

ШЛЯХИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Ця стаття є частиною доповіді на Міжнародній конференції “Механізм кримінально-правового впливу: український та зарубіжний досвід”, Одеса, 8–9 квітня 2010 р.

Аксіоматично, що сучасна держава не може існувати без кримінально-правового примусу, оскільки відтворення злочинності як соціальний процес та індивідуальна кримінальність особистості як індивідуальна якість потребують існування насильницьких методів регулювання на різних рівнях правореалізації.

Людям загалом властива риса діяти девіантно, і кримінальне право виступає остаточним інструментом впливу в системі заходів державного контролю. Але яким воно має бути, наскільки коректно йти сьогодні шляхом постійного збільшення нових складів злочинів, забуваючи про додатковість кримінального права?

В ідеалі – і ми писали вже про це – застосування кримінально-правової норми є її незастосуванням.

Але саме ця остаточність заходів кримінально-правового впливу, їхня адитивність, зорієнтованість на правозастовців та їх правосвідомість, а не на пересічних громадян, разом з іншими системними недоліками публічно-правового регулювання, призвели до формування значної кількості суперечливих явищ та процесів, які в сукупності дають змогу вести мову про припинення розвитку кримінально-правової доктрини, знаходження кримінального законодавства та правозастосування у стані системної кризи.

Існує щонайменш п'ять процесів, що характеризують сучасний механізм кримінально-правового регулювання та існування яких суттєво впливає на криміналізацію суспільства.

“*Нестача можливостей*”. Сучасне кримінальне право вимушене бути в постійному пошуку заходів реагування: причому, здебільшого це пов'язане із диспозитивністю відносин (зростання ролі потерпілого, компенсація та реституція) та пошуком альтернативних заходів реагування на кримінальні конфлікти. Під терміном “кримінальні конфлікти” ми розуміємо діяння невеликого ступеня суспільної не-

безпеки, що реалізуються в злочинах чи зловживаннях правом. Коли держава не в змозі реагувати на перманентні порушення закону – працює не закон, а компенсаційні механізми. До речі формування юстиції причетних – це не тільки ресторативна юстиція, а й самосуд, чи легітимізована помста з боку суспільних об'єднань (товариські суди минулого), кримінально-правові угоди.

Кримінально-правові угоди як домовленості між особами, що сприяють виникненню, зміні та реалізації кримінально-правових відносин, можуть мати різні форми.

По-перше, це пов'язано з угодами як елементом чи передумовою криміналізації, коли процес оцінки діяння як злочинного залежно від ознак малозначності діяння залежить від сумісної оцінки активності злочинця чи волевиявлення потерпілого (приватне обвинувачення).

По-друге, ми зіштовхуємося із суто кримінальними угодами (співучасть, де злочинне діяння реалізується за умов існування угоди, посягає на одного із учасників правовідносин чи соціальний зв'язок між ними).

Кримінально-правові угоди відіграють значну роль у механізмі звільнення від кримінальної відповідальності та покарання (згода потерпілого, примирення з потерпілим, дійове каяття, передача на поруки, звільнення від відбування покарання з випробуванням та ін.).

Деякі з них мають суто формальний вигляд угоди; деякі – є основним елементом, умовою виникнення чи звільнення від кримінальної відповідальності.

З іншого боку, це створює можливості для формування розвинутої системи кримінального правосуддя при формально незмінних параметрах кримінального законодавства. Ідея достатньо проста: неможливість класичними методами кримінально-правового примусу забезпечити стримування злочинності як соціального інституту мотивує до пошуків нових засобів впливу. Суспільна підтримка некарального правосуддя з боку пересічних громадян достатньо велика у тих країнах, де почуття остраху перед злочинністю досягло апогею. Саме там через суспільні організації та інші форми масового самоврядування ведеться робота щодо нейтралізації криміногенних чинників типовими засобами виховного та компенсаційного характеру. І тут виникає ще одна проблема.

Саме неспроможність кримінального закону бути ефективним закладена соціально. Віра в ефективність кримінально-правової заборони наче віра у доброго царя. Життя ж надає інший досвід. Безліч заборон спрямована на населення в цілому, але більшість злочинів скоюють кримінально активні 10%. Прошарок, що залишився, не реа-

гує на заборони, оскільки не бачить у такій поведінці певного сенсу та й не розуміє характерних рис самих заборон. Суперечність між каральною сутністю кримінальної політики та ступенем її узгодженості із суспільною думкою та суспільною свідомістю полягає в тому, що орієнтація кримінального законодавства на передбачені конституцією об'єкти та пріоритети захисту не збігається із поширеністю порушень кримінально-правових заборон у суспільстві, що створює можливості для впливу на кримінальну політику (через замовлення в законотворчому процесі криміналізації/декриміналізації), на процесуальні функції тощо. До того ж, народ як замовник стабільної влади у зневірі до держави локально формує самостійні механізми реагування на злочинність (від індивідуальної помсти та самосудів, до громадського осуду та процедур реституції). Державна інтервенція у сфері застосування кримінальної кари змінюється суспільною. І ми зараз саме стоїмо на порозі останньої.

Це призводить до появи іншої, не менш важливої, риси неефективності заборон – *“нестачі розуміння”*. Лінгвістична забрудненість професійної мови юристів відома усім. Але нам час вирішити для себе питання, задля кого ж написаний сам Кодекс? Для громадян чи для професіоналів? Наприклад, ст. 239-2 КК *“Незаконне заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах”* у редакції Закону України від 05.11.2009 р. № 1708-IV, прямо кажучи, насичена термінологією, якою пересічний громадянин фізично не може володіти. І це правило – не виняток.

Професіональна спрямованість кваліфікаційних особливостей правозастосування не може кореспондувати з інтеріоризацією норм населенням. І в цьому сенсі згадка про правовий нігілізм населення лише підтверджує небажання розуміння конструкцій, які протирічать настановам чи орієнтаціям особи або певної соціальної групи. Ми загнали себе в глухий кут, коли, йдучи шляхом від позитивізму догматів до природно-правової емпірики відчуттів, залишили старі схеми як фікції при певних протиріччях кримінальної політики. Невідворотність покарання, рівність та диференціація відповідальності, психологічна теорія провини, суб'єктивне ставлення за провину стали ідеологічними фікціями догматів минулого, які продовжують розповсюджуватися й надалі. Насправді все складніше. Маніхейство комуністичної ідеології формулювало жорстке ставлення до аксіом та принципів, які за уважного розгляду існували не в дилемі *“чорне – біле”*, а у взаємодії, коли, наприклад, принцип винного ставлення за провину реалізується саме оцінкою винності особи органами досудового слідства та судом у формулі визнання провини як складової суб'єктивної сторони складу злочину (змішана теорія провини – при догматі психологіч-

ної). Таких прикладів неспрацьовування догматів класичної кримінально-правової доктрини безліч. Звісно, ця тенденція має місце. Більш того, ми впевнені, що існування системної кризи кримінально-правового регулювання, за якої суворість законів компенсується не обов'язковістю їх виконання, пов'язана із загальними за рівнем обов'язковості суперечностями, на існування яких є необхідність звернути увагу.

"Нестача толерантності". Кримінальне право сьогодення перебуває в пошуку доктрини, яка б поєднувала покарання, інші заходи відповідальності та заохочувальні норми в єдину систему. Ми або б'ємо, або жалуємо. Фатальна підтримка стабільності індетерміністської моделі, яка ґрунтується з усіх боків, оскільки природний детермінізм особистої поведінки суперечить біхевіористським нормативним встановленням визначення винності особи через суб'єктивне інкримінування – типова помилка теоретиків. Але іншої моделі немає, бо, звісно, складно говорити про об'єктивне ставлення за провину, про застосування концепції "небезпечного стану". Важко сказати. Але можливо і, на жаль, необхідно.

Поширена серед українських криміналістів концепція маленького, але жорсткого кодексу дуже цікава. За умови існування законів *zui generis*, чи повної зміни формату кримінально-правових відносин, суд визнає особу винною у скоєнні злочину та визначає адекватне покарання. Але суд чи у деяких випадках адміністративний орган (наприклад, адміністративний нагляд, видворення за межі держави) може вже зараз зробити висновок про шкідливість (кримінальність) самої людини (кримінальне минуле), її стану (біологічні ознаки), статусу (правові характеристики) із застосуванням окремих примусових заходів, що, по суті, збігаються із заходами безпеки та соціального захисту, які визнаються такими в інших юрисдикціях Європи. Звідси проблема порушення прав людини у кримінально-правовій догмі змінюється на проблему адекватності захисту цих прав традиційними засобами кримінально-правового реагування. В ідеалі ми зіштовхуємося із трьома базовими елементами, які сучасна кримінально-правова доктрина використовує, але не завжди описує (злочин, злочинність, кримінальність). Завдання саме і полягає в адекватному формулюванні кримінально-правових заборон та відповідних державних реакцій на ці явища за допомогою кримінально-правових інститутів.

У дійсності, як правило, кожен представник законодавчої гілки влади хоче внести зміни до Кримінального кодексу, виключно керуючись бажанням посилити відповідальність. Але якщо це бажання буде реалізоване, чи не потрапимо ми в ситуацію, за якої війна влади із народом буде мати форму зловживань правом на формування заборон?

Хто, як і коли має контролювати законодавця? Ідсе А.П. Закалюка про формування законодавчої бази профілактики злочинів та кримінологічної експертизи законопроектів, на жаль, залишаються нереалізованими. На нашу думку, кримінологічна експертиза необхідна в будь-якому випадку в процесі внесення змін саме до Кримінального кодексу з тим, щоб на основі експерименту, опитувань чи інших засобів визначення з'ясувати, як розуміння майбутньої заборони буде сприяти її виконанню.

“Субстанційна віртуальність кримінально-правової заборони”. Кримінальні практики, згідно з даними кримінологів, є частиною кримінального чи псевдокримінального способу життя. Зловживання правом на ризик існує як елемент розвитку більшості шахрайських практик (реалізація засобів для схуднення, для боротьби із аллопецією, телемаркетинг, мережевий маркетинг – не будучи злочинами, є формою кримінальних практик). Але не пізнаних та не реалізованих у формальних заборонах. До речі, саме неможливість процесуального встановлення істини у справі є результатом існування прогалин у жорстко сформульованій диспозиції кримінально-правової норми, яка не в змозі пояснити адресату, яким чином має бути покарана винна особа.

“Конфліктність заборон”. Кримінально-правова заборона має бути узгодженою із вітчизняним та міжнародним законодавством. Це в ідеалі. На практиці ми щодня вирішуємо, як нам вийти із суперечностей неадекватного розуміння тієї чи іншої норми. І це справа міжнародного значення, оскільки і в європейській спільноті, наприклад, уже 20 років існує проблема адекватного розуміння крадіжки, шахрайства, відмивання коштів і тільки зараз (відповідно до Стокгольмського плану дій 2009) зроблено спроби якось уніфікувати деякі норми національного кримінального законодавства. Що вже казати про уніфікацію спортивного чи торговельного, медичного законодавства, що впливає на розуміння кримінально-правових конструктів.

Отже, розмивання предмета кримінально-правового регулювання, приватизаційні процеси у кримінальному праві, його віртуальність у динамічних стосунках із населенням, поруч з існуванням декількох моделей кримінально-правового реагування на різних рівнях соціальної взаємодії потребують певних реакцій від суспільства та наукової думки шляхом формування чи уточнення певних догматів сучасної кримінально-правової доктрини. Культура злочину та зловживання правом мають стати таким самим предметом досліджень, як і культура поведінки в суспільних ділянках.