

### МОРАЛЬНА АДЕКВАТНІСТЬ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ЗАБОРОНИ

Сучасне кримінальне право розглядається як необхідний інструмент забезпечення суспільної і національної безпеки, гарант суспільного спокою, який специфічними засобами регулює антисоціальну активність суб'єктів злочину. Причому у більшості воно базується на сукупності деідеологізованих ідей, втілених у відповідній культурним традиціям кодифікації.

Такі ідеї виходять із констатації відповідності кримінального права моральним уявленням про добро і зло, справедливість і рівність, спорідненої із презумпцією адекватного усвідомлення кримінально-правової заборони громадянами. Причому ця констатація не обмежується виключно рамками суто кримінального законодавства.

Відомо, що Європейський суд з прав людини в рішеннях *Engel v Netherlands* та *Bentham v United Kingdom* [1] встановив, що особа буде вважатися звинуваченою у скоєнні кримінального правопорушення у випадку, коли процес визнання особи винною було здійснено відповідною державною установою із дотриманням правил встановлення винності та караності особи суворими заходами державного впливу (арешт, штраф тощо). Це означає, що згідно з прецедентною практикою Європейського суду з прав людини, сукупність девіацій, окреслена рамками адміністративного та кримінального права, за скоєння яких застосовуються сурові заходи державного примусу, буде визнаватися кримінальними правопорушеннями незалежно від того, яким чином на це реагує національне законодавство.

Отже певна сукупність кримінальних та адміністративних деліктів формує правове поле заборон поведінки, яка є неприпустимою з точки зору держави та суспільства та суперечить характеристикам її розвитку. З цього боку кримінальне право розглядається як відносно відкрита складна система, що знаходиться у постійному динамічному розвитку, взаємодії із суспільством, відтворюючись у процесі правореалізації. Це можливо як шляхом використання старих кримінально-правових заборон до нових ситуацій (інтерпретація кримінально-правової норми), так і шляхом послідовних змін правової системи, інноваційного відтворення права (прийняття нової редакції, криміналізація діяння, пеналізація заборони). Причому уяви про адекватність кримінально-правової заборони базуються на принципах субсідіарності, пропорційності, солідарності та поважання [2, 17].

Мова у даному випадку йде про моральні ліміти введення, застосування та певної зміни кримінально-правової заборони, які базуються на:

1) визнанні *додатковості* кримінально-правового та адміністративно-правового примусу у системі державного впливу на поведінку осіб. Вважається, що саме аддитивний характер кримінального права робить його остаточною

жорстко формалізованою закритою галуззю права, хоча, за слушним зауваженням О. Костенко, гіпотетична тижнева ліквідація кримінально-правових заборон призвела би країну до колапсу. Отже справа в тому, що системна остаточність кримінально-правових заборон серед методів державного впливу ще не зазначає їхньої непотреби суспільству. Держава не може існувати без кримінально-правового примусу, оскільки відтворення злочинності як соціальний процес та індивідуальна кримінальність особистості як індивідуальна якість потребують примусових методів регулювання. Людам взагалі присутня тенденція діяти девіантно, і кримінальне право виступає остаточним інструментом впливу в системі заходів державного контролю. З нашої точки зору, саме кримінально-правові заборони кореспондують із поширеністю дозволу на злочинну поведінку чи на зловживання правом серед населення. Кримінально-правове запобігання злочинам — це дія кримінального Закону в цілому, а не виключно окремих його норм та інститутів. Норми з подвійною превенцією, злочини без жертв, мета покарання є підтвердженням цієї тези, оскільки превентивна функція останніх є аддитивною, а не основною. Відповідність кримінально-правової заборони оцінці такої заборони у населення робить закон ефективним, в іншому разі справа йде про розповсюдження аномії і правового хаосу, що відображується як у правовому нігілізмі населення, так і в революційній цілеспрямованості дій керуючої еліти на задоволення власних потреб;

2) *пропорційності* кримінально-правового впливу. Реалізація охоронних та профілактичних кримінально-правових відносин наполягає на необхідності диференціації обсягу державного примусу в залежності від характеристик суб'єктів такого впливу (особи, соціальні спільноти, держава), відповідності ступеня впливу характеристикам особи винного; її кримінальності; ступеню тяжкості скоєного злочину; потребам потерпілого, третіх осіб, держави, міжнародної спільноти. Мова йде не тільки про встановлення ідеалів соціальної справедливості у процесі реалізації кримінальної відповідальності. Структурно-функціональний аналіз кримінального права вимагає від сучасних дослідників зосередження не тільки на проблематиці догматичного аналізу норми (суто кримінально-правовий підхід), чи аксіологічної оцінки існування та буття норми (кримінологічний або соціологічний підхід), але й інтегративного динамічного аналізу сутності та буття норми загалом як самоорганізованого правового явища [3, 65]. Кримінальна заборона сьогодення знаходиться в постійному розвитку, стабільна заборона минулого також знаходиться у розвитку. У першому випадку мова йде про необхідність постійної корекції відносно нових заборон (комп'ютерні злочини, наприклад). У другому — про інтерпретаційні процеси у достатньо інерційному кримінальному законодавстві, які дозволяють, використовуючи аналогію права *sui generis* (призначення заходів безпеки та соціального захисту в КК, поширене тлумачення застосування певної норми Верховним Судом), поширювати дію старих норм на нові види відносин. Порівняння різних режимів кримінально правового впливу, запобігання злочинності та суспільної інтеграції у їхньому динамічному взаємозв'язку надають можливість

з'ясувати найбільш ефективні утилітарні практики обмеження злочинності. В цьому сенсі вкрай важливим має бути питання аналізу місця та ролі каральної та профілактичної сутності кримінального права у царині протидії злочинності;

3) *солідарність* з процесом кримінально-правового впливу визначає моральний ліміт адекватності кримінально-правової заборони, тобто як і наскільки характеристики окремих кримінально-правових норм та інститутів інтерпретуються суспільством у кримінально-правовій доктрині, наскільки сама доктрина та діюче законодавство відповідають ступеню розвитку суспільства та його морально-психологічному стану. Так, згідно з ідеями Робочої програми розвитку кримінально-правової науки в Європі [4] завдання науковців сьогодення полягають в з'ясуванні того, яким чином новітні та старі форми злочинності можуть бути відображені у розумінні злочину, які процеси, відносини роблять вплив на почуття небезпеки та формування негативних стереотипів у суспільстві щодо системи соціального контролю над злочинністю, що обумовлює подальшу надмірну криміналізацію та пеналізацію діянь. Саме розуміння злочину та злочинного є певною передтечею криміналізації чи укритої або прихованої декриміналізації діяння, оскільки частота розповсюдженості правопорушення та його моральна дозволеність для пересічних громадян роблять неефективною будь-яку кримінальну заборону. В остаточному вигляді справа буде йти про розповсюдженість злочинної поведінки як такої, що дозволяється більшістю суспільства та веде до тотального колапсу інститутів влади та громадянського суспільства. Поруч з цим принцип солідарності розкриває уявлення населення та держави про місце певних заборон у життєдіяльності суспільства та пов'язаний із принципом поважання;

4) *поважання* як принцип адекватності заборони зазначає відповідність якості та кількості заборон моральним очікуванням населення та суспільним традиціям. З нашої точки зору система кримінально-правових заборон є оптимальним гарантом конституційних принципів (негативна конституція країни), який має тенденцію до поширення та ускладнення. Водночас спрощення структури кримінально-правових заборон веде до зниження якості правового регулювання. Але якщо ідеологічна позиція правлячої верхівки знаходить своє відображення у моральних настановах громадян, — норма спрацьовує, в остаточному разі ми зустрічаємося із характеристиками надмірної (за М. Мельником) криміналізації. Протилежністю цьому виступає саме поширеність аномії, масове нехтування правом, зловживання правом та правовий нігілізм. Причому девіації акумулюються до моменту їхньої нейтралізації сукупністю соціальних факторів (неефективність поведінки перш за все). Зростання девіантної поведінки поруч із зловживаннями правом є, на жаль, нормою у сучасному суспільстві. Патологічним становиться послідовне виконання правових заборон. Поруч з цим культурна чи правова нейтралізація заборони та аккультурація девіації веде до зниження тиску кримінальності у суспільстві.

Взаємозалежність субсидарності, пропорційності, солідарності та поважання кримінально-правової заборони особливо чітко виявляється у характерис-

тиках сучасної кримінально-правової доктрини, що отримує поступовий розвиток. Згідно з останньою кримінальне право вивчає:

– злочинну поведінку як вольове порушення кримінального закону, скоєне суб'єктом злочину;

– злочинний стан як специфічний соціально-психологічний стан особистості, який реалізується в усталеній кримінальній діяльності (див. праці І. Даньшина, А. Закалюка, А. Зелінського);

– злочинність як соціальний інститут, який реалізується у сукупності кримінально-правових відносин між державою, суспільством, потерпілими та третіми особами.

Отже злочинність стає універсальною проблемою, що є елементом способу життя окремих осіб (професійні злочинці), соціальних груп (організовані угруповання, білокомірцева злочинність) чи держави в цілому (тоталітарна держава).

Таке розуміння вимагає певної корекції існуючого кримінального закону.

Вірішене концептуально питання про розробку трьох книг Кримінального кодексу (Загальна частина, Злочини, Кримінальні вчинки) потребує перш за все відпрацювання саме інститутів Загальної частини. Слід зазначити, що фахівцями у галузі кримінального права (Робоча група Міністерства юстиції України з питань гуманізації Кримінального кодексу та ін.) зроблено багато на шляху послідовної оптимізації системи санкцій статей (частин статей) Особливої частини Кримінального кодексу, гуманізації та формалізації окремих принципів та інститутів Загальної частини, але залишилося чимало проблем, які потребують свого загального вирішення.

Серед тих, які потребують свого негайного тлумачення та вирішення, можна назвати такі проблеми (що згодом повинні інтерпретуватися в окремих інститутах чи нормах Загальної частини КК):

• Кримінальна відповідальність та правовідносини. Мова йде не тільки про необхідність введення поняття кримінальної відповідальності саме у Кримінальний кодекс (модель, підтримана законодавцем Білорусі). Поруч з цим негайного вирішення як на конституційному, так і на галузевому рівні потребує потреба нормативного визначення суб'єктів кримінально-правових відносин. Держава в особі її органів, що повинні захистити безпеку громадян та у разі неможливості знайти та покарати злочинця, повністю або частково компенсувати шкоду потерпілим; злочинець, потерпілий від злочину, треті особи та їх роль у механізмі кримінально-правового регулювання (звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із передачею на поруки, звільнення від кримінальної відповідальності за ч. 4 ст. 212 КК), — усі ці особи, їх правовий стан та кримінально-правові обов'язки повинні знайти своє відображення у новій Загальній частині КК. Слід також не тільки в доктрині, але й в чинному законодавстві чітко визначити порядок і межі, загальні засади притягнення до кримінальної відповідальності, непритягнення до кримінальної відповідальності, звільнення від кримінальної відповідальності, звільнення від покарання та його застосування, виключення кримінальної відповідальності та інших кримінально-правових заходів.

• Кримінальність суб'єкта злочину. Усталена кримінальна діяльність свідчить не тільки про кримінальну небезпеку особистості, але й про ворожий для держави та суспільства стан особистості. Саме це потребує (як це, наприклад, зроблено у кримінальному законодавстві Сан-Маріно) відокремлення суб'єктів злочинів з підвищеною кримінальністю, неосудних, малолітніх у окрему категорію осіб — суб'єктів кримінально-правового впливу, з можливістю признання останнім заходів безпеки.

• Кримінально-правові заходи. Поруч з покаранням в чинному законодавстві де-факто існують 4 групи заходів: безпеки, соціального захисту, компенсації, кримінально-правового заохочення. Заходи безпеки (спеціальна конфіскація, знищення майна, примусове лікування обмежено осудних, примусові заходи виховного характеру, що застосовуються до неповнолітніх), заходи соціального захисту (примусові заходи медичного характеру, що застосовуються до неосудних осіб, примусові заходи виховного характеру, що застосовуються до малолітніх), заходи компенсації та реституції (потерпілим, в особливих випадках, — третім особам та державі), засоби кримінально-правового заохочення застосовуються як підстави та форми реалізації окремих видів звільнення від кримінальної відповідальності та покарання та як підстави пом'якшення покарання. Проте особливості структури діючого кодексу, на жаль, ці питання залишають тільки для тлумачення науковців.

Окремим питанням стає характеристика потерпілого від злочину (як це зроблено, наприклад, у Італійському кримінальному законодавстві). Слід зазначити, і наші дослідження це підтверджують, що потерпілий у його широкому розумінні (фізична особа, юридична особа, соціальна спільнота, держава) стає центральною фігурою у зорієнтованому на втілення потреб у безпеці особистості громадянському суспільстві. Це вимагає не тільки зміни пріоритетів, але й зміни доктринальних та нормативних характеристик, які стосуються міста та ролі потерпілого від злочину у кримінальному праві. Це стосується поширення справ приватного обвинувачення, фіксації потерпілого в кримінальному праві, його місця та ролі в процесі призначення та звільнення від покарання, звільнення та непритягнення до кримінальної відповідальності, звільнення від відбування покарання, призначення заходів безпеки, кваліфікації злочину.

Зазначимо також, що з впровадженням у чинне законодавство правил кваліфікації злочинів у майбутньому слід змінити формулу кваліфікації злочину, починаючи аналіз складу саме з характеристик суб'єктів кримінально-правових відносин: злочинця та потерпілого, їх ролі та соціального взаємозв'язку, а не з гіпотетичної характеристики об'єкта злочину, але це справа окремого дослідження.

#### Література

1. ЕИРР — 1 — 1976 — 647; ЕИРР — 22 — 1996 — 293.
2. Бойко А. И. Системная среда уголовного права: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — М., 2008.
3. Бачинин В. А. Социально-правовая реальность как предмет макросоциологического анализа // Журнал социологии и социальной антропологии. — 2002. — № 2.
4. [ftp://ftp.cordis.lu/pub/fp6/docs/wp/sp1/g\\_wp\\_200202\\_en.pdf](http://ftp.cordis.lu/pub/fp6/docs/wp/sp1/g_wp_200202_en.pdf)УДК 343.222.