

прецеденту, вважаємо, що для початку Верховний Суд України повинен спеціальними постановами або спеціальними «пунктами» в ухвалах та рішеннях вказувати, що даний акт має силу прецеденту. Згодом, якщо в цьому відпаде потреба внаслідок виробленої практики, від такої формальності можливо буде відмовитись.

Таким чином, аналіз української правової системи дозволяє зробити висновок про те, що деякі судові рішення перетворились до прецедентів і вже є джерелом у кримінальному праві. Необхідно підтримати думку тих дослідників, які пропонують офіційно включити прецедент до системи джерел українського права. Це означає — дати суддям можливість офіційно посилатися у своїх рішеннях на прецедент Верховного Суду України. Таким чином, це дозволяє дійти висновку, що за рішеннями суду касаційної інстанції необхідно визнати прецедентний характер. Проте чи зможе прецедент органічно влитися в українську правову систему, покаже час.

#### Література

1. Навроцький В. О. Міжгалузеві і внутрігалузеві колізії та їх подолання в ході правозастосування // Проблеми пенітенціарної теорії і практики: щорічний бюлетень Київського інституту внутрішніх справ. — К., 2004. — № 9. — С. 106–118.
2. Пошва Б. М. Судовий прецедент: проблеми запровадження в Україні // Вісник Верховного Суду України. — 2008. — № 9. — С. 16–22.

УДК 343.2.01:165.731

*Д. О. Балобанова*

### АКСЕОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ТЕОРІЇ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ

Теорія кримінального права за своїм змістом є соціально-правовою, тому вона повинна відповідати трьом умовам: 1) положення, які її становлять, повинні знаходити своє обґрунтування у реальному житті; 2) її соціальний контекст повинен знаходитися у відповідності з іншими науками, пов'язаними з вивченням закономірностей того ж об'єкта, у даному випадку — людської поведінки; 3) сама теорія повинна пропонувати науково обґрунтовані засоби та способи для досягнення соціально значущих цілей.

Цій проблематиці були присвячені роботи Г. З. Анашкіна, А. Д. Антонова, І. М. Гальперіна, О. А. Герцензона, П. С. Дагеля, Г. А. Злобіна, С. Г. Келіної, О. І. Коробєєва, В. М. Кудрявцева, Н. Ф. Кузнецової, П. А. Фефелова, О. М. Яковлева.

З точки зору кримінально-правової науки людську поведінку можна поділити на дві групи: поведінка злочинна та незлочинна, при цьому незлочинною є будь-яка, яка прямо не названа злочином у кримінальному законі. Однак може з'явитися помилкове враження, що межа між злочинною та незлочин-

ною поведінкою така очевидна, що на практиці розмежування не уявляє ніяких труднощів. Але це зовсім не так.

Відмежування злочинної поведінки від незлочинної є одним з основних аспектів визначення діяння як злочину. По суті, таке відмежування є, з одного боку, процесом (процесом визначення злочинності діяння), з іншого — його метою (констатацією діяння як злочину або іншого правопорушення).

Проблема відмежування злочинного від незлочинного виникає, перш за все, при криміналізації діяння (тобто у законодавчій діяльності при прийнятті кримінального закону, який визнає діяння злочином).

Закон повинен бути точним та досконалим, відмежовуючи злочинне від незлочинного. Вперше легалізація цієї вимоги була закріплена у ст. ст. 5 та 8 Декларації прав людини та громадянина 1789 р. Франції, в яких, відповідно, наголошувалося, «що закон має право заборонити лише дії, шкідливі для суспільства». Визначити шкідливі для суспільства дії та провести межу між злочинним та незлочинним законодавець може лише шляхом опису, відображення притаманних цим діям об'єктивних ознак у кримінальному законі.

Слід виходити з того, що базові (сутнісні) ознаки (критерії) відмежування злочинного від незлочинного закладаються при криміналізації діяння чи визначенні його іншим правопорушенням (воно знаходить своє відображення у відповідному формулюванні кримінального або іншого закону). Не може бути (точніше — не повинно бути) однакової сукупності певних ознак, які одночасно утворюють різні види протиправних діянь — наприклад, злочин та адміністративне правопорушення.

Те, що у чинному законодавстві мають місце випадки, коли одне і те ж саме діяння одночасно визнається і злочином, і адміністративним правопорушенням, свідчить не про помилковість викладеного вище правила, а про його грубе ігнорування при криміналізації діяння чи визнанні його іншим правопорушенням. Прикладом може бути таке: ст. 192 Кодексу про адміністративні правопорушення (надалі — КпАП) [1], в редакції Закону України № 2247 від 16.12.2004 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» [2], передбачає адміністративну відповідальність за порушення громадянами встановлених строків реєстрації (перереєстрації) вогнепальної мисливської зброї. Порушення строків реєстрації (перереєстрації) може автоматично означати зберігання такої зброї без передбаченого законом дозволу. А це вже ч. 1 ст. 263 Кримінального кодексу України (надалі — КК) [3], тобто кримінальна відповідальність.

Криміналіст М. С. Таганцев писав, що теоретик, який вивчає право, а особливо законодавець, який його реформує, не зрікаючись без потреби та приводу від наслідків попередників, повинен завжди мати на увазі й інший критерій оцінки правових положень, їх життєздатність: «з життя для життя» — ось який девіз має бути накреслений на прапорі законодавця [4, 18].

Відмежування злочинного від незлочинного передбачає якісну відмінність одного від іншого. При цьому така відмінність має бути об'єктивною — через закон вона лише фіксується за допомогою відповідних формулювань, які виз-

начають злочинність чи незлочинність діяння. Водночас вказана фіксація носить суб'єктивний характер, оскільки криміналізація певного діяння чи визнання його іншим правопорушенням, маючи об'єктивні підстави, в кінцевому підсумку залежить від волі відповідного суб'єкта — законодавця.

Таким чином, якщо говорити загалом, проблема криміналізації діяння, за допомогою якої здійснюється відмежування злочинного від незлочинного, полягає у правильному відображенні в законі сутності такого діяння. Якщо сутність діяння визначена законодавцем правильно, можна говорити про те, що діяння криміналізовано (чи, навпаки, не криміналізовано) обґрунтовано і відмежування злочинного від незлочинного здійснено правильно. Якщо така сутність визначена неправильно, то має місце помилкове відмежування на законодавчому рівні злочинного від незлочинного з усіма соціальними, правовими та іншими наслідками, які з цього випливають.

У науці кримінального права критерієм відмежування злочинного від незлочинного прийнято вважати суспільну небезпеку діяння. Це, власне, впливає також і із закону. Так, у ст. 11 Кримінального кодексу України сказано, що злочином є суспільно небезпечне діяння. Але постає питання, виходячи з чого, власне, визначається суспільна небезпека діяння. Можна відповісти, що зі шкоди діяння (реальної або потенційної) для суспільства та держави. Ще Ч. Беккарія писав: «істинним мірилом злочинів є шкода, яку вони завдають суспільству» [5, 226]. Цей висновок також впливає з багатьох положень КК України, які кримінальну відповідальність за певні діяння пов'язують з певними наслідками або загрозою таких наслідків (загибеллю людей, шкодою їх здоров'ю, іншими тяжкими наслідками).

Зазначена вище констатація критерію визначення діяння злочинним закономірно породжує таке запитання: чим визначається «якість» такої шкоди, яка є достатньою (мінімальною) для визнання діяння злочином? Адже сама по собі вказівка на об'єкти, яким заподіюється шкода, мало що дає, хоча б з тієї простої причини, що такі об'єкти «страждають» і від діянь незлочинного характеру.

В узагальненому вигляді необхідна для криміналізації діяння шкода визначається передусім цінністю блага, на яке воно посягає, і наслідками, до якого воно призводить чи може призвести.

Якщо визначати ступінь шкоди за цінністю блага, то цей критерій далеко не у всіх випадках може дозволити законодавцю однозначно констатувати злочинність (або, навпаки, не злочинність) діяння. Не повинно в принципі виникати подібного питання, наприклад, при заподіянні шкоди таким благам, як життя, свобода, статевая недоторканність особи, — за своєї протиправності діяння, які посягають на зазначені блага, завжди злочинні. У той же час відносно багатьох інших благ такої однозначності немає. Наприклад, таким суспільним цінностям, як власність, громадський порядок, громадська безпека, довкілля, шкода може заподіюватися не лише злочинами, але й іншими правопорушеннями (глава 6 КпАП «Адміністративні правопорушення, що посягають на власність» та розділ 6 КК «Злочини проти власності»; глава 14 КпАП «Адмі-

ністративні правопорушення, що посягають на громадський порядок і громадську безпеку» та розділ 9 КК «Злочини проти громадської безпеки»; глава 7 КпАП «Адміністративні правопорушення в галузі охорони природи, використання природних ресурсів, охорони пам'яток історії та культури» та розділ 8 КК «Злочини проти довкілля» та ін.).

Водночас проблема полягає в тому, що визначення законодавцем суспільної небезпечності в цілому і її складових носить оціночний характер за відсутності чітких критеріїв такої оцінки. Оскільки в законі можуть бути передбачені тільки суспільно небезпечні діяння, то всі вони, тобто вказані в кримінальному законі, є суспільно небезпечними. Внаслідок цього суспільна небезпека, яка є породженням свідомості особи, в праві набуває якусь свою самостійну реальність, яка здатна змінюватися залежно від суб'єктивних побажань законодавця. Звідси випливає небезпека гіпертрофованої ролі в процесі визначення характеру протиправності діяння (ступеня його шкідливості) суб'єктивного фактора, що створює основу для помилковості рішення при криміналізації діянь.

Наприклад, ч. 2 ст. 202 КК передбачає кримінальну відповідальність за здійснення операцій небанківських фінансових установ (наприклад, страхування) без спеціального дозволу (ліцензії), одержання якого передбачено законодавством, якщо це було пов'язано з отриманням доходу у великих розмірах. Уявимо ситуацію, коли особа займається страхуванням без одержання відповідної ліцензії, отримує доходи у великих розмірах, але при цьому повністю сплачує податок на прибуток підприємства на загальних підставах (25 %). А за наявності права займатися страховою діяльністю податок на прибуток становить 3 % [6]. Тобто держава отримала додатково в 7 разів більше податку. Чи є у такому випадку та соціальна небезпека, яка є обов'язковим критерієм визнання діяння злочином? Та сама ст. 202 (порушення порядку заняття господарською та банківською діяльністю) у ч. 2 повністю дублює ч. 1 даної статті, але стосовно окремих видів діяльності, які ніяк не можуть розглядатися як більш суспільно небезпечні, ніж ті, які охоплюються ч. 1. Заняття банківською діяльністю або банківськими операціями, професійною діяльністю на ринку цінних паперів, операціями небанківських фінансових установ не є більш суспільно небезпечним, ніж, наприклад, заняття медичною практикою без ліцензії, що теж порушує врахування підстави суспільної небезпечності злочинів при формулюванні диспозицій статей КК. Можливо, враховуючи наявність шкоди тільки встановленому законодавством порядку зайняття певними видами діяльності, залишити тільки адміністративну відповідальність (вже передбачену ст. 164 КпАП) та виключити ст. 202 КК України (декриміналізувати діяння).

Навіть якщо виходити з того, що закон передбачає певні критерії, за якими можна відмежовувати злочинну поведінку від незлочинної, то все одно визначення за ними конкретного змісту ознак відповідного правопорушення є виключною компетенцією законодавця.

Чим менше формальних логічних суперечностей в законі, тим досконаліший сам закон, а принципи, на яких він базується, реалізуються більш послідовно та повно. Слід погодитися з М. М. Кропачевим, який обґрунтовано

вважає, що серед принципів кримінального права роль провідного відіграє принцип справедливості [7, 52]. Ступінь реалізації справедливості в кримінальній правотворчості висвітлює якість прийнятого та чинного закону та може бути пізнана лише крізь конкретну правозастосовчу практику.

У свій час І. В. Михайловський, який відстоював ідею природного права як абсолютну ідею права, яка має характер вічності, незмінності та безумовної обов'язковості для всіх часів та народів і яка не сприймалася юристами-позитивістами, відзначав таке: строго логічним виводом з основних положень праць юристів-позитивістів повинно бути визнання справедливості будь-якого позитивного права, яким би не був його зміст [8, 311].

Проявом такої «несправедливості» можна визначити стан речей до внесення змін Законом України № 2635 від 02.06.2005 р. «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення» [9] в частині викладення ст. 51 КпАП «Дрібне викрадення чужого майна» в новій редакції. А саме: до набрання чинності цим законом (30.06.2005 р., газета «Голос України» № 117) дрібне розкрадання *державного або колективного* майна шляхом крадіжки (...), шахрайства, привласнення, розтрата чи зловживання службовим становищем тягло за собою адміністративну відповідальність, а розкрадання в тих ж розмірах (до 3 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян) *приватного* майна — кримінальну відповідальність (з усіма її негативними наслідками).

Філософія права розуміє справедливість як реалізацію імператива «воздай кожному своє». Ця етична вимога ставить перед законодавцем в галузі кримінальної законотворчості необхідність вирішення трьох найбільш суттєвих завдань: 1) обґрунтувати необхідність криміналізації певного виду поведінки індивідів у суспільстві; 2) описати в кримінальному законі ознаки цієї поведінки так, щоб відобразити притаманну цим індивідам ступінь соціальної небезпеки; 3) визначити відповідність міри кримінальної репресії цьому ступеню соціальної небезпеки.

#### Література

1. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1984. — Дод. до № 51. — Ст. 1122.
2. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України: Закон України від 16.12.2004 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 4. — Ст. 106.
3. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 25–26. — Ст. 131.
4. Таганцев П. С. Русское уголовное право: Лекции. Часть общая. Т.1. — М.: Паука, 1994.
5. Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях / Сост. и предисл. В. С. Овчинского. — М.: ИНФРА-М, 2004.
6. Про оподаткування прибутку підприємств: Закон України від 28.12.1994 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 4. — Ст. 28.
7. Кропачев П. М. Механизм уголовного правового регулирования: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — С.Пб., 2000.
8. Михайловский И. В. О религиозно-правовых основах права // Русская философия права: Антология. — С.Пб., 1999.
9. Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення: Закон України від 02.06.2005 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 25. — Ст. 374.