

# КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ

УДК 343.97:343.851

## ВПЕРЕД ДО НОВОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА?\*

*Хуан Карлос Ферре Оліве*

*Університет м. Уельва, Іспанія*

Виокремлено і проаналізовано тенденції розвитку кримінального права Іспанії. Критично осмислено наслідки «експансії» кримінального права та необхідність його реформування. У результаті критичного аналізу запропоновано фундаментальні обриси кримінального права у подальшому.

Ключові слова: кримінальне право, експансія кримінального права, система кримінального права.

Сучасне кримінальне право демонструє вражаючий рівень оперативності у процесі адаптації законодавства до постійних змін у соціально-економічних відносинах. Завданням кримінально-правової науки, яка досить успішно розвивалася впродовж більшої частини ХХ століття, було, насамперед, створення системи кримінально-правової охорони таких простих і зрозумілих інтересів, як життя, здоров'я, свобода чи власність у їх різноманітних проявах. Функцію кримінального права як засобу охорони зазначених прав, свобод і соціальних цінностей особи і громадянина визнавали свого роду «непорушною догмою».

Поза сумнівом, ми спостерігаємо надмірну експансію кримінального права, яка розпочалася у середині 70-х років минулого століття і характеризувалася запровадженням охорони загальних або колективних інтересів та триває сьогодні, коли роблять наполегливі спроби сконструювати модель загальноєвропейського кримінального права. Зазначені процеси, у кінцевому підсумку, призвели до певної кризи кримінального права, під час якої все ще не відшукано правильного виходу для адаптації його «непорушної догми» до нової реальності.

Для правильного розуміння проблеми не можна забувати, що так звана «непорушна догма» слугує важливим засобом захисту системи гарантій юридичної безпеки і будь-яка зміна у законодавстві може вплинути на рівень цієї безпеки.

Водночас видається неможливою спроба пристосування наявної правової моделі до нової реальності без проведення жодних реформ. Колишні правові догми втрачають свою ефективність унаслідок сучасних змін у законодавстві. Для законодавця є важливим не забути узгоджувати надмірне збільшення кількості норм Особливої частини кримінального закону з прийняттям відповідних рішень у його Загальній частині.

Головною причиною кризи, яку ми досліджуємо, є намагання зберегти «струнку» систему Книги I Кримінального кодексу (далі – КК) Іспанії шляхом внесення до неї

---

\* Переклав з іспанської Володимир Гулкевич, кандидат юридичних наук, начальник відділу прокуратури Тернопільської області, старший радник юстиції.

винятково «естетичних» змін. З огляду на це, виникає думка про необхідність впровадження законодавчих змін, які передбачатимуть поділ кримінального права на певні сектори.

Реформа кримінального права, яка в жодному випадку не спричинить посягання на систему правових гарантій, виглядає досить виправданою, оскільки завдяки їй стане можливим вирішити такі складні проблеми, як співучасть у злочинах зі спеціальним суб'єктом, відповідальність керівника злочинної організації, який не вчиняє особисто будь-яких кримінально-караних діянь, і, особливо, питання про можливість кримінальної відповідальності юридичних осіб.

Одним із основних захисників поділу кримінального права на сектори у нашій країні є Х. Сілва Санчес, який у своїй праці про експансію кримінального права висвітлює питання можливого співіснування різних кримінально-правових систем, що відрізняються одна від одної більшим або меншим рівнем гарантій. Цей автор класифікує запропоновані ним моделі залежно від різниці у «швидкостях», з якими має рухатись сучасне кримінальне право. Головні його міркування можуть бути синтезовані так:

– констатується прогресуюча експансія кримінального права, яка є результатом багатьох чинників та досягає значних розмірів, претендуючи заповнити собою всю глибину каральної системи [1].

– однією з імовірних відповідей на цю експансію може стати «повернення до старого та доброго ліберального кримінального права», обмеженого кримінально-правовим захистом, переважно, особи, а також майнових правових благ, з суворим закріпленням принципів правової гарантій.

– іншим рішенням може виявитися спроба зупинення цієї експансії шляхом «повернення» адміністративному праву всього, що перетворилося у кримінальне право, тобто певна всеохоплююча декриміналізація [2].

Не підтримавши жодну з наведених вище думок, Х. Сілва Санчес пропонує заснування кримінального права «різних швидкостей», яке стисло може характеризуватися так:

1) максимальні гарантії для осіб, які вчинили злочини, що караються позбавленням волі (перша швидкість);

2) гарантії для осіб, які скоїли злочини, що караються покараннями, не пов'язаними з позбавленням волі (друга швидкість);

3) практичною відсутністю гарантій, коли йдеться про так званих «ворогів суспільства» (третья швидкість) [3].

Безумовно, що ці роздуми не є витвором окремого автора, а напрямом, яким варто рухатися, зберігаючи ясність думки, з метою створення та застосування відновленої структурованої кримінально-правової моделі, що, лише у крайньому випадку, допускатиме принесення в жертву громадянських прав під час боротьби з різними злочинними проявами, найбільш загрозливим з яких є тероризм. Отже, передімною стоїть проблема з'ясувати, чи наведені можливі шляхи вирішення проблеми є доцільними, зважаючи на карколомний розвиток сучасного суспільства.

Для початку, варто погодитися з тим, що кримінальне право розпочало свій надмірно наступальний шлях, зневажаючи той інститут, який називається головне або основне кримінальне право, та ставлячи під сумнів існування своїх традиційних принципів [4]. Тому, виникає серйозний сумнів у реальному існуванні принципу «мінімального втручання». Для сучасних кримінально-правових систем його відсутність стає правилом. Посилення кримінально-правового тиску останніми роками засвідчує, що законодавець запроваджує принцип максимального кримінально-

правового втручання [5]. Як висловився В. Хассемер, кримінальне право вже не є *ultima ratio*, у багатьох випадках воно стає *sola* або *prima ratio* вирішення соціальних конфліктів [6].

Зазначимо, що експансія нового кримінального права призводить до зникнення субсидіарного характеру цієї галузі права, оскільки кримінальне покарання замінює інші юридичні наслідки, властиві для комерційного, адміністративного, трудового, цивільного та податкового права, що є, у багатьох випадках, необґрунтовано [7]. Також відбувається процес зменшення фрагментарного характеру кримінального права: якщо раніше правові блага захищали частково, від посягань більш тяжких і небезпечних, то нині спостерігаємо тенденцію до запровадження охорони всіх правових благ від усіх можливих посягань, тих, які заподіюють шкоду, та тих, що лише створюють загрозу (здебільшого абстрактну) посягання на правове благо [8]. Кримінально-караними визнаються діяння умисні, і необережні, а також ті, що за своїм змістом є тяжчими, та проступки [9]. Важко визнати виправданим перетворення проступків у злочини з мотивів його скоєння особою певної статі (ст. 153 КК Іспанії), акумуляції або повторного вчинення адміністративних правопорушень (ст. 234.2 КК Іспанії) або з іншої причини, яка пояснюють кон'юнктурними міркуваннями.

Експансія кримінального права виявляється також у прийнятті норм, що встановлюють вкрай сувору відповідальність. У цьому сенсі ми бачимо відступ не лише від принципів кримінального права, але й від основних засад кримінального процесу. Показовим прикладом є заснування кримінально-правової системи, що має боротися із злочинами, пов'язаними з обігом токсичних і наркотичних засобів [10].

Зазначимо, що експансія кримінального права, яка відбулася, є надмірною, проте, у деяких випадках вона може бути необхідною. Є багато чинників, що сприяють постійному реформуванню кримінально-правової системи, серед яких можна виділити розвиток соціально-економічних відносин, виникнення нових технологій.

Саме в цих умовах виникає проблема, що є предметом нашого дослідження. Отже, як можливо впорядкувати систему, що перебуває у такому хаотичному стані, забезпечивши, водночас, ефективний результат реформи та гарантії, які були раніше?

Як уже було наголошено, Х. Сілва Санчес пропонує оригінальне вирішення проблеми, що ґрунтується на співвідношенні між гарантіями та тяжкістю санкцій, складовими частинами якого є «реалізм і підпорядкованість» [11]. Він вважає за необхідне диференціювати кримінально-правову систему на різні підсистеми («швидкості»), встановивши для кожної з них різний рівень гарантії. Відповідно, рівень цих гарантії безпосередньо має залежати від юридичних наслідків, а тому стосовно злочинів, які призводять до більш тяжких юридичних наслідків, мають бути забезпечені найбільші гарантії (матеріальні та процесуальні). І навпаки, рівень гарантії щодо деліктів, які викликають менш тяжкі юридичні наслідки, може бути знижений.

У кінцевому підсумку, пропозиція Х. Сілва Санчеса полягає у застосуванні повного рівня гарантії до всіх злочинів, які караються позбавленням волі («перша швидкість»). Ця модель відповідає існуючій сьогодні системі гарантії для всіх видів злочинів. Тому, важливо прийняти рішення про застосування часткового рівня гарантії для всіх злочинів, які сьогодні караються іншими видами покарання (штраф, позбавлення певних прав тощо), а також для інших менш тяжких злочинів, замінивши покарання за їх вчинення з позбавлення волі на інше («друга швидкість»).

Завдяки цим ідеям ламається прославлене впродовж значного проміжку часу ліберальне кримінальне право, яке характеризується суворим рівнем гарантії для

будь-яких злочинів. Звичайно, достоїнства, якими намагаються наділити ці гарантії, не є такими певними. Х. Сілва Санчес має рацію, зазначаючи, що «справжній образ кримінального права XIX століття жодним чином не може претендувати на збереження у наші дні» [12]. Поза сумнівом, ліберальне кримінальне право має бути аналізоване у своєму історичному контексті. Звичайно, що гарантії слугували противагою надзвичайній суворості покарань, притаманних для давніх і середньовічних режимів. Однак, усі ці позитивні якості не можуть перешкоджати відмові від класичної моделі гарантій, побудованій на кримінально-правових і кримінально-процесуальних принципах, яка насправді була витвором епохи Просвітництва і слугувала засобом обмеження абсолютизму. Наступний розвиток моделі, за допомогою чіткого вираження у кодексах і конституціях, освятив ці принципи, які, за висловом Л. Феррадзолі, перетворилися «в авторитарну традицію, що ніколи, насправді, не переривалась» [13]. Видається дуже важливим намагання захисників сучасного кримінального права, яке базується на принципі ефективності, як критично висловився В. Хасемер, досягти «мети відмовитися від ліберальних перепон, що спричиняють перешкоди завершенню свого нового завдання» [14].

Водночас теорія Х. Сілва Санчеса не приносить нічого нового для злочинів першої категорії, для яких пропонується зберегти існуючу систему гарантій, що є результатом еволюції ліберального кримінального права та сучасних конституційних законів. Проте, такий *statu quo* збережеться лише для злочинів, за вчинення яких можливе призначення покарання у вигляді позбавлення волі.

Може здатися, що запропонований поділ кримінально-правової системи на сектори буде нерозривно супроводжуватися зниженням рівня матеріальних і процесуальних гарантій. Спадає на думку, що зазначений поділ пропонується лише для скорочення обсягу гарантій та посилення ефективності каральної системи. Розробка нових моделей не створить жодних проблем для злочинів, стосовно яких зберігається існуючий рівень гарантій. І, навпаки, обґрунтування тих моделей, які супроводжуються зниженням рівня гарантій або їх зникненням взагалі, призводить до появи численних перешкод. Для таких пропозицій характерні різні суперечності, кількість яких збільшується разом з експансією кримінального права. Очевидно, що можлива ефективність системи не може бути визнана аргументом на користь законодавчих змін, які створюють безмежну залежність громадянина від держави.

Нове кримінальне право має бути дуже гнучким, дозволяючи пом'якшення «непорушної догми» шляхом запровадження різних правил кримінального переслідування. Заслуговує збереження кримінально-правовий характер порушень і покарань, а також судовий спосіб прийняття рішень, оскільки для кримінального покарання притаманний ефект «ганебності», якого неможливо досягти, призначаючи адміністративне стягнення. До цього можна додати, що кримінальне право «набуває найбільшої своєї незалежності відносно політики, якщо судова влада є безпристрасною та об'єктивною» [15].

Швидко прийняття рішення про поділ на сектори пришвидшить визнання однієї з моделей кримінального права, що ґрунтується на особі злочинця. Йдеться про так зване «кримінальне право для ворога» (або «третя швидкість», у розумінні Х. Сілва Санчеса), яке поєднує мінімальний рівень гарантій для винної особи, яка скоює певні злочини, та безумовне позбавлення волі за їх вчинення. Ця модель ґрунтується на диференціації суб'єктів, які живуть в одному суспільстві, проте частина з них демонструє нехтування правовими нормами співжиття, що проявляється у рецидивізмі цих осіб, їх злочинній професійності або участі в організованій злочинності, тобто у їх тотальній відмові від інтеграції у правову

систему [16]. Вищою метою «кримінального права для ворога» є відвернення загроз, що походять від зазначених осіб, через виключення їх з суспільства за допомогою позбавлення волі або вигнання будь-куди з метою видалення з середовища, в якому ці суб'єкти становлять постійну небезпеку.

Гюнтер Якобс спричинився до появи «гарячих» спорів [17], захищаючи заснування особливого провадження та судочинства без будь-яких гарантій стосовно осіб, які своїми злочинами демонструють тривалу зневагу до права, перетворюючись за власним бажанням на ворогів суспільства [18]. Він поділяє суспільство на осіб (громадян та рівних їм) та не осіб (ворогів), що призведе до невинуватого знищення структури гарантій.

Вчення Г. Якобса захищає акцентоване на суб'єкті злочину кримінальне право, яке робить різницю між громадянами, що порушують закон, стосовно яких діють традиційні гарантії, та тими, хто зовсім не визнає чи не сприймає правові та соціальні основи життя суспільства [19]. Саме такий підхід є основою системи «Права заходів безпеки, які застосовуються для подолання небезпеки», зумовленої зростаючою загрозою з боку «ворогів». Такі заходи безпеки «інколи можуть набувати вигляду судового покарання» [20].

Кого можна вважати ворогами у розумінні нашого права? Ними є особи, які загрожують підірвати самі основи суспільства та держави [21]. Внаслідок майбутньої роботи державних органів, які можуть бути створені для проведення спеціальної діяльності, визначення «вороги суспільства» може поповнюватися іншими категоріями осіб, які скоюють особливо тяжкі злочини. На сьогодні стратегія зниження гарантій у кримінально-правовому та кримінально-процесуальному розумінні ще не досягла своєї крайньої форми в іспанському праві. Однак, ми можемо помітити певні ознаки, які характеризуватимуть цей шлях стосовно цілком визначених категорій суб'єктів: осіб, які неодноразово вчиняють злочини проти власності, терористів, членів організованих злочинних груп, небажаних іноземців тощо [22].

Описане «кримінальне право для ворога», яке базується на меті нейтралізації особливо небезпечних для суспільства осіб, призводить до появи нових ознак законності та підпорядкування системи кримінального судочинства. Розмірковуючи про можливість поділу кримінально-правової системи на сектори, не варто забувати про існування у світі іншої, авторитарної «моделі», яку можна назвати «четвертою швидкістю» і яка є значно гіршою, якщо це можливо, за «старе погане кримінальне право». Ця модель ґрунтується на знищенні ворога шляхом призначення спеціальними судовими органами або ж, за уповноваженням парламенту, іншими державними органами суворих покарань (смертної кари, тілесних покарань, ув'язнення). Така держава односторонньо обдурює сподівання правосуддя та перериває процес соціального діалогу. Така держава навіть не виявляє готовності або бажання спілкування з певними суб'єктами. Вчинки та реакція з боку держави є рішучими та наповненими значущістю, що проявляється у застосуванні суворих санкцій за умови відсутності будь-яких гарантій, притаманних для правової держави. У цьому контексті не йдеться про тоталітарні режими, в яких усе законодавство перебуває у стані війни з «ворогами» [23], а про держави, де, загалом, діють правила, принципи та гарантії, властиві для правової держави, окрім застосування цих принципів і гарантій до осіб, що підривають засади держави.

До цієї моделі можна включити найбільш тяжкі посягання, передбачені міжнародним кримінальним правом (вибіркові страти за рішенням політичної влади, страта ув'язнених у військовий час, незаконні арешти і тортури у державах,

де допускається подібна практика, у військовий час, у виключних ситуаціях, зумовлених боротьбою з тероризмом та ін.). У цих випадках кидається в очі відмова від таких елементарних прав, як право на справедливий судовий розгляд, право на захист, принципу законності у всіх його проявах тощо. На жаль, простежується незначний спротив цій своєрідній кримінально-правовій блокаді, яка полягає у цілковитій відмові від ліберальних принципів і гарантій, прийнятті рішень, що свідчать про систематичні порушення основних прав і свобод людини. Подібне становище є типовим для деяких, загалом, демократичних держав, інколи така кримінально-правова модель є значно гіршою від систем, характерних для авторитарних політичних режимів.

Припустивши, що розподіл кримінального права є можливим, ми маємо визначити, які з нових секторів відповідають основним принципам кримінального права та меті кримінального покарання. З цього погляду, зважаючи на прямі посягання на ці принципи, кримінально-правова система, спрямована проти «ворогів», є неприйнятною у будь-якому вигляді чи формі, оскільки, як цілком слушно висловився Ф. Муньос Конде, у демократичній правовій державі «не особи» не існують [24]. І навпаки, найбільш прийнятною є система, що використовується сьогодні, яка розвинулася з наукових теорій епохи Просвітництва, та відповідає сучасним конституційним змінам і прагненням суспільства. Це не означає, що ця система не може мати недоліків та не підлягає критиці. Поза сумнівом, не потрібно думати, що будь-яка прийнятна у певний період часу система згодом не може стати неефективною. Саме ця обставина є причиною намагань відшукати нові категорії, моделі чи швидкості для запобігання розвитку нових окремих різновидів злочинності. Однак, цей процес не може відбуватися поза межами кола основних гарантій. Намагання посилити ефективність призведе до підпорядкування особи перед державою, рівень якого може досягнути недопустимого обсягу.

Перед початком проведення розподілу кримінального права на сектори слід визначити критерії, які виправдовують цей процес. Насамперед ознайомимося з пропозицією Х. Сілви Санчеса, яка полягає у розподілі на сектори відповідно до юридичних наслідків злочину. Відповідно до основи цієї теорії особи, що вчиняють найтяжчі злочини, мають право на найвищий рівень гарантій, і навпаки, допускається зниження рівня цих гарантій для суб'єктів, які скоюють менш тяжкі злочини. Інакше кажучи, для осіб, які можуть бути засуджені до позбавлення волі, зберігається існуючий рівень гарантій, а для правопорушників, що підлягають іншим видам покарання, цей рівень знижується.

Проте, на мій погляд, вчення що вражає увагу затьмарюється багатьма темними плямами, що може призвести до відмови від його сприйняття. Зазначена теорія загалом ґрунтується на тому, те що у правовій системі є різні покарання і не для кожного з них передбачене однакове коло гарантій, тобто покарання і гарантії є співрозмірними. Для підтримання балансу між ними потрібно лише дотримуватися такої пропорції: тяжче покарання – вищий рівень гарантій, і навпаки. З цього погляду, маємо пам'ятати, що є одне покарання, притаманне лише для кримінальної юрисдикції – це позбавлення волі. Усі інші покарання, відповідно до ст. 25.3 Конституції, можуть мати кримінально-правову чи адміністративно-правову природу. Коротше кажучи, у рамках двох систем (кримінальної та адміністративної) можуть призначатися будь-які покарання, що не пов'язані з позбавленням волі. Тому, потрібно погодитися, що єдиним кримінальним покаранням у прямому розумінні цього слова є позбавлення волі, а тому напрошується логічний висновок про те, що повний спектр гарантій має існувати для осіб, яким призначають це покарання. Отже, у цій сфері

варто зберегти «всю суворість класичних приписів щодо притягнення до відповідальності» [25].

В яких випадках призначають покарання, відмінні від позбавлення волі? Розвиток початкових положень теорії Сілви дає підстави зробити висновок про можливість зниження обсягу гарантій у випадку призначення таких санкцій, як у порядку адміністративної юрисдикції у вигляді стягнення за адміністративне правопорушення, так судовими органами за вчинення злочину. Коротше кажучи, обґрунтовується модель із нижчим рівнем гарантій всередині кримінального права [26]. У цьому контексті виглядає допустимим заснування певної проміжної системи кримінально-правового характеру, відмінної від адміністративно-правової, незалежно від того хто буде накладати санкції: адміністративний або судовий орган.

Чому запропоновано запровадити саме кримінально-правову систему? На думку Х. Сілви Санчеса ми зіткнулися з незворотною реальністю, яка полягає в експансії кримінального права та співіснуванні кількох різних кримінально-правових систем, що зумовлює «неймовірність або ж неможливість будь-якого руху в бік декриміналізації» [27]. З цих причин він пропонує зачислити цю проміжну сферу правовідносин до кримінально-правової системи, розглядаючи її як таку, що характеризується високим рівнем гнучкості щодо правил обвинувачення, процесуальних принципів і санкцій, тобто вважає за можливе запровадити систему гарантій, властиву для адміністративного судочинства. На цьому шляху стає можливим заснувати певну систему, що має бути ефективною та забезпечувати певний рівень гарантій.

Проте, навіть якщо ми погодимося з можливою градацією покарань, все ж таки видається некоректним визнати можливість наявності однакових гарантій для адміністративних правопорушень і злочинів, за вчинення яких призначаються покарання інші, ніж позбавлення волі (штраф або позбавлення права займатися певною діяльністю), без формального визнання цих деліктів адміністративними правопорушеннями. Якраз цього бракує для визнання вчення Х. Сілви Санчеса внутрішньо зв'язаним і цілісним. Можна погодитися з усіма його думками, крім єдиного та важливого винятку про те, що зростаюча гнучкість правил переслідування, процесуальних гарантій і санкцій може розвиватися лише одним шляхом: у межах певного руху в напрямі декриміналізації.

Однак, проведення розподілу кримінального права на сектори на основі залежності від юридичних наслідків того чи іншого злочину, на практиці є недопустимим. Неможливо сумістити в одному кримінальному процесі щодо одних і тих самих діянь повний і частковий рівень гарантій для різних суб'єктів або ж ступеня їх участі у злочинній діяльності. Видається неприпустимим у рамках одного кримінального процесу надавати повний спектр гарантій особі, яку засуджують до позбавлення волі, обмежуючи, водночас, можливості іншого суб'єкта, якому призначають м'якше покарання. Важко зрозуміти як має діяти суддя, приймаючи рішення про застосування тієї чи іншої кримінально-процесуальної системи у випадку вчинення особою злочину, за скоєння якого може бути призначено будь-яке з альтернативних покарань: позбавлення волі, штраф або позбавлення певного права.

Водночас, на нашу думку, зниження гарантій є невиправданим також і для справ про злочини, скоєння яких карається м'якшим покаранням, аніж позбавлення волі. Наприклад, для державного службовця, що обвинувачується у вчиненні службового злочину, за який його може бути засуджено до позбавлення права займати певні посади, є вкрай важливим дотримання максимуму визначених законом процесуаль-

них гарантій. Наведені аргументи засвідчують, що призначення винним особам покарань, які не пов'язані з позбавленням волі, має відбуватися за тими ж правилами обвинувачення та процесуальними принципами, притаманними для справ про тяжкі злочини.

Розподіл на сектори буде можливим лише на підставі стійких критеріїв формування різних систем. Серед цих критеріїв виділяють організацію самої держави. Це властиве державам з федеральним устроєм, в яких співіснують системи федеральних та місцевих злочинів, кожна зі своїми нормами та порядком судочинства. Таке саме становище може скластися у майбутньому в межах Європейського Союзу за умови досягнення згоди щодо європейської Конституції та визначення переліку загально визнаних європейських злочинів.

Також можна допустити розподіл на сектори, який повинен базуватися на відмінностях, що властиві для певної групи злочинів. Запровадження певної спеціалізації для органів попереднього слідства та суду дасть змогу посилити ефективність кримінальної відповідальності за вчинення окремих видів злочинів. На сьогодні ми не бачимо перешкод для утворення чітких субсистем, що можуть змінити, наприклад, правила обвинувачення або ж дозволити кримінальну відповідальність юридичних осіб. У випадку розподілу кримінального права на сектори законодавець одержить право встановити новий порядок провадження і заснувати потрібні, на його погляд, підрозділи: окремі субсистеми для злочинів у сфері економіки, злочинів проти прав жінок, злочинів щодо обігу наркотичних засобів, організованої злочинності, деліктів, пов'язаних з корупцією тощо. Кожен з цих підрозділів матиме свою специфіку. Для цих субсистем потрібно визначити нові правила, які врахують недоліки та забобони класичної догматики. Однак збереження повного обсягу гарантій є обов'язковим.

Сучасна система кримінального права має розпочати рух у протилежному напрямі стосовно спрямування, якого вона притримувалась. Загалом суспільство потребує меншого за своїм обсягом кримінального права, яке стане ефективнішим засобом боротьби зі злочинністю. Ця мета може бути досягнута шляхом повернення кримінальному праву його субсидіарного і фрагментарного характеру, що можливо зробити за допомогою повної перебудови усієї системи. Саме так можна повернутися до кримінального права мінімального втручання, однак не в суто академічному його розумінні, а в матеріальному виразі можливої криміналізації лише тих діянь, які становлять найбільшу небезпеку для суспільства, за умови неможливості вирішення цих проблем за допомогою інших галузей права.

Перегляд кримінально-правової системи має спричинити до вилучення з неї значної кількості злочинів. Наприклад, підлягають декриміналізації усі делікти, які за своїм змістом є адміністративними правопорушеннями, безпідставно визнаними злочинами (такі, як відмова від проходження контролю на встановлення стану алкогольного сп'яніння, ст. 380 КК). Також мають бути вилучені з кримінального закону окремі злочини, що є лише криміналізованими цивільними правопорушеннями (такі як злочини, передбачені ст. 291 і 293 КК). Не можна вважати виправданим перебування у КК багатьох інших злочинів (необережне вчинення відмивання коштів, ст. 301.3 КК, або деякі господарські злочини, ст. 627 і 628 КК). Кількість злочинів, вчиненням яких може бути заподіяна лише абстрактна шкода, постійно збільшується, на сьогодні вони могли б утворити цілий параграф нашого КК. Як зазначив В. Хасемер, ці делікти мають особливий протиправний характер, який властивий сучасному кримінальному праву. Використання державою такого виду кримінальної відповідальності є дуже важливим з погляду її ефективності:



відмова від визнання шкоди обов'язковою ознакою складу злочину дає підстави ігнорувати необхідність встановлення причинного зв'язку між діянням і його наслідками. «Єдиною обставиною, які потрібно виявити є небезпека діяння, небезпека, що не потребує доказування у суді, оскільки проявляється у мотиві через який це діяння криміналізовано» [28]. Певна струнка перебудова кримінального права, поєднана із збереженням гарантій, має вилучити з кримінального закону максимальну кількість деліктів, які не заподіюють реальної шкоди, та перемістити ці правопорушення на орбіту адміністративного права.

Сектор, впровадження якого уже назріло, не відрізняється від сучасного адміністративного права. У цій системі сформувався певний обсяг гарантій, який охоплює багато принципів, властивих для кримінального права. У цьому сенсі дуже важливим є рішення Конституційного Суду Іспанії від 8 червня 1981 р., яке встановило, що «в адміністративному праві мають застосовуватись, за деякими винятками, основні кримінально-правові принципи, що є проявом каральної політики держави, відображенням Конституції та численної практики Верховного Суду, оскільки одне і те саме правове благо може захищатись за допомогою адміністративно-правової та кримінально-правової техніки...».

Сукупність господарських злочинів є найбільш придатною для спроби поділу кримінального права на сектори, оскільки, як зазначив В. Хасемер, саме у цьому розділі особливості частини Кримінального кодексу найбільше відчужуються і матеріалізуються певні зміни [29]. Серед Особливої частини ці делікти виглядають найбільш типовими. З одного боку, захищаються інтереси, віддалені від фізичної особи, тобто колективні інтереси, в охороні яких зацікавлене ціле суспільство. Зокрема, ці інтереси мають економічний зміст, оскільки регулюється кримінальна відповідальність у сфері господарської діяльності. З іншого боку, ми бачимо дії, які поступово переходять з адміністративного права до кримінально-правової системи, утворюючи специфічну зону експансії. Проте, розслідування цієї категорії злочинів і покарання за їх вчинення є вкрай малоефективними, оскільки інкорпорація таких деліктів, які скоюються під прикриттям юридичних осіб через недостатню адаптацію ставить у незручне становище кримінально-правову систему з її базовими принципами. Тому з'являється низка суперечливих загальних питань (кримінальна відповідальність юридичних осіб, критерії об'єктивного та суб'єктивного вміння, співучасті, протиправності деліктів з абстрактною шкодою тощо).

Причини такої неефективності не важко відшукати, адже ми бачимо незначну кількість обвинувальних судових рішень, які приймаються за вчинення господарських злочинів. Маємо взяти до уваги, як зазначив К. Мартінес-Бухан Перес, що кримінально-правові норми про господарські злочини керуються «тими самими кримінально-правовими принципами, що і загальне або звичайне кримінальне право» [30]. Додамо, як наголошує В. Хасемер, що властиві традиційному кримінальному праву гарантії перетворюються у справжні перешкоди ефективної кримінальної політики [31], деякі перепони з'являються лише зараз. Тому, ми можемо вибрати два шляхи для посилення ефективності: погодитися з тенденцією, що домінує у кримінальному праві щодо господарських злочинів, формально підтримуючи наявність повноцінної системи гарантій, проте послаблює принципи обвинувачення. Іншим шляхом є загальний перегляд каральної системи у сфері економічної злочинності та заснування окремого юридичного простору для всіх господарських злочинів.

Перший варіант є тим становищем, що існує на сьогодні та характеризується відсутністю задовільних результатів. Ця система не є ефективною, оскільки

кримінальне право у сфері економічної діяльності (а також кримінально-правові норми щодо діянь у сфері навколишнього середовища, нових технологій, транспортні злочини) не може суперечити ні правилам, ні відсутності гнучкості класичного кримінального права. Як зазначає К. Мартінес-Бухан Перес, є певна напружена ситуація, продукт «спроби перенести на нові делікти у сфері економіки загальні принципи обвинувачення і догматичні конструкції, розроблені для трактування традиційних злочинів» [32]. Це відбувається через негативне проектування «непорушної догми», розробленої для інших ситуацій, на нові форми злочинності. Великою помилкою є претензія побудувати єдину тлумачну систему для всієї кримінально-правової сфери.

Через цю реальність неможливо погодитися, з тим, що злочинці у сфері економіки опиняються у подібній правовій ситуації з «ворогами системи». Сілва вважає, що економічні злочини мають належати до «третьої швидкості», тобто за їх скоєння варто призначати позбавлення волі без дотримання гарантій. Це твердження є достатньо незрозумілим, адже, як визнає зазначений автор, кримінальне право має проявляти великий рівень нейтралітету щодо політики та демонструвати справжню юридичну безпристрасність [33]. Насправді, злочинці у сфері економіки не є найбільшими порушниками системи, навпаки: теоретична та практична невизначеність є звичним результатом їх обвинувачення.

Наша пропозиція ґрунтується на ідеї про можливість і необхідність розподілу кримінального права на сектори, яка має розпочатися у сфері господарських злочинів шляхом законодавчих змін і розвитку нової догматики, призначеної побудувати ефективну та справедливу систему.

Які мають бути фундаментальні обриси цього кримінального права і сфери економіки? По-перше, доцільно подбати про запровадження кримінального права дуже м'якого, яке неухильно дотримується уже вилученого з цієї області принципу «мінімального втручання». Звуження системи дасть змогу досягнути ефективності, залишивши певну сферу для адміністративної відповідальності, яка має розвиватися паралельно як автономна каральна та судова система.

Для визначення цих обмежень особливо важливим є узагальнення системи відмінностей, що становитимуть чіткі межі між адміністративним правопорушенням і злочином, ґрунтуються на кримінально-правових принципах, визначених для кожної групи каранних діянь. Водночас потрібно надзвичайно обмежити кримінальну карність необережних діянь, зарезервувавши цю сферу деліктів майже винятково за адміністративним правом. З цих самих міркувань кримінально-правова інтервенція має уникати визнання злочинами деліктів, які можуть заподіяти лише абстрактну шкоду, зосередившись на діяннях з матеріальним складом.

Законодавець має припинити дебати щодо доцільності або недопустимості кримінальної відповідальності юридичних осіб, прийняти відповідне рішення про переведення адміністративних стягнень у кримінально-правову площину, як це передбачено ст. 129 КК Іспанії, визначивши узагальнений тип злочинів, які вчиняються у господарській сфері. На завершення, суворість такого покарання, як позбавлення волі, може і має бути визначальним для розпочатої переоцінки системи охорони економічних правових благ.

#### Список використаної літератури

1. Див. *Silva Sánchez J.* La expansión. del Derecho penal. – 2º edición. – Madrid, 2001. – P. 25 y sig. Серед чинників, які впливають на цей феномен, можна виділити захист колективних правових благ, нові ризики сучасного суспільства та глобалізацію. Раніше

- В. Хассемер уже зазначав, що для реформ сучасного кримінального права не властива тенденція щодо декриміналізації діянь, а навпаки, простежують збільшення кількості нових складів злочинів. Див. Rasgos y crisis del Derecho penal moderno. Anuario de Derecho penal, 1992. – P. 241.
2. Cfr. Silva Sánchez J. La expansión. – Op. cit. – P. 150. Негативну думку щодо суттєвої декриміналізації економічних злочинів висловив К. Мартінес-Бухан Перес: *Martínez-Buján Pérez C. Derecho penal Económico, Parte General.* – Valencia, 1998. – P. 27. І, навпаки, на користь повернення до кримінального права у своєму мінімальному обсязі виступає В. Хассемер, Rasgos y crisis ... op. cit. – P. 248.
  3. Cfr. *Silva Sánchez J. La expansión.* – Op. cit. – P. 159 y sig.
  4. Як влучно зазначив В. Хассемер, класичне кримінальне право характеризується ліберальними принципами конкретності та субсидіарності, притаманними злочинам з матеріальним і формальним складами. Він також зазначав, що «сучасне кримінальне право віддаляється від цієї ідеальної основи з наростаючою швидкістю». Cfr. Rasgos y crisis. – Op. cit. – P. 237.
  5. Під час аналізу податкового кримінального права не перестаємо дивуватись законодавчій еволюції, яка розпочалась у середині 70-х років лише з одного податкового злочину, однак на сьогодні розширилася до шести складів злочинів (ст. 305–310 КК Іспанії). Певні діяння, які уже криміналізовані, такі, наприклад, як деякі підробки та правопорушення проти суспільної безпеки, не можуть надалі залишатися злочинами. Подібну законодавчу експансію простежують у багатьох інших випадках, зокрема щодо злочинів проти суспільства, інтелектуальної власності, деліктів, пов'язаних з відмиванням грошей та ін. Дуже швидко, внаслідок прийняття загальноєвропейського кримінального права, експансія, про яку йдеться, посилюється.
  6. Cfr. *Hassemer Rasgos y crisis.* – Op. cit. – P. 240.
  7. Наш Кримінальний кодекс наповнений показовими прикладами невинуватих криміналізації адміністративних правопорушень. Зокрема, такими деліктами є серед злочинів проти безпеки руху – відмова у проходженні адміністративного контролю на предмет перебування у стані сп'яніння (ст. 380 КК Іспанії), серед злочинів проти громадського порядку – перешкодження адміністративній діяльності (ст. 294 КК Іспанії) та ін. Не можуть залишатися кримінально-караними цивільні правопорушення, такі як укладення угоди шахрайським способом (ст. 291 КК Іспанії).
  8. Як досить іронічно висловився В. Хассемер: «У сучасному кримінальному праві злочини, які заподіюють конкретну шкоду, виглядають старомодними». Cfr. Rasgos y crisis. – Op. cit. – P. 242.
  9. Злочини невеликої тяжкості проти суспільної економіки виглядають дивними, відповідальність за них – неефективною (ст. 627 і 628 КК Іспанії). Вони помилково включені до КК Іспанії як «Проступки проти власності», насправді мають належати до адміністративних правопорушень.
  10. Починаючи з 1999 р. запроваджено систему процесуальних норм із зниженим рівнем гарантій для підозрюваних у випадку вчинення злочинів, пов'язаних з обігом наркотиків (контрольовані поставки, таємні агенти тощо). Див. Органічний закон 5/1999 про зміну Закону про кримінальне судочинство у частині вдосконалення попереднього слідства про злочини, пов'язані з незаконним обігом наркотиків та іншою тяжкою незаконною діяльністю.
  11. Cfr. *Silva Sánchez J. La expansión.* – Op. cit. – P. 150.
  12. Cfr. *Silva Sánchez J. La expansión.* – Op. cit. – P. 149.
  13. Ферраджолі Л. у своїй праці *Diritto e ragione* нагадує нам про важливість теорії гарантій, що є, переважно, сучасним продуктом мислення. Водночас він звертає увагу

- на те, що формування цієї моделі кримінального права відбувалось на основі різних, часом суперечливих, філософських доктрин. Ця модель, загалом, успішно співіснує з іншими теоріями кримінального права, протилежними за змістом. Cfr. *Derecho y razón*. – 4ª ed. – Madrid, 2000. – P. 33 y 41.
14. Cfr. *Rasgos y crisis*. – Op. cit. – P. 241.
  15. Cfr. *Silva Sánchez J. La expansión*. – Op. cit. – P. 153 y 160.
  16. Cfr. *Silva Sánchez J. La expansión*. – Op. cit. – P. 164 y sig.
  17. Загалом формулювання Г. Якобса та його послідовників є об'єктом критики з боку значної кількості науковців, яка інколи має нестримний характер. Прихильників і противників цієї теорії не хвилює питання її діалектичних, філософських або правових підвалин. Вони більш стурбовані загальним розумінням права, суспільства та політики. Наприклад, дехто вважає, що праці Г. Якобса та його послідовників проєктують теорію Н. Люгмана на систему кримінального права, частково застосовуючи його ідеї та утворюючи «суміш поглядів з точки зору теорії систем і кримінально-правової теорії». Такий підхід є результатом радикалізму у вихідних позиціях, але не у наслідках, cfr. *García Amado J. Dogmática penal sistémica. Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal en DOXA*, 23, 2000. – P. 233 y sig., en particular 248 y 249. Таке бачення загального позитивного запобігання тяжкій злочинності ґрунтується не лише на поглядах Н. Люгмана та теорії систем, але й на інших соціологічних теоріях, cfr. *Prieto Navarro E. Teoría de sistemas, funciones del derecho y control social en DOXA*, 23, 2000. – P. 266.
  18. Cfr. *Jakobs G. y Cancio Meliá M. Derecho penal del enemigo*, 2ª edic. Madrid, 2006, passim. Іспанська наукова доктрина різко відкидає ці ідеї. Cfr. *Muñoz Conde*, *La esterilización de asociales en el nacionalsocialismo*, Estudio Preliminar a *Mezger E. Hasta que punto están incluidos los asociales en las medidas esterilizadoras*. *Revista Penal*. – nº 10. – 2002. – P. 14, *Gracia Martín*, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho penal del enemigo» en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 07-02 (2005)*, *Portilla Contreras G. Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal*, en *AAVV, Mutaciones de Leviatán*, Madrid, 2005. – P. 66 y sig.
  19. В останньому другому виданні своєї книги «*Derecho penal del enemigo*» Г. Якобс широко застосовує свої міркування щодо терористів, повторюючи, що суб'єкти, які ігнорують правову систему, не можуть визнаватися особами. Cfr. – Op. cit. – P. 68 y sig.
  20. Cfr. *Silva Sánchez J. La expansión*. – Op. cit. – P. 164 y sig.
  21. Cfr. *Silva Sánchez J. La expansión*. – Op. cit. – P. 163.
  22. Відповідно до Плану боротьби зі злочинністю, презентованого Урядом 12 вересня 2002 р., систематично проводяться успішні реформи Кримінального кодексу, які, насамперед, полягають у поповненні списку новими «ворогами». На чолі цього списку перебувають терористи та члени організованих злочинних груп та організацій, до яких застосовують так званий «період безпеки», під час якого їм заборонено переведення до виправних установ третього рівня після відбуття половини призначеного судом терміну позбавлення волі (ст. 36.2 КК Іспанії). Ставлення до таких осіб має бути іншим ніж до решти засуджених (у частині застосування особливих норм щодо призначення покарання, умовного засудження тощо). Наведене стосується також осіб, які скоюють повторні злочини проти власності. Відповідно до Органічного закону 11/2003 особа, вчинення чотирьох крадіжок, передбачених ст. 623.1 КК Іспанії, визнається одним злочином, який карається позбавленням волі. Більше про нових «ворогів» у нашому Кримінальному кодексі, vid. *Gracia Martín L. Consideraciones críticas*. – Op. cit. – P. 02:06 y sig.
  23. Cfr. *Gracia Martín. Consideraciones críticas*. – Op. cit. – P. 02:04.
  24. Cfr. *Muñoz Conde, F. Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*. – 4ª edic. – Valencia, 2003. – P. 121 y sig, *Gracia Martín L. Consideraciones*. – Op. cit. – P. 02:08 y sig.

- Cfr. También *Muñoz C Onda F.* Comentarios a los Congresos de Trento y Frankfurt sobre el «Derecho penal del enemigo», en *Revista Penal*. – nº 18. Завданням цієї праці не є ретельне дослідження зазначеної теми, яка, як я розумію, достатньо вивчена у вказаних працях. На сьогодні я не можу визначити, чим є заперечення висновків Г. Якоба: емоційною або риторичною відповіддю, чи простим проявом почуття обурення від слабкості панівної системи. Так чи інакше, але вагомі причини для такого заперечення є.
25. Cfr. *Silva Sánchez J.* La expansión. – Op. cit. – P. 157.
  26. Cfr. *Silva Sánchez J.* La expansión. – Op. cit. – P. 155.
  27. Cfr. *Silva Sánchez J.* La expansión. – Op. cit. – P. 157.
  28. Cfr. *Hassemer W.* Rasgos y crisis. – Op. cit. – P. 242. У кінцевому підсумку криміналізація таких діянь перетворилася у політичне питання. Cfr. *Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*. – Heidelberg, 1990. – P. 72.
  29. Cfr. *Rasgos y crisis*. – Op. cit. – P. 236.
  30. Це можливо за умови відмови від заподіяння шкоди визнанням специфічним проблемам, вирішення яких потребує точного та диференційованого підходу. Cfr. *Martínez-Buján Pérez C.* Derecho penal Económico. – Op. cit. – P. 20 y sig.
  31. Cfr. *Rasgos y crisis*. – Op. cit. – P. 245.
  32. Cfr. *Martínez-Buján Pérez C.* Derecho penal Económico. – Op. cit. – P. 22
  33. Cfr. *Silva Sánchez J.* La expansión. – Op. cit. – P. 155 y 163.

### **ВПЕРЕД К НОВОМУ УГОЛОВНОМУ ПРАВУ?**

*Хуан Карлос Ферре Оліве*

*Університет г. Уэльва, Іспанія*

Выделены и проанализированы тенденции развития уголовного права Испании. Критически осмыслены последствия «экспансии» уголовного права и необходимость его реформирования. В результате критического анализа предложены «очертания» уголовного права в дальнейшем.

Ключевые слова: уголовное право, экспансия уголовного права, система уголовного права.

### **FORWARD TO THE NEW CRIMINAL LAW?**

*Juan Carlos Ferro Olive*

*University of Huelva, Spain*

In the article trends of the criminal law of Spain were singled out and analyzed. Critical meaningful Consequences of criminal law's «expansion» and the need for its reform were critically comprehended. As a result of critical analysis the basic outlines of criminal law in the future were proposed.

Keywords: criminal law, the expansion of criminal law, the system of criminal law.

*Стаття: надійшла до редакції 16.10.2012  
прийнята до друку 09.11.2012*