

УДК 343.9.01

*В. О. Туляков***КРИЗА КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА: СУПЕРЕЧНОСТІ  
ДОГМАТІВ ЧИ ДОГМАТИКА СУПЕРЕЧНОСТЕЙ?**

Відомо, що держава не може існувати без кримінально-правового примусу, оскільки відтворення злочинності як соціальний процес та індивідуальна кримінальність особистості як індивідуальна якість потребують існування примусових методів регулювання на різних рівнях правореалізації. Людям взагалі властива тенденція діяти девіантно, і кримінальне право виступає остаточним 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 остаточність заходів кримінально-правового впливу, їхня адитивність, зорієнтованість на правозастосовувачів 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. Саме так ставить питання відомий український правознавець проф. В. Навроцький [1, с. 6–7], який у своїх роботах послідовно визначає перелік системних недоліків кримінального законодавства та права (бланкетність, казуїстичність, пробільність, лімітованість кари, розбалансованість санкцій, надмірна диференціація відповідальності, конституційна, міжнародно-правова та локальна колізійність, неоглядність, хаотичність змін, компліятивність та відвертий позитивізм дисертаційних досліджень тощо), які ведуть до низької ефективності кримінально-правових заборон та дисфункцій кримінально-правового регулювання. Проте саме ці інституційні суперечності формальної визна-

ченості кримінально-правових норм залежать від, на жаль, неналежного висвітлення проблем кримінально-правової теорії у сучасній літературі. Еклектичність досліджень на рівні кандидатських та докторських робіт свідчить, що галузь кримінального права поки що не в змозі забезпечити належних теоретичних підвалин сучасній системі правореалізації.

Автор не ставить метою цієї статті огульний критицизм та невіру у сучасне законодавство. Формування кримінально-правової доктрини України, її наступність мають певну рацію. Але. Ми загнали себе у глухий кут, коли, ідучи шляхом від позитивізму догматів до природно-правової емпірики відчужень, залишили старі схеми як фікції при певних суперечностях кримінальної політики. Невідворотність покарання, рівність та диференціація відповідальності, психологічна теорія вини, суб'єктивне ставлення у вини 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 ділемі «чорне-біле», а у взаємодії, коли, наприклад, принцип винного ставлення у вини 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, на існування яких є необхідність звернути увагу.

Перш за все, кримінальне право, як і інші галузі публічного права, за словами Сабіно Кассезе вимушене поступово звільняти себе від парадигм, які воно формулювало протягом останніх двох сторіч [2]. Ця вимушеність пов'язана із переходом до ідеології постмодерну, яка стає пануючою серед правників світу в епоху глобалізації.

**З одного боку**, це, враховуючи поступові процеси обмежування державного впливу на злочинність, перехід від концептуально близького кримінально-правового позитивізму до констатації природного права як цінності (ресторативна юстиція, ювенальна юстиція, компенсаційні та реституційні механізми, формування юстиції причетних — суспільне правосуддя, приватизація виконання покарання, інституціоналізація покарань та каральних практик).

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 досягло апогею. Саме там через суспільні організації та інші форми ма-

сового самоврядування ведеться робота по нейтралізації криміногенних чинників типовими засобами виховного та компенсаційного характеру. Отже ми зіштовхуємося із формуванням інституту компенсації та реституції у кримінальному законодавстві та праві країн різних правових систем та традицій (КК Голландії, Франції, Китаю, Молдови, Польщі та ін.), коли компенсація збитків жертві злочину здійснюється в рамках кримінально-правових відносин і замінює собою покарання. Тобто первісні ідеї адміністрування юстиції причетних отримують своє втілення у кримінальному законодавстві. Проте доктринального оформлення ця ідея в остаточному вигляді все ще не отримала.

Дійсно фігура потерпілого повинна стати центральною у системі кримінальних правовідносин. Поруч з цим, заважаючи на деякі праці вітчизняних вчених (В. Борисов, О. Джужа, О. Дзюба, В. Навроцький, Т. Присяжнюк, М. Сенаторов), характеристики інституту потерпілого в кримінальному праві розглядаються не як головні, а як вторинні.

Це суперечить як конституційним принципам первісності захисту прав і свобод громадянина, так і самій ідеї новітнього вигляду структури кримінальних правовідносин, у яких фігури потерпілого, злочинця та представників держави виглядають як єдиновалентні.

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 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, окремі норми Особливої частини КК, де злочинне діяння реалізується за умов існування угоди, посягає на одного із учасників правовідносин чи соціальний зв'язок між ними).

Наприкінці, кримінально-правові угоди відіграють значну роль у механізмі звільнення від кримінальної відповідальності та покарання (примирнення 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. Поширення прямої залежності криміналізації діяння (визначення діяння як злочинного) від волевиявлення потерпілого поширює межі приватних засад у кримінальному праві, веде до віртуальності відносин, коли державний примус є лише підтримкою волі слабкої людини, а не формою вираження волі класу, що панує. Криміналізація, державна реакція на злочин та покарання визначаються приватною особою і це не повернення до теорії приватного покарання, але нове розуміння значущості публично-правової складової у формуванні доктрини сучасного кримінального права.

*З другого боку*, інша проблема, з якою зіштовхуються сучасні теоретики кримінального права, — фатальна підтримка стабільності індетерміністської моделі, оскільки природний детермінізм особистої поведінки суперечить біхевіористським 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.

Але це суперечить сутності моделі кримінально-правового захисту через адекватне покарання винних.

Іншою мовою: індивідуалізація покарання базується на характеристиках діяння винної особи і саме діяння є основою вибору межі покарання. 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. До речі, вільне застосування каральних заходів безпеки для мети терору у 30-х рр. ХХ століття надало негативного розуміння та оцінки цих заходів у доктрині сьогодення.

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

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. До речі, заклики до використання жорстких видів покарання (хімічна кастрація, стерилізація) до певних категорій злочинців (сексуальні злочинці, педофіли) саме пов'язані із розумінням небезпеки рецидиву з боку кримінальних особистостей із своєрідними стереотипами та патернами.

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. Схематично це може бути виявлено у такій формі.

Вид явища	Державна реакція
Суспільно небезпечне діяння	Захід соціального захисту
Кримінальний проступок	Захід безпеки, альтернативні заходи
Кримінальність особи	Захід безпеки
Злочин	Покарання, компенсаційні заходи
Злочинність	Коло кримінально-правових заборон у цілому

Отже, системна криза кримінального права пов'язана із остаточною невизначеністю відповіді на запитання що, як та яким чином ми захищаємо?

Щодо конкретних суперечностей діалектики розвитку кримінального права як системи норм про злочини та соціальну реакцію на них, то серед них як перспективних напрямків подолання глибинної кризи догматів слід зазначити:

1. Суперечність між каральною сутністю кримінальної політики та ступенем її узгодженості із суспільною думкою та суспільною свідомістю. 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. 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 якраз стоїмо на порозі останньої.

2. Суперечності між конституційно встановленими зразками об'єктів кримінально-правового захисту та процесуальними формами реалізації такого захисту. Кримінальне право існує не тільки в системі норм — воно конкретно пов'язане із механізмом правореалізації. Проте саме неможливість процесуального встановлення істини по справі є результатом існування прогалин у жорстко сформульованій диспозиції кримінально-правової норми, яка не в змозі пояснити адресату, як і яким чином повинна бути покарана винна особа. Прикладом можуть служити прогалини в регулюванні відносин у галузі інформаційних та інших новітніх технологій, оскільки саме неадекватна реакція законодавця не надала можливості запрацювати цим нормам у повну силу.

3. Суперечності між публічно-правовим характером ідеології державного примусу та індивідуальною формою реалізації кримінальної відповідальності, за якої проблематика взаємної відповідальності, кримінальної відповідальності держави, соціальних спільнот, юридичних осіб не констатується взагалі чи визнається недоречною за умов відсутності історичної наступності у догмі. Це, за умов відносно неефективності кари, призводить до поширення приватно-правових начал у кримінальному праві, які за всілякої підтримки все ж таки розвивають сутність

регулювання. Централізація примусу змінюється реституцією та компенсацією (див. ст. 1177 ЦК України), а в подальшому — і криміналізацією діяльності з урахуванням виключно інтересів потерпілих (фізичних та юридичних осіб, соціальних спільнот).

4. Суперечності між формальною визначеністю кримінально-правової заборони та віртуальністю (розмитістю) її застосування. Справа не тільки в латентності злочинів, справа ще й в усвідомленні населенням (чи певною його частиною) саме заборон як потенційного керівництва до дій. Кримінальні практики не є елементом правового аналізу — це основа кримінального чи псевдокримінального засібу 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). Але... До речі, не пізнаних та не реалізованих у формальних заборонах. Культура злочину та зловживання правом повинна стати таким же елементом досліджень, як і культура поведінки у суспільних ділянках. Саме моральна невизначеність заборони нівелює якість кримінального закону.

5. Суперечність між екстракримінальним правом (міжнародне та міждержавне кримінальне право) та локальними правовими системами пов'язана не тільки з реалізацією принципів наднаціонального позаконституційного кримінально-правового захисту, але й з ідеологією суверенності кари.

Отже розмиття предмета кримінально-правового регулювання, приватизаційні процеси у кримінальному праві, його віртуальність у динамічних відносинах із населенням поруч із існуванням декількох моделей кримінально-правового реагування на різних рівнях соціальної взаємодії потребує певних реакцій від суспільства та наукової думки шляхом формування чи уточнення певних догматів сучасної кримінально-правової доктрини.

#### Л і т е р а т у р а

1. Навроцький В. Чи перебуває українське кримінальне право у стані кризи? / В. Навроцький // Юридичний вісник України — 2009. — № 37. — С. 6; № 38 — С. 6–7.
2. Sabino Casseze Le droit tout puissant et unique de la societe: Paradoxes of administrative law — Presentation at the Conference of European association of public law. — Athens, 09.09.2009 — 13.09.2009. — reprinted version. — 51 pp.

#### А н о т а ц і я

**Туляков В. О.** Криза кримінального права: суперечності догматів чи догматика суперечностей? — Стаття.

У роботі йде мова про існування системних суперечностей в описі предмета кримінально-правового регулювання, що ведуть до свавілля у догматиці сучасних крими-

нально-правових відносин. Зроблено опис типових помилок та суперечностей теорії кримінального права сьогодення.

*Ключові слова:* теорія кримінального права, публічне право, приватне право

### S u m m a r y

***Tulyakov V. A. Criminal Law Crisis: Contradictory Dogmas Versus Dogmatize Contradictions.*** — 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.

*Keywords:* subjective approach to proof, criminalization, fault, Public and private law.