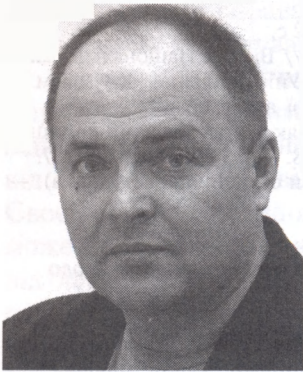


КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО СУЧАСНОСТІ: КРИЗА ДОКТРИНИ ЧИ КРИЗА ЮРИСДИКЦІЙ?



В. ТУЛЯКОВ

*доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри кримінального права
(Одеська національна юридична академія)*

С тверджують, що час, коли кримінальне право розглядалося виключно як національне утворення, вже певним чином залишився позаду. Із розвитком процесів глобалізації виникає наднаціональне кримінальне право та кримінально-процесуальні відносини, які поширюються на злочини проти миру та безпеки людства, транснаціональну організовану злочинність у формах незаконного обігу людських ресурсів, капіталів, зброї та наркотиків, предметів культурної спадщини, а також на системну корупцію та комп'ютерну злочинність.

Виключно з розвитком цих новітніх форм злочинності у доктрині пов'язують існування Міжнародних кримінальних трибуналів *sui generis* (Руанда, Югославія), формування Міжнародного кримінального суду, формування пріоритетної моделі кооперації у кримінальних справах у країнах ЄС (європейські ордери на арешт, гармонізація відповідальності за конвенціональні злочини тощо). Проте у рішенні цих питань з часом виникло більше питань, ніж адекватних рішень.

З одного боку, Європейська спільнота прийняла чисельну кількість ре-

комендацій, спрямованих на криміналізацію злочинів (відмивання коштів, шахрайство, обіг наркотиків, осіб, зброї, корупція, расизм, забруднення моря тощо); існують численні приклади кооперації у кримінальних аспектах, більше того — деякі питання, що стосуються превенції організованої злочинності та протидії тероризму, знаходять своє вирішення у колективних рішеннях Комітету міністрів Ради Європи.

Проте питання гармонізації національних правових систем та апроксимації міжнародних нормативних актів вирішуються недостатньо ефективно чи не вирішуються взагалі.

Навіть і остаточне завершення процесу приєднання до європейської системи протидії злочинності, підписання, ратифікація, визнання міжнародних договорів не виправдує новацій.

Справа у тому, що згідно з останніми тенденціями європейські держави прагнуть досягнути тільки базового рівня гармонізації у частині криміналізації транскордонних злочинів та у частині підтримки взаємного визнання судових рішень.

Так, функціонування Єдиної Європейської суддівської площини, яка згідно зі Стокгольмською програмою

дій у сфері юстиції та у внутрішніх справах (2009) повинна бути створена через п'ять років, стикається із великими труднощами, оскільки тільки зараз майже через 10 років спроб та помилок порушується питання щодо апроксимації кримінального законодавства країн-учасниць у частині визначення диспозицій та санкцій таких злочинів, як крадіжка, міжнародні нелегальні перевезення (торгівля людьми, нелегальна імміграція, сексуальна експлуатація), тероризм, відмивання коштів, шахрайство із інтелектуальними ресурсами, кіберзлочинність, злочини проти довкілля, злочини, які пропагують ідеї расизму та ксенофобії*. Саме ці склади є основою послідовних зустрічей з метою адаптації національних систем, узгодженості санкцій тощо. З огляду на підвищену чутливість кримінального права щодо іноземного втручання у сферу національної компетенції, проблема має бути вирішеною ще не скоро.

Тобто мова йде про те, що послідовне декларування створення наднаціонального чи супранационального кримінального права є скоріше політичним інструментом, ніж практично-предметним засобом протидії злочинності.

І справа не у відсутності можливостей, а у суперечливості національних доктрин, які поруч із лімітованим ступенем довіри громадян до примусової сили з боку міжнародної спільноти роблять неможливими адекватні системні узгодження у сфері кримінального законодавства.

У цьому сенсі вкрай важливим має бути питання визначення адекватного розуміння кримінально-правової заборони як необхідного для політичного істеблiшменту інструмента забезпечення суспільної та національної безпеки, гаранта суспільного спокою,

підкріпленого примусовою силою держави, регулятора антисоціальної активності громадян у конкретних просторово-часових та історичних межах.

Саме обмеженість кримінальної заборони просторовими межами не надає можливості забезпечення ефективності процесу апроксимації та гармонізації національного кримінального законодавства та утворення ефективного штучного супранационального кримінального права.

З нашої точки зору, ліміт кари пов'язано саме станом розвитку політичної та правової ідеології у державі, ступенем дозволу застосування кари як з боку держави, так і мовчазним дозволом суспільства на застосування примусу щодо окремих його членів. Причому кримінально-правовий примус (покарання та інші заходи кримінально-правового впливу) та кримінально-правовий компроміс, знаходяться у формальній суперечності, забезпечують ефективне обмеження каральної влади держави.

Що ж стосується наднаціональних структур, то можливе та ефективно вирішення питань кооперації у кримінальних справах все ж таки не надає стимулу для формулювання єдиної каральної політики — мова у цьому випадку йде про невідворотність індивідуальної відповідальності, а не про єдність кари та переслідування.

Іншими словами, пересічний громадянин Бельгії не проти, щоб існувала єдина система боротьби з економічними злочинами, але проти того, щоб за дорученням податківця у Польщі його затримували у Бельгії за закупівлю та вивезення дешевих тютюнових виробів протягом його турпоїздки у Польщі.

Що вже казати про уніфікацію спортивного чи торговельного, медич-

* http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/criminal/fsj_criminal_intro_en.htm

ного міжнародного законодавства, що впливає на розуміння кримінально-правових конструктив.

Ми загнали себе у глухий кут, коли, ідучи шляхом від позитивізму догматів до природно-правової емпірики відчуттів, залишили старі схеми як фікції при певних суперечностях кримінальної політики. До того ж існують обмеження дії механізму кримінально-правового регулювання, існування яких суттєво впливає на визначення розвитку супранаціонального та національного кримінального права.

«*Нестача можливостей*». Ідея проста: неможливість класичними методами кримінально-правового примусу забезпечити стримування злочинності як соціального інституту вимушує 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 з 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 розраховано на населення у цілому, але більшість злочинів скоюють кримінально активні 10 %. Прошарок, що залишився, — не реагує 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 є очевидною.

До того ж орієнтація кримінального законодавства на передбачені конституцією об'єкти та пріоритети захисту не збігається із поширеністю порушень кримінально-правових заборон у суспільстві, що надає можливості впливу на кримінальну політику (через замовлення у законотворчому процесі криміналізації/декриміналізації), на процесуальні функції тощо.

Звідси 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 нині якраз стоїмо на порозі останньої.

Коли держава не спроможна реагувати на перманентні порушення закону — працює не закон, а компенсаційні механізми. Отже, при стабільному зростанні злочинності сучасне кримінальне право вимушене бути у постійному пошуку заходів реагування: здебільшого це пов'язано із диспозитивністю відносин (зростання ролі потерпілого, компенсація та реституція) та пошуком альтернативних заходів реагування на кримінальні конфлікти. До речі, формування юстиції причетних — це не тільки ресторативна юстиція, а й самосуди, чи легітимізована помста з боку суспільних об'єднань (товариські суди минулого). Суд народу простіший, ніж суд держави. Але саме існування таких прошарків призводить до іншої не менш важливої риси неефективності заборон «*нестачі розуміння*».

Лінгвістична забрудненість професійної мови юристів відома всім.

Але нам необхідно для себе відповісти на запитання: задля кого ж написаний сам кодекс? Для громадян чи для професіоналів? Наприклад, ст. 239² КК України «Незаконне заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах» у редакції Закону України від 5 листопада 2009 р. № 1708-IV насичена термінологією, якою пересічний громадянин фізично не може володіти. І це правило не є винятком.

Професіональна спрямованість кваліфікаційних особливостей правозастосування не може кореспондувати із інтеріоризацією норм населенням. І у цьому сенсі мова про правовий нігілізм населення лише підтверджує небажання розуміння конструкцій, які суперечать настановам чи орієнтаціям особи чи певної соціальної групи.

«Нестача толерантності». Остаточність заходів кримінально-правового впливу, їхня адитивність, зорієнтованість на правозастосовців та їх правосвідомість, а не на пересічних громадян, поруч з іншими системними недоліками публічно-правового регулювання, призвели до формування значної кількості суперечливих явищ та процесів, які у сумі дають можливість говорити про припинення розвитку кримінально-правової доктрини, знаходження кримінального законодавства та правозастосування у стані системної кризи. Кримінальне право сьогодення лише в пошуку доктрини, яка б поєднувала покарання, інші заходи відповідальності та заохочувальні норми в єдину систему. Ми або б'ємо, або жаліємо. Фатальна підтримка стабільності індетерміністської моделі, яка «шттовхається» з усіх боків, оскільки природний детермінізм особистої поведінки суперечить біхевіористським нормативним встановленням визначення винності особи через

суб'єктивне інкримінування, — типова помилка теоретиків. Саме факти об'єктивного інкримінування у складах злочинів із подвійною формою вини у деяких бланкетних нормах свідчать про поширення думки про каузальність людської поведінки.

Але іншої моделі немає, бо, звісно, важко говорити про об'єктивне ставлення у вину, про застосування концепції «небезпечного стану». Але можливо і, на жаль, необхідно.

Суд визнає особу винною у скоєнні злочину та визначає адекватне покарання. Але суд чи у деяких випадках адміністративний орган (адміністративний нагляд, видворення за межі держави, наприклад) може уже дійти висновку про шкідливість (кримінальність) самої людини (кримінальне минуле), її стану (біологічні ознаки), статусу (правові характеристики) із застосуванням певних примусових заходів, що, власне, збігаються із заходами безпеки та соціального захисту, які визнаються такими в інших юрисдикціях Європи. Тут відпрацьовують спеціальні механізми кримінально-правового впливу (заходи безпеки, компенсації, соціального захисту). До речі, застосування саме цієї моделі («правило трьох помилок») у США призвело до послідовного 15-річного зниження рівня умисних вбивств у країні!

Наприкінці ідея свободи волі особистості не корелює із неусвідомленим психічним станом, елементів якого за умов тотальної кризи встановлюється усе більше у суспільстві та індивідуальній поведінці особистості (навколосонні стани, фізіологічні вади, енергетичні вади організму тощо).

Призови до використання жорстких видів покарання (хімічна кастрація, стерилізація) до певних категорій злочинців (сексуальні збоченці,

педофіли) саме пов'язані із розумінням небезпеки рецидиву з боку кримінальних особистостей із своєрідними стереотипами та паттернами.

Звідси проблема порушення прав людини у кримінально-правовій догмі змінюється на проблему адекватності захисту цих прав виключно 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, позитивна поведінка), та реакцією на них (покарання, заходи кримінально-правового реагування, нагороди).

Завдання саме і полягає у адекватному формулюванні кримінально-правових заборон та інших відповідних державних реакцій на кримінальну активність суб'єктів за допомогою кримінально-правових інститутів.

Звідси нагороди будуть державною реакцією на активну поведінку з профілактики чи усунення злочинів.

Заходи соціального захисту є державною реакцією на зловживання владою та суспільно небезпечні діяння, що не можуть бути визнані злочинами згідно з пануючою правовою доктриною.

Заходи безпеки, інші кримінально-правові заходи — вид державного реагування на менш небезпечні, ніж злочини, девіації (кримінальні проступки) чи на кримінальний статус особистості з профілактичними, некаральними цілями.

Покарання — міра державного реагування на злочин.

Достатньо чітка система, але, на жаль, у ній не визначено головне.

Як на рівні доктрини відрізнити покарання та заходи захисту, які базові критерії повинні бути виокремлені як

системоутворюючі при характеристиці, наприклад, небезпечного стану особистості?

Досвід Республіки Сан Маріно, у Кримінальному кодексі якої небезпечний стан особистості пов'язується із професійною кримінальною діяльністю, організованою злочинною діяльністю, торгівлею людьми, вимаганням, заняттям проституцією, неодноразовим скоєнням навмисних злочинів, скоєнням злочинів у стані неосудності або обмеженої осудності чи у стані алкогольного та наркотичного сп'яніння, — достатньо типовий (оскільки, як і у законодавстві Англії чи Німеччини, саме суспільно небезпечна активність суб'єкта є основою). Це є цікавим, але не сприйнятим вітчизняною доктриною.

Жоден з кодексів країн СНД не містить узгоджених та системних правил призначення заходів безпеки, заходів компенсації та реституції, пені, нагород тощо.

Жодна кримінально-правова доктрина на пострадянському просторі нічого не каже про кримінальність суб'єкта. Жодна кримінально-правова доктрина країн СНД не визначає потерпілого як центральну фігуру у кримінально-правових відносинах.

Отже, системна криза кримінального права на рівні доктрини пов'язана із остаточною невизначеністю відповіді на запитання: що, як та яким чином ми захищаємо? Поширена серед українських криміналістів концепція маленького, але жорсткого кодексу дуже цікава за умов існування законів *sui generis*. Чи повної зміни формату кримінально-правових відносин. У дійсності, як правило, кожен представник законодавчої гілки влади хоче внести зміни до КК України, керуючись виключно бажанням посилити відповідальність.

Але як та яким чином це бажання буде реалізоване? Чи не потрапимо ми у ситуацію, за якої війна влади із народом матиме форму зловживань правом на формування заборон? Хто, як і коли повинен контролювати законодавця? Ідеї А. Закалюка про формування законодавчої бази профілактики злочинів та кримінологічної експертизи законопроектів, на жаль, залишаються нереалізованими.

На мою думку, кримінологічна експертиза необхідна у будь-якому випадку внесення змін саме до КК України з тим, щоб на основі експерименту, опитувань чи інших засобів виміру з'ясувати, як і яким чином розуміння майбутньої заборони сприятиме її виконанню, як громадяни сприяють характеристикам ступеня примусу у самій нормі.

«Субстанційна віртуальність кримінально-правової заборони». Кримінальні практики згідно з даними кримінологів є частиною кримінального чи псевдокримінального засобу життя. Зловживання правом на ризик існує як елемент розвитку більшості шахрайських практик (реалізація засобів для схуднення, для боротьби із алопецією, телемаркетинг, мережевий маркетинг, не будучи злочинами, є формою кримінальних практик), непізнаних та нереалізованих 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 спроможна пояснити адресату, як і яким чином повинна бути покарана винна особа.

«Конфліктність заборон». Кримінально-правова заборона має бути узгодженою із внутрішнім та міжнародним законодавством. Це в ідеалі. На справі ж ми кожен день вирішуємо,

як і яким чином нам вийти із суперечностей неадекватного розуміння тієї чи іншої норми. Невідворотність покарання, рівність та диференціація відповідальності, психологічна теорія вини, суб'єктивне ставлення у вину стали ідеологічними фікціями догматів минулого, які продовжують поширюватися і далі. Насправді усе 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 у вину реалізується саме оцінкою винності особи органами досудового слідства та судом у формулі визнання вини як складової частини суб'єктивної сторони складу злочину (змішана теорія вини — при догматі психологічної).

Таких прикладів неспрацьовування догматів класичної кримінально-правової доктрини безліч.

Звісно, ця тенденція має місце. Більше того, ми впевнені, що існування системної кризи кримінально-правового регулювання, за якої суворість законів компенсується необов'язковістю їх виконання, пов'язана із загальними за рівнем обов'язковості суперечностями, серед яких виокремлюємо:

- розмиття предмета кримінально-правового регулювання;
- приватизаційні процеси у кримінальному праві;
- його віртуальність у динамічних відносинах із населенням;
- існування декількох моделей кримінально-правового реагування на різних рівнях соціальної взаємодії.

Отже, саме відпрацьовування теоретичної моделі механізму кримінально-правового впливу в змозі надати імпульс догматичним дослідженням

форм та структури кримінального кодексу майбутнього.

Не менш цікавим є питання джерельної бази, оскільки є нагальна необхідність формування бази законів *sui generis* поруч із кримінальним кодексом (закон про злочини проти миру та безпеки людства, закон про кримінальну відповідальність неповнолітніх, закон про кримінальну відповідальність посадових осіб, закон про кримінальну відповідальність військовослужбовців).

В іншому випадку ми постійно будемо зіштовхуватися із ситуацією, за якої, наприклад, заходи соціального захисту, що застосовуються до малолітніх, використовуватимуться незаконно, оскільки останні не є суб'єктами злочину, але повинні бути покараними.

Можливо, доктринально структура майбутнього КК України може бути вираженою так:

Книга перша — Загальна частина:

- Вчення про кримінальний закон.

- Вчення про злочин.
- Вчення про покарання.
- Вчення про призначення покарання.

Книга друга — Злочини:

- Злочини проти особи.
- Злочини проти юридичних осіб та суспільства.
- Злочини проти держави.

Книга третя — Проступки:

- Проти приватних інтересів.
- Проти інформаційної, особистої, економічної та екологічної безпеки.

Така структура — це лише перший погляд на майбутнє, але ситуація із використанням кримінально-правової заборони повинна змінитися. І ці зміни можливі при послідовному формуванні кримінального законодавства нового типу, нової доктрини як на національному, так і на наднаціональному рівні.

Кримінальне право сучасності знаходиться у кризі. Але бачення цього вже надає нам можливість вирішення ситуації.

Туляков В. О. Кримінальне право сучасності: криза доктрини чи криза юрисдикцій?

Анотація. У статті йдеться про існування системних суперечностей у характеристиках кримінально-правового регулювання на різних ступенях соціальної взаємодії. Зроблено опис типових суперечностей шляхів кримінально-правового регулювання сьогодення.

Ключові слова: теорія кримінального права, публічне та приватне регулювання.

Туляков В. А. Уголовное право современности: кризис доктрины или кризис юрисдикций?

Анотація. В статье говорится о существовании системных противоречий в характеристиках уголовно-правового регулирования на разных ступенях социального взаимодействия. Сделано описание типичных противоречий путей уголовно-правового регулирования на сегодняшний день.

Ключевые слова: теория уголовного права, публичное и частное регулирование.

Tuliakov V. Criminal law of nowadays: doctrine's crisis or jurisdictions crisis?

Annotation. Some modern approaches connected with privatization of criminal legal relations, minimization of coercive powers, differentiation of criminal liability on international and multinational level are analyzed in this issue. The author stresses that orientation on ancient dogmas and ideas of XIX century stands in contradiction with global changes of crime and criminality. Some legal aspects of this problem are analyzed.

Key words: theory of criminal law, public and private regulations in criminal relations.