

УДК 343.01

П.П. СЕРДЮК, канд. юрид. наук, доц.,
Класичний приватний університет

ДИФЕРЕНЦІАЦІЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ: ПРОБЛЕМА ВИБОРУ КОНЦЕПТУ

Ключові слова: диференціація кримінальної відповідальності, диференціація покарання, засудження, стигматизація

Зміна концепції кримінальної відповідальності, відповідно вимагає зміни її категоріального супроводу. Оскільки саму кримінальну відповідальність не слід розуміти як інгібітор інших кримінально-правових наслідків злочину, постільки не слід залишати незмінно сателітні правові явища. Виходячи з того, що термін «кримінальна відповідальність», як явище в чистому вигляді, більш точно йменувати в кримінальному праві як «засудження», то й залишати розуміння диференціації кримінальної відповідальності на рівні плюралізму розуміння кримінальної відповідальності з явною гегемонією «теорії обов'язку», «пенальної теорії» та «концепції цілого та частини» було би очевидною непослідовністю. Фактично, має місце диференціація покарання, що ґрунтується на концептах двох останніх теорій. Отже, існує необхідність або збереження розуміння диференціації на рівні покарання, або вести мову про диференціацію ступеня негативної оцінки, що впливає на диференціацію покарання.

Дослідження, які були досі, вивчали питання з огляду на аморфні межі розуміння кримінальної відповідальності, котра сприймалася, як замітник кримінально-правових відносин. Звідси, мова йшла не про диференціацію засудження, як основи для застосування інших кримінально-правових наслідків злочину, а про диференціацію покарання. Практично, жодного дослідження, котре би включало аналіз питання про диференціацію

ступеня засудження, немає. Проте потреба в цьому існує, оскільки нормативно, кримінальна відповідальність не функціонує як тотожність покарання, не лише в контексті звільнення від кримінальної відповідальності або покарання, але й на рівні доцільності застосування кримінальної відповідальності із покаранням або без нього.

Мета цього дослідження полягає в пошуку дійсного операнду або операндів теорії диференціації кримінальної відповідальності, з огляду на виправлене розуміння кримінальної відповідальності. Для цього необхідно було перевірити валідність критеріїв диференціації кримінальної відповідальності й знайти серед них несуперечливі або ж виявити можливість існування означених поза системою сучасної теорії диференціації кримінальної відповідальності.

Вивчення літератури з цього питання не дає простої й несуперечливої картини. Навпаки, воно заплутане поліморфністю кримінальної відповідальності та критеріїв її диференціації. Ю.М. Ткачевський вважає, що диференціація кримінальної відповідальності може реалізуватися в повному обсязі, коли має місце й саме засудження, і покарання, і судимість, в умовному засудженні, тобто в засудженні й умовно призначеному покаранні, а також тільки в самому засудженні, без призначення покарання, а відтак і без судимості [1, с.13]. Подібне розуміння диференціації кримінальної відповідальності відповідає тій теорії кримінальної відповідальності, якої додержується вчений, однак, знову ж таки, сама кримінальна відповідальність як засудження не приймає участі в диференціації повною мірою, їй належить лише «найм'якша її форма», тобто саме засудження без призначення покарання. Решта ж, залежить від покарання, його призначення й реальності відбування, а також від судимості, яка, як більшістю визнається, пов'язана із призначенням покарання. У такій диференціації приймає участь не лише засудження як іманентна якість кримінальної відповідальності, але й інші кримінально-правові наслідки, котрі на фоні кримінальної відповідальності відіграють свої специфічні

ролі. О.М. Трухін стверджує, що тільки покарання може бути критерієм тяжкості вчиненого особою злочину [2, с.54]. Проте ця позиція є вельми непослідовною, оскільки *тяжкість злочину, а не покарання впливає на питання визначення правового наслідку щодо винуватої особи*. Тому вона ґрунтується на залежності визначального від того, що визначається, а це суперечить не лише формальній логіці, а й концептуальній моделі сучасного кримінального права. В.В. Бездольний вважає формальну категоризацію злочинів, що представлена в КК РФ, і є такою ж за суттю, що й в українському КК, недосконалою, оскільки їй не притаманний діалектичний зв'язок між складовим, котрий характерний для змістовних класифікацій і проявляється в моменті розвитку, який базується не лише на схожості груп, але й будь-яких взаємозв'язках між ними [3, с.12]. Справді, якщо, наприклад, довільно визначити покарання для певного діяння в 12 років позбавлення волі, то воно підвищить категорію злочину до особливо тяжкого, але навпаки неможливо. Немає нормативно визначених засобів, за допомогою яких можна було би визначити покарання, покладаючись на категорію злочину. Тут немає двостороннього зв'язку.

В.В. Антипов та В.І. Антипов слушно стверджують, що важливо відмежовувати диференціацію кримінальної відповідальності від диференціації покарання, так само як відмежування кримінальної відповідальності від покарання. Дійсно, у КК України, фактично, є диференціація покарання. Проте важко погодитися з думкою авторів у тому, що диференціація кримінальної відповідальності проявляється у звільненні від неї [4, с.159–160].

О.О. Батманов, підтримуючи розуміння кримінальної відповідальності в значенні «теорії обов'язку», визначає диференціацію кримінальної відповідальності, як розподіл форми, виду й обсягу обов'язку особи, яка вчинила злочин, що здійснюється законодавцем у кримінальному законі [5, с.10]. Проте таке розуміння нічого конкретного не дає стосовно сприйняття розподілу обов'язку зазнати засудження. Верифікувати можна лише покаран-

ня. Засуджуючи людину, суд висловлює ступінь осуду лише через покарання, хоча має бути навпаки. Практика цього не висловлює буквально. Засудженому, котрого звільняють від покарання, указують на те, що ступінь його осуду не такий, як для покараних, що демонструє урахування особистості винного. Тут так і рветься з вуст сказати, що всілякі пом'якшення вказують на означену диференціацію, однак диференціацію засудження особи, а не її покарання.

Домінуюча теорія диференціації кримінальної відповідальності, фактично веде мову про диференціацію покарання, а не відповідальності, оскільки в ній не ведеться мова про диференціацію ступенів засудження чи стигматизації. *Отже, коли заходить мова про диференціацію кримінальної відповідальності, то йдеться про те, що ступінь негативності оцінки винуватого, з точки зору аксіологічної парадигми правосвідомості, є різною й залежить від суб'єктивних та об'єктивних чинників*. Слід пам'ятати, що різність санкцій в нормах, у формі кваліфікованих і простих складів злочинів, є похідною від визначеної типової негативної оцінки винного та діяння, яка здійснена законодавцем у кримінально-правових нормах і від якої виходять судді, здійснюючи правосуддя. В.В. Пітецький каже, що в тих випадках, коли ступінь вини має типологічне (принципове) значення, вона є основою для законодавчої диференціації суспільної небезпеки злочинних діянь у самому законі з встановленням відповідних санкцій за них. Різновидом такої диференціації, на думку В.В. Пітецького, є створення складів злочинів з пом'якшуючими та обтяжуючими обставинами, з установами відповідної караності в законі [6, с.45]. Іншими словами, можна зазначити, що диференціація кримінальної відповідальності виходить із категорії самого злочину, який з огляду на рівень його суспільної небезпеки чи морального осуду в суспільстві, впливає на ступінь вини особи, а відтак і на ступінь її осуду. Покарання ж, має виходити із врахування такого ступеня осуду. Тому вказівка В.В. Пітецького про те, що ступінь вини має враховуватися судом у рам-

ках індивідуалізації кримінальної відповідальності та покарання [6, с.45], є не точною, оскільки індивідуалізувати кримінальну відповідальність у межах типової категорії злочину, з притаманним йому ступенем осуду, неможливо без особливої оцінки суду, що виражається в самому докорі, котрий сформульований в обвинувальному вирокі. Такою індивідуалізацію, зазвичай, вважається міра покарання, однак покарання має бути похідним від означеної оцінки. Звідси, можна припустити, що вказана оцінка може проявлятися в призначеному покаранні або інших кримінально-правових наслідках. Проте міра покарання, яка вважається індивідуалізованим покаранням, характеризується такою властивістю, як доцільність міри, змістом котрої є мета, тобто цілі покарання [7, с.18]. Відтак суддя, призначаючи покарання має виходити не із рівня осуду, а з міркувань, задекларованих цілей покарання. Ось і виходить, що покарання жодним чином не повинне визначати осуд і його ступені.

Оцінка особи й діяння, з позиції того, яке покарання може бути їй призначене – це дуже сумнівна думка. Не може похідне визначати первинне. Це твердження є апіорним. Проте, воно не ставало на заваді тим дослідникам, котрі плутались у категоріях логіки, визначаючи ступінь тяжкості діяння покаранням, забуваючи, що покарання всього-на-всього типова похідна оцінка, котра залежить від багатьох чинників, на жаль, не завжди об'єктивних та зважених. Дж. Брейтуейд, наприклад, зазначає, що в тих суспільствах, де жінки не мають влади, насильство проти них не вважається таким ганебним, як у суспільствах, де жінка може займати ключові ролі в ньому, мати владу. У тих суспільствах, де бізнес має значну владу й вплив на суспільні інституції, заподіяння шкоди здоров'ю працівника через незадовільні умови безпеки праці також не вважається значно ганебним [8, с.291–292]. Звідси, і оцінки таких діянь, не пов'язані зі значним осудом, і це впливає й на покарання таких діянь. Саме такі об'єктивні чинники мають не тільки адекватно досліджуватися, але й першочергово враховуватися при оцінках щодо співвідношення особи/діяння та

засудження/покарання. При цьому не можна забувати, що для типових оцінок рівня ганебності діяння слід використовувати не кримінальний закон, а культурні чинники, що визначають такі оцінки, бо кримінальний закон, часто продукт роботи групи людей, яка покладається на оцінки, узяті із своєї соціалізації, а має покладатися на результати емпіричних досліджень. Хоча це й може виявитися в тому, що закон таким чином, якщо взяти приклад Дж. Брейтуейда, зможе закріпити нерівність у суспільстві, проте закріплення більших покарань не змінить рівень ганебності певної поведінки, оскільки він залежить від низки біологічних та соціальних факторів.

І.Я. Гонтарь стверджує, що категорія «суспільна небезпека» отримує свою матеріальну плоть у конкретній фізичній особі, являє собою нерозривну єдність таких рис, що проявилися, як те, хто вчинив, що вчинив, котру мету переслідував, яку проявив завзятість у досягненні цієї мети, які настали наслідки. Відтак, учений убачає одним із основних «критеріїв» суспільної небезпеки особу винуватого, однак принцип справедливості покарання він покладає на законодавчу диференціацію покарання, що проявляється в категорії злочину та санкції кримінально-правової норми, тобто справедливість покарання, що відповідає ступеню суспільної небезпеки особи. І.Я. Гонтарь знову ж таки, як і низка інших учених, убачає критерії диференціації суспільної небезпеки особи винуватого, у виді та розмірі покарання [9, с.19]. Звідси, реально здійснюється диференціація не кримінальної відповідальності, а покарання. Категорія «суспільна небезпека» мислиться через категорію «покарання», а не навпаки. Хоча саме кримінальна відповідальність має визначати такий ступінь, ґрунтуючись на категорії злочину й таким чином, впливати на питання призначення покарання, що має враховувати та каральний компонент задля загальної превенції й особистий – задля спеціальної превенції. Видається, що ступінь осуду має ґрунтуватися на загально-превентивному концепті, а в конкуренції загальної і спеціальної превенції, як цілей покарання, пріоритет має віддаватися спеціаль-

ній превенції, яку може задовольнити й не значне, порівняно з типовим, для соціальної антиципації покарання.

Дослідники намагаються не виходити за межі, а то й підсвідомо тримаються оцінок у межах об'єкта злочину. Так, Д.С. Дядькін запропонував загальний алгоритм призначення покарання, ґрунтуючись на математичній методиці. Проте одразу можна помітити, що основним критерієм, який має вплинути на оцінку ступеня суспільної небезпеки злочину є об'єкт кримінально-правової охорони. Решта складових просто будуть знаходитися в його орбіті [10, с.427, 470]. Відтак ступінь небезпеки на типовому рівні, залежить від об'єкту охорони. Останній впливає на категорію злочину. Таким чином, не покарання визначає категорію злочину, а тому й не покарання має визначати ступінь осуду злочинця. Звідси, диференціація кримінальної відповідальності має ґрунтуватися не на диференціації покарання. Проте, у світі поширена інша позиція, яка відверто надає покаранню первинне значення, а злочину, як не дивно, похідне, хоча за природою має бути навпаки. Е.В. Кабурнеєв стверджує, що диференціація кримінальної відповідальності включає, зокрема, категоризацію злочинів у Загальній частині КК, залежно від їхньої тяжкості з виділенням типової санкції у вигляді позбавлення волі та звільнення від кримінальної відповідальності і від покарання, за нормами Загальної частини КК [11, с.25]. Подібний погляд на диференціацію кримінальної відповідальності має ґрунтуватися на думці, що кримінальна відповідальність диференціюється в покаранні й не має суверенної моделі. Що ж до звільнення від кримінальної відповідальності, як засобу її диференціації, то пояснити це нічим іншим, ніж помилкою вченого не можна, адже не можна диференціювати те, чого немає. Ш.А. Кудашев стверджує, що диференціацією кримінальної відповідальності є розчленування, розподіл відповідальності в кримінальному законі, коли законодавець встановлює різні правові наслідки, залежно від типового ступеня суспільної небезпеки злочину та особи злочинця [12, с.8]. Однак, окрім покарання жодних інших правових

наслідків не представлено, навіть, якщо санкцію кримінально-правової норми сприймати в її широкому значенні. Особу можуть засудити й призначити покарання, звільнити від покарання чи його відбування, звільнити від кримінальної відповідальності, проте останні три не є правовими наслідками злочину.

Навіть розуміння злочину, яке репрезентоване в практиці Європейського суду з прав людини спотворене непослідовністю. У ній злочинність діяння визначається, залежно від того чи призначається за нього покарання, яке вирізняється з-поміж інших стягнень тим, що забезпечує залякувальний ефект та звично полягає або в позбавленні волі, або в штрафі [13, с.107]. Таке розуміння співвідношення злочину й покарання ставить його з ніг на голову.

З.М. Саліхов указує, що, на його думку, не можна зводити індивідуалізацію кримінальної відповідальності лише до індивідуалізації покарання, оскільки перша, передбачає індивідуалізацію осуду винуватого від імені держави і вона може реалізуватися через інші заходи кримінально-правового характеру [14, с.13], проте автор думки, конкретно не наводить як має індивідуалізуватися ступінь осуду, у чому він має проявитися? У кваліфікації діяння не може, у визнанні частково винуватим також ні, у не застосуванні покарання чи застосуванні інших заходів кримінально-правового характеру (інших кримінально-правових наслідків діяння), звісно ж не може, бо тоді ступінь осуду уже залежить від інших кримінально-правових наслідків. Справді, можна сказати, що не застосування покарання зовнішньо проявляє менший ступінь осуду злочинця, проте як виявити, окрім такої аналогової системи, залежної від похідних кримінально-правових наслідків діяння, справжній первинний ступінь осуду, який до всього іншого, ще й індивідуальний?

Кримінальна відповідальність, як системотворчий кримінально-правовий наслідок, у розумінні ступеня осуду засудженого також повинна мати індивідуалізацію ступеня осуду, хоча би заради того, що особа може бути звільнена від покарання, але не від неіндивідуалізованої кримінальної відповідаль-

ності (засудження). *Проте гіпотетично можна уявити, що звільнення від покарання також проявляє відповідний ступінь осуду особи, який проявляється у звільненні особи від покарання. Як бути в цьому сенсі зі звільненням особи від відбування покарання?*

В.В. Мальцев стверджує, що вчинений злочин рішучим чином обумовлює кримінальну відповідальність, її зміст – це міра глибини, єдиний і універсальний масштаб жорсткості кримінальної відповідальності [15, с.122]. Подібна теза замирюється із дійсністю, коли кримінальна відповідальність сприймається в її пенальній теорії. Тоді диференціація кримінальної відповідальності, за сутністю, є диференціацією покарання. Однак виникає проблема, коли вчені розмежовують кримінальну відповідальність та покарання й спроба використовувати термінологічний зворот «диференціація кримінальної відповідальності» виглядає як дуже сумнівна, бо вчені ведуть мову, наприклад, про зменшення кримінальної відповідальності чи покарання [16, с.333], але як виявити зменшення кримінальної відповідальності без зменшення покарання? Д. Ходгсон також говорить про ступені відповідальності особи, які залежать від можливості спротиву різним факторам. Він диференціює ступінь можливості особи керуватися добрими думками. Чим менша така можливість, тим менше, на його думку, має бути покарання. Д. Ходгсон, почавши ступенями кримінальної відповідальності, яку звів до ступенів можливості керуватися добрими думками, закінчив фактично, диференціацією покарання [17, с.481–482]. Більше ніж століття тому Е. Кларк удався до такої ж думки. Учений диференціював «criminal liability», залежно від настрою свідомості людини та нормативного компоненту в ній. Вищий ступінь, на його думку, має місце тоді, коли особа прямо мала намір щодо настання певних злочинних наслідків або коли вона мала очікувати на такі наслідки, а нижчий рівень проявляється тоді, коли особа ясно не очікувала але могла очікувати такі наслідки [18, с.109]. Звідси, очевидна диференціація не кримінальної відповідальності, як консеквативної категорії, а диференціація вини особи на умисну та необережну, хо-

ча вона зводиться до диференціації лабільності особи, але диференціюється не здатність особи бути відповідальною, а вина й через цю категорію диференціюється «criminal liability» як інтегративне явище, однак вагомої, на мою думку, аргументації для такої інтегративності не наводиться. Е. Кларк зазначав, що найважливішими елементами «criminal liability» є дві групи складових – злочинні наслідки людської поведінки та ментальні стани чи можливості злочинця, а саме: воління, усвідомлення наслідків своєї поведінки та усвідомлення того, що ця поведінка є не правильною [18, с.71]. Для української теорії кримінального права, це, скоріше, елементи складу злочину, хоча й сам Е. Кларк указував, що вони є елементами складу злочину – corpus delicti. Визначення в такому дусі елементів «criminal liability», навіть розриває зв'язок з неконсеквативним розумінням кримінальної відповідальності, так само й з розумінням її як модальності, зводячи кримінальну відповідальність до складу злочину. Причину такого підходу можна зрозуміти, вона обумовлена нерозвинутою загальною теорією кримінальної відповідальності в англо-американській правовій системі. Сучасність успадкувала від XIX ст. схожий стан. Дж. Махер вживає термін «diminished responsibility» або зменшена відповідальність, під якою розуміє не традиційне в англійській літературі розуміння її, як зменшення покарання, а в якості переходу до іншої системи юстиції, з кримінальної до ювенальної для дітей, які вчинили суспільно небезпечні діяння [19, с.508–510]. У цій позиції можна побачити більш принциповий підхід, коли зменшення відповідальності розуміється саме як зменшення репресивності оцінки діяння такої особи, а не лише покарання. Диференціація, яка основана на диференціації покарання, а не осуду, лише формально практична річ, оскільки як тільки змінюється концепція покарання та його призначення, ідея диференціації покарання як консеквативного явища йде шкереберть. Узяти хоча б практику невизначених вироків у США. Її основою є не диференціація, а індивідуалізація покарання, яка залежить від соціально-психологічних харак-

теристик винуватої особи та від того, настільки здається успішним виправлення цієї особи [20, с.120]. Така практика, на фоні пенального розуміння кримінальної відповідальності, унеможливорює адекватну оцінку вчиненого та особи діяча стосовно злочину, адже тут покарання вже починає використовуватися не як інструмент каральної політики та засіб осуду, а вже як цілком утилітарний засіб, за допомогою якого здійснюється спеціальна превенція, навіть якщо вона суперечить ступеню тяжкості вчиненого злочину.

Важко погодитися з позицією А.А. Тер-Акопова та Т.О. Леснієвські-Костаревої в тому, що звільнення від кримінальної відповідальності є видом її диференціації [21, с.72–76; 22, с.176]. Оскільки особу звільняють від самого засудження, то навряд чи можна казати, що не існуюче може диференціюватися. Це очевидно. Сумнівною вбачається думка Т.В. Непомнящої, яка стверджує, що диференціація кримінальної відповідальності й покарання проявляється в умовному засудженні, і в примусових заходах медичного характеру, і в примусових заходах виховного характеру [23, с.80]. Очевидно, що тут немає диференціації кримінальної відповідальності й навіть покарання, а те, що призначають покарання, яке не відбувається, є умовною диференціацією,

оскільки й діяння, і особа винного засуджуються на скільки, на стільки це дозволяє їх звільнити від відбування покарання. І справа тут не лише в доцільності застосування реального покарання. Убивць і гвалтівників надзвичайно рідко звільняють від відбування покарання.

Бувало й так, коли в Україні законом про амністію, передбачалась можливість звільнення особи від кримінальної відповідальності після набуття обвинувальним вироком законної сили, що є явною нісенітницею, адже можна анулювати засудження, але звільнити від того, що відбулося, навряд чи. Проте ще більш несподіваним виявилось би звільнення особи від відбування покарання, якщо таку особу взагалі не засуджували, тобто не знайшли підстави для застосування можливого покарання, а відтак і звільнення від його відбування. До того ж, звільнення від відбування покарання не є диференціацією самого засудження, тобто сама кримінальна відповідальність не диференціюється. Навіть немає самого покарання, оскільки нуль не є реперною або опорною точкою на шкалі вимірювання диференціації покарання. Якщо й знайти на цій шкалі відносний нуль, то він очевидно, має бути мінімальним покаранням найменш суворої категорії (див.: рис. 1).

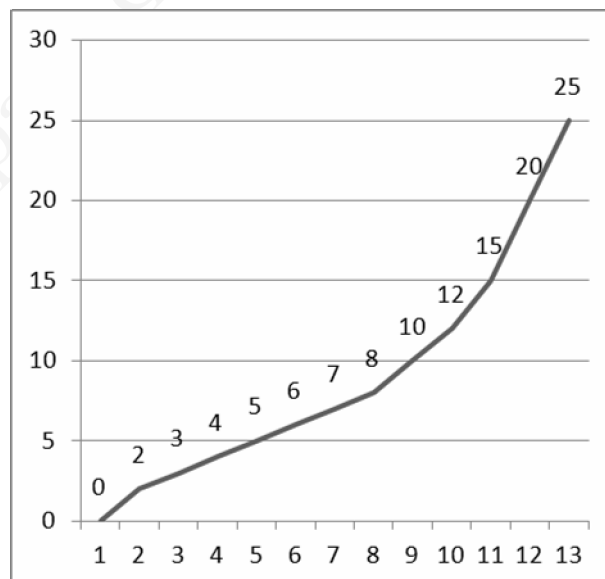


Рисунок 1 – Реперні (опорні) точки шкали строків позбавлення волі в Україні (у роках)

Як можна побачити, нуль не може бути такою точкою. На рис.1 він знаходиться не в початковій точці осі абсцис, а в точці одиниці, хоча одиниця не зазначена серед даних кривої, тобто якщо задати такий параметр кривої як нуль, то він фактично буде виконувати роль одиниці. Не знадобилося би пояснювати очевидну істину, що звільнення від покарання чи його відбування не є засобом диференціації покарання і одночасно не є засобом диференціації засудження, тобто це означає, що якщо немає покарання, то немає і його диференціації.

Видається, що диференціація кримінальної відповідальності, як відповідного кримінально-правового наслідку злочину, має виходити з того типового ступеня суспільної небезпеки злочину, який визначається категорією злочину. Зрозуміло, що всі КК визначають його за допомогою типового покарання. О.Ю. Бунін упевнений, що законодавча оцінка суспільної небезпеки злочинного діяння, виражається у визначеній санкції, причому під санкцією він розуміє визначене покарання, і тільки покарання. На його думку, саме санкція, у нинішній час є найбільш надійним інструментом оцінки суспільної небезпеки злочинів, оскільки в ній приховані експертність оцінки, специфічна бальність, соціальний контроль, і соціальний досвід її застосування [24, с.18]. Проте таке розуміння санкції є збідненим, оскільки застосовують не лише покарання, що зазначене в санкції, а кримінально-правову норму в цілому. Покарання є похідною від засудження оцінкою, тому через покарання нині застосовують аналогову оцінку, від зворотного, самого засудження, як первинної оцінки діяння та діяча. Тут основи диференціації кримінальної відповідальності та покарання збігаються, проте похідною, стосовно такого типового ступеня, є не кримінальна відповідальність, похідне покарання. *Диференціація кримінальної відповідальності здійснюється на підставі кваліфікації злочину, відповідно до типового ступеня суспільної небезпечності злочину або злочинів, що входять у сукупність. На типовий ступінь суспі-*

льної небезпеки злочину, а відтак і на диференціацію кримінальної відповідальності можуть впливати й обставини, що пом'якшують чи обтяжують кримінальну відповідальність, проте вона не може бути оціненою вище чи нижче від тих меж, що передбачені для відповідної категорії злочину, який вчинила особа. Призначене особі покарання не може впливати на диференціацію кримінальної відповідальності, оскільки для виправлення їй може бути призначене незначне покарання або нижче, ніж передбачене в санкції відповідної кримінально-правової норми, тобто те засудження (докір), яке вміщується в межі типового ступеня суспільної небезпеки злочину, не може бути більшим чи меншим, від того, що виходить із відповідної кримінально-правової норми, однак каральний вплив на особу через покарання має бути зваженим на підставі особи злочинця та досягнення цілей покарання. Особа має зазнати відповідного докору, який має вплинути на покарання, проте покарання, як похідний від кримінальної відповідальності кримінально-правовий наслідок, що застосовується для досягнення цілей засудження, може залежати не лише від типового ступеня суспільної небезпеки злочину та від докору, котрий висловлюється особі в контексті кримінальної відповідальності, а від особи та її особливостей соціального, соціально-психологічного, соціально-економічного, антропологічного плану. Звідси, якщо караність є критерієм злочинності діяння, то й тяжкість злочину повинна визначатися покаранням, а що ж у такому разі визначає саме покарання? Яким воно повинно бути й залежно від чого? Покарання в цій конструкції носить, усе-таки, похідний від оцінки характер. Що це дає в практичному сенсі? Нічого, бо практик продовжує керуватися типовим покаранням, а незрозуміла для нього «оцінка», залишається без уваги через відсутність формального критерію. Звідси, сама ідея диференціації кримінальної відповідальності, як засудження (стигматизації), через відсутність формальних критеріїв, на відміну від покарання, не має

практичного втілення. Вона повинна впливати на застосування та вибір виду та розміру покарання, однак на справді, це не питання типового ступеня суспільної небезпеки діяння та злочинця, бо навіть за особливо тяжкі злочини можуть бути призначені покарання, не передбачені в статті КК, менш суворі. Відтак, типова оцінка злочину може не багато дати для визначення покарання. Тому доречний висновок, що *ідея диференціації кримінальної відповідальності практично не дає осяжних результатів, бо коли мова заходить про призначення покарання, то суди можуть виходити за межі законодавчо визначеної диференціації покарання в більш м'який бік, хоча типова оцінка діяння, теоретично, залишається незмінною.*

Більш перспективним, з наукової точки зору, видається виявлення закономірностей, на яких побудовані диференційні оператори в диференційних багатоманітностях. Такими операторами, у контексті диференціації покарання, будуть одні точки покарань з іншими, а диференційною багатоманітністю будуть усі покарання, або певний вид, якщо диференціація відбувається в його межах.

Одне таке дослідження було проведене на базі кримінального законодавства КНР, Республіки Корея, Японії, та для порівняння, на базі кримінального законодавства Республіки Білорусь та Республіки Узбекистан. Дослідники проаналізували частоту повторення реперних точок для позбавлення волі. Ними виявилися в трьох країнах Далекого Сходу – 1, 3, 5, 7, 10 років позбавлення волі. Найчастіше згадується 3, 5, 10 років позбавлення волі. У Республіці Білорусь такими точками є: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 12, 15, 20, 25 років позбавлення волі, а найчастіше зустрічаються 2, 3, 5, 7 років позбавлення волі. Автори дослідження зазначають, що законодавець, як може здатися, випадково визначає самі межі покарання, у рамках яких приймається рішення про призначення покарання, але, підкреслюють вони, межі найчастіше не випадкові. Стосовно окремого злочину, вони в якійсь мірі випадкові, але вся сукупність кількісно визначених

мір покарання підпорядковується певному закону необхідності. Доволі цікавий факт, що в цих країнах жодного разу у законодавстві не вказано на таке число строку покарання, як 9, 11, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24 років позбавлення волі [25, с.84–90]. Очевидно, що ця закономірність має не лише математичні, але й суто психологічні корені сприйняття людиною міри. Творець норм, при визначенні таких опорних точок, зв'язаний релятивними рамками побудови диференційних операторів. Визначивши певний епіцентр, найчастіше повторюваних чисел/строків покарання, він визначає відносну суворість покарань стосовно цих точок.

В Україні реперними точками для позбавлення волі є: 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 20, 25 років позбавлення волі. Цікаво, що не вказується на 1, 11, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24 років позбавлення волі. Найчастіше повторюваними є: 3, 5, 7, 8 років позбавлення волі. Середній показник мають: 2, 6, 12, 15 років позбавлення волі. Порівняно з даними вищезазначеного дослідження, в Україні використовуються такі точки як: 9, 13, 14, хоча 11, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24 також не використовуються. В Україні, на відміну від більшості країн світу, не використовується в якості реперної точки 1 рік позбавлення волі (див.: рис.2). Очевидно це формально обумовлено тим, що український КК багато в чому наслідує КК РФ, у якому також немає такого строку позбавлення волі.

Таким чином, творець закону, визначаючи межі диференціації, керується відповідними реперними точками відліку й чим більше число, тим більший у нього розрив із наступним, за деякими виключеннями, які поки що неможливо пояснити. Але знайти пояснення необхідно. Шукати відповідь на це питання, очевидно, слід у сфері нейробіології та психології. Вимагається експериментальний, досвідний підхід до цього питання. Ці зусилля змогли би винагородити дослідників знаннями закономірності визначення розміру покарання. Не дивлячись на велику кількість публікації правознавців та кримінологів на тему

покарання і його диференціації, питання основ визначення покарання потонуло в морі формальних принципів, а картина залишається

до сих пір незрозумілою. Починати треба, як убачається, з основ. Але шукати вже слід на досвідних полях.

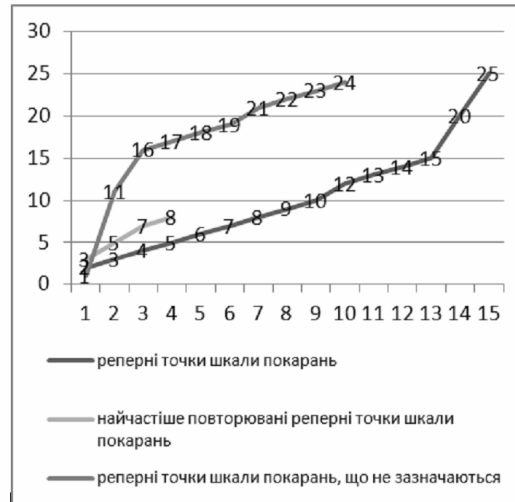


Рисунок 2 – Реперні точки шкали покарання у виді позбавлення волі в Україні (роки)

Щодо диференціації кримінальної відповідальності, я торкнувся лише загальної проблеми. Вона полягає в тому, що з огляду на теорію кримінальної відповідальності, кримінально-правова доктрина наразі не має теорії диференціації кримінальної відповідальності, яка би ґрунтувалася на правильній теорії кримінальної відповідальності. Як стало очевидно, гегемонія екстенсивної теорії кримінальної відповідальності з епіцентром на покаранні, більше не може відповідати реаліям. Фактично, функціонує лише теорія диференціації покарання. До проблеми ж диференціації засудження, як самостійного кримінально-правового наслідку, ще ніхто не наблизився в притул. Тут виникає пересторога з приводу того, а чи потрібна взагалі така теорія? Можливо, достатньо теорії диференціації покарання? Що ж, остання потрібна, але якщо виходити із того, що засудження має бути мономорфним, як типовий засіб офіційної стигматизації особи, то на заваді такій легкості стоїть питання пріоритету цінностей у соціальних інстинктах. У будь-якому разі, ступінь засудження за насильницькі злочини, котрий до того ж, має ще й внут-

рішню диференціацію, говорить нам про те, що не слід заспокоюватись і проблема диференціації ступеня засудження має в майбутньому отримати своїх дослідників.

ЛІТЕРАТУРА

1. Ткачевский Ю. М. Понятие уголовной ответственности, ее суть и цели / Ю. М. Ткачевский // Вестник Московск. ун-та. Серия 11. Право. – 2000. – № 6. – С. 3–19.
2. Трухин А. М. Проблемы определения судимости / А. М. Трухин // Российская юстиция. – 2006. – № 6. – С. 53–56.
3. Бездольный В. В. Категории тяжких и особо тяжких преступлений: юридическая характеристика и корреляция с институтами уголовного права : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / В. В. Бездольный ; Кубанск. гос. ун-т. – Краснодар, 2007. – 29 с.
4. Антипов В. В. Обставини, які виключають застосування кримінального покарання : монографія / В. В. Антипов, В. І. Антипов. – К. : Атіка, 2004. – 208 с.

5. Батманов А. А. Личность виновного вне связи с преступлением как критерий дифференциации ответственности и наказания : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / А. А. Батманов ; Казанск. гос. ун-т. – Казань, 2008. – 24 с.
6. Питецкий В. В. К вопросу о степени вины в уголовном праве / В. В. Питецкий // Уголовное право. – 2006. – № 3. – С. 41–45.
7. Непомнящая Т. В. Мера уголовного наказания: проблемы теории и практики : автореф. дис. на соискание учен. степени докт. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Т. В. Непомнящая ; Уральск. гос. юрид. акад. – Екатеринбург, 2010. – 46 с.
8. Braithwaite J. Shame and criminal justice / J. Braithwaite // Canadian Journal of Criminology. – 2000. – July. – P. 281–298.
9. Гонтарь И. Я. Категория «Общественная опасность» в уголовном праве: онтологический аспект / И. Я. Гонтарь // Уголовное право. – 2007. – № 1. – С. 16–19.
10. Дядькин Д. С. Теоретические основы назначения уголовного наказания: алгоритмический подход : монография / Д. С. Дядькин. – СПб. : Изд-во Р. Асланова «Юрид. центр Пресс», 2006. – 510 с.
11. Кабурнеев Э. В. Дифференциация уголовной ответственности за преступления против жизни по уголовному праву России : автореф. дис. на соискание учен. степени докт. юрид. наук : 12.00.08 / Э. В. Кабурнеев ; Московск. ун-т МВД России. – М., 2007. – 46 с.
12. Кудашев Ш. А. Проблемы дифференциации уголовной ответственности за хищение чужого имущества (в законе и судебной практике) : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Ш. А. Кудашев ; Московск. гос. ун-т им. М. В. Ломоносова. – М., 2007. – 23 с.
13. Рабінович П. М. Фундаментальні поняття кримінального права в інтерпретації Європейського суду з прав людини / П. М. Рабінович // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., (м. Львів, 7–8 квітня 2006 р.). Ч. 1. – Л. : Львівськ. держ. ун-т внутр. справ, 2006. – С. 105–107.
14. Салихов З. М. Индивидуализация наказания при его назначении судом по российскому уголовному праву : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : 12.00.08 / З. М. Салихов ; Казанск. гос. ун-т. – Казань, 2002. – 22 с.
15. Мальцев В. В. Категория «наказание» как элемент концептуальной структуры уголовного законодательства / В. В. Мальцев // Правоведение. – 2006. – № 3. – С. 121–122.
16. Хряпінський П. В. Позитивні санкції у кримінальному законодавстві / П. В. Хряпінський // «Запорізькі правові читання» : тези доповідей щорічної Міжнар. наук.-практ. конф., (м. Запоріжжя, 18–19 травня 2006 р.) / [за заг. ред. С. М. Тимченка й Т. О. Коломоєць]. – Запоріжжя : ЗНУ, 2006. – С. 329–334.
17. Hodgson D. Responsibility and Good Reasons / David Hodgson // Ohio State Journal of Criminal Law. – 2005. – Vol. 2. – P. 471–483.
18. Clark E.C. An Analysis of Criminal Liability / E.C. Clark. – Cambridge : At the University Press, 1880. – 115 p.
19. Maher G. Age and Criminal Responsibility / G. Maher // Ohio State Journal of Criminal Law. – 2005. – Vol. 2. – P. 493–512.
20. Зайченко В. А. Система неопределенных приговоров в США / В. А. Зайченко // Юридический аналитический журнал. – 2004. – № 1 (9). – С. 119–124.
21. Тер-Акопов А. А. Основания дифференциации ответственности за деяния, предусмотренные уголовным законом / А. А. Тер-Акопов // Советское государство и право. – 1991. – № 10. – С. 71–78.
22. Лесниевски-Костарева Т. А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика : монография / Т. А. Лесниевски-Костарева. – М. : Изд-во НОРМА, 2000. – 400 с.
23. Непомнящая Т. В. О принципах назначения наказания / Т. В. Непомнящая // Журнал российского права. – 2003. – № 9. – С. 77–82.
24. Бунин О. Ю. Реализация принципа справедливости при установлении санкций

уголовно-правовых норм : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : 12.00.08 / О. Ю. Бунин ; Московск. гос. юрид. акад. – М., 2006. – 30 с.

25. Тюгашев Е. А. «Математика свободы»:

числовые парадигмы уголовно-правового дискурса / Е. А. Тюгашев, В. А. Тюгашев // Вестник Новосибирского государственного университета. Серия: Право. – 2009. – Т. 5. – С. 84–90.

Сердюк П. П. Диференціація кримінальної відповідальності: проблема вибору концепту / П. П. Сердюк // Форум права. – 2013. – № 1. – С. 882–892 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://archive.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2013-1/13cprpvk.pdf>

Розглянуто теорію диференціації кримінальної відповідальності. Дослідження продемонструвало факт, що практично розуміння диференціації кримінальної відповідальності зосереджене лише на диференціації покарання. Цей стан речей існує на фоні того, що й у літературі, і в законодавстві зазначається про нетотожність кримінальної відповідальності й покарання. Зроблено висновок про необхідність розроблення теорії диференціації ступенів засудження.

Сердюк П.П. Дифференциация уголовной ответственности: проблема выбора концепта

Рассмотрена теория дифференциации уголовной ответственности. Исследование продемонстрировало факт, что практически понимание дифференциации уголовной ответственности сосредоточено только на дифференциации наказания. Это состояние вещей существует на фоне того, что и в литературе, и в законодательстве говорится о не тождественности уголовной ответственности и наказания. Сделан вывод о необходимости разработки теории дифференциации степеней осуждения.

Serdiuk P.P. A Differentiation of Criminal Responsibility: the Problem of Choosing the Concept

The article is devoted to the theory of differentiation of criminal responsibility. There is study demonstrates the fact that understanding of the differentiation of criminal responsibility is focused only on the differentiation of punishment. This state of affairs exists in the background of the fact that in the literature and the law says is not the identity of criminal liability and penalties. There is concluded on the need to develop a theory of differentiation degrees of conviction.