

Чугуніков І.І.

Національний університет «Одеська юридична академія»

«НЕПОЗИТИВІСТСЬКЕ» ПРАВОРОЗУМІННЯ ЯК ЗАСІБ ПОДОЛАННЯ КРИЗИ КРИМІНАЛЬНОЇ ГАЛУЗІ: МІФИ ТА РЕАЛЬНІСТЬ

У статті аналізується проблема співвідношення таких понять як право і закон у кримінально-правовій площині. Доводиться необґрунтованість змішування змісту норм права й інших соціальних регуляторів. Обґрунтовується висновок про те, що вітчизняне кримінальне право не може бути іншим, аніж «позитивістським».

Ключові слова: криза кримінального права, праворозуміння, антропологія, соціологія, позитивізм, право, закон, критерії розмежування.

Постановка проблеми. У сучасній кримінально-правовій теорії як закордонній, так і вітчизняній при оцінці стану кримінально-правової доктрини, кримінального законодавства і правозастосування все частіше ключовою тезою стає теза про кризу (системну кризу) кримінального права. Причину цієї кризи здебільшого вбачають в «ураженості» кримінально-правової системи позитивізмом. Тому основні ставки у подоланні кризи кримінально-правової галузі робляться на можливості «непозитивістського» (природно-правового, антропологічного, соціологічного тощо) праворозуміння. При цьому, антропологічний, соціологічний та інші, напрямки явно ідеалізуються, наділяються «надможливостями», позиціонуються як «проривні» у справі протидії злочинності, розглядаються як засади для створення нових кримінальних кодексів майбутнього – Кримінального кодексу для потерпілих, комунікативного Кримінального кодексу тощо. Такий підхід переорієнтовує кримінально-правову систему на іншу крайність – де гіпертрофується особистість та приватний інтерес. Абсолютизація основної тези будь-якого «непозитивістського» праворозуміння – тези про необхідність розмежування права і закону, причому за умов відсутності чітких критеріїв такого розмежування, провокує неповагу до закону, оскільки невиконання будь-якого кримінально-правового припису можна обґрунтувати його несправедливістю, правовий нігілізм і врешті решт цілком здатна призвести як до певного ігнорування ролі держави у формуванні права, так і до повного заперечення її монополії на застосування примусу.

Постановка завдання – доведення тези про те, що повсюдний пріоритет права на шкоду закону є

певним перебільшенням можливостей «непозитивістського» праворозуміння, принаймні у кримінально-правовій площині. Для досягнення цієї мети необхідно: 1) проаналізувати проблему співвідношення таких понять, як право і закон; 2) довести необґрунтованість змішування змісту норм права й інших соціальних регуляторів; 3) обґрунтувати висновок про те, що вітчизняне кримінальне право не може бути іншим, аніж «позитивістським».

Виклад основного матеріалу дослідження. Сучасна методологія не обмежується певною сукупністю методів та методик пізнання тих або інших явищ правової дійсності. «Актуальність методології юриспруденції зумовлена її прагматичною заданістю і теоретичною спрямованістю, – зазначає Ю.М. Оборотов. Цю спрямованість методології юриспруденції відображають насамперед методологічні підходи, що складають основу сучасної юридичної методології, а використовувані методи виступають як інструменти у різних підходах» [1, с.75-85].

Поряд з методами і методологічними підходами сучасна методологія включає до себе і концептуальні ідеї, що дозволяє визначити її рівні. У загальнотеоретичній юриспруденції виділяють концептуальний рівень, для якого характерні концептуальні ідеї, концепти, концепції, концептуальні підходи і методологічні принципи та інструментальний рівень, як різноманітні методи: філософські, загальнотеоретичні, приватно-наукові та спеціальні [1, с. 79].

Аналогічні думки щодо характеру сучасної методології висловлюються і у науці кримінального права. Так, наприклад, Ю.В. Голік вважає, що методологія – поняття інтегративне, яке об'єднує у собі низку компонентів: світогляд і фундаментальні

теоретичні концепції, діалектичні категорії і закони, загально і приватно-наукові методи [2, с. 43].

М.І. Панов і Н.О. Гуторова теж підкреслюють, що методологію не можна зводити тільки до тієї чи іншої складової, наприклад, до окремого методу чи вчення лише про окремі методи або методики, оскільки за її межами у такому випадку безпідставно залишаться всі інші, внаслідок чого і методологія як така не буде визначена з необхідною повнотою. З точки зору згаданих авторів методологія наукового пізнання – явище інтегративне, яке об'єднує її складові: світоглядні, загальні і спеціальні теорії і концепції, філософські закони і категорії, закони і правила логіки, загальнонаукові і приватно-наукові методи і методики дослідження реальної дійсності у єдину, логічно струнку і відносно завершену систему [3, с. 515].

Оскільки сучасна правова (у тому числі і кримінально-правова) методологія, окрім методологічних підходів, методів і методик пізнання включає до себе і світоглядні фундаментальні теорії, її структурним елементом виступають і певні типи праворозуміння. Тому майже усі автори, які пропонують ті або інші шляхи подолання кримінально-правової кризи, аргументують свої висновки, засновуючись на певній теорії права. Так, наприклад, В.О. Туляков, спираючись на природно-правову теорію у межах антропологічного підходу, намагається довести, що основною метою Кримінального кодексу повинно стати правове забезпечення охорони прав і свобод потерпілого від злочину. Інші діяння повинні бути декриміналізовані, переведені у розряд кримінальних проступків, або порушуватися за скаргою потерпілих (у тому числі держави чи інших соціальних спільнот). При цьому розширення системи приватного обвинувачення повинно призвести і до розширення альтернативних засобів реагування на злочин. Це обумовлює опис у Загальній частині КК проблематики, пов'язаної із застосуванням до винного не тільки покарання, а й інших заходів кримінально-правового впливу (безпеки, соціального захисту, реституції, компенсації) [4, с. 212]. «Головна ідея, зазначає вчений, зводиться до наступного – Кримінальний кодекс повинен бути виписаний не стільки для правозастосувачів і правопорушників, скільки для потерпілих» [4, с. 212].

Позиції А.Е. Жалінського, Я.І. Гілінського, Н.О. Савінової, О.М. Костенка тягнуть до соціологічної теорії, яка націлена на пошук витоків права у суспільстві, коли законодавець не створює нову норму, а лише виявляє, фіксує її після того, як вона вже склалася на практиці. Отже, не держава, а кожен суб'єкт, як частка соціуму, формує своє право. Тому,

на думку А.Е. Жалінського, методологічною підставою науки кримінального права повинні визнаватися елементи суспільної, групової чи індивідуальної свідомості, які не тільки відображають ставлення суб'єкта до фундаментальних суспільно-важливих цінностей, а й впливають на кримінальне право [5, с. 32]. Виявлення та фіксація цих елементів можуть здійснюватися або внаслідок комунікативних можливостей (Н.О. Савінова) [6, с. 199-202], або внаслідок дослідження законодавцем і судом морального «ринку діянь» (О.М. Костенко) [7, с. 38].

Спираючись на соціологічну теорію права у межах аболіціоністського підходу, А.Е. Жалінський, Я.І. Гілінський та інші проголошують як концептуальну ідею якщо й не скасування кримінального покарання, насамперед, у вигляді позбавлення волі, то його мінімізацію у правозастосовній практиці.

Слід зазначити, що ні антропологічне, ні соціологічне праворозуміння не є новелою кримінально-правової науки. Ці типи добре відомі і завжди актуалізуються у так звані транзитивні (перехідні) періоди існування суспільства. Однак сьогодні на фоні активної боротьби з позитивізмом, яка розгортається під гаслом руйнації нормативної усталеності кримінального права та ідеалізації певних сторін антропологічної чи соціологічної школи, помноженої на ідею щодо необхідності приведення національного кримінального законодавства у відповідність з європейськими «стандартами», виникає небезпека іншої крайності – повного ігнорування ролі держави у формуванні права, яке існує у суспільстві, що не тільки не сприяє подоланню кризи, а й здатне суттєво її поглибити.

Ідеалізація можливостей антропологічного і соціологічного праворозуміння, що на думку деяких авторів буде сприяти подоланню кримінально-правової кризи, відбувається за декількома напрямками. Зокрема, це теза про необхідність переорієнтування вітчизняної кримінально-правової системи на людиноцентриську ідеологію, теза про те, що пунитивна юстиція себе зжила і необхідним є її переведення на так звані рестаративні рейки, де основним методом вирішення кримінально-правових конфліктів повинен стати диспозитивний метод, теза про кримінальне право без покарання, теза про «народний» кодекс тощо. У сучасній кримінально-правовій літературі остання теза набирає оберти, у зв'язку з чим хотілося б зазначити наступне. Дійсно кожній людині у системі соціальних комунікацій притаманно те або інше розуміння права. Але ж не цей виникаючий у людини образ розуміння права є праворозумінням. Як слушно зазначає Ю.М. Оборотов, для праворозуміння необхідним є, по-перше, визначений рівень

правової культури і, по-друге, наявність правового мислення. Тільки за такого рівня передрозуміння можна прийти до того, що позначається як загальнозначуще розуміння права, тобто філософське, наукове або професійне праворозуміння [1, с. 78]. Ототожнення таких категорій як «праворозуміння» і «розуміння права» з орієнтуванням на комунікативні оцінки певних подій, які позбавлені кваліфікаційних «особливостей», може суттєво деформувати як кримінальну правосвідомість населення, так і представників влади та викликати необгрунтоване обурення діями правозастосувачів. Так, наприклад, близькі родичі та члени сім'ї загиблих у ДТП осіб широ не розуміють, чому винні особи звинувачуються у вчиненні необережного злочину, якщо вони умисно порушили правила дорожнього руху, чому їх не можна вважати вбивцями і призначити довічне позбавлення волі тощо. Нерідко і можновладці при оцінці відповідних дій називають винних у ДТП не інакше, як «вбивцями за кермом», «вбивцями-мажорами» тощо. Звісно, що такі оцінки не тільки не мають нічого спільного з професійним праворозумінням, а й сприяють ототожненню різних за змістом кримінально-правових понять, коли, скажімо, терміном «вбивство» будуть охоплюватися будь-які дії, що призвели до смерті іншої особи. Тому, на нашу думку, комунікативний кодекс, заснований на груповому або індивідуальному розумінні права, навряд чи можна вважати Кримінальним кодексом майбутнього.

Однак найбільш популярною і у загальнотеоретичній юриспруденції, і у теорії кримінального права тезою, заснованою на «надможливостях» «непозитивістського» праворозуміння, є теза про необхідність обов'язкового розмежування таких понять, як право і закон. Проблема співвідношення права і закону належить до категорії «вічних» проблем, яка існувала завжди, з давніх давен, з того часу, коли з'явилося право. Однак, як вже зазначалося, вона періодично загострюється, особливо у перехідні періоди, які супроводжуються посиленням соціальної напруги у суспільстві. Сутність її полягає у наступному. Існують закони, які відповідають правовим критеріям і саме вони і вважаються правовими законами. Тут право і закон збігаються. Але існують і закони, які не відповідають правовим критеріям і, як наслідок, з правом не збігаються. На відміну від позитивізму, який орієнтований на те, що держава є єдиним джерелом права, антропологія і соціологія виходять з того, що право є відносно незалежним від держави і закону або навіть таким, що переує закону як позаісторичному природному праву або як право суспільного, соціального,

ально та історично обумовлене, яке народжується в об'єктивних суспільних відносинах.

Право при цьому визначається не інакше як «форма свободи у реальних відносинах, реальна міра цієї свободи, форма буття свободи, формальна свобода» [8, с. 342]. У розгорнутому вигляді право позиціюється як такий, що претендує на загальнообов'язковість, соціальний інститут нормативного регулювання суспільних відносин з метою розумного устрою людського співжиття шляхом визначення міри свободи, прав та обов'язків, який являє собою втілення у звичаях, традиціях, прецедентах, рішеннях референдумів, канонічних, корпоративних, державних і міжнародних нормах правового ідеалу, заснованого на принципах добра, справедливості, гуманізму і збереження довкілля [8, с. 343]. Що ж стосується держави, то вона не розглядається як творець або джерело права, а навпаки, обмежується у своїх діях правом. Держава проголошується джерелом законів, яка монополізує законотворчу, а не правотворчу діяльність, які не завжди збігаються. Саме законотворча діяльність держави, яка не збігається з правотворчістю і здійснюється всупереч ідеалам і є, з точки зору антропологічного і соціологічного праворозуміння, основною причиною кризи правової (у тому числі і кримінально-правової) системи, подолати яку можна тільки лікуючи «правову культуру від ураженості позитивізмом» [7, с. 38].

Чесно кажучи, ідея є доволі привабливою якщо б, як мінімум, не дві «дрібниці». Перша – це питання щодо критерію визнання законів правовими або неправовими. Ще наприкінці XIX – початку XX століття як у вітчизняній, так і у зарубіжній літературі в якості такого критерію пропонувалася «загальна воля», тобто воля усього суспільства, нації або народу. Якщо закони адекватно відображали цю волю, вони повинні визнаватися правовими, якщо ні – неправовими. Проте, як слушно зауважує М.М. Марченко, хто і яким чином може визначити, міститься чи ні у тому або іншому законі «загальна воля»; чому парламент як вищий законодавчий і представницький орган, який покликаний виражати волю і інтереси усіх верств суспільства, в одних випадках видає закони, які відображають «загальну волю», а в інших – її не відображають [8, с. 343]. Намагаючись вирішити зазначену проблему у подальшому дослідники звертаються до різноманітних моральних категорій – справедливості, добру, гуманності, злу тощо. Право при цьому визначається не інакше як «нормативно закріплена справедливість» або «правовий ідеал» (розумний устрій співжиття на принципах добра, справедли-

вості, гуманізму). Отже, закони, які не містять у собі правового ідеалу, який погоджується з принципами добра, справедливості тощо, не є правовими. Не важко помітити, що намагаючись підвести моральну базу під закон і таким чином відмежувати його, називаючи правовим, від усіх інших законів, автори просто змішують моральні категорії з правовими, що аж ніяк не сприяє вирішенню проблеми співвідношення права і закону, оскільки мораль і право це дві самостійні, «суверенні» системи, які значно відрізняються одна від одної. Ще на початку ХХ століття низкою авторів розвивалася теза про те, що юридичні норми відрізняються від решти соціальних норм тільки за своєю формою, а за змістом повністю збігаються, оскільки всі вони регулюють людську поведінку. При цьому один і той самий проступок може заборонятися різними нормами. Як слушно зазначається у літературі, у даному випадку відбувається підміна понять «предмет» регулювання різних соціальних правових і неправових норм, в якості якого можуть бути одні й ті ж самі суспільні відносини і поняття «зміст» цих норм. Ні за своєю формою, ні за змістом правові і неправові норми не можуть бути тотожними, оскільки вони виходять із різних джерел, а також мають різну природу і характер. Якщо визнати теорію тотожності змісту, то ми не будемо мати надійних критеріїв для відмежування права від простих актів сили, від чистого свавілля [8, с. 633]. Як уявляється, останній висновок є доволі актуальним для сучасної України, наприклад, у випадках, коли здійснюється серйозний тиск на суддів під час здійснення правосуддя з боку різноманітних громадських об'єднань, рухів чи просто озброєних кийками громадських «активістів», які теж керуються принципом «справедливості», внаслідок чого судді фактично позбавляються можливості прийняти законне рішення.

Іноколи, при вирішенні проблеми співвідношення права і закону автори просто об'єднують усі згадані критерії в один. Так, наприклад, на думку О.Ф. Скакун, правовий закон – це закон, який: втілює справедливість; є формалізованою мірою свободи; виражає солідарну волю народу; відповідає правовому ідеалу (Конституції як формі буття права) тощо [9, с. 241-243]. Вочевидь, що кожен з цих критеріїв (як і їх сукупність) проблему співвідношення права і закону не вирішує, у зв'язку з чим цілком можна погодитися з М.М. Марченком, що відповіді на це запитання й досі не знайдено [8, с. 343].

У кримінально-правовій літературі теж зазначається, що приписи кримінального закону не тільки не є нормами кримінального права, а й цілком можуть розходитися з ними. Разом із тим зауважу-

ється, що у кримінальному праві, яке є специфічною галуззю національного публічного права, що передбачає найбільш суворі обмеження для правового статусу особи, розходження закону і права є особливо неприпустимими, що покладає на законодавця необхідність особливо уважно і обережно ставитися до формулювання кримінально-правових приписів, з тим, щоб у них якомога більш точно, однозначно і несуперечливо відображалися норми кримінального права. У тих же випадках, коли законодавець допускає неточності, непослідовності чи інші недоліки, які тягнуть за собою неможливість точного встановлення за змістом приписів кримінального закону змісту норм кримінального права, це може бути зроблено Конституційним Судом України шляхом здійснення тлумачення кримінального закону [10, с. 266]. При цьому яких-небудь критеріїв розмежування кримінального права і кримінального закону, якими міг би керуватися КСУ, не пропонується.

Аналіз наукових і правозастосовних положень щодо вирішення проблеми розмежування права і закону дозволяє укласти, що сучасна вітчизняна доктрина тяжіє до ототожнення права з іншими соціальними регуляторами. Так, наприклад, Ю.М. Оборотов, характеризуючи правові системи сучасності, виділяє два їх різновиди: віддиференційовані і невіддиференційовані. У перших право існує як відокремлене, відносно самостійне явище щодо релігії, моралі, звичаю, політики і навпаки, у других право нерозривно пов'язано з іншими регуляторами і цінностями. Національна правова система, на думку Ю.М. Оборотова, належить до євразійської правової сім'ї і є невіддиференційованою [11, с. 258]. Схожі висновки робляться і у галузевих науках. Так, наприклад, Р. Майданик, обґрунтовуючи ліберальну доктрину юридичної аргументації судових рішень, зазначає, що «відповіді на конкретні правові питання далеко не завжди можна знайти у законодавстві, яке ніколи не утворює завершеної, замкнутої системи, а отже, роль судді при прийнятті рішень у справах не можна зводити до формально-логічної моделі, тобто їх виведення з положень Конституції та законів за допомогою суто понятійно-логічних засобів без будь-яких власних оцінок. За європейською традицією розрізняють природу принципів права, включених до текстів Конституцій та інших нормативно-правових актів, та природу загальних принципів права, які можуть застосовуватися навіть за відсутності текстів... Загальні принципи права – це вираз узагальненого правового досвіду та правових тенденцій, які розвиваються у глиби-

нах нормативно розвинутого суспільного життя як результат впливу нормативних і ненормативних чинників (мораль, політика, наукові концепції, судова практика тощо)» [12, с. 8]. Причому, якщо з точки зору О.Ф. Скакун, будь-який закон – правовий чи неправовий, належним чином ухвалений, підлягає виконанню, поки він не скасований [9, с. 242], то, на думку Ю.М. Оборотова і Р. Майданика, будь-яка формула закону повинна сприйматися і застосовуватися у відповідності до змін соціальної дійсності і правової реальності [11, с. 277], оскільки право, як явище динамічне, «має йти в ногу з часом», тобто змінюватися відповідно до перетворень, які відбуваються у реальному житті [12, с. 9]. Аналогічну позицію щодо розмежування права і закону, засновану на ототожненні права й інших соціальних регуляторів, займає і Конституційний Суд України. Так, у Рішенні по справі № 1-33/2004 (справа про призначення судом більш м'якого покарання) він зазначив, що одним із проявів принципу верховенства права, який полягає у пануванні права у суспільстві, є те, 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. Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення у Конституції України. Таке розуміння права не дає підстав для його ототожнення із законом, який іноді може бути й несправедливим, у тому числі обмежувати свободу та рівність особи [13]. Застосована Конституційним Судом формула «верховенство права – це панування права у суспільстві» піддається критиці в юридичній літературі, оскільки не відповідає загально визнаним уявленням про сутність верховенства права та побудована на доктрині юридичного позитивізму, тоді як концепція верховенства права і присутній зміст цього принципу є продуктом протилежного вчення – вчення про природне право. Формула КСУ неодмінно скеровує на потребу передовсім з'ясувати сутність власне поняття «право», а потім перейти до з'ясування сутності вже буцімто похідного від нього поняття «верховенство права». Методологія юридичного позитивізму у цьому випадку є неприйнятною, бо позитивне право будь-якої національної юридичної системи саме по собі не становить того, що визначає сутність верховенства права як такого. Позитивне право може лише засвідчити або ж наявність, або ж відсутність у національній, полі-

тичній чи юридичній системах загально визнаних інституційних і процедурних елементів (складників) верховенства права [14, с. 66]. У підсумку зазначається, що верховенство права, як інтегральний принцип, не піддається формальному визначенню і всі здійснені спроби у цьому напрямку до цього часу є безуспішними. Як інтегральний принцип права, який у перебігу своєї еволюції, окрім закладених первісно ще у XIX столітті Альбертом Дайсі принципу *nullum crimen sine lege* (що становить перший елемент його доктрини) та принципу рівності всіх перед законом (що є другим елементом доктрини Дайсі), надалі увібрав у себе добре відомі універсальні принципи права, які наразі виступають його складовими. Серед них зокрема: принцип народовладдя, принцип поділу влади, принцип відповідальності держави і посадових осіб, принцип законності тощо. Перелік таких принципів не є вичерпним – передовсім через те, що верховенство права є «живою і динамічною концепцією». Зміст кожного з цих принципів розкривається та їх дія забезпечується завдяки похідним від кожного з них додатковим структурним одиницям, якими є: принцип демократії, принцип прав людини та відповідальності держави перед людиною за свою діяльність, принцип незалежності суду та суддів, принцип доступу до суду, принцип заборони зворотної дії закону, принцип презумпції невинуватості тощо [14, с. 59-60]. При цьому підкреслюється, що права людини не є складовою частиною верховенства права, а останнє, у свою чергу, виступає тим найдієвішим інститутом, завдяки якому права людини з теоретичної концепції перетворюється на практичну дійсність [13, с. 62-63]. Таким чином, верховенство права, як комплекс національних інститутів, механізмів та процедур, що є неодмінними, аби особа мала можливість захистити себе від свавільної влади держави та які надають особі можливість володіти людською гідністю [14, с. 57], є лише інструментом захисту прав та свобод особи (не випадково у преамбулі Загальної декларації прав людини 1948 р. зазначається: «... аби людина не була змушена вдаватися до повстання як до останнього засобу порятунку від тиранії та гніту, надзвичайно важливо, щоб права людини були захищені верховенством права») і не містить відповіді щодо критеріїв розмежування права і закону.

Питання щодо того, що є для людини добром, а що злом і хто саме це повинен вирішувати залишається відкритим. До того ж і саме питання, і можливі шляхи його вирішення знаходяться у площині ненормативних чинників, що так чи інакше при-

веде до ототожнення права й інших соціальних регуляторів. Крім того слід зазначити, що моральні категорії, зокрема справедливість, розуміються далеко неоднозначно. Так, будь-який вирок сприймається як цілком справедливий однією стороною і як несправедливий – іншою. Для сучасної України доволі актуальним є питання, пов'язане з експлуатацією нерозмитнених автівок з іноземною реєстрацією. Набуття у власність автівки таким чином є способом ухилення від сплати податків (мита) або способом ввозу та експлуатації транспортного засобу, ввіз якого в Україну заборонено (за технічними стандартами). Власники таких автівок пояснюють свою позицію тим, що передбачене українським законодавством мито є дуже великим і непосильним для пересічних громадян України, що несправедливо, та вимагають розмитнення на пільгових умовах. Проте, з таким рішенням не погоджуються власники авто з українською реєстрацією, які вважають себе законслухняними і сплатили мито у повному обсязі, хоча живуть у тій самій країні і отримують такі ж самі доходи. Без відповідних надходжень залишається і держава, яка вимушена несправедливо обмежувати фінансування соціальної сфери. Що у такому, та і в усіх інших випадках повинно вважатися «всезагальною справедливістю» – незрозуміло. Не випадково, майже всі автори при розмежуванні права і закону використовують категорію правового ідеалу (справедливості як закону законів), до якого мабуть треба прагнути, але який майже неможливо визначити.

Тому ще раз зазначимо, що ототожнення правових і морально-етичних понять і категорій, використання останніх при визначенні поняття права і правового закону аж ніяк не сприяє вирішенню проблеми співвідношення права і закону. Більш того, воно суттєво ускладнює цю проблему, призводить до змішування категорій права і моралі, насамперед до змішування «змісту» цих норм. На відміну від інших соціальних чинників, правові норми завжди забезпечуються державним примусом і хоча подекуди ця теза піддається сумніву [8, с. 632], з нашої точки зору цілком можна погодитися з М.М. Марченком у тому, що «як показує тисячолітній досвід існування і діяльності державно-правових систем у різних країнах і на різних континентах, у світі ще не було таких держав і таких правових систем, які б будувалися і функціонували без опору на державний примус. Примус незмінно залишався атрибутом правових норм і слугував як одна з основних особливостей, що відрізняє норми права від усіх інших соціальних норм. Такий стан речей зберігається до тепер [8, с. 633].

Ігнорування цієї обставини може призвести до формування позадержавного примусу, який буде здійснюватися під гаслом відновлення справедливості та порядку, скажімо з боку «народних судів», новостворених парамілітарних структур тощо. Не вирішує проблему співвідношення права і закону і відповідність правового закону принципу верховенства права, на чому наполягають деякі вчені [9, с. 242]. Як зазначалося вище, верховенство права, як інтегральний принцип, є лише певним інструментом захисту суб'єктивних прав та свобод людини і його розповсюдження на інші сфери соціального життя (чинний КК України, як відомо, охороняє не тільки права і свободи людини) навряд чи обґрунтовано. Ідея верховенства права зародилася у надрах природно-правових теорій і її розповсюдження на всю правову реальність є наслідком певного перебільшення можливостей антропологічного праворозуміння. Не випадково, при аналізі ознак правової держави деякі вчені наполягають на виокремленні насамперед такої її ознаки як верховенство закону. «Причому, коли мова йде про верховенство закону, то він повинен розумітися не у розширювальному тлумаченні, ототожнюючись з правом, а у прямому своєму значенні, а саме як акт, який виходить від вищого органу державної влади і наділений вищою юридичною силою» [8, с. 280]. При цьому, аксіоматичним, тобто таким, що не підлягає ніякому сумніву, є той факт, що законів, поки вони діють в інтересах усіх верств суспільства, життєво важливо дотримуватись, а не порушувати.

Добиваючись у випадку їх застарілості, дійсного чи уявного консерватизму їх негайного скасування слід йти конституційним шляхом, не переступаючи їх межі і не руйнуючи таким чином врегульовані ними господарські, соціальні, культурні, політичні та інші зв'язки між різними інститутами та людьми [8, с. 285]. Будь-який ідеал (правову державу, верховенство права тощо) не слід абсолютизувати, оскільки він з розвитком суспільства і зміною поколінь – прихильників даного ідеалу, неминуче розвивається та видозмінюється. У цьому сенсі цілком правий був М.О. Бердяєв, коли писав, що «віра у конституцію – жалюгідна віра», що «віра повинна бути спрямована на речі більш гідні. Робити себе кумира з правової держави негідно» [15, с. 109]. У зв'язку з цим, поява сучасної тенденції, згідно з якою доктрина прав і свобод людини поступається своїми позиціями на користь доктрини громадської безпеки є цілком закономірною.

Намагаючись розмежувати право і закон, деякі вчені приходять до висновку, що право у своїй

даності постає як стихія людського життя, а не її раціональний регулятивний початок. Так, наприклад, на думку Ю.М. Оборотова, «розуміння стихії права пов'язане з соціальними процесами, які все прискорюються, та стрімкими змінами у житті людини, що включають її у все нові і нові відносини, не залишаючи ні простору, ні часу для збереження традиції і соціальної пам'яті про принципи і норми людського буття. <...> Сьогодні відзначається ситуація все більшої рухливості, плинності догми права. Це відображає інтенсифікацію змін сучасного життя і ставить під питання традицію розгляду догми права, як непорушної основи правової реальності» [1, с. 14]. В.О. Бачинін вважає, що правове буття розвивається у трьох формах – хаосу, порядку та гармонії, і тому традиційне прагнення пов'язати правову реальність виключно з порядком, який віддалений, з одного боку, від хаосу, а з іншого – від гармонії, – не охоплює всі аспекти правової реальності. Зокрема, можна констатувати становлення права через хаос в його русі до детермінованого хаосу, а від нього – до порядку. Крім того, наявний порядок руйнується і виникає хаос, від якого знову відбувається рух до порядку. Тріумфом права є досягнення гармонії. Гармонійний стан права як цілісності припускає його розгляд сферою мистецтва, де долається як сфера лякаючого хаосу, так і розміреність деколи бездумного порядку, і складається вища гармонія [16, с. 50, 51]. Розмежування живого права і узаконеного права отримало також відображення у дослідженнях нормативності правової сфери, яка «задає спрямованість правового розвитку і кристалізує правову реальність» [1, с. 15].

Правова нормативність як сфера належного у правовій реальності володіє такими характеристиками, як загальнообов'язковість, поширюється на всіх суб'єктів права, виступає як рівний масштаб поведінки, виражений у правових нормах, проявляється у сталості, повторюваності і процесуальності. Правова нормативність інституціоналізується і існує не тільки через правові норми як цеглинки права, але вона виражена в інститутах права, галузях права, системі права, правових спільнотах, таких як приватне і публічне право, матеріальне і процесуальне право [17, с. 211-217].

Правова нормативність постає як відображення соціальної цінності і, у свою чергу, є основою правової цілісності. За допомогою правової нормативності забезпечується існування порядку у соціумі. При цьому правова нормативність з'єднує норму і процес і, врешті-решт, є вираженням сили права [1, с. 15]. Проте не важко помітити, що і у цьому разі чітких критеріїв розмежування живого права («сти-

хії права», «правової норми») і узаконеного права («норми права») теж не пропонується.

Друга «дрібниця», яка робить ідею розмежування права і закону менш привабливою, пов'язана з тим, що кримінальне право не може бути іншим, аніж «позитивізьким». Визначаючи конкретні дії злочинними, зазначає Є.Л. Стрельцов, кримінальне право змінює соціально-правовий статус цих дій і саме відтоді такі діяння і потрапляють до сфери інтересів кримінального права з усіма можливими наслідками. Таким чином, кримінальне право виконує ніби подвійну роль у суспільному житті. Спочатку воно криміналізує певне діяння, а потім починає з ним «боротися». І у цьому немає нічого дивного. Спочатку виявляється людське діяння, яке за ступенем суспільної небезпеки посягає на найбільш важливі цінності, які існують, а потім вже пропонуються кримінально-правові заходи, які спрямовані на протидію цьому діянню [18, с. 104]. На відміну від цивільних суспільних відносин, які можуть складатися до їх правового регулювання, незалежно від такого регулювання і навіть існувати не будучи врегульованими нормами цивільного права, відносини, які регулюються нормами кримінального права, об'єктивно не можуть існувати до і незалежно від їх правового регулювання – підкреслюють Ю. Баулін і О. Наден [10, с. 240]. Подібні уявлення повністю відповідають і існуючим конституційним та законодавчим положенням. Так, згідно з п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України виключно законом України, визначаються діяння, які є злочинами. Відповідно до ч. 2 ст. 1 КК таким законом є виключно Кримінальний кодекс України. Поза сумнівів, і проблема «стерильності» процесу криміналізації, і використання кримінального права не за принципом «ultima ratio», тобто останнього засобу, і існування розриву між «проголошеним» законом і практикою його застосування, і невдосконаленість законодавчої техніки [18, с. 104-108] і низка інших проблем – все це притаманне сучасному вітчизняному кримінальному праву і потребує вирішення. Однак у будь-якому разі слід визнати, що кримінально-правових норм, які б встановлювали злочинність і караність діянь, поза кримінальним законом (законом про кримінальну відповідальність) не існує. Ця теза є доволі розповсюдженою у кримінально-правовій доктрині. Так, наприклад, В.Я. Тацій зазначає, що «норми кримінального права встановлюються органом законодавчої влади і закріплюються у відповідних законах. Отже, кримінальне право виражається тільки у законах і його єдиним джерелом є кримінальний закон» [19, с. 13]. Кримінальне право традиційно визначається як система юридичних норм, закріплених

у законах, прийнятих Верховною Радою України, що встановлюють, які суспільно небезпечні діяння є злочинами і які покарання або інші заходи кримінально-правового впливу підлягають застосуванню до осіб, що їх вчинили [19, с. 14]. Природно, що у сучасних умовах такий підхід піддається критиці.

«Ототожнення права і закону – характерна ознака тоталітарної держави. Закон не створює права, оскільки останнє – це природне явище, яке існувало вже тоді, коли закону ще не існувало. У законі право набуває лише державно-офіційної форми», – наголошував М.Й. Коржанський [20, с. 15]. Сутність права для нього – це суспільні уявлення про справедливість і прагнення до неї [20, с. 19]. В.О. Навроцький вважає, що ототожнення права і закону, з одного боку, і їх протиставлення – з іншого боку, є певними крайнощами. На його думку, кримінальне право є змістом положень, які становлять його предмет, а кримінальний закон – формою, в яких вони отримали юридичну обов'язковість. Звісно, форма може не повністю відповідати змісту. Діалектична суперечність між формою і змістом може зніматися як у процесі вдосконалення законодавства, так і зміни уявлень суспільства про добро і зло, про суворість репресій, які допустимо застосовувати до злочинців, тощо. Займаючи своєрідну половинчасту позицію, автор, з одного боку, погоджується з поняттям права як суспільним розумінням справедливості, але з іншого – наполягає на необхідності зняття наявних суперечностей між правом і законом у ході законотворчості, а не застосування закону, на тому, що принцип верховенства права повинен бути адресований, насамперед, законодавцю, а при правозастосуванні головне – принцип законності, хоча кримінальний закон і може містити положення, які суперечать вимогам права. Однак, у підсумку вчений визнає, що право саме по собі не може «оголосити» діяння злочинним в юридичному розумінні [21, с. 24-25].

Таким чином, ототожнюючи кримінально-правові норми з іншими соціальними регуляторами, зокрема моральнісними постулатами і акцентуючи

увагу на певних вадах різних складових кримінально-правової системи – доктрини кримінального права (визнання того, що право і закон – це не одне і те ж саме, що закон має бути правовим, означає, що зростає роль правової науки [21, с. 26]), кримінально-правової політики, кримінального права, як навчальної дисципліни (вивчати треба, насамперед, право, а не закони [21, с. 26]), кримінального законодавства (закон має не лише виражати волю законодавця, а й відповідати вимогам права [21, с. 26]), кримінальної правосвідомості населення і правозастосувачів, застосуванні кримінально-правових норм, автори, врешті-решт, погоджуються з тим, що «оголосити» діяння злочином (у відповідності до соціальної справедливості або всупереч неї) може лише законодавець.

Висновки. Підсумовуючи аналіз питань щодо співвідношення права і закону і наголошуючи на тому, що повсюдний пріоритет права на шкоду закону є певним перебільшенням можливостей «непозитивізького» праворозуміння (не кажучи вже про поняття права у вигляді «загальної волі», «певної стихії», «всезагальної справедливості» тощо, прикладні можливості яких, особливо у сфері кримінального права, є доволі сумнівними) вслід за А.І. Бойком зазначимо, що «держава, яка очікує громадського миру і порядку, повинна культивувати презумпцію бездоганності законів і обов'язковості виконання всіма усіх правових приписів. Судді (й інші практики) не повинні обговорювати розумність законів, оскільки у прийнятому акті парламенту воля народу стає на місце розуму – *stat pro ratione voluntas populi*» [22, с. 58]. Заслугує на підтримку і позиція Є.Л. Стрельцова, який вважає, що не «слід шукати так звані проривні ідеї у подоланні злочинності, які дуже часто є або утопічними, або компілятивними. Потрібно бути «скромнішими» у намірах, бо, наприклад, багаторічний конфесійний досвід подолання гріховної людської поведінки дає достатній привід для реальної оцінки таких намірів» [18, с. 107].

Список літератури:

1. Креативність загальнотеоретичної юриспруденції : монографія / Ю.М. Оборотов, В.В. Завальнюк, В.В. Дудченко та ін.; за ред. Ю.М. Оборотова. Одеса: Фенікс, 2015. 488 с.
2. Філософія уголовного права / Под ред. Ю.В. Голика. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 562 с.
3. Панов Н.И., Гуторова Н.А. О методологии научного исследования проблем Особенной части уголовного права. Выбранные научные работы с проблем правознавства / передм. В.П. Тихого. К.: Ин юре, 2010. С. 515-532.
4. Туляков В.А. Генезис уголовного права и диалектика рекодификации. Правове життя сучасної України : матеріали Міжнар. наук. конф. (Одеса, 20-21 квітня 2012 р.). Т. 2. Одеса: Фенікс, 2012. 496 с.
5. Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. М.: Проспект, 2008. 400 с.

6. Савинова Н.А. Информационная (технологическая) сингулярность уголовного права. Традиції та новачії юридичної науки: минуле, сучасність, майбутнє : матер. Міжнар. наук.-практ. конфер. (м. Одеса, 19 трав. 2017 р.): у 2-х т. Т. 2 / відп. ред. Г.О. Ульянова. Одеса: Гельветика, 2017. С. 199-203.
7. Костенко О. Злочин і відповідальність за нього у світлі соціального натуралізму. Право України. 2010. № 9. С. 31-39.
8. Марченко М.Н. Проблемы теории государства и права: учебник. М.: Проспект, 2011. 786 с.
9. Скакун О.Ф. Теорія права і держави: підручник. 2-ге видання. К.: Алерта, 2011. 520 с.
10. Сучасна кримінально-правова система в Україні: реалії та перспективи. Київ: ВАІТЕ, 2015. 688 с.
11. Общетеоретическая юриспруденция: учебный курс: учебник / под ред. Ю.Н. Оборотова. О.: Фенікс, 2011. 436 с.
12. Майданик Р. Основи юридичної аргументації: особливості судової аргументації у процесі судової правотворчості. Вісник Верховного Суду України. 2017. №1 (197). С. 7-13.
13. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання). Вісник Конституційного Суду України. 2004. №5. С. 38-45.
14. Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол.: В.Я. Тацій (голова редкол.), О.В. Петришин (відп. секретар), Ю.Г. Барабаш та ін.; Нац. акад. прав. наук України. 2-ге вид., переробл. і доповн. Х.: Право, 2012. 1128 с.
15. Бердяев Н. Философия неравенства. М.: Наука, 1990. 615 с.
16. Бачинин В.А. Философия права и преступления. Харьков: Фолио, 1999. 559 с.
17. Заморська Л.І. Правова нормативність та її інституціоналізація в Україні: монографія. Одеса: Фенікс, 2013. 304 с.
18. Стрельцов Є.Л. Деякі роздуми про правову сутність та соціальні завдання кримінального права. Право України. 2010. № 9. С. 102-109.
19. Кримінальне право України: Загальна частина: підручник / В.І. Борисов, В.Я. Тацій, В.І. Тютюгін та ін.; за ред. В.Я. Тація, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. 5-те вид., переробл. і доповн. Х.: Право, 2015. 528 с.
20. Коржанський М.Й. Кримінальне право України. Частина загальна: курс лекцій. Київ: Наукова думка, 1996. 428 с.
21. Українське кримінальне право. Загальна частина: підручник / за ред. В.О. Навроцького. К.: Юрінком Інтер, 2013. 712 с.
22. Бойко А.И. Не наступайте на російские грабли. Кримінальний кодекс України: 10 років очікувань. Тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародного симпозіуму 23-24 вересня 2011 р. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. С. 57-62.

«НЕПОЗИТИВИСКОЕ» ПРАВОПОНИМАНИЕ КАК СРЕДСТВО ПРЕОДОЛЕНИЯ КРИЗИСА УГОЛОВНОЙ СФЕРЫ: МИФЫ И РЕАЛЬНОСТЬ

В статье анализируется проблема соотношения таких понятий, как право и закон в уголовно-правовой плоскости. Аргументируется необоснованность смешения содержания норм права и иных социальных регуляторов. Делается вывод о том, что отечественное уголовное право может быть только «позитивистским».

Ключевые слова: кризис уголовного права, правопонимание, антропология, социология, позитивизм, право, закон, критерии разграничения.

“NONPOSITIVISTIC” LEGAL THINKING AS A MEANS TO OVERCOME THE CRISIS OF THE CRIMINAL SECTOR: MYTHS AND REALITY

The problem of correlation of such concepts as law and legislation in the criminal legal plane has been analyzed in the article. The unreasonable confusion of content of the norms of law and other social regulators has been argued. The conclusion is drawn that the domestic criminal law can only be “positivistic”.

Key words: crisis of criminal law, legal understanding, anthropology, sociology, positivism, law, legislation, distinction criteria.