальневост. гос. ун-т. Владивосток, 2004. С. 7–8; Лопашенко Н. А. Основы уголовно-правового воздействия: уголовное право, уголовный закон, уголовно-правовая политика. Санкт-Петербург: Юрид. центр Пресс, 2004. С. 309; Митрофанов А. А. Основні напрямки кримінально-правової політики в Україні: формування та реалізація. Одеса: Вид-во Одес. юрид. ін-ту НУВС, 2004. С. 94.

ції і процесу призначення покарання, вчений зазначає, що результатом пеналізації є потенційна кримінальна відповідальність, результатом же призначення покарання — реальна кримінальна відповідальність. Потенційна кримінальна відповідальність традиційно визначається з допущенням судової дискреції, яскравим свідченням чого є відносна визначеність покарань практично у всіх санкціях статей Особливої частини КК України. Реальна ж кримінальна відповідальність, яка визначається судом вже з використанням його дискретних можливостей, завжди чітко конкретизована за видами та розмірами покарань¹.

На нашу думку, з наведених слів ученого саме і підтверджується, що суд, призначаючи покарання, і забезпечує реалізацію пеналізації, визначеної законодавцем, у життя. Право як таке оперує абстрактними поняттями, такі норми без застосування їх до реальної дійсності є лише потенцією. Суд як правозастосувальний орган забезпечує застосування кримінального законодавства у конкретних випадках призначення покарання. Тому ми вважаємо, що питання суб'єктів процесу пеналізації можна розглядати у вузькому сенсі — законодавець як єдиний суб'єкт та широкому — законодавчі та судові органи. При цьому ми ніяким чином не абсолютизуємо роль суду при встановленні конкретної міри покарання.

Дійсно, як таке встановлення злочинності (криміналізації) і караності (пеналізації) діянь належить законодавцю, суд при призначенні покарань не має права виходити за встановлені законодавцем межі (наприклад, призначити покарання у вигляді позбавлення волі, якщо воно не передбачено санкцією, або вийти за максимальні межі покарання, встановлені санкцією Особливої частини КК, коли немає підстав для застосування ст. ст. 70, 71 КК тощо). Однак діяльність судді з застосування санкції при визначенні конкретної міри покарання особі, визнаній винною у вчиненні злочину, не можна назвати не чим іншим, як пеналізаційним процесом. Суд не створює нових законодавчих приписів, він лише забезпечує перетворення потенційної відповідальності у реальну персоніфіковану.

Більше того, таку позицію можна підтвердити і приписами кримінального закону. На обґрунтування своєї позиції той же Ю. А. Пономаренко відзначає, що пеналізація є діяльністю законодавця, так як полягає у «передбаченні» (ч. 1 ст. 50 КК) або «визначенні» (ч. 3 ст. 3 КК) покарання у законі, в тому плані, що зако-

¹ Пономаренко Ю. А. Поняття пеналізації злочинів // Питання боротьби зі злочинністю. 2009. Вип. 17. С. 71.

нодавець передбачає (визначає) як в цілому систему і окремі види покарань, так і караність окремих злочинів зокрема¹. Ми можемо до цієї пари приписів «передбачає» — «визначає» доповнити ще «встановлює» (призначає). Суд встановлює (призначає) караність конкретного злочину конкретній особі (ст. 65 КК) і таким чином забезпечує або реалізує пеналізацію у тих межах, які встановлені законодавцем. Законодавець, закріплюючи види покарань у певних розмірах (строках), закладає ймовірну наперед встановлену караність діянь. Проте конкретну караність діяння, вчиненого певною особою, суд встановлює на власний розсуд при призначенні покарання, враховуючи конкретні обставини справи.

У цьому зв'язку правильно відзначає О. В. Наден: «Правозастосовчий рівень кримінально-правового регулювання — це діяльність держави по реалізації кримінально-правових норм щодо конкретних осіб, які вчинили злочини. Така реалізація здійснюється виключно судом у формі застосування таких норм. Застосування норми кримінального права полягає у послідовному застосуванні спочатку її гіпотези, потім — диспозиції (традиційної або альтернативної). Тому кримінально-правове регулювання на правозастосовчому рівні розпадається на дві юридично значимі дії (які, проте, оформлюються одним правозастосовчим актом): а) кримінально-правову кваліфікацію юридичного факту. Такими юридичними фактами є злочин, позитивна посткримінальна поведінка, а в окремих випадках — події (що, на нашу думку, не завжди обґрунтовано); б) визначення кримінально-правових наслідків появи такого юридичного факту — покладення кримінальної відповідальності; повне чи часткове звільнення від неї»².

Виходячи з цього, ми дотримуємося позиції, що необхідно пеналізацію злочинів розглядати у вузькому та широкому значеннях та виділяти два рівні її здійснення, власне з відповідними суб'єктами на кожному з них. А тому залежно від суб'єктного складу (або рівня здійснення) пеналізація злочинів поділяється на:

1) законодавчу/теоретичну/потенційну — визначення характеру караності злочину законодавцем; 2) судову/практичну/фактичну — визначення обґрунтованості і доцільності застосування покарання певного виду і розміру за вчинення конкретного злочину.

¹ Пономаренко Ю. А. Поняття пеналізації злочинів // Питання боротьби зі злочинністю. 2009. Вип. 17. С. 75.

² Наден О. В. Теоретичні основи кримінально-правового регулювання суспільних відносин в Україні: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2013. С. 32.

З метою переосмислення вітчизняного кримінально-правового механізму видається доцільним дослідити і проаналізувати особливості встановлення кримінально-правового примусу на різних пеналізаційних рівнях крізь призму типів правового регулювання.

Законодавча пеналізація кримінальних правопорушень. Якість і стабільність кримінального закону визначаються його науковою обґрунтованістю і логічно витриманою концептуальною основою¹. Зміни, що вносяться до КК України та які направлені на підвищення якості останнього, не повинні порушувати систему кримінального закону. Однак вони є закономірним результатом міждисциплінарної взаємодії права, відносної сталості виокремлення предмета вивчення окремої науки та у цілому направлені на оптимізацію всього механізму правового регулювання суспільних відносин. На думку М. Н. Марченко, системність права забезпечується зусиллями юридично грамотного, високо професійного законодавця, який у своїй правотворчій діяльності у максимальній мірі намагається відобразити і «трансформувати» системність суспільства, зокрема, суспільних відносин, що регулюються за допомогою правових норм, у системність актів, які ним приймаються, і, у кінцевому рахунку, — у системність всього права². При цьому системність кримінального права є його якісною характеристикою і невід'ємним атрибутом, притаманна за своєю сутністю і природою даній галузі права. Системність полягає у внутрішній єдності структурних елементів кримінального права як цілого, наявності між ними відносин і зв'язків, що характеризуються упорядкованістю, логічною узгодженістю і несуперечністю³.

19 листопада 2012 р. набрав чинності новий Кримінальний процесуальний кодекс України (далі — КПК України), яким законодавець ввів певну новизну до сталих механізмів кримінально-правового регулювання. Так, новими кримінально-процесуальними нормами визначається не тільки поняття закону про кримінальну відповідальність (п. 7 ч. 1 ст. 3 КПК України), а й напрями роз-

¹ Рарог А. И. Уголовно-правовая наука и качество уголовного закона // Кримінальний кодекс України: 10 років очікувань: тези доп. та повідомл. учасників Міжнар. симп., 23–24 верес. 2011 р. / Львів. держ. ун-т внутр. справ. Львів, 2011. С. 342.

² Марченко М. Н. «Система» системный характер права // Системность в уголовном праве: материалы II Рос. конгр. уголов. права. Москва, 2007. С. 13.

³ Панов М. І. Системність кримінального права і проблеми удосконалення кримінального законодавства // Кримінальний кодекс України: 10 років очікувань: тези доп. та повідомл. учасників Міжнар. симп., 23–24 верес. 2011 р. Львів, 2011. С. 314.

витку кримінального права, якими є введення до кримінального права інституту кримінальних проступків.

Розробка, наукова апробація та введення виду такого забороненого діяння, як проступок, до кримінально-правової матерії є віддзеркаленням динамічної міждисциплінарної взаємодії галузей права, зокрема, кримінального права та адміністративного, а безпосередньо при впровадженні механізму реалізації ще й кримінального процесу. Як відмічає В. О. Туляков, відомою є позиція, що кримінальна заборона сьогодення, яка реалізується у правозастосуванні, знаходиться в постійному розвитку. Водночас і стабільна заборона минулого, що пов'язана із позитивним кримінальним правом, так само знаходиться у розвитку. У першому випадку мова йде про необхідність постійної корекції законодавства та практики його застосування відносно нових заборон (комп'ютерні злочини, наприклад), нових колізійних ситуацій, що зумовлено політичними процесами, прийняттям та ратифікацією відповідних міжнародних договорів та конвенцій, рішеннями Європейського суду з прав людини тощо. У другому випадку мають на увазі інтерпретаційні процеси у достатньо інерційному кримінальному законодавстві, які дозволяють, використовуючи аналогію права *sui generis* (призначення заходів безпеки та соціального захисту в КК, звужене чи поширене тлумачення кримінально-правової норми Верховним Судом України чи Вищим касаційним судом з розгляду цивільних та кримінальних справ), розповсюджувати дію старих норм на нові види відносин¹.

Питання передбачення адекватних заходів реагування на вчинення кримінального проступку, напевно, на даному етапі законодавчих нововведень складає чи не найбільшу проблему. З метою створення оптимального механізму регулювання девіантних проявів у вигляді кримінальних правопорушень необхідно розробити таку систему мір кримінально-правового впливу, яка максимально враховуватиме особливості діяння та діяча, тобто сприятиме реалізації принципів диференціації кримінальної відповідальності та індивідуалізації покарання. При цьому зрозумілим є те, що таким чином законодавець здійснює теоретичну (потенційну) пеналізацію кримінальних правопорушень. Звідси визначається певний об'єм дискреційних повноважень для вирішення питань прикладного характеру «з поправкою» на суддівський розсуд, що забезпечує гнучкість кримінально-правової матерії. З іншого

¹ Туляков В. О. Кримінальне право сьогодення: ренесанс моделі сталого розвитку // Вісник Асоціації кримінального права України. 2014. № 2(3). URL: http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/visnik_yg/3/1.pdf.

боку, певні дослідження законодавства зарубіжних країн свідчать про те, що законодавець вдається до застосування системи типових санкцій, як за моделлю градуювання видів злочинних діянь, так і закріпленням багатоступінчатої моделі видів заходів кримінально-правового характеру, що застосовуються за їх вчинення¹. Це має наслідком формалізацію правозастосовного процесу, конкретизацію виду і «об'єму» примусу на рівні закону, елімінацію розсудового елемента, а отже, і подолання суб'єктивізму в праві, недопущення зловживання правом і, в цілому, запобігання корупційним практикам.

У проекті Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо запровадження інституту кримінальних проступків» № 10126 від 28 лютого 2012 р., внесенного народними депутатами України, запропоновано доповнити ст. 51 КК України частиною другою такого змісту: «2. До осіб, визнаних винними у вчиненні кримінального проступку, судом можуть бути застосовані такі види покарань: 1) штраф; 2) позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю; 3) громадські роботи». Також у цьому проекті ст. 52-1 «Основні та додаткові покарання за вчинення кримінальних проступків» встановлює, що: 1. Основним покаранням за вчинення кримінальних проступків є штраф. 2. Позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, громадські роботи можуть застосовуватися як основні, так і як додаткові покарання.

Необхідно відмітити, що єдиної позиції на рахунок того, яка форма відповідальності повинна наступати за вчинення кримінального проступку, серед законодавчих проектів та у наукових колах немає. На нашу думку, слушним є зауваження О. П. Рябчинської, що пропозиція, щоб до осіб, визнаних винними у вчиненні кримінального проступку, судом застосовувались покарання, буде суперечити положенням ч. 1 ст. 50, згідно з якою покарання застосовується тільки до осіб, визнаних винними у вчиненні злочину і має на меті «запобігання вчиненню нових злочинів», рівно як і іншим положенням чинного Кримінального кодексу, в яких регламентуються підстави притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення злочинів (готування та замах на злочин, співучасть у злочині та множинність злочинів тощо). В разі врахування подібної пропозиції порушиться системність криміналь-

ного права, яка виявляється у несуперечливості понять і термінів (понятійного апарату)¹.

Динаміка кримінального права, що пов'язана з оперуванням поняттям «кримінальне правопорушення», вимагає нормативного розширення кола заходів кримінально-правового характеру, що забезпечить адекватність кримінальної заборони. Тому ми дотримуємося позиції, що відповідальність за кримінально карані діяння необхідно реалізовувати у формі таких заходів впливу, як покарання за вчинення злочинів, яке має тягти за собою судимість, та стягнення за вчинення кримінальних проступків без наслідку у вигляді судимості. Такі наслідки вчинення кримінальних правопорушень повинні мати структурований характер та перебувати у системному зв'язку з класифікацією правопорушень на проступки і злочини і категоризацією самих злочинів на злочини невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжкі та особливо тяжкі.

При цьому, зберігаючи категорію злочинів невеликої тяжкості, для підкреслення відмежування їхнього ступеня суспільної небезпеки від ступеня суспільної небезпеки кримінального проступку, за вчинення злочинів невеликої тяжкості може бути призначене покарання у вигляді обмеження або позбавлення волі строком до двох років або більш м'який вид покарання, передбачений у системі покарань, яка може бути застосована лише за вчинення злочинів.

За вчинення кримінального проступку може бути накладене стягнення, яке не пов'язане з обмеженням або позбавленням волі. Стягнення можуть відрізнятися від покарань за злочини за розмірами, якщо вести мову про штраф та позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Однак за своєю суттю система стягнень має бути відмінна від системи покарань.

Існуюча система покарань, передбачена у ст. 51 КК України, повинна зазнати змін в аспекті закріплення різних підсистем покарань залежно від порядку призначення покарань — основні чи додаткові. На нашу думку, не можуть складати одну систему покарання різної юридичної сили (за порядком призначення), це порушує логічне правило побудови системних норм. До речі, інший алгоритм побудови системи покарань знаходить відображення у багатьох кодексах європейських держав, у яких дуже часто, як ми вже відзначали, роль додаткових покарань репрезентують

¹ Макаренко А. С. Суддівський розсуд при призначенні покарання в Україні: монографія. Одеса: Юрид. літ., 2013. С. 108–112.

¹ Рябчинська О. П. Теоретичні та практичні питання встановлення адекватних заходів державного примусу за кримінальні проступки // Держава та регіони. Серія: Право. 2012. Вип. 2. С. 214–215.

інші заходи кримінального впливу, які тим більше закріплюються у вигляді окремої системи. Ще одним чинником, що дає право дотримуватися такого підходу, є намагання чітко підкреслити різні за ступенем «жорсткості» системи заходів державного примусу — основних покарань за злочини та стягнень за проступки. В останній системі всі міри пропонується закріпити одного порядку.

За своєю природою кримінальний проступок є кримінальним правопорушенням пониженого ступеня суспільної небезпеки у порівнянні зі злочинами невеликої тяжкості. Їх вчинення своїм наслідком мають порушення прав та інтересів людини та громадянина, юридичної особи тощо. У такому випадку є доцільним вести мову про відновлення таких порушених прав. Як видається, така ревіталізація об'єкта кримінально-правової охорони повинна здійснюватися саме в передбаченому кримінальним законом порядку. А тому закономірним є віднайдення мір кримінально-правового характеру (у пропонуваному нами варіанті мова йде про стягнення), яке буде володіти ретрибутивним характером. Тим більше це кореспондуватиме із законодавчо взятим курсом на гуманізацію кримінальної відповідальності, що втілюється у переорієнтації правотворчої та правозастосовчої дійсності на застосування альтернативних компенсаційних видів покарання (штраф, виправні роботи тощо). Саме такою мірою повинен стати обов'язок відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди, який, як умова застосування деяких інститутів (звільнення від кримінальної відповідальності, призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання), не є зовсім новим для вітчизняної доктрини, законодавства і практики.

Так, у 1996 р. побачив світ проект Кримінального кодексу України, внесений на обговорення народним депутатом України О. Матковським. Специфічною ознакою цього проекту було окреме виділення системи покарань, які можуть застосовуватись до фізичних та до юридичних осіб¹. Частина 1 ст. 55 перелічувала 9 покарань, які могли застосовуватись до фізичних осіб, які вчинили карані діяння. Серед останніх згадувались і ті, які відносяться до майнових, а саме: а) кримінальна реституція; ...в) штраф; г) конфіскація майна, знарядь і засобів вчинення злочину²... Пе-

¹ Марисюк К. Б. Система майнових покарань у чинному Кримінальному кодексі України могла би бути іншою (до 15-річчя одного з проектів КК України) // Форум права. 2011. № 2. С. 581.

² Проект Кримінального кодексу України (від 04.11.1996 р., реєстр. № 0041/1 / вноситься народним депутатом України О. Б. Матковським. Київ, 1996. С. 25.

редбачались майнові покарання і щодо юридичних осіб, які вчинили особливо тяжкий злочин, а саме: а) кримінальна реституція; б) штраф; в) конфіскація знарядь і засобів вчинення злочину (ч. 2 ст. 55).

Кримінальна реституція, тобто обов'язок відшкодування збитку, передбачалася ст. 56 проекту. Варто зазначити, що пропозиція запровадження цього виду покарання, незважаючи на здавалося б усю свою оригінальність, не була винаходом автора досліджуваного законопроекту. Про потребу запровадження кримінальної реституції згадувалось ще у проекті Кримінального кодексу України 1993 р., авторський колектив якого очолював В. Смітєнко¹. Відповідно до ч. 1 зазначеної статті, кримінальна реституція полягає у примусовому та обов'язковому відшкодуванні засудженим завданої потерпілому матеріальної і моральної шкоди². Передбачалось, що питання про застосування кримінальної реституції підлягатиме обов'язковому розглядові судом у будь-якій кримінальній справі. Незастосування цього виду покарання повинно було бути мотивовано у вироку з повідомленням про це потерпілого (ч. 2 ст. 56)³.

Як видається, такі міри кримінально-правового впливу мають право на нормативну регламентацію. Тим більше у наукових колах уже давно доведена необхідність і підкреслена «зрілість» концепції поділу кримінально-правових мір не лише на покарання, а й на інші заходи, що знаходяться у корелятивному зв'язку з проведеною таксономією кримінально караних діянь (правопорушень) з вичлененням серед останніх відмінного від злочину видового елемента (кримінального проступку).

Як видається, стягнення, що будуть застосовуватись за вчинення кримінальних проступків, повинні володіти певним каральним зарядом, оскільки знаходяться в кримінально-правовій площині і є наслідком скоєння кримінально караного діяння. Такі заходи спрямовані на обмеження прав і свобод засудженого і покликані відновити попередній стан порушених суспільних відносин. Тому мета покарання, передбачена у ст. 50 КК України, застосовна і до стягнень. Враховуючи зазначене, пропонуємо внести до КК України наступні зміни.

¹ Проект Кримінального кодексу України (від 10.06.1993 р. / вноситься Комісією Верховної Ради України з питань правопорядку та боротьби із злочинністю; автор. кол.: Смітєнко В., Криволапов В., Дубовик О. та ін. Київ, 1993. С. 28.

² Там само. С. 25.

³ Там само. С. 25.

Система заходів реагування на вчинення кримінального проступку може бути іншою. Вирішення питання караності цього виду кримінального правопорушення залежить, по-перше, від класифікації як кримінальних правопорушень у цілому, так і категоризації самих злочинів, а звідси, по-друге, від того, чи буде у класифікації самих злочинів збережені злочини невеликої тяжкості. У законодавчих проектах пропонується все-таки за вчинення кримінальних проступків призначати покарання. Такий підхід, на нашу думку, не узгоджується з самою ідеєю чіткого відмежування категорії кримінального проступку від злочинів у цілому та злочинів невеликої тяжкості зокрема. Якщо виключити злочини невеликої тяжкості із таксономії самих злочинів або якщо навіть не проводити категоризацію злочинів, як це зроблено у КК Франції, за вчинення кримінальних проступків можна було б призначити покарання навіть у вигляді короткострокового позбавлення волі. Кримінальний проступок як вид кримінального правопорушення володіє пониженим ступенем суспільної небезпеки. Такий матеріальний критерій повинен бути екстрапольований на формальну ознаку. При цьому доцільно говорити не лише про менші розміри (строки) покарання, а й про інші кримінально-правові міри, що максимально чітко будуть виокремлювати кримінальний проступок від злочину та забезпечуватимуть збереження категоризації злочинів залежно від ступеня тяжкості, проведеної у кримінальному законі. Хоча сама ст. 12 КК України з введенням кримінального проступку повинна зазнати змін.

Звичайно імплантація певного концепту до усталеної кримінально-правової традиції вимагає значної наукової апробації. Однак динамічність суспільних процесів, яка не може обходити стороною і законодавчі практики, у т. ч. кримінально-правові, ставить на новий щабель усвідомлене і своєчасне реагування на інтернаціоналізацію, що зумовлює закономірну інтегративність вітчизняного кримінального законодавства. Як видається, ідея введення кримінального проступку до кримінального закону України є достатньо зрілою, що підтверджують наявні підстави її імплементації, що на даний час вимагає єдності доктринальної думки та її толерантності у негайному вирішенні вказаного завдання. Питання категоризації кримінальних правопорушень, а також внесення змін до суміжних інститутів, зокрема інституту покарання, що направлено на забезпечення системності кримінального права, матиме наслідком оптимізування кримінально-правового регулювання, елімінацію розсудового елемента, недопущення колізійності кримінально-правової матерії та усталення

нової парадигми криміналізації суспільства у рамках вже існуючої кримінально-правової традиції.

Судова пеналізація злочинних діянь. Парадигмально, при вирішенні питань пеналізаційного характеру, вітчизняна доктрина апелює до дискреційного методу, широке застосування останнього є так званою «генетичною» рисою у розвитку кримінального законодавства України. Однак практика застосування закону на фоні відсутності/недостатності (а й інколи об'єктивної неможливості) чіткої регламентації правових реалій диктує скоректування законодавчого дискурсу щодо превалювання формального методу у пеналізації кримінальних правопорушень. Крім цього, динаміка кримінального права в аспекті ретрибутивної орієнтації законодавчих практик має наслідком новелізацію вітчизняного характеру з утвердженням позиції потерпілого як обов'язкового фактора у вирішенні питань публічного кримінально-правового характеру.

Суддівський розсуд — це об'єктивна реальність, яку визнає юридична доктрина і практика, визначення цього поняття в законодавстві не існує. Більше того, видається цікавим той факт, що слово «розсуд» у КК України не вживається. Воно зустрічається двічі і лише у двох статтях КПК України 2012 р. Це — ч. 1 ст. 354 (особливості допиту малолітнього або неповнолітнього свідка чи потерпілого) і ч. 2 ст. 364 (судові дебати). Причому у першому випадку йдеться про судовий розсуд, а в останньому — розсуд прокурорів. У наш час зацікавленість проблемою суддівського розсуду зростає. Це пов'язано з системною кризою у регулюванні суспільних відносин, необхідністю упорядкування процесів криміналізації і пеналізації суспільства, належним здійсненням процедури застосування норм кримінального права. Дійсно, категорія суддівського розсуду є багатоаспектною, неоднозначною, складною. При цьому в існуючих наукових дослідженнях виділяються процесуальна та матеріальна складові цього феномена. Так, якщо вести мову про процесуальну складову зазначеної проблематики, то наукові пошуки вчених зводяться до дослідження проблеми суддівського переконання у кримінальному процесі (Ю. М. Грошевой та ін.). Однак, як видається, саме у багатогранній (матеріально-процесуальній об'єктивно-суб'єктивній) природі необхідно розглядати феномен суддівського розсуду з тим, щоб виділити його змістовно-конструктивні властивості.

На нашу думку, **суддівський розсуд у кримінальному праві** — це правозастосовча інтелектуально-вольова діяльність судді, яка є передбаченою кримінальним законом мірою свободи вибору одного із варіантів рішення у кримінальному провадженні (ма-

теріальний аспект визначення). Існуючі дослідження науковців свідчать, що поряд з терміном «суддівський розсуд» в юридичній літературі вживається і такий термін, як «судовий розсуд» (як правило, вченими-процесуалістами, що виправдано сферою дослідження). Видається, що в цьому зв'язку можна погодитися з Ю. В. Грачовою: у тих випадках, коли мова йде про розсуд суду як інституту судової влади, використання терміна «судовий розсуд» обґрунтовано. У тих же випадках, коли мається на увазі та важлива частина судової діяльності, яка здійснюється тільки суддями, повинен вживатися термін «суддівський розсуд»¹.

Так, судова діяльність у кримінальному провадженні носить свідомий характер і здійснюється у певних умовах. Реалізація дискреційних повноважень суддів являє собою складний процес, який включає відразу дві складові: вольову, яка означає «вільний» розсуд і готовність та можливість вчинити згідно з власним переконанням, та інтелектуальну, що являє собою свідому розумову діяльність і полягає у роздумуванні, зіставленні, зважуванні можливих моделей вирішення справи, всебічній самокритиці потенційного рішення. Переконання, засноване на правосвідомості, і лежить в основі суддівського розсуду. Однак, як зазначає Ю. М. Грошевий, не можна гіперболізувати роль суддівського переконання у прийнятті рішення, так як в основі прийняття рішення лежить не тільки переконання, а й значима роль закону, професійної правосвідомості, соціальної позиції тощо². Тому, ми вважаємо, що суддівський розсуд у кримінальному провадженні можна визначити як правозастосовчу інтелектуально-вольову діяльність судді, що є мірою свободи вибору одного з варіантів рішення або здійснення процесуальної дії відповідно до меж та порядку, встановлених кримінальним та кримінальним процесуальним законами. Звичайно, необхідним є з'ясування проблеми суддівського розсуду як комплексної міждисциплінарної категорії. Однак у цьому дослідженні ми будемо вивчати суддівський розсуд та його межі у матеріально-правовому сенсі, обмежуючись предметом нашого дослідження.

Проблема меж суддівського розсуду зводиться до пошуку оптимального співвідношення зв'язаності правозастосувача жорсткими рамками закону зі свободою оцінок і вибору мір кримінально-правового характеру. А тому необхідною є розробка конкретних

¹ Грачева Ю. В. Судейское усмотрение в уголовном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2002. С. 14–15.

² Грошевой Ю. М. Проблемы формирования судейского убеждения в уголовном судопроизводстве. Харьков: Вища шк., 1975. С. 68.

правил, критеріїв призначення покарання, що встановлюватимуть чіткі межі суддівського розсуду. Такий встановлений законодавцем юридичний «оптимум» повинен сприяти досягненню розумного балансу між свободою судді і формальністю кримінального закону, підвищенню авторитету судового рішення, недопущенню зловживання правом, а також боротьбі з корупцією.

Видається необхідним дотримуватися ідеї оптимізації суддівського розсуду при призначенні покарання — знаходженні розумного оптимуму співвідношення формальних і дискреційних засад при введенні певних обмежень (конкретизація кримінального закону, чітка диференціація кримінальної відповідальності, а інколи інтеграція останньої, формалізація правил призначення покарання тощо). Запропонована ідея оптимізації суддівського розсуду повинна проявитися у наступному:

1) зміні алгоритму конструкції відносно визначених санкцій шляхом звуження їх меж з прив'язкою до певної категорії злочинів;

2) нормативному удосконаленні приписів ч. 1 ст. 65 КК України в аспекті більш чіткої регламентації підстав суддівського розсуду;

3) закріпленні критеріїв призначення покарання: критеріїв оцінки тяжкості вчиненого злочину, критеріїв оцінки особи винного, критеріїв оцінки особи потерпілого;

4) введенні спеціальних правил призначення покарання, у т. ч. правил призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують та обтяжують покарання, правил призначення покарання за наявності обтяжуючих обставин з метою реструктуризації Особливої частини КК України у світлі кваліфікованих і особливо кваліфікованих складів злочинів тощо, та уточнення існуючих.

Як такі спеціальні правила призначення покарання є законодавчим способом формалізації етапу призначення покарання, конкретизації впливу певних обставин, лімітування суддівського розсуду у порівнянні з типовими (загальними) правилами. Однак співвідношення власне формальних і дискреційних засад у кожному спеціальному правилі призначення покарання є різним. Це зумовлює потребу у дослідженні таких спеціальних норм з метою з'ясування коефіцієнта концентрації «формального заряду», «ступеня» обмеження розсуду правозастосувача з тим, щоб запропонувати певні концептуальні підходи до удосконалення діючих норм.

До спеціальних правил призначення покарання, зокрема, можливо віднести: правила призначення покарання за незакінчений злочин (ч. 2, 3 ст. 68 КК України), правила призначення покаран-

ня за злочин, вчинений у співучасті (ч. 4 ст. 68 КК), призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом (ст. 69 КК), призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання (ст. 69[№]). Нами пропонується введення й інших спеціальних правил призначення покарання, наприклад, за наявності угоди про примирення або про визнання вини (що відрізнятиметься від існуючого у ч. 5 ст. 65 КК України припису щодо призначення покарання за наявності угоди про примирення) та ін.

Однак, ведучи мову власне про спеціальні правила призначення покарання як способу формалізації закону і обмеження суддівського розсуду, необхідно з'ясувати, як співвідносяться між собою поняття «формалізація призначення покарання» та «обмеження суддівського розсуду при призначенні покарання». «Обмежити» у Тлумачному словнику С. І. Ожегова та Н. Ю. Шведової визначається «як поставити в якісь рамки, межі, визначити якимись умовами, а також зробити менше, скоротити, звужити обхват чого-небудь»¹. Тобто «обмеження суддівського розсуду — це завжди його звуження певними рамками». «Формалізувати» означає зводити сутність чого-небудь до певної форми, формального вираження; представити змістовну сторону явища у виді формальної системи або обчислення².

Формалізацію призначення покарання, як видається, можна розуміти «як підпорядкування вибору виду і розміру покарання за вчинений злочин системі встановлених у кримінальному законі правил, вимог, критеріїв, які обмежують можливість довільного визначення покарання». У цьому зв'язку повністю формалізованим процес призначення покарання можна вважати тоді, коли встановлені в законі правила у кожному конкретному випадку чітко передбачають вибір виду і розміру призначення покарання за вчинений злочин. Як нами частково було досліджено, процес формалізації призначення покарання по-різному вирішується у різних країнах. Так, щодо країн романо-германської системи процес призначення покарання у значній мірі формалізований, що пов'язано зі встановленням різноманітних спеціальних правил призначення покарання, конструкціями санкцій і т. п.

Щодо кримінального законодавства України, то, незважаючи на те, що КК України містить норму, присвячену загальним засадам призначення покарання, ряд норм, які закріплюють спеціальні правила призначення покарання і т. п., навряд чи можна

¹ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеол. выражений. 4-е изд. Москва, 1997. С. 578.

² Там само. С. 820.

стверджувати, що формалізація призначення покарання за КК України є достатньо високою, оскільки суддівський розсуд все ще залишається достатньо широким, чому у неمالій мірі сприяють широкі рамки відносно визначених санкцій, недостатня розробка норм зі спеціальними правилами призначення покарання і т. п. Існуючі спеціальні правила призначення покарання направлені на диференціацію та індивідуалізацію призначення покарання головним чином шляхом коректування меж санкцій статей Особливої частини КК України. Але у той же час необхідним є уточнення спеціальних правил призначення покарання. У цьому зв'язку щодо співвідношення понять «формалізація призначення покарання» і «обмеження суддівського розсуду» можна сказати, що, як правило, формалізація призначення покарання передбачає обмеження (звуження) рамок суддівського розсуду, але не будь-яке обмеження суддівського розсуду становить собою формалізовану модель врахування обставин справи.

Так, до прикладу, Законом України № 4652-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України» у КК України ст. 65 доповнена частиною п'ятою такого змісту: «У випадку затвердження вироком угоди про примирення або про визнання вини суд призначає покарання, узгоджене сторонами угоди». Крім цього, були внесені зміни і до ст. 75 КК України. Відповідно до ч. 1 якщо суд, крім випадків засудження за корупційний злочин, при призначенні покарання у виді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, а також позбавлення волі на строк не більше п'яти років, враховуючи тяжкість злочину, особу винного та інші обставини справи, дійде висновку про можливість виправлення засудженого без відбування покарання, він може прийняти рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням. Частина друга цієї статті передбачає, що суд приймає рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням у випадку затвердження угоди про примирення або про визнання вини, якщо сторонами угоди узгоджено покарання у виді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, позбавлення волі на строк не більше п'яти років, а також узгоджено звільнення від відбування покарання з випробуванням.

Законом України «Про Національне антикорупційне бюро України» від 14 жовтня 2014 р. № 1698-VII, який набрав чинності 25 січня 2015 р., внесено зміни до низки статей КК України, якими до осіб, що вчинили корупційні злочини або були засуджені

за їх вчинення, встановлено обмеження при звільненні від кримінальної відповідальності, призначенні більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, звільненні від покарання та його відбування, зняття судимості тощо (ст. ст. 45–48, 69, 74, 75, 79, 81, 82, 86, 87, 91 КК України). Внесення таких новел до кримінального законодавства зумовлює необхідність дослідження правил призначення покарання у передбачених випадках.

Відповідно до ч. 5 ст. 65 КК України та ч. 1 ст. 475 КПК України за наявності угоди про примирення суд призначає узгоджену сторонами міру покарання. При цьому виникає питання про межі такого покарання. Як впливає з ч. 2 ст. 469 КПК України, єдиним обмеженням є можливість укладення таких угод у провадженні щодо кримінальних проступків, злочинів невеликої чи середньої тяжкості та у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення. Відповідно до ч. 4 ст. 469 КПК угода про визнання винуватості між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим може бути укладена у провадженні щодо: 1) кримінальних проступків, злочинів невеликої чи середньої тяжкості, тяжких злочинів; 2) особливо тяжких злочинів, віднесених до підслідності Національного антикорупційного бюро України за умови викриття підозрюваним чи обвинуваченим іншої особи у вчиненні злочину, віднесеного до підслідності Національного антикорупційного бюро України, якщо інформація щодо вчинення такою особою злочину буде підтверджена доказами.

Певне тлумачення механізму призначення покарання та звільнення від покарання за наявності угод про примирення або про визнання вини міститься в інформаційному листі Вишого Спеціалізованого Суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі — ВССУ) № 223-1679/0/4-12 від 15 листопада 2012 р. «Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод». Зокрема, у п. 3 цього інформаційного листа вказано, що аналіз статей 65 і 75 КК свідчить, що домовленості сторін угоди при узгодженні покарання не мають виходити за межі загальних засад призначення покарання, встановлених законом України про кримінальну відповідальність. Тобто це означає, що при вирішенні питання про врахування таких засад мова йде як про санкцію статті Особливої частини (п. 1 ч. 1 ст. 65), так і про положення Загальної частини КК України (п. 2 ч. 1 ст. 65).

Відповідно до ч. 1 ст. 469 КПК України угода про примирення може бути укладена за ініціативою потерпілого, підозрюваного або обвинуваченого. Домовленості стосовно угоди про примирення можуть проводитися самостійно потерпілим і підозрюваним чи

обвинуваченим, захисником і представником або за допомогою іншої особи, погодженої сторонами кримінального провадження (крім слідчого, прокурора або судді). У такому випадку ми зіштовхуємося з так званим «делегованим правосуддям», коли традиційно публічну функцію з вирішення суспільних конфліктів у формі відправлення правосуддя, що пов'язана з існуванням судової складової державної влади, передано на розсуд особам, які професійно не наділені такими повноваженнями. Зокрема, розглядаючи проблематику визначення міри кримінально-правового впливу, виникає питання, як сторони можуть дійти згоди щодо певного виду і розміру (строку) покарання без прокурора та судді, особливо в тих випадках, коли вони не мають своїх захисників? Як можуть сторони, наприклад, призначити покарання відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 65 КК України, що передбачає врахування ступеня тяжкості вчиненого злочину (у даному випадку необхідно вести мову про індивідуальний ступінь тяжкості вчиненого злочину), особу винного та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання? Такі обставини не просто повинні бути перераховані у кримінальному провадженні, а повинна бути зрозуміла їх оцінка, тобто чітко відображено, яким чином такі обставини впливають на вид і розмір (строк) покарання.

Призначення покарання, узгодженого сторонами, є обов'язковим для суду. Тобто імперативність норми, передбаченої ч. 5 ст. 65 КК України, має наслідком обмеження дискреційних повноважень суддів. При цьому відповідно до роз'яснень, наданих ВССУ, суд зобов'язаний призначити узгоджене сторонами покарання лише після перевірки угоди на відповідність діючому законодавству та за відсутності визначених КПК (п. 1–6 ч. 7 ст. 474 КПК) підстав для відмови, переконавшись, що угода може бути затверджена. Наприклад, у випадку «зловживання» сторонами угоди положеннями ст. 69 КК, тобто у разі узгодження ними покарання, яке за своїм видом та/або розміром не відповідає характеру, тяжкості вчиненого діяння та особі винного, суд має визнати умови цієї угоди такими, що не відповідають інтересам суспільства, та відмовити в її затвердженні.

Аналогічне рішення має прийняти суд у випадку неврахування прокурором при укладенні угоди про визнання винуватості наявності обставин, що обтяжують покарання, наприклад незнятої або непогашеної судимості у обвинуваченого, що утворює рецидив злочинів, тощо. З такого тлумачення випливає, що, якщо узгоджене сторонами покарання не відповідатиме вимогам закону, як видається, у першу чергу мова повинна йти про загальні за-

сади призначення покарання, передбачені ч. 1 ст. 65 КК України, суд не призначає той вид і міру покарання, які зазначені в угоді про примирення. Ми вже висловлювали свій сумнів у здатності сторін примирення надати правильну правову оцінку всім обставинам справи і узгодити покарання, яке буде відповідати вимогам закону. Виходячи з цього, стає зрозумілим, що правило про обов'язковість призначення покарання, вказаного в угоді про примирення, спростовується повноваженням суддів здійснювати правовий аналіз консенсуального рішення і можливістю не затверджувати угоду у зазначених випадках. З іншого боку, інститут призначення покарання за наявності угоди про примирення не є формалізованим. За задумом законодавця, право сторін на узгодження міри покарання повинно обмежувати дискреційні повноваження суддів, однак не ставить сам пеналізаційний процес у певні рамки. Склалася ситуація, коли правозастосовний розсуд змінив свого суб'єкта. А саме обмеження суддівського розсудового елемента не становить собою формалізованої системи врахування обставин справи. Хоча, як уже було з'ясовано раніше, приватний інтерес, будучи домінантою у концепції угод про примирення, врешті не елімінував дискреційність повноважень суддів у виборі міри кримінально-правового впливу. Сама норма ч. 5 ст. 65 КК України, як було проаналізовано, не становить собою виключення із загальних засад призначення покарання, а перебуває в їх рамках, розміщення такого правила у ст. 65 КК України не відповідає змістовному наповненню текстуального формулювання ч. 5 цієї статті. Виходячи з цього та з системного тлумачення норм інституту угод про примирення, стає зрозумілим, що ч. 5 ст. 65 КК формулює загальне правило, просто перекладаючи функцію з призначення покарання з публічного органу на приватних суб'єктів. Видається раціональним внести у правозастосовний процес конкретний законодавчий припис, що відповідатиме ідеї законодавця про презумпцію правового інтересу у пеналізаційній практиці та законодавчій техніці.

Певна непослідовність допущена законодавцем при внесенні змін до ч. 2 ст. 75 КК України, що має викликати проблеми у застосуванні положень цієї статті на практиці. Так, у цьому ж інформаційному листі ВССУ зазначено, якщо ж сторони узгодили покарання та досягли домовленості щодо звільнення підозрюваного (обвинуваченого) від його відбування з випробуванням, відповідно до ч. 2, 3 ст. 75 КК у редакції Закону України від 13 квітня 2012 р. № 4652-VI суд зобов'язаний прийняти рішення про таке звільнення у випадку затвердження угоди про примирення або

про визнання винуватості за наявності сукупності таких умов: 1) сторонами угоди узгоджено покарання у виді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, позбавлення волі на строк не більше п'яти років; 2) узгоджено звільнення від відбування покарання з випробуванням. При цьому використане законодавцем у доповненнях до ст. ст. 65 та 75 КК України формулювання «у випадку затвердження угоди» при вказівці на прийняття рішення судом свідчить, що суд зобов'язаний призначити узгоджене сторонами покарання або звільнити від його відбування з випробуванням із визначенням тривалості іспитового строку лише після перевірки угоди на відповідність діючому законодавству та за відсутності визначених КПК (п. 1–6 ч. 7 ст. 474 КПК) підстав для відмови, переконавшись, що угода може бути затверджена. Однак, враховуючи зміни до КК України від 2015 р., у всіх зазначених вище тлумаченнях щодо застосування ст. 75 КК України при врахуванні вимог законодавства, повинні бути забезпечені обмеження щодо корупційних злочинів, що і регламентовано ч. 1 ст. 75 КК України.

Звичайно, ситуація, відповідно до якої ч. 2 ст. 75 КК України не містить таких обмежень, є недоліком нині діючого законодавства. Однак, здійснюючи не лише догматичне, а й системне тлумачення положень КК України у частині затвердження угод про примирення або про визнання вини, можна прийти до таких висновків. Приписи ч. 5 ст. 65 КК про призначення покарання за згодою сторін розміщені услід за ч. 3 і 4 цієї статті, в яких сформульовані виключення із загальних засад про призначення у межах, встановлених санкцією статті Особливої частини (п. 1 ч. 1 ст. 65 КК) за вчинений злочин. Таким же чином і в ст. 75 положення щодо угод про примирення регламентовані у ч. 2. Загальні підстави щодо звільнення від відбування покарання з випробуванням закріплені у ч. 1 цієї статті. Така структура (побудова) ст. 65 та ст. 75 КК дає підстави передбачати, що приписи ч. 5 ст. 65 та ч. 2 ст. 75 не можуть, мабуть, розглядатися в якості окремого (самостійного) правила призначення покарання, а є (як і положення ч. 3 і 4 ст. 65 КК) тільки своєрідним виключенням із загального правила (вимоги), сформульованого у п. 1 ч. 1 ст. 65 КК та ч. 1 ст. 75 КК України. Виходячи із тлумачення, наданого у вищезазначеному інформаційному листі, про необхідність відповідності узгодженого сторонами покарання або рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням загальним засадам призначення покарання, стає зрозумілим, що суд затверджує такі угоди лише тоді, коли будуть дотримані «загальні» під-

стави, сформульовані у відповідних частинах щодо особливостей застосування відповідного інституту.

Затвердження угоди про примирення, в якій узгоджені відповідні види покарань та звільнення від них з випробуванням, є обов'язковим для суду. Тобто імперативність норми, передбаченої ч. 2 ст. 75 КК України, має наслідком обмеження дискреційних повноважень суддів. При цьому, відповідно до роз'яснень, наданих ВССУ, суд зобов'язаний призначити узгоджене сторонами покарання лише після перевірки угоди на відповідність діючому законодавству та за відсутності визначених КПК (п. 1–6 ч. 7 ст. 474 КПК) підстав для відмови, переконавшись, що угода може бути затверджена. З цього тлумачення випливає, що, якщо узгоджене сторонами покарання не відповідатиме вимогам закону, як видається, у першу чергу мова повинна йти про підстави, передбачені ч. 1 ст. 75 КК України, суд не затверджує угоду про примирення або про визнання вини, в якій сторонами узгоджено звільнення від відбування покарання з випробуванням. Виходячи з цього, стає зрозумілим, що правило про обов'язковість рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням, вказаного в угоді про примирення або про визнання вини, спростовується повноваженням суддів здійснювати правовий аналіз консенсуального рішення і можливістю не затверджувати угоду у зазначених випадках.

Таким чином, застосування ч. 2 ст. 75 щодо можливості звільнення особи від відбування покарання з випробуванням у випадку затвердження угоди про примирення або про визнання вини є неможливим при вчиненні корупційних злочинів (за винятком випадків, передбачених п. 2 ч. 4 ст. 469 КПК України). Якщо сторонами угоди дотримані положення ч. 1 ст. 75 КК України, то затвердження угоди, в якій сторони домовилися про звільнення від відбування покарання з випробуванням, є обов'язковим для суду.

Отже, як видається, при врахуванні позиції потерпілого законодавцем повинна бути створена спеціальна норма, що матиме своїм наслідком збереження публічного характеру здійснення правосуддя при вирішенні питання щодо міри покарання, формалізацію призначення покарання за наявності угод про примирення або про визнання вини, недопущення не обґрунтованого застосування кримінального закону, а також раціонального забезпечення прав та інтересів потерпілої особи. Законодавче закріплення механізму врахування позиції потерпілого щодо міри покарання як продовження розвитку інституту «згоди» потерпі-

лого у кримінальному праві сприятиме практизації наукових ідей і поглядів в аспекті пошуку нових форм кримінально-правового реагування на вчинення кримінальних правопорушень, способів оптимізації суддівського розсуду.

Отже, резюмуючи все вище зазначене, можемо відмітити наступне. Необхідно пеналізацію злочинів розглядати у вузькому та широкому значеннях та виділяти два рівні її здійснення, власне з відповідними суб'єктами на кожному з них: законодавчу/теоретичну/потенційну (визначення характеру караності злочину законодавцем) та судову/практичну/фактичну (визначення обґрунтованості і доцільності застосування покарання певного виду і розміру за вчинення конкретного злочину). З метою переосмислення вітчизняного кримінально-правового механізму видається доцільним дослідження і аналіз особливостей встановлення кримінально-правового примусу на різних пеналізаційних рівнях крізь призму типів правового регулювання (співвідношення формального та дискреційного методів).

Питання передбачення адекватних заходів реагування на вчинення кримінального проступку складає чи не найбільшу проблему. Пропонується відповідальність за кримінально карані діяння реалізовувати у формі таких заходів впливу, як покарання за вчинення злочинів, яке має тягти за собою судимість, та стягнення за вчинення кримінальних проступків, що не тягнуть судимості. Запропоновані підсистеми заходів кримінально-правового впливу, що будуть діаметральним відображенням концепції поділу кримінальних правопорушень на проступки і злочини зі збереженням класифікації злочинів, яка, у свою чергу, безпосередньо визначає види таких заходів, сприятиме забезпеченню системності кримінального права та оптимізації правозастосовчої практики. Передбачення багатоколіїсності заходів реагування на кримінальні девіації із закріпленням арсеналу кримінально-правових мір як щодо проступку, так і злочину, конкретизації таких мір на рівні закону сприятиме раціоналізації суддівського розсуду та недопущенню його зловживанням.

Видається необхідним дотримуватися ідеї оптимізації суддівського розсуду при призначенні покарання — знаходженні розумного оптимуму співвідношення формальних і дискреційних засад при введенні певних обмежень (конкретизація кримінального закону, чітка диференціація кримінальної відповідальності, а інколи інтеграція останньої, формалізація правил призначення покарання тощо). Незважаючи на те, що КК України містить норму, присвячену загальним засадам призначення покарання, ряд норм, які

закріплюють спеціальні правила призначення покарання і т. п., навряд чи можна стверджувати, що формалізація призначення покарання за КК України є достатньо високою, оскільки суддівський розсуд все ще залишається достатньо широким, чому у немалій мірі сприяють широкі рамки відносно визначених санкцій, недостатня розробка норм зі спеціальними правилами призначення покарання і т. п. Існуючі спеціальні правила призначення покарання направлені на диференціацію та індивідуалізацію призначення покарання головним чином шляхом коректування меж санкцій статей Особливої частини КК України. Але у той же час необхідним є уточнення спеціальних правил призначення покарання. З метою переходу вітчизняної системи правосуддя на модель відновно-компенсаційного правосуддя вбачається необхідним скоректувати механізм урахування позиції потерпілого як засіб оптимізації суддівського розсуду.

Актуальність теоретичного дослідження різних аспектів і проблем індивідуалізації кримінального покарання при його призначенні, в першу чергу, обумовлена потребами судової практики, в якій зустрічається значна кількість помилок, що допускаються судом при обранні особи виду, розміру або строку покарання за вчинення злочину.

Враховуючи відкритість кордонів та глобалізацію злочинності, значущість Кавказько-Балканського регіону у сучасних європейських взаємовідносинах та актуальність комплексної протидії злочинності у ньому, виникає політичне питання оптимізації та гармонізації кримінально-правового впливу у країнах Причорноморського анклаву (Азербайджан, Армєнія, Молдова, Румунія, Болгарія, Туреччина, Грузія, Греція та південні області європейської частини Російської Федерації).

Початок боротьби з тероризмом, анексія Криму, підсилення економічних міграційних потоків суттєво вплинули на підвищення інтересу до Чорноморського регіону як перехрестя торгово-транспортних осей «Схід — Захід» та «Північ — Південь», регіону підвищеного міграційного ризику, транспортного коридору по незаконному обігу капіталів, зброї, наркотичних речовин, торгівлі людьми між Європою та Азією. Отже співробітництво у сфері оптимізації кримінальної політики у цьому регіоні має забезпечити стабільну політичну, соціальну та економічну безпеку держав за рахунок розширення міжнародних контактів на всіх рівнях.

Враховуючи центральне місце України у цьому регіоні, особливо важно розглянути питання щодо послідовної оптимізації кримінальної політики згідно з основними тенденціями геополітичних регіональних ініціатив. На жаль, сучасні дослідники питань кримінальної політики Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. К. Грищук, О. М. Костенко, О. М. Литвак, В. О. Навроцький, М. І. Панов, Н. А. Савінова, Є. Л. Стрельцов, В. Я. Тацій, В. П. Тихий, В. О. Туляков, В. І. Шакун, П. Л. Фріс та інші вчені-криміналісти практично не торкаються цього питання у своїх дослідженнях.

Дисертаційні дослідження, присвячені в цілому загальним та спеціальним правилам індивідуалізації покарання та їх окремим аспектам, були виконані В. М. Вороніним (Москва, 2015), Т. М. Головки (Київ, 2010), О. В. Євдокимовою (Харків, 2006), Т. І. Іванюк (Київ, 2006), А. С. Макаренко (Одеса, 2012), Н. В. Марченко (Київ, 2009), А. Г. Пайлеванян (Москва, 2012), Є. Ю. Полянським (Одеса, 2006), А. В. Савенковим (Санкт-Петербург, 2004), З. М. Саліховим (Казань, 2003), Т. В. Сахарук (Харків, 2006). Л. М. Федорак (Львів, 2010).

Незважаючи на велику кількість наукових праць, присвячених індивідуалізації покарання, вони здебільшого обмежуються з'ясуванням ознак, визначенням поняття принципу індивідуалізації, а також вирішенням проблем загальних та спеціальних правил призначення покарання.

Водночас багато питань, пов'язаних із індивідуалізацією покарання, її порівняльно-правовими концептами, залишаються поза увагою науковців. Така ситуація, в певній мірі, складається через недостатню регламентацію питань призначення покарання в кримінальному законодавстві, що, у свою чергу, обумовлює дискусії теоретичного характеру з приводу формалізації правил призначення покарання (Є. Ю. Полянський) або широкого застосування суддівського розсуду (А. С. Макаренко).

Віддаючи належне перерахованим науковим розробкам, слід констатувати, що на сьогоднішній день в доктрині відсутнє комплексне монографічне дослідження, присвячене розробці концепції індивідуалізації покарання і системи її критеріїв у порівняльно-правовому вимірі. Таким чином, дослідження названих авторів далеко не повністю висвітлюють ряд важливих аспектів аналізованої проблеми.

Мета даної статті полягає у тому, щоби простежити питання розвитку окремих рис кримінально-правової політики у сфері протидії злочинності у Причорноморському регіоні з розглядом можливостей підвищення ефективності регіональних тенденцій протидії злочинності у ньому та індивідуалізації покарання.

Відомо, що в рамках Організації чорноморського економічного співробітництва основними напрямками співробітництва було визначено такі:

- торгівля та економічний розвиток;
- банківська справа і фінанси;
- зв'язок;
- енергетика;
- транспорт;

- сільське господарство й агропромисловість;
- охорона здоров'я і фармацевтика;
- охорона навколишнього середовища;
- туризм;
- наука і техніка;
- обмін статистичними даними та економічною інформацією;
- співробітництво між митними та іншими прикордонними органами;
- контакти між людьми;
- боротьба з організованою злочинністю, незаконною торгівлею наркотиками, зброєю та радіоактивними матеріалами, з усіма актами тероризму та нелегальною міграцією або у будь-яких інших пов'язаних з ними напрямках¹.

Враховуючи відносну неефективність інституціональної складової Чорноморського економічного співробітництва², зосередженість співпраці лише на окремих питаннях безпеки та протидії трансграничній злочинності, маючи на увазі встановлення більш тісних регіональних зв'язків за аналогією з проектом Східного партнерства³, на початку 2007 р. Європейська комісія приступила до підготовки та прийняття стратегії по відношенню до регіону Чорного моря — Синергія Чорного моря («Black Sea Synergy»), мета якої полягла в розробці додаткових заходів та розвитку співробітництва в галузі торгівлі, економіки та безпеки з країнами регіону. Перший проект стратегії був представлений членам ЄС у квітні 2007 р. і прийнятий на засіданні Європейської Ради в червні 2007 р.

Згідно зі стратегією, співпраця Причорноморських держав та Європейської спільноти полягала у спрямованості на реалізацію проектів, пов'язаних з транспортуванням природного газу і нафти з Каспійського басейну, ослабленням сепаратистських тенденцій в регіоні, скороченням нелегальної міграції і контрабанди товарів і людей, захистом прав людини і діяльності неурядових організацій, захистом навколишнього середовища, створенням нових

¹ Про ратифікацію Статуту Організації Чорноморського Економічного співробітництва: Закон України від 19 берез. 1999 р. № 52-XIV // Офіційний вісник України. 1999. № 17. С. 7.

² Євроатлантична інтеграція України: глобальний та регіональний виміри: зб. аналіт. матеріалів / ІСН ОНУ ім. І. І. Мечникова; І. М. Коваль (керівник автор. кол.), С. В. Глебов, В. А. Дубовик та ін.; за ред. І. М. Ковалю. Одеса: Астропринт, 2008. 144 с.

³ The EU Eastern Partnership — European Scrutiny Committee. URL: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmselect/cmeuleg/19-xiii/1903.htm>.

транспортних зв'язків, розвитком морської політики і рибальства. Основою Синергії є загальні інтереси всіх партнерів. Головними напрямками співробітництва в рамках Синергії визначені: демократія, свобода прав людини; контроль за переміщенням і підвищення безпеки; «заморожені» конфлікти; енергетика; транспорт; захист навколишнього середовища; морська політика; сфера рибного лову; послуги транспорту, наука і техніка; зайнятість і соціальні питання, а також регіональний розвиток¹. У контексті реалізації Синергії ЄК заснувала програму Чорноморського транскордонного співробітництва в рамках Інструменту європейського сусідства і партнерства (European Neighbourhood and Partnership Instrument / ENPI). Хоча, можливо, створення нових інституцій без відповідної активізації дії старих веде тільки до бюрократизації політики Брюсселя у регіоні. Справа також пов'язана із відносною слабкістю та економічними проблемами основних представників ЄС в регіоні (Греція, Болгарія, Румунія). З одного боку, питання захисту прав людини і безпеки, контролю і протидії транскордонній злочинності є одними з центральних у характеристиках Синергії. Ми бачимо, що питання уніфікації елементів кримінальної політики є невід'ємною частиною діяльності Причорноморських держав, як і Європейського Союзу у цілому². Поруч з цим відомо, що європейська кримінальна політика впливає на правосвідомість та формування образів кримінального права серед правозастосовців та пересічного населення³, але не на формування єдиного законодавства. Тим більш що сучасні тенденції розвитку інформаційного суспільства постправди свідчать не тільки про відповідні прогалини у політичній неможливості уніфікації кримінального законодавства, але й почавшийся процес формування норм та принципів, лише формально спрямованих на захист прав особистості. Саме це дозволило В. Тулякову, характеризуючи стан проблеми, висловити ідею про існування процесів кримінальної неополітики, кримінального неправда тощо⁴.

¹ Тассинарі Фабріціо. Синергія чорноморської регіональної кооперації. URL: www.harvard-bssp.org/bssp_rus/publications/225.

² Зарождение европейской уголовно-правовой нормы. URL: http://law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1116145&subID=100073_964,100073965#text.

³ Tuliakov V., Birjukov P. Preface // Law of the European Union: Textbook. Voronezh, 2016. P. 11.

⁴ Туляков В. О. Кримінально-неправова політика України: до методології питання // Політика в сфері боротьби зі злочинністю: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Івано-Франківськ, 9–10 груд. 2016 р.). Івано-Франківськ, 2017. С. 107–110.

Стосовно сучасної кримінальної політики Синергії Європи та країн Причорноморського басейну, слід відзначити, що фахівці кажуть про обмеженість питань лише генеральними лініями на рівні принципів, які пов'язані із можливістю органів Європейського Союзу: ухвалювати спільні позиції, що визначають підходи Союзу до окремих питань; ухвалювати не маючі прямої дії рамкові рішення, щоб зближати закони та підзаконні акти держав-членів; ухвалювати рішення на будь-які інші цілі, згідні з метою охорони прав і свобод, за винятком будь-якого зближення законів та підзаконних актів держав-членів; запроваджувати конвенції у питаннях протидії злочинності. Отже за загальним правилом ні кримінальне законодавство, ні кримінально-процесуальні норми не відносяться до компетенції Співтовариства; положення кримінального права, необхідні для ефективного реалізації законодавства Співтовариства, відносяться до компетенції першої опори (зокрема, щодо висунення вимоги з встановлення кримінальної відповідальності за певні категорії злочинів, визначення елементів конкретних складів злочинів та видів і міри покарання за їх вчинення), віднесено до економічного та соціального співробітництва, яке потребує рішення керівних органів Співтовариства; питання щодо розвитку поліцейського та судового співробітництва, а також уніфікації кримінального права, пов'язані з встановленням загальних норм кримінального права і кримінального процесу, а також норм, що регулюють поліцейське та судове співробітництво у кримінальних справах, віднесено до формування території верховенства права та правопорядку та віднесено також до компетенції Національних легіслатур¹.

Отже принциповими позиціями щодо протидії злочинності та індивідуалізації покарання у країнах Синергії є положення, що засновані на характеристиках, що відповідають базовим громадянським правам та свободам особи.

Поруч з цим, напрямок протидії трансграничній злочинності, прагнення уніфікації карально-виховних процесів у державах виходить із потреби у пошуках оптимальних моментів нейтралізації кримінальної активності з метою обмеження трансферу злочинності та злочинців. При цьому ми виходимо з того, що междо-регіональні кримінальні зв'язки у країнах Причорномор'я відображають транзитні операції опіатів, гашиша (Албанія, Російська Федерація, Молдова, Україна), торгівлю людьми, незаконний обіг зброї та капіталів (Туреччина, Україна, Грузія), контрабанду,

¹ Пашковський М. І. Кримінальне право ЄС. URL: <https://sites.google.com/site/intercrip/kriminalne-pravo-es---tekst-posibnika>.

відмивання коштів (усі країни регіону), латентні та явні збройні конфлікти (Росія, Україна, Грузія, Молдова, Туреччина). Для з'ясування найбільш потенційно небезпечних країн із кримінальним обігом та можливостями трансферу розглянемо індекси кримінальної активності та безпеки у країнах Причорноморського регіону (див. табл.).

Таблиця

Індекс злочинності та безпеки серед країн Причорноморського регіону¹

№ у рейтингу європейських країн	Країна	Індекс злочинності	Індекс безпеки
1	Україна	49.43	50.57
3	Російська Федерація	47.36	52.64
4	Молдова	47.33	52.67
6	Албанія	45.97	54.03
12	Болгарія	41.95	58.05
16	Туреччина	39.46	60.54
17	Греція	39.40	60.60
29	Азербайджан	30.79	69.21
30	Румунія	30.53	69.47
33	Арменія	29.02	70.98
39	Австрія	21.67	78.33
=	Грузія	19.26	80.74

Як пам'ятаємо, індекс злочинності розраховується шляхом поділу зареєстрованих правопорушень на кількість кримінально активного населення країни. За умов високої латентності злочинів фахівці використовують ще й індекс безпеки, який дорівнює сумі перцепцій населення щодо зміни рівня злочинності, безпеки прогулянок у світовий та нічний періоди доби, страхів бути пограбованим, фізично атакованим, персональної стурбованості та освідчення з проблемами осіб, що вживають наркотики, проблемами насильницьких злочинів та злочинів проти власності. Тобто чим вище індекс злочинності — тим вище злочинність, чим

¹ Індекс злочинності та безпеки серед країн Причорноморського регіону. URL: http://www.numbeo.com/crime/rankings_by_country.jsp?title=2016-mid®ion=150.

вище індекс безпеки — тим небезпечніше відчуває себе пересічний громадянин на вулиці.

До речі, висновки невтішні — бо Україна серед країн Причорномор'я та усіх європейських країн за рівнем злочинності посідає перше місце на середину 2016 р. Тенденція залишилася, на жаль, й у 2017 р. Ми посідаємо 33-тє місце у світі за рівнем злочинності, пропустив попереду Венесуелу, ПАР, Гондурас, Сірію, Пакістан, Колумбію, Єгипет.

Сподіваємось, цього неможливо інтерпретувати, кажучи виключно про військові операції на території країни. Відомо, що основною причиною нещодавньої української авантюри Москви була боязкість чи відсутність західної реакції на безперервну підтримку Росією придністровського сепаратизму в Молдові, де-факто анексії російської Південної Осетії та Абхазії в 2008 р. та різнобічний раніше російський невійськовий тиск на Україну, особливо в 2013 р. Експерти кажуть, що найбільш очевидним способом полегшення напруженості в Східній Європі було б збільшення безпеки України завдяки більшій політичній, економічній та матеріальній підтримці Києва. Окрім більш сильного тиску на реформування Києва, це повинно включати забезпечення вільного страхування від політичних ризиків для іноземних та вітчизняних прямих інвестицій, особливо на схід та південь України, наприклад, через Багатостороннє агентство інвестиційних гарантій Світового банку. Більше прямих інвестицій дозволить не тільки протидіяти стратегії Росії. Це також збільшить частку можливої майбутньої російської агресії у Східній Україні, оскільки це вплине на західні підприємства, що працюють там¹.

Це прогнози експертів, економістів та політологів. Поруч з цим, масова аномія та тотальний правовий нігілізм населення, нехтування та зловживання правом серед політиків та управлінців за останні 20 років закономірно призвели до зростання рівня девіацій у країні та регіоні у цілому.

Проте тільки науково виважена кримінальна політика у цьому випадку може надати можливість послідовної нейтралізації злочинності. У багато чому вона залежить від характеристик поводження з правопорушниками. Можливо, посилення міждержавних зв'язків у галузі протидії військовим злочинам, тероризму, організований злочинності, незаконному обігу капіталів, зброї, наркотиків, культурних цінностей, міграційній злочинності і дасть свій ефект. Проте це достатньо стандартні напрямки, пов'язані із ста-

¹ Andreas Umland. How to Achieve a Ukrainian Success Story. URL: <http://carnegieeurope.eu/strategiceurope/71419>.

лим розвитком статутних відносин та рамкових угод. Інституційна слабкість Сінергії не надає можливості формування ефективних заходів впливу.

Поруч з цим, існує питання, яке в змозі підштовхнути процес. Мова йде про організацію єдиного справедливого поводження із правопорушниками у процесі призначення покарання, розробку єдиних правил призначення та/або гармонізації призначення покарання у країнах Сінергії (European Sentencing Rules), що надали б можливість сприяння нейтралізації процесу зростання злочинності.

Ми бачимо, що протягом 2000-х рр. у багатьох країнах розвиток системи карального впливу з сильним акцентом на покарання і другорядну роль засобів реабілітації зумовлює не стільки характеристики системи призначення покарань, скільки індивідуальні дискреційні настанови суддів. Існує підвищена стурбованість у заходах масової комунікації з приводу загрози злочинності серед молоді. У той час як більшість досліджень показує, що темпи молодіжної злочинності є стабільними або знизилися, гучні випадки застосування етнічного насильства, поширеність молодих людей з етнічних меншин в ув'язненні, як видається, є причиною для занепокоєння в багатьох країнах. Відсутня узгодженість або навіть логіка в сучасному підході індивідуалізації покарання. У багатьох країнах населення підтримує суворість вироків для підлітків з етнічних меншин. Останнім часом, у зв'язку із зростанням масових молодіжних виступів, конфліктів та конфліктів дезадаптації у ряді європейських країн, ми стаємо свідками подій, які беруть за основу підхід, пов'язаний із введенням максимальних термінів покарання та додаткових заходів безпеки. Тенденції можна побачити, зокрема, в Англії та Уельсі, а також у Франції і Нідерландах. В інших країнах, таких як Німеччина і Швейцарія, вельми поширеним є мінімальне втручання в особисте життя, віддаючи пріоритет навчанню та соціально-реабілітаційним заходам чи заходам відновного правосуддя. Відома, наприклад, судово тенденція скорочення удвічі покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк у випадках його призначення. Як правило, європейські норми орієнтують законодавців та правозастосовувачів на те, що санкції і заходи повинні бути спрямовані на їх реабілітацію та реінтеграцію у суспільство з метою формування класу відповідальних, правослужняних громадян. Виявлена тенденція великих дискреційних повноважень судді у законодавстві країн, що вивчалися, свідчить про можливість певної заангажованості суддівського істебліш-

менту за умов розповсюдженості недійсної та комунікативної інформації про злочинну активність.

Отже дослідження політики призначення покарань у зоні Причорноморської Сінергії свідчать, що по всій Європі та у причорноморському регіоні політика, заснована на уявленнях про субсидіарність та пропорційність державних інтервенцій проти правопорушників, залишається в силі. Слід констатувати, що диверсифікація підстав індивідуалізації відбувається за рахунок розвитку диференціації суб'єктних ознак правопорушника (корупційні злочини, тероризм), що, у свою чергу, свідчить про стійку законодавчу тенденцію до спеціалізації підстав кримінальної відповідальності. Встановлено також, що індивідуалізація покарання з метою економії кримінальної репресії не має під собою достатньої системи законодавчих підстав, а диктується виключно судовою дискрецією та традиціями сталого розвитку кримінального законодавства

Можна підтвердити, що найбільш типовими характеристиками індивідуалізації покарання у кримінальному праві є: характер та ступінь суспільної небезпеки злочину (КК Росії, КК Білорусі), ступінь небезпеки вчиненого злочину (КК Румунії, КК Болгарії), ступінь суспільної шкідливості діяння (КК Польщі), тяжкість злочину (КК Молдови); характер нанесеної шкоди та розмір заподіяних збитків, доходів, одержаних злочинним шляхом (КК Грузії, КК Сербії); ступінь вини (КК Сербії, КК Словаччини); особа винного (КК РФ, КК Грузії, Румунії, Словаччини), небезпечність винного, що вчинив злочин (КК Болгарії), минула поведінка правопорушника, його особистість, поведінка після вчинення злочину та його ставлення до жертви злочину (КК Грузії, КК Греції, КК Туреччини); стадія злочину (КК Греції), обставини скоєння злочину (КК Греції, КК Туреччини), мотиви та мета вчиненого (КК Білорусі, КК Молдови); форма та вид участі особи в якості співучасника злочину (КК Греції, КК Словаччини); пом'якшуючі та обтяжуючі обставини (переважна більшість кримінальних кодексів).

Отже, узагальнюючи вищевикладене, можна зробити висновок, що в процесі індивідуалізації відповідальності необхідно враховувати не лише приписи ст. 12 КК України, а ще й інші обставини, до яких як теорія кримінального права, так і судово практика більшості Причорноморських держав відносять форми вини, мотиви і мету, спосіб і стадії вчинення злочину, кількість епізодів злочинної діяльності, роль кожного зі співучасників, характер і ступінь тяжкості наслідків, особу винного, обставини, які обтяжують та пом'якшують покарання, тощо.

Звідси питання індивідуалізації покарання є відображенням культури та системи цінностей самого товариства, відношення держави та суспільства до молодшої генерації і поглядів на те, що можна зробити з метою відповідного виховання та суспільної реабілітації правопорушників. Саме ця тенденція є домінуючою у європейському товаристві. Поруч з цим, розквіт міграційних та дезадаптивних процесів, масове безробіття, маргіналізація, протестні рухи та кольорові революції визначають тенденцію застосування репресивних методів кримінально-правового впливу до правопорушників.

14

**ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ТА ПОКАРАННЯ
НЕПОВНОЛІТНІХ ОСІБ З ОЗНАКАМИ
ВІКОВОЇ ОСУДНОСТІ**

Прагнення України до інтеграції до Європейської спільноти потребує удосконалення правової національної системи, розробки нових напрямків доктрини. В останні роки у вітчизняній доктрині особливої актуальності набувають питання кримінальної відповідальності неповнолітніх осіб, які мають певні відставання у психічному розвитку, що не пов'язане з психічними розладами (захворюваннями). Незважаючи на актуальність та практичне значення цієї проблеми, Кримінальний кодекс України це питання чітко не регламентує, що можна вважати прогалиною діючого кримінального законодавства. Відповідно до КК України зазначена категорія неповнолітніх підлягає кримінальній відповідальності нарівні з неповнолітніми особами, які мають нормальний розвиток, що є порушенням принципу гуманізму, індивідуалізації покарання та відповідальності. Зазначене вказує на необхідність реформування деяких положень кримінального законодавства щодо відповідальності неповнолітніх осіб.

Окремі питання вікової осудності висвітлювалися у наукових працях таких науковців, як: В. Н. Бурдіна, А. В. Безрукова, А. А. Васильєва, Т. Гончар, Н. Д. Гомонова, О. Левендаренко, Е. О. Марковичева, Г. В. Назаренко, К. Неткачова, Н. А. Орловської, Г. М. Омеляненко, А. В. Рагуліна, Е. А. Пашенко, Л. Палюха, А. І. Ситникової, О. Д. Ситковської, Я. І. Соловій, Е. І. Цимбал, С. С. Яценко, О. О. Ямкової та ін.

У судовій практиці виникають певні труднощі з визначенням правових наслідків встановлення у неповнолітнього відставання у психічному розвитку (далі — ВПР), яке не пов'язане з психічними захворюваннями (розладами). Така невизначеність обумовлюється тим, що КПК України закріплює обов'язок суду встановлювати стан здоров'я неповнолітнього, а також його загальний розвиток під час досудового розслідування та судового розгляду кримінальних правопорушень. За наявності даних про розумову відсталість

неповнолітнього, не пов'язану з психічною хворобою, повинно бути також з'ясовано, чи міг він повністю усвідомлювати значення своїх дій та якою мірою міг керувати ними. Однак правові наслідки виявлення такого відставання не встановлюються ані кримінальним, ані кримінально-процесуальним законодавством.

Невизначеність у національному законодавстві породжують також певні дискусії серед науковців кримінального циклу. Останнім часом у юридичній науці активно висловлюється думка щодо доцільності закріплення основних положень вікової осудності в національному кримінальному законодавстві, тобто пропонується закріпити правові наслідки встановлення у неповнолітнього правопорушника ВПР, яке не пов'язано з психічними захворюваннями на законодавчому рівні.

Більшість науковців стверджують, що неповнолітніх, які досягли віку кримінальної відповідальності, але мають ВПР, не можна визнавати суб'єктами злочинів, унаслідок чого вони не можуть підлягати кримінальній відповідальності. Представники цього напрямку пропонують у КК України закріпити спеціальну норму про безвідповідальність таких неповнолітніх, зокрема, таку позицію висловлюють В. М. Бурдін, Т. О. Гончар, А. А. Прімаченко та ін. Доцільно зазначити, що аргументи зазначених науковців відрізняються між собою, а також й моделі такої дефініції пропонуються різні. Так, деякі автори указують на відсутність такої обов'язкової ознаки суб'єкта злочину, як осудність, а інші вважають, що такі особи не досягли віку кримінальної відповідальності і внаслідок цього не можуть бути суб'єктом злочину.

Не можна погодитися з тим, що наявність у неповнолітнього ВПР, яке не пов'язане з психічними захворюваннями, може виключати кримінальну відповідальність у зв'язку з відсутністю обов'язкової ознаки суб'єкта злочину — досягнення певного віку. Ми поділяємо думку вчених, що у кримінальному праві має значення як хронологічний, так і психологічний вік, однак згідно із ст. 22 КК України досягнення саме хронологічного віку є обов'язковою ознакою суб'єкта злочину. Тому, якщо неповнолітній відповідно до документів досяг віку кримінальної відповідальності, який передбачений у ст. 22 КК України, а також є осудним (обмежено осудним), він визнається суб'єктом злочину. Психологічний вік має значення, однак у межах застосування кримінально-правових заходів, і не може бути самостійною ознакою суб'єкта злочину.

Висновки про те, що неповнолітні, які мають ВПР, не пов'язане з психічними захворюваннями, не є суб'єктами злочину, породжують протиріччя з положеннями про обмежену осудність. Так,

відповідно до ст. 20 КК України особи, які визнані обмежено осудними, є суб'єктами злочину і підлягають кримінальній відповідальності на загальних підставах, але даний факт може бути визнаний судом тільки як пом'якшуюча обставина або бути підставою застосування примусових заходів медичного характеру. А неповнолітні, які мають ВПР, що не пов'язано з психічними розладами (захворюваннями), не будуть підлягати кримінальній відповідальності на підставі відсутності ознак суб'єкта злочину, тобто психічно здоровий неповнолітній з відставаннями у психічному розвитку не підлягає кримінальній відповідальності, а неповнолітні з психічними розладами в рамках обмеженої осудності підлягають кримінальній відповідальності. На нашу думку, такий підхід є негуманним і суперечливим. Наявність ВПР, яке не обумовлено психічними розладами, не може виступати підставою неможливості притягнення неповнолітнього до кримінальної відповідальності.

Такі науковці, як З. А. Астеміров¹, Н. В. Артьоменко², Є. Г. Дозорцев, Н. С. Манова³, С. В. Долгова, А. Ю. Жамбалов⁴, Ю. О. Куванов, вважають, що незалежно від ступеня розуміння своїх дій (бездіяльності) або здатності керувати ними неповнолітні, які мають ВПР, що не пов'язано з психічними розладами, повинні визнаватися суб'єктами злочинів і внаслідок цього підлягати кримінальній відповідальності.

У законодавстві деяких зарубіжних країн вбачається зазначений підхід. Так, наприклад, відповідно до ч. 3 ст. 87 КК Узбекистану, якщо буде встановлено, що внаслідок значного відставання вікового розвитку неповнолітній був не здатен повною мірою розуміти значення вчиненого діяння, суд зобов'язаний обговорити питання про доцільність замість покарання застосувати примусові заходи, які передбачені у ст. 88 КК Узбекистану. Тобто суд на підставі обставин справи на свій розсуд до неповнолітніх, які мають відставання у психічному розвитку, може призначити конкретну міру покарання чи застосувати примусові заходи виховного ха-

¹ Астеміров З. А. Уголовная ответственность и наказание несовершеннолетних. Москва: Юрид. лит., 1970. С. 38.

² Артеменко Н. В. Актуальные проблемы вменяемости (невменяемости) и возраста уголовной ответственности: сравнительный историко-правовой анализ уголовного законодательства РФ и Франции: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.00. Ростов-на-Дону, 1999. С. 29.

³ Манова Н. С. Особенности предмета доказывания по делам несовершеннолетних: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Саратов, 1988. С. 8.

⁴ Жамбалова А. Ю. Уголовная ответственность лиц с психическими аномалиями, не исключающими вменяемость: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Москва; Санкт-Петербург, 2004. С. 18.

рактеру. Однак у будь-якому разі така особа визнається суб'єктом злочину.

Із змісту діючого КК Італії також вбачається, що особи від 14 до 18 років підлягають покаранню незалежно від ступеня розуміння, проте до таких осіб передбачено обов'язкове пом'якшення покарання. До таких осіб можуть застосовуватися також заходи безпеки¹.

Підтримуючи зазначену позицію, вважаємо, що неповнолітніх осіб, які досягли віку кримінальної відповідальності, але відстають у психічному розвитку, необхідно визнавати суб'єктами злочину і вони повинні підлягати кримінальній відповідальності. Ці висновки обумовлені такими положеннями:

— зазначені відхилення від норми мають розглядатись у рамках осудності, оскільки вони не пов'язані з психічними захворюваннями чи розладами, тому не можуть бути перепорою для застосування більшості кримінально-правових заходів;

— на підтримку такого висновку свідчить також той факт, що у неповнолітнього залишається здатність до усвідомлення або керування своїми діями (бездіяльністю), хоча й не повною мірою. Однак знижений рівень усвідомлення не може бути обставиною, що виключає склад злочину. Наприклад, Ю. М. Антонян та С. В. Бородин вважали, що неповна здатність усвідомлення фактичної сторони і суспільної небезпеки діяння є обставиною, яка тільки пом'якшує відповідальність²;

— емпіричні дані також свідчать, що неповнолітні особи, які відстають у психічному розвитку, що знижує рівень усвідомлення їх дій (бездіяльності), повинні визнаватися суб'єктами злочинів. Автором було проведено анкетування серед правозастосовців (суддів, прокурорів, працівників правоохоронних органів тощо) та наукових працівників, яке показало, що 75 % опитуваних пропонують визнавати зазначених підлітків суб'єктами злочинів;

— якщо таку категорію неповнолітніх не притягувати до кримінальної відповідальності, у них може виникнути почуття безкарності та всюдозволеності, що, як правило, породжує рецидив злочинів.

Зазначене свідчить про те, що неповнолітні з ВПР є суб'єктами злочину, але при застосуванні кримінально-правових заходів до

¹ Яцун О. С. Особливості кримінального покарання неповнолітніх за законодавством зарубіжних країн // Підприємництво, господарство і право. 2008. № 12. С. 166.

² Антонян Ю. М., Бородин С. В. Преступное поведение и психические аномалии / под ред. В. Н. Кудрявцева. Москва: Спарк, 1998. С. 191–193.

таких осіб не можна ігнорувати наявність ВПР, яке не пов'язано з психічними розладами, на що й вказують науковці.

Наприклад, Н. С. Манова вважає, що неповнолітні з відставанням у психічному розвитку повинні підлягати кримінальній відповідальності, однак необхідно говорити про обмежену відповідальність¹. Не зрозуміло, у чому саме повинні проявлятися такі обмеження: у призначенні покарання чи у застосуванні інших заходів кримінального впливу тощо?

Деякі вчені уточнюють свою позицію і вважають, що ВПР і обмежену здатність усвідомлення необхідно враховувати при призначенні покарання таким особам. Наприклад, Є. Г. Дозорцева вважає, що немає необхідності закріплювати правові наслідки встановлення у неповнолітнього відсталості у психічному розвитку в окремій статті, достатньо враховувати рівень психічного розвитку підлітка при призначенні покарання². Автор не уточнює, як само слід враховувати зазначені обставини при призначенні покарання. Уявляється, що даний підхід є дискусійним, оскільки це не вирішить проблем, які зустрічаються у судовій практиці, а навпаки, кожен суддя буде враховувати стан психічного розвитку на свій розсуд. Для усунення суб'єктивного ставлення з боку суддів, необхідно у кримінальному законодавстві закріпити конкретні правові наслідки встановлення відставання у психічному розвитку в окремій нормі.

Вважаємо, що наявність у неповнолітнього відставання у психічному розвитку необхідно враховувати як пом'якшуючу обставину при призначенні покарання, оскільки ця обставина знижує суспільну небезпеку особи. Перелік обставин, що пом'якшують покарання, наведений у ч. 1 ст. 66 КК України, не є вичерпним, тобто суд має право враховувати при призначенні покарання інші обставини, які не передбачені у цій статті. На підставі цього суд може врахувати як пом'якшуючу обставину — вчинення злочину неповнолітньою особою, яка має ВПР, яке не пов'язано з психічними розладами (захворюваннями), але в цьому випадку — це право суду, а не обов'язок, тобто суд на свій розсуд може визнати чи не визнати таку обставину як пом'якшуючу. Але оскільки йде мова про неповнолітніх осіб, а також їх майбутнє здоров'я, особливо це стосується певної категорії підлітків, які мають певні відставання у розвитку і потребують особливої уваги з боку де-

¹ Манова Н. С. Особенности предмета доказывания по делам несовершеннолетних: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Саратов, 1988. С. 16.

² Назаренко Г. В. Уголовно-релевантные психические состояния лиц, совершивших преступления и общественно опасные деяния. Москва, 2009. С. 129.

ржави, на наш погляд, таку обставину суд повинен враховувати обов'язково, а не на свій розсуд.

На підставі викладеного пропонується внести певні зміни до ст. 66 КК України і доповнити частину першу пунктом 3-1 «Вчинення злочину неповнолітньою особою, що має відставання у психічному розвитку, яке не пов'язано з психічними захворюваннями або розладами». Такі зміни допоможуть акцентувати увагу суду на необхідності встановлювання цієї обставини при призначенні покарання.

Більш складним питанням у правозастосовній практиці є встановлення наявності у підлітка зазначеного відставання, що впливає на здатність усвідомлення своїх дій під час вчинення злочину, тобто у випадку встановлення ознак вікової осудності. У цьому разі стає закономірне питання, як слід враховувати такі обставини: чи достатньо такий факт враховувати як пом'якшуючу обставину, чи необхідно застосовувати інші заходи кримінального впливу? Як уже зазначалося, діюче кримінальне законодавство не передбачає спеціальної норми, яка давала б відповідь на таке запитання, тому вважаємо, що це є суттєвою прогалиною кримінального законодавства, яку необхідно усунути шляхом внесення певних змін і доповнень до діючого КК України. Для цього необхідно у першу чергу визначитись, які саме заходи кримінального впливу доцільно застосовувати до неповнолітніх з ознаками вікової осудності.

Такі заходи мають відповідати принципам кримінального права і не повинні бути занадто м'якими або суворими. Застосування занадто м'яких заходів до неповнолітнього може визивати почуття безкарності, що в певних ситуаціях породжує рецидив злочинності.

При застосуванні занадто суворих заходів у підлітків може виникнути агресія на існуючу систему та до суспільства. Особливо така проблема стосується осіб від 14 до 16 років, оскільки до даної категорії осіб реально можливо призначити тільки покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк або штраф, однак останній застосовується тільки в тому разі, якщо неповнолітній має самостійні доходи, власні кошти або майно, на яке може бути звернено стягнення. Проте навряд чи у підлітка, який відстає у психічному розвитку, може бути самостійний дохід, що ускладнює призначення таким особам такого виду покарання, як штраф. Позбавлення волі на певний строк, навіть на незначний строк, може негативно вплинути на психіку дитини, особливо, яка відстає у психічному розвитку. Основний процес становлення особистості буде відбу-

ватись у місцях позбавлення волі у негативному оточенні. Як зазначає відомий німецький кримінолог Г. Й. Шнайдер, висновки якого базуються на даних численних соціологічних досліджень, що саме неповнолітні засвоюють найшвидше протиправні форми поведінки і складають про себе оманливу, негативну думку, яка далі у ході деліквентної поведінки посилюється, перетворюючи їх на дорослих злочинців. Тому у справах неповнолітніх необхідно максимально вдаватися до моделі соціальної реабілітації, одним з елементів якої є відхід в системі кримінальної юстиції від суворих і офіційних реакцій на правопорушення і злочини, як і на їх виконавців, і перехід до таких покарань, які можуть виконуватися із залученням громадських інститутів¹.

Необхідно погодитися з думкою В. О. Тулякова, який зазначає, що «суспільна підтримка некарального правосуддя з боку пересічних громадян достатньо велика у тих країнах, де почуття страху перед злочинністю досягло апогею. Саме там через суспільні організації та інші форми масового самоврядування ведеться робота з нейтралізації криміногенних чинників типовими засобами виховного та компенсаційного характеру»².

Крім того, про недоцільність застосування покарань, які пов'язані із позбавленням волі, свідчать різні емпіричні дослідження зарубіжних країн. Наприклад, за статистикою ФБР, у США за останні два десятиліття було відмічено найнижчий рівень злочинності. Дослідження корпорації REND засвідчило, що тюрма є не найкращим методом боротьби із злочинністю. Вкладення \$ 1 млн в освітня програми для проблемних підлітків здатне попередити вчинення 258 злочинів у рік. Психотерапія «важких підлітків» та програми навчання для їх батьків здатні попередити вчинення 160 злочинів на рік. У той же час вкладення \$ 1 млн у пенітенціарну систему здатне попередити лише 60 злочинів на рік³.

Міжнародне законодавство також указує, що призначення суворих заходів до неповнолітніх є крайнім заходом. Так, згідно з Конвенцією про права дитини, у Мінімальних стандартних правилах ООН, що стосуються здійснення правосуддя щодо неповнолітніх (Пекінських правилах), зазначається про те, що застосування до неповнолітнього правопорушника заходу впливу

¹ Астемиров З. А. Уголовная ответственность и наказание несовершеннолетних. Москва: Юрид. лит., 1970. С. 38.

² Туляков В. О. Кримінальне право сучасності: криза доктрини чи криза юрисдикцій? // Право України. 2010. № 9. С. 42.

³ Лазаренко О. Профілактика злочинності неповнолітніх: шляхи вирішення // Відновне правосуддя в Україні. 2007. № 2. С. 8.

у вигляді направлення у виправну установу повинно бути крайнім заходом. У ч. 4 ст. 40 Конвенції про права дитини закріплено, що необхідно зобов'язати держави запроваджувати різні заходи, що замінюють догляд в установах, з метою забезпечення такого поводження з дитиною, яке відповідало б її добробуту, а також її становищу та характеру злочину. Це, зокрема, положення про опіку і нагляд, консультативні послуги, призначення іспитового строку виховання, програми навчання і професійної підготовки та інші форми догляду¹.

На підставі викладеного видно, що необхідно знайти «золоту середину» при обранні кримінально-правових заходів щодо неповнолітніх, які мають відставання у психічному розвитку, що знижує рівень розуміння своїх дій під час вчинення злочину.

На нашу думку, при вирішенні питання про кримінальну відповідальність неповнолітніх осіб, які внаслідок наявності ВПР не були здатні повною мірою усвідомлювати свої дії, доцільно у першу чергу ставити питання про можливість звільнення такої особи від покарання або кримінальної відповідальності, однак з обов'язковим призначенням примусових заходів виховного характеру. Схоже положення передбачено у чинній постанові Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами справ про застосування примусових заходів виховного характеру» від 15 травня 2006 р. По зазначеному шляху пішли законодавці деяких зарубіжних країн, зокрема, це країни романо-германської правової сім'ї. Кримінально-правова політика указаних країн щодо неповнолітніх з девіантною поведінкою є гуманною і йде шляхом економії кримінальної репресії, і тому покарання застосовується у виключних випадках. Пріоритетним є застосування певних заходів безпеки, які в собі містять виховний вплив. На підтримку застосування примусових заходів виховного характеру до неповнолітніх з ознаками вікової осудності виступають такі науковці, як Л. Палюх², О. О. Ямкова³, З. А. Астеміров⁴ та інші.

Уявляється, що доцільність звільнення від відповідальності та покарання із застосуванням примусових заходів виховного харак-

¹ *Про права дитини*: Конвенція ООН від 20 листоп. 1989 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_021.

² *Палюх Л.* Щодо питання про модель інституту вікової неосудності, обмеженої вікової осудності у кримінальному законодавстві України // Вісник Львівського університету. Серія юридична. 2008. Вип. 47. С. 208.

³ *Ямкова О. О.* Застосування примусових заходів виховного характеру до неповнолітніх // Актуальні проблеми держави та права. 2002. Вип. 15. С. 90.

⁴ *Астеміров З. А.* Уголовная ответственность и наказание несовершеннолетних. Москва: Юрид. лит., 1970. С. 38.

теру неповнолітніх осіб, які відстають у психічному розвитку, обумовлюється рядом таких факторів:

По-перше, примусові заходи виховного характеру признаються незалежно від бажання неповнолітнього, тобто мають примусовий характер. Незважаючи на те, що такі заходи істотно відрізняються від покарання і мають більш пільговий характер, однак вони також пов'язані з певними обмеженнями та позбавленнями для особи, щодо якої вони застосовані.

Звільнення від покарання або кримінальної відповідальності по даній підставі є також не остаточним, тобто ухилення від призначених заходів або вчинення іншого злочину у період відбування примусових заходів виховного характеру є підставами для скасування таких заходів і направлення неповнолітнього для відбування покарання. Таке положення буде стримувати підлітка від вчинення нового злочину.

По-друге, особам, які не були здатні повною мірою усвідомлювати свої дії під час скоєння злочину внаслідок наявності відставання у психічному розвитку, яке не обумовлено психічними розладами, у першу чергу необхідно надавати соціальну та педагогічну допомогу, а не застосовувати суворі заходи кримінального впливу, які можуть негативно вплинути на розвиток дитини. Необхідно враховувати той факт, що при застосуванні, наприклад, покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк процес соціалізації буде відбуватись у місцях позбавлення волі, що негативно може вплинути на подальший розвиток неповнолітнього. Наприклад, О. О. Ямкова у своєму дисертаційному дослідженні, на підставі узагальнення судової практики, доходить до висновку, що застосування таких заходів є більш ефективним у боротьбі зі злочинністю неповнолітніх, ніж застосування інших заходів примусу, зокрема, покарання, це проявляється у першу чергу у зменшенні кількості рецидиву злочинів¹.

По-третє, оскільки зазначені відставання у психічному розвитку викликані не психічними захворюваннями, а більш соціальними факторами (педагогічна занедбаність, прогалини виховання тощо), тому цю проблему необхідно вирішувати за допомогою заходів, які будуть сприяти усуненню такого відхилення і мати виховний характер.

Оскільки вікова осудність передбачає ВПР неповнолітньої особи, яке обумовлено біологічними та соціальними факторами, для їх усунення, а також для виправлення такої категорії осіб не-

¹ *Ямкова О. О.* Примусові заходи виховного характеру: правова природа і види: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Одеса, 2004. С. 50.

обхідні спеціальні виховні та освітні заходи, а не покарання. Це свідчить про те, що виправлення неповнолітніх осіб з ознаками вікової осудності, у більшості випадків, можливе без призначення покарання, а за допомогою застосування примусових заходів виховного характеру.

Думається, що за наявності підстав (ст. ст. 97, 105 КК) суд обов'язково повинен розглянути можливість звільнення неповнолітнього з ознаками вікової осудності від кримінальної відповідальності із застосуванням примусових заходів виховного характеру.

Не менш важливим, але недостатньо вивченим є питання щодо конкретних видів примусових заходів виховного характеру, які доцільно застосовувати до неповнолітніх, в яких спостерігається відставання у психічному розвитку, що не пов'язано з психічними розладами.

У ч. 2 ст. 105 КК України передбачено вичерпний перелік примусових заходів виховного характеру. Законодавець не встановлює обмежень щодо застосування зазначених видів до неповнолітніх з ознаками вікової осудності, тобто до неповнолітніх, які відстають у психічному розвитку, можна застосувати будь-який вид із зазначених заходів виховного характеру, проте, як показує практика, призначення деяких з них не завжди є ефективним, а іноді є неможливим. Так, доцільність та ефективність застосування таких заходів, у першу чергу, залежить від поставленої мети, яка переслідується законодавцем та правозастосовчими органами. Відповідно до п. 1 Постанови Пленуму ВСУ «Про практику розгляду судами справ про застосування примусових заходів виховного характеру» метою застосування примусових заходів виховного характеру має бути забезпечення інтересів неповнолітнього, які полягають в одержанні не тільки належного виховання, але й освіти, лікування, соціальної, психологічної допомоги, захисту від жорстокого поводження, насильства та експлуатації, а також у наявності можливості адаптуватися до реалій суспільного життя, підвищити загальноосвітній і культурний рівень, набуті професії та працевлаштуватися.

Оскільки мова йде про особливу групу неповнолітніх, а саме тих, що відстають у психічному розвитку, внаслідок не медичних факторів, а більш соціальних (наприклад, педагогічна занедбаність, умови виховання в неблагополучних сім'ях тощо), першорядною метою призначення таких заходів необхідно визнавати надання належного виховання й освіти, а також надання соціальної і психологічної допомоги, яка допоможе неповнолітньому навчитись оцінювати свої вчинки, а також інших осіб, правильно мислити,

усвідомлювати протиправність дій, які заборонені законодавством, тим самим сприяти належному розвитку дитини, а також попередженню скоєння нового злочину. Виникає закономірне питання, за допомогою яких саме примусових заходів виховного характеру, що передбачені у ст. 105 КК України, можливо досягнути зазначеної мети стосовно неповнолітніх з ознаками вікової осудності? Для правильного рішення цього питання необхідно проаналізувати сутність кожного виду зазначених заходів.

Так, застереження полягає в осуді поведінки неповнолітнього від імені суду, попередженні про неприпустимість порушення закону в подальшому. При цьому суд роз'яснює наслідки повторного вчинення злочину. Цей захід, заснований на законодавчому моральному впливові, має своєю метою утримати підлітків від вчинення нових злочинів¹. Застосування цього виду виховного заходу до неповнолітніх осіб з ознаками вікової осудності є недостатньо ефективним для досягнення поставленої мети. Неповнолітні особам, які мають відставання у психічному розвитку, які навіть не обумовлені психічними розладами, важко усвідомити суспільну небезпеку деяких діянь після одного застереження. Для усунення ВПР, яке не обумовлено психічними розладами, необхідний комплекс педагогічних заходів, за допомогою яких можна усунути прогалину у психічному розвитку, що знижує ймовірність рецидиву скоєння злочину з боку неповнолітнього. Тому не доцільно застосовувати до осіб з віковою осудністю зазначений вид примусового заходу виховного характеру.

Другий вид примусових заходів виховного характеру — це обмеження дозвілля і встановлення особливих вимог до поведінки неповнолітнього. Цей вид заходу застосовується, якщо є необхідність захистити неповнолітнього від негативного впливу друзів, дорослих. У цьому разі обмеження має прояв у встановленні днів і годин, протягом яких підліток повинен знаходитися дома або коли не може відвідувати громадські місця. Встановлюється перелік дій, які не може робити неповнолітній, наприклад, заборона використовувати певні транспортні засоби, знаходитись у певних місцях тощо. Такий захід спрямовано на утримання дитини від середовища, яке сприяє девіантній та деліквідній поведінці, тобто такий захід може сприяти попередженню вчинення нового злочину, проте не може у повному обсязі допомогти неповнолітній особі подолати прогалини у психічному розвитку. Неповноліт-

¹ Науково-практичний коментар кримінального кодексу України. 4-те вид., перероб. та допов. / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. Київ: Юрид. думка, 2007. С. 230.

ні з ознаками вікової осудності потребують не тільки заходів з виховним впливом, але також таких, що мають освітній характер. Тому доцільно до таких неповнолітніх застосовувати обмеження дозвілля і встановлення особливих вимог до поведінки неповнолітнього, проте таке обмеження необхідно поєднувати з обов'язковим встановленням особливих вимог до поведінки, які повинні мати педагогічний вплив (наприклад, встановити обов'язок продовжити навчання).

Покладення на неповнолітнього, який досяг 15-річного віку і має майно, кошти або заробіток, обов'язку відшкодування заподіяних майнових збитків. Застосування цього виду заходу можливо лише за наявності двох умов: досягнення певного віку, а саме 15 років, а друга умова — наявність самостійного заробітку (стипендія, зарплата тощо). Цей захід має більш майновий характер, ніж виховний. Застосування цього виду заходу виключає неповнолітнього зі сфери психологічного та педагогічного впливу, що є недопустимим відносно неповнолітніх з відставанням у психічному розвитку. Крім того, навряд чи неповнолітні, які мають відставання у психічному розвитку, мають майно або трудові навички, за допомогою яких можна було відшкодувати завдану шкоду. Тому застосування до неповнолітніх з ознаками вікової осудності зазначеного виду примусових заходів виховного характеру є недоцільним.

Наступний захід виховного характеру — це передача неповнолітнього під нагляд батьків чи осіб, які їх замінюють, чи під нагляд педагогічного або трудового колективу за його згодою, а також окремих громадян на їхнє прохання. Необхідно зазначити, що у різний час протягом XVIII–XX ст. кримінальне законодавство передбачало можливість застосування таких заходів до неповнолітніх, які діяли без «розуміння»¹. Ефективність цього примусового заходу проявляється в тому, що за допомогою осіб, які взяли під нагляд підлітків, може застосовуватися відповідний виховний вплив, здійснюватись профілактична та коректувальна робота. Указані особи можуть контролювати відвідування навчальних закладів, надавати належне виховання, проводити роз'яснювальну роботу, за допомогою якої неповнолітній може підвищити інтелектуальний розвиток, а також правову свідомість. За допомогою цього виду виховного заходу можна досягти зазначеної мети, тобто надати неповнолітнім з ознаками вікової осудності психологічну, освітню, виховну допомогу.

¹ Прототип вікової осудності.

Уявляється, при вирішенні питання про застосування примусових заходів виховного характеру, у першу чергу, необхідно ставити питання про можливість призначення саме цього виду виховного заходу. Проте у деяких випадках застосування такого заходу виховного характеру є неможливим з об'єктивних причин, незважаючи на той факт, що закон не встановлює конкретних вимог до осіб, яким може бути переданий підліток. Однак, видається, що до призначення такого заходу виховного характеру суд зобов'язаний встановити, що трудовий колектив, батьки або особи, які їх замінюють, зможуть позитивним впливом перевиховати неповнолітнього, а також надати необхідні знання для усунення відставання у психічному розвитку, яке обумовлено педагогічною занедбаністю. Якщо встановлено, що батьки неналежним чином виконують свої обов'язки щодо виховання дитини, ведуть аморальний образ життя, вживають алкоголь або наркотичні засоби, таким батькам не можна передавати неповнолітніх. Як свідчить практика, значна кількість неповнолітніх з відставанням у психічному розвитку, яке непов'язане з психічними захворюваннями, виходять саме з неблагополучних сімей, а іноді мешкають на вулицях (безпритульні). У такому разі цей вид примусового заходу виховного характеру застосувати неможливо. Тому при обранні зазначеного виду примусового заходу суд повинен ретельно дослідити умови життя неповнолітнього, різні характеристики осіб (з роботи, місця проживання, навчання тощо), яким передають неповнолітнього.

У системі примусових заходів виховного характеру найбільш суворим видом є направлення неповнолітнього до спеціальної навчально-виховної установи для дітей і підлітків до його виправлення. Відповідно до Постанови Пленуму ВСУ України «Про практику розгляду судами справ про застосування примусових заходів виховного характеру» до спеціальних навчально-виховних установ належать загальноосвітні школи соціальної реабілітації та професійні училища соціальної реабілітації¹. Згідно з Законом «Про органи і служби у справах дітей та спеціальні установи для дітей» від 24 січня 1995 р. загальноосвітні школи та професійні училища соціальної реабілітації є спеціальними навчально-виховними закладами для дітей, які потребують особливих умов виховання. До цих закладів можуть направлятися особи, які вчинили

¹ Про організацію діяльності загальноосвітніх шкіл соціальної реабілітації та професійних училищ соціальної реабілітації: постанова Кабінету Міністрів України від 13 жовт. 1993 р. № 859. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/859-93-%D0%BF>.

ли злочин у віці до 18 років або правопорушення до досягнення віку, з якого настає кримінальна відповідальність. Відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України від 13 жовтня 1993 р. «Про організацію діяльності загальноосвітніх шкіл соціальної реабілітації та професійних училищ соціальної реабілітації» ці заклади мають створювати належні умови для життя, навчання та виховання учня, підвищення його загальноосвітнього і культурного рівня, професійної підготовки, розвитку індивідуальних здібностей і нахилів, забезпечити правове виховання та соціальний захист в умовах постійного педагогічного режиму. Особливості педагогічного режиму визначаються: спеціальним режимом дня та системою навчальної та виховної роботи; постійним наглядом та педагогічним контролем за учнями; виключенням можливості вільного виходу учнів за межі території школи чи училища без дозволу адміністрації. Навчально-виховна робота у цих установах організовується на основі поєднання навчання із різнопрофільною працею.

Виходячи із зазначених завдань та функцій цих установ, уявляється ефективним призначення такого виду примусового заходу виховного характеру. За допомогою педагогів та навчання, яке надається в таких школах та професійних училищах соціальної реабілітації, можна подолати відставання у розвитку, яке пов'язане з педагогічною занедбаністю. Однак, згідно з п. 2 Інструкції «Про медичне обстеження дітей і підлітків, які направляються до загальноосвітніх шкіл та професійних училищ соціальної реабілітації для дітей і підлітків, які потребують особливих умов виховання», до загальноосвітніх шкіл соціальної реабілітації можуть направлятися неповнолітні віком від 11 до 14 років, а до професійних училищ соціальної реабілітації — особи віком від 14 років, з нормальним інтелектом і здоров'ям. Із змісту цього положення можна зробити висновок, що до осіб з ознаками вікової осудності такий вид примусового заходу виховного характеру застосовувати неможливо, оскільки у таких неповнолітніх є певні проблеми, які пов'язані з інтелектуальним розвитком. Підлітки цієї категорії відстають по інтелектуальним здібностям від однолітків з нормальним інтелектом. У таких осіб відставання у психічному розвитку також може бути пов'язано із сенсорною депривацією, що вказує також на певні проблеми зі здоров'ям. Тому неповнолітніх осіб, які мають відставання у психічному розвитку, не можна віднести до неповнолітніх з нормальним інтелектом та здоров'ям.

Незважаючи на зазначене, думається, що саме за допомогою такого виду виховного заходу можна досягти поставленої мети,

а саме запобігти скоєнню нового злочину неповнолітньою особою, а також подолати відхилення у психічному розвитку неповнолітнього. Тому необхідно переглянути деякі умови та порядок проходження даного виду примусового заходу щодо неповнолітніх осіб з ознаками вікової осудності.

Поширеною у науково-правовій літературі є думка щодо створення спеціальних окремих закладів для неповнолітніх з відставанням у психічному розвитку. Так, Н. І. Фелінська пропонує створення спеціальних установ для психічно незрілих неповнолітніх і психоневротиків з груп так званих пограничних станів, які вимагають спеціального режиму, при цьому його необхідно поєднувати з лікувальними заходами¹. Є. І. Цимбал та А. П. Дяченко вважають, що до неповнолітніх з відставанням у психічному розвитку необхідно застосовувати спеціальні примусові корекційно-реабілітаційні заходи, які слід надавати у спеціальних виховних або лікувально-виховних установах². Незважаючи на розбіжність у наукових обґрунтуваннях, абсолютна більшість авторів дотримуються думки, що вказані установи повинні надавати реабілітаційну допомогу неповнолітнім, яка буде проявлятися у наданні належного виховання, а також за необхідності — медичної допомоги.

Уявляється, таке вирішення даної проблеми є найбільш оптимальним, тому створення окремих спеціальних навчально-виховних установ для певної категорії неповнолітніх з девіантною поведінкою, а саме тих, що мають відставання у психічному розвитку, є доцільним. Такі висновки ґрунтуються на тому, що не можна підлітків з нормальним розвитком (коли паспортний вік відповідає реальному розвитку) і дітей, в яких виявлено відставання у психічному розвитку, хоча не пов'язане з психічними розладами, утримувати в одному закладі. Не доцільно встановлювати єдину навчальну програму до однолітків, які мають суттєву різницю у психічному розвитку. Крім того, остання група підлітків потребують особливої уваги, спеціальних методик виховання, навчання, у деяких випадках необхідна допомога психологів тощо.

Необхідно зазначити, що деякі зарубіжні країни пішли шляхом створення окремих закладів для підлітків, які потребують спеціальної соціальної реабілітації. Наприклад, згідно з ФЗ Росії

¹ Фелінская Н. И. О роли биологических и социальных факторов в формировании личности несовершеннолетнего правонарушителя // Вопросы изучения детей с отклонениями в поведении: материалы к конф. Москва, 1968. С. 118.

² Цимбал Е., Дяченко А. Возрастная невменяемость: теория и практика применения // Уголовное право. 2000. № 3. С. 50.

«Про основи системи профілактики бездоглядності та правопорушень неповнолітніх» від 24 червня 1999 р., неповнолітні, які не підлягають кримінальній відповідальності внаслідок відставання у психічному розвитку, не пов'язаного з психічними розладами, на підставі ФЗ «Про освіту» можуть бути поміщені у спеціальні навчально-виховні заклади закритого типу, якщо для даної категорії неповнолітніх необхідні особливі умови виховання, освіти або спеціальний педагогічний підхід. Відповідно до ст. 15 ФЗ «Про основи системи профілактики бездоглядності та правопорушень неповнолітніх» до спеціальних навчально-виховних закладів закритого типу органів управління освітою належать:

- спеціальні загальноосвітні школи закритого типу;
- спеціальні професійні училища закритого типу;
- спеціальні (корекційні) освітні установи закритого типу¹.

Саме до останнього типу закладу на підставі рішення суду можуть бути направлені неповнолітні особи з відставанням у психічному розвитку. Такий висновок впливає із змісту п. 6 ст. 15 зазначеного закону, який передбачає, що «до спеціальних (корекційних) освітніх установ закритого типу направляються неповнолітні, які мають відхилення у розвитку і (або) захворювання, що викликають необхідність їх утримання, виховання та навчання в таких установах...»

Уявляється доцільним перейняти зарубіжний досвід і створити трирівневу систему установ закритого типу щодо неповнолітніх правопорушників і передбачити на законодавчому рівні такі установи:

- загальноосвітні школи соціальної реабілітації, до яких за рішенням суду можна направити осіб у віці від 11 до 14 років з нормальним психічним розвитком;

- професійні училища соціальної реабілітації для неповнолітніх віком від 14 до 18 років, які також за своїм психічним розвитком відповідають певній віковій групі;

- корекційні установи закритого типу, які спеціалізувались би на неповнолітніх, що вчинили злочин чи правопорушення та які відстають у психічному розвитку та мають значні прогалини у вихованні та навчанні, що вказує на необхідність розробки спеціальних програм освіти. Саме до таких установ слід направляти неповнолітніх осіб з ознаками вікової осудності.

¹ Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних: Федеральный Закон от 24 июня 1999 г. № 120-ФЗ. URL: <http://www.referent.ru/1/67407>.

З теоретичної точки зору, наведена пропозиція допоможе вирішити низку проблемних питань щодо боротьби із злочинністю неповнолітніх осіб з ознаками вікової осудності. На жаль, на сучасному етапі розвитку Української держави та в період економічної кризи створення нових установ ускладнюється економічним становищем і відсутністю грошових коштів. Для організації нових корекційних установ закритого типу необхідна значна матеріальна база для будівництва окремих зданий, заробітної плати робітникам тощо. Тому з практичної сторони — створення нових установ є складним процесом, принаймні в теперішній час.

Вирішення цієї проблеми є можливим за допомогою організації окремих класів (груп) у діючих спеціальних навчально-виховних установах. Створення таких класів не потребує значних матеріальних витрат, однак такі класи будуть спеціалізуватись на конкретній групі неповнолітніх осіб, а саме на тих, хто має відставання у психічному розвитку. Необхідно зазначити, що діюче законодавство передбачає можливість утворення таких класів. Так, згідно з положенням «Про професійне училище соціальної реабілітації» від 13 жовтня 1993 р., «загальноосвітня підготовка учнів проводиться за навчальними планами і програмами денної загальноосвітньої школи, затвердженими Міністерством освіти. Для учнів, які не засвоюють програми загальноосвітньої підготовки, організовується навчання за спеціальними програмами та індивідуальними планами, що готуються вчителями і затверджуються директором школи. У разі потреби можуть створюватися класи (групи) вирівнювання».

Із тексту норми вбачається, що створення окремих «груп вирівнювання» є необов'язковим, це право керівництва вказаних закладів. Уявляється, таке вирішення питання є неприйнятним, оскільки рішення про створення корекційних класів залежить від конкретної особи, на рішення якої можуть впливати різні фактори, у тому числі і суб'єктивні (наприклад, відсутність фінансування тощо). Тому необхідно закріпити на законодавчому рівні обов'язковість утворення у всіх діючих навчально-виховних установах спеціальних корекційних класів для неповнолітніх, які відстають у психічному розвитку і потребують індивідуального підходу для виховання і навчання. До таких класів (груп) необхідно направляти неповнолітніх осіб, які відстають у психічному розвитку, що не обумовлено психічними розладами, у тому числі і підлітків з ознаками вікової осудності.

З огляду на зазначене, думається, що необхідно внести певні зміни до ст. 97 КК України й уточнити, які саме заходи виховного

характеру доцільно застосовувати до неповнолітніх осіб з ознаками вікової осудності при звільненні їх від кримінальної відповідальності. Так, пропонується доповнити ч. 1 ст. 97 КК України після слів «...передбачені частиною другою статті 105 цього кодексу» таким реченням: «До неповнолітнього, який під час скоєння злочину не міг повною мірою усвідомлювати суспільну небезпеку або фактичний характер свого діяння або керувати своїми діями (бездіяльністю) внаслідок відставання у психічному розвитку, яке не пов'язано з психічними захворюваннями, суд може застосовувати тільки ті примусові заходи виховного характеру, які передбачено у п. 2, 3 і 5 частини другої ст. 105 цього кодексу».

Якщо з об'єктивних причин суд не може звільнити неповнолітніх осіб з ознаками вікової осудності від кримінальної відповідальності на підставі ч. 1 ст. 97 КК України, необхідно розглянути питання про можливість звільнення таких осіб від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру.

Відповідно до ч. 1 ст. 105 КК України, звільнення неповнолітніх від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру є можливим за наявності сукупності низки умов, а саме:

- вчинення злочину невеликої або середньої тяжкості;
- щире каяття і подальша бездоганна поведінка.

Проте, уявляється, недоцільно до умов звільнення неповнолітніх осіб з ознаками вікової осудності від покарання за даною підставою відносити такі, як щире каяття і подальша бездоганна поведінка. Такий висновок обумовлюється тим, що у зазначеній групі неповнолітніх внаслідок наявності відставання у психічному розвитку знижується здатність до усвідомлення своїх дій, зокрема це може проявлятися у тому, що неповнолітній може помилятися в злочинності своїх дій, у ступені суспільної небезпеки своїх вчинків. Крім того, зазначені відставання можуть негативно впливати на усвідомлення своєї провини, сприйняття обставин злочину і тому не будуть сприяти розкриттю злочину та щирому каяттю. Також, як правило такі особи не мають свого доходу, тому не можуть добровільно усунути шкоду, заподіяну злочином.

На підставі викладеного пропонується особливості звільнення неповнолітніх осіб з ознаками вікової осудності від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру передбачити в окремій частині ст. 105 КК України. Так, пропонується ч. 5 ст. 105 КК викласти в такій редакції: «Неповнолітній, який вчинив злочин невеликої або середньої тяжкості, однак під час вчинення злочину не міг повною мірою усвідомлювати суспільну небезпеку або фактичний характер свого діяння або керувати своїми

діями (бездіяльністю) внаслідок відставання у психічному розвитку, яке не пов'язано з психічними розладами (захворюваннями), може бути звільнений від покарання, якщо на момент постановлення вироку не потребує застосування покарання. До таких неповнолітніх можуть бути застосовані примусові заходи виховного характеру, що передбачені у пунктах 2, 3 і 5 частини другої цієї статті».

У тих випадках, коли суд на підставі обставин справи дійде висновку, що застосування примусових заходів виховного характеру внаслідок звільнення від кримінальної відповідальності чи покарання є недостатньою мірою для виправлення неповнолітніх, які відстають у психічному розвитку, або в тих випадках, коли неповнолітні вчинили тяжкий або особливо тяжкий злочин, суд може призначити конкретну міру покарання.

Оскільки кримінальна політика України останнього десятиліття іде шляхом пом'якшення покарання за наявності обставин, що зменшують суспільну небезпеку діяння та особи злочинця, наприклад, призначення покарання при незакінченому злочині (ст. 68 КК), призначення більш м'якого покарання (ст. 69 КК), призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання (ст. 69-1 КК), тому доцільно за наявності ознак вікової осудності ставити питання також про зниження міри покарання до неповнолітніх осіб. Не можна призначати однакове покарання за вчинення тотожного злочину неповнолітнім особам, які відстають у психічному розвитку і внаслідок цього не були здатні повною мірою усвідомлювати суспільну небезпеку свого діяння, і тим, хто має нормальний розвиток та усвідомлює значення своїх дій у повному обсязі. У протилежному випадку це буде суперечити таким принципам, як індивідуалізація відповідальності, справедливості тощо.

Законодавець до умов пом'якшення покарання, у першу чергу, відносить наявність обставин, що пом'якшують покарання. При встановленні ознак вікової осудності можна виділити дві такі обставини: вчинення злочину неповнолітньою особою, а також наявність відставання у психічному розвитку, яке знижує рівень усвідомлення підлітка під час вчинення суспільно небезпечного діяння (бездіяльність). Уявляється, що такі обставини істотно знижують суспільну небезпеку діяння, а також небезпечність особи.

Тому для забезпечення принципів кримінального права пропонується закріпити у КК України окрему заохочувальну норму, в якій будуть передбачені спеціальні пільгові умови призначення покарання неповнолітнім особам з ознаками вікової осудності.

Оскільки така норма стосується тільки неповнолітніх осіб, її доцільно закріпити у розділі, який передбачає особливості кримінальної відповідальності та покарання неповнолітніх. Так, необхідно доповнити КК України ст. 103-1 «Призначення покарання неповнолітнім, які мають відставання у психічному розвитку» такого змісту: «При встановленні у неповнолітнього відставання у психічному розвитку, яке не пов'язано з психічними розладами (захворюваннями), що знижують рівень здатності усвідомлення суспільної небезпеки або фактичний характер свого діяння або керування своїми діями (бездіяльністю), строк або розмір покарання не може перевищувати двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого відповідною санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини цього Кодексу». Запропонована норма може виступати як спеціальна до ст. 69-1 КК України, яка передбачає умови призначення покарання за наявності декількох пом'якшуючих обставин.

Закріплення у КК України запропонованих змін допоможе суду більш диференційовано підходити до вибору кримінально-правових заходів щодо осіб, які під час скоєння злочину не були здатні повною мірою усвідомлювати свої дії чи у повному обсязі керувати ними внаслідок ВПР, яке не пов'язано з психічними розладами.

Теоретичні аспекти кримінальної юриспруденції. 2 вересня. 29.01.18. Іванова

Поняття честі та гідності виникло набагато раніше, ніж держава та право. Розуміння цих термінів, а також їх кримінально-правовий захист формувалися на підставі тих поглядів та ідей, які супроводжували розвиток суспільства та держави.

Чесť у «Словнику російської мови» С. Ожегова визначається як вартість поваги та гордості, моральні якості та етичні принципи особистості, добра, незаплямована репутація, добре ім'я, пошана, повага; а гідність — це сукупність високих моральних якостей, а також вироблення цих якостей у самому собі¹. М. Гаскаров писав, що на відміну від поняття «гідність» моральна цінність особистості в понятті «чесť» пов'язується з конкретним суспільним становищем людини, родом її діяльності та заслугами, які за нею визнаються².

К. Ярошенко вважає, що чесť та гідність громадянина — його моральні якості, моральна цінність відмінність між якими полягає в тому, що у випадку оцінки з боку оточуючих — мова йде про чесť громадянина, а якщо самооцінка — про його гідність³. На думку О. Синегубова, предмет оцінки з точки зору честі та гідності збігається, проте відмінність між чесťю та гідністю людини в тому, що чесť — це об'єктивний підхід, а гідність — суб'єктивний, який враховується при оцінці якостей людини⁴.

Отже, чесť конкретної людини можна визначити як позитивну оцінку, яка дається суспільством про якості конкретної людини, а гідність людини — це позитивна оцінка конкретною людиною самої себе, самоповага.

¹ Ожегов С. И. Словарь русского языка / под ред. Н. Ю. Шведовой. Москва, 1978. С. 168, 811.

² Гаскаров М. Л. Правовая защита чести и достоинства личности: вопросы теории: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 1999. С. 11.

³ Ярошенко К. Б. Жизнь и здоровье под охраной закона: гражданско-правовая защита личных неимущественных прав граждан. Москва, 1999. С. 168, 811.

⁴ Синегубов О. В. Особливості цивільно-правового захисту честі та гідності, честі та ділової репутації працівників міліції: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2008. С. 8.

Питання захисту честі та гідності особи положеннями кримінального законодавства досліджували у своїх роботах такі вчені, як Л. М. Сугачев, А. В. Белявський, М. І. Зарогдніков, М. Й. Коржанський, А. М. Ерделевський, В. І. Мархотін, В. І. Шмаріон, Ю. В. Ганжа, К. А. Шахманаєв, С. Л. Ліпатова, В. О. Сідоров, Н. К. Рудий та інші. Проте питання правової охорони честі та гідності у більшості праць розглядалися в межах цивільного законодавства. Неодноразове внесення проектів законів до Верховної Ради України щодо криміналізації наклепу¹ обумовлює актуальність дослідження кримінально-правової охорони честі та гідності особи в історії кримінального законодавства, права та доктрини.

На думку А. Ф. Кістяківського, «тільки історія може дати пояснення причин, як сучасного стану кримінального права, так і стану його в попередні періоди»². Історичне дослідження правових понять вченими здійснюється в межах певних періодів державного та історичного розвитку, що обумовлено періодом дії основних правових пам'яток, пануванням одних держав над іншими та іншими чинниками.

У працях учених-юристів зустрічається декілька підходів до періодизації історії кримінального права, що діяло на території України. Так, А. П. Чебишев-Дмитрієв, виходячи з класифікації видів джерел права, розрізняв період звичаєвого права і період законного права, а період від XIV ст. до початку XVII ст. називав перехідним періодом³. Вказана періодизація, на нашу думку, не висвітлюватиме особливостей розвитку кримінально-правової охорони честі та гідності, окрім як особливостей у джерелах права. О. М. Комісарів виділяв чотири періоди в розвитку кримінального законодавства: 1) кримінальне законодавство Стародавньої Русі; 2) кримінальне право централізованої Російської держави;

¹ Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України (щодо наклепу): проект закону України № 2086 від 22 лют. 2008 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=31741; Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України, щодо посилення відповідальності за посягання на честь, гідність та ділову репутацію людини: проект закону України № 11013 від 19 лип. 2012 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=44065; Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та процесуальних законів щодо додаткових заходів захисту безпеки громадян: проект закону України за № 3879 від 14 січ. 2014 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=49483.

² Кістяковский А. Ф. Элементарный учебник общего уголовного права с подробным изложением начал русского уголовного законодательства. 2-е изд., испр. и значит. доп. Москва: Статут, 2002. С. 10.

³ Чебышев-Дмитриев А. П. О преступном действии по русскому допетровскому праву. Москва: Статут, Классика права, 2004. С. 94.

3) кримінальне законодавство радянського періоду; 4) кримінальне право після розпаду СРСР¹. Остання періодизація розвитку кримінального законодавства є найбільш виразною, оскільки розуміння злочину та покарання у вказаних історичних періодах є істотно різним. За вказаними періодами розглянемо становлення кримінальної відповідальності за посягання на честь та гідність особи.

Перші уявлення про гідність виникли в період ранньої епохи та зрілої первісності як результат формування моральних засад родової спільності. Ці уявлення найтіснішим чином пов'язувалися з категоріями належної поведінки (прийнятної у конкретній спільності), а також категоріями сорому та совісті. У змісті гідності на даному етапі головну роль відігравало почуття єдності та солідарності з родом. Образа конкретної людини асоціювалася із образою усього племені або роду. Подальший розвиток категорії гідності обумовлений неолітичною революцією, соціальною диференціацією та утворенням держави.

Однією з основних пам'яток першого періоду є Руська Правда. До цієї пам'ятки права часто звертаються вчені у своїх дослідженнях для з'ясування передісторії розвитку того чи іншого поняття, шляхів вирішення певних сучасних колізій правового регулювання.

У древньоруському праві не існувало розмежування норм, що встановлюють різні види відповідальності, проте в законодавстві Київської Русі закріплювались різні форми правових наслідків, які наставали у випадку заподіяння шкоди честі та гідності особи. Розглянемо положення Руської Правди та спробуємо з'ясувати, які склади злочинів проти честі та гідності існували в ті часи.

Л. П. Барташук зазначав, що в цей час залежні люди розглядались як «знаряддя, що розмовляє» («instrumentum vocale»), повністю виключалися зі сфери свободи, а отже, не могли бути носіями таких моральних якостей, як «честь» та «гідність». Простежувався зв'язок: чим вищий був соціальний стан людини в суспільстві, тим ціннішими були її моральні якості. За часів Київської Русі залежні люди прирівнювались до речей, а завдана їм шкода прирівнювалась до завданої шкоди речі².

¹ Комисаров О. М. Уголовный закон // Уголовное право Российской Федерации. Общая часть: учебник / под ред. Б. В. Здравомыслова. Москва: Норма, 2000. С. 23–27.

² Барташук Л. П. Ретроспективний аналіз забезпечення права людини на повагу до гідності у кримінальному судочинстві // Адвокат. 2010. № 7 (118). С. 23–28.

На думку Н. Б. Жукровської, в основу найдавнішої редакції Руської Правди (XI ст.) «Короткої редакції» покладене давньоруське звичаєве право, що поділялось на чотири частини: 1) правові норми про вбивство (ст. 1); 2) правові норми про тілесні ушкодження (ст. ст. 2–7); 3) правові норми про образу (ст. ст. 8–10); 4) правові норми про порушення права власності (ст. ст. 11–18). Інші статті «Правди Ярослава» врегульовували порядок відшкодування шкоди, заподіяної потерпілим у разі порушення права власності на челядь, коней, зброю, одяг та інше майно, порядок повернення їх господарю¹.

О. Радутний вказував, що в Короткій та Просторовій редакціях Руської Правди існувала така норма: «А во усе 12 гривенъ, а в бороде 12 гривне», що у перекладі означало: «А за (висмикнутий) вус (сплатити) 12 гривенъ, а за (пошкоджену) бороду — 12 гривенъ». Вказане положення Руської Правди передбачало відповідальність не за образу в сучасному розумінні цієї форми протиправної поведінки, тобто приниження честі й гідності особи, вчинене у непристойній формі, а за завдання більш суттєвої шкоди. Адже борода та вуса мали функцію не стільки елемента чоловічого декору, скільки були візитною карткою, підтвердженням соціального статусу, засобом взаємодії з навколишнім світом, у тому числі засобом спілкування з богами.

О. Радутний зазначав, що стає зрозумілим чому грошове стягнення з кривдника честі та гідності становило досить значну на той час суму — 12 гривенъ, оскільки це було мірою відповідальності не лише за образливі, ганебні вчинки, а було мірою відповідальності за посягання на соціальний статус особи, якому в дані часи приділялася дуже велика увага².

Із вказаного виходить, що одним із наслідків злочинів, що посягали на честь та гідність за часів Київської Русі, було передбачено зміну соціального статусу особи. У сучасних умовах соціальний статус проявляється не в існуванні «станів», а в професійній діяльності. Наслідком наклепу чи образи потерпілої особи в сучасному кримінальному законодавстві України в професійній діяльності може бути втрата права займати певні посади або займатися певною діяльністю.

¹ Жукровська Н. Б. Інститут відшкодування майнової шкоди в джерелах права періоду Київської Русі // Митна справа. 2010. № 6, ч. 2. С. 139–144.

² Радутний О. Новітній погляд на Правду Руську Ярослава Мудрого: (реп. на вид. уклад. Г. Г. Демиденка та В. М. Єрмолаєва «Правда Руська Ярослава Мудрого: початок законодавства Київської Русі») // Вісник Національної академії правових наук України. 2014. № 4 (79). С. 210–214.

У положеннях ст. 3, 4 Короткої редакції Руської Правди також передбачалося грошове стягнення в розмірі 12 гривенъ лише за удари різними предметами, які не приводили до серйозних функціональних порушень здоров'я.

У ст. 3 зазначалось: «Если же кто кого ударит батоном, жердью, пастью, чашей, рогом или мечом плашмя, то платитъ 12 гривенъ; если его не настигнут, то он платит, и на этом дело кончается». В ст. 4 Короткої Правди зазначалось: «Если кто-либо ударит мечом, не вынул его (из ножен), или рукоятью, то платитъ 12 гривенъ вознаграждение потерпевшему».

Н. П. Карагодина вказувала, що згідно з положеннями Руської Правди розмір грошового викупу за вищевказані діяння був набагато більшим грошового викупу за тілесні ушкодження. Наприклад, згідно зі ст. 6 Короткої редакції Руської Правди за відрубання пальця передбачалась грошова компенсація у розмірі 3 гривні¹. Вищевказане свідчить, що в положеннях Руської Правди розмір покарання за тілесні ушкодження був в 4 рази меншим, ніж розмір покарання за образу. Особистою образою визнавалась лише тілесна образа, а відповідальність за образу словом не існувала.

Вперше на законодавчому рівні відповідальність за образу словом було закріплено в Уставі князя Ярослава Володимировича (Мудрого) про церковні суди. Устав передбачав тільки один злочин такого роду: назва чужої жінки розпутною. У ст. 25 зазначалось: «Аже кто зоветь чюжу жену б... великих бояр, за сором ей 5 гривенъ золота, а епископу 5 гривенъ золота; а будеть менших бояр, за сором ей 3 гривниъ золота, а епископу 3 гривныъ золота; а буде городских люди за сором ей 3 гривниъ серебра, а епископу 3 гривныъ серебра...».

Н. П. Карагодина, коментуючи ці положення Уставу князя Ярослава Володимировича, вказувала, що за факт образи словом вперше було запроваджено юридичну відповідальність, яка полягала у відшкодуванні шкоди потерпілій особі, а також у штрафній виплаті на користь церкви. Розмір штрафу залежав від соціального статусу жінки, стосовно чоловіків вказана норма не могла застосовуватись. Великі розміри штрафів були обумовлені тим, що образа стосувалась не лише жінки, а й її чоловіка та всієї сім'ї².

Досліджуючи положення Руської Правди та позиції вчених стосовно тлумачення посягань проти честі та гідності, можна зро-

¹ Карагодина Н. П., Тычинин С. В. Обязательства вследствие причинения вреда чести и достоинству личности в законодательстве Древней Руси // История государства и права. 2010. № 3. С. 12–15.

² Там само.

бити висновок, що посягання проти честі та гідності особи згідно з положеннями Руської Правди визначались злочинами, що актуалізує увагу до криміналізації цих діянь сьогодні.

Враховуючи характер злочинних наслідків посягання проти честі та гідності за Руської Правди, вважаємо, що у випадку запровадження кримінальної відповідальності за образу та наклеп одним із наслідків посягань проти честі та гідності особи може бути «унеможливлення здійснення подальшої професійної діяльності цією особою» або «призвело чи створило загрозу позбавлення права займати певні посади або займатися певною діяльністю». Аналіз злочинних посягань проти честі та гідності особи в історичних пам'ятках Київської Русі свідчить, що вказані посягання уособлювали собою приниження честі та гідності не лише особи, а й всієї родини, общини.

Семантичний аналіз терміна «образу» свідчить, що поняття злочину за часів Київської Русі в першу чергу сприймалось як таке, що принижує честь та гідність особи, тобто діяння, яке образало особу, родину, общину та заподіювало їм певну шкоду. Вважаємо, що вказані особливості ознак злочинів проти честі та гідності особи у праві Київської Русі мають бути враховані при конструюванні підстав кримінальної відповідальності за наклеп та образу в сучасному кримінальному законодавстві України.

На другому етапі становлення кримінальної відповідальності за посягання проти честі та гідності, в «Судебниках» 1497 р., 1550 р. «Соборному уложенні» 1649 р. «Литовських статутах» 1529 р., 1566 р., 1588 р., збірнику законів «Права, за якими судиться малоросійський народ» 1743 р. та в інших нормативних актах, що діяли на території України, передбачалась відповідальність за образу, нанесену не тільки діями, як проголошувалось у Руській Правді, а й словом¹.

Подальший розвиток норм, що передбачали відповідальність за посягання на честь та гідність, тобто образу, обумовлений розвитком суспільства. Так, у «Судебниках» 1497 р., 1550 р., «Соборному уложенні» 1549 р., «Литовських статутах» та інших законодавчих актах сфера відповідальності за спричинену образу значно розширювалась. У них виділялась не тільки проста образа, але й кваліфікована образа².

¹ Паліюк В. П. Відшкодування моральної (немайнової) шкоди (історико-правова спадщина) // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. 1998. № 2. С. 54–61.

² Хрестоматия по истории государства и права СССР (дооктябрьский период) / Т. Е. Новицкая и др. Москва: Юрид. лит., 1990. С. 123.

У Литовському статуті містилась така норма, що передбачала відповідальність за посягання на честь та гідність особи: «если бы кто оговором обвинил кого-нибудь и обвиняемый должен был бы подвергнуться бесчестью или смертной казни, или конфискации имени, или какому-либо другому наказанию, тогда тот, кто оговорит другого, не представит доказательств, сам должен понести такое наказание»¹.

І. Малиновський вказував, що в Литовських статутах окремими нормами охоронялась честь «шляхтичів» (честь «селян» не охоронялась), а честь «людей простого стану» охоронялась лише в тих випадках, коли честь у складному об'єкті злочину виступала другим об'єктом злочину. Образа в Литовських статутах іменувалась як «оскорбленіє на судъ» і в І редакції Литовських статутів за неї передбачалось «безчесті водле стану». Вказане положення, за твердженням І. Малиновського, з одного боку, захищало суд, а із іншого боку — честь фізичної особи «шляхетського стану» або «людей простого стану».

Образа могла бути вчиненою у вигляді проголошення образливих слів («голі слова») або у вигляді дій. При цьому проголошення певних слів не вважалося образою, якщо особа, що їх висловила, доведе достовірність (за текстом Литовського статуту «справедливість») своїх слів. Образа, висловлена усно, має бути висловлена виключно у присутності потерпілого («очевисте») (крім випадків, коли образу було висловлено щодо «короля»).

Згідно з Литовськими статутами за образу честі винувата особа виплачувала ображеному «нав'язку» та піддавалась особистому покаранню — тюремному ув'язненню або тілесному покаранню. Застосовуючи покарання, суд тим самим відновлював честь. До видів образи належали образа дією та образа словом. Образою дією визнавались тілесні ушкодження (в яких приниження, психічна образа конкурували із фізичним боєм), побої, заподіяні шляхтичу в суді, побої у вигляді вибивання волосся, бороди, самовільне позбавлення свободи.

Образа словом іменувалась в Литовських статутах як «примовка о шляхетстві». В ті часи честь поділялась на «учтивость шляхетскую», «вольность шляхетскую», яка розглядалась як державний інститут та не залежала від громадської думки. «Примовкою шляхетською» розглядалось невизнання шляхетського стану, привілеїв, наданих шляхтичу, за це для шляхтичів передбачалось тюремне ув'язнення до 12 тижнів та виплата подвійної нав'язки,

¹ Хрестоматия по истории государства и права СССР (дооктябрьский период) / Т. Е. Новицкая и др. Москва: Юрид. лит., 1990. С. 56.

для винуватих не шляхтичів — вирізання язика (у пізніших редакціях — тілесне покарання у ганебного стовпа) та вигнання із міста. «Шляхетська учтивість» визнавалась і за померлим шляхтичем. За безпідставне звинувачення у тому, що особа є незаконно народженою («бенкартом») або повією («вшетечницею») винувата особа піддавалась покаранню у вигляді публічного спростування своїх слів. Крім вказаних видів образи «словом» в Литовських статутах І. Малиновський виділив «Примовки о иншие речи почтивости и доброй славе доткливые», в які включались: 1) невизнання свідка гідним давати свідчення («кто бы кому светковъ ганиль»); 2) образа короля («оскорбление въ позвахъ»); 3) недостовірне звинувачення у вчиненні будь-якого злочину («соромотечи а ку зельживости»); 4) інші випадки образи словом («отступивши речи свое одинъ на другого словом неучтивымъ», «однословне обельжилъ»)¹.

У «Соборному уложенні» 1649 р. було приділено також велику увагу захисту честі та гідності особи. Так, за образу судді наклепника чекало безчестя і тюрма: «А будет такое дело, что челобитчик на судью затеет напрасно, и обвинен он по делу, а не по посулом, и того челобитчика за ложное его челобитье самого по тому же бити кнутом нещадно. Да на нем же тому, кого он поклеплет, доправити бесчестие втрое, да его же посадити в тюрьму до государева указу».

Крім того, «Соборне уложення» передбачало сувору дисципліну під час судових засідань, а на порушників цього правила чекала в'язниця: «А кого судьи велят поставить к суду и истцу и ответчику, став перед судьями искати и отвечать вежливо и смирно и не шумко, и перед судьями ниаких невежливых слов не говорить и межъ себя не браниться. А будет перед судьями истец или ответчик межъ себя побранятся, и кто кого из них обесчестит словом, за судейское бесчестие посадити в тюрьму на неделю»².

За часів існування Запорізької Січі та в епоху Гетьманщини кримінальне законодавство України щодо охорони гідності та честі особи особливих відмінностей не зазнало. Окремих законодавчих актів, які б регулювали питання кримінального процесу, не існувало, покарання призначались, як правило, на підставі «звичаєвого права»³.

¹ Малиновский И. Учение о преступлении по Литовскому Статуту. Киев: Тип. Имп. ун-та св. Владимира, 1894. С. 106–111.

² Хрестоматия по истории государства и права СССР (дооктябрьский период) / Т. Е. Новицкая и др. Москва, 1990. С. 135.

³ Михайленко П. П. Кримінальне право, кримінальний процес та кримінологія України (статті, доповіді, рецензії): у 3 т. Київ: Генеза, 1999. С. 135.

Н. А. Неклюдов до злочинів, що заподіювали шкоду честі та гідності, відносив: 1) безпосередньо особисту образу, або, як її прийнято іменувати, «обиду»; 2) зневагу та грубість — діяння, яке каралось лише в деяких випадках; 3) наклеп; 4) розголошення відомостей, що принижують честь, отриманих таємно або отриманих протизаконним чином; 5) погрози (до яких вчений відносив діяння, в яких проявлявся умисел на вчинення злочину).

Н. А. Неклюдов, надаючи тлумачення образі, відповідальність за яку встановлювалась ст. 1534 Уложення 1866 р., вказував, що образою є особисте принизливе відношення, виражене у вчиненні активних дій, а не бездіяльність, вчинена у присутності потерпілого (образу не могла бути заочною). При цьому не визнавалась караною та не тягнула за собою кримінальну відповідальність образа, вчинена щодо близького родича, а також образу щодо потерпілої особи за її згодою¹.

У справах про образу, які були підвідомчі мировим судам, згідно із ст. 20 та 22 Уставу про покарання кримінальні та виправні могло застосовуватись примирення із ображеною особою, що тягло за собою відміну покарання.

У справах, які розглядались в судах, примирення допускалось відповідно до ст. 157 Уложення про покарання кримінальні та виправні лише до звернення вироку до виконання. Примирення сторін не позбавляло потерпілого права звернутися з вимогою про відшкодування заподіяної шкоди та збитків. Примирення могло досягатися двома шляхами: 1) за ініціативою сторін; 2) схвалення до примирення судом. В ч. 1 ст. 138 Уставу вказувалось, що винувата особа не піддавалась покаранню, «коли сам ображений наніс образнику рівну або більш тяжку образу»².

Як видно із вищевказаного, до законодавчої реформи 1864 р. уся судова система будувалася на основі становості. Особливі судові органи існували для дворян, міських мешканців та селян, а також виділялися й інші їх види.

Через 3 роки після скасування кріпосного права 1861 р. було розпочато судову реформу. Так, у 1864 р. були видані Судові статuti, які складалися з чотирьох законів, серед яких і новий Статут кримінального судочинства. Стаття 705 цього Статуту передбачала можливість для чоловіка чи дружини обвинуваченої особи, її ро-

¹ Неклюдов Н. А. Руководство к Особенной части Русскаго уголовного права. Т. 1. Преступления и проступки против личности. Санкт-Петербург, 1876. С. 5.

² Сухомлинов И. Н. Примирение по делам об оскорблении чести (вторая половина XIX — XX века) // Правоведение. 2006. № 4 (267). С. 201–206.

дичів за прямою лінією, висхідною чи низхідною, а також рідних братів та сестер усунути себе від свідчень, а якщо вони не захочуть скористатися цим правом, то повинні допитуватися без складання присяги. Однак гідність особи в її прямому тлумаченні все ж таки не цінувалася. Та цього й не могло бути, оскільки реформа проводилася у державі з абсолютистською формою правління, зі становим устроєм, у якій ззовні демократичний суд засновувався урядом Олександра II не стільки з метою вдосконалення судового порядку, скільки з метою збереження самодержавства¹. Про захист особи, а також визнання та повагу до її гідності не могло й бути мови, оскільки були відсутні елементарні громадянські права та свободи, на яких ґрунтується визначення гідності особи.

Таким чином, до жовтневого перевороту 1917 р. гідність мала яскраво виражений становий характер і виявлялась в так званій «честі». З огляду на це, люди оцінювалися диференційовано — зазначена «честь» була прерогативою окремих станів, які володіли багатствами, певним соціальним статусом, були наближені до государя або мали славу чи володіли іншими заслугами перед державою. І лише така честь охоронялась державою та забезпечувалась правосуддям. Особи не визнавалися рівними в моральному сенсі, тому суто людська гідність, яку людина здобувала з народження, залишалася у затінку. Інтереси держави завжди стояли вище за інтереси особи, суспільство жорстко регламентувало поведінку кожного індивіда, а будь-яке ухилення від норми каралося разом із спонуканням людини до певних дій².

Після Жовтневої революції 1917 р. у вітчизняному праві почали закладатися основи нового розуміння честі та гідності. Так, вже у перших нормативних актах нової держави, зокрема, в «Декларации прав трудящихся и эксплуатируемых народов» були проголошені такі важливі принципи, як ліквідація усіх станових, національних та релігійних привілеїв і обмежень³.

М. Мікуліна вказує, що до XX ст. за завдання моральної шкоди застосовувались покарання, які у більшості випадків були кримінально-правовими⁴. Тенденція демократизації кримінального та

¹ Немытина М. В. Суд в России. Вторая половина XIX — начало XX века. Саратов: СЮИ МВД, 1999. С. 245.

² Дворянкина Т. С. Уважение чести и достоинства личности как нравственная основа судебного разбирательства: дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2006. С. 26–27.

³ Хрестоматия по истории отечественного государства и права. Послеоктябрьский период / под ред. О. И. Чистякова. Москва, 1994. С. 14.

⁴ Мікуліна М. Відшкодування майнової та моральної (немайнової) шкоди, завданої незаконними діями: ретроспектива та сьогодення // Право України. 2004. № 12. С. 109–111.

кримінально-процесуального законодавства яскраво виявилась у прийнятій у 1936 р. Конституції СРСР, яка, спираючись на досягнення кримінального та кримінально-процесуального законодавства, закріпила на конституційному рівні принципи забезпечення обвинуваченому права на захист, недоторканності особи й житла, таємниці листування та ін. Але усі вищезазначені зміни мали відверто декларативний характер, про що свідчить практика радянського правосуддя 30-х рр.

Прийняття у 1958 р. Основ кримінального законодавства Союзу РСР та союзних республік знаменувало собою новий етап в демократизації кримінального та кримінально-процесуального законодавства.

У КК УРСР 1960 р. запроваджено кримінальну відповідальність за наклеп та образи. Згідно із ст. 125 КК УРСР 1960 р. наклепом визнавалось «поширення у будь-якій формі завідомо неправдивих вигадок, які ганьблять іншу особу», що каралось виправними роботами на строк до трьох місяців або штрафом у розмірі до тридцяти карбованців, або громадською доганою. Кваліфікованими ознаками наклепу були вчинення наклепу особою, раніше судимою за наклеп, поєднання його з обвинуваченням у вчиненні особливо небезпечного державного злочину або тяжкого злочину, за який передбачено позбавлення волі до 8 років і більше чи смертну кару. Покарання та кваліфіковані ознаки наклепу протягом дії КК УРСР 1960 р. змінювались та доповнювались тричі, а в останній редакції за наклеп було також передбачено позбавлення волі до одного року та додано ще один кваліфікований склад злочину — наклеп через ЗМІ.

Поширені вигадки мали бути такими, що принижують потерпілого серед громадськості, загально визнаних правил співжиття та принципів людської моралі та повинні стосуватись фактів теперішнього або минулого часу життя потерпілої особи¹, розповсюджені хоча б однієї сторонній особі, а у випадку їх повідомлення самому потерпілому у непристойній формі вказані дії кваліфікувались за ст. 126 КК УРСР як «образ»².

Образою згідно із ст. 126 КК УРСР 1960 р. визнавалось «умисне приниження честі і гідності особи, виражене в непристойній фор-

¹ Уголовный кодекс Украины: науч.-практ. коммент. / [отв. ред.: С. С. Яценко, В. И. Шакун, В. И. Антипов, В. А. Клименко]. Киев: Правові джерела, 1998. С. 482.

² Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України: спец. вип. / [голов. ред. В. С. Ковальський; отв. ред.: Я. Ю. Кондратьєв, С. С. Яценко; спец. ред.: В. І. Антипов, В. А. Клименко]. Київ: Юрінком, 1994. С. 362.

мі», яка каралась виправними роботами до 3 місяців або штрафом або громадською доганою, а протягом дії КК УРСР 1960 р. покарання змінювалось двічі та в останній редакції збільшено строк виправних робіт до одного року, проте кваліфікованих складів злочину не передбачалось в жодній із редакцій ст. 126 КК УРСР. Головною ознакою образи було приниження честі та гідності в непристойній формі, тобто із використанням нецензурної лексики, насильницьких дій, іншим шляхом, що суперечило прийнятому спілкуванню між людьми.

Вказані категорії злочинів належали до справ приватного обвинувачення, тобто кримінальна справа порушувалась судом виключно за скаргою потерпілої особи. Встановлення того, що відомості є недостовірними та ганьблять особу, а також встановлення непристойної форми приниження честі та гідності — це оціночне питання факту, яке вирішується у кожному конкретному випадку окремо¹.

З 1 вересня 2001 р. набув чинності КК України від 5 квітня 2001 р., яким не передбачено кримінальної відповідальності за образу чи наклеп. У КК України честь та гідність особи згадуються в положеннях таких статей, як: ст. 120 «Доведення до самогубства», ч. 2 ст. 154 «Примушування до вступу в статевий зв'язок», ст. 161 «Порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності, релігійних переконань, інвалідності та за іншими ознаками», ч. 2 ст. 365 «Перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу», ч. 2 ст. 387 «Розголошення даних оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування».

У порівнянні із КК України 2001 р., КК України 1960 р. містив як загальні кримінально-правові норми, такі як ст. 125 «Наклеп», ст. 126 «Образа», так і спеціальні кримінально-праві норми: ст. 176-3 «Образа судді», ст. 189 «Образа представника влади або представника громадськості, що охороняє громадський порядок», ст. 189-1 «Образа працівника правоохоронного органу, члена громадського формування по охороні громадського порядку або військовослужбовця» та інші, що забезпечували захист честі та гідності особи². Проте із прийняттям КК України 2001 р. вказану систему злочинів проти честі та гідності особи було декриміналізовано.

¹ Уголовный кодекс Украины: науч.-практ. коммент. / [отв. ред.: С. С. Яценкои др.]. Киев, 1998. С. 484.

² Там само. С. 481–485, 711, 763–765.

Отже, з урахуванням викладеного вище можна зробити висновки, що протягом всієї історії розвитку кримінального законодавства посягання на честь та гідність було підставою кримінальної відповідальності. На кожному етапі вказані злочини мали свої особливості.

За часів Київської Русі відповідальність передбачалася лише за образу честі дією, а відповідальність за образу честі словом — лише щодо образи жінки. У цей період потерпілим від образи могла бути лише вільна людина. Образа честі та гідності фізичної особи сприймалась як така, що принижує честь та гідність не лише вільної людини, а й честь та гідність сім'ї, роду, до якого належала вільна людина. Позначення злочину терміном «образа» свідчить, що кожне злочинне діяння опосередковано заподіяло шкоду честі та гідності потерпілій особі. За образу честі та гідності особи за часів Київської Русі передбачались майнові покарання, вид та розмір яких залежав від належності людини до певного стану. Розмір майнового покарання за образу був набагато більшим, ніж за тілесні uszkodження.

На другому етапі становлення кримінальної відповідальності за посягання проти честі та гідності особи кількість підстав відповідальності збільшилась. Не лише покарання, а самі посягання проти честі та гідності поділялися вже чітко залежно від родового стану потерпілого. Окремими кримінально-правовими нормами охоронялись честь та гідність судді. За посягання проти честі та гідності на цьому етапі розвитку кримінального законодавства застосовувались не лише майнові покарання, а й тюремне ув'язнення, тілесні покарання, вигнання із общини. Образа словом визнавалось злочином лише у випадках оприлюднення її у присутності потерпілої особи, винятком із цього була образа короля.

У період розвитку кримінального права за радянської доби честь та гідність зазнали належного захисту. Передбачались як загальні кримінально-правові норми за посягання на честь та гідність (ст. ст. 126, 127 КК України 1960 р.), так і спеціальні кримінально-правові норми (ст. ст. 176-3, 189, 189-1 КК України 1960 р.). Недоліком кримінально-правового захисту цього періоду є ідеологічне, «політичне забарвлення» та визнання першопричиною охорони гідності людини не природної потреби людини, а досягнення боротьби пролетаріату.

На сучасному етапі розвитку кримінально-правової охорони честі та гідності, як зазначалось раніше, неодноразово робились спроби запровадження кримінальної відповідальності за наклеп. Вказані неодноразові законодавчі ініціативи підтверджують ак-

туальність запровадження кримінальної відповідальності. Аналіз вказаних проектів законодавчих актів в інших публікаціях¹ свідчить, що вказані проекти законодавчих актів мали ряд істотних недоліків. Дослідження історіографії охорони честі та гідності в історичних пам'ятках вказує на ряд корисних положень, які слід включити до проектів кримінально-правових норм:

— дії, в яких психічні страждання конкурували з тілесними ушкодженнями, визнавались образою; наругу над могилою або тілом померлої особи відносили до посягань проти честі та гідності;

— не визнавались образою дії, завдані потерпілій особі у відповідь на рівну або більш тяжку образу;

— наслідком клевети може бути «унеможливлення здійснення подальшої професійної діяльності цієї особи» або «позбавлення права займати певні посади або займатися певною діяльністю»;

— «штраф», «позбавлення права обіймати певні посади або займатися певними видами діяльності» — це ті види покарання, які історично застосовувались за клевету та образу, доцільно передбачити їх як види покарань за клевету в чинному КК України;

— справи проти честі та гідності особи часто вирішувались шляхом примирення сторін, про що свідчить існування декількох підстав примирення, вказані категорії справ належали до справ приватного обвинувачення.

¹ Підгородинський В. Криміналізація клевети: дослідження останніх законодавчих ініціатив // Вісник прокуратури. 2014. № 8. С. 118–128.

Захист суспільної моралі є конституційним обов'язком держави та складовою захисту національної безпеки України. Захист суспільної моралі полягає у найбільш узагальненому вигляді у відродженні духовних цінностей Українського народу, захисті та примноженні культурного надбання, збереженні національної та культурної спадщини, підтримці розвитку культури і мистецтва, протидії негативним явищам у соціально-духовній сфері. Повернення до витоків формування права, якими виступає культура у різних формах свого існування, забезпечує формування кримінальної політики нового, сучасного рівня, здатного задовольнити як теорію, так і практику застосування права. Визначення напрямку комплексного дослідження сучасної кримінальної політики вимагає звернення до аналізу правових реалій, без змістовних характеристик яких подальше дослідження втрачає методологічне підґрунтя

Дослідження кримінально-правової охорони моральності як соціально та історично детермінованого явища антропогенезу є складним процесом щодо вивчення соціальних передумов криміналізації злочинів проти моральності, особливостей формування сучасної концепції кримінально-правової охорони та перспектив удосконалення відповідних норм. Наявність численних наукових позицій, які іноді є протилежними з приводу окремих дискусійних питань щодо регламентації кримінально-правової охорони моральності в часи культурного релятивізму, вказує як на актуальність проблематики, так і на значні ускладнення у процесі кваліфікації злочинів, які посягають на відповідні об'єкти.

Проте формування методологічного плюралізму у теорії права надає нові шанси для кримінальної політики загалом. У цьому сенсі велике значення мають роботи філософів-антропологів та правознавців Б. Г. Ананьєва, Н. М. Амосова, В. В. Завальнюка, С. А. Гудимова, А. А. Козловського, К. Н. Любутіна, С. І. Максимова, Б. В. Маркова, Ю. М. Оборотова, В. Т. Пуляєва, П. М. Рабіновича, В. В. Шаронова, Т. В. Холостова та ін. Загальна пробле-

матика моральності як об'єкта кримінально-правової охорони досліджувалася в працях таких учених, як: Ю. В. Александров, П. П. Андрушко, В. О. Владіміров, П. І. Гришаєв, П. Ф. Грішанін, І. М. Даньшин, В. Т. Дзюба, С. Ф. Денисов, О. С. Капінус, І. Я. Козаченко, В. С. Комісаров, О. І. Коробєєв, О. В. Куделіч, В. В. Кузнецов, В. М. Куц, І. П. Лановенко, В. А. Ломако, Г. І. Піщенко, Ю. Є. Пудовочкін, П. П. Сердюк, М. І. Трофимов, А. П. Тузов, В. І. Тютюгін, А. Є. Шалагін, С. С. Яценко та ін. Відомо, що відносна неефективність кримінально-правової науки сьогодення пов'язана також і з вадами методологічного інструментарію позитивного права. На жаль, саме цим обумовлюється відсутність у сучасній кримінальній доктрині України досліджень ефективності кримінально-правового впливу, бо неможливо прорахувати соціальні процеси, керуючись лише юридико-догматичними методами пізнання.

З точки зору теорії криміналізації, можливо, це пов'язане із пануванням класичної методології позитивно-правових досліджень. Однією з основних проблем філософії кримінального права сьогодні є не стільки проблема покарання, його обсягу та мети, скільки проблема заборони діяння КК, межа кримінальної протиправності, фактично — координат меж кримінального правопорушення. Моральна та когнитивна адекватність правової заборони стає трендом. Захист суспільної моралі є конституційним обов'язком держави та складовою захисту національної безпеки України. Захист суспільної моралі полягає у найбільш узагальненому вигляді у відродженні духовних цінностей Українського народу, захисті та примноженні культурного надбання, збереженні національної та культурної спадщини, підтримці розвитку культури і мистецтва, протидії негативним явищам у соціально-духовній сфері.

Поняття «моральності» неоднозначно тлумачиться в теорії кримінального права. При цьому фахівці, як правило, відрізняють терміни «мораль» та «моральність». У діючому КК України 2001 р. законодавець майже після сторічної перерви наділив злочини проти моральності самостійним статусом. Однак відокремлення в КК України 2001 р. злочинів, які аналізуються, в самостійний розділ обумовлено не тільки і не стільки даниною, в законодавчій традиції, скільки існуючим станом моральнісних устоїв суспільства, які на сучасному етапі розвитку держави потребують кримінально-правового захисту¹. Мораль — система поглядів, уявлень, норм та оцінок, що регулюють поведінку людей у суспільстві. Мораль

¹ Кучанська Л. С. Злочини проти моральності: історичний аспект // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. 2004. № 4. С. 103–108.

— один з основних способів нормативної регуляції дій людини. Мораль і право тісно переплітаються. Моральні норми суспільства, яке домінує у державі, втілюються в законодавчих актах. У юридичній літературі «моральність» подекуди асоціюють із «громадською мораллю», «громадською моральністю», «суспільною мораллю» та «суспільною моральністю», «моральні засади суспільства», «моральнісними засадами суспільства»¹. Слід згадати, що, згідно зі ст. 1 Закону України «Про захист суспільної моралі» від 20 листопада 2003 р., суспільна мораль — це система етичних цінностей, правил і норм поведінки, що склалися у суспільстві на основі традиційних духовних і культурних надбань, уявлень про добро, совість, гідність, свободу, відповідальність, громадський обов'язок, толерантність, спрямованих на творчу самореалізацію особи в усіх сферах життя².

Захист суспільної моралі засобами кримінального права полягає у здійсненні органами державної влади діяльності, спрямованої на кримінально-правову протидію розповсюдженню продукції та показу видовищних заходів, які завдають шкоди суспільній моралі, а саме: недопущення пропаганди расової і національної ворожнечі, фашизму, неофашизму, українофобії, ксенофобії, антисемітизму, нетерпимості та насильства, образи нації чи особи за національною ознакою тощо, а також у здійсненні регулювання обігу продукції сексуального та еротичного характеру, продукції, що містить елементи насильства та жорстокості, показу видовищних заходів еротичного характеру з метою уникнення їх доступності неповнолітнім.

Питання захисту моральності засобами кримінального права є окремим елементом відповідної моделі кримінально-правових відносин практично у більшості країн світу. Так, за даними досліджень С. П. Репецького, який здійснив комплексний порівняльний аналіз щодо суспільної моральності як об'єкта кримінально-правової охорони, було виокремлено три специфічні групи зарубіжного кримінального законодавства залежно від нормативної конкретизації цього об'єкта:

«1) кримінальне законодавство, що виділяє суспільну моральність як об'єкт злочинного посягання в окремі розділи або глави

¹ Узагальнення судової практики в частині розгляду справ про адміністративні правопорушення та кримінальних справ про злочини проти громадського порядку та моральності (ст. 173 КУпАП, ст. ст. 293–304 КК України) у 2011 р. URL: <http://kr.vn.court.gov.ua/sud0210/analiz/18717>.

² Про захист суспільної моралі: Закон України: від 26 листоп. 2003 р. URL: <http://zakon.nau.ua/doc/?code=1296-15>.

(зокрема, КК Австрії, КК Голландії, КК Литовської Республіки, КК Азербайджанської Республіки, КК Ірану, КК Південної Кореї);

2) кримінальне законодавство, що передбачає два або більше родових об'єкта посягання в одному розділі чи главі, один з яких — суспільна моральність (зокрема, КК Польщі, КК Латвії, КК РФ, КК Республіки Білорусь, КК Киргизької Республіки, КК Грузії, КК Республіки Казахстан, КК Вірменії, КК Республіки Таджикистан, КК Республіки Узбекистан, КК Туреччини);

3) кримінальне законодавство, що не виділяє суспільну моральність в окремі розділи або глави, хоч і передбачає відповідальність за злочинні діяння проти неї (зокрема, КК ФРН, КК Швейцарії, КК Франції, КК Іспанії, КК Республіки Болгарія, КК Республіки Молдова, Пенітенціарний кодекс Естонської Республіки, КК Швеції, КК Норвегії, КК Данії, КК КНР, КК Японії, Зведення законів США, кримінальне законодавство Англії)¹.

Дослідження кримінально-правової охорони моральності як соціально та історично детермінованого явища антропогенезу є складним процесом щодо вивчення соціальних передумов криміналізації злочинів проти моральності, особливостей формування сучасної концепції кримінально-правової охорони та перспектив удосконалення відповідних норм. Наявність численних наукових позицій, які іноді є протилежними з приводу окремих дискусійних питань щодо регламентації кримінально-правової охорони моральності в часи культурного релятивізму, вказує як на актуальність проблематики, так і на значні ускладнення у процесі кваліфікації злочинів, які посягають на відповідні об'єкти. З цього боку особливо цікавим є використання методології антропологічного аналізу процесів та явищ для формування оптимальних механізмів кримінально-правового захисту моральності.

З нашої точки зору, основні завдання антропологічного аналізу законопроектної діяльності щодо протидії злочинам проти моральності пов'язано із:

— отриманням емпіричних даних про правові умови життя, діяльності людини і організацій, що можуть вплинути на сутність регуляції проблеми; визначення «розривів», найбільш гострих проблем, неефективних методів правового регулювання відносин між людьми (суб'єктами права), модель якого міститься у запропонованому тексті;

¹ Репецкий С. П. Суспільна моральність як об'єкт кримінально-правової охорони: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Нац. акад. внутр. справ. Київ, 2010. 20 с.

— визначенням найбільш перспективних методів правової регламентації з точки зору комфортності виконання людьми правових команд. Відповідно, техніка аналітичної роботи в рамках юридико-антропологічного аналізу моральності пов'язана із визначенням цілей правового регулювання, сфер антропологічного інтересу різних учасників кримінально-правових відносин, статусу учасників, прогнозованого стану суспільства в результаті застосування акту, ступенем когнитивної обізнаності та доступності правової заборони для правопорушника та правозастосовувача, обізнаності нею потерпілого;

— здатністю мотивації та профілактичного впливу;

— коректністю і логікою регламентування заборони з точки зору її реалізації громадянами;

— формуванням соціально значущих настанов;

— вивченням правової поведінки та дискреційних повноважень учасників правовідносин у процесі правореалізації;

— забезпеченням та несуперечністю міжнародно визаним та конституційним соціальним свободам, правам та гарантіям особистості;

— з'ясуванням суб'єктних оцінок кримінально-правової норми з точки зору правозастосовців та інших учасників кримінальних правовідносин.

Класичною формою неврахування мотиваційних характеристик делікту моральності була криміналізація зайняття проституцією у ст. 303 КК України до 2006 р. Економічна та соціальна детермінованість зайняття проституцією та відносно малий осуд цих діянь серед пересічного населення призвели к повній неефективності норми. До того ж невдала законодавча конструкція, що ввела термін «систематичність надання сексуальних услуг за платню», як основний елемент об'єктивної сторони ч. 1 ст. 303 КК, був у протиріччі із ідеологією ліквідації адміністративної преюдиції та недопустимості використання правила «ne bis dem idem». Саме неврахування позицій громадян щодо значущості кримінально-правової заборони проституції призвело до декриміналізації складу, передбаченого ч. 1 ст. 303 КК.

Таким чином, з антропологічної точки зору, сучасне кримінальне право у захисті суспільної моральності розглядається як необхідний інструмент забезпечення суспільної і національної безпеки, гарант суспільного спокою, який специфічними засобами регулює антисоціальну активність суб'єктів злочину.

Звідси режим реалізації права протидії злочинам проти моральності прямо пропорційний рівню як правової культури, так

і загальної культури населення. Це питання набуває особливого змісту в умовах реформування сучасної правової системи України, яке спрямоване на адаптування до власних соціальних умов кримінально-правових встановлень, що формувалися в інших соціальних передумовах.

Вочевидь, що дискусійність питань антропологічних коренів регуляції злочинів проти моральності впливає з запозичення авторами КК 2001 р. різних по формі та по сенсу деліктів у відповідний розділ, уперше з'явившись у вітчизняному кримінальному праві. Від визначеності даного питання залежить рівень правопорядку, оскільки «чужі» правові встановлення, не адаптовані до власного соціального середовища, або ігноруються, або відверто порушуються на підставі не зрозумілості мети їх застосування для суб'єктів права.

Можна зробити висновок, що удосконалення правових механізмів регулювання суспільних відносин, що виникають у духовній сфері, повинно стати пріоритетним напрямком державної політики (у тому числі і кримінальної політики) в галузі забезпечення моральності і духовної безпеки особистості, суспільства і держави.

Здійснення такої політики припускає, зокрема, і вдосконалення існуючої системи і юридичних ознак складів відповідних злочинів, а також розробку нових складів злочинів (з урахуванням специфіки як кримінальної відповідальності, так і духовної сфери життя) і включення відповідних правових норм у чинний КК України.

Виходячи із інтересів громадян, обумовлених їх громадянською позицією удосконалення організаційно-правового механізму, спрямованого на захист суспільства від негативного впливу культу насильства, жорстокості, порнографії, на унеможливлення пропаганди наркоманії, алкоголізму, тютюнопаління, фашизму, неофашизму, ксенофобії, антисемітизму, расової і національної ворожнечі та реалізацію права громадян на інформаційний простір, вільний від матеріалів, що становлять загрозу фізичному, інтелектуальному, морально-психічному стану населення, має обумовити подальший розвиток законодавства у сфері, що вивчається.

Певним досягненням нашого кримінального законодавства вважається те, що ідея диференціації кримінальної відповідальності у публічній та не публічній управлінських сферах реалізована в Україні на законодавчому рівні. Аналізуючи генезис розвитку кримінальної відповідальності за зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, можна дійти висновку, що ці норми зародились ще у XIX ст., так як «Уложення про покарання кримінальні і виправні» передбачало кримінальну відповідальність нотаріусів за їх дії всупереч закону. У радянський період не існувало спеціальної норми, яка передбачала б кримінальну відповідальність осіб, які надають публічні послуги. Основною причиною трансформацій сьогодення є припущення можливості учинення кримінальних правопорушень новими суб'єктами, що виникають у зв'язку із розвитком системи управління з використанням якостей ресурсів суспільства, пов'язаних з наданням публічних послуг. Отже криміналізація зловживання професійною діяльністю, яка пов'язана з наданням публічних послуг, є відносно самостійним напрямом кримінально-правової політики України, під якою розуміється система стратегічних і тактичних заходів, що забезпечують належну розробку, своєчасне запровадження та ефективну реалізацію норм кримінального права, спрямованих на охорону від небезпечних посягань суспільних відносин, які здійснюються у сфері професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Виникла низка груп нових суспільно небезпечних діянь, до яких віднесено зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги.

Кримінальне законодавство і теорія кримінального права різних країн намагалися і намагаються знайти оптимальні відповіді на питання:

а) хто має бути суб'єктом кримінально-правових відносин і може нести відповідальність за корупційні злочини;

б) які межі кримінальної відповідальності будуть найбільш оптимальними і розумними для різних за своїм статусом осіб, які надають публічні послуги.

Нині в нашій державі відбуваються складні реформаційні процеси, поряд з якими питання удосконалення та ефективності кримінального законодавства набуває особливого значення.

Зважаючи на численність вчинення латентних злочинів у службовій та професійній діяльності, пов'язаній із наданням публічних послуг, беручи до уваги велику кількість змін та доповнень, що вносились до КК України останніми роками, актуальним є дослідження організації кримінально-правової політики зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги. Загальновизнано, що зловживання правом у сфері надання публічних послуг вважається невирішеною проблемою у світовому правовому просторі. Ці зловживання впливають на економіку і політику, право та ідеологію не тільки малорозвинених держав, а й світових лідерів. Нині і практики, і вчені погоджуються з думкою про те, що абсолютне викорінення зловживань у цій, як і у службовій сфері, мабуть, неможливе. Наразі головним завданням є локалізація цих протиправних явищ, зменшення їх обсягу та сфер існування. Справа до того ж і у тому, що під впливом розвитку професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, низка раніше відомих злочинів суттєво трансформувалася. Основні закономірності видозміни раніше відомої злочинності та виникнення нових видів суспільно небезпечних діянь, які відбуваються під впливом розвитку сучасних корупційних практик, виходять з того, що основною причиною таких трансформацій є можливість учинення їх з використанням якостей ресурсів суспільства, пов'язаних з наданням публічних послуг. Тобто трансформація попиту веде до розвитку нової системи сервісів у галузі державного управління. На жаль, відбуваються і відповідні трансформації у сучасній злочинності. Так, до групи трансформованих злочинів належать: традиційні злочини, які у сучасному інформаційному суспільстві можуть вчинюватися у спосіб використання властивостей спеціального суб'єкта, та відносно нова група суспільно небезпечних діянь терористичної спрямованості, які здійснюються у спосіб використання професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг.

Особливо гостро це питання актуалізувалось у зв'язку із прийняттям низки антикорупційних законів, із внесенням до КК ст. 365² та науковими дискусіями стосовно диференціації кримінальної відповідальності стосовно злочинів у службовій діяльності

та професійній діяльності, пов'язаній із наданням публічних послуг. Зміни у сучасній кримінальній політиці України щодо протидії антисуспільній діяльності, пов'язаній з наданням публічних послуг, внесені до розділу XVII Особливої частини КК та обумовлені ратифікацією Україною Конвенції ООН проти корупції (підписана від імені України 11 грудня 2003 р. у м. Меріда, Мексиканські Сполучені Штати), Кримінальної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією (підписана від імені України 27 січня 1999 р. у м. Страсбурзі) та Додаткового протоколу до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією (підписаний від імені України 15 травня 2003 р. у м. Страсбурзі), іншими міжнародними зобов'язаннями України у галузі забезпечення верховенства права та безпеки на Європейському континенті.

Службові злочини взагалі та їх окремі складі вивчали у своїх працях радянські (В. Ф. Кириченко, М. Д. Лисов, Б. В. Здравомислов, А. В. Галахова, А. К. Квіцінія, А. Н. Трайнін та інші) та сучасні вчені (П. П. Андрушко, А. А. Стрижевська, М. І. Мельник, М. І. Хавронюк, О. Ф. Бантишев, Д. Г. Михайленко та інші), однак жодна з їхніх праць не присвячена зловживанню повноваженнями особами, які надають публічні послуги. Існують дисертаційні дослідження, у яких розглядалися питання кримінальної відповідальності за зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, проте усіх проблем кримінальної політики у цій галузі вони не вирішують.

На сьогодні відповідальність за злочинні посягання службових осіб та осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, передбачена різними розділами Особливої частини КК. Залежно від конструкції суб'єктного складу злочинів, які можуть бути скоєні службовими особами, а також особами, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, можна виділити загальні і спеціальні злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг.

З точки зору об'єктивної сторони складу злочину діяння, яке полягає у використанні особою своїх повноважень, наданих у зв'язку із здійсненням професійної діяльності (у сфері адміністративній, соціальній, з надання правової допомоги, житлово-комунальній, інформаційній, медичній, сфері оздоровлення й відпочинку, освітній, транспортній тощо), є публічною послугою — тобто публічно-владною діяльністю суб'єкта управління, яка пов'язана із виконанням його повноважень та спрямована на забезпечен-

ня умов для реалізації суб'єктивних прав фізичної або юридичної особи і здійснювана за її заявою.

Поруч з цим таке визначення публічної послуги є достатньо аморфним поняттям, зміна змісту якого залежить від характеристик розвитку інституційних складових системи державного управління, централізаційних чи децентралізаційних процесів, економічного і політичного стану держави, розвитку системи паралельних послуг у сфері громадянського суспільства та економіки.

Аморфність поняття не дозволяє сьогодні чітко визначити пріоритети та перспективи розвитку кримінальної політики у цій сфері, обмежує предметні складові останньої. П. Л. Фріс визначає предметні основи кримінально-правової політики наступним чином:

- основні принципи;
- питання криміналізації та декриміналізації;
- характер караності та умов звільнення від відповідальності;
- визначення альтернативних до покарання кримінально-правових заходів впливу;
- тлумачення законодавства;
- вплив на ефективність норм кримінального права;
- визначення шляхів ефективності кримінально-правової політики;
- підвищення рівня правосвідомості¹.

Принципи права та правозастовної діяльності у сфері криміналізації та декриміналізації публічних послуг є концептами та керівними ідеями, спрямованими на досягнення специфічними заходами кримінально-правового впливу та поведження з правопорушниками наступних цілей у представників системи державних сервісів. Доцільність та законність, невідворотність кримінальної відповідальності, економія кримінальної репресії, соціальна справедливність; захист основних прав та свобод вимагають як загальні принципи кримінальної політики певних обмежень системи та правил реалізації публічних послуг.

До таких правил реалізації можуть бути віднесеними: виховання розуміння сучасних соціально-правових проблем держави й світу, усвідомлення їх важливості, актуальності і універсальності, (зв'язку локальних з регіональними і глобальними); відродження кращих традицій українського народу та світової спільноти в діяльності по відправленню державних сервісів; формування розуміння необхідності подолання правового нігілізму та аномії;

¹ Фріс П. Л. Кримінально-правова політика України: дис. ... д-ра юрид. наук / Прикарпат. юрид. ін-т внутр. справ. Івано-Франківськ, 2005. 381 с.

розвиток особистої відповідальності за стан законності та правопорядку на місцевому, регіональному, національному і глобальному рівнях; розвиток умінь приймати відповідальні рішення щодо проблем надання державних сервісів; оволодіння нормами етики та психології публічної діяльності, медіації та посередництва. Ця мета досягається поетапно шляхом вирішення освітніх і виховних завдань та вдосконалення практичної діяльності. Зрозуміло, що норми КК відіграють у такий спосіб лише додаткову роль, проте саме вони у рамках сучасної моделі формування, реалізації та відтворення публічних послуг є гарантом зниження бюрократизму та патерналізму при державній діяльності.

Характер караності діяння у даному випадку формує окремий пласт суспільних відносин у кримінально-політичному сенсі. Справа у тому, що суттєві обмеження, пов'язані із додатковими заборонами застосування окремих норм КК (звільнення від відповідальності та покарання, привілеї та імунітети), призводять до звуження можливостей справедливого поведження з правопорушниками, порушують права і свободи громадян. Вважаємо, що реалізація кримінальної політики в такий спосіб не веде до поліпшення соціальної напруги у країні. Так, дійсно, протидія корупційним правопорушенням повинна носити системний характер. Але стратегія, за якою представники державного управління суттєво обмежуються в їх праві бути покараним (В. Туляков), веде до тінізації відносин та росту позаінституційних послуг та кримінальних практик. Більш того, вона не враховує проблеми організації справедливого поведження з правопорушниками, застосування інших, ніж покарання, заходів кримінально-правового впливу.

Звідси — неможливість тлумачення та чіткого розуміння судової практики, звідси — безкарність та латентність, неможливість зниження рівня латентності, масова фрустрація та формування прошарку злочинів відносно представників державної служби та інших осіб, що надають державні послуги.

Вважаємо, що для нейтралізації таких факторів необхідне послідовне вирішення питання оптимального співвідношення кари та інших заходів примусу при поведженні з корупційними правопорушниками, формування нової, демократичної кримінально-правової політики та політики, спрямованої на розвиток системи адміністративних послуг¹.

¹ Ківалов С. В., Фуглевич К. А. Адміністративні послуги: поняття, види, процедурне регулювання: монографія. Одеса: Фенікс, 2015. 233 с.

Таким чином, кримінально-правова політика у галузі криміналізації професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, є відносно самостійним напрямом розвитку кримінально-правової політики України, під якою розуміється система стратегічних і тактичних заходів, що забезпечують належну розробку, своєчасне запровадження та ефективну реалізацію норм кримінального права, спрямованих на охорону від небезпечних посягань суспільних відносин, які здійснюються у сфері професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг та організацію справедливого поведіння з правопорушниками. Об'єктом кримінально-правової політики у сфері забезпечення професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, має бути визнана система заходів, спрямованих на розробку і запровадження кримінально-правових засобів протидії порушенням права на отримання освіти в Україні та поведіння з правопорушниками. Саме кримінально-політична сфера сучасної пенальної науки повинна стати орієнтиром подальших розвідок у питанні характеристик сучасної протидії зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги. В процесі подальшого узгодження норми вважаємо за необхідне у ч. 1 ст. 365-2 КК зробити розгорнутий опис поняття «зловживання повноваженнями особою, яка надає публічні послуги».

Модель протидії корупції засобами кримінального права за порівняно короткий період часу (з 11 вересня 2009 р. по 10 листопада 2015 р.) багаторазово зазнавала, на перший погляд, кардинальних змін, що не сприяє виробленню єдиного підходу до інтерпретації та застосування КК України. Так, за означений період в Україні було прийнято 49 законів, які коригували масив антикорупційних норм, із яких 20 законів вносили зміни безпосередньо до КК України щодо кримінальної відповідальності за корупційні злочини. Осмислення ж зазначених новел з боку науковців та практичних працівників на сьогодні фактично знаходиться на початковому етапі, що прямо справляє негативний вплив на процес протидії корупції в Україні.

Така динаміка законодавства, а особливо кримінального, є вкрай негативним явищем. Тут слід погодитися, що при корисності та неминучості поточної правотворчості направленість зусиль держави на удосконалення кримінального законодавства не повинна суміщатися із настановою на безперервність правотворчого процесу. Повторюваність прийняття чергових законів про зміни і доповнення КК, навіть коли кожен з них окремо продиктований необхідністю вирішення якої-небудь соціально напруженої ситуації, у цілому має негативні наслідки, так як руйнується створена при кодифікації система законодавства, впроваджується у свідомість звичаєвість динамічно розвиваючогося, а не стабільного законодавства, кодифікований кримінальний закон, недосконалість якого підтверджується при обґрунтуванні внесених змін, втрачає свою авторитетність¹. Така нормотворча обстановка є одним із чинників руйнації методології нормативної стійкості кримінального права і дає підстави вести мову про кризу законодавчого права.

¹ Кленова Т. В. Основы теории кодификации уголовно-правовых норм: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2001. С. 17.

Вивчення ж означених вище змін до КК України щодо протидії корупції показує, що вони обумовлюються різними чинниками — реалізація державної антикорупційної політики, приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, імплементація до національного законодавства положень Конвенції ООН проти корупції, виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України, виконання рекомендацій Групи держав проти корупції (GRECO), гуманізація відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності, удосконалення оборонно-мобілізаційних питань під час проведення мобілізації тощо, а тому не об'єднані однією ідеологічною лінією і у зв'язку із останнім фактично є безсистемними.

Очевидно, що у такій ситуації значною мірою ускладнюється кримінально-правова оцінка злочинів із ознаками корупції, а також і саме сприйняття положень Кримінального закону суб'єктами корупційних злочинів. Описані вище зміни у законодавстві України (у тому числі і у КК України) були здійснені, незважаючи на негативні висновки Головного науково-експертного та Головного юридичного управлінь Апарату Верховної Ради України, проведені без їх наукового обґрунтування та всупереч науковим рекомендаціям, що не тільки порушило кодифіковану систему діючого Кримінального закону, а й зробило КК України занадто заплутаним і тяжким для сприйняття. Означене вище підтверджує правильність висновку проф. В. О. Тулякова про те, що КК України більшою мірою спрямований до правозастосовця, а не до осіб, поведінка яких регулюється. За такого стану Карний закон не може у повній мірі виконувати завдання із запобігання злочинам (ч. 1 ст. 1 КК України) і є переважно каральним інструментом.

У такій ситуації норми КК України, що покликані стримувати корупцію, самі є корупційним ризиком та основою для зловживань, оскільки містять надмірну кількість конкуруючих положень та перетинаються із нормами про адміністративну відповідальність за корупційні правопорушення. Означених проблем стало ще більше після численних змін КК України.

Для демонстрації негативного впливу на правову систему України активної та безсистемної поточної правотворчості у сфері кримінального права у цьому дослідженні обрана норма про кримінальну відповідальність за незаконне збагачення (діюча ст. 368-2 КК України). При цьому у якості гіпотези дослідження висувається теза, що генезис норми про незаконне збагачення є фак-

тором деформації механізму кримінально-правової протидії корупції в Україні, а сама норма не може вирішити задуманих законодавцем задач.

Дослідження розгортається таким чином, щоб показати необхідність розробки теорії кримінальної законотворчості та наукового забезпечення на підставі процесу внесення змін до Законодавства про кримінальну відповідальність.

Законодавець, передбачаючи кримінальну відповідальність за незаконне збагачення, у диспозиції цієї статті не розкрив об'єктивних і суб'єктивних ознак цього злочину та не врахував, що КК містить кримінально-правові норми, які передбачають відповідальність за аналогічні суспільно небезпечні діяння¹. У зв'язку із цим стаття про незаконне збагачення у структурі КК України виявилася досить незрозумілим інструментом.

Зазначене зумовило те, що стаття про незаконне збагачення у структурі КК України виявилася досить невизначеною як за змістом, так і за призначенням, що потребує вирішення із застосуванням наукової методології. Розробкою кримінально-правових проблем незаконного збагачення займалися такі вчені, як С. В. Гізімчук, О. О. Дудоров, В. М. Борков, В. М. Киричко, М. В. Кочеров, В. Н. Кубальський, В. І. Тютюгін та інші. Роботи цих вчених наблизили до розуміння складу незаконного збагачення за КК України, описали можливі шляхи реалізації цього інструменту у вітчизняній правовій системі тощо. Разом із тим на перших етапах дослідження важливим є встановити фактичну правову природу норми про незаконне збагачення, яка діяла та діє в Україні (ст. 368-2 КК України) і може бути розкрита шляхом дослідження генезису Кримінального закону у цій частині. Окремі етапи трансформації Кримінального закону, які пов'язані із змінами норми про незаконне збагачення, та деякі наслідки цього процесу були розкриті у попередніх роботах². Проте, враховуючи, що регламентація кримінальної

¹ Кочеров М. В. Відповідальність за незаконне збагачення (кримінально-правове та кримінологічне дослідження): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Держ. НДІ МВС України. Київ, 2013. С. 3; Тютюгін В. І. Новели кримінального законодавства щодо посилення кримінальної відповідальності за корупційні злочини: вирішення проблеми чи проблеми для вирішення // Юридичний вісник України. 2010. № 6. URL: http://yuricom.com/ua/yuridichnyi_visnyk_ukrainy/overview/?id=5364.

² Михайленко Д. Г. Місце норми про незаконне збагачення у механізмі кримінально-правової протидії корупційним злочинам // Молодий вчений. 2015. № 2 (17). С. 807–812. URL: <http://molodyvcheny.in.ua/files/journal/2015/2/489.pdf>; Михайленко Д. Г. Розвиток норми про незаконне збагачення в умовах зміни державної антикорупційної політики // Новітні тенденції законотворчо-

відповідальності за незаконне збагачення неодноразово змінювалася (відповідна стаття була введена до КК України згідно із Законом № 1508-VI від 11 червня 2009 р., втратила чинність на підставі Закону № 2808-VI від 21 грудня 2010 р., знову введена Законом № 3207-VI від 7 квітня 2011 р. та змінювалася законами № 221-VII від 18 квітня 2013 р., № 222-VII від 18 квітня 2013 р.; № 1698-VII від 14 жовтня 2014 р., № 198-VIII від 12 лютого 2015 р., № 770-VIII від 10 листопада 2015 р. тощо), важливо показати генезис цієї норми цілісно та із охопленням всіх змін, які відбулися. Крім того, необхідно також дослідити, яких змін зазнавав у цілому механізм кримінально-правової протидії корупційним злочинам у зв'язку із зазначеною динамікою законодавства. При цьому на сьогодні консолідованого дослідження становлення та розвитку норми про незаконне збагачення, яке б ураховувало всі зміни, внесені до КК України у даному аспекті, не існує, що зумовлює актуальність цієї роботи.

Зважаючи на наведене вище, метою цього дослідження є визначити на підставі вивчення генезису норми про незаконне збагачення проміжки часу, у які діяли різні моделі цієї норми, та встановити функції, які виконувала досліджувана норма у цих моделях. На підставі отриманого результату також слід визначити, яким чином трансформація норми про незаконне збагачення вплинула на механізм кримінально-правової протидії корупційним злочинам в Україні.

Інтерпретація норми про незаконне збагачення за допомогою різних методологічних підходів, як показує вивчення літератури, дає різні результати щодо розуміння мети, функції та змісту ознак незаконного збагачення. Серед усіх пізнавальних підходів суті та змісту норми права найбільш достовірні результати може дати герменевтика. Використання такого її ресурсу, як телеологічна інтерпретація, у випадку виявлення істинного призначення норми КК України про незаконне збагачення, як видається, суттєво наближує до розуміння її місця у системі кримінально-правової протидії корупційним злочинам. Враховуючи, що специфічною особливістю герменевтичного методу є його діалоговий характер, досягнення розуміння передбачає діалог автора й інтерпретатора, а сама інтерпретація невіддільна від процедури емпатії, суть якої полягає у тому, що дослідник ставить себе на місце автора — творця досліджуваного об'єкта, вживається в об'єкт дослід-

сті у сфері кримінального права: матеріали Інтернет-конф. (м. Одеса, 20 квіт. 2015 р.). URL: http://www.onua.edu.ua/downloads/crime_pravo/inter-conf_ugolpravo_20150420.doc.

ження і таким чином намагається зрозуміти смисл, укладений у ньому¹, необхідним є детальне дослідження причин, умов і ходу формування ст. 368-2 КК України.

Вперше стаття з назвою «Незаконне збагачення» під номером 368-1 пропонувалася до КК України законопроектом № 2112² з таким формулюванням основного складу злочину: «Отримання у власність службовою особою благ або оформлення передачі, надання таких благ її близьким родичам у значних розмірах, законність походження яких не підтверджена в установленому законом порядку (незаконне збагачення)...». При цьому значний розмір визначався як такий, що перевищує 50 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (далі також — НМДГ). Не складно помітити, що наведена конструкція є близькою до ст. 20 Конвенції ООН проти корупції³ (далі також — Конвенція). Також важливо акцентувати, що згідно із пояснювальною запискою до цього законопроекту⁴ одним із його основних завдань було приведення кримінального законодавства у відповідність до положень Конвенції ООН проти корупції.

Подальші видозміни проектованої норми про незаконне збагачення були пов'язані із роботою профільного комітету законодавчого органу. Так, 18 березня 2009 р. законопроект було розглянуто у цьому комітеті і враховано поправки депутатів [частково пропозицію С. Г. Міщенка (звертає на себе увагу, що загальна пропозиція зазначеного депутата про виключення цієї статті із законопроекту ґрунтувалася у тому числі на тому, що згідно зі ст. 20 Конвенції встановлення відповідальності за цей злочин є додатковим та факультативним кроком) і по суті у повній мірі поправку О. О. Буджерака]⁵. У зв'язку із цим у тексті законопроекту до другого читання ст. 368-1 КК України була викладена у такій ре-

¹ Яркова Е. Н. История и методология юридической науки: учеб. пособие. Тюмень: Изд-во Тюмен. гос. ун-та, 2012. С. 106–107.

² Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо відповідальності за корупційні правопорушення: проект Закону України № 2112 від 11 верес. 2006 р. (опрацьований Комітетом з питань боротьби з організованою злочинністю і корупцією станом на 17.11.2006 р.). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=30762.

³ Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції: від 31 жовт. 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. 2007. № 49. С. 2048. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_c16.

⁴ Пояснювальна записка до проекту Закону України № 2112 від 11.09.2006 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=30762.

⁵ Порівняльна таблиця до проекту Закону України № 0875 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо відповідальності за корупційні правопорушення» (друге читання) (Розгляд у Комітеті з питань боротьби з ор-

дакції: «Одержання службовою особою неправомірної вигоди або передача нею такої вигоди близьким родичам (незаконне збагачення)...», що повністю вихлостило суть цього злочину і, враховуючи подальше копіювання такого підходу у КК України, навіть сьогодні перешкоджає справедливому засудженню корупціонерів.

У такому вигляді ст. 368-1 була введена до КК України Законом № 1508-VI від 11 червня 2009 р.¹ При цьому принципів зауважень з боку Головного науково-експертного управління² та Головного юридичного управління³ щодо статті про незаконне збагачення, у тому числі щодо її невідповідності презумпції невинуватості, не було. Висловлювалися лише деякі редакційні побажання і вказувалися виключно проблеми розмежування незаконного збагачення з іншими правопорушеннями.

У наведеній редакції ст. 368-1 КК України вступила у дію з 1 січня 2011 р. і діяла до 5 січня 2011 р. включно, оскільки вона разом з усім масивом антикорупційних норм реформи, передбаченої пакетом законів від 11 червня 2009 р., втратила чинність згідно із Законом України від 21 грудня 2010 р.⁴ Такий крок у загальному вигляді був пояснений тим, що окремі положення цих законів не відповідали чинному законодавству, запропоновані у них заходи вирізнялися безсистемністю, запутаністю і неефективністю, а громадськістю та експертами неодноразово висловлювалися критичні зауваження щодо них, наголошувалося на неможливості застосування цих актів, оскільки вони порушують гарантовані Конституцією України права і свободи громадян⁵. Проте теж саме

ганізованою злочинністю і корупцією 18 березня 2009 р.). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=30762.

¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення: Закон України № 1508-VI від 11 черв. 2009 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1508-17>.

² Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо відповідальності за корупційні правопорушення» (До № 2112-Д від 20 листопада 2006 р.). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=30762.

³ Зауваження Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» (реєстраційний № 0875). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=30762.

⁴ Про визнання такими, що втратили чинність, деяких законів України щодо запобігання та протидії корупції: Закон України № 2808-VI від 21 груд. 2010 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2808-17>.

⁵ Пояснювальна записка до проекту Закону України № 7487 від 17.12.2010 р. «Про засади запобігання і протидії корупції в Україні». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=39289.

характерно і для того антикорупційного законодавства, яке прийшло на заміну. Якщо не вдаватися в окремі відмінності, які, як видається, ще більше знизили дієвість антикорупційного правового інструментарію, у цілому діючі закони не тільки по суті, а й редакційно копіювали скасовані акти. Щодо норми про незаконне збагачення, то за новим законопроектом¹ у редакції відповідної статті лише запропоновано мінімальний поріг щодо розміру одержуваної неправомірної вигоди (значний розмір — 100 і більше НМДГ) без змін суті цього злочину. В альтернативному законопроекті², який виконував виключно технічну роль по розділенню антикорупційної ініціативи Президента України на два проекти законів України, стаття про незаконне збагачення була викладена наступним чином: «Одержання службовою особою неправомірної вигоди у значному розмірі або передача нею такої вигоди близьким родичам за відсутності ознак хабарництва (незаконне збагачення)». При цьому відповідно до правил кодифікації кримінально-правових норм нумерація ст. 368-1 КК була змінена на 368-2 КК. Тут слід акцентувати, що при обговоренні законопроекту повторну пропозицію депутата С. Г. Міщенка про виключення із цього акта, зокрема, статті про незаконне збагачення було відхилено у зв'язку із тим, що встановлення відповідальності за цей злочин обумовлено необхідністю імплементації положень Конвенції у національне законодавство³. У викладеному вигляді норма про кримінальну відповідальність за незаконне збагачення була закріплена у КК України згідно із Законом України від 7 квітня 2011 р.⁴ та набула чинності з 1 липня 2011 р.

У подальшому Законом України від 18 квітня 2013 р.⁵ у ч. 1 ст. 368-2 КК України формулювання «за відсутності ознак ха-

¹ Про засади запобігання і протидії корупції: проект Закону України № 7487 від 17 груд. 2010 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=39289.

² Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення: проект Закону України № 7487-1 від 7 квіт. 2011 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=40128.

³ Порівняльна таблиця до проекту Закону України № 7487 «Про засади запобігання і протидії корупції в Україні» (повторне друге читання) (Розгляд у Комітеті з питань боротьби з організованою злочинністю і корупцією 5 квітня 2011 р.). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=39289.

⁴ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення: Закон України від 7 квіт. 2011 р. № 3207-VI. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3207-17>.

⁵ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією: Закон України від 18 квіт. 2013 р. № 221-VII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/221-18/paran40#n40>.

барництва» було замінено на «за відсутності ознак, зазначених у статті 368 цього Кодексу», що не вплинуло на суть норми і було пов'язано із переходом КК України від терміна «хабар» до терміна «неправомірна вигода».

У цьому контексті необхідно звернути увагу, що, на думку В. Н. Кубальського, необхідність введення спеціальної статті за незаконне збагачення в Україні 2011 р. обумовлювалася також тим, що предмет одержання хабара на той час в Україні традиційно мав винятково матеріальний характер, у той час як предмет незаконного збагачення згідно з положеннями ст. 368-2 КК України — як матеріальний, так і нематеріальний¹. Із такою тезою погодитися не можна, оскільки у момент введення статті про відповідальність за незаконне збагачення (як було встановлено — це була ст. 368-1 КК України, яка запроваджувалася Законом України від 11 червня 2009 р., а не у 2011 р., як пише автор) терміни «хабар» та «неправомірна вигода» охоплювали виключно майнові блага (як матеріального, так і нематеріального характеру). Крім того, із самого початку існування зазначеної вище норми відповідальності за це діяння передбачала наявність незаконного збагачення у значному розмірі, а сьогодні прямо вказується на набуття саме майна (активів), що, очевидно, виключало і виключає немайновий характер набутого при незаконному збагаченні.

Таким чином, незаконне збагачення в Україні було реалізовано з повним усуненням ризику порушення презумпції невинуватості, тобто обов'язок обґрунтувати законність походження відповідних активів у службовця відсутній, натомість правоохоронні органи зобов'язані довести незаконність одержання неправомірної вигоди, що зводить до «нуля» антикорупційний потенціал ст. 368-2 КК України (як елемента завершального рубежу кримінально-правової протидії корупції²), оскільки необхідно довести, яким саме незаконним шляхом службовець збагатився, а такі шляхи практично завжди є злочинними, що повертає правоохоронну систему до існуючої багато років неефективної системи протидії корупції, коли необхідно доводити наявність конкретного діяння навіть у ситуа-

¹ Кубальський В. Н. Проблеми кримінальної відповідальності за незаконне збагачення // Протидія злочинам у сфері службової діяльності (кримінологічні, кримінально-правові і кримінально-процесуальні проблеми). Київ, 2014. С. 168.

² Гіпотеза про необхідність побудови механізму кримінально-правової протидії корупції як багаторубіжної системи норм була висловлена і описана у інших публікаціях (наприклад: Михайленко Д. Г. Теоретичні аспекти трансформації інституту корупційних злочинів // Актуальні проблеми держави і права. 2014. Вип. 74. С. 338–346).

ція, коли майнові активи публічного службовця настільки непропорційні його офіційним доходам, що це породжує об'єктивну підозру його у корупційних діяннях.

У зв'язку із цим знаходив підтвердження висновок, що Україна запровадила кримінальну відповідальність за незаконне збагачення, виконавши формально свої міжнародні зобов'язання, пов'язані з ратифікацією Конвенції, а норма, передбачена ст. 368-2 КК України, не відображала належним чином ознаки незаконного збагачення як діяння, визначеного у ст. 20 Конвенції ООН проти корупції 2003 р.¹ Також варто погодитися, що закріплене у ст. 368-2 КК України визначення незаконного збагачення не лише створювало на практиці труднощі, пов'язані з відмежуванням цього службового злочину від інших злочинних посягань, вчинюваних службовими особами, і передусім від традиційного одержання хабара, а й вихолощувало основний зміст аналізованого корупційного діяння у розумінні Конвенції².

Можливо, зваживши у тому числі на це, 16 вересня 2014 р. Президентом України був зареєстрований проект Закону України № 5085³, який у первинному вигляді не містив положення про викладення ст. 368-2 КК України у новій редакції, проте у тексті законопроекту до другого читання (14 жовтня 2014 р.)⁴ така пропозиція вже була. У подальшому 14 жовтня 2014 р. цей проект було прийнято у другому читанні та у цілому⁵ і ст. 368-2 КК України отримала нову редакцію, яка набула чинності з 26 січня 2015 р. Так, із зазначеної дати незаконним збагаченням було визначено набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність майна, вартість якого значно перевищує доходи особи, отримані із законних джерел, або передача нею такого майна близьким родичам. Тут варто зауважити, що така формула незаконного збагачення вже пропонувалася

¹ Кубальський В. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення в контексті принципу презумпції невинуватості // Вісник Національної академії прокуратури України. 2013. № 3. С. 31.

² Дудоров О., Тертиченко Т. Незаконне збагачення: сумнівна новела антикорупційного законодавства України // Вісник Національної академії прокуратури України. 2011. № 3. С. 30.

³ Про систему спеціально уповноважених суб'єктів у сфері протидії корупції: проект Закону України № 5085 від 16 верес. 2014 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=5085&skl=8.

⁴ Про Національне антикорупційне бюро України: проект Закону України № 5085 від 16 верес. 2014 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=5085&skl=8.

⁵ Про Національне антикорупційне бюро України: Закон України від 14 жовт. 2014 р. № 1698-VII. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1698-18>.

раніше у проектах законів України № 4573 від 26 березня 2014 р.¹ та № 4780 від 24 квітня 2014 р.², які у свій час не набрали необхідної кількості голосів. У пояснювальних записках до наведених законопроектів, які у цій частині були ідентичними, зазначалося, що викладення ст. 368-2 КК України у новій редакції необхідне із метою приведення її у відповідність до ст. 20 Конвенції ООН проти корупції, а відповідальність за незаконне збагачення є одним з найбільш дієвих засобів протидії корупції, оскільки не залежить від виявлення та переслідування конкретних корупційних діянь і зосереджена на наявності надмірного майна публічного службовця, яке не можна пояснити законними джерелами отримання доходів. На думку авторів пропонованої редакції норми про незаконне збагачення, вона не передбачає перекладення тягара доведення на обвинуваченого — орган державного обвинувачення повинен навести докази всіх елементів відповідного складу злочину³, що споріднює обраний підхід із пропозицією В. М. Боркова і буде критично оцінений далі.

Між тим у час, коли норма про незаконне збагачення вже була викладена у новій редакції, проте ще не набрала чинності, а саме 27 грудня 2014 р., був внесений законопроект⁴, за яким пропонувалося викласти ст. 368-2 КК України в іншому вигляді. Так, незаконним збагаченням пропонувалося вважати одержання особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність необґрунтованого майна, а так само передача нею такого майна близьким родичам, членам сім'ї чи пов'язаним особам, або сприяння в передачі вказаним особам такого майна за відсутності ознак легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом. При цьому під необґрунтованим майном розумілося майно, вартість якого перевищує 300 НМДГ,

¹ Про Національне бюро антикорупційних розслідувань: проект Закону України № 4573 від 26 берез. 2014 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50428.

² Про Національне бюро антикорупційних розслідувань: проект Закону України № 4780 від 24 квіт. 2014 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50785.

³ Пояснювальна записка до проекту Закону України № 4573 від 26 березня 2014 р. «Про Національне бюро антикорупційних розслідувань». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50428; Пояснювальна записка до проекту Закону України № 4780 від 24 квітня 2014 р. «Про Національне бюро антикорупційних розслідувань». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50785.

⁴ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України: проект Закону України № 1660 від 27 груд. 2014 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53224.

якщо законність джерела походження грошових коштів чи іншого майна для його придбання не підтверджена в установленому законом порядку.

У пояснювальній записці¹ до наведеного вище законопроекту вірно відмічалось, що в абсолютній більшості випадків джерелом раціонально необґрунтованого збільшення майна посадовця державного органу чи державного підприємства може бути тільки торгівля його публічними повноваженнями/владою або привласнення державного майна. Тому встановлення факту надприбутків чиновника породжує великі сумніви в тому, що він не корумпований. Проте далі зазначалося, що, беручи до уваги об'єктивні українські реалії (у тому числі отримання більшістю населення заробітної плати неофіційно «в конверті»), більшість громадян не зможуть підтвердити джерело походження навіть незначного по вартості майна. З цієї причини пропонується ввести кримінальну відповідальність за незаконне збагачення за придбання не будь-якого майна (купівля якого не може бути обґрунтована), а лише того майна, що за своєю вартістю явно значно виходить за рамки офіційних доходів особи. Між тим таке пояснення жодним чином не обґрунтовує необхідності прийняття запропонованої редакції ст. 368-2 КК України. Крім того, те, що більшість населення, як зазначається у наведеній пояснювальній записці, отримує заробітну плату неофіційно, не стосується публічних службовців, оскільки вони отримують винагороду за свою працю виключно офіційно.

Судячи ж із законопроекту, під вартістю майна, яка свідчила б про явний вихід за рамки офіційних доходів при незаконному збагаченні, розумілася така, що перевищувала 300 НМДГ. За встановленою ж на час внесення аналізованого законопроекту редакцією ст. 368-2 КК України кримінальна відповідальність за нею повинна була наступати у разі, якщо публічний службовець набув у власність майна, вартість якого значно перевищує доходи особи, отримані із законних джерел, тобто в два або більше рази перевищує розмір доходу, зазначеного в його декларації за відповідний період. У цьому полягала перша важлива відмінність запропонованої редакції ст. 368-2 КК України від встановленої.

Друга ж відмінність могла більш суттєвою вплинути на дію норми про незаконне збагачення, оскільки була пов'язана із ко-

¹ Пояснювальна записка до проекту Закону України № 1660 від 27 грудня 2014 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53224.

регуванням порядку доказування ознак цього злочину. Так, якщо встановлена редакція ст. 368-2 КК України передбачала необхідність доведення того, що публічний службовець набув у власність майно, вартість якого значно перевищує його доходи, отримані із законних джерел, то у пропонуваному розгляданні законопроект формулюванні цієї статті закріплювалась необхідність встановити, що зазначений суб'єкт одержав у власність майно, вартість якого перевищує 300 НМДГ, якщо законність джерела його походження не підтверджена в установленому законом порядку [аналогічне формулювання пропонувалося законопроектом № 2112 від 11 вересня 2006 р. (станом на 17 листопада 2006 р.), який був описаний вище].

Таким чином, у законопроекті пропонувалося спростити для сторони обвинувачення процес доказування ознак незаконного збагачення, оскільки у разі доведення суттєвого збільшення активів публічного службовця (на 300 і більше НМДГ) не потрібно було б доводити, що саме ці активи перевищили доходи із законних джерел, а таких джерел може бути велика кількість і вони можуть бути такими, що об'єктивно не піддаються встановленню засобами, доступними правоохоронним органам. Натомість сторона обвинувачення після доведення такого суттєвого збільшення активів суб'єкта буде вказувати, що законність джерела походження цих активів не підтверджена в установленому законом порядку (а для цього не потрібно проводити жодних дій, окрім звернення до декларації обвинуваченого службовця), і за таких обставин формується склад незаконного збагачення, який стає підставою для притягнення особи до кримінальної відповідальності. При цьому пропонується редакція ст. 368-2 КК України не містила вказівки на те, який суб'єкт повинен доводити законність чи незаконність джерел походження відповідних активів. Незважаючи на це та враховуючи викладене вище, саме у обвинуваченого виникала б необхідність із своєї сторони підтверджувати законність походження коштів, на вартість яких збільшилися його майнові активи, що однозначно перерозподіляло тягар доказування і покладало на обвинуваченого обов'язок доказувати фактично свою невинуватість, під страхом настання несприятливих наслідків у вигляді визнання його винним у вчиненні незаконного збагачення.

У зв'язку із цим очевидно, що пропонуване законопроектом від 27 грудня 2014 р. формулювання ст. 368-2 КК України фактично обмежувало дію принципу презумпції невинуватості. При цьому таке обмеження не пропонувалося передбачити будь-яким зако-

ном і воно фактично вуалювалося під конструкцією ч. 1 ст. 368-2 КК України.

Разом із тим 9 січня 2015 р. був внесений інший законопроект¹, у якому була запропонована ще одна нова редакція статті про незаконне збагачення, при цьому ст. 368-2 КК України, яка була викладена у новій редакції згідно із Законом України від 14 жовтня 2014 р., **ще навіть не набула чинності. Так, незаконним збагачення пропонувалося вважати набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, її близькою особою у власність активів у значному розмірі (300 і більше НМДГ), законність підстав набуття яких не підтверджено доказами, а так само передача нею таких активів будь-якій іншій особі. При цьому пояснювальна записка² до законопроекту від 9 січня 2015 р. не містила будь-якого обґрунтування щодо необхідності такої зміни, а у процесі роботи на цим законопроектом експертами Верховної Ради України³ було звернуто увагу на порушення пропонуваною ст.368-2 КК України презумпції невинуватості.**

Зазначене формулювання складу незаконного збагачення на перший погляд суттєво не відрізняється від того, що пропонувалося законопроектом від 27 грудня 2015 р., а є лише більш лаконічним. Проте більш ретельне вивчення запропонованої редакції ст. 368-2 КК України показує, що важливою зміною є те, що злочин пропонувалося вважати незаконне збагачення не тільки публічного службовця, а й його близьких осіб. Така пропозиція є важливим елементом норми про незаконне збагачення, яка намагається на додаткові перешкоди у правовій системі України, що буде детально розглянуто у подальшому. Також звертає на себе увагу, що якщо за законопроектом від 27 грудня 2014 р. у ст. 368-2

¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства України з питань запобігання корупції: проект Закону України № 1660-1 від 9 січ. 2015 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53289.

² Пояснювальна записка до проекту Закону України № 1660-1 від 9 січня 2015 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства України з питань запобігання корупції». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53289.

³ Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства України з питань запобігання корупції» (до № 1660-1 від 9 січ. 2015 р.). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53289.

КК України необґрунтованим майном пропонувалося вважати такі активи, законність джерела походження яких *не підтверджена в установленому законом порядку*, то за законопроектом від 9 січня 2015 р. **йдеться вже про активи, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами**.

Відповідно до ч. 1 ст. 84 КПК України доказами у кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані у передбаченому КПК України порядку, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню. Таким чином, сторона захисту вимушена підтверджувати законність набуття активів, щодо яких є сумніви у сторони обвинувачення, шляхом надання фактичних даних, які отримані виключно у передбаченому КПК України порядку, інакше такі доводи не будуть доказами. Згідно ж із ч. 3 ст. 93 КПК України сторона захисту здійснює збирання доказів шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок; ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, а також шляхом здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів. Разом із тим у ситуації, коли підозрюваного у незаконному збагаченні буде взято під варту, у нього виникнуть значні труднощі у зборі саме доказів на підтвердження законності джерела походження активів, щодо яких є сумніви і у зв'язку із якими сформована підозра у незаконному збагаченні.

За описаних умов обвинувачений ставиться у значно жорсткіші рамки, ніж це передбачається у ст. 20 Конвенції, за якою достатнім є раціонально обґрунтувати суттєве збільшення активів без обов'язкового підтвердження цього доказами. Положення законопроекту від 9 січня 2015 р., **як зазначається у його картці, враховані** Комітетом з питань запобігання і протидії корупції Верховної Ради України.

У подальшому 30 січня 2015 р. (ст. 368-2 КК України у редакції Закону України від 14 жовтня 2014 р. **вже набрала чинності**) з'являється ще один законопроект¹, за яким також пропонувалося викласти норму про незаконне збагачення у новій редакції, яка

¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції: проект Закону України № 1660-д

повністю збігалася із редакцією цієї норми за законопроектом від 9 січня 2015 р. **Щодо пропонованого формулювання ст. 368-2 КК України знову було зауважено про порушення ним принципу презумпції невинуватості**¹.

Після проведення роботи над цим законопроектом у Комітеті з питань запобігання і протидії корупції до другого читання була винесена така редакція ч. 1 ст. 368-2 КК України: «Набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами, а так само передача нею таких активів будь-якій іншій особі — караються...». Таким чином була врахована пропозиція народних депутатів Т. М. Чорновол та Г. В. Логвинського² про виключення із кола суб'єктів, значне та необґрунтоване збільшення активів яких становить склад незаконного збагачення, близьких осіб публічного службовця, що не дало можливості необхідним чином розширити дію цього антикорупційного інструменту. Крім того, вже у залі для голосування була підтримана поправка народного депутата Т. М. Чорновол про збільшення суми, яка утворює значний розмір активів, з 300 НМДГ до 1000 НМДГ³. У зв'язку із цим, якщо врахувати, що з 1 січня 2015 р. для кваліфікації злочинів 1 НМДГ становить 609 грн, а 1000 НМДГ відповідно — 609 000 грн, а з 1 січня 2016 р. 1 НМДГ буде дорівнювати вже 100 % розміру прожиткового мінімуму для працездатної особи (підп. 6 п. 1 розділу ХІХ «Прикінцеві положення» ПК України⁴), то за незаконне збагачення буде можливість притягнути до кримінальної відповідальності тільки найбільших корупціонерів. Саме у зазначеному вище

від 30 січ. 2015 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=1660-%D0%B4&skl=9.

¹ Зауваження Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» (реєстраційний № 1660-д від 11 лют. 2015 р.). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53755.

² Порівняльна таблиця до проекту Закону України № 1660-д від 11 лютого 2015 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро та Національного агентства з питань запобігання корупції» (друге читання) (розгляд у Комітеті з питань запобігання і протидії корупції 11 лют. 2015 р.). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=1660-%D0%B4&skl=9.

³ Стенограма десятого пленарного засідання Верховної Ради України: від 12 лют. 2015 р. URL: <http://portal.rada.gov.ua/meeting/stenogr/show/5796.html>.

⁴ Податковий кодекс України: від 2 груд. 2010 р. № 2755-VI. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>.

вигляді була викладена редакція ч. 1 ст. 368-2 КК України згідно із Законом України від 12 лютого 2015 р.¹, який набирав у цій частині чинності з 5 березня 2015 р.

Отже, чинна редакція норми про незаконне збагачення зберегла основні недоліки, які були притаманні пропонованим у законопроектах від 27 грудня 2015 р., від 9 січня 2015 р. та від 30 січня 2015 р. **варіантам ст. 368-2 КК України, а саме:**

1) фактичне запровадження складом цього злочину обмеження дії принципу презумпції невинуватості без прямої нормативної регламентації цього як у КК України, так і в інших законах України, а також без наукового обґрунтування такого обмеження та незважаючи на зауваження експертів Верховної Ради України та вчених;

2) виключення суб'єктів, значне необґрунтоване збільшення активів яких утворюватиме склад незаконного збагачення, близьких осіб публічного службовця;

3) встановлення необхідності для обвинуваченого підтверджувати законність набуття своїх активів виключно доказами, що ставить його у значно жорсткіші рамки, ніж це передбачається у ст. 20 Конвенції, за якою достатнім є раціонально обґрунтувати суттєве збільшення активів без обов'язкового підтвердження цього доказами.

Крім того, незаконне збагачення за ст. 20 Конвенції не передбачає, як ст. 368-2 КК України необхідності підтвердження саме *законності* походження майнових активів, які перевищують законні доходи. У Конвенції йдеться про необхідність надання публічним службовцем раціонального обґрунтування значного збільшення своїх активів, яке перевищує його законні доходи. Звичайно таке обґрунтування може будуватися й на тому, що особа вчинила інший корисливий злочин, наприклад один із злочинів проти власності, що повинно також виключати дію норми про незаконне збагачення, оскільки остання призначена для боротьби із корупцією і характеризується відповідними об'єктами кримінально-правової охорони.

У зв'язку із цим, за чинною редакцією ст. 368-2 КК України, якщо особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, надасть докази отримання активів у значному розмірі від вчинення злочину, який не є корупційним,

¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції: Закон України від 12 лют. 2015 р. № 198-VIII. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/198-19>.

чи навіть корупційного злочину (наприклад, підкупу), то все одно слід буде застосовувати ст. 368-2 КК України, оскільки не будуть надані докази саме законності підстав набуття зазначених активів. При цьому очевидно, що обвинуваченому вигідно надавати лише докази набуття майнових активів від злочину, санкція якого є більш м'якою, ніж санкція незаконного збагачення.

Таким чином, норма про незаконне збагачення, передбачена у ст. 368-2 КК України, у порівнянні із однойменним інструментом, передбаченим ст. 20 Конвенції, має ряд суттєвих недоліків, які підривають ефективність та справедливість її застосування в Україні і які слід усунути шляхом зміни КК України.

Дослідження причин, умов і ходу формування норми про кримінальну відповідальність за незаконне збагачення у КК України показує, що її поява була націлена на впровадження до правової системи України інструмента, передбаченого ст. 20 Конвенції, із однойменною назвою.

Узагальнюючи наведене вище у частині розвитку законодавства щодо кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, можна виділити проміжки часу, у яких діяли різні редакції цієї норми.

Так, з 1 січня 2011 р. по 5 січня 2011 р. діяла **ст. 368-1 КК України**, яка була введена до Кримінального закону згідно із Законом України № 1508-VI від 11 червня 2009 р., а з 1 липня 2011 р. по 25 січня 2015 р. діяла **ст. 368-2 КК України**, яка була запроваджена згідно із Законом України № 3207-VI від 7 квітня 2011 р. У зазначені періоди норма про незаконне збагачення мала тільки однакову назву із ст. 20 Конвенції і жодним чином не відтворювала суть цього антикорупційного інструменту. Така ситуація виникла у зв'язку із тим, що опрацювання Верховною Радою України первинно запропонованого варіанта статті про незаконне збагачення у результаті призвело до такої редакції норми КК України (ст. 368-2 КК), яка розмила саму суть цього злочину і запровадила не планований законодавцем спосіб її застосування, як елемента основного рубежу кримінально-правової протидії корупційним злочинам, що спричинило правову невизначеність у цій сфері. Означений висновок зумовлює необхідність структуризації дослідження норми про незаконне збагачення, яка діяла у зазначені періоди часу, на два відносно відокремлені напрями: перший — вивчення ст. 368-2 КК України з урахуванням цілі її створення і у зв'язку із ст. 20 Конвенції (тут незаконне збагачення оцінюється як елемент завершального рубежу кримінально-правової протидії корупції); другий — аналіз ст. 368-2 КК Украї-

ни із врахуванням реальної практики її застосування як випадково виділеного суміжного корупційного злочину (тут незаконне збагачення оцінюється як елемент основного рубежу зазначеної вище протидії). Крім того, за означені періоди дії норми про незаконне збагачення була накопичена достатня кількість судових рішень, які, незважаючи на втрату чинності відповідної редакції ст. ст. 368-1, 368-2 КК України, продовжують впливати на кримінально-правовий механізм протидії корупційним злочинам, а тому потребують дослідження.

З 26 січня 2015 р. по 4 березня 2015 р. діяла ст. 368-2 КК України у редакції Закону України № 1698-VII від 14 жовтня 2014 р. У цей період норма КК України про незаконне збагачення не містила положень, які б прямо чи опосередковано перекладали тягар доказування законності суттєвого збільшення активів на сторону захисту і передбачала необхідність для встановлення ознак складу цього злочину доведення стороною обвинувачення того, що вартість набутого публічним службовцем у власність майна значно перевищує його доходи, отримані із законних джерел.

З 5 березня 2015 р. і по сьогодні діє ст. 368-2 КК України у редакції Закону України № 198-VIII від 12 лютого 2015 р., яка вваляє під конструкцією складу незаконного збагачення фактичне обмеження дії принципу презумпції невинуватості.

Для підтвердження наведених вище висновків щодо властивостей норми про незаконне збагачення у періоди з 1 січня 2011 р. по 5 січня 2011 р. та з 1 липня 2011 р. по 25 січня 2015 р. та у зв'язку із обов'язковістю висновків Верховного Суду України для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності відповідну норму закону, та для всіх судів України особливу увагу слід звернути на постанови¹, положення яких суттєвим чином вплинули на суть та межі дії ст. 368-2 КК України.

Так, найвищий судовий орган у постанові від 7 листопада 2013 р. по справі № 5-29кц13 зазначив, що діяння, передбачені ст. 368-2 КК України та ст. 368 КК України співвідносяться як загальна та спеціальна норми права. Таке положення було пояснене тим, що диспозиція ст. 368 КК охоплює більш вузьке коло діянь, оскільки передбачає кримінальну відповідальність тільки тоді, коли одержання неправомірної вигоди особою відбувається в обмін на вчинення чи невчинення нею будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища. Натомість

¹ *Постанова* Верховного Суду України від 7 листопада 2013 р. по справі № 5-29кц13. URL: <http://www.scourt.gov.ua>; *Постанова* Верховного Суду України від 9 квітня 2015 р. по справі № 5-5кц15. URL: <http://www.scourt.gov.ua>.

диспозиція ст. 368-2 КК України не пов'язує (не ставить у залежність) одержання неправомірної вигоди від активної чи пасивної поведінки службової особи. Між тим таке правило формує лише загальне уявлення про групу розмежувальних ознак, які знаходяться у площині об'єктивної сторони підкупу у публічному секторі та мають основу в об'єкті підкупу і будуть розглянуті у подальшому. Проте не можна погодитися, що ст. 368-2 КК України та ст. 368 КК України співвідносяться як загальна та спеціальна. Для такого виду конкуренції характерно те, що одна стаття (що передбачає загальну норму) охоплює певне коло діянь, а інша — їх частину. При цьому певні діяння виявляються встановленими і статтею про загальну норму, і про спеціальну¹. Очевидно, що конкретне діяння не могло одночасно підпадати під дію ст. ст. 368 та 368-2 КК України, оскільки стаття про незаконне збагачення містила негативну ознаку складу злочину, яка унеможливлювала її конкуренцію із статтею про підкуп. Так, ст. 368-2 КК України могла бути застосована тільки у випадку, коли відсутні ознаки ст. 368 КК України, що дозволяло визначити ці статті не як конкуруючі, а як суміжні.

Важливим є також висновок, обґрунтований у зазначеній вище постанові, що незаконного збагачення як діяння немає й тоді, коли в діях службової особи наявні не тільки ознаки одержання хабара (неправомірної вигоди), але й ознаки інших суміжних кримінально караних корупційних діянь (тут звертає на себе увагу те, що Верховний Суд України вже правильно називав ст. 368-2 КК України і інші статті про корупційні злочини, у тому числі ст. 368 КК України, не конкуруючими, а суміжними). Норма про незаконне збагачення встановлює заборону на одержання вигоди будь-якого виду та вигляду поза межами встановлених законом підстав та порядку. Службова особа тільки тому, що вона має статус державної публічної службової особи і наділена службовими повноваженнями, за будь-яких умов, приводів, обставин, причин не має права отримувати грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, подарунки, пожертви, інші індивідуально особистісні знаки уваги, які або не забезпечені еквівалентом витраченого робочого часу на виконання службових повноважень та/чи на зайняття іншими дозволеними законом видами діяльності, що не суперечать інтересам служби, або не відповідають загально визнаним уявленням гостинності, або очевидно (явно) є незаслуженими тощо. Аналогічний висновок був також

¹ *Навроцький В. О.* Основи кримінально-правової кваліфікації: навч. посіб. Київ: Юрінком Інтер, 2006. С. 417.

відтворений і у постанові Верховного Суду України від 9 квітня 2015 р. по справі № 5-5кс15. Також в аналізованих постановках було вказано, що одержання неправомірної вигоди за наведених умов та володіння нею у сукупності з іншими обставинами дають підстави розцінювати ці дії як незаконне збагачення.

Такі висновки Верховного Суду України дозволяли визначити незаконне збагачення злочином змішаного типу (за критерієм механізму корупційних відносин), тобто таким, що може бути як двостороннім (може бути вчинений виключно при обов'язковій добровільній участі декількох суб'єктів корупції), так і одностороннім (може бути вчинений суб'єктом корупції одноособово без обов'язкової добровільної участі інших осіб) корупційним злочином. Додатковим підтвердженням цієї тези є кримінальна справа¹, зокрема, щодо депутата Штормівської сільської ради Сакського району АРК, яка скориставшись наявністю кредитної заборгованості у КП «Золотий берег» і загрозою її погашення за рахунок заставленої будівлі, разом із сільським головою організувала вилучення із земель запасу на території Штормівської сільської ради земельних ділянок рекреаційного призначення загальною площею 0,3 га під прикриттям погашення означеної заборгованості, чим інтересам сільської громади завдано збитків у розмірі 740 520 грн, і у подальшому здійснила замах на встановлення права власності своєї дочки щодо однієї із ділянок. Суд засудив депутата зокрема за ч. 2 ст. 15 — ч. 2 ст. 368-2 КК України.

Крім того, означений висновок Верховного Суду підтверджує положення про те, що функцією ст. 368-2 КК України у системі норм основного рубежу кримінально-правової протидії корупції було встановлення поряд із ними резервної підстави кримінальної відповідальності за корупцію. Останнє означає, що ст. 368-2 КК України була загальною щодо всіх корупційних злочинів, суб'єктом яких була службова особа публічного сектора (п. 1, 2 примітки до ст. 364 КК України), і мала застосовуватися у випадку, коли діяння такого суб'єкта полягало в одержанні неправомірної вигоди у значному розмірі і не підпадало під ознаки інших складів корупційних злочинів. Щодо ж до ст. 368 КК України та статті про незаконне збагачення, то вони не могли конкурувати у зв'язку із закріпленням у ст. 368-2 КК України припису «за відсутності ознак, зазначених у статті 368 цього Кодексу». Звичайно, такий висновок, ґрунтуючись виключно на догматичному аналізі,

¹ Вирок Сакського міськрайонного суду Автономної Республіки Крим від 27 червня 2012 р. по справі № 117/589/2012. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/26776016>.

лише формально визначав співвідношення ст. 368-2 КК України із іншими нормами цього закону. Більш вдалим рішенням було б закріплення у ст. 368-2 КК України негативної ознаки незаконного збагачення у редакції «за відсутності ознак іншого злочину». Редакція ж статті про незаконне збагачення зі змінами Законом від 14 жовтня 2014 р.¹ вже не передбачає ознаки, яка б була розмежувальною навіть по відношенню до підкупу, що з урахуванням нечіткості формулювання складу цього злочину та висновків деяких авторів може призвести до порушення принципу *Non bis in idem*.

Із врахуванням викладеного не можна повною мірою погодитися з пропозицією дослідників про те, що норма про незаконне збагачення повинна була розглядатися як загальна щодо інших складів корупційних злочинів², оскільки реальність правозастосовної практики показувала, що ст. 368-2 КК України виконувала функцію по встановленню відповідальності за поведінку, яка не підпадає під інші статті КК України (спеціальні) чи ст. 368 КК України (суміжна). При цьому завданням, яке первинно було поставлено перед нормою про незаконне збагачення, було покарати корупціонера за умови, що корупційний злочин, який безпосередньо призвів до збагачення, залишився латентним. В останньому випадку вести мову про співвідношення загальної і спеціальної статті чи про суміжність статей не можна.

У зв'язку із цим незаконне збагачення — це не тільки стаття, що входила до складу завершального рубежу протидії корупції, а й стаття, яка передбачала відповідальність за умови, коли у діях корупціонера відсутні ознаки інших складів корупційних злочинів, тобто була елементом основного рубежу кримінально-правової протидії корупції. При цьому зберігається незначна вірогідність, що зазначена теза стосується норми про незаконне збагачення як у редакції ст. 368-2 КК України до змін Законом від 14 жовтня 2014 р., так і після цього, адже вивчення зміненої норми про незаконне збагачення показує, що у цьому контексті вона є не досить чіткою. У такій ситуації судова практика по її застосуванню може не зазнати значних змін, що знову буде підкривати суть норми незаконного збагачення у розумінні ст. 20 Конвенції.

¹ Про Національне антикорупційне бюро України: Закон України від 14 жовт. 2014 р. № 1698-VII. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1698-18>.

² Кубальський В. Н. Проблеми кримінальної відповідальності за незаконне збагачення // Протидія злочинам у сфері службової діяльності (кримінологічні, кримінально-правові і кримінально-процесуальні проблеми). Київ: Наук. думка, 2014. С. 169.

Більш впевнено констатує таку вірогідність К. П. Задоя, який зазначає, що хоча у редакції ст. 368-2 КК, яка набуде чинності з 25 січня 2015 р., не міститься негативна ознака «за відсутності ознак, передбачених ст. 368 КК», видається, що лінія розмежування юридичних складів злочинів, передбачених ст. ст. 368 та 368-2 КК, залишиться незмінною¹.

У науковій літературі зазначалося, що під одержанням неправомірної вигоди як формою прояву незаконного збагачення слід розуміти не лише процес цієї дії в умовах реального часу, а й її результат — одержання, що відбулося у минулому (постфактум); безпосереднє вручення такої вигоди іншою особою або отримання цієї вигоди внаслідок злочинної або іншої протиправної поведінки винного; одноразове отримання або сумарне накопичення неправомірної вигоди у значному (ч. 1), великому або особливо великому розмірі (ч. 2 і ч. 3 ст. 368-2 КК відповідно)². Такий висновок, на перший погляд, враховував виявлені вище різні функції норми про незаконне збагачення. Між тим вивчення шляху обґрунтування наведеного положення показує, що М. В. Кочеров розумів незаконне збагачення (у редакції ст. 368-2 КК України, що діяла з 1 липня 2011 р. по 25 січня 2015 р.) **виключно як елемент основного рубежу кримінально-правової протидії корупції**, а його висновок, що обов'язковою умовою кваліфікації поведінки особи по ст. 368-2 КК України у ситуації накопичення неправомірної вигоди є доведення, що кожне окреме діяння по отриманню такої вигоди містить ознаки продовжуваного злочину, охоплювалося єдиним умислом винного і було спрямоване на збагачення у відповідному розмірі³, відкидало можливість застосувати ст. 368-2 КК України у значенні ст. 20 Конвенції ООН проти корупції.

У наведеному вище розумінні об'єктивних ознак незаконного збагачення також не зверталось уваги, що визначення неправомірної вигоди, яке було закріплене у примітці до ст. 364-1 КК України і розповсюджувалось у той час на норму про незаконне

¹ Судова практика в справах про злочини в сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг: окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / наук. ред. К. П. Задоя. Київ, 2014. С. 57.

² Кочеров М. В. Відповідальність за незаконне збагачення (кримінально-правове та кримінологічне дослідження): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Держ. НДІ МВС України. Київ, 2013. С. 6.

³ Кочеров М. В. Відповідальність за незаконне збагачення (кримінально-правове та кримінологічне дослідження): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Держ. НДІ МВС України. Київ, 2013. С. 94–95.

збагачення, містило не тільки характеристики предмета вигоди, а й ознаку діяння відповідних злочинів (у тому числі і незаконного збагачення), яка виражалася словосполученням «...пропонують, обіцяють, надають або одержують без законних на те підстав». З врахуванням цього, більш точно було вести мову не про злочинну чи іншу протиправну поведінку винного, яка призвела до збагачення, а про будь-яку поведінку, яка призвела до отримання активів без законних на те підстав, що є значно ширшим за змістом та простішим у доказуванні. Інакше поставала необхідність доводити протиправність одержання відповідних благ, що суперечило суті незаконного збагачення та усувало можливість його оцінки як елемента завершального рубежу протидії корупції, який покликаний бути підставою притягнення до кримінальної відповідальності тих суб'єктів, яких не викрили при вчиненні відповідної корисливої протиправної діяльності.

У цьому контексті слід мати на увазі, що норма про незаконне збагачення покликана усунути складності, з якими стикається обвинувачення у зв'язку з необхідністю доведення факту вимагання або прийняття хабарів посадовою особою у випадках, коли масштаби її збагачення настільки неспіврозмірні з її законними доходами, що справа про корупцію може бути заведена на підставі принципу *prima facie*¹. Крім того, за такої інтерпретації ознак ст. 368-2 КК України у випадку, коли буде встановлено «безпосереднє вручення такої вигоди іншою особою або отримання цієї вигоди внаслідок злочинної або іншої протиправної поведінки винного», то необхідно притягнути до відповідальності винного саме за вчинення названої поведінки. Застосування ж поряд із цим ст. 368-2 КК України (у значенні незаконного збагачення по ст. 20 Конвенції) було б не чим іншим, як вторинним притягненням особи до кримінальної відповідальності за одні і ті ж діяння, що, як відомо, суперечить ст. 61 Конституції України.

У зв'язку із викладеним не можна погодитися із висновком, що у випадках, коли одержання неправомірної вигоди було наслідком злочинної (наприклад, у результаті перевищення влади або службових повноважень) або іншої протиправної (у разі порушення встановлених законом обмежень службової особи щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності тощо) поведінки винного, та за наявності інших підстав дії останнього

¹ Руководство для законодательных органов по осуществлению Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции (второе исправленное и дополненное издание). Нью-Йорк: ООН, 2012. С. 99. URL: <http://www.unodc.org>.

мають кваліфікуватися за сукупністю злочинів¹ (мається на увазі сукупністю злочину, що призвів до збагачення, та незаконного збагачення).

На цих же підставах хибною була думка, що при незаконному збагаченні обов'язково має бути наявний умисел особи на отримання неправомірної вигоди, а також активні дії, спрямовані на зловживання службовим становищем з цією метою². Наведені точки зору не відповідали цілі створення ст. 368-2 КК України та ще більше заплутували практику її застосування. У цьому випадку слід мати на увазі, що правові інструменти кожного рубежу протидії корупції не можуть застосовуватися у ідеальній сукупності, оскільки це суперечить суті багаторубіжної системи, яка полягає у тому, що норми основного рубежу застосовуються щодо вчиненого діяння тоді, коли норми попереднього рубежу не відвернули корупційних злочинів, а норми завершального рубежу включаються щодо конкретної життєвої ситуації лише у тому разі, коли норми попередніх не спрацьовують (не можуть бути застосовані).

Остаточо підтвердити висновок про необхідність розуміння норми про незаконне збагачення (у редакції як до, так і з рахуванням змін Законом України від 14 жовтня 2014 р.³) як елемента одночасно до двох рубежів кримінально-правової протидії корупції (основного та завершального) можна положеннями аналізованих вище постанов Верховного Суду України від 7 листопада 2013 р. по справі № 5-29кс13 та від 9 квітня 2015 р. по справі № 5-5кс15, за якими ознаками, які ідентифікують незаконне збагачення, зокрема, має бути визначена й офіційно закріплена наявність майна, яке значно перевищує офіційно проголошені (встановлені) доходи службової особи; встановлена невідповідність між доходами і майновим станом службової особи. Наведене положення у сумі з дефініцією неправомірної вигоди (примітка до ст. 364-1 КК України), де закріплювалося, що вона одержується *без законних на те підстав*, дозволяло розглянути можливість застосування норми про незаконне збагачення (навіть у редакції ст. 368-2 КК України до змін від 14 жовтня 2014 р.) як елемента завершального рубе-

¹ Кочеров М. В. Відповідальність за незаконне збагачення (кримінально-правове та кримінологічне дослідження): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Держ. НДІ МВС України. Київ, 2013. С. 16.

² Тренак В. Деякі проблеми застосування окремих норм антикорупційного законодавства // Вісник Національної академії прокуратури України. 2013. № 4. С. 88.

³ Про Національне антикорупційне бюро України: Закон України від 14 жовт. 2014 р. № 1698-VII. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1698-18>.

жу кримінально-правової протидії корупції, тобто у моделі ст. 20 Конвенції, на що не було звернуто уваги науковцями та правозастосовними органами, а також не враховано законодавцем при викладенні ст. 368-2 КК України у новій редакції.

Узагальнення наведених вище положень концентрує увагу на важливому висновку щодо суті та місця норми про незаконне збагачення (у редакції, що діяла з 1 січня 2011 р. по 5 січня 2011 р. та з 1 липня 2011 р. по 25 січня 2015 р.) у системі норм про корупційні злочини. Так, зазначена норма могла виконувати функцію елементів двох рубежів кримінально-правової протидії корупції — основного (у зв'язку із реальною практикою її застосування як випадково виділеного законодавцем суміжного корупційного злочину, що став резервним щодо інших) та завершального (у зв'язку із ціллю її створення як аналога інструменту ст. 20 Конвенції ООН проти корупції, висновками Верховного Суду України та догматичним аналізом ст. 368-2 КК України у поєднанні з положенням примітки до ст. 364-1 КК України). Крім того, на рівні елемента основного рубежу кримінально-правової протидії корупції норма про незаконне збагачення, передбачаючи резервну підставу кримінальної відповідальності щодо інших корупційних злочинів публічного сектора, закріплювала злочин змішаного типу (за критерієм механізму корупційних відносин), оскільки останній міг бути як двостороннім (може бути вчинений виключно при обов'язковій добровільній участі декількох суб'єктів корупції), що потребувало його розмежування із підкупом у публічній сфері, так і одностороннім (може бути вчинений суб'єктом корупції одноособово без обов'язкової добровільної участі інших осіб) корупційним злочином, що потребувало його розмежування із іншими (окрім зазначеного вище підкупу) злочинами.

Якщо ж проводити у теорії кримінального права точку зору, що після викладення норми про незаконне збагачення у редакції згідно із Законом від 14 жовтня 2014 р. (діяла з 26 січня 2015 р. по 4 березня 2015 р.) та у редакції згідно із Законом від 12 лютого 2015 р. (діє з 5 березня 2015 р. і по сьогодні), було усунуто функцію цієї норми виступати елементом основного рубежу кримінально-правової протидії корупції, де вона фактично виконувала роль резервної підстави кримінальної відповідальності за незаконне збагачення у значних розмірах за умови, що дії винного не містили ознак іншого злочину, та скоригувати із врахуванням цього правоохоронну та судову практику, то це призведе до утворення значної прогалини у підставах кримінальної відповідаль-

ності за корупційні злочини та відкриє таким чином шлях для маніпуляцій із кваліфікацією з метою ухилення від цього виду відповідальності. За викладених умов така деформація механізму протидії корупції в Україні можлива, оскільки за час існування ст. 368-2 КК України у редакції до змін Законом від 14 жовтня 2014 р. **вже напрацьовані та підкріплені висновками найвищого судового органу позиції щодо відсутності ознак складів корупційних злочинів (особливо підкупу) у конкретних однотипних групах суспільно небезпечних діянь, які не можуть бути оцінені інакше ніж за нормою про незаконне збагачення як елемента, у цьому випадку, основного рубежу кримінально-правової протидії корупції.** У зв'язку із цим виведення норми про незаконне збагачення із обоими елементами основного рубежу кримінально-правової протидії корупції спричинить серйозні негативні наслідки для країни. В інших роботах¹ виділені означені вище групи однотипних діянь.

При цьому на сьогодні можна із впевненістю зробити висновок, що описана вище прогалина вже була утворена у зв'язку із тим, що Законом від 12 лютого 2015 р. **було значно підвищено мінімальний розмір необґрунтованого майна за ст. 368-2 КК України до 1000 НМДГ.** Таке непродумане рішення буде чинити негативний вплив на кримінально-правовий механізм протидії корупційним злочинам в Україні, адже встановлення відсутності ознак інших злочинів при незаконному отриманні майна публічним службовцем тільки тоді буде містити ознаки незаконного збагачення, коли вартість такого майна буде 1000 і більше НМДГ. За таких умов значна кількість суспільно небезпечних діянь, які раніше (до змін згідно із Законом від 12 лютого 2015 р.) визнавалися злочинами за ст. 368-2 КК України, не будуть тягнути кримінальної відповідальності у зв'язку із проведеною частковою декриміналізацією у межах дії норми про незаконне збагачення в Україні.

Окрім зазначеного, практично щодо усіх засуджених за ст. 368-2 КК України у редакції, що діяла з 1 січня 2011 р. **по 5 січня 2011 р.** та з 1 липня 2011 р. **по 25 січня 2015 р., на сьогодні необхідно застосувати ч. 1 ст. 5 КК України, яка передбачає зворотню дію**

¹ Михайленко Д. Г. Генезис норми про незаконне збагачення як фактор деформації механізму кримінально-правової протидії корупції в Україні // Проблеми науки кримінального права та їх вирішення у законотворчій та правозастосовній діяльності: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 8–9 жовт. 2015 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків, 2015. С. 403–408.

у часі Закону про кримінальну відповідальність, який скасовує злочинність діяння.

Досліджений вище генезис норми про незаконне збагачення (ст. 368-2 КК України) показує, що постійні зміни навіть однієї норми Кримінального закону можуть бути фактором деформації механізму кримінально-правової протидії цілим групам злочинних посягань (у випадку норми про незаконне збагачення — корупційним злочинам).

У тому числі з метою недопущення таких випадків є необхідність у виробленні доктринальних основ кримінальної законотворчості для: 1) її систематизації; 2) удосконалення техніки законодавчої реалізації ідей запобігання та протидії злочинності для досягнення максимального соціального ефекту від дії запроваджених норм права; 3) уникнення при кримінальній законотворчості не планованих законодавцем змін у кримінально-правовому впливі на правовідносини; 4) стабілізації закону про кримінальну відповідальність, що більшою мірою відповідало б його природі як кодифікованого нормативного акта тощо; 5) підвищення ефективності правозастосовної практики на основі кримінально-правових ресурсів.

Необхідність та важливість досягнення окреслених завдань додатково обґрунтовується тим, що Кримінальний кодекс, як правильно встановив проф. В. О. Туляков¹, становить у суспільстві «негативну конституцію». Така висока оцінка ролі Кримінального закону пов'язана із тим, що у той час, коли Конституція України регулює найбільш важливі, фундаментальні суспільні відносини, то КК України їх охороняє. Така теза повинна використовуватися, у тому числі законодавцем, для встановлення меж поля дії кримінального права у державі. Так, видається, що КК України не може охороняти ті правовідносини, які так чи інакше не регулюються Конституцією України, оскільки вони у такому разі не будуть характеризуватися як найбільш важливі, фундаментальні. Порушення запропонованого правила може призводити до надмірного втручання держави у суспільні відносини за допомогою кримінально-правових інструментів, що є шляхом до криміналізації суспільства.

При цьому Кримінальний кодекс як «негативна конституція», як це притаманно Конституції України, повинен містити механізм, який би ускладнював і стримував надмірну кримінальну законотворчість з метою, зокрема, його стабілізації. У цьому аспекті за-

¹ Туляков В. О. Кримінальне право сьогодні: ренесанс моделі сталого розвитку // Вісник Асоціації кримінального права України. 2014. № 2 (3). С. 4.

служує на підтримку та подальший розвиток ідея А. С. Оцяці¹ про необхідність нормативного закріплення нової структурної частини КК України — Преамбули, яка б слугувала правовим фільтром для несистемних, непотрібних змін до КК України, що не відповідають розвитку суспільства.

У зв'язку із викладеним актуальним є розроблення самостійної теорії кримінальної законотворчості, у межах якої слід виробити положення, які б дозволили реально поєднати у систему такі явища, як кримінально-правова політика, доктрина кримінального права, кримінальне законодавство і практика застосування останнього.

¹ Оцяця А. С. Охоронна функція кримінального права України: концептуальні основи: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». Одеса, 2014. С. 4.

ЗАМІСТЬ ВИСНОВКІВ

Ця книга є результатом напрацювання ідей розвитку нормативної та соціальної складової кримінального законодавства України з боку представників одеської школи права. Розглянуті аспекти у більшій мірі стосуються питань розвитку теорії кримінальної юриспруденції з точки зору ідеології формування, існування та реалізації процесів кримінально-правового регулювання у транзитивному суспільстві.

Зрозуміло, що загалом ці дослідження відкривають перспективу подальших розвідок у напрямку пошуку сенсів кримінального права, рівнів кримінально-правового реагування та шляхів підвищення ефективності теорії та практики реалізації кримінально-правової заборони.

Вважаємо, що виключно аналізом характеристик позитивного права цього ми не в змозі добитися. Необхідно орієнтуватися на комплекс обставин, до процедури аналізу яких можуть бути віднесені:

- Доцільність та необхідність норми з боку держави (експертне опитування носіїв кримінальної доктрини; опитування представників системи кримінальної юстиції; адвокатів; опитування представників парламенту).
- Справедливість заборони та право на надію (опитування правопорушників та членів їхніх родин).
- Справедливість заборони та право на розвиток (опитування потерпілих від кримінального правопорушення).
- Доцільність та суспільна значущість заборони (опитування представників громадянського суспільства; соціальних мереж; власників будівель).

Зрозуміло, що виключно методологією соціологічного опитування неможливо з'ясувати увесь комплекс питань, що постають перед дослідником кримінально-правової форми.

Є безліч невирішених питань на рівні догми та праворозуміння, є необхідність використання непрямих методик аналізу праворозуміння злочинного, права на злочин, права на покарання та права бути покараним з точки зору правила рівності суб'єктів кримінальних правовідносин.

Є відповідний пласт вирішення питань, які стосуються підстав кримінальної відповідальності особливого роду, зловживань правом та кримінальних правопорушень, формул кваліфікації злочинів з точки зору гносеологічних основ кримінального права. Але це справа майбутнього.

АВТОРСЬКИЙ КОЛЕКТИВ

Балобанова Д. О., кандидат юридичних наук, доцент
Березовська Н. Д., кандидат юридичних наук, доцент
Бойченко В. П., викладач
Вечерова Є. М., кандидат юридичних наук, доцент
Горбачова І. М., кандидат юридичних наук, доцент
Дмитрук М. М., кандидат юридичних наук, доцент
Іскендеров Ф. Ш., старший викладач
Ківалов С. В., доктор юридичних наук, професор, академік

НАПрНУ

Коломієць Ю. Ю., кандидат юридичних наук, доцент
Макаренко А. С., кандидат юридичних наук, доцент
Мирошниченко Н. А., кандидат юридичних наук, професор
Мирошниченко Н. М., кандидат юридичних наук, доцент
Михайленко Д. Г., кандидат юридичних наук, доцент
Ніколенко Р. О., аспірант
Оцяця А. С., кандидат юридичних наук, доцент
Підгородинський В. М., кандидат юридичних наук, доцент
Поліщук О. М., кандидат юридичних наук, доцент
Полянський Є. Ю., доктор юридичних наук, доцент
Туляков В. О., доктор юридичних наук, професор, член-кореспонент НАПрНУ

Теоретичні аспекти кримінальної юриспруденції. 2 верстка. 29.01.18. Іванова

Т

Теоретичні аспекти кримінальної юриспруденції: монографія
/ голов. ред.: С. В. Ківалов, В. О. Туляков ; НУ ОЮА. —
Одеса : Юридична література, 2016. — 328 с.
ISBN 978–966–419–284–9.

В монографії висвітлюються актуальні питання сучасного кримінального права України та інших країн, розвиток науки та закономірності практики у сфері теорії кримінальної законотворчості та 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.

УДК _____

Наукове видання

ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ КРИМІНАЛЬНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

Монографія

Редактор-коректор *Н. І. Крилова*
Технічний редактор *Т. В. Іванова*

Формат 60×84/16. Ум. друк. арк. _____.
Тираж ____ прим. Зам. № _____ (43).

Видавництво і друкарня «Юридична література»
65009, м. Одеса, вул. Піонерська, 7. Тел./факс: 777-48-79
Свідцтво суб'єкта видавничої справи
ДК № 4284 від 23.03.2012 р.

Теоретичні аспекти кримінальної юриспруденції. 2 верстка. 29.01.18. Іванова