



УДК 343.211

ПОВНОТА Й НЕ НАДМІРНІСТЬ ЗАБОРОНИ ЯК ОБСТАВИНА СОЦІАЛЬНОЇ ЗУМОВЛЕНОСТІ ЗАКОНУ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ

Пашченко О.О., к. ю. н.,
доцент, провідний науковий співробітник
Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності
імені академіка В.В. Сташиса Національної академії правових наук України

Стаття присвячена дослідженню такої обставини соціальної зумовленості кримінально-правових норм, як «повнота й не надмірність заборони».

Ключові слова: кримінально-правові норми, соціальна зумовленість, криміналізація, закон про кримінальну відповідальність, повнота й не надмірність заборони.

Статья посвящена исследованию такого обстоятельства социальной обусловленности уголовно-правовых норм, как «полнота и не избыточность запрета».

Ключевые слова: уголовно-правовые нормы, социальная обусловленность, криминализация, закон об уголовной ответственности, полнота и не избыточность запрета.

Pashchenko O.O. COMPLETENESS AND NO REDUNDANCY BAN AS A CIRCUMSTANCE OF SOCIAL CONDITIONING LAW OF CRIMINAL RESPONSIBILITY

The article is sanctified to research such circumstance of social conditionality as “completeness and no redundancy ban”.

Key words: criminal-law rules, social conditioning, criminalization, law of criminal responsibility, completeness and no redundancy ban.

Постановка проблеми. Кримінальне законодавство можна визнати науково обґрунтованим, якщо воно, по-перше, повністю (без прогалин) охоплює коло діянь, кримінально-правова боротьба з якими доцільна; по-друге, своєчасно виключає кримінальну караність тих діянь, підстави для криміналізації яких уже відпали [1, с. 12]. Тому, з одного боку, наявні кримінально-правові норми повинні вичерпно забезпечувати захист суспільних відносин, що потребують такої (кримінально-правової) охорони; з іншого – у законодавстві не має бути норм, які охороняють суспільні відносини надмірно, без достатніх підстав для цього.

Як зазначає О.І. Коробєєв у пізнішій роботі, недоліки кримінально-правової законодавчості, помилки при криміналізації можуть призвести до двох протилежних, але однаково небажаних наслідків: до створення прогалин у кримінальній караності або, навпаки, до її надмірності, надлишковості. У першому випадку, переконує правник, незахищеність певних суспільних відносин кримінально-правовими засобами на тлі реально завданої їм шкоди нерідко штовхає до пошуку не передбачених законом альтернатив – від самосуду до натяжок у кваліфікації й погано прихованої аналогії, у другому (перенасиченість законодавства кримінально-правовими заборонами, необхідність у яких уже відпала або навіть не існувала зовсім) – криміналізація «із запасом» підриває відразу два принципи кримінальної політики: принцип економії кримінальної репресії (оскільки до відповідальності притягується невиправдано велика кількість громадян) і принцип невідворотності відповідальності (оскільки ще частіше такий закон на практиці перестає застосовуватися) [2, с. 46]. Другий відзначений наслідок свідчить про зв'язок розглядуваної обставини

соціальної зумовленості з принципами кримінальної політики держави, що підкреслює важливість її встановлення.

Ступінь розробленості проблеми. Законодавчі прогалини та надлишкова нормативність є підвидами юридичних помилок, що існують (можуть мати місце) під час законотворчості. Поряд із юридичними виділяють також ще логічні й граматичні помилки. Особливістю юридичних помилок є те, що вони не витікають безпосередньо із тексту закону [3, с. 20]. Із цього, на нашу думку, випливає висновок, що прогалини в законі, так само як і надлишкова нормативність, – це порушення його змісту, а не форми. Тому зазначені питання мають досліджуватися не під час аналізу проблеми законодавчої техніки, а окремо від неї. З'ясування відзначених питань являє собою зміст окремої обставини соціальної зумовленості. Її вивченню приділили увагу в своїй науковій праці В.М. Галкін, С.В. Гзімчук, В.О. Єгорова, Г.А. Злобін, М.В. Карчевський, М.І. Коржанський, О.І. Коробєєв, І.О. Кочерова, В.М. Куц, О.М. Литвак, М.І. Мельник, Р.І. Міхеєв, В.Є. Михайлов, М.І. Пікуров, Ю.І. Шиндель та інші фахівці в галузі кримінального права.

Розгляд повноти й не надмірності заборони, як нам видається, має проводитися у двох напрямках (аспектах). Перший із них полягає в пошуку відповіді на питання: чи не дублює досліджувана норма положення інших норм? Якщо так, то чи є виправданим стан конкуренції між ними, що утворюється в такому випадку?

Метою статті є дослідження наведеного аспекту проблеми. Другому аспекту (який, на нашу думку, полягає в установленні того, чи повною мірою ознаки відповідного складу злочину викладено в аналізованій кримінально-правовій нормі) буде присвячене окреме дослідження.

Виклад основного матеріалу. Варто відзначити, що під конкуренцією статей Кримінального кодексу (далі – КК) розуміють наявність двох або більше статей Особливої частини, які з різним ступенем деталізації описують одне й те саме злочинне діяння і встановлюють за нього різну за ступенем суворості відповідальність. Як зазначає О.М. Литвак, конкуренція норм створює труднощі їх застосування. При цьому, зауважує науковець, «немає сенсу створювати спеціальну статтю Особливої частини із санкцією, яка не посилює, а, навпаки, пом'якшує покарання» [4, с. 86]. У такому випадку, на його думку, виникає суперечність між двома правилами кваліфікації злочинів. Згідно з першим правилом, якщо конкурують загальна та спеціальна норми (конкуренція щодо обсягу), застосовується спеціальна, а відповідно до другого, якщо конкурують статті з різними санкціями – то стаття, яка передбачає більш сувору санкцію [4, с. 86, 87; 5, с. 53–73]. Як приклад другого правила дослідник наводить конкуренцію між ч. 2 ст. 89 КК України 1960 р. (умисне знищення або пошкодження державного чи колективного майна шляхом підпалу або іншим загальнонебезпечним способом) і ст. 207 КК України 1960 р. (знищення й руйнування пам'яток історії та культури незалежно від способу). У першому випадку винна особа може бути покарана позбавленням волі строком до десяти років, а в другому – лише до трьох років. Але спеціальна норма, на думку правника, мала б посилити охорону пам'яток історії й культури. Згідно з першим наведеним вище правилом кваліфікації, на його думку, мала б застосовуватися спеціальна норма, а відповідно до другого – інша, та, що має більш сувору санкцію. Правознавець називає такі випадки «конкуренція між конкуренціями» [4, с. 87]. Викладене зумовлює такі міркування. По-перше, спеціальні норми створюються не лише з метою посилення відповідальності, як стверджує О.М. Литвак. Диференціація кримінальної відповідальності відбувається не лише шляхом посилення санкцій, а й зворотнім шляхом. Необхідність існування привілейованих норм є в науці кримінального права загальновизнаною. По-друге, наведений для порівняння приклад є не зовсім коректним. Навіть керуючись логікою дослідника, ці норми не можна розглядати як такі, що конкурують за обсягом, оскільки не всі притаманні загальній нормі ознаки наявні в тій, що названа спеціальною. Такою ознакою є відзначений дослідником спосіб учинення злочину. Ця ознака є конститутивною для ч. 2 ст. 89 КК України 1960 р. і водночас не відображена в ст. 207 КК України 1960 р., тобто зазначені норми співвідносяться не як частка й ціле, а як поняття, що перетинаються. Тому вони не можуть розглядатися як загальна і спеціальна норми. З огляду на це, на нашу думку, такі випадки доцільно кваліфікувати за сукупністю злочинів. Більш обґрунтованим було б порівняння ст. 207 КК України 1960 р. з ч. 1 ст. 89 КК України 1960 р., яка не містить вказівку на спосіб учинення злочину як на обов'язкову ознаку її складу. Санкція цієї норми містила як найбільш суворе пока-

рання позбавлення волі на строк до одного року, тобто була менш суворою, порівняно із санкцією ст. 207 КК України 1960 р. Крім того, варто зауважити, що перед тим, як порівнювати санкції, потрібно звернути увагу на об'єкти, які охороняються взятими для порівняння нормами. Ст. 207 КК України 1960 р. мала своїм об'єктом громадську моральність і охороняла також відносини власності. Водночас ст. 89 КК України 1960 р. (у жодній зі своїх частин) громадської моральності не охороняла. Тому навіть якщо б санкція останньої була б суворіша, ніж санкція першої, учинені випадки мали б кваліфікуватися за сукупністю для відображення заподіяння шкоди об'єктам кримінально-правової охорони, а не лише власності. Викладене дає змогу стверджувати, що наведений О.М. Литваком приклад не стосується випадку конкуренції загальної та спеціальної норм.

Через наявність поліоб'єктності не можуть бути підтримані й критичні судження науковця стосовно наявності в проекті нового КК України спеціальної норми щодо відповідальності за посягання на життя державного діяча у зв'язку з його державною діяльністю [4, с. 84]. Варто зауважити, що відзначена спеціальна норма збереглася й під час прийняття КК України 2001 р., і на сьогодні. Такий об'єкт, як нормальна діяльність усіх гілок влади (а також політичних партій), статтею про вбивство не охороняється. З іншого боку, життя людини захищається чинною ст. 112 КК України лише як додатковий об'єкт [6, с. 33], тобто основне покликання наведеної норми полягає в забезпеченні зовсім інших суспільних відносин, а тому сенс у виділенні досліджуваного спеціального складу все ж таки є.

Ю.І. Шиндель, проводячи дослідження принципу ненадлишковості кримінально-правової заборони стосовно зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, стверджує, що він полягає у відповідності обсягів кримінально-правової заборони рівню, ступеню й характеру суспільно небезпечної поведінки, недопущенні дублювання кримінально-правових норм, що криміналізуються [7, с. 8]. Погоджуючись із судженням дослідниці стосовно недопущення відзначеного нею дублювання, вважаємо за необхідне зауважити, що встановлення «відповідності обсягів кримінально-правової заборони рівню, ступеню та характеру суспільно небезпечної поведінки» не охоплюється змістом розглядуваної обставини соціальної зумовленості (за термінологією авторки, підстави криміналізації). Визнання злочинними діянь, рівень, ступінь і характер суспільно небезпечності яких не є достатніми для такого рішення, свідчить про порушення в процесі криміналізації принципу суспільно небезпечності, а не принципу не надмірності заборони. Удалий в цьому плані приклад наводить Г.А. Злобін. Ст. 1912 КК РФСР 1960 р. (ст. 1901 КК УРСР 1960 р.) установила відповідальність за посягання на життя працівника міліції або народного дружинника. Виходячи з назви указу Президії Верховної Ради СРСР «Про посилення відповідальності за посягання на життя, здоров'я і гідність працівників мі-



ліції та народних дружинників» від 15 лютого 1962 р. [8], нова кримінально-правова норма мала на меті посилення відповідальності за узакані дії, які й перед цим визнавалися кримінально караними за п. «в» ст. 102 КК РРФСР 1960 р. (п. «в» ст. 93 КК УРСР 1960 р.). Зважаючи на те, що обсяг криміналізації новелою змінено не було, весь її сенс полягав у зміні інтенсивності криміналізації, у посиленні санкції. Проте зіставлення санкцій названих статей призводить до висновку, що відповідальність була не посилена, а знижена, причому двома способами – шляхом зменшення нижньої межі покарання у вигляді позбавлення волі й передбачення можливості признання смертної кари за новою статтею лише в тих випадках, коли відповідний злочин було вчинено за обтяжуючих обставин (тоді як п. «в» ст. 102 КК РРФСР 1960 р. такої вимоги не містив). Тому Г.А. Злобіним було зроблено обґрунтований, на нашу думку, висновок, що воля законодавця, спрямована на посилення відповідальності, виявилась не реалізованою через порушення принципу безпробільності й ненадлишковості заборони. Ст. 1912 КК РРФСР 1960 р. за своїм змістом була надлишковою [9, с. 236, 237]. Викладене слугує підтвердженням того, що розглядувана обставина соціальної зумовленості полягає, зокрема, у порівнянні діяння, передбаченого розглядуваною нормою, з іншими, а не в установленні «відповідності обсягів кримінально-правової заборони рівню, ступеню та характеру суспільно небезпечної поведінки», як стверджує Ю.І. Шиндель.

У літературі зустрічаються дослідження першого аспекту повноти й не надмірності заборони ще в контексті того, наявна чи ні законодавча прогалина щодо кримінально-правової охорони суспільних відносин. На думку Г.А. Злобіна, зміст розглядуваної обставини соціальної зумовленості (за його термінологією, «підстави криміналізації») полягає в позитивній відповіді на два запитання: чи зміниться в результаті новели міра відповідальності злочинця за яке-небудь із можливих діянь? Чи є зміна, якщо вона настала, саме такою, як того прагнув законодавець? [9, с. 235, 236] Погоджуючись із важливістю пошуку відповіді на поставлені питання, зазначаємо, що відповідь на них має значення для процесу криміналізації *нових* суспільно-небезпечних діянь, а не для встановлення соціальної зумовленості *наявних* кримінально-правових норм. Так, відповідаючи на зазначені запитання, І.О. Кочерова стосовно предмета свого дослідження пише, що криміналізація зловживання впливом змінила не лише міру відповідальності винного, оскільки, по-перше, раніше діяння, під якими нині розуміється зловживання впливом, кваліфікувалися як давання чи одержання хабара, поєднані в певних випадках зі зловживанням владою або службовим становищем, що піддавалося з боку теоретиків значній критиці, тому що такі діяння не були зумовлені наявними в службовій особі функціональними та посадовими обов'язками, та й практика не завжди визнавала таку кваліфікацію правильною; по-друге, дала змогу притягти до кримінальної відповідаль-

ності винних осіб, які до цього часу, користуючись наявністю прогалини в кримінальному законодавстві, уникали її (зокрема особи, наближені до особи, уповноваженої на виконання функцій держави (помічники, радники, консультанти тощо), за прийняття нею рішення (законного чи незаконного, з її відома чи без, маючи реальну можливість впливу чи ні) одержували матеріальні блага) [10, с. 53]. Як бачимо, міркування дослідниці стосуються того, як саме *змінилася ситуація у зв'язку з появою* в законодавстві про кримінальну відповідальність нової *норми*. Погоджуючись із висловленими І.О. Кочеровою аргументами, зазначимо, що проведений аналіз видається актуальним для криміналізації *нових* суспільно небезпечних діянь, установлення соціальної зумовленості *проектованих* кримінально-правових норм. Водночас інші міркування правознавця щодо розглядуваного нею принципу криміналізації викликають заперечення. Зокрема, авторка зазначає: «Статистичні показники Генеральної прокуратури України свідчать про наявність тенденції до збільшення кількості виявлених суспільно небезпечних діянь, які містять ознаки злочинів, передбачених ст. 369² КК України, а також числа винних у їх вчиненні. Наведене свідчить про відповідність ст. 369² КК України такому принципу криміналізації, як принцип безпрогальності та не надмірності заборони» [10, с. 53]. Уважаємо зроблений висновок недоречним, оскільки він аж ніяк не випливає з наведеного перед цим матеріалу. У першій тезі йдеться про поширеність і динаміку відповідних суспільно небезпечних діянь, що є самостійною обставиною соціальної зумовленості (за термінологією І.О. Кочерової, «принципом криміналізації»). Крім того, наявність статистичних даних свідчить про те, що норма не є «мертвою», реально працює, а це вже є свідченням дотримання принципу процесуальної здійсненності переслідування (можливості боротьби з діянням за допомогою кримінально-правових засобів). Отже, наведені статистичні показники стосуються не принципу безпрогальності й не надмірності заборони, а зовсім інших.

Викладене свідчить про те, що неповнота кримінально-правової охорони певних суспільних відносин може виступати як *підстава криміналізації*. Разом із тим, досліджуючи соціальну зумовленість *наявної* кримінально-правової *норми*, видається неможливим установити, існує чи ні законодавча прогалина у відзначеній охороні. Це можна зробити лише шляхом аналізу певного масиву норм. Під час цього може бути виявлена необхідність зміни однієї чи кількох з них або введення до законодавства нової норми, тобто мова йтиме вже не про повноту заборони, що передбачена в досліджуваній нормі, а про повноту кримінально-правової охорони певного виду (роду) суспільних відносин від небезпечних посягань на них. Висновком такого дослідження повинна бути констатація соціальної зумовленості кримінально-правової охорони відзначених суспільних відносин, а не соціальна зумовленість тієї чи іншої норми. З іншого боку, наявна норма не

може викликати потребу в появі інших, адже на підставі аналізу лише її не можна зробити висновок про повноту охорони якихось інших суспільних відносин, на захист яких вона не розрахована. Тому аналіз *наявної норми*, як і сама така норма, не може виступати як підстава криміналізації. Таке дослідження, як зазначалося вище, є актуальним лише для *нових норм*.

Загалом стосовно прогалин варто зазначити, що ця проблема не стала предметом спеціального дослідження в теорії кримінального права. Іноді навіть піддається сумніву власне можливість її існування. Тема пробільності кримінального права якщо й виникала, то, як правило, у контексті питань аналогії й тлумачення. Крім того, як прогалини розглядалися також такі недоліки техніко-юридичного характеру, яких було допущено під час викладення нормативного матеріалу, що могли бути прояснені в ході тлумачення [11, с. 38, 39]. Розгляду прогалин у контексті дослідження соціальної зумовленості закону про кримінальну відповідальність у вітчизняній науці приділяється явно недостатня увага. Насамперед доцільно з'ясувати визначення прогалини в цьому аспекті. У загальному вигляді дефініція прогалини в праві була запропонована П.Є. Недбайлом, який зазначав, що прогалина в праві – це фактично прогалина в законодавстві в сенсі відсутності конкретної норми для вирішення певних випадків, що знаходяться в царині правового впливу [12, с. 455].

Уважаємо за можливе погодитися з М.В. Кауфманом, на думку якого, необґрунтована відсутність кримінальної відповідальності за певні діяння являє собою прогалину в законі. Остання може бути «первинною», тобто виникнути вже в момент його видання через недолугість законодавця, або «наступною», що утворюється вже після видання в процесі розвитку суспільного життя й виникнення нових відносин [11, с. 40]. Із викладеного випливає, що кримінально-правова охорона певних суспільних відносин (але не кримінально-правова норма, як було доведено вище!) може не відповідати такій обставині соціальної зумовленості, як повнота й не надмірність заборони, у момент прийняття закону про кримінальну відповідальність. Такий висновок також може бути зроблено згодом, з плином часу, хоча в первісній редакції КК України відповідна охорона здійснювалася на належному рівні. Отже, прогалина може утворитися внаслідок зміни умов життя суспільства, коли кримінально-правова охорона певних суспільних відносин може стати неповною. У цьому простежується взаємозв'язок двох відзначених обставин соціальної зумовленості (повноти й не надмірності заборони та зміни умов життя суспільства).

Водночас не всі види прогалин, виділені М.В. Кауфманом, стосуються досліджуваної обставини соціальної зумовленості. Зокрема, правник наводить такі: 1) відсутність прямої вказівки на кримінальну протиправність окремих суспільно небезпечних діянь (повна прогалина, або прогалина у власному сенсі цього слова); 2) відсутність ясної вказівки на ознаки злочинного діяння (неконкретизованість);

3) відсутність регламентації застосування кримінально-правових норм (неповнота) [11, с. 41, 42]. На нашу думку, зміст розгляданого питання відбиває лише перший вид зазначених прогалин. При цьому вважаємо за необхідне зауважити, що другий і третій види також мають ураховуватися під час дослідження проблеми соціальної зумовленості, але вже інших її обставин. Так, неконкретизованість пов'язана з такою обставиною, як «повнота складу», а відсутність регламентації – з системно-правовою несуперечливістю.

Висновки. Отже, викладене вище дає змогу стверджувати таке:

– аналізований аспект (той, що мав на меті автор статті) такої обставини соціальної зумовленості, як повнота й надмірність заборони, полягає в тому, щоб досліджувана кримінально-правова норма не дублювала заборони, установлені іншими нормами, і не створювала зайву конкуренцію;

– диференціація кримінальної відповідальності відбувається не лише шляхом посилення санкцій, а й зворотнім шляхом;

– неповнота кримінально-правової охорони певних суспільних відносин може виступати як *підстави криміналізації*. Водночас, досліджуючи соціальну зумовленість *наявної* кримінально-правової *норми*, видається неможливим установити, існує чи ні законодавча прогалина у відзначеній охороні;

– кримінально-правова охорона певних суспільних відносин може не відповідати такій обставині соціальної зумовленості, як повнота й не надмірність заборони, у момент прийняття закону про кримінальну відповідальність. Такий висновок також може бути зроблено згодом, з плином часу, хоча в первісній редакції КК України відповідна охорона здійснювалася на належному рівні.

Перспективи подальших наукових розвідок убачаються в дослідженні другого аспекту відзначеної обставини соціальної зумовленості закону про кримінальну відповідальність. На нашу думку, цей аспект полягає в установленні того, чи повною мірою ознаки відповідного складу злочину викладено в аналізованій кримінально-правовій нормі.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Коробеев А.И. Криминализация и пенализация деяний как основное содержание советской уголовно-правовой политики / А.И. Коробеев // Вопросы совершенствования уголовно-правового регулирования : межвуз. сб. научн. тр. / отв. ред. М.И. Ковалев. – Свердловск : Изд-во СЮИ, 1988. – С. 10–14.
2. Российское уголовное право: Общая часть : [учебник] / [Ю.В. Баулин, Ю.В. Голик, С.В. Землюков, Н.Г. Иванов, Л.В. Иногамова-Хегай и др.] ; под ред. В.С. Комиссарова. – СПб. : Питер, 2005. – 560 с.
3. Надеев Р. Законотворческие ошибки / Р. Надеев // Российская юстиция. – 2001. – № 5. – С. 20–22.
4. Литвак О.М. Державний вплив на злочинність: кримінологічно-правове дослідження : [монографія] / О.М. Литвак. – К. : Юрінком Інтер, 2000. – 280 с.
5. Коржанський М.И. Кваліфікація злочинів : [монографія] / М.И. Коржанський. – К. : Юрінком, 1998. – 416 с.
6. Кримінальне право України: Особлива частина : [підручник] / [А.О. Байда, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, та ін.] ; за ред. В.Я. Тація, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. – 5-те вид., перероб. і допов. – Х. : Право, 2015. – 680 с.



7. Шиндель Ю.І. Кримінально-правова характеристика зловживання повноваження особами, які надають публічні послуги : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Ю.І. Шиндель ; Нац. ун-т внутр. справ. – Х. : [б.в.], 2014. – 19 с.

8. Ведомости Верховного Совета СССР. – 1962. – № 8. – Ст. 83.

9. Основания уголовно-правового запрета: криминализация и декриминализация: [монография] / [П.С. Дагель, Г.А. Злобин, С.Г. Келина и др.] ; отв. ред. В.Н. Кудрявцев, А.М. Яковлев. – М. : Наука, 1982. – 304 с.

10. Кочерова І.О. Кримінальна відповідальність за зловживання впливом: соціальна обумовленість і склад злочину : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / І.О. Кочерова ; Держ. наук.-досл. ін-т МВС України. – К. : [б.в.], 2012. – 214 с.

11. Кауфман М. Пробелы в уголовном праве: понятие и виды / М. Кауфман // Уголовное право. – 2006. – № 6. – С. 38–42.

12. Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм : [монография] / П.Е. Недбайло. – М. : Юрид. лит., 1960. – 511 с.