

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
ОДЕСЬКА НАЦІОНАЛЬНА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Збірник наукових праць

Випуск 54



Одеса
«Юридична література»
2010

*Summary***Tihiy V.P. Responsibility for the security of human safety in the mechanism of criminal and legal influence. – Article.**

One of the main goals of a person, society and humanity in general is making a safety life and existence which is free from physical and psychological threats. The persons' requirement for safety is one of the most necessary needs. In article the author analyzed a position of the Criminal code of Ukraine which establishes the responsibility for infringements of safety of the person.

Key words: personal safety, criminal law impact

УДК 343.01

В.О. Туляков

**КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО У ДИСКУРСІ ЗМІН:
ВІД ДОКТРИН ДО РЕАЛІЗАЦІЇ**

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 взагалом присутня тенденція діяти девіантно і кримінальне право виступає остаточною інструментом впливу в системі заходів державного контролю.

Але яким воно повинно 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 остаточноість заходів кримінально-правового впливу, їхня аддитивність, зорієнтованість на правозастовців та їх правосвідомість, а не на пересічних громадян, поруч із іншими системними недоліками публічно-правового регулювання, призвели до формування значної кількості суперечливих явищ та процесів, які у сумі дають можливість казати про припинення розвитку кримінально-правової доктрини, знаходження кримінального законодавства та правозастосування у стані системної кризи. Так, природний детермінізм особистої поведінки суперечить біхеєвористським нормативним встановленням визначення винності особи через суб'єктивне інкримінування.

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

Іншою мовою: індивідуалізація покарання базується на характеристиках діяння винної особи і саме діяння є основою вибору межі покарання. Але це суперечить сутності моделі кримінально-правового захисту через адекватне покарання винних.

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 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 співпадають із заходами безпеки та соціального захисту, які визнаються такими в інших юрисдикціях Європи.

Спеціальні механізми кримінально-правового впливу (заходи безпеки, компенсації, соціального захисту) не відпрацьовують, оскільки існує проблема із адекватним узгодженням каральної сутності цих заходів із ступенем суспільної небезпеки винної особи та потребами жертви злочину.

Доречі вільне застосування каральних заходів безпеки для мети терору у 30 рр. ХХ століття надало негативного розуміння та оцінки цих заходів в українській кримінально-правовій доктрині сьогодення.

Наприкінці ідея свободи волі особистості не корелює із неосвідомлюємим психічним, 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 збочинці, педофіли) саме пов'язане 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 зіптовховуємося із трьома базовими елементами, які сучасна кримінально-правова доктрина використовує, але не завжди описує (злочин, злочинність, кримінальність) та реакцією на них (покарання, заходи кримінально-правового реагування, нагороди).

Завдання саме і належить 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 пануючій правовій доктрині.

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

Покарання – міра державного реагування на злочин.

Достатньо чотка система. Але. На жаль в ній не визначено головне.

Як на рівні доктрини відрізнити покарання та заходи захисту, які базові критерії повинні бути виділеними у якості системоутворюючих 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 кладеться в основу), – є інтересним, але не сприйнятливим вітчизняною доктриною.

Жоден з кодексів країн СНД не містить узгоджені та системні правила призначення заходів безпеки, заходів компенсації та реституції, подяк, 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 питання що, як та яким чином ми захищаємо?

Ми зіптовхуємося із якнайменш декількома процесами, що характеризують сучасний механізм кримінально-правового регулювання, існування яких суттєвим образом впливає на визначення подальших шляхів розвитку кримінального права.

“Нестача можливостей”. Сучасне кримінальне право вимушене бути у постійному пошуку заходів реагування: при чому 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” у сенсі цієї роботи ми розуміємо діяння невеликого ступеня суспільної небезпеки, що реалізуються у злочинах чи зловживаннях правом.

Коли держава не взмозі реагувати на перманентні порушення закону – працює не закон, а компенсаційні механізми. Доречи формування юстиції причетних – це не тільки ресторативна юстиція, але й самосуди, чи легітимізована помста з боку суспільних об'єднань (товариські суди минулого). З іншого боку це надає можливостей формування розвинутої системи кримінального правосуддя при формально незмінних параметрах кримінального законодавства.

Звідси в теорії кримінального права з'являються посилення на 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 із угодами як елементом чи передумовою криміналізації, коли процес оцінки діяння як злочинного відповідно від ознак малозначності діяння залежить від сумісної оцінки активності злочинця, чи волевиявлення потерпілого (приватне обвинувачення).

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

Наприкінці, 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. І в цьому, останньому сенсі мають значення для подальшого розвитку гуманістичних основ сучасної кримінальної юстиції (кримінальна реституція, “трійний айап” у КК Кіргізії).

Ідея достатньо 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 достигло апогею. Саме там через суспільні організації та інші форми масового самоврядування ведеться робота по нейтралізації криміногенних чинників типовими засобами виховного та компенсаційного характеру. І тут виникає ще одна проблема.

Саме неспроможність кримінального закону бути ефективним закладена соціально.

Віра у ефективність кримінально-правової заборони наче віра у доброго царя. Життя ж надає інший досвід. Безліч заборон розміркована на населення у цілому, але більшість злочинів скоюють кримінально активні 10 відсотків. 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 співпадає 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 зараз як раз стоїмо на порозі останньої.

Це призводить до іншої не менш важливої риси неефективності заборон “нестачі розуміння”. Лінгвістична забрудненість професійної мови юристів відома усім. Але нам пора для себе вирішити 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 № 1708 – IV прямо кажучи насичена термінологією, якою пересічний громадянин фізично не може володіти. І це правило – не виключення.

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

Трете, “нестача толерантності”. Кримінальне право сьогодні лише 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 штовхається з усіх боків, оскільки природний детермінізм особистої поведінки суперечить біхеївористським нормативним встановленням визначення винності особи через суб’єктивне інкримінування – типова помилка теоретиків. Але іншої моделі немає, бо звісно трудно казати про об’єктивне ставлення у вину, про застосування концепції “небезпечного стану”. Трудно казати. Але можливо і на жаль необхідно.

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 ж кожен представник законодавчої гілки влади хоче внести зміни до КК виключно керуючись бажанням посилити відповідальність.

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

З моєї точки зору кримінологічна експертиза необхідна у любому випадку внесення змін саме до КК з тим щоб на основі експерименту, опитувань чи інших засобів виміру з’ясувати як і яким чином розуміння майбутньої заборони буде сприяти її виконанню, як громадяне сприяють характеристикам ступеню примусу у самій нормі.

“Субстанційна віртуальність кримінально-правової заборони”. Кримінальні практики згідно даним кримінологів є частиною кримінального чи псевдокримінального засібу 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

е формою кримінальних практик). Але... Не пізнаних та не реалізованих у формальних заборонах. Доречи саме неможливість процесуального встановлення істини по справі є результатом існування прогалин у жорстко сформульованій диспозиції кримінально-правової норми, яка не взмозі пояснити адресату як і яким чином повинна бути покараною винна особа.

“Конфліктність заборон”. Кримінально-правова заборона повинна бути узгодженою із внутрішнім та міжнародним законодавством. Це в ідеалі. На справі ж мі кожен день вирішуємо як і яким чином нам вийти із суперечностей неадекватного розуміння тієї чи іншої норми. І це справа міжнародного значення, оскільки і в європейській спільноті, наприклад, вже 20 років існує проблема адекватного розуміння крадіжки, шахрайства, відмивання коштів і тільки зараз (згідно Стокгольмському 2009 плану дій) вони намагаються якимось чином уніфікувати деякі норми національного кримінального законодавства. Що вже казати про уніфікацію спортивного чи торговельного, медичинського міжнародного законодавства, що впливає на розуміння кримінально-правових конструктів.

Ми загнали себе у глухий кут, коли ідучи шляхом від позитивізму догматів до природно-правової емпірики відчужень залишили старі схеми як фікції при певних протиріччях кримінальної політики.

Невідворотність покарання, рівність та диференціація відповідальності, психологічна теорія вини, суб'єктивне ставлення в вину стали ідеологічними фікціями догматів минулого, які продовжують розповсюджуватися і далі. Насправді усе складніше.

Маніхейство комуністичної ідеології формулювало жорстке відношення до аксіом та принципів, які за уважного розгляду існували не в ділеммі “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. Більш 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 виділяємо:

- розмиття предмету 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.

Доречи, саме відпрацьовування теоретичної моделі механізму кримінально-правового впливу взмозі 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 тощо, закон про кримінальну відповідальність військовослужбовців). В іншому разі ми постійно будемо зіштовхуватися із ситуацією за якої, наприклад, заходи соціального захисту, що використовуються до малолітніх будуть використовуватись незаконно, оскільки останні не є суб'єктами злочину, але характеристики

Отже доктринально, структура майбутнього КК може бути вираженою наступним чином:

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, – 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.

Анотація

Туляков В.О. Кримінальне право у дискурсі змін: від доктрин до реалізації.

– Стаття.

У статті йде мова про існування системних суперечностей у описі предмету кримінально-правового регулювання, що ведуть до свавілля у догматиці сучасних кримінально-правових відносин. Зроблено опис типових помилок та суперечностей шляхів кримінально-правового регулювання сьогодні.

Ключові слова: теорія кримінального права, публічна та приватна регуляція.

Summary

Tulyakov V.O. Criminal law changes discourse: from doctrines to realization.

– Article.

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