

# КРИМІНАЛІЗАЦІЯ ТА КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА КВАЛІФІКАЦІЯ ЗЛОЧИНІВ З ПОЗИЦІЙ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ОКРЕМИХ ФУНКЦІЙ ТА ПРИНЦИПІВ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ

УДК 343.23 (477)



**Вечерова Є.М.,**  
кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри кримінального  
права НУ «Одеська юридична  
академія»

*Стаття рекомендована до друку кафедрою кримінального права НУ «Одеська юридична академія» (протокол № 11 від 11 листопада 2013 року).*

**Анотація:** В статті розглядаються окремі аспекти правотворчості та правозастосування у кримінально-правовому середовищі. Робиться висновок, що колізії, «штучна» конкуренція, а також елементи «езотеричності» суттєво підривають превентивний потенціал кримінального закону, не сприяють його розумному застосуванню на практиці

**Ключові слова:** криміналізація, кримінально-правова кваліфікація, колізії, конкуренція, бланкетні диспозиції

**Постановка проблеми.** Одним із базових постулатів сучасного кримінального права, виробленим ще в надрах давньоримської юриспруденції, що ємко розкриває сутнісні аспекти створення злочинного, є наступний: «*nullum crimen sine lege*» (немає злочину без вказівки на те в законі). Дане твердження становить квінтесенцію класичного напрямку в доктрині кримінального права.

Однак в умовах постмодерну, коли відбувається переосмислення ряду усталених наукових концепцій і парадигм, «інфляція» самих нормативних приписів, резонно виникає запитання: чи зберіг принцип «*nullum crimen sine lege*» те змістовне наповнення, яке в нього було закладене його творцями та чи допустимі будь-які відхилення від нього?

Відразу зазначимо, що ми в жодному разі не нівелюємо значущість формального підходу до визначення злочину. Не ставимо ми під сумнів й положення ч. 4 ст. 3 КК України про те, що застосування закону про кримінальну відповідальність за налогією заборонено.

**Метою даної статті** є звернення уваги на процеси правотворчості й правозастосування в кримінально-правовій сфері з позицій їх відповідності окремим функціям та принципам кримінального закону.

**Стан дослідження** заявленої тематики свідчить про її поліаспектність. Зокрема, в контексті теорії криміналізації окремі її складові висвітлювалися Д.О. Балобановою. В світлі кримінально-правової кваліфікації – В.О. Нарвоцьким, О.К. Маріним. У руслі вчення про функції та принципи кримінального закону – М.В. Бавсуном, В.В. Мальцевим, І.О. Рощиною, В.Д. Філімоновим і т.д.

Незважаючи на певну наукову розробленість, більшість наявних у даній сфері досліджень характеризуються фрагментарністю, що актуалізує питання про проведення додаткових наукових розробок у цій сфері.

**Виклад основного матеріалу.** В основі основ усього циклу юридичних наук, теорії держави та права, правотворчість визначається як особлива

форма державної діяльності по створенню, зміні або скасуванню правових норм, заснована на пізнанні об'єктивних соціальних потреб та інтересів суспільства [1, 371].

Ключовим принципом правотворчого процесу є його науковий характер та зв'язок із правозастосовчою практикою. Інакше кажучи, правозастосування як лакмусовий папір виявляє усі недоліки та прорахунки законодавця, розкриває правотворчі потреби [1, 371].

Модифікувавши все вищенаведене стосовно кримінально-правової площини, цілком можна погодитися із думкою В.О. Навроцького, що «...частота і повторюваність помилок в кваліфікації злочинів, яких припускаються на практиці, нерідко пов'язані саме з недоліками формулювання кримінально-правових норм» [2, 18].

Як слушно зазначає Д.О. Балобанова, «...часто нові кримінальні закони приймаються поспішно, без широкого обговорення серед вчених і практиків. В результаті закони страждали й страждають серйозними недоліками, прогалинами й колізіями...» [3, 8].

«Колізія» (від лат. *collisio* – зіткнення) [4, 609] – це несумісність, взаємовиключеність. Юридичні положення, між якими мається колізія, є альтернативними сутностями [5, 221].

Одним із прикладів колізій між положеннями Загальної частини КК і положеннями Особливої частини КК є ч. 6 ст. 27 КК та ч. 1 ст. 256 КК.

Відповідно до ч. 6 ст. 27 КК не є співучастю не обіцяне заздалегідь переховування злочинця, знярядь і засобів вчинення злочину, слідів злочину чи предметів, здобутих злочинним шляхом, або придбання чи збут таких предметів. Особи, які вчинили ці діяння, підлягають кримінальній відповідальності лише у випадках, передбачених статтями 198 та 396 КК.

В той же час згідно із ч. 1 ст. 256 КК є злочином середньої тяжкості та карається позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років заздалегідь не обіцяне сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності шляхом надання приміщень, сховищ, транспортних засобів, інформації, документів, технічних пристроїв, грошей, цінних паперів, а також заздалегідь не обіцяне здійснення інших дій по створенню умов, які сприяють їх злочинній діяльності.

Крім того, системний аналіз КК України дозволяє стверджувати, що мається колізія і між положеннями ч. 1 ст. 256 КК та ч. 1 ст. 396 КК. Цю колізію ми маємо змогу побачити тільки тоді, коли подивимося також

і на ч. 6 ст. 27 КК. Дана колізія породжує не тільки технічну захащеність тексту КК України, а й нестабільну ситуацію із санкціями, оскільки санкції, передбачені положеннями ч. 1 ст. 256 КК і ч. 1 ст. 396 КК, є різними [5, 222].

Наведена колізія між положеннями ч. 1 ст. 256 КК та ч. 1 ст. 396 КК вирішується на користь ч. 1 ст. 396 КК. Щодо колізій між положеннями Загальної частини КК (ч. 6 ст. 27 КК) та положеннями Особливої частини КК (ч. 1 ст. 256 КК), то за усталеною правозастосовчою практикою і доктринальною думкою, пріоритет має надаватися положенням саме Загальної частини КК, оскільки вони видаються менш умовними [5, 222].

Іншим прикладом колізій між окремими положеннями Особливої частини КК є ч. 1 ст. 115 КК та ч. 1 ст. 119 КК. В ч. 1 ст. 115 КК сказано, що вбивство – це виключно умисне протиправне заподіяння смерті іншій людині. Тоді, як в ч. 1 ст. 119 КК вже йдеться про вбивство, вчинене через необережність. В даній ситуації більш виваженим видається позиція російського законодавця, який аналогічний до ч. 1 ст. 119 КК України склад злочину, іменує не вбивством, а «заподіянням смерті через необережність» (ст. 109 КК РФ).

Існує також «колізійність» між назвами окремих статей КК України та їх змістом, або між назвами розділів КК України та переліком статей, які в них входять. Про це більш детально йтиметься в наших наступних публікаціях.

«Конкуренція» – це суперництво, боротьба за досягнення кращих наслідків, змагання [6, 5].

В спеціалізованій літературі конкуренція кримінально-правових норм визначається як зумовлена наявністю у кримінальному законодавстві принаймні двох кримінально-правових норм, спрямованих на врегулювання одного питання, нетипова ситуація в правозастосуванні, коли при кримінально-правовій оцінці одного суспільно-небезпечного діяння на застосування претендують дві (або більше) функціонально пов'язані чинні кримінально-правові норми [6, 7]. Іншими словами, при конкуренції має місце ситуація так званого «подвійного» кримінально-правового регулювання.

Сутність конкуренції полягає у наявності в законодавстві надміру правового регулювання за відсутності суперечності приписів норм права [6, 7]. Її причини носять об'єктивно-суб'єктивний характер та можуть мати саму різну етіологію.

Так, О.К. Марін обумовленість конкуренції кримінально-правових норм пов'язує з «...1) існуван-

ням простих та складних форм злочинної поведінки; необхідністю формулювання нових складів злочинів «комбінованого» характеру; необхідністю посилення превентивного значення певної кримінально-правової заборони; необхідністю виділити та конкретизувати ступінь суспільної небезпечності діяння; необхідністю диференціювати відповідальність; 2) різноманітними умовами розвитку кримінального законодавства; 3) об'єктивною недосконалістю системи кримінального законодавства» [6, 7].

В контексті представленого дослідження нас цікавитиме переважно останній блок причин конкуренції кримінально-правових норм, який призводить до виникнення так званої «штучної» або «небажаної» конкуренції, яку не можна подолати / усунути за допомогою усім відомих правил кваліфікації злочинів при конкуренції кримінально-правових норм (загальної та спеціальної норми, частини і цілого, кількох спеціальних норм між собою).

Наведемо кілька прикладів «штучної» конкуренції кримінально-правових норм, що негативно впливає на кримінально-правову кваліфікацію.

Зокрема, в КК 2001 р. з'явився окремий склад злочину під назвою «Катування» (ст. 127 КК України). Його поява багато в чому обумовлена взятими на себе Україною міжнародно-правовими зобов'язаннями при ратифікації Конвенції ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських, або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання від 10 грудня 1987 р. та імплементацією їх положень в національне кримінальне законодавство.

У силу того, що в даному складі злочину недостатньо конкретно описано характер «насильства», за допомогою якого він вчиняється, виникає ряд складнощів у його відмежуванні від інших насильницьких злочинів проти життя та здоров'я особи (наприклад, п. 4 ч. 2 ст. 115 КК, ч. 2 ст. 121 КК, ч. 2 ст. 122 КК) [7]. Крім того, відповідно до п. 10 ч. 1 ст. 67 КК, однією із обставин, яка обтяжує покарання, є вчинення злочину з особливою жорстокістю.

Якщо подивитися на досвід пострадянських держав у цій сфері, то КК Республіки Білорусь взагалі не виділяє катування в окремий склад злочину, а відповідальність за такі дії настає по статтях за спричинення тілесних ушкоджень, де міститься кваліфікуюча ознака – способом, що носить характер мучення або катування, та по статті про мордування.

Як вірно констатує з цього приводу Д.М. Михайленко, «...склалася ситуація, за якої дії, схожі на катування є «розпорошеними» по різним статтям про

злочини проти здоров'я людини, що у свою чергу не сприяє його протидії» [8].

Наступним прикладом «небажаної» конкуренції є ст. 161 КК України, яка встановлює кримінальну відповідальність за порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або релігійних переконань. За кордоном злочини подібної спрямованості іменуються ще «злочинами, що вчиняються на ґрунті ненависті», а в міжнародно-правовій практиці для їх позначення використовується термін «дискримінація».

Незважаючи на те, що такого роду норма існує у вітчизняному кримінальному законодавстві нашої країни понад століття, за ознаками цього злочину у період 1991–2008 рр. в Україні було зареєстровано лише 34 злочинів [9, 1]. Причин подібного стану речей як мінімум декілька.

По-перше, даний злочин взагалі є нетиповим для України як унітарної і відносно моноетнічної держави. До прикладу, зовсім інша ситуація спостерігається в РФ, де через мультинаціональність дуже гостро стоїть проблематика екстремізму, тероризму [10] та етнокультурної толерантності [11].

В криміналізації злочину, передбаченого ст. 161 КК України, на наш погляд, домінує знову ж таки політичний підтекст, що пов'язано з наявністю ряду міжнародних нормативно-правових актів, які Україна ратифікувала і положення яких узяла на себе зобов'язання імплементувати в національне законодавство. Наприклад, Конвенція ООН про ліквідацію усіх форм расової дискримінації від 20 листопада 1963 р., Декларація ООН про ліквідацію усіх форм нетерпимості й дискримінації на ґрунті релігії або переконань від 21 листопада 1981 р.

По-друге, вказівка на спеціальний мотив вчинення злочину, аналогічний тому, який фігурує у ст. 161 КК паралельно міститься і в ряді інших статей як Загальної, так і Особливої частини КК України [9, 13].

Зокрема, в п. 3 ч. 1 ст. 67 КК України у якості обставини, яка обтяжує покарання, зазначається «...вчинення злочину на ґрунті расової, національної чи релігійної ворожнечі або розбрату». Одним із кваліфікованих видів вбивства відповідно до п. 14 ч. 2 ст. 115 КК України є вбивство «...з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості. Обтяжуючою обставиною при умисному тяжкому тілесному ушкодженні (ч. 2 ст. 121 КК України), умисному середньої тяжкості тілесному ушкодженні (ч. 2 ст. 122 КК України), побоях і мордуванні (ч. 2 ст. 126 КК України), катуванні (ч. 2 ст. 127 КК України), погрозі вбивством (ч. 2 ст. 129 КК України) виступає їх вчи-

нення з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості.

Причому слід звернути увагу й на те, що конструюючи суб'єктивну сторону в перерахованих вище складах злочинів, законодавець використовує різні терміни для позначення одного і того ж явища, що також привносить додатковий елемент «хаотичності» у правозастосовчу практику.

Наприклад, у ст. 161 КК йдеться про «релігійні переконання», у п. 3 ч. 1 ст. 67 КК вже маються на увазі «релігійна ворожнеча або розбрат», а у ч. 2 ст. 121 КК, ч. 2 ст. 122 КК, ч. 2 ст. 126 КК, ч. 2 ст. 127 КК, ч. 2 ст. 129 КК України взагалі зазначається про «релігійну нетерпимість» [9, 13].

Бланкетні диспозиції є дуже поширеними і використовуються у законодавчій техніці при криміналізації з метою «економії» нормативного матеріалу. Однак, при цьому зустрічаються й певні крайнощі, які ускладнюють застосування кримінального закону на практиці, роблять його «законспірованим» для більшої частини як пересічних громадян нашої держави, так і спеціалістів у галузі права [12].

Мова йде зокрема про «подвійні стандарти» розуміння неоподаткованого мінімуму доходів громадян, в частині кваліфікації деяких злочинів проти власності.

Для того, щоб розібратися, що тут і до чого, крім КК України слід синхронно аналізувати положення ще як мінімум трьох нормативно-правових актів: Кодексу України про адміністративні правопорушення (ст. 51 КоАП), Податкового кодексу України (Прикінцеві та Перехідні положення) та Закону «Про Державний бюджет України на 2013 рік» (ст. 7 Закону за умови, що злочин вчинений в поточному 2013 році).

Як вірно коментує дану ситуації О.Л. Гуртовенко, «...неоподатковуваний мінімум доходів громадян є ерзацом, який порушує принцип правової певності» [12].

Тепер співставимо проаналізовану вище інформацію з функціями і принципами кримінального закону та підведемо певні підсумки.

Як відомо, функції і принципи кримінального закону – це його вихідні положення. Якщо функції відповідають на запитання, навіщо нам потрібний кримінальний закон? В чому полягає його ціннісно-інструментальна роль? То принципи допомагають знайти відповідь, яким чином це зробити? Тобто, по

суті, формують найбільш «прийнятні» алгоритми досягнення покладених на кримінальний закон завдань.

Не вдаючись до дискусії відносно переліку існуючих функцій та принципів кримінального закону, лише зазначимо, що певну утилітарність мають такі з них, як превентивна функція та принцип доцільності [13, 25].

Слід погодитися із М.В. Бавсуном, який вважає, що існуюча невідповідність кримінально-правового впливу категоріям, котрі повинні носити базовий характер, свідчить про відносну самостійність або навіть «відірваність» практики від концептуальних ідей кримінального законодавства, що створює небезпечну ситуацію, в якій кримінальний закон та діяльність по його застосуванню суперечать одне одному [13, 25].

На думку В.В. Мальцева, кримінальне законодавство, яке суперечить своїм принципам, а тому й основним гуманістичним цінностям, буде сприйматися суспільством як чуже йому ігнорідне соціальне явище, як несправедливий, а отже й малоефективний інструмент управління соціумом [14, 11]. З ним солідарні Н.О. Лопашенко [15, 159] й І.О. Рощина [16, 8].

Як бачимо, колізії, «штучна» конкуренція, а подекуди й елементи «езотеричності» суттєво підривають превентивний потенціал кримінального закону, не сприяють його розумному застосуванню на практиці.

Таким чином, підсумовуючи вищевикладене, можна зробити наступні **висновки**.

Стан справ із криміналізацією та кримінально-правовою кваліфікацією дає можливість оцінити «авторитетність» кримінального закону як різновиду соціального управління.

Непоодинокі проблеми, котрі супроводжують кримінально-правову кваліфікацію, є прямим наслідком недосконалості процесу криміналізації.

Показниками низької якості законодавчої техніки при криміналізації діянь виступають такі нестандартні ситуації у правозастосуванні, як колізії та, в окремих випадках, конкуренція кримінально-правових норм.

Зловживання бланкетними диспозиціями при формулюванні положень кримінального закону сприяє додатковій плутанині та помилкам у кримінально-правовій кваліфікації.

## ЛІТЕРАТУРА:

1. Теория государства и права. Курс лекций / под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. – М. : Юристъ, 1999. – 672 с.
2. Навроцький В.О. Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / В.О. Навроцький. – Х., 2000. – 34 с.
3. Балобанова Д.О. Теорія криміналізації : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Д.О. Балобанова. – О., 2007. – 18 с.
4. Советский энциклопедический словарь. – М. : Советская Энциклопедия, 1980. – 1600 с.
5. Гуртовенко О.Л. В пошуках колізій в кримінальному праві / О.Л. Гуртовенко // Правове життя сучасної України : матер. Міжнар. наук. конф. проф.-викл. складу (Одеса, 20–21 квітня 2012 р.). Т. 2 / [відп. за випуск д.ю.н., проф. В.М. Дрьомін] / Націон. ун-т «Одеська юридична академія». – Одеса : Фенікс, 2012. – 496 с.
6. Марін О.К. Конкуренція кримінально-правових норм : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / О.К. Марін. – К., 2002. – 14 с.
7. Давидович І.І. Катування як окремих різновид насильницького злочину за КК України [Електронний ресурс] / І.І. Давидович // Часопис Академії адвокатури України. – 2013. – № 1. – Режим доступу : <http://archive.nbuv.gov.ua/e-journals/Chaau/2013-1/13diizku.pdf>
8. Михайленко Д.Г. Кримінально-правова характеристика катування [Електронний ресурс] / Д.Г. Михайленко // Часопис Академії Адвокатури. – 2011. – № 4. – Режим доступу : <http://archive.nbuv.gov.ua/e-journals/Chaau/2011-4/11mdgkhhk.pdf>
9. Панькевич В.М. Кримінально-правова характеристика порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або ставлення до релігії : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / В.М. Панькевич. – К., 2010. – 20 с.
10. Зюков А.М. Этническая парадигма уголовной политики / А.М. Зюков. – Владимир : ИП Журавлева, 2009. – 265 с.
11. Масычев П.В. Конструирование этнокультурной толерантности в контексте противодействия экстремизму : автореф. дис. на соиск. учен. степени канд. социолог. наук : спец. 22.00.06 «Социология культуры» / П.В. Масычев. – Саратов, 2012. – 18 с.
12. Гуртовенко О.Л. Юридичні аспекти залученості і відчуженості особи в суспільстві: на прикладі кримінального права і не тільки [Електронний ресурс] / О.Л. Гуртовенко // Часопис Академії Адвокатури. – 2012. – № 2. – Режим доступу : <http://archive.nbuv.gov.ua/e-journals/Chaau/2011-4/11goldgu.pdf>
13. Бавсун М.В. Уголовно-правовое воздействие: идеология, цели и средства реализации : автореф. дис. на соиск. учен. степени докт. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / М.В. Бавсун. – Омск, 2013. – 40 с.
14. Мальцев В.В. Принципы уголовного права и их реализация в правоприменительной деятельности / В.В. Мальцев. – СПб : Юридический центр Пресс, 2004. – 694 с.
15. Лопашенко Н.А. Основы уголовного-правового воздействия: уголовное право, уголовный закон, уголовно-правовая политика / Н.А. Лопашенко. – СПб : Юридический центр Пресс, 2004. – 339 с.
16. Рощина І.О. Ефективність норм кримінального права України у запобіганні злочинам : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / І.О. Рощина. – К., 2009. – 18 с.

КРИМИНАЛИЗАЦІЯ И УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ КВАЛИФИКАЦИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ С ПОЗИЦИЙ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ОТДЕЛЬНЫХ ФУНКЦИЙ И ПРИНЦИПОВ УГОЛОВНОГО ЗАКОНА

*Вечерова Е.Н.*

**Аннотация:** В статье рассматриваются отдельные аспекты правотворчества и правоприменения в уголовно-правовой среде. Делается вывод, что коллизии, «искусственная» конкуренция, а также элементы «эзотеричности» существенно подрывают превентивный потенциал уголовного закона, не способствуют его разумному применению на практике.

**Ключевые слова:** криминализація, уголовно-правовая квалификация, коллизии, конкуренция, бланкетные диспозиции.

CRIMINALIZATION AND CRIMINAL CLASSIFICATION OF CRIMES FROM THE VIEWPOINT OF ENSURING CERTAIN FUNCTIONS AND PRINCIPLES OF THE CRIMINAL STATUTE

*Vecherova E.N.*

**Summary:** The article studies certain aspects of lawmaking and law enforcement in criminal law environment. It is inferred that collisions, «false» competition as well as «esoteric» elements significantly disrupt the preventive potential of criminal statute and do not contribute to its judicious enforcement in practice.

**Keywords:** criminalization, criminal classification, collisions, competition, blanket crime description.